

# La produzione normativa in tempi di globalizzazione[1]

Alessandro Pizzorusso

pubbl. in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)

SOMMARIO: 1. *L'avvento dello Stato moderno e le sue conseguenze sui sistemi delle fonti del diritto.* – 2. *Il ricorso alla storia del diritto e alla comparazione giuridica per lo studio delle fonti.* – 3. *Sommatoria descrizione delle fonti prevalentemente utilizzate dagli ordinamenti giuridici nell'epoca contemporanea. Hard Law e Soft Law.* – 4. *Modi di funzionamento e principi ispiratori delle fonti.* – 5. *La pluralità delle fonti statali e le sue conseguenze sul sistema delle fonti.* – 6. *La produzione normativa mediante raccordi fra gli ordinamenti statali e gli ordinamenti della Comunità internazionale e dell'Unione europea.* – 7. *La produzione normativa mediante raccordi tra gli ordinamenti statali e gli ordinamenti di enti autonomi e di formazioni sociali operanti nell'ambito di uno o più Stati.* – 8. *Altre forme di collegamento fra ordinamenti giuridici statali (tra loro o con ordinamenti non statali ma raccordati al sistema degli ordinamenti statali): la circolazione dei modelli a livello legislativo, l'unificazione legislativa, il diritto internazionale privato, il diritto transnazionale (inteso come circolazione dei modelli a livello giurisprudenziale), la "scelta del diritto" e la "concorrenza" fra ordinamenti.* – 9. *Ordinamenti giuridici non collegati al sistema degli ordinamenti statali: il diritto transnazionale (inteso come diritto degli ordinamenti privati extra statali e delle organizzazioni non governative); il diritto degli ordinamenti illeciti dal punto di vista del diritto statale e/o del diritto internazionale.* – 10. *Riepilogo.*

1. *L'avvento dello Stato moderno e le sue conseguenze sui sistemi delle fonti del diritto.* – La ricerca delle regole da osservare, in virtù di un obbligo giuridico, nelle diverse circostanze che possono verificarsi nel corso della vita degli uomini costituisce un problema che ciascuno di noi ha occasione di affrontare ogni giorno, oltre che un problema specificamente proprio di quanti esercitano le professioni che richiedono una particolare preparazione del campo del diritto, come giudici, avvocati, notai, funzionari, ecc. Di solito, tuttavia, i giuristi non compiono questo tipo di ricerche caso per caso, ma si sforzano di individuare una serie di principi o di regole che risultano da altri principi e regole i quali disciplinano la produzione normativa (e la stessa ricerca delle norme), ossia che prevedono un sistema delle "fonti del diritto" operanti come tali nell'ambito dell'"ordinamento giuridico" che nella specie viene in considerazione. Ordinamenti giuridici (e relativi sistemi delle fonti) possono aversi d'altronde in relazione a qualunque gruppo sociale che sia organizzato secondo una tecnica che impiega gli strumenti propri del diritto[2], ma le più importanti, nell'attuale fase storica, sono le fonti adottate dagli Stati.

Il termine "fonti del diritto" è impiegato in questi casi – con un'efficace metafora[3] – per indicare gli atti o fatti dai quali le norme che regolano la produzione giuridica fanno derivare la creazione, la modificazione o l'abrogazione di principi o regole, ovvero di disposizioni o norme, suscettibili di valere come "diritto"[4] nell'ambito di un determinato ordinamento giuridico. E per diritto, in questo contesto, si intende un complesso di principi e regole, fissati in vista della futura attività dei soggetti dell'ordinamento giuridico di cui trattasi, per essere obbligatoriamente osservati da coloro che ne risultano destinatari, per lo più (ma non sempre) con comminatoria di sanzioni per il caso di inosservanza[5]. Nell'epoca moderna e contemporanea, gli ordinamenti giuridici cui si fa riferimento sono soprattutto gli ordinamenti statali, ma nulla impedisce di utilizzare queste nozioni anche con riferimento all'ordinamento della Comunità internazionale, agli ordinamenti delle organizzazioni internazionali o a quelli degli enti pubblici di vario tipo e delle formazioni sociali operanti nell'ambito di uno o più Stati, i quali presentano gli elementi che caratterizzano gli ordinamenti giuridici, cioè la plurisoggettività, la

normazione e l'organizzazione[6]. Ed anche gli ordinamenti puramente privati debbono, a certe condizioni, essere presi in considerazione per lo studio dei sistemi delle fonti[7].

La storia dell'umanità ci presenta una lunga fase, che si inizia nella preistoria e che si può ritenere sotto questo punto di vista sostanzialmente conclusa con le grandi scoperte geografiche e tecniche dei secoli XV-XX, durante la quale le diverse popolazioni presenti sulla terra hanno dato luogo a civiltà separate (e, nell'ambito di esse, ad ordinamenti giuridici distinti), talora in presenza di circostanze che comportavano addirittura la reciproca ignoranza della loro stessa esistenza e in altri casi perché, per una ragione o per un'altra, si riteneva di dover seguire, nella configurazione dell'ordinamento giuridico, criteri differenti da quelli seguiti da altri nuclei di popolazione della cui esistenza e civilizzazione si avevano soltanto talune notizie, spesso peraltro vaghe ed incomplete[8].

E' chiaro, tuttavia, che anche se le diverse popolazioni che compongono l'umanità avessero potuto fin dall'inizio conoscersi e comunicare senza ostacoli, la formazione di un diritto unitario, valido per tutto il pianeta e per tutti i suoi abitanti, avrebbe trovato considerevoli difficoltà di realizzazione perché l'individuazione delle regole e dei principi da adottare come diritto è frutto di valutazioni che lasciano sempre ampi margini di opinabilità, cosicché è ovviamente tutt'altro che certo che, anche in presenza di tutte le condizioni di ordine tecnico che sono all'uopo indispensabili, un risultato di questo genere avrebbe potuto essere conseguito (per non dire che in molti casi l'adozione di soluzioni differenziate sarebbe stata giustificata o imposta da diversità di ordine naturale o da altri fattori che avrebbero potuto determinarle quand'anche gli ostacoli derivanti dai difetti di comunicazione sopra menzionati fossero stati più agevolmente superabili). E, del resto, la stessa prospettiva del conseguimento di una tale unità culturale e giuridica è sempre stata considerata come un'utopia e, nei suoi termini generali, tale è considerata ancor oggi, quando la "globalizzazione" (anche giuridica)[9], con i suoi ben noti sviluppi, ha reso meno remote eventualità di questo genere (pur accrescendo taluni pericoli ad esse connessi)[10].

Ben si comprende perciò come alla mancanza o scarsità di comunicazioni corrispondesse una separazione degli ordinamenti giuridici e come ciò inducesse, soprattutto in certi periodi storici, a configurare il proprio come l'unico diritto da applicare, quanto meno in un certo ambito, nonostante che, già in una fase assai risalente nei secoli, i giuristi teorizzassero – e talora si sforzassero di rendere operanti, almeno in una certa area culturale – ordinamenti giuridici che si proponevano come un diritto tendenzialmente universale, quali furono, in diverse circostanze e con diverse modalità, il diritto "naturale", il diritto dell'Impero (romano) o il diritto "comune".

Come è noto, il momento in cui gli Stati europei si riconobbero reciprocamente come Stati sovrani, rinunciando, in pratica almeno, all'idea dell'unità del diritto, viene generalmente identificato con l'epoca della stipulazione dei trattati di Vestfalia (1648), quando il principio secondo il quale *rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator* acquistò forza di regola generale, e dall'impostazione che ne è derivata discende la situazione che ha conseguito il suo massimo sviluppo nel corso del XIX secolo e nella prima metà del XX, mentre la sua forza appare oggi, per certi versi almeno, in via di attenuazione[11].

Le conseguenze di questo evento furono messe particolarmente a fuoco dalla circostanza che, a mano a mano che questa svolta trovò piena applicazione, nelle scuole di tutto il mondo nelle quali si insegnava il diritto si cominciò ad identificarlo essenzialmente con il diritto nazionale, cioè con quello normalmente promulgato dal titolare della sovranità[12]

e applicato dai giudici, dalla pubblica amministrazione e dai cittadini del paese in cui l'insegnamento si svolgeva, mentre uno spazio molto più ridotto era dedicato al diritto degli altri paesi o a forme di diritto "non positivo" (e la stessa storia del diritto era anch'essa, talora, alquanto abusivamente "nazionalizzata"). A questa impostazione ha corrisposto, inoltre, l'invenzione del diritto internazionale, che non è lo *jus gentium* dei romani, ma invece il diritto dei rapporti interstatali, solo recentemente reso in qualche misura utilizzabile anche direttamente dagli individui o nei confronti di essi[13].

Ma, sia per effetto della creazione del diritto internazionale, sia in ragione della progressiva affermazione dell'autorità degli Stati su tutte le terre emerse (nonché, anche se in forme soltanto collettive, sull'Antartide, su parte dei mari e sull'atmosfera), sia per effetto dei collegamenti realizzati in virtù dei rapporti stabiliti fra gli ordinamenti giuridici statali e non statali, si venne realizzando il completo controllo degli enti di questo tipo sull'intero pianeta. Cosicché, proprio la rinuncia ad un unico centro cui imputare la produzione del diritto, quale teoricamente avrebbe potuto essere un successore degli antichi Cesari, consentì, a partire da un certo momento, di sottoporre tutto lo spazio concretamente raggiungibile al controllo di una pluralità di soggetti collettivi dotati di ordinamenti fra loro collegati e, in qualche misura almeno, tra loro coordinati[14].

Per quanto riguarda l'attività legislativa (che era svolta, al tempo dei trattati di Vestfalia, sia dal monarca stesso, sia in altre forme ammesse dal sistema delle fonti del diritto vigente nel paese di riferimento, ma comunque analogamente limitate), l'evoluzione verso il costituzionalismo ha portato al graduale trasferimento del relativo potere dal monarca ad una assemblea elettiva, dapprima con notevoli limitazioni, poi in forme gradualmente più prossime ai principi dello Stato democratico[15], ma permangono casi nei quali i principi del costituzionalismo non sono penetrati o sono stati abbandonati senza che ciò abbia impedito agli Stati di esercitare le funzioni normative secondo procedure sotto il profilo tecnico simili a quelle impiegate nei paesi in cui questa evoluzione ha ottenuto i risultati più coerenti all'impostazione ideologica di questo movimento di pensiero.

Questo assetto, che aveva trovato sostegno nell'ideologia giuridica dell'illuminismo, fu molto rafforzato dall'affermazione che, nel corso del XIX secolo, conseguirono, sul piano degli studi giuridici, il giuspositivismo e, sul piano dell'azione politica, il nazionalismo e la situazione non fu realmente modificata neppure dallo sviluppo che hanno assunto, negli ultimi due secoli, le "organizzazioni internazionali" (fra cui la Società delle Nazioni e l'Organizzazione delle Nazioni unite le quali, sulle tracce dell'esperienza del "concerto europeo" avviatasi nel corso del secolo XIX, si sono poste obiettivi tendenzialmente orientati verso la realizzazione di un ordine giuridico mondiale). Anche queste organizzazioni, tuttavia, al pari del diritto internazionale, costituiscono in larga misura una derivazione degli ordinamenti propri degli Stati, dall'azione dei quali sono frequentemente condizionate (in certi casi più rigidamente, in altri meno). Ma la penetrazione dei principi del costituzionalismo a livello internazionale è stata fino ad oggi un fatto quasi soltanto episodico. Donde l'impossibilità di ravvisare nel diritto internazionale una forma di diritto "cosmopolitico", avente come soggetti tutti gli esseri umani e la persistente imperfezione del sistema delle fonti del diritto fondato sull'assegnazione agli Stati di un ruolo fittiziamente eguale di assoluta sovranità.

Al livello dell'organizzazione dei pubblici poteri, particolare rilievo assunse il modello dello Stato "federale", realizzato con successo in qualche paese e seguito in altri, talora in modo più o meno attenuato ma comunque dotato di conseguenze di rilievo sul piano delle autonomie intra-statali, dando luogo ad esperienze di pluralismo, peraltro molto diverse da quelle realizzatesi, nei secoli precedenti nel quadro del sistema feudale, stante il

collegamento normalmente stabilitosi fra queste autonomie ed i principi democratici[16] e repubblicani[17], in luogo dell'inquadramento derivante dall'autoritarismo precedentemente imperante.

La pluralità degli ordinamenti giuridici si venne realizzando anche nei rapporti fra gli Stati e gli enti, diversi dagli Stati, ma operanti in tutto o in parte sulla base degli ordinamenti statali[18]. Fra essi, presentano particolare importanza gli enti "territoriali", esistenti nell'ambito degli Stati federali, regionali o altrimenti organizzati sulla base di autonomie di questo tipo, ma non sono da trascurare anche le autonomie funzionali di cui si hanno molti importanti esempi[19].

In Europa, una vicenda che presentò particolare importanza anche per i suoi riflessi pratici fu quella che in alcuni paesi si sviluppò fra lo Stato e la Chiesa cattolica, la quale aveva prodotto, nel "diritto canonico", un complesso di principi e di regole costitutivi di un ordinamento giuridico per certi versi simile a quelli degli Stati[20]. Le altre religioni, pur svolgendo analoghe influenze sui rapporti tra gli uomini, non assunsero questa specifica veste o la assunsero in misura più ridotta, ma ciò, in linea di massima, non esclude che anch'esse si presentino come ordinamenti giuridici, ancorché strutturati con modalità assai meno prossime a quelle proprie degli Stati[21]. Il tipo di rapporto che venne a stabilirsi fra questi ultimi e le diverse religioni si tradusse soprattutto in una diversa qualificazione dei primi che, a seconda del tipo di rapporto stabilito con la religione maggiormente seguita nel loro ambito, si distinguono in Stati "laici" e Stati "confessionali", ma il problema è assai più complesso di quanto risulta da formule di questo genere.

Più vario è il rapporto che si venne realizzando fra gli ordinamenti statali e gli ordinamenti giuridici privati operanti entro limiti fissati dalla legge dello Stato nell'ambito del quale essi agiscono. Tale rapporto subì l'influenza del succedersi degli ordinamenti formati nell'età del feudalesimo, poi di quelli orientati verso l'abolizione del relativo assetto in nome dell'eguaglianza fra le persone e tendenti all'adozione dei principi del liberalismo (nonché, in qualche caso, del socialismo), nonché, da ultimo, anche dalla ricerca di un maggiore equilibrio fra il riconoscimento dei diritti fondamentali di libertà (personale, culturale ed anche economica) e l'accettazione del ruolo delle formazioni sociali (a base associativa e, in qualche caso, anche a base comunitaria)[22].

L'avvento del fenomeno della "globalizzazione", manifestatosi soprattutto come fenomeno economico, ma progressivamente diffusosi anche in altre sfere dell'attività umana, ha avviato un processo di graduale trasformazione capace, a lungo andare, di modificare l'assetto derivante dalle decisioni prese al tempo dei trattati di Vestfalia. Questa tendenza si è manifestata fin qui soprattutto in una serie di rapporti interpersonali (sviluppatasi soprattutto nel campo delle comunicazioni e del commercio) che dimostrano la possibilità di fare a meno, almeno fino a un certo punto, dell'inquadramento derivante dall'assetto degli Stati, e più di uno spunto in questa direzione è ravvisabile nell'organizzazione dell'Unione europea, che è venuta assumendo progressivamente un carattere non soltanto economico, ma anche politico, e che sembra in grado di costituire un esempio per altre esperienze di tipo continentale o addirittura per organizzazioni operanti nell'intero pianeta[23].

Donde un particolare motivo di interesse dell'esperienza europeistica, ove la si guardi come una sorta di esperimento volto a realizzare il superamento del modo di concepire il diritto che si era venuto affermando negli ultimi quattro secoli, nella logica di un'organizzazione del mondo fondata essenzialmente (anche se non esclusivamente) sugli Stati e sull'organizzazione non democratica inizialmente ereditata dalla tradizione

monarchica e feudale. Lo studio del sistema delle fonti dell'ordinamento dell'Unione Europea dimostra infatti come questa istituzione si distingua tanto da uno Stato (anche federale) quanto da un'organizzazione internazionale e come essa possa (pur senza in alcun modo negare il pluralismo istituzionale derivante dall'esistenza di una molteplicità di Stati e di altre organizzazioni pubbliche o private, strutturate in più gradi, al di sopra e al di sotto di quello proprio degli Stati), in qualche modo presupporre un nuovo tipo di unità del diritto da realizzare a livello continentale, ma forse suscettibile anche di sviluppi di più ampio respiro.

L'evoluzione sommariamente descritta in questo paragrafo ha comportato una serie di collegamenti fra gli ordinamenti statali e fra essi e gli altri ordinamenti giuridici, i quali implicano non soltanto l'applicazione sempre più frequente da parte dei giudici o degli altri operatori del diritto operanti in ambito statale di norme proprie di ordinamenti di altri paesi mediante la tecnica del "rinvio" elaborata dagli studiosi del diritto internazionale privato[24], ma anche forme di collegamento più stretto fra l'ordinamento giuridico statale e altri ordinamenti, da quello della Comunità internazionale a quello dell'Unione europea[25], da quelli propri degli enti pubblici che fruiscono di forme di autonomia normativa a quelli delle formazioni sociali o di altri ordinamenti privati[26], i quali indubbiamente implicano rapporti di integrazione fra il sistema delle fonti del diritto vigente nel paese cui si fa riferimento e quelli propri di questi altri ordinamenti giuridici.

Ma anche altre forme di evoluzione delle istituzioni giuridiche dell'umanità, che hanno trovato un ruolo crescente a partire dalla fase iniziata nel secondo dopoguerra, hanno comportato una riduzione del ruolo degli Stati quale si era sviluppato nell'epoca in cui le tendenze nazionalistiche raggiunsero il loro apogeo e anche di esse si dovrà valutare l'incidenza sul sistema delle fonti del diritto, sia che lo si studi dal punto di vista del diritto vigente in un singolo paese, sia che lo si analisi dal punto di vista comparatistico[27].

Se tuttavia ciò comporta che, nello studio delle forme di produzione normativa, non sia più ammissibile condurre ricerche avendo esclusivo riguardo alla situazione esistente nell'ambito dello Stato di riferimento di chi conduce le ricerche stesse (come si tendeva a fare all'epoca di massimo sviluppo dell'impostazione influenzata dal positivismo e dal nazionalismo), non si può certamente nemmeno sostenere che l'evoluzione determinata dalla globalizzazione sia già pervenuta a imporre di considerare il ruolo degli ordinamenti giuridici statali come parificato a quello di tutti gli altri individuabili in base alla formula *ubi societas ibi jus*, essendo al contrario evidente che il ruolo degli Stati è ancora quanto meno più importante di quello degli altri ordinamenti giuridici, sia che si tratti di quelli qualificabili come sovra-statali, sia di quelli qualificabili come infra-statali. Quello che però è ormai assolutamente necessario, per non condurre una ricerca manchevole o parziale, è che si tenga conto che ciascun ordinamento giuridico statale non può più essere considerato (se mai ha potuto esserlo in passato) come una monade isolabile da ogni altra entità di questo tipo.

*2. Il ricorso alla storia del diritto e alla comparazione giuridica per lo studio delle fonti.* – Le vicende così sommariamente riassunte hanno comportato che – soprattutto a partire dall'epoca di massima affermazione del nazionalismo e del positivismo giuridico – quando, nell'ambito di una ricerca di questo tipo, si analizzavano le regole e i principi propri del sistema delle fonti, si avesse normalmente riguardo a quelli vigenti nell'ambito dell'ordinamento statale che chi le esponeva assumeva come "ordinamento di riferimento" e che solo nell'ambito di insegnamenti di tipo storico o comparatistico (o appartenenti a settori disciplinari a questi collegati) si desse atto dell'esistenza di fonti non considerate tali dall'ordinamento di riferimento ma pur tuttavia operanti in esso o in altri ordinamenti

statali, o impiegate in passato, ma attualmente in tutto o in parte abbandonate dall'uso corrente.

Chiunque confronti, ad esempio, la voce *Sources of Law*, redatta da René David per la *International Encyclopedia of Comparative Law*[28] (o altri simili lavori) con una trattazione dello stesso tema redatta con riferimento ad un singolo ordinamento statale contemporaneo, potrà rilevare questa differenza d'impostazione e potrà dedurre altresì che le differenze esistenti fra i sistemi delle fonti vigenti nei diversi ordinamenti statali hanno assunto la funzione di principale criterio distintivo dei "sistemi" giuridici individuati dai comparatisti, a cominciare dalla contrapposizione fra ordinamenti di "*civil law*" e ordinamenti di "*common law*".

Come è noto, questa contrapposizione si fonda sulla circostanza che nell'ambito dei primi, per effetto dell'evoluzione del pensiero politico manifestatasi soprattutto a partire del XVIII secolo, la nozione giuridica di legge – intesa come atto normativo emanato dagli organi costituzionali dello Stato – è venuta assumendo nel sistema delle fonti un ruolo centrale e talora esclusivo, tanto che in tali ordinamenti la legge (o, ormai più spesso, la costituzione) statale svolge anche la funzione di regolare lo stesso sistema delle fonti dell'ordinamento complessivamente considerato.

E secondo lo sviluppo che questa impostazione ha ricevuto nell'ambito della dottrina giuspositivistica, questo vale tanto per la legge adottata da un parlamento formato secondo i principi della democrazia rappresentativa, quanto per la legge espressione della volontà di un monarca assoluto o di altro soggetto dotato di analoghi poteri e adottata mediante un suo decreto o in qualunque altro modo, a condizione che risulti da una prescrizione qualificabile come giuridicamente valida e praticamente operativa.

Ciò ha reso possibile che taluni codici civili di questo periodo (i quali indubbiamente appartengono al genere delle "leggi") comprendano norme che indicano quali sono le fonti del diritto e quali i loro effetti giuridici cosicché, nell'ambito di un sistema delle fonti di questo tipo, la legge è venuta a costituire una sorta di "fonte delle fonti" (poiché, quando così è previsto, altre fonti possono essere considerate tali soltanto in quanto richiamate e regolate dalla legge).

Al contrario, nell'ordinamento inglese (e in altri da esso derivati), lo *statute* (cioè la legge del Parlamento) e il *precedent* (cioè la regola impiegata come *ratio decidendi* in occasione della decisione resa da un giudice in relazione ad un concreto caso giudiziario) si dividono la funzione di fonte principale impiegata del sistema, poiché si ammette che lo *statute law* (cioè il diritto legislativo) possa modificare il *common law* (cioè il diritto di origine giudiziaria), pur consentendosi al tempo stesso che il *common law* possa interpretare il diritto di origine legislativa ricoprendolo, per così dire, di precedenti fino in certo qual modo a sostituirlo. In un sistema di questo tipo, pertanto, non può parlarsi di "fonte delle fonti" poiché il relativo sistema risulta dall'opera di più fonti operanti indipendentemente l'una dall'altra ed è semmai il carattere razionale del diritto giudiziario ad influenzare la formazione del diritto legislativo più che l'inverso[29].

Ciò si desume, in particolare, dall'importante variante di questo sistema che si è sviluppata soprattutto nell'ordinamento degli Stati Uniti, dove la Costituzione ("rigida") è stata riconosciuta come *higher law*, cioè come una fonte gerarchicamente sovraordinata alla legge ordinaria, con conseguente possibilità di configurare un controllo di costituzionalità della legge stessa da parte del potere giudiziario. Questa impostazione, tuttavia, per molto tempo trovò difficoltà a diffondersi in Europa, dove le costituzioni[30] avevano quasi

sempre carattere “flessibile”, cioè erano modificabili mediante leggi ordinarie o altre fonti logicamente ad essa subordinate, e contenevano, insieme con talune regole o principi dotati di forza normativa in senso giuridico, soprattutto dichiarazioni di indirizzo dotate di effetti prevalentemente politici.

Nella seconda metà del XX secolo, tuttavia, quando anche la maggior parte degli ordinamenti di *civil law* adottarono una costituzione rigida ed introdussero il controllo di costituzionalità delle leggi, l’assetto del loro sistema delle fonti venne ad essere profondamente modificato, perché fu anche qui riconosciuto alla costituzione il ruolo di una “legge superiore” (anche nei confronti delle *leges legum*) cosicché, in questi casi, essa venne a sostituirsi alla legge nel ruolo di “fonte delle fonti”. Ciò ha determinato una serie di conseguenze pratiche nei confronti degli studi dedicati alla materia della produzione normativa, la quale in passato era stata generalmente divisa dai giuristi nel senso che i privatisti si occupavano della disciplina dell’attività di interpretazione e applicazione delle norme giuridiche (che talora trovava il suo fondamento in alcuni articoli del codice civile, o premessi ad esso), mentre i pubblicisti si occupavano dell’attività di formazione degli atti legislativi che era svolta dagli organi costituzionali competenti. Nei tempi più vicini a noi, invece, soprattutto nei paesi in cui questa evoluzione ha assunto maggiore importanza pratica, l’intera materia della produzione normativa è stata riunita e non vi è dubbio che l’accostamento dei due punti di vista – quello di chi guarda alla formazione degli atti normativi e quello di chi guarda all’attuazione e interpretazione di essi – ha giovato non poco all’approfondimento dei relativi problemi.

Negli ultimi tempi, inoltre, sul corso degli studi in materia di fonti del diritto ha altresì influito l’imponente sviluppo degli studi comparatistici i quali hanno consentito di mettere in luce come la contrapposizione fra sistemi di “*civil law*” e sistemi di “*common law*”, che in una certa fase storica era sembrata dotata di una importante forza discriminante, sia in realtà molto meno profonda di quanto fosse apparso alla luce dell’impostazione giuspositivistica, quando si era cercato di svalutare quanto più possibile il ruolo dell’interprete a vantaggio di quello del legislatore. Sulla base delle esperienze compiute nell’ambito della giustizia costituzionale e con riferimento a sistemi delle fonti caratterizzati da una pluralità di gradi (a partire, cioè, dalle intuizioni di Hans Kelsen e della sua scuola), si è venuto tuttavia chiarendo come, anche nei sistemi di *civil law*, la “giurisprudenza”, sia giudiziaria, sia dottrinale, sia “transnazionale”, possa assumere un ruolo qualitativamente non molto dissimile da quello che ha nei sistemi di *common law*[31], anche se i suoi effetti operano più sul piano culturale che su quello delle procedure guidate dalla politica[32].

Il sistema delle fonti operante nell’ambito dell’ordinamento dell’Unione Europea ha messo in particolare evidenza questi problemi, non soltanto poiché esso risulta dall’attività di giuristi formati nell’ambito di ordinamenti appartenenti a sistemi dei due diversi tipi, ma anche perché l’evoluzione che l’ordinamento stesso ha subito ha messo progressivamente in evidenza come il sistema delle fonti in esso operante ne comprenda alcune dotate dei caratteri propri delle fonti legislative insieme con altre dotate dei caratteri propri delle fonti giurisprudenziali. Ed è noto come la complessa vicenda che ha portato ad una graduale (ed ancora incompiuta) “costituzionalizzazione” del diritto dell’Unione Europea, abbia avuto come suo principale motore proprio la Corte di giustizia e la sua giurisprudenza, mentre il richiamo ad una nozione essenzialmente dottrinale come quella concernente le “tradizioni costituzionali comuni” degli Stati membri ha esercitato anch’essa un ruolo di rilievo[33].

Ciò comporta la necessità di tenere presente, nello studio del sistema delle fonti del diritto operante nell'ordinamento dell'UE e dei singoli Stati membri di essa, non soltanto l'impostazione tradizionalmente seguita con riferimento agli ordinamenti statali appartenenti all'area della *civil law*, ma anche quella propria degli studi di impostazione storico-comparatistica dedicati a questa materia, i quali cercano di tenere conto dell'intera gamma di fonti che vediamo essere o essere state impiegate negli ordinamenti giuridici del presente o del passato, salvo a valutare in concreto quali siano quelle che attualmente trovano realmente applicazione con riferimento all'uno o all'altro ordinamento giuridico. E l'accresciuta interferenza fra gli ordinamenti giuridici statali degli Stati membri dell'Unione Europea che deriva dal ruolo da essa assunto, impone di attivarsi in questo senso anche nello studio dei sistemi delle fonti degli Stati membri, più di quanto non apparisse necessario già prima che il processo di integrazione comunitaria si sviluppasse.

Infine, è da tenere conto della sostanziale immedesimazione che sussiste fra gli studi di diritto comparato e gli studi di storia del diritto, non solo per il fatto che i nessi messi in luce dalla comparazione sincronica trovano quasi sempre spiegazione nell'evoluzione che gli ordinamenti presi in considerazione hanno subito in passato, ma anche perché la stessa ricerca storica si risolve spesso in una forma di comparazione diacronica, come soprattutto Gino Gorla ha dimostrato nei suoi lavori[34] e come è ormai sostanzialmente riconosciuto da tutti.

Quanto agli effetti della comparazione giuridica, vengono a questo proposito in considerazione i casi nei quali soluzioni tecniche di problemi giuridici utilizzate nell'ambito di ordinamenti giuridici diversi da quello da cui può dedursi la regola da applicare al caso in esame vengono utilizzate per interpretare i materiali utilizzati da tale ordinamento come base della ricerca del diritto vigente, configurando cioè la comparazione giuridica come un metodo di interpretazione da affiancare a quelli tradizionali[35], avvalendosi della classificazione degli ordinamenti giuridici in "sistemi" o "famiglie" che consente di recepire, attraverso l'individuazione dei rapporti che sono propri di un determinato ordinamento con un determinato sistema, tutto un complesso di indicazioni normalmente deducibili dalle vicende che hanno contribuito all'evoluzione di tale sistema considerato nel suo complesso (fra i quali presentano conseguenze più strette i casi qualificati dagli studiosi come "trapianti" di istituti giuridici[36]). Un aspetto particolare di questa tecnica interpretativa risulta poi dall'impiego di forme di "diritto transnazionale", dotato di efficacia nei rapporti fra soggetti che operano come privati, indipendentemente dal ricorso agli schemi propri del diritto internazionale o del diritto degli Stati che sarebbe altrimenti applicabili in questo genere di casi[37].

Il riconoscimento della giuridicità di tali rapporti e di tali effetti e la crescente frequenza con cui soluzioni di questo genere vengono concretamente impiegate nell'epoca contemporanea, in virtù della sempre maggiore facilità che essi presentano ormai per effetto degli straordinari progressi realizzati dalla tecnica delle comunicazioni, hanno reso necessario, anche ai fini dello studio dei singoli ordinamenti giuridici, dedicare maggiore attenzione di quanto apparisse doveroso in passato alla collocazione che un singolo ordinamento giuridico che ci si proponga di descrivere nel quadro complessivo degli ordinamenti giuridici che operano al di fuori dell'ordinamento di riferimento.

Da queste considerazioni emerge la necessità, anche nell'ambito di una trattazione del tema delle fonti del diritto italiano, di dedicare almeno qualche sommario riferimento ai precedenti storici ed ai raffronti comparatistici, muovendo da una sommaria rassegna dei vari tipi di fonti che trovano applicazione nell'epoca contemporanea o che l'hanno trovata in passato e che quindi possono aver influenzato la formazione del diritto attualmente



vigente in Italia, o addirittura possono trovare qui applicazione ancor oggi in virtù di taluna delle tecniche che sono state individuate come strumenti di raccordo fra i diversi ordinamenti ormai sempre più agevolmente distinguibili sulla base della riconosciuta pluralità degli ordinamenti giuridici.

Senza diffondersi a motivare questo assunto, a sostegno del quale è sufficiente richiamare quanto altri ha già ampiamente dimostrato, sia quanto alla funzione interpretativa della comparazione, sia ad illustrazione dell'intrinseco collegamento che necessariamente si stabilisce fra storia del diritto e comparazione giuridica, ci limiteremo qui a richiamare i principali tipi di fonti del diritto che risultano dalla rassegna storico-comparatistica dei relativi problemi per valutare quale sia l'impiego che essi ricevono (o non ricevono) nell'ambito dei sistemi delle fonti nell'epoca contemporanea.

3. *Sommatoria descrizione delle fonti prevalentemente utilizzate dagli ordinamenti giuridici nell'epoca contemporanea. Hard Law e Soft Law.* – Sotto il profilo storico, i fatti che maggiormente hanno influito sull'evoluzione dei sistemi delle fonti del diritto oggi operanti negli Stati contemporanei sono costituiti: *a)* dallo sviluppo del diritto romano con riferimento al quale venne sviluppandosi una “sistemica” dotata di basi teoriche particolarmente raffinate, successivamente dotata di una documentazione di eccezionale valore col *Corpus Juris* redatto nel VI secolo per ordine dell'imperatore Giustiniano; *b)* dal recupero di tale sistema che – teoricamente almeno – portò alla ricostituzione dell'unità del diritto europeo[38], nel quadro dell'affermazione, sul piano politico, del Sacro Romano Impero, esistente dall'anno 800 all'anno 1806, e, sul piano giuridico, del “diritto comune” elaborato nelle università e dotato di efficacia non condizionata dalle frontiere fra gli Stati; *c)* dal reciproco riconoscimento della sovranità da parte delle monarchie *superiorem non recognoscentes*, cui furono ispirati i trattati di Vestfalia del 1648 ai quali seguì – di fatto se non di diritto – una nuova rottura dell'unità del diritto europeo e la fondazione del diritto internazionale con gli Stati come soggetti; *d)* dalla codificazione moderna (sostenuta sul piano culturale dall'illuminismo e su quello politico dal costituzionalismo sviluppatosi nel XVIII e XIX secolo), la quale si propose di assoggettare all'impero della legge tutte le fonti non legislative, approfondendo la contrapposizione fra il sistema delle fonti vigente nell'area anglosassone, che conservò il precedente giudiziario come fonte accanto alla legge prodotta dall'attività degli organi costituzionali (*common law*), e quello impiegato nell'area continentale fondato invece sulla legge ed in particolare sul codice civile (*civil law*); *e)* dalla diffusione dell'idea della Costituzione come *higher law*, affermata dapprima in un paese di *common law*, ma successivamente diffusasi in tutto il mondo con articolazione di sistemi a struttura *multilevel* e con tendenziale recupero del diritto giurisprudenziale quale alternativa al diritto legislativo; *f)* dalla diffusione della concezione del diritto internazionale come regolatore non soltanto dei rapporti fra gli Stati, ma, in certa misura almeno, anche delle attività degli individui o delle organizzazioni internazionali (e, in particolare, in Europa, dallo sviluppo del diritto comunitario), con conseguente avvio, sia pure molto contrastato, di forme di “costituzionalizzazione del diritto internazionale”; *g)* dalla diffusione di forme di organizzazione degli Stati fondate sul riconoscimento delle autonomie normative (nelle forme dello Stato federale, regionale, ecc., nonché di soggetti “autonomi” o di autorità “indipendenti” – a carattere funzionale – pur tuttavia in qualche modo gli uni e le altre inquadrati nell'ordinamento statale); *h)* dal riconoscimento di uno spazio consentito (e talora riservato) alle autonomie anche normative dei privati, anche nelle forme proprie del diritto transnazionale.

Aggiungendo qualche maggiore dettaglio a questo quadro d'insieme, può segnalarsi come già nel sistema delle fonti che furono proprie del diritto romano[39] si trovi la

contrapposizione fra *mores* e *leges*, ossia fra il diritto consuetudinario, frutto dei comportamenti spontaneamente tenuti dagli appartenenti ad una determinata società, e il diritto legislativo, frutto di deliberazioni destinate ad imporre ai consociati determinate regole di comportamento. Quando si determina questo tipo di contrapposizione, talora l'una, talora l'altra delle due fonti è giudicata prevalente[40], ma la prevalenza delle *leges* sembra costituire un prodotto necessario dello sviluppo della tecnica giuridica (che, nell'epoca moderna, riduce spesso ai minimi termini lo spazio lasciato ai *mores*), anche se la forza dello "spirito del popolo" risulta prevalente in circostanze particolari, con riferimento alle quali non è affatto escluso che la consuetudine possa affermarsi come una irresistibile fonte *extra ordinem*[41].

I progressi realizzati sul piano tecnico-giuridico dalla civiltà romana[42] fecero sì che alla contrapposizione fra *leges* e *mores* venisse a subentrare quella, ben più importante, fra *leges* e *iura*, mediante la quale si distingueva dal diritto di produzione politica quello elaborato attraverso l'*interpretatio*, espressa dai *responsa prudentium*, fondati su ragionamenti e non su mere manifestazioni di volontà (anche se comunque appoggiate sul consenso dei *cives* o di chi possa parlare in loro nome), e dallo *ius honorarium*, analogamente elaborato da soggetti dotati di un particolare *status*. Frutto dell'elaborazione dei giuristi sono quindi i testi classici riprodotti nel Digesto e poi rielaborati nei dibattiti svoltisi nelle università medievali e più tardi – nell'area dominata dalla *civil law* – posti a base delle codificazioni moderne (dotate peraltro di diretta forza normativa solo in quanto testi legislativi), mentre, in altri luoghi o in altri momenti, le *opiniones doctorum* recuperano tale forza qualora siano poste a base di concrete pronunce giudiziarie, come nei paesi di *common law*, donde la forza normativa del *precedent* che, in quest'area, si affianca allo *statute* come principale fonte del diritto.

Già da questi sommari cenni appare chiaro come la fonte che principalmente assume il ruolo di espressione di una volontà politica sia la *lex* (grosso modo corrispondente a quella che nelle lingue moderne assume la denominazione di legge, *ley*, *lei*, *loi*, *gesetz*, *statute* oppure *law*, ecc.), le cui caratteristiche si evolvono attraverso una serie di assimilazioni, per effetto delle quali fonti di tipo autoritario (che non potrebbero dirsi *leges*) *legis habent vigorem*, come quando, nell'antica Roma, si passò dalla repubblica al principato. Si arriva così ad avere una pluralità di fonti le quali attestano un'evoluzione della loro struttura, per lo più corrispondente all'evoluzione della forma di governo[43]: la versione più risalente di cui abbiamo notizie abbastanza precise è quella che assegna la funzione normativa alla delibera comiziale dell'epoca repubblicana, alla quale vengono successivamente assimilati i plebisciti, i senatoconsulti, le *constitutiones principum* e i *responsa prudentium*, i quali concorrono alla formazione della *ius civile*[44]. *Viva vox* del quale è qualificato da Marciano (D. 1, 1, 8) lo *ius honorarium* o *praetorium*, definito da Papiniano *quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam* (D. 1, 1, 7, 1).

Fra queste diverse fonti non esiste una gerarchia, giacché le nuove fonti *legis vicem optinent*, e la stessa affermazione del principio per il quale *quod principi placuit legis habet vigorem*, che porta a compimento l'evoluzione autoritaria della forma di governo (col corrispondente avvento del sistema delle fonti vigente in epoca imperiale), si esprime con la formula dell'equiparazione, che ovviamente comporta la prevalenza dell'autorità dell'imperatore, ma non una gerarchia fondata su tutt'altri presupposti come quella realizzata, molti secoli dopo, dalla nozione di *higher law*. Senza diffondersi oltre nell'analisi di questa vicenda, basterà segnalare come in essa già si presentino molte delle alternative che ritroviamo in epoche successive.

Va anche ricordato come, specialmente nella penisola italiana (dove si stabilì la massima autorità della Chiesa cattolica) ma anche altrove, il diritto romano ebbe frequenti occasioni di contatto con il diritto canonico che si presentò spesso, stante l'esercizio del potere temporale da parte del papato, come un diritto non soltanto religioso. Donde frequenti esempi di impiego di fonti divine anche nell'ambito di ordinamenti non esclusivamente religiosi, fino a quando il principio di laicità dello Stato non ridimensionò queste prospettive, rimaste peraltro operative in varie parti del mondo, a cominciare da quelle di maggiore diffusione dell'Islam.

Meno frequente si presenta invece, in questa fase, il ricorso alla tecniche proprie dei contratti per stabilire regole di condotta dotate di portata generale ed astratta (ossia di efficacia *erga omnes*), anche se ipotesi di contratti normativi hanno finito per svilupparsi nell'ambito del moderno diritto privato e assai frequente è il caso delle fonti legislative che si limitano a "recepire" atti di tipo contrattuale, oppure ad "adattare" il diritto legislativo ai contenuti normativi di atti di questo genere.

E' infine da notare che, in base all'impostazione rigidamente positivista che si è affermata, soprattutto nel mondo occidentale, fra il XIX e il XX secolo, quando si parla di diritto si intende riferirsi esclusivamente al diritto vigente, che, nell'area della *civil law*, vuol dire per lo più il complesso di principi e regole risultanti dagli atti normativi soggetti a pubblicazione costitutiva[45] mentre, nell'area della *common law*, l'inizio dell'efficacia è determinato in altri modi comunque ritenuti equivalenti ai fini della conoscenza del diritto da parte dei suoi destinatari[46]. Nella fase più recente, tuttavia, di queste regole è stata spesso data un'interpretazione meno rigida, consentendosi di utilizzare anche forme di *soft law* quanto meno ai fini dell'interpretazione (anche sistematica) delle clausole vigenti. Con questa espressione[47] si indicano quei principi o regole che, pur non essendo "in vigore" in senso tecnico-giuridico[48], si prevede che lo diverranno col completamento di una procedura legislativa già in corso, ovvero risultano da deliberazioni adottate con procedure simili a quelle previste per la deliberazione degli atti normativi che costituiscono diritto (come certe deliberazioni di carattere internazionale non produttive di obblighi giuridici, ma soltanto di auspici), ovvero costituiscono *rationes decidendi* di decisioni giudiziarie alle quali non è applicabile il principio *stare decisis* o in altri casi analoghi. Di particolare importanza è il ruolo delle "norme tecniche" che devono essere osservate per l'impiego dei vari tipi di tecnologie[49]. Un'ampia categoria di *soft law* è inoltre costituita dai codici etici, dalle norme di correttezza costituzionale e da molte altre regole non giuridiche che sono tuttavia suscettibili di essere utilizzate in maggiore o minore misura in simili circostanze[50].

4. *Modi di funzionamento e principi ispiratori delle fonti.* – Nonostante che la funzione delle fonti del diritto sia sostanzialmente unitaria (e si risolve nella realizzazione di una rete di precetti che offrono una serie di modelli di comportamento dai quali viene orientata l'azione degli individui che operano nell'ambito di una certa società, quanto meno nella parte in cui la società stessa ritiene necessario prescrivere regole comuni, così limitando la parte più o meno ampia lasciata alla libertà degli individui) è evidente che le differenti vicende succedutesi nelle varie aree del pianeta hanno condotto alla realizzazione di ordinamenti giuridici differenziati, sia quanto ai contenuti delle norme che formano gli ordinamenti stessi ed al regime degli effetti delle singole fonti, sia quanto alle regole strumentali che disciplinano la loro creazione e modificazione.

Lo scopo delle fonti del diritto consiste quindi nel produrre un complesso di statuizioni mediante le quali sia previsto anticipatamente come dovrà comportarsi un soggetto dell'ordinamento giuridico cui una certa fonte appartiene qualora si trovi in presenza di

una situazione corrispondente alla previsione contenuta nella in una tale statuizione. Il complesso di tali statuizioni costituisce cioè il diritto vigente in un ambito che può essere delimitato in base al criterio territoriale, oppure al criterio personale, o a combinazioni di ambedue tali criteri, e si identifica con l'ambito di operatività dell'ordinamento giuridico di cui trattasi.

Il sistema delle fonti, complessivamente considerato, si risolve così in uno strumento razionale mediante il quale vengono individuate le situazioni con riferimento alle quali l'ordinamento giuridico prescrive quale sia il comportamento che coloro che si trovano soggetti alla sua autorità debbono (o possono) tenere od omettere, rendendo così possibile controllare se un singolo individuo che si sia trovato di fronte ad una situazione prevista e regolata dal sistema stesso abbia rispettato quanto stabilito oppure no e quali siano le conseguenze dell'eventuale inosservanza.

Questo obiettivo viene conseguito mediante la previsione di una "fattispecie astratta", la quale descrive la situazione che la fonte ha per scopo di regolare, e di una prescrizione circa il comportamento da tenere ove essa si verifichi. Il funzionamento del meccanismo presuppone un confronto fra l'ipotesi normativa e l'attuazione che la prescrizione ha ricevuto, o che ci si prepara a realizzare, mediante il quale è possibile stabilire la compatibilità fra l'ipotesi normativa stessa la situazione realizzatasi o in via di realizzazione (ossia, la "fattispecie concreta"), nonché le conseguenze dell'eventuale incompatibilità.

Si tratta cioè di un meccanismo che viene impiegato proprio per consentire l'uso del diritto in relazione a situazioni che si ripetono in diversi tempi e in diversi luoghi, giacché se invece si trattasse di regolare casi singoli non vi sarebbe ragione di ricorrere ad un sistema di fonti anziché ad un sistema di ordini riferiti alle singole fattispecie concrete. L'utilità del ricorso ad un sistema di fonti del diritto, anziché ad un sistema di ordini individuali, sta proprio nella flessibilità di tale sistema che comporta l'enunciazione di ipotesi normative previste da fonti normalmente dotate di carattere astratto, così da trovare applicazione a situazioni ripetibili, senza escludere tuttavia varianti che non incidono sulle ragioni che giustificano la prescrizione stabilita dalla fonte, mentre l'eventualità che si abbia perfetta coincidenza fra fattispecie astratta e fattispecie concreta costituisce un'ipotesi possibile, ma puramente eventuale (spesso derivante da un imperfetto funzionamento dei normali procedimenti di produzione normativa). Donde un margine di flessibilità della disciplina dettata in relazione a fattispecie astratte che consente di adattarla alle particolarità proprie delle singole fattispecie concrete, flessibilità che sarebbe evidentemente impossibile realizzare ove si dovesse procedere utilizzando soltanto singoli ordini riferiti a ciascuna di esse. E questa flessibilità è spesso favorita dalla separazione fra una fonte che detta norme di principio ed un'altra che, in attuazione di essa, specifica le regole dettagliate [51].

L'elasticità che il sistema presenta per effetto della differenza normalmente esistente fra ciascuna singola fattispecie astratta che esso regola e le molteplici fattispecie concrete cui la disciplina risulta applicabile lascia a ciascun soggetto dell'ordinamento giuridico uno spazio per deliberare circa quello che egli debba fare in ciascuna situazione che si trovi ad affrontare ed è in tale spazio che si inserisce l'attività di "interpretazione" dei precetti prodotti dalle fonti del diritto che spetta, in vario modo, a qualunque destinatario della prescrizione e a chi deve eventualmente controllare le sue opzioni interpretative. Tale elasticità costituisce il fondamento della distinzione fra attività normativa (legislativa e assimilate), da un lato, e attività esecutiva (in via amministrativa, giurisdizionale o privata), dall'altro, tra le quali si inserisce appunto l'attività interpretativa.

Se consideriamo questo schema nei suoi aspetti essenziali, ne possiamo dedurre che le fonti del diritto consistono nella produzione di testi (scritti, e quindi affidati a forme più o meno tecnicamente evolute di documentazione, ma ipoteticamente anche orali ed affidati soltanto alla memoria umana), o di “modelli di comportamento”, i quali enuncino o altrimenti esprimano “disposizioni normative”, ossia formule linguistiche dalle quali sia ricavabile l’indicazione di una fattispecie astratta e di una prescrizione (più o meno complessa) di ciò che l’uno o l’altro dei soggetti interessati deve o può fare, tollerare oppure omettere di fare. Proprio l’elasticità del rapporto che si determina fra la fattispecie astratta e i casi della vita rende possibile che si abbiano fattispecie concrete non esattamente corrispondenti alla fattispecie astratta prevista da una disposizione normativa, la cui disciplina può essere costruita attraverso la combinazione di più disposizioni, ovvero ricorrendo a ragionamenti più o meno complessi, fondati su una o più disposizioni e eventualmente anche su indicazioni non desumibili da singole disposizioni, ma comunque ricavabili dall’ordinamento considerato nella sua totalità.

Queste considerazioni consentono di stabilire la distinzione fra le “disposizioni normative” e le “norme” che da esse si estraggono per renderle applicabili alle fattispecie concrete, sulla quale si fonda altresì la nozione di “diritto vivente” utilizzata a vari fini, soprattutto nei casi nei quali le diverse fonti sono inquadrare in una “gerarchia” delle fonti stesse [52]. Queste si distinguono per il carattere astratto che è normalmente proprio delle prime, cioè delle fattispecie da esse previste, e per il carattere (relativamente) concreto che è proprio delle seconde, cioè delle fattispecie cui esse si riferiscono. E l’elasticità del meccanismo, sopra segnalata, comporta che non è affatto escluso che la norma costruita con riferimento ad una fattispecie concreta possa essere successivamente utilizzata come disposizione rispetto ad una fattispecie ancor meno astratta e così via [53].

Ai fini della classificazione delle fonti la distinzione fra disposizione e norma viene in considerazione perché possono aversi fonti consistenti in atti giuridici la cui funzione consiste nella redazione (compiuta nel rispetto di tutta una serie di garanzie procedurali) di complessi di disposizioni normative destinate a disciplinare fattispecie astratte nel modo che si è sommariamente descritto e fonti le quali possono funzionare come tali senza ricorrere a siffatti adempimenti procedurali, attraverso la ricognizione della loro esistenza realizzata mediante l’accertamento di fatti e la valutazione delle conseguenze che da essi possono dedursi.

Sono fonti-atto la costituzione, la legge, il regolamento, ecc.; sono fonti-fatto la consuetudine, il precedente giudiziario, ecc. Le prime corrispondono a quel genere di atti giuridici che la dottrina ha ricondotto alla nozione di “atto normativo” [54]; le seconde sono riconducibili alla nozione di “fatto normativo” [55]. E’ da segnalare che possono aversi atti i quali operano come tali sotto un certo profilo e come semplici fatti giuridici sotto altro profilo [56].

Minore importanza presenta la classificazione delle fonti in “scritte” e “non scritte”, dato che anche un testo tramandato oralmente può benissimo realizzare un atto normativo e, per contro, una fonte non scritta può essere desunta da un documento scritto (come ad es. un precedente giudiziario dalla cronaca di un processo o dal testo di una sentenza che, di per sé, non costituisce fonte del diritto) [57].

Maggiore rilievo ha invece la distinzione fra fonti legali e fonti *extra ordinem*, la quale si fonda sulla circostanza che una fonte sia prevista da norme strumentali proprie dell’ordinamento giuridico di cui trattasi, ovvero operi in esso in violazione delle sue fonti legali, ma in modo comunque efficace. Naturalmente, che un determinato atto o fatto operi

come una fonte *extra ordinem*, oppure debba essere considerato come un fatto illecito, dipende da valutazioni che possono essere compiute soltanto *a posteriori* e che costituiscono compito dello storico più che del giurista (per quanto non è escluso che anche dal punto di vista strettamente giuridico vicende di questo genere diano talora luogo a problemi pratici tutt'altro che privi di importanza) [58].

Fra le altre classificazioni delle fonti se ne segnalano alcune che hanno riferimento al tipo di disposizioni che una certa fonte può contenere e si distinguono così fonti che stabiliscono "principi" destinati ad essere utilizzati dallo stesso legislatore in sede di enunciazione di "regole" (come nel caso delle leggi di delegazione, cui il legislatore delegato deve ispirarsi nell'individuazione delle regole attuative, ed in altri casi simili) [59], fonti che dettano principi o regole muniti di un'efficacia prevalente (oppure subordinata) rispetto a quella propria dei principi o regole derivanti da altre fonti (nell'ambito di una "gerarchia" normativa), oppure efficacia "interpretativa" di altri atti normativi precedentemente emanati, ecc.

Ripartizioni di questo genere possono dar luogo ad una divisione del lavoro in base alla quale più fonti operano in collaborazione tra loro, producendo ciascuna una parte del materiale normativo destinato ad integrarsi nelle norme destinate ad essere applicate alle fattispecie concrete. In tal caso, gli atti o fatti normativi utilizzabili si presentano come produttivi di "frammenti" di disposizioni destinate ad essere utilizzate in combinazione tra loro (anche se, per lo più, il risultato finale è quello che risulta dall'ultimo testo prodotto, rispetto al quale gli altri si presentano come atti preliminari destinati ad essere in esso assorbiti).

Non esiste invece una distinzione rigorosa che separi le fonti produttive di disposizioni o norme regolatrici della produzione giuridica dalle fonti produttive di disposizioni o norme regolatrici del contenuto normativo dei precetti in questione. Il carattere strumentale che è proprio delle norme sulla produzione giuridica comporta che il rispetto di esse condizioni la validità o l'efficacia delle disposizioni o norme prodotte, determinando una sorta di rapporto gerarchico fra le prime e le seconde, che peraltro non è pienamente assimilabile alle gerarchie normative fondate sulla "forza" o il "valore" che l'ordinamento giuridico in questione assegna alle une o alle altre.

Presenta notevole interesse altresì la distinzione delle fonti mediante l'esercizio delle quali un'autorità politica persegue un obiettivo pratico, in attuazione del suo programma politico (mediante opera di *Rechtsetzung*), da quelle mediante le quali la regola viene dedotta dalle esperienze del passato ovvero dall'analisi razionale dei fenomeni giuridici, assumendosi il diritto come un dato che il soggetto che compie l'accertamento di esso non può modificare, ma soltanto riconoscere come vigente (mediate opera di *Rechtsfindung*) [60]. Da questo punto di vista le prime sono qualificabili come fonti "politiche" in quanto costituiscono il prodotto di un'attività (regolata anch'essa dal diritto, ma soprattutto per quanto riguarda la procedura da osservare e comunque senza escludere un ambito di discrezionalità nella determinazione dei fini da perseguire e dei mezzi da adottare a tale scopo) contrapponendosi alle fonti "culturali", le quali tendono all'attuazione delle norme giuridiche che risultano dall'analisi razionale del diritto vigente, interpretato come sistema coerente di principi e di regole applicative di essi.

Non costituisce invece una classificazione di questo genere quella fra le "fonti di produzione" e le "fonti di cognizione" spesso analizzata insieme con quelle qui passate in rassegna. Le fonti di cui qui si parla, infatti, sono soltanto quelle che in base a tale classificazione sono denominate fonti di produzione, mentre le così dette fonti di

cognizione sono i documenti o le altre prove mediante i quali è possibile accertare l'esistenza, la vigenza, ecc., delle fonti vere e proprie (come i periodici ufficiali previsti nei paesi di *civil law*, i *reports* impiegati in quelli di *common law*, ecc.). Queste ultime non producono diritto, costituendo soltanto, in taluni ordinamenti, una condizione per l'entrata in vigore di certi tipi di atti normativi e, eventualmente, un mezzo di prova dell'esistenza della fonte e della sua consistenza.

Come già si è avvertito, i tipi di fonti che sono state impiegate, nel corso della storia, nell'ambito dei vari ordinamenti giuridici che hanno funzionato o funzionano nelle varie parti del pianeta sono molteplici. Per offrirne qui un sintetico quadro riassuntivo, sembra opportuno rifarsi ai principi cui si sono ispirati la maggior parte di essi e che possono essere identificati nei cinque seguenti: *a)* il principio secondo il quale, in presenza di un'identica fattispecie e salvo che vi siano ragioni che giustifichino un cambiamento di rotta, ci si deve attenere alla stessa regola seguita in precedenza, in omaggio al valore dell'esperienza (come nel caso della consuetudine); *b)* il principio secondo il quale si devono osservare le regole ritenute maggiormente conformi ad una valutazione razionale dei fatti, in omaggio al valore della coerenza cui deve ispirarsi l'interpretazione sistematica dell'ordinamento giuridico (come nel caso del precedente giudiziario o delle argomentazioni della dottrina); *c)* il principio secondo il quale si debbono rispettare gli obblighi convenzionalmente assunti (*pacta sunt servanda*), ove essi siano applicabili *erga omnes* (la loro coercibilità *inter partes* essendo ovviamente scontata); *d)* il principio secondo il quale si deve prestare obbedienza all'autorità divina, nei casi e modi in cui essa sia riconosciuta come vincolante dall'ordinamento di riferimento; *e)* il principio secondo il quale si deve prestare obbedienza all'autorità politica, anche qui nei casi e modi in cui essa sia riconosciuta come vincolante dall'ordinamento di riferimento [61].

Nell'epoca contemporanea, ordinamento di riferimento è normalmente quello dello Stato cui la fattispecie in esame è ricollegabile a preferenza di quelli degli altri Stati, secondo i criteri che vengono di volta in volta in considerazione [62], ma vi sono molti casi nei quali questo ordinamento rinvia ad altri ordinamenti, anche non statali [63], ad esso in vario modo raccordati. Ed esistono altresì casi nei quali una fattispecie può essere regolata da ordinamenti non statali operanti sulla base di presupposti di vario tipo, senza che si abbia un vero e proprio rinvio, come vedremo più avanti.

La più importante di queste classificazioni è quella che distingue le fonti che sono frutto di una specifica preparazione volta alla loro formulazione in un testo (elaborato da un organo investito della corrispondente funzione e da esso promulgato in modo solenne, con esplicito invito ai destinatari ad osservarlo come un complesso di regole da seguire nella loro futura attività, ed il cui rispetto è per lo più garantito da un sistema di controlli, principale dei quali è quello costituito da una rete di organi giudiziari e di polizia), da quelle che producono regole le quali, pur concorrendo anch'esse alla formazione degli ordinamenti giuridici, non le sottopongono a procedure di formalizzazione, ma prevedono l'accertamento dell'esistenza di esse ([64]) nel momento in cui si presenta l'occasione di dare ad esse applicazione riguardo a concrete fattispecie.

Questa distinzione comporta che le fonti del primo tipo siano regolate in modo rigoroso per quanto riguarda la forma degli atti che le concretano (e che comportano l'obbligo di osservanza, da parte dei destinatari, delle regole da esse desumibili), mentre per quanto riguarda le fonti del secondo tipo i necessari accertamenti siano compiuti per lo più da parte degli stessi soggetti tenuti al rispetto delle regole da esse poste, nonché, nei casi nei quali i comportamenti tenuti in osservanza di esse sono soggetti a controlli, da parte di chi

esercita tali controlli (verificandosi così l'esattezza dell'operazione interpretativa eseguita da chi ha individuato e direttamente applicato le norme in questione).

Le fonti del primo tipo sono qualificabili come fonti legislative (o "fonti politiche", nel senso sopra indicato) e comprendono atti normativi, dotati della forza propria delle fonti costituzionali, primarie e secondarie, non elaborati ed approvati soltanto da assemblee parlamentari in regime di democrazia rappresentativa (ai quali si applicano le regole della procedura parlamentare), ma anche da organi del Governo o della Pubblica amministrazione (ai quali si applicano le regole del procedimento amministrativo) ed eccezionalmente anche da atti giurisdizionali (di annullamento o di interpretazione di atti normativi) o da atti deliberati dal Corpo elettorale (come i referendum abrogativi italiani). Solo in casi precisamente determinati ed in base a procedure rigorosamente regolate è possibile mettere in discussione la loro esecutorietà o la loro portata normativa.

Le fonti del secondo tipo (per lo più costituite da fonti consuetudinarie o giurisprudenziali) sono quelle che lasciano spazio all'opera di chi procede all'applicazione del diritto e che consentono quindi, oltre che attività di interpretazione in senso stretto di fatti o atti normativi, anche una più approfondita opera di ricostruzione del precetto da applicare alla fattispecie concreta. A queste fonti, tra l'altro, generalmente non è applicabile la regola che vincola l'entrata in vigore ad un'attività di comunicazione o di pubblicazione [65].

5. *La pluralità delle fonti statali e le sue conseguenze sul sistema delle fonti.* – L'impostazione adottata con il "sistema Vestfalia", che configura gli Stati come titolari esclusivi di una pari sovranità, si sviluppò, nel periodo storico che seguì, per effetto di una serie di vicende politico-culturali, le quali produssero i loro effetti, in parte sul piano dei rapporti fra le diverse fonti operanti nell'ambito dei singoli ordinamenti giuridici statali ed in parte sul piano dei rapporti fra questi ed altri ordinamenti giuridici, non senza interferenze fra i due percorsi rispettivamente seguiti.

Sotto il primo profilo, dato che l'assetto delle forme di Stato e di governo vigenti a quel tempo (secolo XVII) nei principali Stati d'Europa (tranne l'Inghilterra) era quello della monarchia assoluta, tale impostazione corrispose inizialmente all'accentramento della funzione normativa nella persona del monarca, scarso peso esercitando i limiti per lui rappresentati dall'investitura divina che egli rivendicava e, più in generale, dalle "leggi fondamentali della monarchia". Lo sviluppo del giuspositivismo, che ebbe il sopravvento soprattutto nel corso del secolo XIX, rafforzò questa impostazione, soprattutto in quanto riduttiva del diritto di origine consuetudinaria o giurisprudenziale, e ad essa si affiancò la concezione dello Stato come istituzione laica, tendenzialmente separata da qualunque organizzazione religiosa.

Negli ordinamenti di *civil law*, analoga fu anche la sorte del diritto giurisprudenziale di origine giudiziaria (configurandandosi, al massimo, una funzione di un'eventuale Corte suprema di omogeneizzazione della giurisprudenza) [66], mentre negli ordinamenti di *common law* la funzione di fonte del diritto del *precedent* fu salvaguardata, anche se progressivamente circoscritta alle materie tradizionalmente proprie della *lawyers law*, relativa soprattutto ai conflitti interpretativi, restando invece prevalentemente affidata alla *statute law* la generalità delle materie destinate ad essere gestite dagli organi amministrativi.



Nell'epoca di maggiore sviluppo dell'ideologia della codificazione, che nell'area della *civil law* risultò nettamente preminente[67], la relativa impostazione portò all'assunzione da parte della "legge", di un ruolo pressoché esclusivo nei confronti delle altre forme di produzione normativa, riducendosi tutte le altre fonti ad un ruolo ad essa subordinato. Ciò si verificò in corrispondenza con l'evoluzione della forma di governo che si ebbe in gran parte degli Stati europei fra il XVIII e il XX secolo, la quale comportò la prevalenza delle fonti "politiche", sia sulle fonti fondate sulla ripetizione del comportamento, sia su quelle di origine convenzionale, sia sulle fonti basate sui principi di una religione (le quali potevano quindi operare *erga omnes* soltanto ove fossero "richiamate" dalla legge, cioè come fonti operanti *secundum legem* e non anche *praeter legem*, né, ovviamente, *contra legem*), mentre, nell'area delle *civil law*, si realizzò la sostanziale esclusione delle fonti "culturali" dal novero delle fonti vere e proprie, riducendole a meri strumenti ausiliari dell'attività di interpretazione dei testi legislativi o di altri atti normativi. Ancor più rigido fu l'orientamento seguito nei confronti di ogni ipotesi di fonti di origine privata[68].

Per altro verso, questa evoluzione influì sul sistema delle fonti, in primo luogo per effetto del passaggio della sovranità (interna) dal monarca al popolo, che conseguì alla progressiva affermazione, soprattutto in alcuni paesi, dei principi della democrazia e del costituzionalismo[69]. Ne derivò l'assunzione della funzione legislativa da parte del popolo che, in rari casi, la esercitò in modo diretto (cioè mediante referendum), ma normalmente la demandò ad un'assemblea rappresentativa (per lo più operante, dapprima, insieme con un'altra camera diversamente strutturata e con lo stesso monarca, poi riducendo queste collaborazioni ad un fatto quasi del tutto nominale e, talora, sopprimendole del tutto).

La funzione normativa del Capo dello Stato (in alcuni paesi divenuto nel frattempo un Presidente della Repubblica) fu in qualche caso conservata, almeno limitatamente a certe materie, come parte dell'antica "prerogativa regia", ma più spesso fu convertita in una potestà normativa dell'esecutivo (e non più del Capo dello Stato in quanto tale), esercitabile sulla base di una delega del Parlamento, oppure in casi di straordinaria necessità ed urgenza, ovvero come potestà normativa "secondaria" (mediante atti normativi per lo più denominati "regolamenti", mediante i quali dare attuazione alla legislazione – e si discusse a lungo intorno al complesso problema di stabilire se l'"attuazione" comprenda anche l'"integrazione", l'"interpretazione", ecc., e circa altri aspetti controversi del rapporto fra fonti "primarie" e "secondarie"). Meno sicura è la collocazione delle fonti regolamentari attribuite ad autorità amministrative indipendenti o ad organi costituzionali o giurisdizionali e il tipo di forza normativa propria dei loro provvedimenti. Problemi particolari si pongono altresì per i regolamenti abilitati in Italia da una legge ordinaria a derogare a leggi vigenti sulla base di "norme generali regolatrici della materia" dettate dalla legge abilitante (così detti "regolamenti delegati") [70].

La distinzione fra *Gesetz* e *Verordnung*, tracciata soprattutto dalla dottrina tedesca, venne così a stabilire una prima forma di "gerarchia" tra due fonti nettamente distinte, sia sotto il profilo del soggetto competente, sia sotto il profilo procedurale (applicandosi ai regolamenti le procedure e le forme di controllo proprie degli atti amministrativi e non il regime proprio delle leggi, che in un primo tempo generalmente escludeva ogni controllo), ma per altro verso dotate delle caratteristiche generalmente proprie degli atti normativi (e i giudici furono per lo più abilitati a sindacarne la "legittimità", seppur con molte limitazioni[71]).

L'attuazione dei principi del costituzionalismo e della democrazia ebbe sviluppi parzialmente diversi negli Stati uniti d'America, dove l'assetto costituzionale del paese poté

essere costruito *ex novo*, senza bisogno di confrontarsi costantemente con le istituzioni dell'*ancien régime* (col quale la rivoluzione del 1775 aveva rotto i ponti e che in questo caso era comunque rappresentato dalla Costituzione inglese e non da quelle delle monarchie assolute dell'Europa continentale). In base alla Costituzione del 1787, pertanto, il principio della separazione dei poteri poté essere applicato in modo assai più rigoroso di quanto avvenisse in Europa, anche se, nonostante importanti resistenze, ciò non poté impedire anche qui forme di sviluppo dell'attività normativa dell'esecutivo.

Di rilievo molto maggiore, rispetto all'evoluzione del sistema delle fonti, fu tuttavia la vicenda che portò all'introduzione del controllo di costituzionalità delle leggi con la celebre pronuncia della Corte Suprema *Marbury v. Madison* del 1803, in virtù della quale fu realizzato, in via giurisprudenziale, un rapporto di tipo gerarchico fra la Costituzione e la legge ordinaria. Tale gerarchia, pur essendo per taluni aspetti diversa dal rapporto fra *Gesetz* e *Verordnung* sopra ricordato, venne a collegarsi ad esso ed insieme le due vicende influenzarono profondamente la successiva evoluzione del sistema delle fonti applicato in gran parte degli ordinamenti statali.

Oltre a collegarsi, come le altre vicende sopra ricordate, all'evoluzione delle forme di Stato e di governo che in Europa maturò assai lentamente, la configurazione della Costituzione come *higher law* si riallacciava alla tradizione giusnaturalistica e a quella propria del diritto giurisprudenziale e, come è stato da molti osservato e ampiamente dimostrato, ebbe grande incidenza sul riavvicinamento dei sistemi delle fonti caratteristici dei paesi di *civil law* e di quelli di *common law*. L'altra maggiore innovazione introdotta dalla Costituzione degli Stati Uniti, cioè quella relativa al sistema federale, riguarda principalmente il problema della pluralità degli ordinamenti; ad essa pertanto si dedicherà qualche cenno più avanti.

Il controllo di costituzionalità delle leggi si affermò molto lentamente fuori dagli Stati Uniti e particolarmente in Europa, dove nella prima metà del XX secolo trovò qualche caso di attuazione, ma soprattutto un'importante rielaborazione sul piano dottrinale ad opera di Hans Kelsen e della sua scuola. Collegando l'esperienza americana con quella europea della giustizia amministrativa (sopra ricordata) ed avvicinando il rapporto fra legge e regolamento a quello fra costituzione e legge, egli teorizzò la costruzione a gradi dell'intero ordinamento giuridico (*Stufenbau*) e configurò il ricorso costituzionale come un mezzo per assicurare il rispetto della costituzione da parte del legislatore, fondamentalmente simile al ricorso del cittadino a tutela del rispetto della legge da parte della Pubblica amministrazione.

Non è il caso di analizzare qui in dettaglio la costruzione kelseniana della giustizia costituzionale (e le molte applicazioni che essa ha ricevuto), la quale si sviluppò negli anni successivi intorno alla concezione del giudice costituzionale come un collegio dotato di una formazione che ne fa un organo costituzionale, ma anche un organo giurisdizionale cui sono affidate competenze diverse e talora assai difficili da inquadrare negli ordinamenti costituzionali del nostro tempo [72]. Ai fini della configurazione del sistema delle fonti, basterà segnalare l'importanza della *Stufenbau*, la quale è penetrata profondamente nel modo di affrontare questi problemi che è proprio della dottrina giuridica contemporanea.

In particolare, è da segnalare l'inserimento, nel catalogo delle fonti del diritto, della costituzione (intesa sempre più spesso come "costituzione rigida"), della legge costituzionale (a seconda dei casi, allineabile o meno alla costituzione), della sentenza costituzionale dichiarativa dell'incostituzionalità della legge controllata, ovvero "interpretativa" di essa, ecc. Della massima importanza è stata tuttavia soprattutto la

configurazione della Costituzione come norma giuridica che si è venuta affermando nella seconda metà del XX secolo[73], aggiungendosi alla concezione di essa come documento politico che era risultata prevalente da questo lato dell'Atlantico fino all'epoca della seconda guerra mondiale. Più discussa è risultata la configurabilità di un'ulteriore fonte, superiore quanto meno alle leggi costituzionali (o a talune categorie di esse), identificata nei "principi supremi" della Costituzione

Risultato di questo complesso di vicende è stata l'assunzione, da parte dei sistemi delle fonti prodotte nell'ambito degli ordinamenti giuridici statali, di un assetto caratterizzato dalla collocazione delle singole fonti in un sistema organizzato in base al criterio gerarchico (o, eventualmente, ad altri criteri, a cominciare dal criterio della competenza[74]), e corrispondente ad una pluralità di gradi, a ciascuno dei quali è per lo più allineato un diverso tipo di controllo giurisdizionale. L'esame di questo assetto, che ha organizzato il sistema delle fonti in modo molto più rigoroso di quanto avvenisse nei secoli passati, quando si aveva bensì una pluralità di fonti, ma i loro rapporti erano generalmente rimessi ad opzioni interpretative fondate su basi molto meno precisamente determinate, va però ora valutato con riferimento ai rapporti fra fonti prodotte nell'ambito di un ordinamento, ma rese applicabili anche in un altro in virtù dei raccordi che sono stati resi possibili dall'avvento del "sistema Vestfalia".

6. *La produzione normativa mediante raccordi fra gli ordinamenti statali e gli ordinamenti della Comunità internazionale e dell'Unione europea.* – Passando a considerare il secondo aspetto del problema qui in esame – quello della pluralità delle fonti connessa alla pluralità degli ordinamenti – occorre innanzi tutto rifarsi allo stato dei rapporti fra gli ordinamenti statali e l'ordinamento della Comunità internazionale, come essi si presentano a seguito dell'affermazione del principio della pari ed esclusiva sovranità internazionale degli Stati.

Tale principio comportò infatti, da un lato, la formazione di un complesso di regole a base consuetudinaria destinate a disciplinare i rapporti fra gli Stati stessi e, dall'altro lato, il riconoscimento degli Stati come soggetti attivi e passivi dell'ordinamento formato da tali regole, cui vennero via via aggiungendosi, attraverso l'opera della dottrina internazionalistica, anche un complesso di principi[75]. Il terzo elemento necessario per la realizzazione dell'ordinamento giuridico, cioè l'organizzazione, fu creato mediante l'instaurazione in ciascuno Stato di un sistema di organi destinati alla cura dei rapporti internazionali (ministeri degli esteri, ambasciate, consolati, ecc.), i quali pur non costituendo una struttura unitaria, curarono i rapporti fra gli Stati e l'applicazione del "diritto internazionale". Quest'ultimo risultò composto di un diritto internazionale generale, comprensivo delle consuetudini e dei principi, e dotato di efficacia *erga omnes* (cioè operativo nei confronti di tutti gli Stati in quanto soggetti dell'ordinamento internazionale), e di un diritto internazionale particolare, derivante dai trattati e da altri accordi interstatali e dotato di efficacia *inter partes*[76]. Le norme consuetudinarie internazionali sono generalmente derogabili in virtù dell'accordo delle parti interessate, tranne che nei casi in cui esse hanno carattere imperativo[77], ossia costituiscono *jus cogens*[78].

Questa impostazione del problema del diritto internazionale ha subito un'importante evoluzione (che qui non è possibile analizzare in dettaglio) a mano a mano che i rapporti fra gli Stati (e fra i cittadini di Stati diversi) si sono fatti più frequenti e più incisivi e si ebbero così casi sempre più rilevanti nei quali atti normativi di carattere internazionale (o

atti applicativi di norme internazionali) hanno finito per produrre effetti anche direttamente nella sfera giuridica degli individui[79].

Un passo verso una restaurazione del principio dell'unità del diritto fu quindi compiuto da quella parte della dottrina internazionalistica che sostenne la concezione "monistico-statalistica" del diritto internazionale, muovendo dall'impostazione secondo la quale questo è in realtà una creazione degli Stati, per cui non implica l'esistenza di un ulteriore soggetto titolare di sovranità, ma si risolve nella sovranità degli Stati stessi. In questo modo, peraltro, l'unità del diritto sarebbe soltanto relativa, in quanto ciascuno Stato sarebbe al vertice di un suo sistema normativo, dotato di forza pari a quella degli ordinamenti giuridici degli altri Stati. Ed ancor più rilevante risultò sotto questo profilo la tesi di coloro che rovesciarono questa impostazione, affermando che la sovranità degli Stati si fonda su una norma di diritto internazionale che la stabilisce, e quindi che gli ordinamenti giuridici statali sono collegati – ed in certa misura almeno subordinati – all'ordinamento giuridico della Comunità internazionale (tesi "monistico-internazionalistica") [80]. Seguendo questa linea di pensiero tutti gli ordinamenti giuridici che possono configurarsi come tali dipendono da uno degli ordinamenti giuridici statali e questi ultimi dipendono a loro volta dall'ordinamento giuridico della Comunità internazionale, per cui non è concepibile alcun ordinamento giuridico che non sia da considerare parte dell'unico ordinamento giuridico mediante il quale si realizza il diritto.

Anche se in Italia la dottrina monistica del diritto internazionale non ha ottenuto grande seguito, essendo stata al contrario prevalentemente accolta l'opposta opzione "dualistica", in base alla quale l'ordinamento della Comunità internazionale è concepito come distinto dagli ordinamenti statali e può risultare direttamente operante all'interno di essi solo per effetto di una fonte interna che recepisca il contenuto normativo degli atti di diritto internazionale, mediante una clausola di adattamento automatico oppure mediante specifici atti di trasformazione del diritto internazionale in diritto interno, fu comunque generalmente accettato il principio secondo il quale le regole di diritto internazionale sono comunque vincolanti per gli Stati e la loro violazione è produttiva di responsabilità, per cui in linea di massima ben poteva configurarsi una sorta di gerarchia fra i principi e le norme costitutive dell'ordinamento giuridico della Comunità internazionale e quelle costitutive degli ordinamenti statali. La distanza fra le due teorie venne così attenuandosi a mano a mano che tutti gli Stati riconobbero l'efficacia del diritto internazionale, in virtù di un'esplicita regola di diritto statale che così stabiliva o per effetto di un principio non scritto dotato di analoga portata.

Ulteriore evoluzione dell'assetto dei rapporti di diritto internazionale si ebbe per effetto dell'ammissione di casi nei quali anche gli individui erano considerati come soggetti attivi o passivi di norme di diritto internazionale e gli esempi più vistosi di questo sviluppo si ebbero, oltre con che la progressiva attuazione in Europa dell'ordinamento comunitario del quale si dirà fra un momento e con altre forme analoghe (ma fino a questo momento assai meno sviluppate), nell'ambito del diritto internazionale umanitario e del diritto penale internazionale: col primo, si sono assicurate forme di tutela internazionale dei diritti dell'uomo da parte di corti internazionali (operanti anche sulla base di ricorsi proposti da persone le quali denunciavano violazioni di tali diritti compiute da organi degli Stati ai quali essi erano legati dal rapporto di cittadinanza ed alla cui sovranità erano pertanto soggetti), mediante i quali si chiedeva la condanna di tali Stati per simili violazioni[81]. Col secondo, si è cercato di realizzare, sempre ad opera di corti internazionali, la persecuzione di taluni tipi di delitti particolarmente gravi commessi da titolari di organi statali[82].

Importanti sviluppi furono determinati anche dall'evoluzione delle organizzazioni internazionali, a cominciare da quelle operanti *uti universi* per la gestione di interessi e valori propri dell'intera Comunità internazionale (come la Società delle Nazioni e poi l'Organizzazione delle Nazioni unite) e da quelle cui fu trasferita dagli Stati membri una parte della loro sovranità (come nel caso dell'Unione europea). Tuttavia, fra le funzioni esercitate dalle organizzazioni internazionali di questo tipo per lo più non fu inclusa una vera e propria potestà normativa (anche se gli organi di esse si adoperano normalmente per favorire la stipulazione da parte degli Stati di documenti comuni secondo la normali procedure previste dal diritto internazionale o in forme variamente semplificate). Invece, le funzioni conferite alle Comunità europee dai trattati istitutivi di esse compresero anche poteri normativi e giurisdizionali, direttamente operanti nei confronti dei cittadini degli Stati membri dell'Unione e sul loro territorio, cosicché si vennero a stabilire rapporti di concorrenza fra l'ordinamento comunitario e gli ordinamenti interni di tali Stati [83].

Questi rapporti furono regolati dal principio della prevalenza del diritto comunitario [84], tenendosi conto tuttavia del fatto che questo non ha carattere tendenzialmente generale (come, in linea di principio, il diritto degli Stati), ma opera soltanto entro i limiti di competenza fissati dai trattati istitutivi dell'Unione (peraltro mediante regole che presentano una ampia flessibilità, come l'art.308, trattato CE [85] e come la dottrina dei poteri impliciti, accettata dalla giurisprudenza).

E' da notare anche che il diritto comunitario è costituito, sia da atti normativi immediatamente efficaci negli ordinamenti interni (quello che risulta dagli atti denominati "regolamenti comunitari", dalle "direttive" che risultano dotate di caratteristiche analoghe a quelle dei regolamenti, e dai precedenti stabiliti dai giudici comunitari nell'interpretazione di questi atti normativi), sia da atti contenenti principi destinati ad operare negli ordinamenti statali soltanto in virtù di ulteriori atti normativi interni che danno ad essi concreta attuazione rendendoli così esecutivi (quello che risulta dalle "direttive" che non abbiano natura di regolamenti) [86].

Le norme contenute nei trattati istitutivi dell'Unione, d'altronde, costituiscono diritto interno in base alle norme di adattamento ad essi riferite, le quali fruiscono della tutela derivante dalla disposizione o norma costituzionale che definisce il rapporto fra l'ordinamento statale e l'ordinamento comunitario (il quale rapporto comprende altresì, al livello dei principi generali, la tutela dei diritti fondamentali quale risulta dalla Convenzione di Roma del 1950 e dalle tradizioni costituzionali comuni [87]).

Il collegamento che si determina nei casi di adattamento automatico dell'ordinamento statale ad un ordinamento esterno ad esso, ritenuto prevalente sull'ordinamento interno stesso è stabilito, nel caso dell'ordinamento italiano, dagli artt.10, comma 1, e 117, comma 1, della Costituzione italiana [88], per quanto riguarda l'ordinamento internazionale, e dagli artt.11 e 117, comma 1, per quanto riguarda l'ordinamento comunitario. Nel caso dei principi contenuti nelle direttive comunitarie che debbono essere attuate mediante un atto normativo interno, quest'ultimo è illegittimo per violazione degli art.11 e 117, comma 1, Cost., ove risulti incompatibile, oltre che con le regole generali proprie del diritto comunitario, anche con i principi stabiliti nella direttiva che esso avrebbe dovuto attuare, la quale opera come una "norma interposta" rispetto alla disciplina del sistema delle fonti che risulta dalla Costituzione. Le norme comunitarie che trovano applicazione diretta negli ordinamenti degli Stati membri, invece, danno luogo ad una situazione che è piuttosto avvicinata a quelle che si hanno nei casi di elaborazione di "leggi uniformi" [89] rese contemporaneamente applicabili in più ordinamenti statali sulla base di un accordo *ad*

*hoc*, stipulato fra più Stati (che in questo caso è sostituito dalla previsione dei regolamenti comunitari contenuta nei trattati istitutivi dell'Unione europea).

A parte ciò, i casi così sommariamente richiamati, nei quali l'ordinamento statale risulta riaccolto all'ordinamento internazionale o all'ordinamento comunitario in virtù di una clausola di adattamento automatico che comporta la supremazia del diritto internazionale o del diritto comunitario, determinano l'esistenza tra questi ordinamenti e il diritto statale di un tipo di rapporti che presenta forti elementi di analogia con i casi di gerarchia delle fonti che abbiamo visto in precedenza, con riferimento ai rapporti fra fonti statali.

Un fattore di differenziazione di questo caso (rispetto a quelli relativi al diritto internazionale generale e rispetto a quelli previsti dal diritto interno degli Stati) risulta dal fatto che il diritto comunitario costituisce il prodotto di una competenza limitata, ma l'esatta portata di questa delimitazione di competenza risulta da indicazioni la cui effettiva portata è assai incerta. Il progetto di Costituzione dell'Unione europea, che è stato abbandonato a seguito delle note vicende, pur confermando nel suo articolo 9 la configurazione della competenza dell'Unione come fondata sul "principio di attribuzione" (ma anche sul principio di sussidiarietà), sembrava ammettere, già per il fatto di parlare di una "Costituzione" dell'Unione, l'esistenza di un complesso di principi e regole dotati di una portata generale (come, ad esempio, quelli derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni richiamati dall'art.6, comma 2, del TUE, che peraltro non risulta modificato neppure dal trattato di Lisbona, attualmente in corso di approvazione[90], nonostante che esso si presenti proprio come correttivo del progetto di Costituzione, probabilmente proprio su questo punto). Il trattato di Lisbona, infatti, eliminando la parola "costituzione" e confermando il principio di attribuzione, con un'attenzione che non può non risultare significativa anche ai fini dell'interpretazione delle singole clausole, sembra aver voluto soprattutto riaffermare il carattere limitato del trasferimento di sovranità effettuato dagli Stati a favore dell'Unione e su ciò verrà probabilmente fondata la rivendicazione di eventuali limiti derivanti al diritto comunitario dalla Costituzione statale, fin qui elaborati dalla dottrina[91], pur se in contrasto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione[92].

Questa limitazione non pare invece in alcun modo applicabile ai casi di efficacia nell'ordinamento statale di principi o regole di diritto internazionale, sulla base del noto principio in virtù del quale gli Stati non possono vantare, nei confronti di essi, limitazioni fondate sul loro diritto interno. Eventuali forme di produzione normativa propria di ordinamenti derivati dall'ordinamento internazionale o dall'ordinamento comunitario, ove siano ipotizzabili, potranno stabilire analoghi rapporti con gli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea.

I casi esaminati in questo paragrafo non vanno confusi con i casi di applicazione di norme straniere in virtù della norma del diritto internazionale privato, dato che in essi non si ha una forma di collegamento fra i due ordinamenti (quello nazionale e quello internazionale o quello comunitario) che comporti l'inserimento nel primo di un corpo di principi e regole conformi a quelle esistenti nell'ordinamento esterno e gerarchicamente sovraordinati a quelli propri dell'ordinamento statale: nel caso delle norme straniere applicabili dal giudice italiano nelle ipotesi previste dagli artt.13 e seguenti della legge n.218 del 1995, la norma applicata resta soltanto una norma straniera, anche se la sentenza che decide la causa è ad ogni effetto una sentenza italiana[93].

*7. La produzione normativa mediante raccordi tra gli ordinamenti statali e gli ordinamenti di enti autonomi e di formazioni sociali operanti nell'ambito di uno o più Stati.* – Per dare un quadro compiuto dei sistemi delle fonti statali occorre osservare altresì come essi si compongano normalmente di una parte composta di disposizioni e norme prodotte da fonti proprie dello Stato stesso (o derivanti dai raccordi con ordinamenti internazionali o sopranazionali) e di una parte, delimitata in base a criteri diversi a seconda dei casi, comprendente disposizioni o norme prodotte nell'ambito di ordinamenti propri di enti o formazioni sociali, operanti all'interno dello Stato, ma dotati di autonomia normativa.

Per quanto questo secondo complesso di materiali normativi sia spesso considerato come una parte dell'ordinamento giuridico dello Stato, la dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici ha messo in luce l'utilità di un'impostazione che configuri questi ordinamenti come distinti da quello nel cui ambito operano, classificandoli per tipi, nonché mettendo a fuoco le specificità di ciascun tipo di essi. Ne deriva che, nei casi di questo genere, le disposizioni e le norme che compongono l'ordinamento statale risultano variabili per quella parte di esse che non rientrano nella competenza normativa direttamente esercitata dagli organi statali[94] e che, per individuare la norma da applicare (eventualmente anche ad opera di organi statali) alle singole fattispecie occorrerà stabilire quale fra i soggetti collettivi autonomi sia quello al cui ordinamento giuridico occorre far riferimento e quali disposizioni o norme esso contenga.

Se invece si guarda a questo problema dal punto di vista del soggetto collettivo autonomo, potremo osservare che l'ordinamento giuridico di quest'ultimo si compone, per una parte, di disposizioni e norme che sono state prodotte nell'ambito dell'ordinamento statale e che operano qui come frutto di fonti eteronome, sulla base delle norme che regolano il raccordo fra i due ordinamenti e, per un'altra parte, di disposizioni e norme prodotte nell'ambito dell'ordinamento di quello specifico soggetto collettivo che risulta competente. In casi di questo genere, si ha quindi un doppio rapporto di competenza: per un verso, un rapporto di competenza fra ordinamento statale ed ordinamento del soggetto collettivo dotato di poteri di autonomia normativa e, per un altro verso, un rapporto di competenza fra i diversi soggetti collettivi autonomi titolari di pari autonomia normativa riferita ai rispettivi ambiti territoriali, personali o funzionali di competenza.

Oltre ai rapporti di competenza che si stabiliscono fra l'ordinamento statale e l'ordinamento subordinato con esso raccordato con modalità di questo tipo, si dovrà altresì valutare come le disposizioni o norme che costituiscono oggetto dei raccordi si inseriscano nella gerarchia delle fonti prevista con riferimento all'ordinamento rispetto al quale l'inserimento conseguente al raccordo si produce. Mentre infatti la disposizione o norma che determina il raccordo con la fonte autonoma opera come una norma superiore (già per il suo carattere strumentale rispetto alle fonti autonome), queste ultime potranno produrre, a seconda dei casi, la sostituzione della disposizione o norma autonoma alla disposizione o norma statale corrispondente (ove esista), oppure l'impiego della disposizione o norma autonoma soltanto come materiale normativo integrativo, interpretativo, ecc., di quello prodotto dalla fonte statale (nel primo caso si parla, di solito di competenze esclusive, nel secondo di competenze concorrenti). Soltanto nel caso in cui la fonte che costituisce oggetto del rinvio sostituisce interamente la fonte statale si avrà un rapporto qualificabile come un normale rapporto di competenza, mentre nell'altro caso si avrà un caso di fonte "sub-primaria", subordinata cioè alla fonte statale che stabilisce i principi cui la fonte autonoma deve uniformarsi, ma destinata ad operare integrandosi con essa.

In questi casi si determina pertanto una situazione nella quale, tanto l'ordinamento statale, quanto l'ordinamento autonomo, vengono a contenere un complesso di disposizioni o norme prodotte nell'ordinamento statale ed operanti, direttamente nell'ambito di esso e come norme eteronome nell'ambito dell'ordinamento autonomo (in virtù delle regole che ripartiscono la competenza fra lo Stato e i soggetti collettivi del tipo in questione) e un complesso di disposizioni o norme prodotte nell'ambito dell'ordinamento autonomo ed operanti soltanto in relazione a quella parte dell'ordinamento statale che corrisponde alla sfera di autonomia dell'altro ordinamento che viene in considerazione (sempre per effetto delle norme statali sulla ripartizione della competenza normativa).

Questi raccordi presentano perciò caratteristiche per certi versi opposte a quelle che abbiamo visto realizzarsi con riferimento ai rapporti fra gli ordinamenti statali e gli ordinamenti internazionali o sopranazionali, poiché essi comportano quanto meno, nel loro complesso, un rapporto di gerarchia nell'ambito del quale le fonti statali occupano una posizione superiore rispetto alle fonti operanti nell'ambito degli ordinamenti autonomi, mentre nel caso degli ordinamenti internazionali o sovranazionali sono questi ultimi ad assumere normalmente un tale ruolo[95]. Donde la prospettiva di collegare i due tipi di rapporto nell'ambito di una complessiva gerarchia *multilevel*, ma anche un complesso di difficoltà che questa prospettiva determina[96].

Gli ordinamenti che si trovano in questo tipo di rapporto con l'ordinamento statale sono di molti tipi. Quelli il cui rapporto con l'ordinamento statale ha maggior rilievo sono gli ordinamenti degli enti territoriali che troviamo degli Stati federali o regionali (ai quali sono attribuite normalmente, su vari presupposti, competenze statutarie, legislative e regolamentari, variamente denominate). Ma anche nei paesi nei quali vige una forma di Stato centralizzata, si trovano almeno "enti locali" di questo genere, a cominciare dai comuni, eredi di un'antica tradizione, anche se in questo caso per lo più dotati di autonomie normative molto limitate, generalmente di tipo regolamentare (come anche in Italia prima della Costituzione del 1947[97]).

La particolarità che si riscontra in questo genere di casi consiste nel fatto che gli ordinamenti statali recepiscono, determinando una parziale immedesimazione fra i due ordinamenti[98], la produzione normativa proveniente dalle fonti gestite dai soggetti autonomi di questo genere senza necessità che ciò sia esplicitamente stabilito, ciò risultando implicitamente dalla descrizione del tipo di rapporto esistente fra lo Stato e questi ordinamenti, mentre gran parte delle fonti statali, a cominciare dalla Costituzione e dalle fonti di origine internazionale o comunitaria recepite nei casi che abbiamo visto precedentemente, operano anche come fonti negli ordinamenti autonomi (quanto meno nella parte che essi non lasciano alla loro autonomia normativa), cosicché l'ordinamento statale e gli ordinamenti autonomi, per la parte in cui l'autonomia non si applica, operano come se fossero un unico ordinamento e, per quanto riguarda la parte in cui essa si applica, come una pluralità di ordinamenti distinti ma paralleli. Vi sono però anche casi nei quali atti statali con forza di legge contengono disposizioni di rinvio recettizio ad atti di istituzioni autonome relativi a certe materie, con conseguente attribuzione a questi ultimi della forza normativa propria dei primi[99].

Considerazioni analoghe valgono per i rapporti che si stabiliscono fra l'ordinamento statale e quelli di vari tipi di enti pubblici funzionali, o fra esso e quelli di formazioni sociali attributive di forme di autonomia normativa. Per gli ordinamenti degli enti pubblici per i quali il territorio non assume una funzione paragonabile a quella che essa ha per gli enti



testé considerati, i rapporti con l'ordinamento dello Stato sono regolati in modi diversi, ma per molti versi simili a quelli che valgono per gli enti territoriali.

I casi cui deve aversi riguardo sotto questo profilo sono assai vari, ma anche per essi vale fondamentalmente quello che si diceva a proposito dei rapporti fra ordinamenti statali e ordinamenti internazionali o sovranazionali, circa la posizione centrale che gli ordinamenti statali tuttora assumono, essendo fondamentalmente dotati di una competenza suscettibile di estendersi fino a quando non incontri limiti che lo Stato stesso, in un modo o in un altro, accetta o si pone. La differenza tra questi casi e quelli di raccordi con gli ordinamenti internazionale o comunitario deriva dal fatto che, nei casi di questo tipo, la deroga all'ordinamento statale che deriva dal raccordo con gli enti autonomi opera prevalentemente ad un livello inferiore ad esso, mentre, nell'altro caso, prevalentemente ad un livello superiore.

Una categoria particolare è quella degli ordinamenti "interni" o "organizzatori"**[100]** che regolano, in tutto o in parte, l'attività di taluni organi dello Stato o di enti pubblici, i quali fruiscono spesso sotto questo particolare profilo di una qualche forma di autonomia normativa rispetto all'ordinamento generale dell'ente di cui fanno parte. Fra i casi di questo genere presenta particolare importanza quello dei regolamenti degli organi costituzionali dello Stato o di quelli emanati dalle autorità amministrative indipendenti, i quali fruiscono di una forza normativa diversa e superiore rispetto a quella dei regolamenti di questo tipo propri degli enti locali o funzionali (la quale è normalmente equiparata alla potestà normativa "secondaria").

Con riferimento ad alcuni settori della Pubblica Amministrazione, la teoria degli ordinamenti interni fu collegata al particolare potere, spesso denominato di "supremazia speciale", di cui in passato le autorità amministrative erano considerate titolari nei confronti delle persone soggette a certi particolari doveri in quanto rivestite di una particolare qualità (militari, impiegati, studenti, ricoverati, carcerati, ecc.), ma l'avvento dei principi del costituzionalismo indusse per lo più la dottrina sviluppata nell'epoca più recente ad abbandonare la nozione di supremazia speciale ed a riconoscere piuttosto la configurabilità di spazi di autonomia, anche all'interno dell'organizzazione amministrativa, pur se talora fortemente limitati dall'applicazione, agli stessi rapporti, di soluzioni ispirate al principio di gerarchia (qui usato essenzialmente come principio di organizzazione)**[101]**.

Per quanto riguarda le fonti prodotte nell'ambito delle formazioni sociali a carattere fondamentalmente privato è da osservare come la dottrina illuministica affermatasi all'epoca della rivoluzione francese aveva determinato un orientamento riformatore tendente all'eliminazione di ogni forma di organizzazione "intermedia" fra lo Stato e i cittadini che costituisse un residuo dell'organizzazione feudale ereditata dai secoli precedenti e fondata su un'inammissibile distinzione dei cittadini stessi fra gli appartenenti alle diverse classi sociali**[102]**. Nonostante i tentativi di restaurazione dell'*ancien régime* sviluppatasi dopo la fine del periodo maggiormente influenzato dalla rivoluzione francese del 1789, la rivendicazione dell'eguaglianza continuò a svilupparsi nel periodo che seguì e il riconoscimento delle formazioni sociali che si trae dall'art.2 della Costituzione italiana costituisce un punto di arrivo ormai largamente accolto nelle costituzioni contemporanee.

Ciò nondimeno, l'evoluzione che ne è conseguita non ha impedito di riconoscere come ordinamenti giuridici i complessi normativi che regolano l'attività delle associazioni, istituzioni, imprese, condomini, società commerciali, ecc., nell'ambito dei quali forme di

attività normativa autonoma integrano le disposizioni e norme eteronome prodotte dall'ordinamento generale dello Stato o da altri ordinamenti ad esso collegati, con statuti o regolamenti prodotti nell'esercizio di limitate sfere di potere normativo autonomo a carattere privato.

Più complessa fu l'elaborazione che portò all'individuazione dell'ordinamento "intersindacale"<sup>[103]</sup>, con riferimento al quale alcuni aspetti propri della tradizione privatistica ne intersecavano altri dotati di rilevanza pubblicistica e nell'ambito del quale una fonte di tipo contrattuale, il "contratto collettivo", veniva a contatto con un sistema di fonti composto essenzialmente da fonti di tipo legislativo. A complessi problemi da luogo inoltre la prassi degli accordi fra sindacati dei lavoratori e sindacati dei datori di lavoro, conseguiti con la mediazione e la partecipazione del Governo, specialmente quando l'attuazione di tali accordi comporta l'adozione di corrispondenti atti legislativi<sup>[104]</sup>.

Più facile fu per contro la configurazione degli ordinamenti delle religioni (e non solo del diritto canonico) come ordinamenti distinti da quello dello Stato e ad esso eventualmente collegati mediante un atto statale di recezione del diritto religioso, risultante talora da enunciati di rango costituzionale, talora da atti bilaterali, come i "concordati" con la Chiesa cattolica o le "intese" con le altre confessioni.

L'ipotesi che presenta caratteri di maggiore complessità resta comunque quella dei rapporti che, in materia di sistema delle fonti, si determinano fra Stato centrale (o Federazione) ed enti autonomi (comunque denominati). A questo proposito è da ricordare come in Italia l'istituzione delle Regioni e la rivalutazione delle autonomie locali sia stata lungamente osteggiata. Dopo l'unificazione nazionale, agli enti territoriali si negò a lungo la qualifica di "enti autonomi", preferendosi quella di "enti autarchici" o addirittura di "enti ausiliari" (dello Stato). Ed anche quando la qualifica di enti autonomi si venne affermando, sulla base dell'impostazione della Costituzione del 1947 che inequivocabilmente la imponeva, la possibilità di configurare gli ordinamenti degli enti regionali e locali come distinti da quello dello Stato e dotati di un proprio sistema delle fonti (pur se in larga misura recettivo di norme statali, a cominciare da quelle costituzionali), fu sempre assai svalutata e nella pratica si continuò per lo più ad inserire gli atti normativi degli enti locali nel sistema delle fonti statali.

Questo orientamento si affermò inizialmente anche nei confronti degli ordinamenti regionali, nonostante che in questo caso gli spazi di autonomia fossero evidentemente maggiori, comprendendo generalmente anche una potestà legislativa ed una potestà statutaria avente ben altro rango (soprattutto nel caso delle regioni a statuto speciale). Un certo margine di incertezza è stato tramandato ciò nondimeno, anche in questo caso, soprattutto per effetto della prassi che ha indotto la manualistica corrente a classificare anche le fonti regionali fra le fonti statali, pur dedicando una certa attenzione al problema degli intrecci fra principio di gerarchia e principio di competenza che in questi casi si venivano a determinare (non solo al livello delle fonti primarie, ma anche di quello delle fonti secondarie). Problemi simili si posero (o si sarebbero potuti porre) anche con riferimento agli ordinamenti degli enti pubblici non territoriali, specialmente quando alcuni tipi di essi (come soprattutto le università) cominciarono a beneficiare anche in Italia (almeno in teoria) di più ampi spazi di autonomia.

La riforma del titolo V della Costituzione, introdotta con la legge cost. n.3 del 2001, ha comportato varie attenuazioni delle limitazioni dell'autonomia regionale, ma i rispettivi ordinamenti continuano ad essere legati all'ordinamento statale da un importante cordone ombelicale costituito dal meccanismo dell'immedesimazione almeno parziale sopra

sommariamente descritto dei rispettivi atti normativi e dall'attribuzione della funzione giurisdizionale ad un unico sistema di giudici (statali), con conseguente unitarietà delle regole d'interpretazione e di applicazione dei testi normativi (e ciò vale a maggior ragione per gli ordinamenti delle autonomie locali o funzionali). Se pertanto i fattori di integrazione degli ordinamenti autonomi nell'ordinamento statale sono stati in qualche misura attenuati, siamo ancora ben lontani dalla previsione di un regime di separazione simile a quello che tuttora vige nei rapporti fra gli Stati indipendenti in base all'impostazione affermata a partire dai trattati di Vestfalia.

Escluso pertanto che la gerarchia delle fonti si presenti in questo caso come una semplice gerarchia di ordinamenti (come abbiamo visto potersi sostenere, salvo talune deroghe, con riferimento ai rapporti fra diritto comunitario e diritto degli Stati membri dell'Unione), problemi particolarmente complessi si pongono soprattutto con riferimento ai rapporti fra fonti statali e fonti regionali, ma in qualche caso anche rispetto alle fonti prodotte da altri soggetti pubblici o privati. Non può essere questa la sede per cercare di analizzarne compiutamente la casistica o per ricercare le migliori soluzioni dei problemi che ne derivano, ma si può segnalare quanto meno alcuni, dai quali si desume che l'integrazione del sistema delle fonti statali con i sistemi delle fonti propri degli ordinamenti autonomi non comporta una completa unificazione di essi, ben potendo sussistere differenze fra il modo in cui il principio di gerarchia opera (eventualmente in combinazione col principio di competenza o con altri) nell'ambito dell'uno o nell'ambito degli altri.

Un primo problema che viene in considerazione sotto questo punto di vista è quello che deriva dalle previsioni (contenute nella Costituzione della Repubblica, per quanto riguarda le regioni, e in leggi statali, per altri enti pubblici o privati) di una potestà "statutaria", distinta dalla potestà "legislativa" dell'ente autonomo, ma peraltro dotata di un limitato ambito di competenza[105]. Senza ripercorrere qui tutte le varie fasi del complesso dibattito che si è sviluppato sul rango della fonte statutaria fin da quando le regioni sono state previste dalla Costituzione, si può osservare come il problema si presenti in modo diverso a seconda che lo si guardi dal punto di vista dell'ordinamento statale o di quello dell'ordinamento regionale. Prescindendo dal caso delle regioni a statuto speciale, che presenta alcune particolarità che lo rendono a questo fine meno interessante, deve osservarsi che nell'ambito dell'ordinamento statale gli statuti sono soggetti al limite derivante dall'obbligo di essere "in armonia con la Costituzione" (e prima della riforma del titolo V, anche "con le leggi della Repubblica") in virtù dell'art.123, Cost.

Ciò comporta che la loro posizione sia in qualche misura subordinata a quella delle fonti costituzionali[106], anche se ciò non significa necessariamente che essa sia equiparata a quella delle leggi ordinarie, potendosi eventualmente immaginare una collocazione in vario modo intermedia fra le due. Ma se guardiamo all'ordinamento di una regione, difficilmente possiamo ritenere che lo statuto sia da collocare allo stesso livello delle leggi regionali, da esse differenziandosi per motivi di forma e di contenuto che depongono assai chiaramente in senso contrario[107]. D'altronde la discussione circa il ruolo delle leggi regionali, il quale difficilmente può equipararsi del tutto a quello delle leggi statali, non viene sotto questo punto di vista in considerazione (poiché le differenze ravvisabili fra la rispettiva forza normativa porterà certamente a soluzioni del tipo di quella che ha indotto alcuni a parlare delle leggi regionali come "fonti subprimarie"), ma non sembra però giustificare la loro qualificazione come fonti secondarie, neppure ove le si guardi soltanto dal punto di vista dell'ordinamento statale.

Del resto, che fra lo statuto e la legge regionale potesse profilarsi un rapporto di tipo gerarchico, quanto meno ove si guardi a tale problema dal punto di vista dell'ordinamento regionale, era già stato sostenuto in qualche decisione costituzionale prima della riforma del titolo V, sulla base di un chiaro principio logico per il quale non avrebbe senso differenziare le due fonti nel modo in cui è stato fatto dalla Costituzione e dalle leggi attuative se non per stabilire una tale gerarchia. Che poi questa gerarchia non sia completamente assimilabile, dal punto di vista dell'ordinamento statale, a quella che esso stabilisce fra leggi costituzionali e leggi ordinarie non è che uno dei casi nei quali il principio di gerarchia delle fonti viene a combinarsi con il principio di competenza o con altri principi di questo genere con effetti diversi a secondo che si abbia riguardo all'uno o all'altro degli ordinamenti giuridici distinguibili in base al principio autonomistico.

Non dissimile dal caso in esame è quello che riguarda gli statuti degli enti pubblici e privati ai quali è assegnato, al tempo stesso, un potere statutario ed un potere regolamentare. Ove si guardi a questi casi dal punto di vista dell'ordinamento statale, sembra difficile non assegnare ad entrambi il ruolo di una fonte secondaria, salvi soltanto gli eventuali effetti del principio di competenza e salva l'ipotesi in cui regolamenti di questo genere costituiscano oggetto di un rinvio legislativo in virtù del quale si presentino come fonti *secundum legem*, come tali aventi forza di legge. Ma, ove si guardi ad essi dal punto di vista dell'ordinamento dell'istituzione dalla quale vengono emanati, è altrettanto difficile non ritenere che le norme statutarie non abbiano rango superiore rispetto a quelle dei regolamenti, specialmente quando esse sono esplicitamente destinate a disciplinare, almeno in parte, la formazione e l'emanazione di essi.

L'esistenza di disposizioni costituzionali o legislative le quali, in casi di questo genere, stabiliscono limitazioni di competenza per le fonti statutarie determinano tuttavia notevoli difficoltà interpretative, risultando scarsamente compatibili con la configurazione dello statuto come *higher law* dell'ordinamento giuridico di cui fa parte. Questo problema potrebbe essere opportunamente raffrontato con quello relativo al ruolo dei principi costituzionali dell'ordinamento comunitario (o di altri ordinamenti aventi un'analoga collocazione) con riferimento ai quali possono proporsi problemi simili. Senza poter affrontare qui *ex professo* le prospettive cui tale raffronto dà luogo, deve dirsi che non sembra facile dedurre da limitazioni di questo tipo una generale inefficacia di statuizioni siffatte, come ha ritenuto di poter affermare la Corte costituzionale nelle sentenze n.372, 378 e 379/2004[108].

Un secondo problema riguarda la più stretta interrelazione fra fonti statali e fonti regionali che si realizza nei casi in cui la potestà normativa è configurata come una potestà "concorrente" con assegnazione alle prime del compito di fissare i principi (mediante "leggi cornice") ed alle seconde le norme di dettaglio. Questa tecnica presenta elementi di analogia rispetto a quella applicata alle direttive comunitarie, dove pure opera in relazione a rapporti fra ordinamenti collegati in modo meno stretto. In altri casi, inoltre, essa è applicata con riferimento a rapporti tra fonti comprese invece nello stesso ordinamento statale, come nel caso della segmentazione dell'attività di produzione normativa in una "legge di delegazione", contenente appunto "principi e criteri direttivi" ed in una legge delegata contenente la disciplina vera e propria, oppure fra una "legge di delegificazione" ed un "regolamento delegato", che si distingue dalla legge delegata soprattutto per il fatto di avere (almeno teoricamente) forza di fonte secondaria[109]. Non è il caso di diffondersi qui in un'analisi più dettagliata di queste ipotesi e dei caratteri che sono propri di ciascuna di esse. Basterà segnalare come fra fonti appartenenti ad ordinamenti giuridici distinguibili sulla base della teoria della pluralità degli ordinamenti sia possibile che trovino applicazione anche soluzioni largamente simili a quelle che disciplinano i rapporti fra le

fonti di uno stesso ordinamento, in relazione ai quali esercita un ruolo prevalente il principio gerarchico, ma non è detto che i relativi effetti non debbano combinarsi con quelli di altri principi ad esso applicabili.

Una situazione particolarmente complicata, che conviene qui segnalare, è anche quella che si stabilisce quando gerarchie fra fonti operano, per così dire, in parallelo, nell'ambito di ordinamenti distinti, ma fra i quali si realizza la tecnica della parziale immedesimazione in virtù del rapporto autonomistico che li separa (ed al tempo stesso li collega) ed al quale necessariamente consegue una distribuzione di funzioni regolata dal principio di competenza. Questo tipo di situazione si realizza principalmente nel rapporto che si stabilisce fra leggi e regolamenti statali, leggi e regolamenti regionali e regolamenti di enti locali o funzionali, i quali si distribuiscono fra due livelli e fra tre tipi di ordinamenti e nei confronti dei quali gerarchia e competenza operano reciprocamente in combinazione tra loro.

La questione si presenterebbe in termini relativamente semplici se fosse possibile tenere distinte le due linee di separazione, quella verticale fra livello legislativo e livello regolamentare, e quella orizzontale fra Stato, regioni, enti locali e funzionali, in modo che le distinzioni di competenza operassero nell'ambito di ciascuna distinta sfera che risulta dalla separazione verticale, ma che così non sia risulta già dal fatto che i regolamenti locali e funzionali non costituiscono, da soli, un sistema di fonti separabile, nella loro integrità, dal sistema delle fonti statali e delle fonti regionali; in realtà, tutto quanto il sistema risponde ad un complesso di criteri, molto articolato (e talora assai confuso) nell'ambito del quale gerarchia e competenza esercitano un ruolo importante, ma certamente non esclusivo [110].

8. *Altre forme di collegamento fra ordinamenti giuridici statali (tra loro o con ordinamenti non statali ma raccordati al sistema degli ordinamenti statali): la circolazione dei modelli a livello legislativo, l'unificazione legislativa, il diritto internazionale privato, il diritto transnazionale (inteso come circolazione dei modelli a livello giurisprudenziale), la "scelta del diritto" e la "concorrenza" fra ordinamenti.* —. Oltre alle forme di raccordo fra ordinamenti giuridici statali ed ordinamenti giuridici sovra- o infra-nazionali che abbia sommariamente segnalato nei due paragrafi precedenti, possono aversi altri tipi di collegamento di un ordinamento statale con ordinamenti giuridici di altri Stati (o con ordinamenti non statali ma raccordati al sistema degli ordinamenti statali), i quali si distinguono dai precedenti per il fatto determinare, non un raccordo permanente (cioè capace di operare come un trasformatore automatico o semi-automatico di principi e regole da un ordinamento giuridico ad un altro, ovvero una sorta di immedesimazione di due o più ordinamenti per quanto riguarda la disciplina di una determinata materia), ma soltanto, in certi casi, l'immissione *una tantum* nell'ordinamento di riferimento di principi o norme ad esso estranee, e, in altri, soltanto l'applicazione di norme estranee a fatti o situazioni giuridiche alle quali dovrebbero altrimenti applicarsi principi o norme di produzione interna (diretta o derivante da raccordi dei tipi precedentemente esaminati). Anche la diffusione di queste tecniche, in maggiore o minor misura, ha contribuito ad attenuare il ruolo preminente ed esclusivo che agli ordinamenti statali era stato assegnato durante la fase di applicazione più intransigente del "sistema Vestfalia".

Il primo tipo di collegamenti di questo genere è quello che può ricondursi al fenomeno della "circolazione dei modelli giuridici" [111] che si ha quando una riforma della

normazione propria di un ordinamento giuridico statale viene realizzata sotto l'influenza di soluzioni sperimentate (o quanto meno sottoposte all'attenzione dei pratici e degli studiosi) nell'ambito di un altro ordinamento. La circolazione dei modelli giuridici si realizza più spesso fra un paese che attraversa una fase di più avanzato sviluppo economico-culturale ed uno che si trova sotto questo profilo in condizioni più arretrate, ma è evidente che le vicende di questo genere possono dipendere da fattori assai vari. Nei casi in cui, il rapporto di dipendenza culturale risulta più forte, quali che ne siano le ragioni, si parla addirittura di "trapianti" di parti di ordinamenti da un paese ad un altro [112].

E' d'altronde ovvio che l'adozione in un paese di una certa soluzione che un problema legislativo ha ricevuto in un altro paese può determinare un vincolo di ordine culturale tale da assumere sul piano pratico un'importanza maggiore o minore, a seconda delle circostanze, ma è indubbio che in simili casi una qualche influenza si produrrà inevitabilmente, in sede di applicazione e, soprattutto, di interpretazione dei principi e delle regole che siano state recepite. E, se tale tipo di effetti costituiscono un prodotto del vincolo culturale che vicende di questo genere presuppongono e che esse normalmente rafforzano, è indiscutibile che tale vincolo non assume alcun carattere di giuridica necessità, sia poiché le autorità del paese che, in veste di legislatori, provvedono alla redazione dei testi normativi mediante i quali la recezione dei principi e delle regole in questione viene realizzata sono (teoricamente almeno) del tutto libere di provvedervi nei modi che ritengono più opportuni, sia perché tutti coloro che sono tenuti, nelle varie vesti, ad applicare le disposizioni che ne risultano, sono altrettanto liberi di operare con tutti gli strumenti normalmente impiegati per l'interpretazione dei testi giuridici.

Non può nemmeno escludersi, tuttavia, che le tradizioni giuridiche e culturali proprie del paese in cui la recezione si verifica determinino una resistenza tutt'altro che trascurabile, eventualmente capace di modificare in modo consistente l'influenza derivante dal modello e da tutti gli altri formanti che sono stati impiegati in relazione ad esso nel paese di origine. E' da segnalare infine che, per quanto la circolazione dei modelli avvenga normalmente a senso unico, da un paese di più avanzato sviluppo economico-culturale ad uno più arretrato, non è affatto escluso che possano aversi fenomeni di influenze di ritorno, in virtù delle quali il primo dei due paesi utilizza le esperienze effettuate nell'altro.

Alla circolazione dei modelli giuridici può ricondursi anche la tecnica dell'unificazione legislativa, mediante la quale possono realizzarsi degli spazi di "diritto uniforme" [113] fra più Stati indipendenti (o anche fra Stati operanti nell'ambito di una federazione, o in altri casi analoghi), la quale ha avuto applicazioni a partire dal XX secolo, quando si sono avute anche iniziative per conferire ad esse carattere sistematico e scientifico con riferimento ad aree comprendenti gruppi di Stati accomunati dalla loro collocazione geografica o da altri motivi di carattere storico, politico o sociale.

Rinviando per maggiori dettagli alle trattazioni specificamente dedicate all'analisi di questa tecnica e dei risultati che essa ha raggiunto, ci limiteremo qui a segnalare come essa comporti una forma di parziale immedesimazione di due o più ordinamenti giuridici che può essere realizzata mediante la stipulazione di un trattato fra due o più Stati e la trasformazione in diritto interno dei singoli Stati aderenti al trattato del testo uniforme da esso previsto, mediante l'ordine di esecuzione del trattato, o in virtù di una procedura equivalente. Questa tecnica, tuttavia, espone il testo in questione ai problemi derivanti dall'interpretazione sistematica che può metterlo in rapporto, in ordinamenti giuridici diversi, con principi o regole non uniformi e che può dar luogo a conflitti di norme (eventualmente traducibili anche in questioni di costituzionalità), cosicché il

conseguimento degli obiettivi perseguiti dall'attività di uniformizzazione del diritto può risultare più o meno difficile o incerto.

Risultati teoricamente analoghi, ma praticamente più solidi, possono essere ottenuti ove la politica di uniformizzazione sia perseguita mediante un trasferimento parziale di sovranità a favore di un'istituzione sopranazionale cui sia attribuita la competenza normativa nella materia di cui trattasi, nonché la competenza giurisdizionale a sindacare le relative applicazioni, a cominciare dalle interpretazioni cui esso è sottoposto, come avviene nel caso dei regolamenti comunitari e delle altre forme di attività normativa direttamente applicabile all'interno degli Stati membri dell'Unione europea. Ciò vige per i "regolamenti comunitari", di cui agli artt.249, comma 2, e 254, comma 2, del trattato CE, e per altre fonti ad essi assimilate, in modo da produrre, con effetti potenzialmente identici, disposizioni e norme vigenti nell'ordinamento dell'Unione ed in quelli di tutti gli Stati membri di essa[114]. Questo risultato è inoltre rafforzato dalla previsione di organi giurisdizionali dell'Unione o dall'attribuzione agli stessi organi giurisdizionali degli Stati membri del compito di operare come giudici comunitari.

Altre varianti delle tecniche di uniformizzazione sono evidentemente possibili, ma le due ipotesi fin qui descritte sembrano quelle che possono funzionare meglio e, poiché il principale fattore di eventuale divaricazione dei risultati dell'operazione è quello che può derivare dal rapporto in cui la disciplina uniforme si pone con i principi generali degli ordinamenti da uniformare, l'uniformizzazione potrà riuscire tanto meglio quanto maggiore sarà l'avvicinamento dei principi generali applicabili alla materia (il che risulterà più o meno fattibile a seconda dei casi) [115].

La differenza fra il caso degli ambiti di diritto uniforme creato sulla base di una apposita convenzione stipulata da due o più Stati e quello del diritto comunitario immediatamente applicabile fra gli Stati membri di una unione di Stati deriva infatti soprattutto dal fatto che il primo tende soltanto a perfezionare quel tipo di collegamenti fra gli ordinamenti statali cui tende anche il diritto internazionale privato (il quale peraltro, come vedremo, non incide sul sistema delle fonti statali, ma soltanto sull'esercizio della funzione giurisdizionale), mentre il secondo (quand'anche se ne vogliano evitare conseguenze che possano comportare vincoli di carattere più spiccatamente politico) si inserisce in un processo di aggregazione di un gruppo di Stati di tipo inevitabilmente simile ad un'aggregazione di tipo federale[116].

E' tuttavia evidente che un vero e proprio caso di immedesimazione fra i due (o più) ordinamenti soggetti al processo di uniformizzazione difficilmente si realizza a pieno quando l'adattamento del diritto interno al diritto convenzionale è realizzato mediante l'approvazione, da parte di ciascuno Stato partecipante al progetto, di una propria legge avente questa finalità, anziché mediante un semplice ordine di esecuzione del trattato stipulato a questo scopo o mediante l'adozione di una legge unica, inserita automaticamente negli ordinamenti di tutti gli Stati cui il progetto unificatore si riferisce.

Problemi particolarmente delicati si presentano ovviamente per l'interpretazione del diritto uniforme, soprattutto nel caso in cui debba ricorrersi all'analogia o ai principi generali. A tal fine, non potrà ricorrersi ad argomentazioni fondate sull'intero ordinamento giuridico nel quale uno spazio di diritto uniforme si trova inserito, ma soltanto a quelle che si desumono dalla normativa uniforme oppure, se ciò non sia sufficiente, da più complesse operazioni di carattere comparatistico, riferite anche ad eventuali altri ordinamenti "uniformati", ai precedenti storici comuni, ecc.

Elementi di analogia con i casi di legislazione uniforme presenta anche il rapporto che si determina fra la legislazione statale e la legislazione che, negli Stati federali o comunque composti da più enti autonomi, è attribuita alla competenza di questi ultimi, nonostante che fonti statali operino come fonti eteronome nell'ambito degli ordinamenti di essi. Procedure di uniformizzazione risultano tuttavia opportune, più nei casi di Stati composti da enti originariamente indipendenti e successivamente uniti da un rapporto di tipo federale che non in quelli di Stati che hanno attraversato una fase nella quale hanno presentato carattere unitario (essendo, in particolare, dotati di un potere legislativo centralizzato) e che solo successivamente hanno modificato la loro struttura, in senso federale o regionale.

Anche in questi casi, tuttavia, occorre distinguere i casi di vera e propria immedesimazione, che si ha quando il diritto statale risulta applicabile come diritto eteronomo in tutti gli ordinamenti raccordati (o in quelli che non abbiano esercitato le loro funzioni normative autonome che vengono in considerazione)[117], dai casi di adattamento del diritto statale risultante da leggi quadro (variamente operanti secondo le tecniche proprie della competenza concorrente), oppure dai casi di competenza esclusiva del soggetto collettivo raccordato, nei quali lo Stato deve tenere conto, se del caso, del diritto adottato nell'esercizio dei poteri normativi autonomi, mentre fra gli ordinamenti dei soggetti titolari di poteri normativi autonomi non si determina alcuna immedesimazione, a meno che essi ritengano, del tutto spontaneamente, di procedere a una forma di unificazione normativa dei loro ordinamenti.

La differenza fra i casi di unificazione legislativa e quelli di circolazione dei modelli giuridici consiste principalmente nel fatto che, mentre l'unificazione legislativa avviene normalmente su un piano di almeno formale parità, la circolazione di un modello di assetto giuridico presuppone per lo più, come abbiamo visto, una qualche forma di supremazia politica o culturale del paese di provenienza del modello stesso rispetto a quello che lo riceve.

Come già si è accennato, obiettivi simili a quelli propri dell'unificazione legislativa fra più Stati derivano dalle previsioni contenute nelle disposizioni legislative che sono studiate da una importante disciplina, generalmente denominata in Italia e altrove, "diritto internazionale privato", ancorché le disposizioni da cui essa si desume non costituiscano il prodotto di fonti del diritto internazionale, ma invece di fonti interne. In altri paesi, questa disciplina è denominata, dal suo oggetto, "conflitti di leggi", in quanto tendente a stabilire in quali, dei casi da essa regolati, il giudice nazionale deve applicare il diritto dello Stato della cui organizzazione egli fa parte ed in quali invece egli deve applicare un diritto straniero (cui la legge interna faccia "rinvio") e quale questo sia[118].

In proposito è da notare che il diritto internazionale non disciplina in modo esplicito e generale quali debbano essere i limiti della giurisdizione degli Stati, cosicché il legislatore di ciascun Stato può stabilirli a sua discrezione, salvo naturalmente il rispetto di eventuali limiti derivanti dal diritto internazionale. In Italia, ad esempio, la giurisdizione civile è delimitata dagli artt.3-12 della legge 31 maggio 1995, n.218, e dalle convenzioni internazionali ad essa relative, e la giurisdizione penale dagli artt.3 e 6-10 del codice penale, salve le eccezioni previste dal "diritto pubblico interno" e dal diritto internazionale.

Nei casi in cui sussiste la giurisdizione del giudice nazionale (o il suo eventuale difetto di giurisdizione non è comunque rilevabile[119]), questi deve tuttavia applicare al caso in esame una legge straniera qualora ciò sia prescritto dagli artt.13-63 della legge n.218 del 1995, i quali indicano anche a quali criteri debba ricorrersi per individuare quale



sia la legge[120] straniera da applicare in tal caso e come risolvere gli altri problemi che eventualmente si pongano[121]. E' particolarmente importante notare che, quando risulta applicabile una legge straniera da parte del giudice italiano, l'accertamento di quale sia tale legge è compiuto "d'ufficio" dal giudice stesso[122] e che, ai fini dell'individuazione del diritto straniero applicabile, il giudice italiano deve impiegare le norme straniere sull'interpretazione e sull'efficacia del diritto nel tempo[123], donde si deduce che il diritto cui si fa rinvio, a differenza di quanto avviene nei casi di adozione di un diritto uniforme, o di adattamento automatico del diritto interno al diritto internazionale o al diritto comunitario (e, a maggior ragione, nei casi di adattamento non automatico), il diritto straniero applicabile per effetto del rinvio stabilito dalle norme del diritto internazionale privato non entra a far parte dell'ordinamento giuridico dello Stato cui appartiene il giudice nazionale, ma è applicato *una tantum* ai fini della risoluzione del caso che costituisce oggetto di quel particolare giudizio. Il diritto internazionale privato, pertanto, non comporta modifiche al sistema delle fonti dello Stato di riferimento, ma incide soltanto sull'esercizio della funzione giurisdizionale, introducendo deroghe al principio secondo cui, nello spazio sottoposto alla sovranità dello Stato, il giudice deve applicare l'ordinamento giuridico dello Stato stesso, salvi gli effetti dei raccordi da esso previsti con altri ordinamenti.

Da notare altresì che il diritto straniero applicabile in virtù delle norme del diritto internazionale privato è soggetto ad un particolare controllo (simile ad un controllo diffuso di costituzionalità, ma ai fini del quale non sono necessariamente utilizzabili come parametro soltanto disposizioni o norme aventi nell'ordinamento interno rango costituzionale) in virtù di quanto dispone l'art.16 della legge n.218 del 1995, per il quale la sua applicazione da parte del giudice italiano è comunque esclusa ove la sua applicazione produrrebbe "effetti contrari all'ordine pubblico"[124]. Ove il giudice ritenga di non poter applicare, per questo motivo, il diritto straniero cui rinviano le norme del diritto internazionale privato, secondo l'articolo citato egli deve ricorrere agli altri criteri di collegamento "eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa" e, in mancanza, al diritto italiano[125].

Un fenomeno in qualche misura simile a quello testé esaminato si ha inoltre nei casi in cui un giudice (o altro operatore del diritto), nella ricerca del diritto da applicare ad una fattispecie sottoposta al suo esame che egli compie in base all'ordinamento giuridico vigente nel suo paese, utilizza formanti che sono stati elaborati o utilizzati in altri paesi (*leges alii loci*) e che gli sembrano utili ai fini dell'interpretazione del diritto vigente nel suo. Con riferimento ai casi di questo genere si parla ormai abitualmente di "diritto transnazionale"[126], ancorché in un significato diverso da quello in cui questa espressione è usata per indicare forme di diritto di produzione non statale applicate da privati in luogo o in assenza di regole di diritto statale[127].

Nell'accezione in cui il termine è qui impiegato, il termine "diritto transnazionale" si fonda sull'intuizione già ricordata[128] secondo la quale la comparazione giuridica può essere utilizzata come uno strumento di interpretazione in vista dell'elaborazione di soluzioni che, ove utilizzate nell'ambito della formazione dottrinale o giurisprudenziale del diritto, potrebbero influenzare, in misura più o meno netta, l'attività di applicazione del diritto vigente nel paese in cui la ricerca comparatistica viene svolta, in virtù della conoscenza che viene acquisita o diffusa del diritto vigente in altri paesi, e quindi determinare un'evoluzione del diritto nazionale. In tal caso, il diritto straniero opera come una forma di *soft law*, se i formanti di tipo dottrinale o giurisprudenziale non siano riconosciuti da esso come fonti, oppure anche di *hard law*, ove lo siano, ovvero ove si abbia una recezione del tipo di quelle di cui si è parlato a proposito della circolazione dei modelli.

Infine si deve qui segnalare un'ulteriore eventualità, che in questi ultimi tempi ha destato notevole attenzione fra gli studiosi, che è quella che si verifica quando ragioni di carattere essenzialmente economico inducono imprenditori o altri soggetti interessati ad utilizzare per certe loro attività (che possono essere la stipulazione di un contratto di notevole impegno economico o l'installazione di un'azienda, ma anche la celebrazione di un matrimonio o la nascita di un figlio o l'apertura di una successione) a fare in modo da rendere applicabile ad esse la legge di un certo paese, piuttosto che quella di un altro (e soprattutto, di quella del paese ove vivono normalmente o del quale sono originari), allo scopo di determinare effetti giuridici che ritengono per loro vantaggiosi. In queste operazioni i privati sono spesso assistiti da importanti *law firms*, specializzate nel ramo, e non è escluso che esse interessino anche gli Stati, ed in particolari i legislatori, ove ritengano opportuno adoperarsi per incoraggiare o per scoraggiare tali iniziative mediante opportune modificazioni del diritto vigente nei loro paesi.

Più che dalle eventuali forme di circolazione dei modelli che possono derivarne, interessa qui segnalare il fenomeno sotto il profilo degli effetti che esso può determinare sulla applicazione del diritto e quindi sulla pratica operatività delle diverse fonti. Più specificamente, guardando il problema dal punto di vista del legislatore, si pone un problema di offerta di soluzioni giuridiche le quali possono indurre gli eventuali destinatari delle norme che ne deriverebbero a comportarsi in modi che risultino vantaggiosi per il paese, ovvero a scoraggiare decisioni che risultino per esso svantaggiose, anche in considerazione delle caratteristiche delle soluzioni adottate in altri paesi, o di quelle praticabili sulla base di ordinamenti non collegati, in un modo o in un altro, al sistema degli ordinamenti statali, dei quali si parlerà nel paragrafo seguente, cosicché viene a stabilirsi una sorta di "concorrenza tra ordinamenti giuridici" (siano essi statali o non statali) [129].

Se ci si pone invece dal punto di vista degli utenti di questi ordinamenti giuridici, il problema si presenta come un problema di "scelta del diritto" [130] che risulterebbe applicabile agli interessati nei diversi casi, nonché della tutela di cui i loro interessi potrebbero beneficiare. Tipica tecnica per la risoluzione delle controversie è in questo caso quella che si risolve nell'adozione di una clausola compromissoria, mediante la quale la decisione di eventuali controversie viene demandata ad arbitri (determinandosi talora altresì quale diritto questi debbano applicare). Uno strumento per prevenire le controversie è costituito invece dal ricorso all'"arbitraggio", mediante il quale si determina un elemento del negozio giuridico, indipendentemente dall'esistenza di una controversia in atto [131].

9. *Ordinamenti giuridici non collegati al sistema degli ordinamenti statali: il diritto transnazionale (inteso come diritto degli ordinamenti privati extra statali e delle organizzazioni non governative); il diritto degli ordinamenti illeciti dal punto di vista del diritto statale e/o del diritto internazionale.* – I collegamenti che abbiamo descritto nei paragrafi precedenti e che raccordano in misura più o meno rigorosa il diritto degli Stati tra loro, tra loro e gli ordinamenti internazionali e sopranazionali e tra loro e quelli che, in un modo o in altro, assumono nei loro confronti una posizione subordinata, come già abbiamo visto più volte, fanno ancora degli Stati stessi il perno dell'intero sistema del diritto elaborato dagli uomini nel corso degli ultimi quattro secoli. Ciò nondimeno, l'epoca contemporanea ha mostrato casi sempre più frequenti di ordinamenti i quali operano senza essere inseriti nel sistema incentrato sugli ordinamenti statali, pur mantenendo per

lo più qualche rapporto con esso[132], oppure ponendosi con esso, in vario modo, addirittura in contrasto [133].

Il primo caso si realizza utilizzando spazi che gli ordinamenti statali e gli altri ad essi collegati tollerano, più o meno consapevolmente, che siano gestiti da parte di gruppi sociali non inseriti (o non esplicitamente inseriti) nelle organizzazioni statali o in organizzazioni da queste derivate, o che mantengono con queste un tipo di rapporti che per lo più comportano rispetto per le funzioni da esse svolte, senza tuttavia che ciò determini una subordinazione nei loro confronti che incida direttamente sul funzionamento dei rispettivi sistemi delle fonti del diritto[134]. Il secondo caso è quello degli ordinamenti delle associazioni o istituzioni qualificate come illecite dagli ordinamenti statali o dagli ordinamenti internazionali o sovranazionali[135] le quali, pur essendo esposte alle reazioni di questi ultimi, tuttavia sopravvivono perché gli enti che conducono, o potrebbero (e da un certo punto di vista almeno dovrebbero) condurre tali reazioni, omettono in tutto o in parte di farlo per ragioni di carattere pratico o politico.

Il diritto prodotto nei casi del primo tipo (spesso designato come “diritto transnazionale”[136], in un significato diverso da quello impiegato per indicare i casi di richiamo alla *lex alii loci* che abbiamo esaminato nel paragrafo precedente, ovvero come “diritto globale” o “diritto orizzontale”) comprende un complesso di regole a carattere consuetudinario (spesso formate sulla base di pratiche applicate in via convenzionale[137], o sulle quali si è venuto altrimenti a formare un consenso anche tacito tra i protagonisti del settore), le quali sono osservate da un complesso di soggetti che agiscono in un determinato campo dell’attività economica e che le applicano in relazione a rapporti non regolati dal diritto statale (o da altro diritto ad esso in un modo o in altro collegato), la cui osservanza non è assicurata in modo rigido dagli organi statali o internazionali, per cui si creano degli spazi nei quali gli ordinamenti transnazionali vengono così a inserirsi: Le regole che formano questi ordinamenti sono talora recepite dagli ordinamenti statali o internazionali come forme di *soft law*, oppure in virtù di interpretazioni variamente possibili di disposizioni o norme in essi vigenti[138].

Assai spesso, del resto, l’organizzazione di questi ordinamenti non risulta soltanto, di fatto, dall’attività degli stessi operatori economici, i quali si avvalgono a questo fine delle *law firms* dalle quali sono assistiti e che costituiscono i principali protagonisti di queste procedure, ma anche dagli stessi organi statali o internazionali, soprattutto quando si viene così a determinare un regime di immedesimazione fra ordinamento statale (o altro ordinamento ad esso collegato) e ordinamento transnazionale, ma in molti casi esse funzionano per forza propria, cioè per effetto dell’adesione che i destinatari delle norme in questione prestano ad esse.

E’ da notare che lo sviluppo di questo tipo di diritto costituisce uno dei maggiori fattori di attenuazione della funzionalità del “sistema Vestfalia” e, in particolare, del regime di prevalenza della sovranità degli Stati su ogni altro centro organizzativo (oltre che di svalutazione della funzione dei confini tra gli Stati)[139]. Tuttavia, sarebbe improprio affermare che in questi casi vediamo all’opera un unico ordinamento giuridico “globale” o “universale” o “cosmopolitico”, poiché i diversi sistemi di norme che vengono applicate in essi (e con riferimento ai quali è corretto parlare di “rete”, o altra forma di raccordo, piuttosto che di “piramide”[140]) non corrispondono ad un unico gruppo sociale e le loro organizzazioni non sono collegate tra loro o con gli Stati, altro che in modo parziale e talora precario.

Oltre all'esempio della nuova *lex mercatoria*, che indubbiamente è il più importante e del quali molti studiosi si sono occupati[141], il professor Morand[142] fa altri due esempi assai interessanti – quello della *lex sportiva* e quello della *lex informatica* – di diritto che egli chiama *droit anational*, i quali ci mostrano, nel primo caso, un esempio di federazioni internazionali di associazioni nazionali a carattere tendenzialmente privato (anche se non prive di vincoli di carattere pubblicistico), le quali certamente esercitano poteri che gli Stati e le organizzazioni internazionali non possono interamente controllare, anche se nemmeno tali istituzioni possono pretendere di imporsi totalmente agli Stati o alle organizzazioni ad essi collegate, e, nel secondo caso, un'ampia organizzazione di persone e di istituzioni le quali svolgono un'attività le cui caratteristiche tecniche rendono pressoché impossibile l'esercizio di un controllo statale ed il cui carattere privato è ancora più marcato.

Un ruolo analogo è assunto talora altresì dalle organizzazioni non governative[143] che operano al livello dei rapporti internazionali, anche se queste agiscono prevalentemente come gruppi di pressione e non dispongono di vere e proprie potestà normative, pur non è escluso che documenti da esse approvati possono assumere valore di *soft law*.

Generalmente minor rilievo, quanto meno sul piano scientifico, assumono gli ordinamenti giuridici illeciti, dei quali si hanno due tipi principali costituiti dagli ordinamenti di gruppi i quali danno vita ad un “governo di fatto”[144], il quale si contrappone al governo di un paese il quale esercita il potere effettivo su di esso o sulla parte principale del suo territorio, e gli ordinamenti di associazioni criminali, i quali comportano la formazione di strutture capaci di svolgere con una certa continuità un complesso di attività delittuose, con modalità tali da mettere in discussione la capacità dello Stato in cui esse operano di esercitare le forme di repressione che in questi casi sarebbero applicabili secondo il diritto penale ufficialmente in vigore[145].

In sostanza, i caratteri salienti degli ordinamenti giuridici “transnazionali” consistono proprio nel loro tendenziale disinserimento dal sistema degli ordinamenti giuridici statali (e di quelli internazionali, sovranazionali e infranazionali ad essi raccordati) ed appaiono perciò i più vicini ad un ipotetico ordinamento cosmopolitico, corrispondente ad un gruppo sociale comprendente l'intera umanità e riguardante l'intero pianeta terra. Perché un'ipotesi di questo genere si realizzasse veramente, in ottemperanza allo schema romaniano, occorrerebbe però che la pluralità degli ordinamenti transnazionali trovasse modo di darsi un'organizzazione unitaria, quale non dovrebbe ripercorrere necessariamente le vie attraversate dallo Stato moderno, ma dovrebbe quanto meno poter mantenere un minimo di raccordi anche con gli Stati e con le altre organizzazioni cui essi hanno dato luogo (a meno che riuscisse interamente a sostituire questo tipo di organizzazioni, il che appare molto al di là di qualunque ragionevole previsione che possa farsi allo stato attuale delle cose). Ed ovviamente non sarebbe semplice stabilire quali regole dovrebbero essere seguite per risolvere i conflitti fra ordinamenti giuridici reciprocamente incompatibili.

Certamente, un'ipotetica organizzazione di questo tipo non potrebbe tuttavia far propri i sistemi di rappresentanza che sono stati adottati per l'ONU e per altre istituzioni analoghe, dovendo essere salvaguardato il principio dell'eguaglianza delle persone, il quale è completamente aggirato dall'assunzione degli Stati, e non delle persone stesse, a componenti della base organizzativa del gruppo sociale costituito dall'intera umanità. Contemperare questa esigenza con le altre che costituiscono la base delle organizzazioni pubbliche, a tutti i vari livelli, sarebbe certamente difficile, ma in teoria forse non

impossibile. In pratica però le esperienze fatte fin qui, sia a livello statale, sia a livello continentale o mondiale, scoraggiano dall'avanzare qualunque ipotesi.

10. *Riepilogo.* – Sulla base di quanto siamo venuti esponendo, le conclusioni cui può pervenirsi per sintetizzare l'attuale assetto della produzione normativa e degli ordinamenti giuridici formati in relazione ai gruppi sociali esistenti sul pianeta terra, delle quali deve tenersi conto anche per lo studio del sistema delle fonti del diritto vigente in un singolo paese, possono riassumersi nei seguenti punti:

a) Probabilmente già fin dalla preistoria, ma sicuramente dall'antichità fino ai nostri giorni, si sono formati fra gli uomini gruppi sociali dotati di ordinamenti giuridici ai quali è potenzialmente applicabile la nozione che di essi fu configurata da Santi Romano nella celebre opera menzionata all'inizio di queste note. Però, fu solo a partire dai tempi dei trattati di Vestfalia (1648) che, per quanto riguarda la produzione normativa, una funzione preminente è stata progressivamente assunta dagli Stati che si riconobbero reciprocamente come sovrani in base alle regole dell'ordinamento internazionale che proprio allora fu conseguentemente impostato (dove la nozione di sovranità nel senso internazionalistico del termine e la stessa nozione di "Stato moderno");

b) L'assunzione di questo ruolo da parte dello Stato avvenne in un'epoca nella quale la forma di governo in esso generalmente attuata era la "monarchia assoluta" (dove la nozione di sovranità nel senso costituzionalistico del termine). Stante il normale adeguamento del sistema delle fonti alla forma di governo vigente nel paese, la legge promulgata dal principe divenne la fonte più importante (come già era avvenuto nell'antica Roma con l'avvento dell'Impero) e la forma della codificazione (generalmente intitolata al monarca che l'aveva promossa) fu privilegiata in consonanza con gli apporti della scienza giuridica del tempo (si trattò cioè di un diritto esclusivamente legislativo, ancorché largamente tributario del diritto giurisprudenziale formatosi nei secoli precedenti). Quando però l'evoluzione delle forme di Stato e di governo applicate negli Stati moderni comportò che, in molti di essi, trovassero applicazione, in maggiore o minor misura, il principio dello "stato di diritto", il principio democratico e il principio di eguaglianza, secondo un complesso di dottrine che nel loro insieme costituiscono il "costituzionalismo"; alla forma di governo denominata "monarchia assoluta" se ne vennero sostituendo altre che si ispiravano a tali principi (in Europa, il "governo costituzionale puro", il "governo direttoriale", il "governo parlamentare" e relative varianti; negli Stati Uniti, il "governo presidenziale"). In molti paesi, tuttavia, il passaggio fu graduale (o si ebbero scivolamenti verso regimi autoritari) e, in un primo momento, la legge mantenne il suo ruolo prevalente nel sistema delle fonti, salvo il graduale trasferimento del compito di approvarla ad un'assemblea rappresentativa dei cittadini (dapprima insieme con il monarca "costituzionale" e con un'altra camera non elettiva, poi in un ruolo progressivamente crescente della Camera elettiva, fino alla fase attualmente in corso che ha visto, soprattutto in alcuni paesi, un diffuso incremento della funzione normativa dell'esecutivo). Solo negli Stati Uniti, con la sentenza *Marbury versus Madison* del 1803, in base alla tradizione giusnaturalistica, la Costituzione venne qualificata come *higher law*, con conseguente articolazione del sistema delle fonti in due livelli, fin dall'inizio del XIX secolo;

c) Tale evoluzione comportò, in base ai principi della democrazia, il progressivo trasferimento della titolarità della funzione legislativa già detenuta dal monarca ad organi rappresentativi del popolo (o, talora, della "nazione"), i quali assunsero così la massima legittimazione configurabile in base ai principi stessi. In un vasto gruppo di paesi (detti

paesi di *civil law*), la legge assunse in via esclusiva anche il compito di disciplinare la produzione normativa (come “fonte delle fonti”); mentre in altri (detti di *common law*), la natura di fonte del diritto fu conservata anche al precedente giudiziario, il quale venne a coesistere con la legge di origine parlamentare nel senso che gli *statutes* potevano modificare anche il diritto di origine giurisprudenziale, ma le *rationes decidendi* delle pronunce giudiziarie potevano interpretare anche il diritto di origine legislativa;

d) In Europa e altrove, la dottrina dello “stato di diritto”, sviluppatasi nel corso del XIX secolo, comportò la sottoposizione degli atti del potere esecutivo (compresi gli atti normativi) a vari tipi di controlli, anche giurisdizionali, con conseguente possibilità di disapplicazione o di annullamento, da parte di tutti i giudici (oppure di speciali giudici), degli atti dell'esecutivo ritenuti incompatibili con i precetti legislativi. Anche qui si ebbe pertanto l'articolazione del sistema delle fonti in due (o più) livelli, cui si venne gradualmente aggiungendo un terzo livello (superiore ai primi due) in seguito all'introduzione in molti paesi (qui però prevalentemente su basi prevalentemente giuspositivistiche) del principio di rigidità della Costituzione e del controllo di costituzionalità delle leggi. La valorizzazione della costituzione che ne derivò comportò, soprattutto in alcuni paesi, un'importante ridimensionamento del ruolo della legge, che perse così il ruolo di fonte suprema che aveva al tempo delle codificazioni. Nel XX secolo, la dottrina kelseniana della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico (*Stufenbau*) collegò il rapporto fra costituzione e legge a quello fra legge e regolamento, determinando la configurazione degli ordinamenti giuridici come una piramide comprendente più livelli articolati come una scala secondo la crescente forza normativa degli atti appartenenti a ciascun livello;

e) La dottrina kelseniana consentì altresì di configurare i sistemi delle fonti statali come analogamente collegati, da un lato (verso il basso) con il sistema delle fonti propri degli stati membri di una federazione, delle regioni, degli enti locali, ecc., sulla base del principio di gerarchia e/o del principio di competenza (operanti talora in vario modo anche all'interno degli ordinamenti giuridici statali) e, dall'altro lato (verso l'alto) col sistema delle fonti del diritto internazionale, del diritto comunitario (per gli Stati aderenti all'Unione europea) ed eventualmente ad altri analoghi, fino a determinare, come fu sostenuto da alcuni, un unico sistema *multilevel*;

f) Soprattutto nel corso del XX secolo, il diritto internazionale – inizialmente concepito come costituito dalle consuetudini internazionali, direttamente efficaci soltanto nei confronti degli Stati (alle quali si venne aggiungendo un corpo di “principi generali”, elaborati dalla dottrina e dotati dello stesso tipo di efficacia), e dai trattati internazionali, dotati di efficacia solo *inter partes* e trasformabili in diritto interno soltanto mediante procedure di adattamento del diritto interno variamente congegnate che potevano fargli acquistare l'efficacia normalmente propria di quest'ultimo – ha subito un'evoluzione in virtù della quale si ammette che, in ipotesi sempre più frequenti, di esso possano far parte anche principi e regole efficaci *erga omnes* (cioè operanti, oltre che nei confronti degli Stati, anche direttamente nei confronti degli individui, nel senso di determinare diritti e obblighi ad essi riferibili), questo essendo soprattutto il caso dei documenti a tutela dei diritti fondamentali, del diritto penale che punisce i crimini contro l'umanità e del diritto comunitario.

g) Principalmente a partire dalla seconda metà del XX secolo, con lo sviluppo della c.d. “globalizzazione” economica e culturale, sono sorte anche forme di diritto “transnazionale” (o altrimenti denominato), le quali danno luogo ad ordinamenti giuridici non statali, né raccordati (salvo che per aspetti secondari) ad ordinamenti statali o

all'ordinamento internazionale, le quali formano delle aree di diritto non riconducibili ad una delle piramidi corrispondenti agli ordinamenti giuridici degli Stati, o ad altri ad essi comunque raccordati. Con riferimento ad essi perciò si parla piuttosto di una "rete" di fatti o atti giuridici produttivi di disposizioni e di norme (o anche di "ordinamenti orizzontali", in contrapposizione a quelli cui è applicabile il principio di gerarchia, suscettibile di essere articolato in una gerarchia degli ordinamenti, distinta dalla ormai tradizionale gerarchia delle fonti proprie di ciascun ordinamento). E' tuttavia da escludere che – allo stato attuale delle cose – questi ordinamenti formino un unico ordinamento (contrapposto al sistema degli ordinamenti statali e di quelli ad essi raccordati, incluso quello internazionale e quelli ad esso collegati), mancando chiaramente, un tale ipotetico ordinamento unitario, dell'elemento dell'organizzazione e di quello della normazione unitaria (mentre tali elementi possono ritenersi esistenti in relazione ai singoli ordinamenti di questo genere). Conseguentemente appare più corretto parlare di ordinamenti transnazionali al plurale, laddove nulla impedisce di parlare al singolare di un solo diritto transnazionale, comprensivo delle normazioni proprie dei singoli ordinamenti di questo genere.

h) Mentre gli ordinamenti transnazionali sono in qualche modo riconosciuti (seppur non come Stati) – o quanto meno tollerati – dagli Stati e dalle organizzazioni internazionali, si sono venuti a formare anche ordinamenti non riconosciuti – e talora esplicitamente repressi nei vari modi possibili – da parte degli Stati (o da alcuni di essi) e spesso anche da organizzazioni internazionali, i quali riescono egualmente a svolgere, in modo più o meno efficace, funzioni analoghe a quelle normalmente esercitate dagli Stati attraverso i loro ordinamenti giuridici.

i) Risultato di questi fattori di evoluzione è da ritenere, sia una attenuazione della pratica funzionalità del "sistema Vestfalia", che si traduce, da un lato, in un affievolimento del complesso di poteri che venivano ricondotti alla nozione di sovranità, sia interna, sia internazionale, e, dall'altro lato, in un forte indebolimento del vincolo che legava gli individui allo Stato di cui essi fossero "cittadini" (nonché alla "nazione" cui essi appartenessero, ove un tale rapporto venisse in considerazione disgiuntamente da quello che li legava allo Stato della cittadinanza) e di una conseguente riduzione della funzione che nel periodo di massimo sviluppo del sentimento di appartenenza dell'individuo ad una sua "patria" hanno svolto i "confini" del territorio dello Stato, rendendoli meno invalicabili e, sotto vari profili, meno influenti su molti tipi di rapporti.

l) Importante conseguenza di questa evoluzione dei sistemi delle fonti fu il riavvicinamento fra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law* (rafforzandosi soprattutto il ruolo svolto dalle fonti giurisprudenziali negli ordinamenti di *civil law*). Si è venuti così a riequilibrare il rapporto tra politica e cultura che, fin dall'antichità, sia era venuto stabilendo fra il diritto inteso come *lex* (o, eventualmente, come *mos*) ed il diritto inteso come *jus*.

m) Altra importante conseguenza risultò dall'attenuazione della portata della distinzione fra forme di *hard law* e forme di *soft law*, riconoscendosi anche alle fonti riconducibili a quest'ultima categoria (a cominciare dai precedenti stabiliti da giudici operanti in paesi di *civil law*; dai principi elaborati dalla dottrina; dalle dichiarazioni dei diritti non aventi forma giuridica produttiva di efficacia vincolante; dai codici etici o di autodisciplina e altri simili documenti; dalle "regole sociali" ritenute prive di forza normativa in senso giuridico, dalle "regole tecniche", ecc.) di una certa capacità di essere utilizzate anche in sede di applicazione del diritto, non solo come strumenti di interpretazione del diritto *hard* (come è sempre avvenuto), ma anche in altre circostanze.

n) Come si è anticipato, tutto questo non significa che possa attualmente ritenersi esistente un ordinamento giuridico “cosmopolitico”, del quale tutti gli esseri umani siano necessariamente i soggetti, come è stato talora ipotizzato dai filosofi, mancando totalmente, a questo livello, quanto meno il requisito dell’organizzazione, che come abbiamo visto, costituisce una condizione indispensabile perché si abbia un ordinamento giuridico (mentre ordinamenti giuridici come quello della Società delle Nazioni o come quello dell’Organizzazione delle Nazioni Unite non possono identificarsi in esso, almeno allo stato attuale delle cose, trattandosi di ordinamenti creati dagli Stati e quindi in definitiva ancora fondati sull’impostazione che dette luogo al “sistema Vestfalia” nel suo assetto originario). Come regola generale della convivenza umana; tuttavia, è indubbio che la riduzione della funzione svolta dai confini statali, l’affievolimento dei vincoli che legano l’individuo allo stato-patria, inteso come espressione di una “nazione” e, in genere, gli sviluppi della globalizzazione economica e culturale (soprattutto nella parte in cui hanno portato alla valorizzazione di forme di diritto transnazionale, inteso nei suoi diversi significati) hanno reso meno utopistiche di quanto fossero considerate in passato le prospettive di questo genere. Già si è visto come, per analoghi motivi, non possa nemmeno parlarsi di un unico ordinamento “globale” o “orizzontale”, ma soltanto di una pluralità di ordinamenti di questo tipo, privi di un collegamento tra loro paragonabile a quello (“verticale”, seppur molto imperfettamente tale) che il diritto internazionale realizza per gli ordinamenti statali e per gli altri ad essi raccordati.

o) Ciò non toglie che, benché gli sforzi compiuti, dal XVIII secolo ad oggi, per pervenire, principalmente attraverso gli strumenti del diritto internazionale, ad un sistema planetario capace di gestire alcuni dei principali problemi che occorrerebbe affrontare per garantire agli abitanti del mondo la pace, il cibo, l’acqua, l’energia, la cultura, la tutela dei diritti fondamentali, l’eguaglianza fra gli individui e fra i gruppi sociali e, in genere, un buon governo della società umana, abbiano consentito di raggiungere alcuni traguardi positivi, un risultato capace di assicurare in modo stabile e sicuro tali obiettivi su scala mondiale appaia ben lontano dall’essere in vista, sia per l’evidente inadeguatezza, sotto questo profilo, degli Stati a svolgere il ruolo loro assegnato in base al sistema Vestfalia, nonostante le successive modificazioni ad esso apportate nell’ambito dello sviluppo del costituzionalismo, sia per l’eccessiva valorizzazione del principio di nazionalità rispetto al principio di tutela dell’individuo, sia per effetto di altri fattori che nella società umana attuale continuano a svolgere una funzione decisamente negativa.

p) Anche l’impressionante sviluppo della tecnica e della cultura, che ha caratterizzato molte fasi dell’età moderna e contemporanea, non può essere considerato come un fattore esclusivamente positivo, se non si riesce ad assicurare che l’utilizzazione delle scoperte e dei progressi così raggiunti avvenga sempre in base a principi accettabili, anziché venir sfruttato a vantaggio dei più forti o dei più astuti, in una situazione nella quale gli sforzi compiuti in questa direzione dalle scienze politiche e sociali appaiono ben lungi dal conseguire risultati pratici adeguati al conseguimento di questo obiettivo. In questa situazione, i risultati talora nel complesso positivi conseguiti con lo sviluppo del costituzionalismo a livello statale (e della giustizia a livello infra-statale), appaiono purtroppo gravemente insufficienti. Nel campo del diritto ed in quello della politica, infatti, i progressi compiuti per la civilizzazione dei rapporti fra gli uomini non sono riusciti ad estendersi adeguatamente al livello dei rapporti internazionali, nonostante gli importanti sforzi sopra ricordati e, in particolare, nonostante quello che è stato efficacemente chiamato il processo di “costituzionalizzazione del diritto internazionale” (e del diritto comunitario), che è stato avviato come abbiamo visto nel corso del XX secolo, ma non ha potuto finora svilupparsi compiutamente, nulla sembrando d’altronde assicurare che tale sviluppo debba continuare o addirittura rinforzarsi in futuro. Le forme di organizzazione



sociale attualmente esistenti fra gli uomini riguardano infatti i rapporti che si stabiliscono principalmente, anche se non esclusivamente, sulla base del vincolo che si stabilisce sulla base dei vincoli derivanti dalla cittadinanza o da altri legami dovuti alla comune appartenenza ad un gruppo sociale il cui ordinamento è strettamente legato a quello dello Stato in cui esso agisce, talora anche senza che esista un vero e proprio rapporto di subordinazione ad esso o addirittura contrapponendosi ad esso, ma senza che i risultati possano dirsi soddisfacenti. E la stessa attuazione del costituzionalismo sul piano interno agli Stati nazionali, nonostante gli importanti successi conseguiti nel corso del XX secolo, appare accettabile in un numero di paesi tuttora troppo piccolo perché ci si possa attendere una svolta in questa direzione.

---

[1] Il presente scritto si basa su una serie di appunti raccolti in preparazione della seconda edizione del volume contenente il commento agli articoli 1-9 delle *Disposizioni sulla legge in generale*, del *Commentario del Codice Civile*, fondato da A.Scialoja e G.Branca e continuato da F.Galgano per gli editori Nicola Zanichelli di Bologna e Società editrice de "Il Foro italiano" di Roma (la cui prima edizione fu curata dallo scrivente nel 1977) e sviluppati in alcuni incontri seminariali. Le indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali in esso contenute sono limitate allo strettamente necessario. Ringrazio gli editori per l'autorizzazione alla pubblicazione anticipata.

[2] Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), 2<sup>a</sup> edizione, Firenze, Sansoni, 1946, p.25 e seguenti. L'opera di Santi Romano ha dato luogo ad un dibattito molto approfondito che, nel corso degli ultimi novanta anni, ha consentito di acquisire contributi di grande rilievo su questo tema e sugli altri ad esso connessi. In questa sede non ci si propone di intervenire in tale dibattito, pur utilizzandone, per quanto è apparso possibile ed utile, gli apporti. Si ritiene pertanto superfluo fornire una bibliografia generale sull'argomento, rinviando chi ne avvertisse la necessità a G.TARELLO, *Prospetto per la voce "ordinamento giuridico" di una enciclopedia*, in *Politica del diritto*, 1975, p.73 ss., ed alle voci delle principali enciclopedie giuridiche pubblicate in questi ultimi anni che trattano l'argomento.

[3] Cfr. V.CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir.cost.)*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, Giuffrè, 1968, 925.

[4] Sulla nozione di "diritto" cfr., da ultimo, Paolo GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003. La distinzione fra principi e regole trae origine dalla constatazione che i primi offrono un'indicazione tendente ad orientare i destinatari del messaggio che essi esprimono in una certa direzione anziché in un'altra, ma abbisognano normalmente di ulteriori specificazioni perché il messaggio stesso possa influire sulla decisione dei casi concreti che rientrano nella sua previsione, mentre le seconde dettano il comportamento da tenere in relazione ad ipotesi sufficientemente determinate perché la disciplina da esse suggerita o imposta possa ricevere concreta applicazione. La distinzione fra disposizioni e norme, invece, trae origine dal fatto che le prime dettano il comportamento da tenere in relazione ad un'ipotesi astratta, mentre le seconde indicano quale sia il comportamento giuridicamente corretto in presenza di una concreta situazione, valutati tutti i fattori che possono influenzare la decisione. Come è evidente, le due distinzioni (sulle quali si tornerà *infra*, par.4) hanno aspetti in comune, ma si distinguono soprattutto perché la prima

guarda alla struttura degli enunciati prodotti attraverso le fonti del diritto, mentre la seconda mette in evidenza il ruolo dell'interpretazione (specialmente nei casi in cui questa si presenta come interpretazione sistematica) la quale, in certi casi, può incidere notevolmente sugli effetti pratici degli enunciati stessi.

[5] Non mi occuperò in questa sede del problema dell'obbligo di osservanza nelle norme giuridiche e delle misure che possono essere adottate per assicurarne l'adempimento. Segnalerò, tuttavia, come nella fase più recente dell'esperienza giuridica, al cui esame queste note sono dedicate, la distinzione fra i principi e le regole la cui osservanza è garantita con le tecniche specificamente proprie del diritto e i principi e le regole che sono generalmente qualificati come *soft law* (in quanto la loro osservanza non è garantita mediante la minaccia di specifiche sanzioni per i casi di inosservanza: cfr. *infra*, par.3) si è venuta facendo assai meno rigida, sia per la relativamente più agevole derogabilità dei primi, sia per la maggiore vincolatività spesso riconosciuta ai secondi.

[6] M.S.GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 1958, p.219 e segg., spec., p.226-239.

[7] W.CESARINI-SFORZA, *Il diritto dei privati* (1929), Milano, Giuffrè, 1963; Salvatore ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 1955, p.249 ss..

[8] Questa separazione, come è noto, fu completa nel caso delle civiltà sviluppatesi nel continente americano (nonché in Australia), l'esistenza delle quali cominciò ad essere nota fuori da questi continenti soltanto a partire dall'epoca in cui gli sviluppi della navigazione consentirono di realizzare viaggi che in precedenza erano pressoché impossibili, ma scarsi furono altresì, fino alla stessa epoca, i contatti fra la civiltà europea e quelle dell'Estremo Oriente e dell'Africa subsahariana.

[9] Cfr. M.R.FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000; ID., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002; ID., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

[10] Si veda in proposito, da ultimo, l'ampia analisi di L.FERRAJOLI, *"Principia iuris". Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, spec. volume I, pp.453 ss., 937 ss.; volume II, p.481 ss.

[11] Cfr. *infra*, par.9.

[12] Come credo sia evidente, si ha riferimento qui alla sovranità "interna", generalmente attribuita, un tempo ai monarchi "assoluti" e successivamente al popolo o, per esso, al corpo elettorale (ad esempio, in sede di referendum) oppure a un'assemblea rappresentativa (dove la formula "sovranità parlamentare", impiegata soprattutto in Gran Bretagna), distinguendola dalla sovranità "internazionale", inerente alla personalità dello Stato come soggetto di diritto internazionale.

[13] Cfr., da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, P.PICONE, *Comunità internazionale e obblighi "erga omnes"*, Napoli, Jovene, 2006.

[14] Non contraddice a questa conclusione la circostanza che vi siano, ancor oggi, aree del pianeta sulle quali non viene esercitato un potere statale realmente effettivo (come, ad esempio, la Somalia, la Transnistria o le aree della Colombia controllate da organizzazioni

rivoluzionarie), poiché si tratta di situazioni tendenzialmente transitorie, le quali non costituiscono una vera e propria alternativa al regime degli Stati.

**[15]** Anche la diffusione del “costituzionalismo”, che pure nel corso del XX secolo ha registrato considerevoli successi, incontra tuttora gravi difficoltà in molti paesi, nei quali ci si accontenta di soluzioni ancora troppo lontane dagli obiettivi indicati nel celebre art.16 della *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* adottata in Francia nel 1789, ove si legge che “*Toute société dans la quelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution*”. Sui più recenti sviluppi della dottrina del costituzionalismo si veda, anche per ulteriori riferimenti, P.HÄBERLE, *Stato costituzionale*, voce dell’*Enciclopedia giuridica*, Volume di aggiornamento IX, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2001; E.CHELI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006; P.COSTA, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006; G.ZAGREBELSKY, *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006.

**[16]** Donde il richiamo di queste autonomie all’esperienza dei comuni che, in un’epoca ormai lontana, ma non dimenticata, in alcun aree aveva assunto un’importanza non trascurabile.

**[17]** Cfr., da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, L.BACCELLI, *Critica del repubblicanesimo*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

**[18]** Santi ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, cit., pag.104 e segg.

**[19]** Cfr. *infra*, par.7.

**[20]** Per molti secoli la Chiesa cattolica ha esercitato il “potere temporale”, in virtù del quale poteva presentarsi anch’essa come uno Stato, a partire dall’epoca in cui il mondo si organizzò prevalentemente in Stati, pur mantenendo anche la sua veste di organizzazione costituzionale e amministrativa di una religione. Dopo la *debellatio* dello Stato pontificio, avvenuta nel 1870 in seguito all’occupazione italiana dell’intero territorio su cui si esercitava la sua sovranità temporale, la Santa Sede recuperò questo *status* a seguito dal trattato stipulato con l’Italia l’11 febbraio 1929, istitutivo dello Stato della Città del Vaticano, ed è attualmente riconosciuta da molti paesi come soggetto di diritto internazionale. Nell’intervallo, l’Italia aveva assicurato la libertà degli organi della Chiesa cattolica mediante la propria legge 13 maggio 1871, n.214 (la celebre “legge delle guarentigie”, peraltro contestata da parte vaticana). Il diritto canonico, inteso come diritto della religione cattolica, è insegnato nelle università di vari paesi.

**[21]** Le forti differenze organizzative che caratterizzano le diverse religioni rendono malagevole la comparazione degli ordinamenti giuridici di esse propri, anche se, teoricamente almeno, essa non appare impossibile (cfr., anche per ulteriori riferimenti, F.MARGIOTTA BROGLIO, C.MIRABELLI, F.ONIDA, *Religioni e sistemi giuridici*, Padova, Cedam, 1997; S.FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi*, Bologna, Il Mulino, 2002, p.15 e segg.).

**[22]** In argomento, *amplius*, P.RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, Il Mulino, 1966; E.ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1989.

**[23]** Sulla prospettiva, elaborata da Kant, di un “diritto cosmopolitico” cfr., da ultimo, G.MARINI, *La filosofia cosmopolitica di Kant*, Roma-Bari, Laterza, 2007. In argomento cfr. anche *infra*, par.9.

**[24]** Cfr. G.BARILE, *Costituzione e rinvio mobile a diritto straniero, diritto canonico, diritto comunitario, diritto internazionale*, Padova Cedam, 1987.

**[25]** Cfr. *infra*, par.6.

**[26]** Cfr. *infra*, par.7.

**[27]** Sia consentito rinviare, a questo proposito, ad A.PIZZORUSSO, *Problemi metodologici in tema di studio delle fonti del diritto*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, Jovene, 2004, P.1687 e segg.; ID., *Pluralità degli ordinamenti giuridici e sistema delle fonti del diritto*, in *Valori e principi del regime repubblicano: 3. Legalità e garanzie*, Roma-Bari, 2006, p.91 e segg.; ID., *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI secolo*, in *Foro italiano*, 2007, V, 33 e segg.

**[28]** Tübingen, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), 1984. Fra le trattazioni del tema delle fonti con impostazione comparatistica si vedano anche Ch.KOURILSKY, A.RACZ, H.SCHÄFFER (eds.), *The Sources of Law. A Comparative Empirical Study*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1982; A.PIZZORUSSO (ed.), *Law in the Making. A Comparative Survey*, Berlin, Springer Verlag, 1988; A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, Berlin, Springer Verlag, 1988.

**[29]** E' da notare, del resto, che la possibilità di utilizzare diritto prodotto da più fonti si riscontra spesso nei secoli precedenti, quando si ebbero molti casi di contemporanea utilizzazione di una pluralità di esse senza che si pervenisse a stabilire con certezza una loro gerarchia (nonostante i tentativi spesso compiuti di subordinare alle *leges* i *mores* – ossia il diritto consuetudinario – o gli *iura* – ossia il diritto giurisprudenziale – oppure viceversa). Cfr. *infra*, paragrafo 3.

**[30]** Da segnalare il significato sostanzialmente nuovo che le parole derivate nelle varie lingue dal termine latino *constitutio* assunsero, soprattutto a partire dal periodo delle rivoluzioni francese e americana quando, a differenza di ciò che avveniva nei secoli precedenti – quando *Constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit* (*Gai Inst.*, I, 5) – con “costituzione” si venne principalmente ad indicare il complesso di principi e regole fondamentali in base alle quali uno Stato o altra istituzione è ordinato, oppure, in un senso più specifico, il complesso di principi e regole vigenti in uno Stato rispettoso dei principi del “costituzionalismo” moderno (come nel celebre art.16 della Dichiarazione dei diritti francese del 3 settembre 1789, riportato *supra*, nota 15). In argomento, cfr. M.DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994.

**[31]** Anche nei sistemi di *common law*, del resto, l'influenza che la giurisprudenza esercita consiste quasi sempre piuttosto in un effetto persuasivo che in un effetto rigidamente obbligatorio.

**[32]** In proposito cfr., anche per ulteriori riferimenti, G.ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, p.21 ss. e *passim*. Sul ruolo assegnato alla legge negli ordinamenti europei nel XIX e XX

secolo, cfr. la critica di Paolo GROSSI, in *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, p.26 ss., ed in altri studi.

**[33]** Cfr., da ultimo, A.PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002, ed ivi ulteriori riferimenti.

**[34]** Cfr. G.GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, p.877 e segg. e *passim*.

**[35]** Cfr., da ultimo, A.SPERTI, *Il dialogo fra le Corti costituzionali e il ricorso alla comparazione giuridica nell'esperienza più recente*, in *Riv.dir.costituz.*, 2006, p.125 e segg., specialmente p.162, ove sono indicati tra l'altro, gli scritti di Peter Häberle nei quali l'idea della funzione della comparazione come strumento di interpretazione è stata efficacemente dimostrata.

**[36]** Cfr. *infra*, par.8.

**[37]** Cfr., da ultimo, F.GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, Bologna, Il Mulino, 2007. specialmente p.237 e segg.

**[38]** In pratica, tuttavia, superata quanto meno a partire dai tempi dei trattati di Vestfalia.

**[39]** Si veda il *Commentarius primus* delle *Institutiones* di Gaio (in V.ARANGIO RUIZ, A.GUARINO, *Breviarium iuris romani*, Milano, Giuffrè, 1951, p.3 e segg.) e il titolo II del libro primo delle *Institutiones* di Giustiniano (*ibid.*, pag.212 e segg.). Si veda anche (*ibid.*, pag.445 e segg.) una raccolta di passi del Digesto che illustrano la nozione di diritto oggettivo.

**[40]** Cfr. G.GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano*, 4<sup>a</sup> edizione, Torino, Giappichelli, 1960, p.139 ed ivi ulteriori citazioni.

**[41]** Cfr. L.PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996, p.18 e segg., 447 e segg.

**[42]** Cfr., da ultimo, A.SCHIAVONE, *"Ius". L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005.

**[43]** In proposito, sia consentito rinviare a A.PIZZORUSSO, *Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo*, in *La sistematica giuridica. Storia, teoria e problemi attuali*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1991, p.49 e segg.

**[44]** G.GROSSO, *Premesse*, cit., p.63 ss.

**[45]** Solo per la consuetudine, che è l'unico fatto giuridico riconosciuto come fonte secondo le preleggi al codice civile, la pubblicazione "necessaria" non è applicabile, anche se si ricorre a forme che la sostituiscono con effetti meno drastici, costituiti da una mera presunzione di esistenza degli usi pubblicati fino a prova contraria (art.9, disposizioni preliminari al codice civile).

**[46]** Sul principio *ignorantia iuris non excusat*, si veda Corte cost., 24 marzo 1988, n.364, in *Foro italiano*, 1988, I, 1385.

[47] S.FERRERI, in *Trattato di diritto civile* diretto da R.SACCO, volume I: *Le fonti scritte*, Torino, Utet,1998, p.299 ss.

[48] Sulle differenti modalità di entrata in vigore delle leggi negli ordinamenti di *civil law* e di *common law*, cfr. A.PIZZORUSSO, “*Is it in force*”? *Appunti per la comparazione dei modi di entrata in vigore degli atti normativi in Gran Bretagna e in Italia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, pp.4155 ss.

[49] In proposito cfr., da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, A.ZEI, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 2008.

[50] Sulle “regole sociali” cfr. C.E. BALOSSINI, *La rilevanza giuridica delle “regole sociali”*, Milano, Giuffrè, 1965.

[51] Cfr. ZAGREBELSKY, *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, cit., p.49 ss.

[52] Cfr. V.CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, pag.39 e segg.; T.ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione giuridica*, in *Riv.dir.proc.*, 1957, pag.351 e segg.; V.ANDRIOLI, *Motivazione e dispositivo nelle sentenze della Corte costituzionale* [1962], in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 2007, pag. 160 e segg., spec. pag.165 e segg.; A.PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”. Genesi, uso implicazioni*, Milano, Giuffrè, 1994, ed ivi ulteriori riferimenti.

[53] E’ ovvio che il carattere di astrattezza o di concretezza è reciprocamente relativo e non assoluto, cosicché possono sempre aversi prescrizioni più o meno astratte e più o meno concrete a secondo della dimensione che chi pone la prescrizione, ovvero chi la interpreta, può ritenere più corretto o opportuno di adottare.

[54] Cfr., da ultimo, G.U.RESCIGNO, *L’atto normativo*, Bologna, Zanichelli, 1998.

[55] Nel caso della consuetudine, il fatto produttivo del sorgere della norma è dovuto alla ripetizione uniforme, costante, ecc. di un certo comportamento in presenza di una certa fattispecie, tenuto con la coscienza della doverosità giuridica di tale comportamento. Nel caso del precedente, il fatto produttivo del sorgere della norma è costituito dall’adozione di essa come *ratio decidendi* di un caso giudiziario. Su altre possibili utilizzazioni della nozione di “fatto normativo” cfr., ad esempio, G.U.RESCIGNO, *La Costituzione come progetto apicale e generale*, in AA.VV., *Le fonti del diritto, oggi*, Pisa, Plus University Press, 2006, p.23 ss.

[56] Cfr. P. CALAMANDREI, *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico* [1932], in *Opere giuridiche*, I, Napoli, Morano, 1965, p.270 e segg.

[57] Ovviamente non è detto che il precedente coincida con il giudicato che eventualmente qualifichi il provvedimento pronunciato dal giudice con la sentenza in questione in applicazione della regola cui il precedente si riferisce: cfr. A.PIZZORUSSO, “*Stare decisis*” e *Corte costituzionale*, in G.TREVES (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, Utet, 1971, pag.31 e segg., spec.33 e segg.

**[58]** Sul raffronto tra il compito del giudice e quello dello storico cfr. P.CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico* [1939], in *Opere giuridiche*, volume I, Napoli, Morano, 1965, p.393 e segg.; C.GINZBURG, *Il giudice e lo storico*, Torino, Einaudi, 1991, pp.8-14.

**[59]** Vedremo più oltre (par.6) come una particolare importanza presenti la distinzione fra i casi nei quali questo tipo di rapporto fra principi e regole si realizzi tutto all'interno di uno stesso ordinamento (come, ad esempio, nel caso legge di delegazione statale/decreto legislativo delegato soggetto a principi e criteri direttivi ex art.76 della Costituzione italiana) e i casi nei quali un analogo rapporto si realizzi fra ordinamenti distinti (come, ad esempio, nel caso direttiva comunitaria/atto normativo interno che rende la prima applicabile nell'ambito dello Stato membro dell'Unione europea).

**[60]** Parallelamente, si osserva che, nel caso della legge, *auctoritas non veritas facit legem*, mentre l'opposto può dirsi nel caso del diritto giurisprudenziale. Sulla questione, anche per ulteriori riferimenti, cfr. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., volume I, pag.114 e segg.

**[61]** Per un'analisi più dettagliata delle varie fonti riconducibili a questi cinque tipi, si veda, volendo, A.PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, 2<sup>a</sup> edizione, Milano, Giuffrè, 1998, p.259 e segg.

**[62]** Un tipo di raccordo particolarmente elaborato ed accuratamente studiato dalla dottrina è quello realizzato dalle norme del "diritto internazionale privato" (sul quale cfr. *infra*, par.8); questo caso, tuttavia, si distingue nettamente da quelli qui in esame per il fatto di non comportare una relazione fra fonti del diritto (e quindi una partecipazione della fonte straniera all'esercizio della funzione normativa dell'ordinamento di riferimento), bensì soltanto la ricerca della norma che secondo l'ordinamento straniero regolerebbe una certa fattispecie e che il giudice italiano deve applicare ove ricorrano i presupposti stabiliti dalla legge italiana di diritto internazionale privato, senza che perciò essa diventi in nessun modo diritto dell'ordinamento di riferimento.

**[63]** In questi casi è necessario distinguere le ipotesi di raccordo fra l'ordinamento statale e un ordinamento sopranazionale o internazionale da quelle di raccordo operanti all'interno dell'ordinamento statale di riferimento; in proposito si vedano i paragrafi seguenti.

**[64]** Anche quando esistono raccolte di consuetudini o di precedenti, esse non hanno gli effetti propri della promulgazione (e della pubblicazione) degli atti normativi, ma tutt'al più viene agevolata la dimostrazione dell'esistenza della regola, che come tale proviene da una fonte non scritta. Con riferimento al diritto italiano si vedano l'art.9 delle disposizioni preliminari al codice civile, per il quale "gli usi pubblicati nelle raccolte ufficiali degli enti e degli organi a ciò autorizzati si presumono esistenti fino a prova contraria" e l'art.21 del d.p.r. 28 dicembre 1985, n.1092, il quale dispone la pubblicazione sulla *Gazzetta ufficiale* di tutte le sentenze (intendendosi incluse in questa nozione anche le ordinanze) della Corte costituzionale, indipendentemente dal fatto che esse producano o meno gli effetti di cui all'art.136, Cost., che sono i soli effetti di tipo "legislativo" delle sentenze stesse, cosicché questa pubblicazione non riguarda soltanto tali effetti, ma anche quelli di precedente. Gli effetti degli atti soggetti a pubblicazione costitutiva, invece, entrano in vigore automaticamente, alla sola condizione che la pubblicazione del loro testo sia avvenuta in modo corretto e che sia decorso il termine di *vacatio legis*.

**[65]** Così, ad esempio, nel caso dell'art.136 della Costituzione italiana, che stabilisce la decorrenza dell'efficacia *erga omnes* delle sentenze della Corte costituzionale dichiarative dell'incostituzionalità delle leggi dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza, tale decorrenza riguarda l'effetto di annullamento della legge dichiarata incostituzionale, non l'efficacia di precedente che la sentenza può eventualmente determinare rispetto ad altri problemi.

**[66]** La legge del 30 ventoso dell'anno XII (1804), sulla riunione delle leggi civili in un solo corpo di leggi, sotto il titolo di "codice civile dei francesi", all'art.7 stabilì che "a partire dal momento in cui tali leggi saranno in vigore, le leggi romane, le ordinanze, le consuetudini generali o locali, gli statuti, i regolamenti, cessano di avere forza di legge generale o speciale nelle materie che costituiscono oggetto delle leggi che compongono il presente codice". La diffidenza nei confronti del diritto di origine giudiziaria fu determinata, in particolare, dalle vicende legate all'attività dei *Parlements*, che in Francia operarono come giudici negli anni che precedettero la rivoluzione del 1789, destando reazioni prevalentemente sfavorevoli.

**[67]** Sulla codificazione civile in Italia cfr., anche per ulteriori ragguagli, A.GAMBARO, *Vicende della codificazione civilistica in Italia*, in R.SACCO, *Trattato di diritto civile*, volume I, cit., p.405 ss.; R.SACCO, *Il codice civile: un fossile legislativo?*, *ibid.*, p.441 ss.

**[68]** Considerandosi gli atti di diritto privato (come anche gli atti giurisdizionali e gli atti amministrativi non normativi, quand'anche "generali", cioè gravanti su una pluralità di persone, purché identificate o identificabili) come possibili fonti di obbligazioni e non come possibili fonti normative.

**[69]** Si noti che, inizialmente, con la nozione di "popolo" non si intendeva affatto indicare la totalità degli appartenenti all'elemento personale dello Stato, bensì riferirsi ad una ristretta categoria di essi, escludendosi gli stranieri, i minori, le donne e coloro che per una ragione o per un'altra, fossero ritenuti indegni o incapaci. Anche una volta realizzato il "suffragio universale", il che avvenne nei vari paesi per lo più solo nel corso del XX secolo, rimasero privi della capacità di diritto pubblico, ossia della titolarità dei diritti politici, i minori e gli stranieri, anche se pienamente partecipi della vita economica e politica dello Stato (con qualche limitatissima deroga per gli stranieri), mentre nessuna limitazione fu stabilita per i cittadini, anche se del tutto assenti dalla vita del paese. La titolarità della cittadinanza fu determinata d'altronde in base a criteri dei quali non è sempre agevole stabilire il fondamento politico o economico-sociale. Per contro è ormai comune l'opinione secondo la quale, in pratica, per gran parte dei cittadini di Stati diversi dagli Stati Uniti d'America, la partecipazione dell'elezione del presidente di questo Stato sarebbe molto più importante della partecipazione all'elezione dei governanti dello Stato del quale essi sono cittadini.

**[70]** Art.17, comma 2, legge 23 agosto 1988, n.400.

**[71]** E' da notare che il regime assunto dagli atti normativi dell'esecutivo emanati sulla base di una delega parlamentare, in alcuni paesi è avvicinato a quello delle leggi, in altri a quello dei regolamenti, e talora è sottosto a soluzioni variamente intermedie. Cfr. A.PIZZORUSSO, *Atti legislativi del Governo e rapporti fra i poteri: aspetti comparatistici*, in *Quaderni costituzionali*, 1996, p.31 e segg.



**[72]** Per maggiori ragguagli si veda, da ultimo, A.PIZZORUSSO, *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*, voce dell'*Enciclopedia del diritto. Annali*, I, Milano, Giuffrè, 2007, p.669 e segg.

**[73]** Cfr. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., p.27 ss.

**[74]** E' stato tuttavia osservato che il criterio della competenza si risolve per lo più nella superiorità della fonte competente sulla fonte incompetente, per cui può essere avvicinato al criterio gerarchico quanto alle modalità di applicazione ai fini dell'eventuale dichiarazione di invalidità degli atti normativi viziati da incompetenza.

**[75]** A questa evoluzione si richiama, ad esempio, l'art.38, comma 1, lettera c), dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia dell'ONU, il quale comprende, tra le fonti del diritto applicabile da tale Corte per la risoluzione delle controversie sottoposte alla sua decisione, "i principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili".

**[76]** Cfr., per maggiori ragguagli, M.GIULIANO, T.SCOVAZZI, T.TREVES, *Diritto internazionale*, 2<sup>a</sup> edizione, Milano, Giuffrè, 1983, volume I, p.15 e segg.

**[77]** Artt.53 e 64, Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, cit.; art.103, Carta delle Nazioni Unite.

**[78]** B.CONFORTI, *Diritto internazionale*, 7<sup>a</sup> edizione, Napoli, Editoriale scientifica, 2006, pp.165-170.

**[79]** G.SPERDUTI, *L'individuo nel diritto internazionale*, in *Studi economico-giuridici Univ.Cagliari*, 1949-50, estr.; U.LEANZA, *Il diritto internazionale. Da diritto per gli Stati a diritto per gli individui*, Torino, Giappichelli, 2002; CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 19 ss.

**[80]** Cfr., soprattutto, H.KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale* (1920), trad.it. a cura di A.CARRINO, Milano, Giuffrè, 1989, p.196 ss., 299 ss. E' da notare come l'accoglimento di questa impostazione porterebbe a ripristinare una situazione di unità del diritto, rispondente ad una logica puramente giuridicistica.

**[81]** Cfr. la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Roma, 4 novembre 1950), resa esecutiva in Italia con la legge 4 agosto 1955, n.848, ed altri testi analoghi riprodotti in I.BROWNLIE, *Basic Documents on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1971 (ed edizioni successive).

**[82]** Cfr. lo Statuto della Corte penale internazionale, approvato il 17 luglio 1998, reso esecutivo in Italia con la legge 12 luglio 1999, n.232, in vigore dal 1° luglio 2002. Su di esso e sugli altri casi di tutela di questo tipo, cfr., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, G.CARLIZZI, G.DELLA MORTE, S.LAURENTI, A.MARCHESI (a cura di), *La Corte penale internazionale. Problemi e prospettive*, Napoli, Vivarium, 2003. Sul problema delle immunità di cui fruiscono i titolari di organi costituzionali cfr., da ultimo, A.BARDUSCO, M.CARTABIA, M.FRULLI, G.E.VIGEVANI (a cura di), *Immunità costituzionali e crimini internazionali*, Milano, Giuffrè, 2008.

**[83]** Cfr., in proposito, per un'esposizione più analitica, M.CARTABIA, J.WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, Il Mulino, 2000.

**[84]** In diritto italiano, tale prevalenza è stata giustificata in base all'art.11 della Costituzione ed ora anche all'art.117, comma 1, introdotto con la legge cost. n.3 del 2001. Analoghe disposizioni si trovano nelle costituzioni degli altri paesi dell'Unione europea. In diritto comunitario, questo principio è stato dapprima affermato in via giurisprudenziale (Corte di Giustizia CE, 15 luglio 1964, n.66, *Costa/Enel*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1964, 1381) ed è espresso esplicitamente in un protocollo allegato del trattato di Lisbona attualmente in corso di ratifica. Tale trattato attribuisce altresì efficacia normativa alla Carta di Nizza sulla tutela dei diritti fondamentali.

**[85]** L'art.308 del trattato CE dispone che “quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente trattato abbia previsto i poteri di azione a tal uopo richiesti, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo avere consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso”.

**[86]** Mentre, per gli atti normativi comunitari direttamente efficaci, un atto normativo interno di adattamento è costituzionalmente illegittimo (Corte cost., 30 ottobre 1975, n.232, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, 2211).

**[87]** Art.6, n.2 trattato UE, che recepisce la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE.

**[88]** Cui si è aggiunto, più di recente, il nuovo testo dell'art.117, comma 1, sulla cui portata si vedano Corte cost., 24 ottobre 2007, n.348 e 349, in *Foro italiano*, 2008, I, 39.

**[89]** Cfr. *infra*, par.8.

**[90]** Se potranno essere superati gli ulteriori ostacoli derivanti dal voto negativo espresso dagli elettori irlandesi nel referendum del 13 giugno 2008.

**[91]** Cfr. Paolo BARILE, *Rapporti fra norme primarie comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane* (1965), in *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1967, p.701 ss., spec. p.712 ss.; ID., *Ancora su diritto comunitario e diritto interno*, in *Studi per il Ventesimo Anniversario dell'Assemblea costituente*, Firenze, Vallecchi, 1969, vol.VI, p.33 ss., spec. 45 ss.; ID., *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur.cost.*, 1973, p.2406 ss., spec.2416 ss. Un'indicazione in questo senso si trova anche nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale n.348 e 349, cit.

**[92]** Corte di Giustizia CE, *Internationale Handelsgesellschaft* del 17 dicembre 1970, in *Foro italiano*, 1971, IV, 137. A sostegno di questa tesi sta la regola di diritto internazionale, che sembra applicabile anche al diritto comunitario, secondo la quale uno Stato non può invocare disposizioni del proprio diritto interno come giustificazione della non esecuzione di obblighi derivanti da un trattato internazionale (art.27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969, in vigore dal 27 gennaio 1980, ratificata dall'Italia con legge 12 febbraio 1974, n.112).

**[93]** In proposito si veda più oltre, par.8.

**[94]** Naturalmente possono aversi anche atti normativi statali dotati di efficacia territorialmente limitata ad una parte del paese, ma in tal caso non si tratta di fonti autonome, bensì di normali fonti nazionali eventualmente operanti anche nell'ordinamento locale come fonti eteronome.

**[95]** Tipica formula impiegata per esprimere questo rapporto è quella propria della tradizione federale tedesca ed espressa nell'art.31 della vigente Costituzione della Germania, il quale semplicemente recita: "*Bundesrecht bricht Landesrecht*" (il diritto federale prevale sul diritto locale).

**[96]** In argomento cfr., da ultimo, A.RUGGERI, *Dinamiche della normazione e valori, nella prospettiva di una ricognizione "multilivello" del sistema delle fonti*, in ID., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, volume XI, Torino, Giappichelli, 2008, p.428 ss.

**[97]** In Italia i comuni si richiamano a tradizioni secolari, le province furono istituite all'epoca dell'unità nazionale, le regioni in base alla Costituzione del 1947 (ove si prevedono cinque "regioni a statuto speciale", una delle quali comprendente due "province autonome", e quindici "regioni a statuto ordinario", con importanti differenziazioni anche per quanto riguarda il regime delle fonti). La Costituzione e alcune leggi prevedono altresì le "città metropolitane", peraltro non ancora istituite. Leggi ordinarie hanno previsto altresì "comunità montane e altre ripartizioni dei comuni o loro associazioni. Le regioni hanno funzioni legislative (in taluni casi con diretta attribuzione di competenza, in altri condizionata alla previa fissazione di principi da parte di leggi statali. Regioni, province e comuni hanno funzioni statutarie e regolamentari (oggetto di diversa disciplina per i diversi tipi di enti).

**[98]** Dato anche che la somma dei territori degli enti territoriali di ciascun tipo normalmente corrisponde all'intero territorio dello Stato. Se per una qualunque ragione, su una parte del territorio dello Stato non è prevista la formazione di un ente di uno di questi tipi, si espande la competenza statale o quella di altro ente territoriale di maggiori dimensioni eventualmente esistente.

**[99]** Esempio di quest'ultima eventualità è quello che si ha, anche in Italia, nei casi di rinvio recettizio disposto da parte di leggi statali (tra cui il codice civile) a regolamenti comunali.

**[100]** Cfr. M.S.GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, pp.138-142.

**[101]** Cfr., soprattutto, V.BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano, Giuffrè, 1962, p.19 e *passim*; F.MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, Giuffrè, 1965, p.142 ss..

**[102]** Oltre alla celebre legge Le Chapelier del 17 giugno 1791, che proibì ogni forma di organizzazione sindacale o corporativa, si ebbero in quel periodo provvedimenti come il decreto approvato dall'Assemblea nazionale il 29 settembre 1791, il quale sanzionò con un'ammenda ogni violazione del principio secondo il quale «*nulle société, club, association de citoyens, ne peuvent avoir sous aucune forme une existence politique, ni exercer aucune action ni inspection sur les actes des pouvoirs constitués et des autorités légales*» e «*sous aucun prétexte, ils ne peuvent paraître sous un nom collectif, soit pour former des pétitions ou des députations, pour assister à des cérémonies publiques, soit pour toute autre objet*».

**[103]** Cfr. G.GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, Giuffrè, 1960, p.93 ss.

**[104]** Sui rapporti fra l'attività legislativa del Parlamento e gli accordi sindacali conclusi con la mediazione di organi governativi, cfr., da ultimo, C.CHIMENTI, *Antiche dottrine per un Parlamento moderno*, in *Queste istituzioni*, n.148/2008, p.107 ss.

**[105]** ...comprendente, secondo il testo dell'art.123 della Costituzione modificato dalla legge cost. n.1/1999, "la forma di governo e i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento" e "l'esercizio del diritto di iniziativa e del referendum su leggi e provvedimenti amministrativi della Regione e la pubblicazione delle leggi e dei regolamenti regionali" (mentre, secondo il testo originario di esso, la sua previsione era limitata a "le norme relative all'organizzazione interna della Regione" e a "l'esercizio del diritto di iniziativa e del referendum su leggi e provvedimenti amministrativi della Regione e la pubblicazione delle leggi e dei regolamenti regionali").

**[106]** Cfr. S.BARTOLE, *Gli statuti regionali nel sistema delle fonti*, in AA.VV., *Le fonti del diritto, oggi*, cit., p.275 ss.

**[107]** M.OLIVETTI, *Nuovi statuti e forma di governo delle Regioni. Verso le Costituzioni regionali?*, Bologna, Il Mulino, 2002.

**[108]** In *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, pp.4022 ss., 4111 ss., 4161 ss., con commenti ed ulteriori riferimenti.

**[109]** Cfr. E.MALFATTI, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, Torino, Giappichelli, 1999.

**[110]** Su questi problemi vedi, in particolare, G.SILVESTRI, "Questa o quella per me pari sono...". *Disinvoltura e inquietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, in AA.VV., *Le fonti del diritto, oggi*, cit., p.173 ss.

**[111]** Per ulteriori informazioni in argomento, con riferimento ai modelli propri del diritto privato, cfr. R.SACCO, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, voce del *Digesto delle discipline privatistiche (sezione civile)*, volume II, Torino, Utet, 1988, p.365 ss.; L.ANTONIOLLI DEFLORIAN, *La struttura istituzionale del nuovo diritto comune europeo: competizione e circolazione dei modelli giuridici*, Trento, Università degli Studi di Trento, 1996. Sulla circolazione dei modelli di ordinamento costituzionale si rinvia alla trattazioni di diritto costituzionale comparato sulle forme di stato e di governo.

**[112]** Esempi di questo genere si sono avuti, con particolare frequenza, nell'epoca coloniale ed anche nel corso della "decolonializzazione", o in casi di rapporti simili a quelli propri del colonialismo che si producono talora anche se al riparo da una formale proclamazione di indipendenza. Durante la decolonializzazione, peraltro, si sono avuti anche casi di rifiuto dei modelli propri della potenza ex-coloniale, in nome del rilancio di forme di civiltà autoctone.

**[113]** Si veda in proposito, anche per ulteriori riferimenti, M.J.BONELL, *Unificazione internazionale del diritto*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, volume XLV, Milano, Giuffrè, 1992, p.720 ss.; FERRERI, *op.cit.*, volume I, pp.191 ss., 247 ss., 359 ss.

**[114]** Si vedano, altresì, le disposizioni del Trattato CE in tema di ravvicinamento delle legislazioni interne (artt.94-97).

**[115]** Cfr. BONELL, *op.cit.*, p.723 ss.

**[116]** Anche nell'ambito del diritto comunitario, peraltro, è salvaguardata la possibilità di avvicinamenti meno drastici fra gli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea, consentendo che certe materie costituiscano oggetto, anziché di "regolamenti", di "direttive", ai sensi degli art.249, n.3, e 254 del trattato CE. Ma non a caso, la giurisprudenza comunitaria ha ammesso che testi qualificati come direttive, ma aventi contenuto normativo sufficientemente completo da operare come regolamenti, possano assumere la portata normativa di questi.

**[117]** E' ovvio che questo sarà il caso che ricorre nella maggior parte degli ordinamenti dei soggetti collettivi titolari di forme di autonomia più limitata, per le quali opererà come diritto eteronomo la maggior parte del diritto statale, a cominciare dalla Costituzione e dalle grandi leggi, nella parte non riguardante la sfera di autonomia di ciascuno dei soggetti raccordati. Di per sé, questo non esclude, tuttavia, che anche questi soggetti collettivi possano darsi un atto normativo contenente principi fondamentali del proprio ordinamento, analogamente a quanto al livello statale generalmente si fa con una costituzione. E' semmai da valutare se un tale atto possa contenere anche principi o regole puramente ripetitivi di quelli stabiliti nella costituzione statale o espressi da fonti di rango comunque superiore.

**[118]** Nei casi in cui la scelta si pone fra il diritto interno ed il diritto comunitario e si ritiene che il giudice nazionale debba applicare quest'ultimo (a preferenza del diritto interno), si afferma che egli opera come giudice comunitario. Sulla portata di questa affermazione cfr., da ultimo, F.FERNÁNDEZ SEGADO, *Il giudice nazionale come giudice comunitario*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2005, p.129 ss.

**[119]** Cfr. l'art.11 della legge 31 maggio 1995, n.218.

**[120]** Sembra ovvio che in questo tipo di contesti, la parola "legge" non indica soltanto gli atti normativi approvati da un'assemblea parlamentare o comunque designati da un vocabolo straniero che traduca tale termine italiano, ma indica piuttosto la disposizione o norma giuridica che, in base al sistema delle fonti del diritto vigente nell'ordinamento cui la legge italiana rinvia, disciplina la fattispecie portata all'esame del giudice. E' in questa logica che l'art.14 della legge n.218 del 1995 stabilisce che cosa deve fare il giudice per acquisire la conoscenza della legge straniera applicabile (e che cosa deve fare in caso di insuccesso della relativa ricerca) e che l'art.15 della medesima legge stabilisce che "la legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo".

**[121]** La legge n.218 del 1995 (artt.64-71) regola altresì l'efficacia di sentenze ed altri atti di autorità straniere riguardanti la giurisdizione.

**[122]** Art.14, legge cit.

**[123]** Art.15, legge cit.

**[124]** Sulla nozione di ordine pubblico impiegata in questo caso cfr. (anche per i collegamenti di essa alla nozione di ordine pubblico internazionale), G.BARILE, *Ordine pubblico (dir.intern.privato)*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, volume XXX, Milano, Giuffrè, 1980, p.1106 ss.

**[125]** Da segnalare altresì l'esplicita previsione, da parte dell'art.18 della legge cit., dell'obbligo di utilizzare, nella ricerca del diritto straniero da applicare, delle regole di

diritto interlocale o interpersonale eventualmente contenute nell'ordinamento straniero, ove questo sia un "ordinamento plurilegislativo" (per questa nozione cfr. R.DE NOVA, *Il richiamo di ordinamenti plurilegislativi. Studio di diritto interlocale ed internazionale privato*, Pavia, Garzanti, 1940).

[126] Cfr., da ultimo, SPERTI, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, cit., p.125 ss.

[127] Del diritto transnazionale in quest'altro significato si parlerà nel paragrafo seguente.

[128] *Supra*, par.2 e nota 35.

[129] Cfr., anche per ulteriori riferimenti, A.ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, Laterza, 2004; F.VIOLA, *La concorrenza degli ordinamenti e il diritto come scelta*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008; nonché, più in generale, N.IRTI, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, nuova edizione, Roma-Bari, Laterza, 2006.

[130] Cfr., anche per ulteriori riferimenti, M.GNES, *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 2004.

[131] Cass., 19 aprile 2002, n.5707, *Foro it.*, Rep.2002, voce *Contratto in genere*, n.263.

[132] Qualche spunto rivolto in questa direzione, sulle tracce dei filosofi ricordati *supra*, par.1, può vedersi in Santi ROMANO, *Oltre lo Stato* (1918) , in *Scritti minori*, volume I, Milano, Giuffrè, 1950, p.345 ss. Più di recente, cfr. S.CASSESE, *Oltre lo Stato. Verso una Costituzione globale?*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006; B.DE GIOVANNI, *La democrazia fra Unione europea e Stati nazionali*, in *Il Filangieri*, 2006, p.3 ss. M.R.FERRARESE, *Il diritto orizzontale. L'ordinamento giuridico globale secondo Sabino Cassese*, in *Politica del diritto*, 2007, p.639 ss. In generale, sulla possibilità di concepire ordinamenti giuridici non statali, cfr. F.MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, volume XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p.1 ss.

[133] Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p.106 ss.

[134] L'esempio più importante è quello della c.d. nuova *lex mercatoria*, sulla quale cfr., anche per ulteriori riferimenti, F.GALGANO, "*Lex mercatoria*", *Storia del diritto commerciale*, nuova edizione, Bologna, Il Mulino, 1993.

[135] Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p.106 ss.

[136] Deve ritenersi in parte superata la distinzione dei due significati di questo termine proposta in PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p.321 ss.

[137] Donde l'affermazione di GALGANO, "*Lex mercatoria*", cit., p.212 ss., secondo la quale in questi casi il contratto diviene fonte del diritto. In essi tuttavia la produzione normativa non è l'effetto del singolo contratto (come tale operante *inter partes*), ma della ripetizione della regola che esso osserva, assistita dalla corrispondente *opinio juris* (la quale è invece capace di produrre effetti *erga omnes*).

[138] Sulla figura del giudice transnazionale, GALGANO, "*Lex mercatoria*", cit., pp.215-217.

**[139]** Da ultimo, A.CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008, pp.4 ss., 75 ss.

**[140]** Cfr. F.OST, M.VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au reseau?*, Bruxelles, Publications des Facultés Saint Louis, 2002.

**[141]** Cfr., anche per ulteriori riferimenti, M.J.BONELL, “*Lex mercatoria*”, voce del *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione commerciale*, volume IX, Torino, Utet, 1993, p.11 ss.; GALGANO, “*Lex mercatoria*”, voce dell’*Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*, volume V, Milano, Giuffrè, p.721 ss.

**[142]** Ch.MORAND, *Le droit saisi par la mondialisation: définitions, enjeux et transformations*, in Ch.MORAND (a cura di), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.81 ss., spec. p.97 ss. Molti altri esempi, la cui assegnazione all’una o all’altra categoria appare talora disagevole, in S.CASSESE, *op.cit.*

**[143]** P.BENVENUTI, *Organizzazioni internazionali non governative*, voce dell’*Enciclopedia del diritto*, volume XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, p.408 ss. Si vedano *ibidem*, p.424-427, notizie circa casi di partecipazione di organizzazioni di questo tipo a procedimenti di formazione di norme internazionali.

**[144]** Per questa nozione rinvio a G.AMATO, *Governo di fatto*, voce dell’*Enciclopedia del diritto*, volume XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p.711 ss.

**[145]** Per un caso pratico, cfr. A.PIZZORUSSO, *La dottrina di Santi Romano e la mafia siciliana*, in *L’Indice penale*, 1994, p.608 ss.

(22 luglio 2008)