

## E' POSSIBILE PARLARE ANCORA DI UN SISTEMA DELLE FONTI?<sup>1</sup>

**SOMMARIO:** 1. Prima premessa: sistema delle fonti e sistema delle norme. 2. Seconda premessa: sistema delle fonti e ordinamenti normativi. 3. Terza premessa: sistema delle fonti e produzione delle norme. 4. Il problema della costruzione delle norme di un ordinamento normativo oltre lo schema del sistema "chiuso" delle fonti di un tale ordinamento. 5. Collegamenti tra ordinamenti e produzione normativa. 6. Variabilità dell'efficacia delle norme. 7. Sistema delle fonti e principio gerarchico. 8. Sistema delle fonti e principio di competenza. Affiancamento o superamento del principio gerarchico? 9. Concorso libero o concorso potenzialmente alternativo tra fonti? 10. Fattori evolutivi emergenti dalla dinamica del c.d. sistema delle fonti (cenno). 11. Invece di una conclusione: l'ordinazione delle fonti come risultato sempre mobile di rapporti dinamici di concorrenza-competenza

### 1. Prima premessa: sistema delle fonti e sistema delle norme

Nella più comune accezione "sistema" designa un insieme o complesso di elementi collegati tra loro, interdipendenti, in modo da formare un tutto organico, soggetto a determinate regole. Quando si parla di "sistema delle fonti" (del diritto) si allude, metaforicamente, all'insieme dei fatti giuridici (comprensivi, ovviamente, degli atti) idonei a produrre le norme che compongono il c.d. diritto oggettivo, ossia l'aspetto normativo di un determinato ordinamento giuridico.

Poiché l'ordinamento normativo – il diritto oggettivo – è a sua volta concepito come un insieme ordinato di norme, ossia come un sistema, il *sistema delle "fonti"* – dei fatti (e atti) normativi – *si pone come condizionante il sistema delle norme*: le norme sono gli elementi di quest'ultimo in quanto prodotte dalle "fonti" ordinate in sistema.

Ma le "fonti", come fatti giuridici, in tanto sono idonee a produrre le "norme", di un determinato ordinamento giuridico, in quanto a lor volta qualificate da norme di questo ordinamento che le conferiscano una tale idoneità: le norme che si usa denominare "norme sulle fonti" o "norme sulle norme".

In altri termini, come è stato ben detto, mentre «collocandosi sopra un terreno di teoria generale, la giuridicità delle fonti sarebbe una qualità intrinseca dei fatti a struttura e contenuto normativo (la fonte, cioè, è fenomeno giuridico *perché produce diritto*) (...), nel quadro di un ordinamento dato (...) le fonti sono, anzitutto, fatti assunti ad oggetto di valutazione *da parte di altre norme*, che ne determinano i contrassegni ed attribuiscono ad essi idoneità a creare diritto (sono, cioè, fatti ed atti "giuridici", *perché regolati da norme giuridiche*, delle quali costituiscono la "fattispecie", al realizzarsi della quale è riconnessa la conseguenza *dell'esserci* le norme da essi "prodotte"», per cui la fonte è fenomeno giuridico «*perché come tale regolata dal diritto*» (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, 2ª ed., I, Introduzione al diritto costituzionale italiano, Padova, 1970, 46-47).

Poiché, poi, un ordinamento giuridico-normativo è un "sistema dinamico", soggetto a mutamenti, le "fonti" delle norme sono concepibili come fatti normativi (tipici o atipici, qui non rileva) idonei a produrre, indefinitamente, norme giuridiche: una determinata fonte è idonea a produrre una molteplicità di norme, sincronicamente e diacronicamente.

Ora le "regole" di un sistema dinamico sono almeno di due tipi: regole di formazione e regole di trasformazione e corrispondentemente le regole sulle "fonti" vertono almeno: a) sulla individuazione delle "fonti"; b) sulle relazioni tra le diverse "fonti"; c) sulla composizione dei conflitti che possono insorgere tra le norme che si susseguono nella produzione continua di esse.

Nel nostro ordinamento, sono troppo note le costruzioni storico-dogmatiche che - a partire almeno dalle disposizioni sulla legge in generale, dalla sopravvenuta Costituzione repubblicana,

---

<sup>1</sup> Testo dell'intervento tenuto al Convegno celebrativo del 60° anniversario della Costituzione dal titolo "Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione", svoltosi presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Roma Tre il 27 e 28 novembre 2008.

fino alle numerose leggi, anteriori e successive – hanno, secondo l'opinione corrente, consentito di delineare un "sistema delle fonti" (nel quale sono rinvenibili le regole dei tre tipi appena indicati e dei criteri applicabili per la soluzione delle possibili e ricorrenti antinomie tra le norme costitutive del nostro diritto oggettivo) perché ci si debba qui soffermare. Ciò che occorre invece anzitutto osservare è che il "sistema delle norme" si pone su di un piano logico distinto e diverso da quello del "sistema delle fonti". Non di meno, i due sistemi sono ritenuti funzionalmente collegati, e, come si cercherà di dimostrare, interdipendenti. Il sistema delle fonti è funzionalmente collegato al sistema delle norme in quanto ne rappresenta la condizione di esistenza: quest'ultimo è composto di elementi – le norme – a lor volta collegati *anche* in quanto "dipendenti" dalle fonti della loro produzione, ma *non solo* da esse. Un sistema di norme è tale, in quanto le norme sono collegate, le une alle altre, *anche in ragione del loro contenuto*, in quanto vertono su determinate fattispecie in modo da costituire gruppi o insiemi distinti e diversi tra loro: i c.d. istituti giuridici. Sotto quest'ultimo rispetto, il sistema delle norme si distingue dal sistema delle fonti da cui, pure, è condizionato, ma non contenutisticamente determinato: detto in altri termini, mentre gli elementi che compongono il sistema delle fonti sono i fatti e gli atti normativi, gli elementi che compongono il sistema delle norme sono queste ultime, una volta "prodotte" e venute ad esistenza, a seguito delle "operazioni interpretative" condotte a partire da quei fatti e dai testi di quegli atti. Di questo aspetto, nella formazione dei sistemi normativi, qui non ci occuperemo direttamente, se non per domandarci se ed eventualmente in qual modo il sistema normativo – e le costruzioni dogmatiche degli istituti giuridici – non condizionino, a lor volta, il sistema delle fonti.

## **2. Seconda premessa: sistema delle fonti e ordinamenti normativi**

Il "sistema delle fonti" è dunque l'insieme o complesso di norme o regole sulla produzione delle norme o regole che nel loro insieme costituiscono un determinato ordinamento normativo. Più esattamente dovrebbe quindi ragionarsi di un "sistema delle norme o regole *sulle* fonti" ovvero, per traslato, di un "sistema di regole su regole", di un "sistema di metaregole o metanorme". Poiché anche queste metanorme sono norme appartenenti ad un determinato ordinamento giuridico, saranno possibili *tanti sistemi delle fonti o delle regole sulla produzione di norme* quanti siano gli ordinamenti giuridici possibili (pubblici e privati).

Qui - per ragioni storiche notissime - si concentra l'attenzione sugli ordinamenti giuridici statali, tra i quali in particolare il nostro ordinamento. Ma questo non implica affatto che i sistemi delle fonti dei vari ordinamenti statali (o che il sistema delle fonti nel nostro ordinamento) possano essere considerati indipendentemente dai sistemi delle fonti propri di altri ordinamenti giuridici che nei primi interferiscano o con i primi interagiscano, salvo a stabilire se si possa ragionare di un vero e proprio sistema di fonti ultrastatale i cui elementi siano costituiti dalle norme sulla normazione proprie di tutti questi ordinamenti, o se non sia piuttosto da rinunciare all'idea (e alla possibilità) di un sistema delle fonti, *tout court*.

Il fatto che la considerazione dei sistemi delle fonti propri degli ordinamenti statali - a partire dall'assetto dello Stato modernamente inteso, convenzionalmente e simbolicamente fissato nei trattati di Westfalen del 1648 - non possa più essere ristretta nei loro rispettivi ambiti, ma che vada integrata con i sistemi delle fonti propri di altri ordinamenti giuridici (storicamente: da quello della comunità internazionale a quelli delle organizzazioni internazionali, specialmente, per certe peculiari caratteristiche, a quello dell'Unione europea, da quello della Chiesa a quelli delle altre confessioni religiose; da quelli degli enti pubblici, territoriali e funzionali, a quelli degli enti privati di formazione spontanea) è un fatto dovuto alla *evoluzione dei modi in cui si è manifestata la produzione normativa nel corso della storia moderna e contemporanea*, sia per riconoscimento da parte degli stessi ordinamenti statali, sia per l'affermarsi di altri centri di regolazione dei comportamenti umani, specialmente nel tempo nostro, dei quali gli ordinamenti statali, pur senza riconoscerli, non hanno potuto e non possono non tener conto. E' da condividere, pertanto, la conclusione cui perviene chi ha offerto, in questi ultimi anni, allo studio di cotesta evoluzione dall'angolo visuale del sistema delle fonti i più significativi ed equilibrati contributi (A. PIZZORUSSO, *Problemi metodologici in tema di studio delle fonti del diritto*, in *Scritti in memoria di Livio*

Paladin, Napoli, 2004, 1687 e ss.; *Pluralità degli ordinamenti giuridici e sistema delle fonti del diritto*, in *Valori e principi del regime repubblicano*. 3. Legalità e garanzie, Roma - Bari, 2006, 91 e ss.; *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI secolo*, in *Foro It.*, 2007, V, 33 e ss.): «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 (...), 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)» (A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, § 1 *ad finem*).

### 3. Terza premessa: sistema delle fonti e produzione delle norme

Il sistema delle fonti come complesso delle norme o regole sulla produzione delle norme o regole che costituiscono un determinato ordinamento normativo non può essere delineato prescindendo completamente dai sistemi delle fonti proprie di altri ordinamenti normativi, statali e non statali, che interferiscano con l'ordinamento di riferimento. Questo fatto è riconosciuto persino da chi asserisce che «il canone della relatività dei valori giuridici (...) storicamente si concretizza, *in apicibus*, nel riconoscimento che ogni ordinamento espressamente od implicitamente dispone, delle proprie “fonti”: come strumenti idonei, cioè, a porre norme costitutive del suo proprio diritto (o di sé medesimo come sistema normativo)» (V. CRISAFULLI, *op. cit.*, 44). Infatti, «fermo restando che, in sede “dommatica”, fonti e norme si determinano secondo un criterio *legalistico* e *prescrittivo*, bisogna sempre aver presente che non tutto il diritto oggettivo deriva dalle fonti formali previamente riconosciute e che neppure negli ordinamenti di tipo “chiuso”, la disciplina positiva delle fonti è così rigida ed esaustiva da non lasciare qualche varco aperto alla creatività dell'esperienza giuridica ed al conseguente affermarsi, ora stabile ora episodico, di fenomeni normativi *extra ordinem*, in forza dei quali lo stesso sistema di partenza può risultare – provvisoriamente o permanentemente - modificato» (V. CRISAFULLI, *op. cit.*, 48). Questo passo è di fondamentale importanza e vale a smentire che di “sistema di fonti” e “sistema di norme” possa rigorosamente ragionarsi, anche movendo da postulati giuridico-relativistici e così ponendo al centro dell'attenzione e della considerazione un determinato ordinamento di riferimento. Il discorso sulle fonti del nostro ordinamento può avere «principalmente», ma *non esclusivamente*, «ad oggetto le fonti “legali” del diritto italiano, vale a dire quelli tra i fatti (in senso ampio, inclusivo degli atti) che sono, nel nostro ordinamento, qualificati come proprie fonti», dal momento «che non sempre e non tutto il diritto effettivamente vigente nello Stato è diritto sorto in forme o modi legali, per l'operare ineliminabile in qualsiasi esperienza giuridica di fonti *extra ordinem*» (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, 6ª ed., cur. F. Crisafulli, II, 1. L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative), Padova, 1993, 4).

Ecco, perché ho sempre dubitato che si possa ragionare di un vero e proprio sistema (un sistema è, *per definitionem*, “chiuso” nelle sue regole di formazione e di trasformazione) delle fonti, come insieme o complesso delle norme sulle fonti (o sulle norme da queste prodotte) soggetto a determinate regole: a) le regole positive sulla individuazione delle fonti non sono complete, nel senso che possono darsi norme effettivamente vigenti ed osservate che non risultano “prodotte” da alcuna fonte “legale”, bensì da fonti c.d. *extra ordinem*, appunto estranee al presunto sistema.

Ma il rilievo richiede un approfondimento. Poiché è indubitabile che, nella maggior parte dei casi, è cioè di regola, le norme effettivamente vigenti sono prodotte dalle fonti “legali” e che b) vi sono regole positive sulle relazioni tra le diverse fonti legali, come c) vi sono regole sulla

composizione dei conflitti che possono insorgere tra le norme che si susseguono nella loro produzione continua, poiché è indubitabile insomma che vi sono regole positive sulle fonti, occorre allora *interrogarsi* sul loro valore e sulla loro efficacia, o, più in generale, *sul significato del complessivo fenomeno della produzione normativa*.

La risposta a questi interrogativi che a me è sembrata la più convincente muove dall'idea, illustrata da un mio grande Maestro, che l'idoneità di un fatto o di un atto a produrre norme (almeno di comportamento) è immanente al fatto o all'atto normogeno, «unica ed identica essendo la ragione per cui atti e comportamenti umani raggiungono forza normativa» (C. ESPOSITO, *La consuetudine costituzionale*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, con integrazioni, in *Studi in onore di Emilio Betti*, I, Milano, 1962, ora riprodotta in *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, cur. D. Nocilla, Milano 1992, 318): una ragione che si identifica senz'altro con la capacità creativa umana, con «l'attitudine a creare, come le opere di arte e di scienza che trascendono l'atto o l'attimo di loro creazione, così anche norme di diritto che vigono oltre l'atto di loro imposizione» (*ibidem*, nota 64).

Le conseguenze sono di grande rilievo. Anzitutto è rigettata la tradizionale tesi dogmatica che ripone forza ed efficacia diversa agli atti normativi, in quanto dipendente «dalla degradante forza delle disposizioni sulla produzione del diritto» (*ibidem*). Al contrario, «gli atti e i comportamenti tendenti alla creazione del diritto quando raggiungono l'effetto normativo sono in ciò tutti pari e parimenti vincolanti» (*op. cit.*, 319). Si può osservare qui, da un lato, il rigetto della tesi gradualistica in tema di fonti propria della Scuola di Vienna, ma, dall'altro, una singolare concordanza con questa: se ultima e vera scaturigine della norma giuridica è la coscienza umana, individuale o sociale, allora fonte del diritto è qualsiasi fatto o atto potenzialmente normogeno, idoneo a produrre norme, quindi anche le decisioni giudiziarie, anche gli atti amministrativi e persino i negozi privati [la tesi che «la volontà dei privati attraverso i negozi giuridici sia fonte del diritto» è già esposta nei *Lineamenti di una dottrina del diritto*, in *Annali dell'Università di Camerino*, 1930, ora riprodotto in *Scritti giuridici scelti*, cur. J.-P. Berardo, I, Napoli, 1999, 232 e ss.. L'estensione alle decisioni giudiziarie e agli atti amministrativi è ne *La validità delle leggi*, 1934, rist., Milano, 1964, 77 e ss.].

In secondo luogo, se la idoneità normogena va ritrovata negli atti e comportamenti umani, le *disposizioni positive sulla normazione*, più che fungere da fondamento delle norme, svolgono un ruolo, per così dire, *complementare* più che marginale e quindi, comunque sia, rilevante nella produzione normativa: «le disposizioni sulle fonti non danno forza agli atti e ai comportamenti normativi, ma solo ne disciplinano la forza, la regolano ed eventualmente la eliminano» (*La consuetudine*, cit., 318). Ma – ciò che è più importante – esse valgono soltanto *se e nei limiti in cui sono osservate*, determinano cioè una seria presunzione di validità delle norme prodotte in conformità a quanto da esse disposto (*La validità*, cit., 206). Esse, insomma, non hanno efficacia costitutiva della normatività degli atti e dei comportamenti umani, ma «facilitano lo svolgimento delle attività a sé conformi e il raggiungimento dei fini che tali attività si propongono, mentre ostacolano le attività a sé contrarie» (*La consuetudine*, cit., 306), «facilitazioni ed ostacoli (...) tanto più efficaci in quanto le disposizioni sulla esecuzione e sulla applicazione delle norme giuridiche (collegantesi a quelle sulla produzione del diritto) prevedono che apparati esecutivi e giudiziari, rilevanti per la applicazione pratica delle norme di diritto, siano al servizio della attività normativa e delle regole sorte nel rispetto delle disposizioni sulla produzione del diritto» (*op. ult. cit.*, 306 e s.). Ed allora si spiega bene che «negli ordinamenti giuridici costituiti vi è una seria presunzione che il diritto obiettivo venga in essere secondo le disposizioni sulla produzione del diritto (...) ma non che vi sia una assoluta certezza che la rispondenza di un atto normativo alle regole sulla produzione del diritto metta sempre l'atto stesso in grado di generare norme di diritto, e viceversa che la difformità escluda con certezza la attitudine normativa dell'atto» (*op. ult. cit.*, 307). E si spiega altresì come «quando tutte le disposizioni di un ordinamento (...) sono in contestazione ed hanno instabile validità, la conformità di un atto normativo alle regole sulla produzione non offre più alcuna certezza (e neanche presunzione) della effettiva forza normativa degli atti» (*ibidem*), certezza che, nei casi «di instaurazione, di crisi o di rivoluzione di un ordinamento, può raggiungersi solo accertando che le disposizioni normative ottengono stabile obbedienza ed esecuzione, e cioè che

agli atti di imposizione di disposizioni giuridiche obiettive segue una consuetudine di obbedienza ed esecuzione» (*op. ult. cit.*, 307-8). Sempre - e non solo nei casi di crisi dell'ordinamento - si impone la *necessaria verifica nei fatti della forza normativa degli atti*: una verifica di effettività che, per ciò che concerne gli atti di produzione del diritto è rappresentata, nella concezione espositiva dalla *consuetudine costituzionale confermativa* di tutte le regole durante le crisi degli ordinamenti (*op. ult. cit.*, § 5, 306 e ss.), delle *sole regole sulla produzione* (le norme sulle fonti) «in ogni momento della vita degli ordinamenti» (*op. ult. cit.*, 311).

Questa distinzione, come può notarsi, è di grande rilievo, perché vale a porre in evidenza il diverso piano logico e giuridico in cui si collocano gli atti (o fatti) produttivi di diritto dalle norme sulla produzione (ossia sulle fonti) : in breve: le norme giuridiche prodotte e le regole sulla produzione di queste ultime. E infatti, «in generale le regole di diritto, una volta entrate in vigore, sono giuridicamente valide ed efficaci anche se nella loro singolarità siano trasgredite» (*op. ult. cit.*, 312), così che, mentre «trasgressioni, disapplicazioni o mancate esecuzioni costituiscono illeciti che (...) non implicano (...) cessazione del vigore delle singole disposizioni», *al contrario* «le disposizioni sulle fonti (...) in ogni tempo, quando siano radicalmente trasgredite *sia pure nel singolo caso*, non risultano solo inefficaci in fatto, ma invalide, poiché le trasgressioni seguite dall'evento cui tendeva la intenzione del trasgressore (che era di creare 'diritto' senza rispetto delle regole sulla produzione del diritto) non si concretano in un torto o in un illecito, ma in creazione del diritto» (*ibidem*). Conseguentemente, «le disposizioni sulle fonti (che perdono una parte della propria validità in ogni caso in cui siano efficacemente trasgredite, e cioè in ogni caso in cui raggiunga efficacia giuridico-normativa un atto o un comportamento da esse difforme, o risulti inetto ad elevarsi a diritto obiettivo vigente un atto o un comportamento ad esse conforme; e che perdono totalmente la propria validità quando siano in genere trasgredite) possono dirsi vigenti solo se le trasgressioni coronate da successo o le inutili adeguazioni al loro dettato non siano tali a tante da rendere desueta la regola (malgrado gli eventuali, sporadici casi di applicazione), e sono certamente vigenti solo se la pretesa da esse avanzata di disciplinare la formazione del diritto risulti confermata da abituale attuazione o meglio se la attività in grado di creare diritto, sia in genere rispettosa di quella pretesa» (*op. ult. cit.*, 313). In breve, le regole sulla produzione del diritto sono effettivamente vigenti solo se assistite da una consuetudine (costituzionale) confermativa della loro vigenza. Il che equivale a dire che è *solo in virtù di una tale consuetudine che il c.d. Sistema delle fonti riesce a porsi come effettivamente e giuridicamente condizionante l'ordinamento normativo* (*supra* § 1).

Ma le conseguenze non finiscono qui. Ho già ricordato che, nel c.d. sistema delle fonti, oltre alle regole sulla individuazione delle fonti, debbono esserci – e ci sono – regole sulle relazioni tra le diverse fonti (*supra* § 1). La regola generale, tradizionalmente riconosciuta, com'è notissimo, è rappresentata dalla c.d. scala gerarchica in cui si pongono le diverse fonti. Essa è desunta, generalizzandole, da una molteplicità di regole presenti negli ordinamenti positivi. Per es. nel nostro ordinamento si costruisce una scala gerarchica, in linea di massima, a partire da un vertice costituito dalla Costituzione (rigida: art. 138 Cost.) cui sono “subordinate” le leggi e gli atti con forza di legge dello Stato e delle Regioni per i quali, in caso di disformità dalla Costituzione (illegittimità costituzionale), è prevista la cessazione di efficacia (art. 136 Cost.). Gli atti con forza (o valore) di legge (decreti legislativi delegati o decreti legge) – equiparati in genere alle leggi parlamentari e con essi fungibili – sono a lor volta “subordinati”, in vario senso, alle rispettive leggi di delegazione (*arg. ex art. 76 Cost.*) ovvero alle rispettive leggi di conversione (*arg. ex art. 77 Cost.*). Ma leggi parlamentari e atti governativi con forza (o valore) di legge sono “sovraordinati” ai regolamenti governativi, i quali «non possono contenere norme contrarie alle disposizioni delle leggi» (art. 4 disp. prel.), così come i regolamenti «di altre autorità» (art. 3 cpv. disp. prel.) sono “subordinati” (anche) ai regolamenti governativi (art. 4 disp. prel.). Le consuetudini, poi, sono “subordinate”, “subordinatissime”, a leggi e regolamenti, in quanto «hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati» (art. 8 disp. prel.). Costituzione, leggi, statali e regionali (art. 117 Cost.), atti del Governo aventi forza di legge, regolamenti governativi, regolamenti “di altre autorità”, consuetudini, sono posti su gradini di una medesima scala di atti (e fatti) normativi. Ciascuno di

questi atti normativi godrebbe di una propria specifica efficacia (o forza) formale (maggiore o minore), dipendente appunto dalla forma rivestita, ossia dall'appartenenza al tipo.

Alla stregua di questa costruzione, la forza degli atti e dei comportamenti normativi sarebbe derivata o estrinseca, dipendente cioè dalle disposizioni sulle fonti, e sarebbe maggiore se derivata da fonti di più alto grado, minore se derivata da fonti di grado meno elevato. La diversa forza delle varie specie di atti normativi consisterebbe nella resistenza che le disposizioni prodotte da una specie di atti (sopraordinati) offrirebbe nei confronti delle disposizioni prodotte da altra specie di atti (subordinati), (c.d. forza passiva), ovvero nella attitudine dei primi di produrre disposizioni in grado di privare di vigore le disposizioni prodotte dai secondi o anche dai primi nella successione temporale (c.d. forza attiva). Per es., nel nostro ordinamento, le leggi formalmente costituzionali – poste al livello più alto della gerarchia delle fonti – sarebbero in grado di privare di vigore le disposizioni prodotte da atti normativi di qualsiasi diversa specie, le leggi ordinarie e gli atti con forza di legge sarebbero in grado di privare di vigore le disposizioni di precedenti atti della stessa specie o di specie inferiori (come i regolamenti o gli atti di autonomia), i regolamenti e gli atti di autonomia soltanto disposizioni di atti della propria specie, e così via.

Se non che, come è stato osservato, non solo «questa descrizione della situazione delle disposizioni prodotte da atti di specie diversa», ossia del c.d. sistema delle fonti secondo il principio gerarchico «solo in maniera approssimativa è corrispondente alla situazione effettiva degli ordinamenti (ed in maniera solo “approssimativissima” è corrispondente alla situazione esistente nell’ordinamento giuridico italiano)»(C. ESPOSITO, *La consuetudine*, cit., 320); e come è stato dimostrato, in modo decisivo, da chi ha affiancato il criterio gerarchico al criterio della competenza (V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 779 e ss.) e come del resto era stato già rilevato rispetto all’ordinamento italiano prerепubblicano (da G. ZANOBINI, *Gerarchia e parità tra le fonti*, ora in *Scritti di diritto pubblico*, Milano, 1955, 314 e ss.) e come oggi è sempre di più confermato dall’evoluzione del c.d. sistema delle fonti nel nostro ordinamento (mi sia consentito rinviare oltre a F. MODUGNO, *Norma giuridica (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 1978, 709 e ss., a qualche più recente contributo: F. MODUGNO e D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989, 411 e ss.; F. MODUGNO, *Validità (dir.cost.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, 1993, 43 ss.; ID., *Riflessioni generali sulla razionalizzazione della legislazione e sulla delegificazione*, in *Studi in onore di M. Mazziotti Di Celso*, II, Padova, 1955, 175 e ss.; ID., *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, 1997, 461 e ss.; F. MODUGNO – A. CELOTTO – M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla “crisi” della legge*, in *Studi parl. e pol. cost.*, nn. 125-6, 1999, 7 e ss.); ma soprattutto la ricostruzione indicata del rapporto tra disposizioni appartenenti a fonti diverse, o a tipi diversi di atti normativi, «non dipende dalla circostanza che gli atti di una specie abbiano “forza maggiore” di quelli di altra specie, ma solo che “più estesa” è l’attività normativa legittimamente esercitabile attraverso gli atti di una specie che non sia quella esercitabile attraverso atti di altre specie, e che alcuni atti, secondo le previsioni delle disposizioni sulle fonti, possono disporre anche la abrogazione di disposizioni sorte in virtù di atti di diversa o di diverse specie, e altri no»(C. ESPOSITO, *op. ult. cit.*, 320-1). In questo modo il c.d. principio gerarchico è sostituito dal principio di competenza.

Non si può, peraltro, a questo punto, evitare un *interrogativo di fondo*. In qual senso e su quale fondamento gli atti di una specie godono di una “più estesa” o “meno estesa” sfera di competenza rispetto agli atti di altra specie? Se il fondamento fosse rappresentato dalle disposizioni costituzionali che distribuiscono le competenze, che ripartiscono le sfere di competenza tra le diverse fonti, la tesi della competenza presupporrebbe comunque una o più norme gerarchicamente sopraordinate (le norme costituzionali, appunto) e ridonderebbe quindi, in ultima istanza, in gerarchia. E’ questa, infatti, in definitiva, la tesi crisafulliana, tesi che qualche interprete non ha mancato di riconoscere o di attribuire anche allo stesso Esposito (L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, in *Atti del Convegno nazionale su Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito*, Fac. di giur., Univ. di Macerata, Milano, 1993, 54, il quale, pur riconoscendo il netto «divario che separa Esposito da Crisafulli», ritiene bensì che nel primo «il criterio della competenza prevale sull’idea

che alcune fonti siano dotate di “superiorità” rispetto alle altre», ma aggiunge significativamente «con la sola eccezione – mi sembra – delle norme costituzionali che prevedono le competenze stesse»). Ma è proprio così?

A me non pare. Esposito, al contrario, distingue la propria tesi della competenza da quella di Crisafulli, il cui concetto di “competenza” gli pare più «ristretto» (C. ESPOSITO, *op. ult. cit.*, 321 nota 70). E lo può fare per la ragione fondamentale – già illustrata – che non sono le norme sulla produzione a rendere normativi gli atti e i comportamenti umani, ma sono questi ultimi dotati, di per sé, di «naturale» capacità – sia pure tendenziale – normogena, per cui le norme sulla normazione si limitano tra l’altro a indirizzare, regolare, delimitare la produzione normativa, ma non a renderla giuridicamente possibile. La maggiore (o minore) estensione dell’attività normativa *legittimamente* esercitabile a traverso gli atti di una specie rispetto a quella esercitabile a traverso atti di specie diversa – che pure è prevista dalle astratte disposizioni sulle fonti – risulta *soltanto a seguito dell’effettivo esercizio di attività normativa*. La maggiore o minore estensione (la competenza) di attività normativa legittimamente esercitabile è tale in virtù del *fatto* che questa sia stata effettivamente esercitata. Si spiega così come, mentre per Esposito «nella ipotesi di parziale regolamentazione di una materia, per esempio, con legge costituzionale, il divieto delle leggi ordinarie di derogarvi sia da ricostruire come sottrazione (nei confronti della legge ordinaria) della “competenza” a disciplinare quel tanto della materia che risulta disciplinato dalla legge costituzionale», per Crisafulli, invece, il divieto «deriverebbe dalla superiorità della legge costituzionale su quella ordinaria», con la conseguenza che «secondo il Crisafulli le disposizioni di una legge ordinaria che ripetessero quello che era già detto in legge costituzionale (o vi contravvenissero)» sono «valide e potenzialmente efficaci (e solo momentaneamente inutili) (...) Invece a seguire la tesi della incompetenza, anche dopo la abrogazione della legge costituzionale, disposizioni prese con una legge ordinaria durante il vigore della legge costituzionale (e che ripetano o la contraddicano), non avrebbero (né acquisirebbero mai) alcuna efficacia» (*ibidem*). [In realtà la conseguenza che Esposito ha ritenuto di trarre dalla ricostruzione crisafulliana non è ineccepibile, come ho cercato di dimostrare in altro luogo (*La teoria delle fonti del diritto nel pensiero di Vezio Crisafulli* in *Dir. soc.*, 1993, 586 e s. e – in versione parzialmente modificata – in *Giur. cost.*, 1994, 529 e s.) e tra l’altro essa sarebbe irrimediabilmente contraddetta dal fatto che la Corte costituzionale, durante il vigore della legge costituzionale, potrebbe e dovrebbe – se ne fosse investita – annullare la legge ordinaria che vi contravvenisse, in quanto invalida, rendendola quindi definitivamente inefficace. Ciò non toglie che, per le ragioni ivi esposte (585 e ss.e, rispettivamente in modo più ampio, 526 e ss.) la tesi della competenza, intesa nel senso “lato” di Esposito, sia più convincente di quella gerarchica mantenuta invece per ferma da Crisafulli nell’ipotesi del libero concorso di più fonti sulla stessa materia, poiché solo rinunciando al concetto di gerarchia tra tipi di fonti sarà possibile riferire il concorso tra fonti agli atti normativi, individui e specifici, in concreto, distintamente competenti per spiegare evenienze come la c.d. riserva relativa di legge o il concorso tra leggi statali e leggi regionali in materie di competenza concorrente o di competenza statale sussidiaria o trasversale o, ancor più, nell’ipotesi – che la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto verificarsi in pratica – che fonti (leggi statali) anche successive a fonti (regolamenti comunitari) di più estesa competenza possano ritenersi non già invalide, bensì semplicemente inefficaci (quiescenti) (non applicabili più che disapplicabili) ma suscettibili di diventare efficaci, di essere applicate al venir meno delle fonti competenti. Qui, soltanto seguendo la tesi crisafulliana del conflitto possibile tra diversi tipi di fonti, ma correggendola, sia nel senso di ritenerlo né libero, né necessitato, ma soltanto potenziale, sia nel senso di rinunciare ad ogni possibile residuo di rapporto gerarchico, sarebbe possibile giustificare una tale eventualità].

#### **4. Il problema della costruzione delle norme di un ordinamento normativo oltre lo schema del sistema “chiuso” delle fonti di un tale ordinamento**

Ferme queste premesse sul senso del rapporto tra sistema delle fonti e sistema delle norme, sulla riferibilità del sistema delle fonti ai vari ordinamenti normativi, e sulla problematica relazione tra sistema delle fonti e produzione delle norme, occorre affrontare l’interrogativo centrale: è

*possibile parlare ancora di un sistema delle fonti? E se è possibile, in qual senso?*

Anche superato il principio gradualistico con l'affermazione del principio di competenza, inteso in senso lato – e non identificato o ridotto alle competenze attribuite in modo esclusivo e riservato a determinati soggetti o a determinati procedimenti di produzione normativa, per cui la competenza riguarda anche le *modalità del disporre*: per es. a traverso solo principi, o a traverso invece regole dettagliate, come accade nel caso di competenze concorrenti e complementari – non si può forse sostenere che sia riconoscibile o ricostruibile un sistema delle fonti basato sull'attribuzione di competenze? La risposta non è agevole. Poiché *tutto sta ad intendere con precisione il fenomeno della produzione delle norme, per poterlo o non ricollegare all'operare delle fonti e quindi alle disposizioni sulle fonti*. Se per es. si osserva che «alla base della incomprensione del fenomeno consuetudinario sta anche la più generale incomprensione del fenomeno della creazione del diritto in generale, e cioè la tesi che atti e comportamenti normativi, in genere, siano meri fatti privi di interiore forza creativa, che riceverebbero dall'esterno (e cioè dalle norme sulla produzione giuridica) efficacia normativa» (C. ESPOSITO, *op. ult. cit.*, 300) e se quindi si sostiene che le regole sulla produzione del diritto (appunto: «regole sulla produzione del diritto» e non «regole produttive del diritto»: *op. ult. cit.*, 306) non valgono a dare «assoluta certezza» nel senso di escludere la possibilità di normazioni da esse difformi, allora la costruzione di un vero e proprio sistema delle fonti risulta impossibile. Se, in altri termini, le norme sulla produzione, anche se contenute in Costituzione, sono concepite come regole che semplicemente «facilitano lo svolgimento delle attività a sé conformi e il raggiungimento dei fini che tali attività si propongono, mentre ostacolano le attività a sé contrarie» (*ibidem*) e cioè indirizzano, regolano e limitano la produzione giuridica, ma non la determinano o costituiscono, poiché anzi, qualora a fatti normativi, originariamente *extra ordinem* – fuori dal c.d. sistema - segua una «consuetudine di obbedienza e di esecuzione», tanto basta a fornire la prova della loro vigenza e della conseguente inefficacia delle regole sulla produzione disattese o contraddette, come è possibile costruire un sistema “chiuso” di fonti, soggetto almeno a regole di formazione e trasformazione che lo rendano tale? Inoltre, se le relazioni tra i vari tipi di fonti non sono regolate dal principio gerarchico, poiché «unica ed identica» è «la ragione per cui atti e comportamenti umani raggiungono forza normativa» (*op. ult. cit.*, 318) e conseguentemente «gli atti e i comportamenti tendenti alla creazione del diritto quando raggiungono l'effetto normativo sono in ciò tutti pari e parimenti vincolanti» (*op. ult. cit.*, 319) e le specie in cui si concretizzano si distinguono tra di loro per l'«estensione» dell'attività rispettivamente esercitabile e concretamente esercitata, ossia per il fatto di poter disporre o meno della «abrogazione di disposizioni sorte in virtù di atti di diversa o di diverse specie (...) secondo le presunzioni delle disposizioni sulle fonti» (*op. ult. cit.*, 321), le quali però possono non essere verificate e in fatto disattese o contraddette, l'adozione di un principio di competenza così inteso non è idoneo a costruire un sistema delle fonti che valga ad assicurare la composizione dei conflitti insorgenti tra norme che si susseguano nella loro continua produzione. (*supra* § 1).

Decisivo diventa, invece, il ruolo della consuetudine costituzionale, la quale, se durante la crisi degli ordinamenti ha «la funzione di rendere certa la sussistenza di ogni regola giuridica» (*op. ult. cit.*, 308), ossia ha «efficacia ricognitiva e confermativa (ma non costitutiva) della normatività» degli «atti di imposizione di norme giuridiche» (*op. ult. cit.*, 310), svolge poi «in ogni momento della vita degli ordinamenti», ma «nei confronti delle sole regole sulla produzione del diritto» (*op. ult. cit.*, 311) (corsivo mio) la funzione «di offrire prova e conferma della validità delle disposizioni sulle fonti» (*op. ult. cit.*, 313).

Insomma, l'impossibilità di costruire un vero e proprio sistema delle fonti non esclude la possibilità – in ogni momento della vita degli ordinamenti e non già in periodi di crisi – di costruire invece un sistema delle norme vigenti, in quanto soggetto a regole di formazione – nella specie rappresentate, con formola volutamente sintetica e comprensiva, dalla consuetudine costituzionale – e regole di trasformazione – nella specie, a sua volta rappresentate, come si vedrà, dall'apporto di e dalle relazioni con altri ordinamenti normativi -. Un sistema delle norme non è, in tal modo, affatto condizionato da un impossibile sistema “chiuso” delle fonti.

Il sistema “chiuso” delle fonti degli ordinamenti statali è, in realtà, il prodotto di una

concezione storico-giuridica che, a partire dal XVIII secolo, si fonda sulla contrapposizione tra ordinamenti c.d. di *civil law* e ordinamenti c.d. di *common law* e che riserva ai primi la possibilità di rendere possibile un sistema di fonti che, per quel che ho già detto, è necessariamente centrato sul principio gerarchico e sulla primazia e centralità della “legge” e, forse, a partire dalla seconda metà del sec. XX, della costituzione scritta e rigida. La legge, e poi – ma in forma parziale e, per così dire, incompiuta – la Costituzione, è la sede delle norme sulla normazione, delle regole sulla produzione normativa. Negli ordinamenti c.d. di *common law* (ordinamento inglese e derivati), invece la legge parlamentare (*statute*) è affiancata dal *precedente* giudiziario (la regola adottata come *ratio decidendi* per la soluzione di un caso concreto) come fonti di produzione di norme e non – si badi – come regole sulla produzione. Qui la regola sulla produzione - e non un c.d. sistema delle fonti – è rappresentato appunto dalla consuetudine. Ed è sulla base di questa, com'è stato esattamente ricordato, che «*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 senso a sostituirlo*» ed è stato acutamente notato che «in un sistema di questo tipo, pertanto, non può parlarsi di “fonte delle fonti” [cioè di norme sulla normazione] poiché il relativo sistema [cioè il sistema delle norme] 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» (A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, § 2)(corsivi e parentesi miei). D'altra parte, come è noto, nella variante dell'ordinamento degli Stati Uniti di America, il motivo gerarchico riappare nella supremazia della Costituzione scritta e rigida con la conseguente configurazione del controllo giudiziale di costituzionalità della legge che ha poi ispirato la gran parte degli ordinamenti di *civil law* che, dalla seconda metà del secolo XX si sono dotati di costituzioni rigide e del controllo di costituzionalità accentrato in apposito organo. E' chiaro che in tal modo «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*)», ma avrei molti dubbi nel condividere la asserita conseguenza secondo la quale «essa venne a sostituirsi alla legge nel ruolo di “fonte delle fonti”» (*ibidem*), poiché altro è condizionare la validità delle norme legislative alla conformità alle norme e ai principi della Costituzione, altro è riconoscere a quest'ultima lo specifico ruolo di norma sulla normazione (che, tra l'altro, è parzialmente – nei soli confronti tutt'al più della normazione c.d. primaria – svolto dalla Costituzione medesima). Esattissima invece è la notazione relativa all'attenuazione della contrapposizione tra i due tipi ordinamenti «che in una certa fase storica era sembrata dotata di una importante forza discriminante» e che è «in realtà molto meno profonda di quanto fosse apparso alla luce della impostazione giuspositivistica, quando si era cercato di svalutare il più possibile il ruolo dell'interprete a vantaggio di quello del legislatore», poiché «si è venuto (...) 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*, anche se i suoi effetti operano più sul piano culturale che su quello delle procedure guidate dalla politica»(*ibidem*). Ma è proprio questa rivalutazione della giurisprudenza che sembra consentire di svincolare, per così dire, la costruzione del sistema delle norme dal rigido condizionamento da un preteso sistema “chiuso” delle fonti.

Una riprova della attenuazione della su detta contrapposizione tra i due tipi di ordinamenti – quasi un'applicazione sul campo di una convergenza tra di essi – è data da quello che – mantenendo al solito acriticamente e per retaggio terminologico il termine “sistema” - può indicarsi come «il sistema delle fonti operante nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione Europea» che indubitabilmente comprende fonti, «alcune dotate dei caratteri propri delle fonti legislative insieme con altre dotate dei caratteri propri delle fonti giurisprudenziali»(*ibidem*) (si pensi non soltanto al ruolo determinante della Corte di giustizia, ma pure all'operante «richiamo ad una nozione essenzialmente dottrinale come quella concernente le “tradizioni costituzionali comuni” degli Stati membri»» (*ibidem*) nell'ancora incompiuto processo di “costituzionalizzazione” del diritto comunitario). Così che, com'è stato ben detto, «l'accresciuta interferenza fra gli ordinamenti

giuridici statali degli Stati membri dell'Unione europea che deriva dal ruolo da essa assunto, impone di attivarsi» nel senso di «tenere conto dell'intera gamma di fonti che vediamo essere o essere state impiegate negli ordinamenti giuridici del presente o del passato» al fine di «valutare in concreto quali siano quelle che attualmente trovano realmente applicazione con riferimento all'uno o all'altro ordinamento giuridico» (*ibidem*), anche, in particolare, a quelli degli Stati membri dell'Unione europea, e quindi al nostro.

### **5. Collegamenti tra ordinamenti e produzione normativa.**

Ora, se si tiene conto della crescente interferenza nel tempo presente tra ordinamenti normativi statali e non statali, questo fatto, di per sé considerato, per lo meno non rende agevole ricondurre la produzione normativa entro l'ambito operativo di un sistema "chiuso" di fonti proprio dell'ordinamento di riferimento. Perché, delle due l'una: o è possibile costruire un sistema delle fonti valevole per ogni ordinamento, o è impossibile riconoscere come norme appartenenti ad un ordinamento prescelto soltanto quelle costruite a partire da un (presunto) sistema di fonti proprio esclusivamente di quest'ultimo (a meno di non riconoscere queste altre norme come prodotte da fonti fatto – dalla vigenza in altro ordinamento – *extra ordinem*). Si tratta appunto di mostrare se tra le norme appartenenti ad (applicabili ed applicate in) un dato ordinamento di riferimento (per es. il nostro) ve ne siano almeno alcune prodotte da fonti non riconducibili al (presunto) sistema, ovvero che siano prodotte da fonti *extra ordinem*, appunto extrasistematiche.

Il problema del collegamento tra ordinamenti non è certamente un problema nuovo, ma esso appare oggi molto (sempre) più complesso di quanto non sia stato in precedenza, fin dalle origini del diritto pubblico europeo, sorto simbolicamente con i trattati di Westfalen (che avevano ridotto a mera espressione verbale il Sacro Romano Impero germanico) incentrato sul principio *rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*. Da quel momento gli Stati europei si riconobbero, ciascuno di essi, sovrani: l'unità del diritto si spezzò nei vari diritti statali, divenuti in seguito nazionali, espressione della sovranità. Il diritto dell'insieme degli Stati divenne il diritto interstatale o internazionale (non a torto configurato poi come "diritto pubblico esterno" di ciascuno stato, secondo la celebre formola hegeliana) basato sul principio della parità degli Stati e quindi "acefalo" e privo di una propria organizzazione. Le sanzioni per la violazione delle sue norme furono, com'è noto, la guerra e la rappresaglia. Come fonti delle norme furono considerate le consuetudini e i trattati, la cui osservanza fu sempre soggetta al principio *rebus sic stantibus* e quindi in definitiva rimessa al volere (o al prevalere politico) degli Stati medesimi. Molta strada è stata percorsa da quei tempi; eppure, l'assetto Vestfalia ha dominato gli sviluppi, almeno, degli ordinamenti di *civil law*.

Si capisce che in questo quadro storico-teorico le norme di un determinato ordinamento statale sovrano siano quelle e solo quelle prodotte secondo le regole sulla produzione dettate da ogni singolo Stato, proprie di ogni singolo ordinamento. I collegamenti con gli altri ordinamenti, statali e non statali, sono disposti da regole dei singoli ordinamenti statali, da regole che *rinviano* alle fonti o alle norme di altri ordinamenti, secondo un processo che – non ostante la nota distinzione tra autointegrazione ed eterointegrazione – è sempre sostanzialmente un processo autointegrativo. In questo assetto sarebbe teoricamente giustificabile parlare forse di un sistema delle fonti, poiché anche le fonti (e le norme) di altri ordinamenti sono rilevanti nella composizione del sistema normativo (diritto oggettivo) dell'ordinamento di riferimento sulla base delle norme sulla produzione (di rinvio) proprie di quest'ultimo.

Ora - è questo l'interrogativo fondamentale – si può dire che nella evoluzione delle forme e dei modi di collegamento tra l'ordinamento statale di riferimento e gli altri ordinamenti statali e non statali non siano già rinvenibili i germi di un superamento dell'assetto Vestfalia che non consente più di ricondurre ad un "sistema delle fonti" la produzione delle norme pur costitutive dell' (ed applicabili nell') ordinamento statale di riferimento?

A) E' noto che nel nostro ordinamento «le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute» (ossia le norme consuetudinarie e i principi operativi nei confronti di tutti gli Stati: per es. il principio di parità dei soggetti internazionali, la *regola pacta sunt servanda*, «i principi

generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili» applicabili dalla Corte Internazionale di Giustizia dell'ONU per la risoluzione delle controversie sottoposte alla sua decisione, a sensi dell'art. 38, 1° co., lett. c dello Statuto della Corte) sono – anche - norme del nostro ordinamento in virtù dell'adattamento automatico (c.d. trasformatore permanente) stabilito dall'art. 10, 1° co., Cost., mentre le norme di diritto internazionale particolare (derivante da trattati e da accordi interstatali) diventano norme del nostro diritto a seguito di recezione operata da fonti interne (per es. nei casi dei più importanti trattati da leggi di autorizzazione-esecuzione, a sensi dell'art. 80 Cost.). Queste sono le norme sulla normazione del nostro ordinamento che stabiliscono quali norme internazionali e in quale modo entrano a far parte del nostro diritto oggettivo. Ma con identica efficacia? E' noto che nella nostra giurisprudenza costituzionale (e forse anche nella dottrina prevalente) si distingue tra l'efficacia delle prime e delle seconde. E questa è già un'incertezza assai significativa. Le norme sulla produzione sono in questo caso ambigue e incomplete. Quando poi si consideri che nell'evoluzione dello stesso diritto internazionale «da diritto per gli Stati a diritto per gli individui» (è il titolo di un libro di U. LEANZA, *Il diritto internazionale. Da diritto per gli Stati a diritto per gli individui*, Torino, 2002) atti normativi internazionali o applicativi di norme internazionali producono effetti nella sfera giuridica dei cittadini (si pensi alle forme di tutela internazionale dei diritti dell'uomo da parte di Corti internazionali alle quali cittadini di uno Stato si rivolgono per la violazione di tali diritti perpetrata dallo Stato medesimo: nel nostro ordinamento la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 è resa esecutiva con l. 4 agosto 1955, n. 848) è proprio il presunto sistema delle fonti, retaggio dell'assetto Vestfalia, a gettare ombra sull'efficacia di tali atti e di generare conflitti e sovrapposizioni con le stesse Corti statali.

B) E' troppo nota per dovercisi qui soffermare, la relazione di subordinazione-concorrenza tra ordinamenti statali e ordinamento comunitario. Qui si vorrebbe solo notare come questi rapporti – come del resto quelli con l'ordinamento internazionale – non sono affatto riconducibili all'operatività di un presunto sistema delle fonti proprio dell'ordinamento statale. La “prevalenza” del diritto comunitario, sotto l'aspetto normativo, giustificata inizialmente da una interpretazione molto creativa (e in realtà dall'affermarsi di una consuetudine costituzionale) dell'art. 11 Cost., ma soprattutto dall'incontestabile fatto dell'appartenenza del nostro ordinamento a quello delle originarie organizzazioni comunitarie, e soltanto ora dal “nuovo” art. 117, 1° co., Cost., introdotto con l. cost. n. 3 del 2001, pur costituendo un principio che non ha carattere generale, ma è circoscritto dai limiti di competenza determinati dai trattati istitutivi dell'Unione europea (che, del resto, trovano corrispondenza nelle consentite “limitazioni di sovranità” di cui all'art. 11 Cost. e non già nella rinuncia alla sovranità), è stato poi *di fatto generalizzato* (anche sulla base della dottrina dei c.d. poteri impliciti fatta propria dalla giurisprudenza e di alcune disposizioni positive come l'art. 308 trattato CE sulle azioni necessarie per raggiungere uno scopo della Comunità). Ciò significa che il *fatto* dell'esercizio di poteri normativi con efficacia nei confronti di tutti gli Stati membri in una determinata materia produce norme che entrano a far parte dell'ordinamento interno (ricordo che Paladin considerava esattamente le norme comunitarie come norme prodotte da fatti normativi *strictu sensu*), indipendentemente da qualsiasi norma sulle fonti propria dell'ordinamento italiano.

Qual è insomma il rapporto tra la norma comunitaria direttamente e immediatamente efficace nell'ordinamento interno (di regolamento, di direttiva dettagliata, di precedente della Corte di giustizia nell'interpretazione di questi ultimi) e la norma legislativa interna alla luce di una norma interna sulla normazione? Non è possibile stabilirlo proprio per l'inesistenza di una tale norma. L'incertezza della evenienza è caratteristica di tale rapporto. Tanto è vero che se, di regola, il giudice comune dovrà *non applicare* (più che disapplicare) la legge interna incompatibile con la norma comunitaria, considerandola cioè non efficace, la Corte costituzionale potrà invece dichiararla illegittima nel giudizio promosso in via di azione. D'altra parte, neppure la prevalenza della norma comunitaria (persino nei confronti delle norme costituzionali) è incondizionata. Si pensi soltanto alla possibilità teorica, ma anche pratica, di far valere i c.d. controlimiti. Un preteso sistema gerarchico non è qui dunque configurabile. Anche chi opina di riscontrare in questo caso

«forti elementi di analogia con i casi di gerarchia delle fonti ... con riferimento ai rapporti fra fonti statali è poi costretto ad ammettere che «un fattore di differenziazione di questo caso (...) 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*»(A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, § 6) (corsivi miei); il che equivale a dire che un preteso sistema delle fonti non utilizzabile per spiegare il rapporto tra diritto comunitario e diritto interno e tanto meno un sistema delle fonti incentrato sul principio gerarchico.

D'altra parte, anche il principio di attribuzione e distribuzione di competenze – il principio di competenza – che, rigidamente inteso, come “riserva di competenza” potrebbe forse consentire in astratto la costruzione di un sistema delle fonti deve poi fare i conti con l'assunto *principio di sussidiarietà*, il quale, com'è noto, regola e rende flessibile o mobile qualsiasi attribuzione di competenza (l'esperienza giurisprudenziale sull'assetto degli artt. 117 e 118 Cost. è altamente significativa), principio che costituisce *la più perentoria smentita della possibilità* – negli ordinamenti che vi si ispirano – *di costruire un rigido sistema delle fonti*. Si noti che il principio di sussidiarietà se, da un lato, rende flessibile la riserva di competenza, dall'altro rimuove la delimitazione della competenza medesima. Emblematico in proposito un risvolto della vicenda del progetto (per ora incompiuto) di una Costituzione europea. Com'è stato acutamente osservato, «il progetto di Costituzione dell'Unione europea (...), pur confermando nel suo art. 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 (...)) 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 [ma anche accolti dalla giurisprudenza costituzionale con riferimento ai principi supremi e ai “diritti inviolabili” del nostro ordinamento costituzionale], pur se in contrasto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione» (*ibidem*) (parentesi mia).

Ora, in presenza a) di una attribuzione all'Unione di competenze delimitate, ma al tempo stesso in presenza b) dell'accoglimento di un generale principio di sussidiarietà che consente non solo, a determinate condizioni, l'esercizio delle competenze medesime da parte degli Stati, ma pure l'esercizio di competenze statali da parte dell'Unione, ogni volta che «un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere (...) uno degli scopi della Comunità, senza che il (...) trattato abbia previsto i poteri di azione a tal uopo richiesti»(art. 308 trattato CE) e altresì in presenza c) della possibilità, da parte degli Stati, di far valere eventuali controlimiti alla potestà normativa esercitata dall'Unione, è mai possibile credere di poter costruire un sistema delle fonti che valga a dirimere gli eventuali conflitti tra il singolo Stato e l'Unione e, soprattutto tra i loro organi giurisdizionali? La compresenza dei principi di competenza (delimitata) e di sussidiarietà può determinare un *concorso potenzialmente alternativo* (o una ripartizione modale di competenze) di norme prodotte dalle fonti europee e statali, collegate in una *forma di concorrenza atipica di fonti* che avevo proposto, in altra occasione, per descrivere, in base ad una logica incentrata sul criterio di competenza – non inteso però come “riserva” - anziché su quello gerarchico, le relazioni tra norme che per solito sono ricondotte alla forma del concorso libero (*Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamenti, I, 1997, 571) e che sembra ora accolta per spiegare la “competenza sussidiaria” statale che è bensì «idonea a operare come titolo derogatorio della ripartizione costituzionale della funzione legislativa, ma trova in tale tipizzazione astratta il proprio limite interno di esercizio»(G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione*

*normativa*, in corso di pubblicazione, p. 109).

Il principio della competenza-concorrenza potenzialmente alternativa (nel senso che l'effettivo sopravvenire o persistere di norme prodotte da fonte dotata di più estesa competenza vale a rendere inefficaci e – ove previsto – illegittime le norme preesistenti o successive prodotte da fonti dotate di meno estesa competenza) non esclude, in linea di principio, che anche le norme prodotte da fonti dotate di meno estesa competenza possano entro certi limiti esplicitare una loro efficacia, a meno che non siano positivamente previsti (e siano di fatto adottati) strumenti atti a dichiarare l'illegittimità di queste ultime. In altri termini, così intero, il principio di competenza è compatibile – e si integra bene – con il principio di sussidiarietà, quale per es. vige nei rapporti tra ordinamento statale e ordinamenti autonomi. E' stato detto benissimo che «è anzi immanente alla logica applicativa della sussidiarietà e alla compresenza in essa di una duplice direzione finalistica, ascendente e discendente, la necessità di temperare, *senza mai sacrificarle integralmente*, le esigenze dell'unità (...) e le ragioni dell'articolazione autonomistica, che si radicano nell'affidamento di una potestà legislativa concorrente o residuale, in quella materia, alla Regione»; e, poiché in astratto può mancare (e manca) una predeterminazione della misura distributiva tra Stato ed ente autonomo, mentre si riconosce una funzione normativa dell'uno e dell'altro, «le questioni di competenza si risolvono in problemi di “misura della funzione” e la regola del coordinamento fra la normativa statale di natura condizionante e la potestà legislativa regionale condizionata diviene un criterio che sembrerebbe avere poco spazio in un sistema di separazione formale delle competenze: la ragionevolezza, o più correttamente la proporzionalità, che assume così i tratti di una vera e propria tecnica organizzativa della competenza»(*ibidem*). Ma sulla concorrenza tra i tipi di fonti si tornerà poi.

C) A differenza dei collegamenti tra ordinamenti statali e ordinamento internazionale o sopranazionale, che hanno un carattere di relativa uniformità, pur presentando problemi non risolvibili sulla base di un presunto sistema delle fonti statali, sono stati segnalati dalla dottrina più attenta «*altre forme di collegamento fra ordinamenti giuridici statali (tra loro o con ordinamenti non statali ma raccordati al sistema degli ordinamenti statali (...))* i quali si distinguono dai precedenti per il fatto di determinare, non un raccordo permanente (...) 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»(A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, § 8). Ed è stato esattamente osservato che «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”»(*ibidem*) e - aggiungo da parte mia – a ritenere “superata” la dipendenza della produzione normativa in un determinato ordinamento da un presunto sistema delle fonti rappresentato dalle norme sulla normazione dell'ordinamento medesimo.

Non è questo il luogo per ripercorrere tali fenomeni o tipi di collegamento, cosa che, del resto, è offerta dalla ottima sintesi di Pizzorosso (*op. cit.*, § 8) nella quale sono posti in evidenza: A) la “circolazione dei modelli giuridici” allorché «una riforma della normazione propria di un ordinamento giuridico statale viene realizzata sotto l'influenza di soluzioni sperimentate (...) nell'ambito di un altro ordinamento» fino a parlare, in alcuni casi, di “trapianti” di parti dell'ordinamento da un paese all'altro. E se in questi casi non si può in alcun modo ragionare di un vincolo giuridico per il legislatore, non si può, d'altro canto, non riconoscere l'inevitabile influenza in sede di interpretazione e applicazione dei principi e delle regole una volta recepite. B) Nello stesso ordine di idee “la tecnica della unificazione legislativa”, seguita a partire dal XX secolo, che comporta «una forma di parziale immedesimazione di due o più ordinamenti giuridici» realizzata a traverso trattati che consentano «la trasformazione in diritto interno dei singoli stati aderenti al trattato del testo uniforme da esso previsto», ma che «può dar luogo a conflitti di norme», in sede di interpretazione sistematica, data la non uniformità dei principi e delle norme dei diversi ordinamenti. C) La medesima tecnica di “unificazione legislativa” realizzata però a traverso «un trasferimento parziale di sovranità a favore di un'istituzione sopranazionale cui sia attribuita la

competenza normativa» in determinate materie «nonché la competenza giurisdizionale a sindacare le relative applicazioni». E' il caso del diritto comunitario, che si avvale sia di norme direttamente applicabili, sia di direttive da attuare, per conseguire almeno il fine del ravvicinamento delle legislazioni interne.

Ora proprio in questi casi di unificazione legislativa o di diritto uniforme si rivela la impossibilità di costruire un sistema delle fonti che condizioni la produzione delle norme nel sistema di produzione unificato. Come si interpreta il diritto uniforme? Ossia: come si determinano le norme che costituiscono il sistema normativo unificato? Per interpretare il diritto uniforme si potrà ricorrere all'analogia o ai principi generali? E a quali? Sembra esatta la risposta che «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.»(*ibidem*). Il che equivale a dire: ad una molteplicità di fonti di norme non appartenenti al solo ordinamento di riferimento. Questo perché l'*unificazione legislativa di diversi ordinamenti* – di ordinamenti che si assumono come distinti e pur collegati – è *sempre parziale*. Infatti «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». E «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 (...) 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»(*ibidem*).

D) Al fine di conseguire «obiettivi simili a quelli propri dell'unificazione legislativa tra più Stati», sono poste le disposizioni legislative sui c.d. "conflitti di leggi", ovvero raccolte nel c.d. "sistema di diritto internazionale privato", ossia quelle disposizioni dell'ordinamento di riferimento che stabiliscono in quali casi «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»(*ibidem*). Com'è noto, questo fenomeno è ricostruito dalla dottrina in diversi modi. Poiché nell'ordinamento di riferimento «non è dato rinvenire ... un atto che, direttamente ponga o produca le norme corrispondenti a quelle esterne, cui è fatto rinvio»(V. CRISAFULLI, *Lezioni*, II, 1, cit., 202), una parte della dottrina internazionalistica, c.d. dualistica, «configura (...) la norma rinviante come norma sulla produzione giuridica (una tra le norme sulle fonti, dunque, che "nazionalizza" le fonti che hanno prodotto e produrranno, nell'ordinamento esterno designato, le norme oggetto del rinvio»(*ibidem*). Secondo questa tesi (sostenuta per es. da G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, 11<sup>a</sup> ed., Napoli, 1982), poiché l'ordinamento rinviante non può attribuire poteri e competenze, né può imputare atti, a soggetti ad esso totalmente estranei, le fonti normative di origine (che potrebbero, e per solito sono, atti normativi) degradano, fittiziamente, in quanto "nazionalizzate" in fatti normativi in senso stretto. Più seguita è la diversa ricostruzione, secondo la quale le norme del c.d. diritto internazionale privato (come del resto la norma dell'art. 10, 1° co., Cost. sull'adattamento automatico del diritto internazionale generale) sarebbero norme "automatiche" che ricollegano «il sorgere di norme del diritto oggettivo statale all'esserci, nell'ordinamento designato, le norme richiamate. Fonte delle norme interne sarebbe, allora, il *fatto* costituito dalle norme esterne di volta in volta richiamate, queste ultime configurandosi, perciò, in sede dommatica, quali fattispecie produttive di diritto, e cioè fonti-fatto esse stesse»(V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, 203): il *fatto stesso* cioè *della vigenza* delle norme esterne come fonte (fatto) di produzione delle corrispondenti

norme interne. Meno convincente – anche se molto significativa, come sto per dire – è una terza costruzione, secondo la quale «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» (A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.*, § 8) (corsivi miei). Tale costruzione non sembra convincente, proprio perché una deroga al principio costituzionale di soggezione del giudice “soltanto alla legge” (art. 101 cpv. Cost.) e quindi all'ordinamento normativo – e per giunta contenuta in disposizioni di valore legislativo ordinario (un tempo nelle preleggi, ed ora nella l. 31 maggio 1995, n. 218) – non può significare altro che una modificazione del sistema delle fonti dell'ordinamento statale, la quale, se da un lato può giustificarsi, alla luce delle prime due teorie, con la costruzione di una nuova tipologia di fonti-fatto dell'ordinamento e non negando la sottoposizione, in questi casi, del giudice alle norme del diritto oggettivo, dall'altro rivela però la fragilità o flessibilità del presunto sistema delle fonti – che è tanto poco sistema quando si ammetta che leggi ordinarie, subordinate secondo i canoni del sistema gerarchico alle norme costituzionali, possano derogarvi. D'altro lato, la tesi da ultimo ricordata è molto significativa perché, pur rappresentando praticamente una variante soltanto nominalistica delle altre, pone in rilievo il fatto che «i casi di applicazione di norme straniere in virtù delle norme di diritto internazionale privato (...) non vanno confusi» con i casi di «produzione normativa mediante raccordi fra gli ordinamenti statali e gli ordinamenti della Comunità internazionale e dell'Unione europea», poiché nei primi «non si ha una forma di collegamento tra 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 (...), la norma applicata resta soltanto una norma straniera, anche se la sentenza che decide la causa è ad ogni effetto una sentenza italiana» (A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.*, § 6). Il che equivale a dire che, se nei casi di collegamento tra ordinamenti è pur possibile costruire un sistema delle fonti gerarchicamente ordinato, nel caso delle norme straniere applicabili dal giudice italiano siamo completamente fuori dal sistema delle fonti, ovvero che norme applicabili dal giudice italiano possono essere prodotte da fonti estranee al nostro sistema.

E) Come che sia, è stato osservato che «un fenomeno in qualche misura simile (...) 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» (A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.*, § 8). Si tratta del c.d. diritto transnazionale.

A questo proposito sembra opportuno distinguere, almeno descrittivamente, due accezioni del medesimo sintagma. Tenendo nel dovuto conto la ormai acquisita funzione della comparazione tra ordinamenti nelle operazioni di interpretazione degli enunciati normativi di un ordinamento dato, per cui la elaborazione di soluzioni ermeneutiche di determinati problemi nell'ambito dell'esperienza di un certo ordinamento può essere utilizzata nell'applicazione di norme appartenenti ad altro ordinamento, e tenuto altresì conto che la normativa applicabile è in definitiva quella che risulta dall'opera interpretativa dei testi-enunciati normativi, può dirsi che molto spesso la normativa concernente un istituto risulti dall'apporto della soluzione dei problemi suscitati dalla interpretazione-applicazione di enunciati appartenenti ad ordinamenti diversi ma vertenti sul medesimo istituto o “famiglie” di istituti, salve le diversità positive insuperabili e discriminabili

imposte dai diversi ordinamenti. Tutto ciò può altresì «determinare un'evoluzione del diritto nazionale». In particolare, com'è stato rilevato, «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 (...) circolazione dei modelli»(*ibidem*). In questo primo senso, il diritto transnazionale opera sul piano eminentemente ermeneutico-applicativo.

In un altro senso, il diritto transnazionale opera invece su un piano che potremmo dire parallelo a quello di una *vera e propria* legis latio, *interstiziale* rispetto a quella degli ordinamenti positivi statali. Qui si rivela appieno la verità della tesi espositiva della norma come opera dell'attività normogena dell'uomo, che persiste oltre l'atto o l'attimo della sua creazione o imposizione, semplicemente indirizzata e limitata dalle norme sulla normazione. E' stato anche detto che il fenomeno praticamente «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 che tuttavia ciò determini una subordinazione nei loro confronti che incida direttamente sul funzionamento dei rispettivi sistemi delle fonti del diritto»(A. PIZZORUSSO, *op.ult.cit.*, § 9). Si tratta però di vedere se in questi casi si possa ancora parlare di «rispettivi sistemi di fonti del diritto» dei diversi ordinamenti, quasi che questi operino sulla base di individuabili regole sulla normazione, mentre il *proprium* del fenomeno sembra invece quello dell'operare, comunque sia, *nell'ordinamento di riferimento*, delle norme prodotte fuori dal c.d. sistema delle fonti di quest'ultimo. L'esempio citato delle leggi del mercato, della c.d. nuova *lex mercatoria* (su cui F. GALGANO, «*Lex mercatoria*». *Storia del diritto commerciale*, nuova ediz., Bologna, 1993, 212 e ss.) è emblematico: essa comprende un complesso di regole che, se pure formate sulla base di pratiche applicate *convenzionalmente* nel corso dell'applicazione di clausole contrattuali, non costituiscono gli effetti dei singoli contratti, valevoli *inter partes*, bensì acquistano il valore di norme consuetudinarie per la ripetizione e diffusione della loro osservanza a traverso il consenso anche tacito degli operatori di un determinato settore dell'attività economica. Tali regole consuetudinarie o usi – anche «nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti» in cui dovrebbero avere efficacia «solo in quanto sono da essi richiamati»: art. 8 disp. prel. - invece «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»(A. PIZZORUSSO, *op. loc. ult. cit.*). Non di meno si riconosce che queste regole sono non di rado «recepiti dagli ordinamenti statali o internazionali come forme di *soft law*, oppure in virtù di interpretazioni variamente possibili di disposizioni o norme in essi vigenti» (*ibidem*) ad opera quindi dello stesso giudice statale che acquista, com'è stato detto, la veste di «giudice transnazionale»(su cui F. GALGANO, *op. cit.*, 215 e ss.). A fronte di questi fenomeni di formazione di un *diritto orizzontale o trasversale* che trapassa i confini degli ordinamenti statali non può davvero dirsi che si possa ancora parlare di un sistema delle fonti proprio di un determinato ordinamento statale di riferimento per individuare le «fonti legali» che sole sarebbero idonee a produrre norme costitutive del relativo diritto oggettivo. Tra il presunto o preteso sistema delle fonti e il sistema delle norme costitutive del diritto oggettivo applicabile (e applicato) dai giudici vi è insomma soluzione di continuità, carenza di condizionamento.

A questo punto, peraltro, è possibile perfino dubitare della stessa significatività dei due diversi sensi in cui può intendersi il sintagma di «diritto transnazionale»: quello che lo indica come operante a livello ermeneutico-applicativo e l'altro che ne significa l'operatività a livello di vera e propria produzione normativa. Così che, più in generale, la stessa categoriale contrapposizione tra «forme di collegamento fra ordinamenti giuridici statali (tra loro o con ordinamenti non statali ma raccordati al sistema degli ordinamenti statali)» e «ordinamenti giuridici non collegati al sistema degli ordinamenti statali» (delineata nell'attenta analisi di A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.*, §§ 8 e 9)

sembra vacillare.

Come è possibile veramente contrapporre un diritto transnazionale «inteso come circolazione dei modelli a livello giurisprudenziale» (§ 8) e un diritto transnazionale «inteso come diritto degli ordinamenti privati extrastatali e delle organizzazioni non governative» (§ 9) quando si riconosce e si segnala «il fenomeno sotto il profilo degli effetti che esso può determinare *sulla applicazione* del diritto e quindi sulla *pratica operatività delle diverse fonti*» (A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.*, § 8 *ad finem* – corsivi miei), ossia sull'interpretazione-applicazione delle norme e, rispettivamente, sulla produzione di esse? E infatti si segnala esattamente il risvolto o la rilevanza che il fenomeno della scelta di rendere applicabile il diritto di un altro ordinamento, statale o non statale, collegato o non con quello di riferimento, assume nei confronti del legislatore che non può far finta di nulla: «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 (...) cosicché viene a stabilirsi una sorta di “concorrenza tra ordinamenti giuridici” (siano essi statali o non statali)» (*ibidem*). E la concorrenza tra ordinamenti i più diversi ha il suo risvolto nella “scelta del diritto” dei cittadini che, nell'ambito dell'ordinamento statale di riferimento, possono addivenire all' «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)», ovvero, «per prevenire le controversie», al «ricorso all' “arbitraggio”, mediante il quale si determina un elemento del negozio giuridico, indipendentemente dall'esistenza di una controversia in atto» (*ibidem*).

Quel che è certo – ed è stato ormai riconosciuto – è che l'organizzazione di ordinamenti giuridici non statali di tipo orizzontale o transnazionale «non risulta soltanto, di fatto, dall'attività degli stessi operatori economici (...), 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, e in molti casi le norme «funzionano per forza propria, cioè per effetto dell'adesione che i destinatari delle norme in questione prestano ad esse» (A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.*, § 9). Ciò che, oltre a confermare la tesi che il diritto è prodotto dell'attività normativa dell'uomo – che solo può essere indirizzata, limitata, controllata dagli istituti e strumenti positivi dei vari ordinamenti giuridici statali – vale a sottolineare «che lo sviluppo di questo tipo di diritto», spontaneamente prodotto e liberamente osservato, «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*)» (*ibidem*). Non di meno non sembra potersi ragionare di un diritto “globale”, a dirittura, “universale” o “cosmopolitico”. Al contrario, esso è frutto di produzione normativa settoriale, specialistica e pluralistica, operata nell'ambito di ordinamenti che non soltanto non sono “politici” o “generalisti”, non aspirano alla scelta, alla graduazione e al perseguimento dei fini (di qualsiasi possibile fine degno di essere perseguito) e all'approntamento dei mezzi adeguati per realizzarli, ma non sono neppure tra di loro collegati o collegabili, sono *paralleli*, espressione piuttosto di una *molteplicità di interessi distinti*, la cui soddisfazione richiede la produzione e l'applicazione di regole particolari ordinate secondo sistemi (di norme e non di fonti) reticolari che ne consentano il funzionamento. Basti pensare agli esempi più ricorrenti di tali ordinamenti e dei corrispondenti gruppi sociali più o meno organizzati o anche fluidi: gli operatori economici nel mercato, gli sportivi (in senso lato) o i cultori di giochi, gli utenti dei sistemi di comunicazione e di informazione automatica o automatizzata. Com'è stato sinteticamente ricordato, oltre all'esempio della nuova *lex mercatoria*, si è parlato di una *lex sportiva* e di una *lex informatica*, per designare, rispettivamente, l'ordinamento degli sport organizzato in federazioni sopranazionali di associazioni nazionali di carattere prevalentemente privato (non prive di vincoli di carattere pubblicistico: si pensi, nel nostro ordinamento, al CONI) e l'ordinamento di soggetti e istituzioni che svolgono o utilizzano attività

informatiche le cui caratteristiche tecniche rendono, allo stato, molto difficoltoso, se non impossibile, l'esercizio di un controllo statale e perfino internazionale.

## 6. Variabilità dell'efficacia delle norme

Da un altro punto di vista, la attenuazione non solo del c.d. sistema Vestfalia di produzione normativa, bensì anche della stessa efficacia e consistenza della “norma giuridica”, tradizionalmente concepita come “comando”, o come “precetto”, o anche come “giudizio ipotetico” con apodosi coercitiva o sanzionatoria – insomma *come prescrizione vincolante* -, risulta dalla distinzione tra principi e regole e dalla ulteriore distinzione tra il c.d. *Hard law* e il c.d. *Soft law*. La prima distinzione – da sempre praticata – ha assunto un particolare significato dal momento in cui i diritti costituzionalmente riconosciuti (nell'epoca del “costituzionalismo”, a partire dalla fine del XVIII secolo) e, soprattutto, successivamente della garanzia per essi apprestata della instaurazione del sindacato di costituzionalità delle leggi (negli Stati Uniti d'America) fin dall'inizio del secolo XIX e negli ordinamenti di *civil law* soprattutto dalla seconda metà del secolo XX, hanno finito per assumere (con varie accentuazioni) il valore di “principi” antecedenti e prioritari rispetto al diritto positivo (legislativo), che pure contribuisce a strutturarli, li limita e li rende concretamente operativi, e che, in quanto principi, sono soggetti ad una logica diversa da quella che presiede all'applicazione delle regole, ad una logica, al tempo stesso, meno rigida ma più garantistica.

La seconda distinzione – anch'essa conosciuta in passato – sta assumendo, negli ultimi tempi, un particolare significato. Anche questo sintagma può essere inteso in due o tre sensi.

a) Dal momento che negli ordinamenti di *civil law* il diritto è prodotto – di regola – da atti normativi soggetti a pubblicazione necessaria, costitutiva dei testi ed enunciati linguistici in essi contenuti al fine di far valere nella sua rigidità il principio *ignorantia legis non excusat*, l'attenuazione di tale principio dovuta, tra l'altro da noi com'è noto, alla giurisprudenza costituzionale (Corte cost., sent. n. 364 del 1988), ha finito per avvicinare, sotto questo profilo, cotesti ordinamenti a quelli di *common law* nei quali «l'inizio dell'efficacia [dei principi e delle regole] è determinato in altri modi comunque ritenuti equivalenti ai fini della conoscenza del diritto da parte dei suoi destinatari» (A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.*, § 3 *ad finem*; sulle differenze tra i modi dell'entrata in vigore delle leggi nei due tipi di ordinamenti v. ID. *Is it in force? Appunti per la comparazione dei modi di entrata in vigore degli atti normativi in Gran Bretagna ed in Italia*, in *Giur. Cost.*, 1997, 4155 e ss.). L'attenuazione delle regole sulla vigenza di principi e norme – e anche questo è un segno inequivocabile della flessibilità delle norme sulle fonti (e sulla normazione) – ha consentito «di utilizzare anche forme di *soft law* quantomeno ai fini dell'interpretazione (anche sistematica) delle clausole vigenti» (A. PIZZORUSSO, *La produzione cit.*, § 3). In questo senso “*soft law*” è sintagma che designa le *regole derogatorie alle rigide regole sulla conoscenza e la consistenza delle disposizioni normative in vigore* in un determinato ordinamento.

b) In senso più ampio – e per traslato – con lo stesso sintagma si allude a tutti i principi e le regole che «pur non essendo “in vigore” in senso tecnico-giuridico, *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)» (*ibidem*) (corsivi miei). Questa ultima ipotesi ricorre frequentemente nel diritto comunitario, ma anche nel diritto statale, tutte le volte per es. che le leggi siano precedute da preamboli o premesse (o comunque da giustificazioni o motivazioni), sottoposti ad approvazione, o comunque a conoscenza (e discussione) degli autori delle disposizioni che li accompagnano, atti ad esporre le finalità o le circostanze per le quali sono adottate le disposizioni costituenti il vero e proprio testo dell'atto normativo (si pensi, da noi, ai decreti legge e anche ai *referendum* abrogativi con riferimento alle “intenzioni” dei proponenti). Siamo anche qui sul piano della interpretazione del diritto vigente.

c) Infine, in un terzo e ancora più ampio significato, con diritto “morbido” o “debole” o “flessibile” si intende designare tutti quei modi in cui le regole sono poste e finiscono per imporsi –

fuori dalle norme o previsioni sulle fonti – ad opera di soggetti o con procedimenti che non sono positivamente considerati normativi: è il caso delle «*rationes decidendi* di decisioni giudiziarie alle quali non è applicabile il principio *stare decisis*» (*ibidem*), o anche delle “norme tecniche” che, indipendentemente da specifici richiami ad opera di disposizioni normative, non possono non seguirsi ed osservarsi per l’impiego dei vari tipi di tecnologie; o ancora, più in generale, delle “regole sociali” che gruppi enti di formazione spontanea, più o meno riconosciuti dall’ordinamento statale – ma un riconoscimento generale non può non ravvisarsi nell’art. 18 Cost. – si danno per disciplinare e regolare le attività dei soggetti ad essi appartenenti (in particolare si possono menzionare i sempre più frequenti codici di autoregolazione, i codici etici, gli statuti, i regolamenti, le deliberazioni, e così via, di associazioni e di “ordini professionali”). In questo quadro possono farsi rientrare le stesse convenzioni costituzionali e le regole di correttezza costituzionale, qualora non le si vogliano considerare, né le une, né le altre, come fonti di vere e proprie norme giuridiche.

Tutte queste regole o norme - che nella loro varietà possono essere aggruppate per il solo connotato negativo di *non* essere considerate “norme giuridiche”, in quanto prodotte fuori dalle norme o regole sulle fonti – se e in quanto esplicano invece rilevanza giuridica, (su cui v. C. E. BALOSSINI, *La rilevanza giuridica delle “regole sociali”*, Milano, 1965), ossia sono applicate dalle amministrazioni e talora dai giudici, costituiscono la più sicura smentita della possibilità di costruire un sistema (chiuso) delle fonti proprie dell’ordinamento statale di riferimento. Del resto – si è già detto – regole di questo tipo, oltre che esplicare rilevanza nell’ambito di un determinato ordinamento statale di riferimento, possono, qualora si configurino come “diritto transnazionale” – sia pure con riguardo ad un ben determinato settore o campo di attività -, esplicare la loro efficacia negli spazi interstiziali lasciati liberi da tutti gli ordinamenti (statali, internazionali, sopranazionali) riconducibili in qualche modo al modello Vestfalia, i quali, d’altra parte, o le recepiscono come forme di diritto debole o sussidiario, ovvero, pur non recependole, le “subiscono” in sede di interpretazione e applicazione delle norme in essi vigenti.

In definitiva non può negarsi che la netta distinzione tra forme di diritto vigente e forme di diritto debole si sia almeno attenuata al punto di rimuovere i tradizionali convincimenti dottrinali e dogmatici circa la configurabilità di un sistema di norme sulla produzione giuridica costruito a partire dagli ordinamenti statali, secondo l’assetto Vestfalia incentrato sul concetto di “sovranità” degli Stati e di “cittadinanza” dei destinatari delle norme. La pluralità degli ordinamenti, da predicato della relatività dei valori giuridici, sembra assumere un più profondo significato: gli ordinamenti non sono tanti, perché ciascun gruppo sociale può qualificare fatti, situazioni, comportamenti secondo valutazioni e quindi prescrizioni diverse e spesso contrastanti tra di loro: ciò che è “lecito”, per l’uno, può essere “vietato” per l’altro ..., ma perché fatti situazioni comportamenti, ricevono, secondo i casi in cui concretamente si presentano, *qualificazioni e prescrizioni diverse suggerite o imposte dalla natura e dalla varietà degli interessi* che, tenendo conto dei mezzi disponibili e degli strumenti adeguati, si intendono soddisfare o degli scopi che si intendono perseguire.

Si può spiegare allora anche la ragione per la quale non solo i sistemi di *civil law* e di *common law* si ravvicinino esaltandosi nei primi il ruolo della amministrazione, della regolazione per settori (si pensi alle *autorità indipendenti*) e della giurisprudenza, ma soprattutto, sul piano sostanziale, ma la stessa distinzione tra diritto vigente (c.d. *hard law*) prodotto secondo le regole positive sulla produzione normativa e diritto morbido, debole o flessibile (c.d. *soft law*) si vada attenuando al punto di spostare l’attenzione e – in certi casi – di privilegiare i principi sulle regole, i precedenti giudiziari sugli enunciati legislativi, le dichiarazioni dei diritti di per sé prive di efficacia vincolante sulle norme che li specificano, li strutturano e li limitano, i codici etici e di autodisciplina sulle norme giuridiche generali, le norme sociali e concordate tra gli stessi destinatari e le regole tecniche sulle norme imposte.

## **7. Sistema delle fonti e principio gerarchico**

Se il preteso o presunto sistema delle fonti di un ordinamento statale di riferimento non è sufficiente, per i motivi fin qui illustrati, alla individuazione delle fonti di produzione normativa,

poiché il sistema delle norme applicabili e applicate nell'ordinamento medesimo non corrisponde (è in genere più ampio, più esteso) di quello risultante dalla rigorosa applicazione delle norme sulla normazione, può essere almeno sistema l'insieme delle norme che vertono sulle *relazioni tra le fonti legali* e delle altre che vertono sulla *composizione dei conflitti* tra le norme che si susseguono nella produzione continua di esse?

Mi sia consentita una digressione. Si noti che lo stesso sintagma "norme sulla normazione" o "norme sulla produzione" è plurivoco ed allude a fenomeni diversi e distinti anche se collegati dallo scopo di realizzare la produzione normativa. La mancata percezione di queste distinzioni ha consentito l'acritico accomunamento di tali norme in un'unica classe, come pure la mancata percezione della stessa generale distinzione logico-linguistica tra metanorme e norme ha consentito, accentuandone la nota comune di essere norme, le une e le altre, un processo di assimilazione che ha finito per nascondere le differenze che intercedono tra di esse all'interno delle medesime meta-norme.

Seguendo la tripartizione di Zitelmann, si possono individuare almeno tre specie di norme sulla normazione:

a) le norme sulla individuazione-qualificazione della fonte (norme di definizione dei fatti ed atti fonte, di imputazione della potestà normativa, di delimitazione delle competenze, etc.);

b) le norme che delimitano l'ambito di efficacia delle norme prodotte o producibili dalle fonti (regola di successione nel tempo e per es. sulla c.d. irretroattività);

c) le norme che regolano il processo interpretativo di individuazione delle norme prodotte dalle fonti.

Come è stato acutamente osservato da chi ha operato un'analisi delle tre classi, esse presentano notevoli differenze anzitutto dovute ad un graduale processo di positivizzazione: «mentre la prima *species* annovera in sé fondamentalmente delle *regulae*, delle norme in senso proprio, in quanto diretto ed immediato frutto degli enunciati prescrittivi che le compongono, nella seconda quelle regole si volgono per lo più in principi, per giungere poi nella terza a tradurre, in linea di massima, canoni logici che, però, non esaurendosi in quelli (asseritamente) positivizzati e operando anche in assenza di una positivizzazione, testimoniano del mantenimento di una certa distanza (*rectius*, estraneità) nei riguardi di quest'ultimo processo, tale da revocarne in dubbio, sia il senso che l'effettività. Tanto che, proprio quest'ultima classe appare solo esteriormente qualificabile come normativa, e quindi riconducibile nella categoria delle "norme" sulla produzione, se non laddove si sia in presenza di vere e proprie regole – si pensi al divieto di interpretazione analogica in materia penale e per le leggi eccezionali – o di assunzione dell'azione ermeneutica ad opera dello stesso legislatore - come nel caso della c.d. interpretazione autentica – che potrebbe, in fondo ricostruirsi, come posizione di regola interpretativa per atto individuo» (P. CARNEVALE, *Osservazioni sparse in tema di norme sulla normazione e su talune caratteristiche del loro regime giuridico*, in *Diritto romano attuale*, 9, 2003, 144). Ora, è manifesto che tutte queste norme, come tutte le norme in genere, esplichino un'efficacia condizionante rispetto all'oggetto su cui vertono (nella specie la produzione normativa). Solo che, nella comune o prevalente opinione, «una volta che la prescrizione normativa si rivolga a regolare la produzione di altra norma, [essa] perde la sua "naturale" efficacia condizionante, per risultare invece assoggettata alle (o, forse, assorbita dalle) regole dell'ordinazione in sistema dei fatti di produzione», ossia «pur non negandosi (e non potendosi negare) prevalenza logica della norma sulla normazione quel che, così, si finisce per revocare in dubbio è che essa possa *tout court* riversarsi sul piano positivo» (*op. ult. cit.*, 152). «In particolare, si ritiene che la capacità di condizionare il processo normogenetico non possa non fare i conti con la capacità giuridica – la forza – che l'ordinamento riconosce propria dell'atto o fatto che intende esercitare quel condizionamento, prescindendo da essa. Di modo che, quella medesima capacità di condizionamento sarà da negarsi, ogniqualvolta non sia accompagnata da una sovraordinazione del fatto espressivo della meta-norma rispetto a quello condizionato, *con esclusione pertanto di qualsiasi ipotesi di vincolatività operante fra normative dettate da atti o fatti aventi il medesimo rango (o addirittura inferiore)*» (*op. ult. cit.*, 152-153). In parole povere, se ne desume il divieto per ciascuna fonte di istituire fonti concorrenziali con sé medesima, di disporre

della propria forza, del *numerus clausus* delle fonti primarie a livello costituzionale, e così via. Questa assunzione dogmatica è stata contestata anche da chi vi parla in numerose occasioni e per svariati motivi. Come spiegare ad es. i «diversi casi in cui, nel nostro ordinamento, il regime giuridico di una fonte, ad esempio costituzionale, sia integrato dalla disciplina posta dalla legge ordinaria, *senza alcun esplicito rinvio-autorizzazione*»? (op. ult. cit., 153). Si pensi all'istituto dell'abrogazione non disciplinato a livello costituzionale (altra e più ristretta evenienza è quella della revisione, che non può non essere esplicita), ma solo a livello ordinario, e che si ritiene invece comunemente idoneo a regolare la successione nel tempo delle leggi costituzionali (anche non in emendamento del testo della Costituzione). Si pensi al divieto di interpretazione analogica delle norme eccezionali (ex art. 14 disp. prel.) che si ritiene valevole anche per gli enunciati costituzionali, alla disciplina della fase di iniziativa delle leggi, della pubblicazione e della promulgazione, notoriamente disposta da legge ordinarie anche per ciò che concerne le fonti di rango costituzionale.

D'altro lato, il presunto divieto di istituzioni di fonti concorrenziali dovrebbe riguardare, al più, com'è stato acutamente osservato, «solo l'aspetto di imputazione del potere (la c.d. norma di riconoscimento in senso stretto), lasciando tuttavia impregiudicato ogni altro aspetto della produzione normativa, sia sotto il profilo qualificatorio della fonte, sia con riguardo alla definizione del regime applicativo delle norme», per cui, in sostanza dal su detto principio del *numerus clausus* «si dovrebbe trarre (...) solamente il divieto, per ciascuna fonte, di “fondare se stessa”, ma non anche quello ad edificare su quel fondamento nella misura in cui la fonte sovraordinata – se non addirittura la sola Costituzione – lo consenta» (op. ult. cit., 154). E il depotenziamento della fonte - tramite autorizzazione - non è stato forse operato con l'istituto della delegificazione?

Il fenomeno inverso sarebbe invece rappresentato dal potenziamento o “rafforzamento” della fonte condizionante rispetto a quella condizionata in presenza di fonti del medesimo rango formale. L'esempio della legge n. 400 del 1988 che pone condizioni di legittimità “ulteriori” ai decreti legislativi e ai decreti-legge è emblematico; come pure ormai ricorrenti sono i casi di leggi che pongono limiti all'efficacia nel tempo delle norme di produzione legislativa (per es. vincolando variamente l'abrogazione futura, o ponendo clausole sull'interpretazione di una determinata disciplina). Può dirsi che, in questi casi, la norma sulla normazione sia *inutiliter data*, in quanto contenuta in una legge parigrado? Basterà ricorrere alla negazione dell'effetto di incidere sulla collocazione formale sia della fonte vincolante sia della fonte vincolata? E' stata data un'interessante risposta al quesito distinguendo «fra ambito e ambito del ciclo normativo su cui la norma sulla normazione interviene, a seconda che essa interessi il profilo della qualificazione della fonte o la sfera di applicazione delle norme» (*ibidem*). «Agendo sul versante delle norme – qual è quello applicativo dei precetti normativi – il vincolo si configurerà come un *posterius* rispetto alla posizione dell'atto testo, il quale ben potrà contenere un'altra avversa norma sulla normazione in grado di scioglierlo dal vincolo» (op. ult. cit., 155) (Per esempio in caso di vincolo ad abrogazione futura espressa basterà richiamare l'art. 15 disp. prel., o senz'altro abrogare la disposizione vincolante): «è solo necessario (...) che una norma sulla normazione, eguale e contraria a quella vincolante, sia posta dalla legge vincolata, essendo comunque necessaria che l'ablazione della prima avvenga attraverso una norma *congenere*» (*ibidem*). Del resto, «anche nel caso di vincolo incidente sul ciclo produttivo della fonte», ossia sull' «ambito di qualificazione della stessa», esso, «pur essendo rimovibile per il futuro dalla fonte condizionata, dovrà tuttavia reclamare rispetto da parte di quest'ultima, ancorché essa preveda di rimuoverlo» ossia il vincolo «posto dalla norma sulla normazione sarà *autonomamente* operante solo rispetto al primo atto individuo adottato in conformità con la nuova norma sulla normazione, ma non anche con riferimento ad ogni altra futura manifestazione di quella medesima potestà normativa, rispetto alla quale il permanere del vincolo non sarà più ascrivibile alla sola decisione originaria che l'ha posto, bensì *alla determinazione condivisa anche dall'atto individuo che avrebbe potuto eliminarlo e non l'ha fatto*» (*ibidem*). In termini competenziali, «sarebbe possibile all'atto gravato da un vincolo relativo alla definizione della propria competenza materiale, liberarsene contestualmente al suo sorgere nella realtà dell'ordinamento, mutando all'atto della sua entrata in vigore la norma sulla competenza che lo

gravava» (*op. ult. cit.*, 156).

Ora, indipendentemente dalla persuasività di tali ricostruzioni, è certo che la giustificazione tradizionale del fatto per cui (solo) a livello costituzionale sarebbe data la possibilità di norme sulla normazione per la mancanza di un grado ulteriore nella gerarchia delle fonti cui ricollegarle, com'è stato acutamente osservato, «finisce proprio per dar prova che, sia pure alla bisogna e *in estrema ratio*, le norme sulla normazione sono in grado di esibire una capacità di condizionamento anche sul piano positivo e non solo logico e che, comunque, quest'ultima non ripete necessariamente dalla superiorità gerarchica il suo fondamento» (*op. ult. cit.*, 156-157).

Ma c'è di più. Se la capacità di condizionamento delle norme sulla normazione non può dedursi da un presunto sistema delle fonti – che, come sto per dire, comporta necessariamente l'accettazione di una visione gradualistica del c.d. sistema – non è poi affatto convincente la comune e tralatizia opinione che le norme sulla normazione poste da fonti equiparate (che non siano fonti formalmente costituzionali) possano essere ignorate o disattese dalla fonte oggetto del vincolo essendo dotate di efficacia meramente “direttiva”. E' stato esattamente dimostrato in proposito che delle due l'una: se esse sono illegittime (e la norma invalida è efficace fino a che non venga dichiarata invalida) la negazione dell'efficacia (provvisoriamente) vincolante è contraddittoria; se esse sono invece vincolanti, non può sostenersi che possano disattendersi dalla fonte (o dalle norme) su cui vertono, poiché «la sostituzione/eliminazione di una norma sulla normazione è possibile solo da parte di altra norma del medesimo genere, l'unica in grado di reagire adeguatamente ad essa *per la banale ragione di operare sul suo medesimo piano*. Invero, una qualsiasi norma di produzione non potrà mai risultare capace di sostituire, modificare, abrogare, derogare la rispettiva norma sulla produzione, stante l'incommensurabilità dei reciproci campi applicativi: l'uno la produzione di quella norma appunto; l'altro, la sfera materiale dei rapporti su cui il suo contenuto prescrittivi va ad incidere. L'assenza, infatti, di interferenza di ambiti di applicazione tra norme genera un insormontabile ostacolo affinché possa prodursi il fenomeno della successione di quelle norme nel tempo: l'impossibilità di qualificare quella relazione in termini di incompatibilità» (*op. ult. cit.*, 158). In conclusione, una norma “incompetente” a disciplinare una certa materia, alla luce della norma sulla competenza che la regola non potrà mai abrogare, modificare o sostituire la norma sulla competenza *per la sola ragione di non averla ottemperata* (altra e non incompatibile è la tesi espositiva secondo la quale le disposizioni sulle fonti perdono una parte della propria validità in ogni caso in cui siano efficacemente trasgredite, ma che possono dirsi vigenti se le trasgressioni coronate da successo non siano tali e tante da rendere desueta la regola). Se la norma di produzione lascia inalterata nella sua vigenza la norma sulla produzione, la violazione di questa sarà sanzionabile secondo che incida sulla validità o sulla efficacia della norma di produzione. E allora, più precisamente, ritornando alla triplice distinzione delle norme sulla produzione, mentre la violazione delle norme sulla qualificazione della fonte (tra le quali le norme che ne delimitano l'ambito di competenza formale-materiale) determinerà un vizio di invalidità dell'atto fonte, la violazione delle norme che delimitano l'ambito di efficacia di altre norme (sulla successione nel tempo, sullo spazio temporale di efficacia) determinerà l'inefficacia della norma di produzione, e l'inosservanza delle regole sull'interpretazione potrà determinare la rimozione o la correzione dell'atto adottato sulla base di un'interpretazione ritenuta erronea o scorretta.

Ritornando ora all'interrogativo circa la possibilità di considerare il sistema delle norme che vertono sulle relazioni tra le fonti “legali” e sulla composizione dei conflitti tra le norme che si susseguono nella loro produzione, la risposta al primo interrogativo è tradizionalmente e notoriamente offerta dal c.d. principio gerarchico: le fonti sono ordinate *in relazione gerarchica*, distinguendole e collocandole sui discendenti (e ascendenti) gradi o gradini di una scala. Anzi è possibile sostenere che il “principio di gerarchia” «si lascia definire come il principio per cui le fonti sono ordinate verticalmente in base alla “forza-efficacia normativa” che a ciascuna di esse compete; forza che è, reciprocamente, maggiore o minore e, complessivamente, ascendente o discendente» [*Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, I aggiornamento, § 1] il cui presupposto è «che le fonti del diritto siano identificabili come altrettanti “tipi”, ciascuno individuabile per la forma che è ad esso propria e ciascuno titolare di un determinato grado di forza

(formale), ossia di efficacia creativa del diritto»(*ibidem*). In questo modo, nella corrente mentalità, «il termine gerarchia (...) indica non solo un particolare principio ordinatore delle fonti, ma addirittura (...) contiene l'idea stessa della ordinazione delle fonti: è di quest'ultima, in qualche modo, sinonimo, se non altro *nel senso che si dà, o non si darebbe, ordinazione senza gerarchia*» (*ibidem*) (corsivo mio). Così, l'idea di ordinazione delle fonti nasce insieme all'idea che le fonti siano ordinate in modo gerarchico. Più precisamente insieme all'idea che “una” fonte, la legge, sia comunque più forte e più pregevole di ogni altro atto o fatto normativo, e anzi di ogni autoritativa, collettiva o privata manifestazione di volontà (normativa o non). La matrice storica inconfondibile ha il suo riflesso nella “primazia” della legge. Affermata la preminenza della legge, ecco che l'ordine delle fonti non poteva che essere gerarchico, ed ecco che non poteva esservi ordine cui non fosse impressa una verticalità gerarchica. Così la forza-efficacia che contraddistingue un tipo di atto normativo (la “force de la loi”) irradia intorno a sé una *costruzione sistematica dell'intera serie di rapporti tra le fonti, che è la gerarchia*; così nasce, altresì, un senso comune, che giunge sino a noi, per cui gerarchia è, al contempo, un principio di ordinazione e l'ordinazione in sé e per sé, per cui la forza-efficacia degli atti normativi deve rappresentare necessariamente il *prius*, cui ogni altro eventuale aspetto caratterizzante un atto normativo (per es. il contenuto normativo) finisce quasi per essere subordinato. Dominazione della gerarchia come principio ordinatore e dominazione della “forza formale” come carattere distintivo dei singoli tipi di atti normativi hanno proceduto allacciati. Le relazioni tra i tipi di atti (di fonti) sono relazioni di forza formale: legge parlamentare, decreto-regolamento dell'esecutivo, decreto-regolamento di altre autorità. Tutt'al più il sistema ammette eccezioni, secondo regole che scindono la forza dalla forma a ben determinate condizioni: decreti governativi su delega parlamentare, decreti-legge se convertiti in legge parlamentare. Il “periodo classico” di invero del sistema gerarchico ci mostra in filigrana i presupposti coesenziali alla sua piena vigenza: il carattere relativamente semplice – monistico e non pluralistico, accentrato e non decentrato – dell'ordinamento (il punto è posto in evidenza per es. da A. PIZZORUSSO, *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *D. disc. pubbl.*, VI, 1991, 421) e la (conseguente) possibilità di pensare e sperimentare la “legge” come “tipo” di fonte nettamente differenziato sotto l'aspetto formale e costituente il “centro” del sistema, il “perno” attorno al quale ruota l'intero insieme delle fonti normative (secondo le regole di formazione e trasformazione di un sistema dinamico); l'attitudine per sua natura “generale” della competenza della legge, e la vigenza del principio di legalità, che imprime carattere derivato e subordinato a tutte o alla maggior parte delle manifestazioni del potere esecutivo.

Ora, com'è notissimo, le trasformazioni che hanno investito, nell'evoluzione degli ordinamenti, uno per uno tali presupposti, e soprattutto l'introduzione di costituzioni rigide, hanno segnato il declino della gerarchia. L'introduzione di costituzioni rigide ha prodotto un duplice effetto: da un lato la Costituzione potrebbe sembrare – ed è sembrata (per es. a A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.*, 422) – nient'altro che un quarto ed ulteriore gradino aggiuntosi a completamento della “piramide” che lo Stato di diritto aveva espressa: “trascinato” nell'ordinamento repubblicano, l'art. 1 disp. prel. dovrebbe essere letto così: la Costituzione “prevale” sulla legge, perché questa le deve essere conforme; la legge “prevale” sul regolamento, e tutte “prevalgono” sulla consuetudine. L'insufficienza di questa lettura fu notata subito (da V. CRISAFULLI, *Lezioni*, II, 1, 232). Un simile schema non tiene conto di come la Costituzione sia, per sua propria natura, disciplina (anche) delle fonti del diritto, “norma sulla produzione” (pur senza avere necessariamente il monopolio sulla normazione). Per questa sua natura la Costituzione rigida esprime un “secondo effetto” che è, intrinsecamente, travolgente e negativo nei confronti della possibilità stessa di leggere le fonti secondo gerarchia di efficacia normativa. La Costituzione “crea” altre fonti, le individua, ma, al tempo stesso, le conforma e le condiziona. E' nella nozione stessa di costituzione, come fonte sulla produzione, la sua capacità di *determinare tra gli altri atti normativi rapporti* che “possono” essere ma “non sono necessariamente” gerarchici e che attraverso la sola visuale gerarchica non potrebbero essere letti.

Una volta percepito il ruolo della fonte sulla produzione, la progressione dinamica delle fonti non può più essere intesa come un omogeneo digradare da norma superiore a norma inferiore, e la

produzione normativa appare di necessità seguire i ritmi scanditi costitutivamente (e prescrittivamente) dalle norme positive sulla normazione. E' questa visuale che rende concepibile un rapporto tra le fonti che non sia o non sia solo di gerarchia, e che mostra come l'adozione di una costituzione rigida rechi ancor più in sé il germe (almeno) di uno sgretolamento della gerarchia. Applicato alla Costituzione, lo schema della fonte sulla produzione (che disciplina, regola, eventualmente limita la forza, secondo l'insegnamento espositivo, "propria e altrui", secondo una specificazione zanobiniana: *Gerarchia e parità tra le fonti*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1939, 589 e ss.) manifesta immediatamente le sue conseguenze, "rompendo" anzitutto la unitarietà del concetto di "forza di legge". Con la supremazia della legge se ne va tutto il sistema dei rapporti tra fonti costruito di riflesso ad essa: «la capacità creativa di diritto si arresta soltanto nei confronti delle fonti di ordine costituzionale». "Soltanto", ma non è poco. «E' una rettifica, questa, che in realtà ha un valore decisivo nella teoria delle fonti, rivelandosi suscettibile di *dissolvere dall'interno lo stesso sistema gerarchico* solitamente inteso» (V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti del diritto*, ora in *Studi in onore di G. Zanobini*, III, Milano, 1965, 183) (corsivo mio).

La "de-tipizzazione della legge", dovuta alla "manipolazione" del "tipo" che la Costituzione opera, comporta almeno due conseguenze, anche sul piano della composizione dei conflitti tra norme che si susseguono nella produzione: a) la preferenza (in verticale) e l'abrogazione (in orizzontale), cioè le due manifestazioni della "forza" di legge non sono (più) di per sé sufficienti a dirimere tutti i possibili conflitti di norme nel sistema, «perché non tutte le leggi formali sono autorizzate a disporre liberamente su qualunque oggetto né sono tutte modificabili o derogabili da qualunque legge formale» (op. ult. cit., 195 e s.). Divenuta "fattispecie" della fonte sulla produzione-costituzione, «la capacità creativa di diritto delle leggi formali non è più identica o omogenea per tutte, ma ripartita, differenziata e graduata, indipendentemente dalla forma tipica, che esse hanno in comune, come non più uniforme ma diversa ne risulta la forza di resistenza a modifiche o abrogazione» (op. ult. cit., 199).

Di qui la necessità di affiancare alla gerarchia un altro criterio, almeno di composizione delle antinomie, che, come tutti sappiamo, è detto di "competenza". b) Altra conseguenza esercitata dalla adozione della cifra logico-linguistica della "fonte sulla produzione" altrettanto evidente, ma rimasta più coperta, riguarda la supremazia della legge tra le fonti, la quale, nello Stato rappresentativo, era un dato implicito nella forma di governo, mentre, ora, nello Stato a costituzione scritta e rigida, essa, se e in quanto permane, è il risultato di una norma che attribuisce alla legge quella data posizione (art. 70 Cost.), per cui, se le disposizioni preliminari (artt. 1-4) sono "in parte" recepite dalla Costituzione, esse vedono rovesciato il loro senso: non sono più "descrizione" di un assetto dato (prevalente era l'opinione che già le considerava "dichiarative" e non "costitutive"), ma "attribuzione", valida in quanto coerente (e non incompatibile) col disegno costituzionale, di determinati ruoli alle diverse fonti.

## **8. Sistema delle fonti e principio di competenza. Affiancamento o superamento del principio gerarchico?**

Ma, la concorrenza affianca la gerarchia o la supera? Ed è possibile poi e in quale senso ragionare di un sistema competenziale delle fonti? Si è cercato di ridimensionare la scoperta del mio grande Maestro, Vezio Crisafulli, con argomenti anche molto persuasivi.

Crisafulli ci consegna un sistema delle fonti fondato sui due principi, o meglio caratterizzato dalla compresenza dei due criteri per la soluzione delle antinomie tra norme (oltre al tradizionale criterio cronologico, a sua volta limitato da quello di specialità), sistema nel quale, anzi, la gerarchia è, in qualche modo, privilegiata: la scoperta della competenza non significa abbandono della gerarchia, la quale non può essere assorbita «senza residui» nella competenza, anche perché la relazione di competenza tra due o più fonti si istituisce in funzione di una gerarchia «per lo meno logica» (V. CRISAFULLI, *Gerarchia*, cit., 201) che è quella rappresentata dal rapporto di condizionalità intercorrente tra la fonte sulla produzione e la fonte di produzione da essa regolata. Ma questa "salvezza" logica, o, come altri dice, "strumentale", della gerarchia è del tutto apparente,

poiché nulla ha a che vedere con la gerarchia secondo efficacia formale che costituisce la “vera e propria” gerarchia tradizionalmente intesa (sulla distinzione v. A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, art. 1-9, in *Commentario del codice civile*, cur. A. Scialoja e G. Branca, Disposizioni sulla legge in generale, Bologna-Roma, 1977, 7 e ss., 10 s., sulla *duplice struttura gerarchica dell'ordinamento in base al carattere strumentale delle norme ed in base alla loro efficacia normativa*), e di quest'ultima non dimostra in alcun modo la conservazione e tantomeno la preminenza sulla competenza, come non lo dimostra l'assunto che un rapporto di competenza debba, per istituirsi, prevedere la superiorità strutturale, logica o formale della norma che attribuisce la competenza (l'argomento secondo cui una norma attributiva di competenza è logicamente o strumentalmente “superiore” alla norma espressione della competenza attribuita è reversibile: una norma è idonea ad attribuire competenze in quanto “competente” ad attribuirle; e così via involgendosi nel diallelo dell'infinità ...).

Ma, tralasciando questi aspetti, è fuor di dubbio che, sulla scia della lezione crisafulliana, la nostra dottrina è rimasta propensa ad ammettere bensì la competenza, ma a ragionare, al tempo stesso, in termini di compresenza di gerarchia e competenza, ed anzi di prevalenza della prima sulla seconda. Il convincimento più o meno esplicito su cui l'opinione prevalente si fonda è che la gerarchia prevalga sulla competenza se non altro perché sarebbe la “forza” gerarchica a ordinare la competenza [intesa come «diversa intensità dell'efficacia normativa che sorregge le diverse manifestazioni di volontà dello Stato (Costituzione, legge, regolamento, ecc.) - e che risulta da una sorta di cristallizzazione della maggiore o minore forza politica di cui tali manifestazioni erano assistite nel momento storico in cui si sono realizzate»: A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.*, 10; ID., *Fonti (sistema costituzionale delle)*, cit.], e che di conseguenza tra i vari aspetti di un atto normativo sia quello della forza-efficacia ad avere carattere dirimente. Basti pensare a come, in effetti, si conducono i ragionamenti in tema di relazione tra fonti, fondati non sull'idea che sia la competenza *ut sic* a tutelare un atto normativo “X” nei confronti delle invasioni di altri atti normativi “Y” o “Z” incompetenti, ma sulla ben diversa idea che a questo fine rilevi la circostanza che quella competenza sia attribuita da una fonte, superiore per efficacia a “X”, “Y” e “Z”, a “X” e non a “Y” o “Z”. Per esempio, il regolamento parlamentare è protetto nei confronti della legge (ma non della legge costituzionale) dall'essere attributivo di una sfera di competenza riservata, o non piuttosto dall'essere attributivo di una sfera di competenza che è ad esso riservata dalla fonte (gerarchicamente sopraordinata) “Costituzione”? E' certamente vero che nel ragionare del rapporto tra legge e regolamento parlamentare si esclude la forza e si tiene in considerazione la sola competenza; ma a ben guardare questa è solo la superficie di un ragionamento nel quale, sullo sfondo e nelle premesse, è sempre la forza-efficacia a rappresentare l'ineliminabile presupposto: siccome la competenza è attribuita da una fonte “più forte” (perché la sola idonea a stabilire la competenza delle altre) delle due o più che entrano in relazione di esclusione, allora sussiste la competenza di una di esse. Si spiega così anche tanto l'insistita idea secondo la quale si avrebbe vera e propria competenza solo in casi di “riserva” appunto di competenza, la riserva essendo tipico esempio di atto di disposizione che una fonte più forte può fare di una fonte più debole, quanto l'altra idea per cui la competenza determina, una volta violata, invalidità, laddove l'invalidità è nata come tipico vizio derivante dalla violazione di un parametro “superiore”.

A dimostrazione che, per quanto molto spesso si trovi asserito che la “superiorità” rimane come mera “superiorità logica”, non sia affatto questo il presupposto che la prevalente dottrina tiene per fermo ragionando di rapporti di competenza tra le fonti (ma lo sia invece la superiorità gerarchica giuridica), sta il fatto che la dottrina fatica a riconoscere, come si è già ricordato (*supra* § 7), la vincolatività anche delle riserve o attribuzioni di competenza sancite da fonti pariordinate o, comunque sia, non costituzionali (la legge nei confronti di altri atti normativi “primari”: si pensi alla l. 400 del 1988 nei confronti degli atti governativi con forza di legge; e perfino la legge su atti “secondari”) difficoltà che non avrebbe ragione di sussistere se si considerassero i rapporti di competenza come frutto di relazioni di superiorità logica tra la fonte attributiva della competenza e quella che ne è attributaria. La competenza quindi la si ritiene, per lo più, ordinata dalla forza gerarchica e, in particolare, dalla forza gerarchica di vertice rappresentata dalla Costituzione.

Una tale bivalenza – la c.d. forza formale retrocede, ma rimane dominante – è presente indubbiamente nella visione crisafulliana: l'intervento della Costituzione, da un lato, spezza la forza di legge in nome della competenza; dall'altro, poiché sottrae alla legge la capacità di disporre della propria forza (V. CRISAFULLI, *Lezioni*, II, 1, cit., 144) paradossalmente “salva” la legge dalla espansione “devastante” della competenza, alla legge conservando un “necessaria” superiorità. La Costituzione insomma, disponendo della forza di legge, la limita (con la competenza di altre fonti), ma finisce per salvarla (vietando alla legge di disporre della propria forza). Diversamente, nel pensiero zanobiniano, una tale capacità della legge di disporre della propria forza era riconosciuta (sia pure in regime costituzionale flessibile, ma conservata anche a seguito dell'avvento della Costituzione rigida), ammettendosi tranquillamente che le leggi formali possono rendersi “dispositive” per far spazio a fonti “competenti” (G. ZANOBINI, *Gerarchia*, cit., 315 e poi ID., *La gerarchia delle fonti nel nuovo ordinamento*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 378). D'altra parte, è stato acutamente asserito che la capacità della legge di «rinnegare se stessa a favore della fonte regolamentare» è aspetto massimo della sua supremazia, e anzi di quella supremazia è «radicalizzazione» (E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, 83 e s.). [Non si può peraltro non ricordare che anche nel pensiero crisafulliano si ammette bensì che le leggi possano essere dispositive, ma si esclude che la legge possa creare altri tipi di atti normativi con la legge stessa concorrenziali, riesumando, per giustificare l'evenienza di regolamenti c.d. delegati, il vecchio artificio logico della pubblicistica germanica del secolo XIX che ricollegava alle leggi deleganti l'effetto abrogativo condizionato del diritto legislativo preesistente, l'emanazione di regolamenti autorizzati o delegati fungendo da semplice fatto per la verifica della condizione. Com'è noto, questo meccanismo è stato introdotto dall'art. 17 della l. 400 del 1988 come schema generale della c.d. delegificazione che, peraltro, com'è altrettanto noto, non ha dato buon frutto nella prassi, poiché, a parte che esso è stato spesso modificato da altre successive norme sulla delegificazione, è stato affatto disatteso, avendo molto spesso rinunciato la legge di autorizzazione-delegazione ad indicare le norme legislative abrogande, se non a dirittura a rimetterne l'individuazione al Governo].

Ora, se è vero che la Costituzione rigida ha comportato una de-tipizzazione della legge, mandando in crisi il presupposto principale della gerarchia delle fonti, ossia la tipicità degli atti normativi e della legge medesima, che cosa si può dire degli altri presupposti necessari per il funzionamento del sistema gerarchico: la competenza generale della legge, con la connessa nozione formale di funzione legislativa; la vigenza del principio di legalità; con il corollario dell'inesistenza di una riserva di regolamento? Non a caso, nessuno di questi principi è espressamente affermato dalla Costituzione. Non di meno, altrettanto non casualmente, la dottrina e la giurisprudenza li hanno sempre dati per scontati. Che è come dire: l'esigenza di riconoscere gli assunti giuridico-politici di un modello di Stato di diritto rappresentativo ha fatto agio su ciò che la Costituzione non dice (che viga sempre il principio di legalità) o su ciò che nega (l'esistenza di un solo “tipo” di legge) e questa esigenza ha, così, spinto a proteggere quella vigenza della gerarchia che sembra valere come garanzia che anche gli altri due principi restino vigenti. Che la legge sia de-tipizzata, ma che purtuttavia abbia competenza generale; che viga il principio orizzontale di competenza, ma anche quello verticale di legalità; che non esista una riserva di regolamento, sono i postulati che riconosciamo, significativamente, in quella parte dell'insegnamento crisafulliano che pone i precisi termini del problema giuridico riguardante il mantenimento o il superamento della gerarchia e che usa l'argomento classico per dimostrare la limitata, ma indiscutibile, tenuta della gerarchia: l'argomento del “concorso libero tra fonti”.

Come si sa, Crisafulli assume l'idea, profondamente radicata nella dottrina successiva, che la vera e propria competenza sia offerta dalle situazioni di “riserva” (v. per es. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Genova, 1994, 13; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino 1987, 67), che la “riserva” è a sua volta istituto che deriva la sua esistenza stessa dalla superiorità-rigidità della Costituzione (V. CRISAFULLI, *Lezioni*, II, 1, cit., 234 e ss.); che la “competenza”, al pari della “gerarchia” determina relazioni di “validità/invalidità” (V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, XVII,

955). Esisterebbe “vera e propria” competenza solamente quando sussistano insieme differenziazione di atti e differenziazione di materie, nonché esclusiva attribuzione di una materia a (alla competenza di) un determinato tipo di atto (*act-type*).

Accanto alle zone di vera e propria riserva, Crisafulli vede poi un'ampia area intermedia, che non sarebbe di “vera e propria” competenza, ma nemmeno di “vera e propria” gerarchia. Sarebbero i casi di fonti in concorso vincolato, come la legge statale e la legge regionale, o i casi di fonti variamente “atipiche”. Infine vi sono le situazioni di concorso libero (tra legge e regolamento), in cui - «a meno di non affermare che esistano in linea generale materie riservate al regolamento, ciò che, in genere, si nega, essendo rimesso alle singole leggi di delimitare di volta in volta l'ambito delle norme regolamentari e queste restando sempre subordinate a qualunque norma di legge (V. CRISAFULLI, *Gerarchia*, cit., 202) – le «norme poste dall'una [fonte] limitano o altrimenti condizionano la capacità di produzione delle altre, per il semplice fatto di essere intervenute o di sopravvenire sulla materia» (*ibidem*); o anche: «la fonte superiore è sempre in grado con la sua presenza di limitare le fonti inferiori fino ad assorbirle del tutto, sostituendovisi o paralizzandone l'efficacia» (V. CRISAFULLI, *Lezioni*, II, 1, cit., 235). In questi casi non c'è competenza; e fin tanto che in un sistema normativo sussiste una fonte che, a certe condizioni, è giuridicamente preferita ad ogni altra (c.d. preferenza della legge), rimarrebbe gerarchia.

I presupposti del concorso libero sono, dunque, l'inesistenza di una riserva di regolamento e l'inconfigurabilità della “funzione legislativa” come funzione a contenuto tipico [si noti però come nel pensiero crisafulliano mentre il primo presupposto è indiscutibile, lo è molto di meno il secondo (altro essendo l'eventuale riserva di amministrazione, cioè di provvedimento) che è invece tenuto per fermo per es. da L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 180 e ss.]. Il “concorso libero” è dunque il grande accordo su cui si intona la salvezza per il principio gerarchico: dove c'è concorso libero il criterio gerarchico è applicabile perché la fonte “superiore” prevale.

La *gerarchia* può essere mantenuta come schema generalissimo (residuale) di fondo che dà l'ossatura al sistema delle fonti secondo la scala “costituzione, legge, regolamento”, in tutti i casi in cui a favore di fonti diverse dalla legge non siano istituiti casi, propri o impropri, di riserva. Se si escludono le fonti riservate o quelle costituzionali superiori, la legge resta il centro del sistema delle fonti; e la forza o il valore di legge, ossia la primarietà, consiste nella sottoponibilità delle fonti che ne sono dotate al solo livello formalmente costituzionale. La fonte primaria è la fonte esclusivamente sottoposta alla Costituzione e alle leggi costituzionali; la forza o il valore di legge pertiene, oltre che alle leggi formali, a tutte quelle fonti che o con esse siano fungibili o che siano primarie, in quanto esclusivamente competenti alla disciplina di una determinata materia. Ma come si spiega questa duplicità della fonte primaria: è primaria la legge in quanto sottoposta alla sola Costituzione (e alle leggi formalmente costituzionali) o è veramente primaria quest'ultima? In altri termini il rapporto Costituzione-legge è assimilabile a quello legge-regolamento, su cui è nata la gerarchia?

### **9. Concorso libero o concorso potenzialmente alternativo tra fonti?**

A traverso la combinazione tra concorso vincolato e concorso libero tra fonti e di situazioni intermedie tra queste due, la lettura crisafulliana del sistema delle fonti ha colto, da un lato, la crisi della forza di legge, e ha mantenuto, dall'altro, la supremazia della legge sulle altre fonti. Ed è stata una lettura divenuta talmente dominante che si può dire ormai tralatizia nella dottrina e nella giurisprudenza nel riferimento scontato al c.d. sistema delle fonti.

Ora, a me sembra che di questa pur mirabile costruzione vadano presi in considerazione e sottoposti a valutazione critica almeno tre aspetti fondamentali: 1) Il primo investe la stessa prospettiva di logica giuridica che supporta l'argomento principale di conservazione della gerarchia: il c.d. concorso libero tra fonti. Quando sussiste il concorso libero? E perché mai il concorso libero non potrebbe essere inteso come un caso di competenza?

2) Volendo conservare una gerarchia solo “liminare”, intercorrente tra i tre tipi di atti normativi (Costituzione, legge, regolamento), si incontrano *due grandi difficoltà* che sono, a loro volta, fattori dinamici di crisi di un simile sistema delle fonti e che ne mettono in discussione la tenuta e l'utilità.

I c.d. *tipi* su cui si articolerebbe la “scala” gerarchica *non sono*, a ben vedere, *tipi rigorosamente definibili*, bensì “gruppi” o “insiemi” che non rispondono ad uno schema unico e unitario di “tipo”. Tipi (o, se si vuole, *tipi forti*) sono contrassegnati da caratteri formali riconoscibili *prima facie*: es. legge costituzionale, legge ordinaria statale, legge regionale, regolamento (se fosse rigorosamente e correttamente rispettata l'autoqualificazione imposta dall'art. 17 l. 400 del 1988) o, meglio decreto (normativo) nelle sue varie specificazioni di provenienza o imputazione (d.p.r., d.m., d.p.c.m., decreto del Presidente della regione, statuto regionale, provinciale, comunale, e così via, i quali, se non altro, sono riconoscibili *ictu oculi* per il *nomen juris*). I “gruppi” di tipi, ossia i sottotipi o tipi “deboli” rientranti nel “gruppo” sono invece (o possono essere) riconoscibili in ragione della “competenza” a disporre.

3) Non può negarsi che nella realtà, nella prassi, *sopravvengono dall'esterno* dell'ordinamento *altri numerosi tipi di fonti* che non si saprebbe, e non si sa, come collocare nella “scala (si pensi alle fonti comunitarie) i cui problemi di inserimento nella scala gerarchica generano la necessità di creare artificiosi ed incerti ulteriori gradi intermedi o semi-gradi (con conseguenti definizioni di fonti collocate “*sub*”, “*para*”, “*supra*”, “*infra*” un altro “grado”) la cui stessa introduzione avverte che lo schema gerarchico, in realtà, non funziona più. A meno che, ossessionati dall'idea di un sistema delle fonti e dalla sua imprescindibile connotazione gerarchica, non si vogliano costruire, certo ingegnosamente, immaginarie piramidi, se non ho inteso male, di ben nove o più gradini, salvo poi osservare, con la consueta acutezza e accortezza analitica, che i criteri di gerarchia e di competenza «non sono sufficienti in senso estensionale perché in non pochi casi per ricostruire in modo veritiero la realtà del sistema normativo è necessario aggiungere ed usare ulteriori strumenti concettuali, in aggiunta o in sostituzione della gerarchia e della competenza (ad esempio bisogna aggiungere: *a*) le *riserve*, che *non sono soltanto* attribuzioni di competenza, ma attribuzioni *esclusive*, e quindi diventano vincolo per tutti gli altri atti esclusi dalla riserva; *b*) le molte fonti atipiche (...) ciascuna con le sue peculiari specificità; *c*) la gerarchia circoscritta, quale ad es. quella che corre tra decreto legislativo e legge di delegazione, e così via)» e «non sono sufficienti in senso intensionale perché molte volte, anche se la gerarchia e la competenza colgono il momento prevalente ed essenziale nel rapporto tra fonti, queste stesse nozioni hanno bisogno di precisazioni e chiarificazioni che rendono i casi sottilmente diversi l'uno dall'altro, e quindi sfumano la nettezza e decisività degli strumenti principali usati» (G. U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Dir. Pubbl.*, 3, 2002, 801), e alla fine concludere che, per questi motivi, «l'ordine *non riesce più* ad essere *sistematico* e condotto secondo un solo criterio principale ordinatore (quello della gerarchia, come detto), ma diventa in qualche modo casuale ... » (*op. cit.*, 802).

In sintesi: l'ordinamento giuridico mostra di andare in direzioni nelle quali il fenomeno della de-tipizzazione degli atti normativi finisce per diventare dominante, e investire tutti i c.d. “livelli” della gerarchia, come vedremo.

Per ora, concentrandoci sul c.d. concorso libero tra fonti, si può dire che gli argomenti su cui si basa il convincimento che il principio di competenza non possa soppiantare interamente il principio gerarchico (e la primazia della legge sulle altre fonti) sono che: *a*) non tutto ciò che è regolato da disposizioni costituzionali è per ciò solo sottratto alla competenza della legge ordinaria; *b*) non esistono, in linea di principio, materie riservate al regolamento. Di qui la competenza residuale, in alto e in basso, della legge, che opera nei casi di “libero concorso”.

Gli esempi considerati “sicuri” di libero concorso possibile tra fonti sono quelli tra legge e regolamento e tra legge costituzionale (o Costituzione) e legge ordinaria. Sono rapporti-concorso assimilabili? Crisafulli apparentemente li assimila quando nega che tutto ciò che sia regolato da disposizioni costituzionali sia per ciò stesso sottratto, per ulteriore e più particolare disciplina, alla competenza della legge ordinaria; e quando esclude recisamente che tra leggi e regolamenti vi sia divisione di competenze costituzionalmente stabilita. Però, mentre le leggi costituzionali non possono sottrarre completamente materia alla competenza della legge ordinaria – e per questo vi sarebbe libero concorso possibile – il concorso tra leggi e regolamenti è invece possibile per il fatto che non esistono materie riservate al regolamento. Nel primo caso il libero concorso possibile è

dovuto ad una carenza o limitazione della fonte sovraordinata, nel secondo è dovuto invece ad una limitazione della fonte subordinata (ovvero ad una “sovraabbondanza” della fonte sovraordinata).

In altri termini, le leggi costituzionali possono di regola soltanto *parzialmente* disciplinare una certa materia, mai escluderne *in toto* le leggi ordinarie. E qui sta il paradosso: mentre le leggi ordinarie possono sottrarre una data materia (disponendone) alle fonti regolamentari, le leggi costituzionali non potrebbero completamente sottrarre una intera materia alle leggi ordinarie. Si spiegherebbe in tal senso l'obiezione espositiana (in un passo del saggio *La consuetudine costituzionale*, già citato, purtroppo passato per lo più inosservato e al quale lo stesso Crisafulli non ha mai esplicitamente risposto) secondo cui il divieto per le leggi ordinarie di derogare alle fattispecie disciplinate da leggi costituzionali, essendo dovuto alla maggior forza di queste ultime, non renderebbe invalide (*contra rationem*) ma soltanto momentaneamente inutili ed inefficaci (ma potenzialmente efficaci) le leggi ordinarie ripetitive di esse o con esse contrastanti.

In realtà, non si vede in qual modo si possa separare o contrapporre il rapporto legge costituzionale-legge ordinaria a quello legge ordinaria-regolamento. Se il libero concorso possibile tra fonte superiore e inferiore determina tale preferenza di una fonte sull'altra, occorre decidere se effettivamente la preferenza o prevalenza della fonte superiore (quale che sia) determini o non – in caso di riproduzione o di contrasto – l'invalidità della fonte inferiore. Ad avviso di Crisafulli, la «fonte inferiore sopravvenuta (...) contrastando con la norma della fonte superiore, dovrà (...) considerarsi invalida» (V. CRISAFULLI, *Fonti*, cit., 955). Ma allora non sembra “in atto” concepibile un concorso libero tra fonti su una determinata materia, perché la materia è propriamente definita dall'insieme delle fattispecie su cui verte la fonte c.d. superiore, ossia è inconcepibile, a rigore, l'idea di una «*parziale* regolamentazione di una materia», con la conseguenza che anche la fonte superiore (la legge costituzionale), ove intervenga, renderà invalida la fonte inferiore (la legge) non solo preesistente ma anche, a sua volta, sopravveniente su quella stessa materia, ossia opererà precisamente una sottrazione di competenza nei confronti della fonte inferiore (della legge). La dicotomia fonte superiore-fonte inferiore finisce in questo modo per *coincidere* con la dicotomia fonte dotata di più estesa competenza-fonte dotata di competenza meno estesa.

In definitiva, la fonte di più estesa competenza, *una volta intervenuta*, sottrae competenza ad altre fonti, per cui la fonte (divenuta *pro parte*) incompetente non potrà validamente intervenire (e, se in precedenza vigente, non potrà non essere considerata invalida per invalidità sopravvenuta). Tutto ciò, s'intende, *in costanza di efficacia* (sufficiente a determinare l'invalidità dell'altra) *della fonte di più estesa competenza*, per cui la fonte di meno estesa competenza, anche se eventualmente e illegittimamente intervenuta o se preesistente, non potrà mai ridiventare efficace (dal momento che è stata – se è stata – dichiarata invalida, e quindi privata di qualsiasi efficacia), anche se la fonte competente fosse successivamente caducata. *Quid*, però, se la fonte competente viene caducata e, *solo successivamente* interviene la fonte già incompetente o c.d. inferiore? Può asserirsi che la fonte incompetente (o di più limitata competenza) ovvero inferiore sia valida ed efficace? Evidentemente sì, per entrambe le teorie. Perché, secondo la tesi espositiana della incompetenza (in senso lato) è vero che «dopo la abrogazione [o comunque la caducazione] della legge costituzionale, disposizioni prese con legge ordinaria *durante il vigore della legge costituzionale* (e che la ripetano o la contraddicano) non avrebbero (né acquisirebbero mai) alcuna efficacia» (C. ESPOSITO, *La consuetudine costituzionale*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, I, Milano, 1961, 623-624 nota 70)(parentesi e corsivo miei), ma, appunto, *durante il vigore della legge costituzionale* e non che intervenissero successivamente, in carenza assoluta di legge costituzionale, ossia allorché di sottrazione (o limitazione) di competenza non si potrebbe più parlare e la legge ordinaria potrebbe legittimamente esplicitare la sua efficacia (come, in situazioni analoghe, in carenza cioè di sottrazione in concreto di competenza, qualsiasi fatto o atto normativo sarebbe idoneo ad esplicitare la sua capacità normogena). Può dirsi allora (con Crisafulli) che vi sia concorso tra fonte competente (superiore) e fonte incompetente (inferiore) ? Sì, vi è bensì *concorso possibile*, in astratto, dei due tipi di fonte, nel senso che la fonte inferiore (=di più limitata competenza) può legittimamente intervenire. Ma perché? Per la semplice ragione che la fonte c.d. superiore (= di più

estesa competenza, potenziale, ma non esplicita) non vi è più. Ma, *se la fonte superiore-competente non opera, non vi è o non vi è più, non potrà ovviamente aversi alcun concorso.*

In altri termini: se si riferisce il concorso ai tipi di fonte, alle fonti astrattamente intese, ai tipi “forti” (*act-type*) (di cui sopra) si potrà anche dire che il rapporto tra di essi sia di gerarchia, e che il concorso sia ancora descrittivamente e astrattamente concepibile; ma se il concorso si riferisce invece ai singoli o individui atti fonte della varie specie, una volta intervenuti o previgenti, al *token* del *type* - applicando il noto paradigma di PEIRCE «*type v. token*» (ripetutamente richiamato, per es., negli studi di A. G. CONTE, in *Filosofia del linguaggio normativo*, I e II, Torino, 1995 e in particolare in *Deontica wittgensteiniana*, 1993, *ivi*, II, 527, nt. 24, con altri ragguagli) – allora non potrà parlarsi ovviamente di un concorso che non esiste e non si potrà dire che il rapporto tra le fonti sia gerarchico poiché solo l'intervento o la previgenza della specifica fonte di competenza più estesa (c.d. superiore) rendendola operante varrebbe precisamente a sottrarre competenza a qualsiasi fonte di competenza divenuta meno estesa (o inferiore) rendendola illegittima.

La conseguenza pratica è però che solo in questa ipotesi di mancato concorso è possibile che la fonte di meno estesa competenza (c.d. fonte inferiore) sia valida ed efficace. Nell'ipotesi invece di concorso riferito ai tipi “forti” di atti normativi, la sola fonte (potenzialmente) valida ed efficace è quella c.d. superiore (o di più estesa competenza) ed invalida ed inefficace sarà quella c.d. inferiore (o di meno estesa competenza). Ma non è appunto questo il fenomeno che Crisafulli voleva indicare: vi è superiorità-inferiorità (cioè gerarchia) quando, non esistendo in concreto la fonte c.d. superiore, la c.d. inferiore può validamente affermarsi come efficace, e non già che, *in costanza* di fonte superiore (o di più estesa competenza) realmente operativa, la fonte inferiore (o di più limitata competenza) sia comunque valida e potenzialmente efficace? Le due teorie sembrano finire così per coincidere, in buona sostanza, pur sotto diverse vesti terminologiche e concettuali.

Si potrebbe anzi dire che la tesi crisafulliana sembri essere persino più comprensiva di quella espositiana, riuscendo a spiegare facilmente *non soltanto* il fenomeno sempre più diffuso della “riserva relativa di fonti”, che non esclude, ma anzi implica e richiede, come possibile o a dirittura in concreto necessario e vincolato il concorso di fonti diverse (mentre secondo la tesi espositiana un concorso vero e proprio in concreto non sembrerebbe facilmente concepibile, perché o la fonte di competenza più estesa esiste ed esclude la fonte di competenza meno estesa, ovvero non esiste, ma allora non vi è appunto concorso) – il che non significa affatto che si debba parlare di gerarchia, di maggiore o minore forza delle fonti, piuttosto che di distinte competenze delle fonti in concorso – *ma*, paradossalmente, *persino l'ipotesi* – che la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto verificarsi in pratica – che cioè fonti (nella specie: leggi statali), anche successive a fonti (nella specie: regolamenti comunitari) di più estesa competenza possano ritenersi non già invalide, bensì semplicemente inefficaci, “quiescenti”, ma suscettibili di diventare efficaci, di essere applicate al venir meno delle fonti competenti. Qui, soltanto seguendo la tesi crisafulliana del *conflitto possibile* tra diversi tipi di fonti, ma correggendola, sia nel senso di ritenerlo né libero né vincolato, *soltanto potenziale*, sia nel senso di rinunciare ad ogni possibile residuo di rapporto gerarchico, basato sulla maggiore o minore forza degli atti normativi, sarebbe possibile giustificare una tale eventualità.

In definitiva, la definizione più appropriata del fenomeno del c.d. concorso libero tra fonti è piuttosto quella di “concorso potenzialmente alternativo” o di “ripartizione modale di competenza” o di “minore o maggiore estensione della competenza normativa esercitata in concreto”.

Così inteso, il concorso tra fonti viene incontro alle determinazioni concrete dell'ordinamento. Esso non si rivelerà più idoneo ad assolvere la funzione, in fondo conservativa, per la quale era stato pensato (individuare l'area in cui la gerarchia permane, e dimostrare la permanenza della gerarchia), ma quella di descrivere la dinamica della competenza e di avvertire che tale dinamica ha come suo vero e proprio ambito non già le situazioni di riserva assoluta, ma piuttosto quelle di riserva c.d. relativa, e si realizza inevitabilmente come “competenza-concorrenza”.

## **10. Fattori evolutivi emergenti dalla dinamica del c.d. sistema delle fonti (cenno).**

Il mantenimento della gerarchia come schema di massima tra i “tipi” che ho chiamato “forti”:

costituzione, legge, regolamento; o tra gradi o livelli: costituzionale, primario, secondario; sconta, come dicevo, una disarticolazione di tali pretesi tipi, gradi o livelli, in una pluralità di figure (che si possono chiamare tipi “deboli”) che presentano ciascuna caratteristiche tali da non consentire di essere ricondotte al presunto “tipo” di appartenenza o schema generale omogeneo di forma, efficacia attiva, resistenza passiva, competenza. Ma non è questo il luogo per procedere ad una analitica dimostrazione, che ho tentato di dare, per esemplificazioni, in altre sedi [v. per es. *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. Dir.*, I aggiornamento e *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, nelle varie edizioni fino alla ristampa aggiornata, Torino, 2005], cercando soprattutto, con riferimento ai tre tradizionali livelli costituzionale, primario e secondario, ma anche con l'analisi delle “nuove” figure di atti normativi (rispetto all'esperienza costituzionale precedente) e soprattutto del variegato insieme delle c.d. fonti fatto (tra le quali vanno annoverati gli atti normativi comunitari, “esterni” al nostro ordinamento, ma produttori al tempo stesso di norme “interne”), non solo di mostrare la disarticolazione delle fonti più tradizionali, ma pure l'impossibilità di svolgere un discorso rigoroso che consenta di costruire un sistema “gerarchico” delle fonti – che è poi l'unico insieme di cui possa veramente predicarsi la sistematicità. Mi limito qui a ricordare che perfino il c.d. livello costituzionale, considerato ancora in quegli anni sessanta nei quali si è sviluppata la nostra ricca dottrina in materia di fonti, a partire cioè dalla famosa prolusione patavina di Vezio Crisafulli, come un tipo «sufficientemente omogeneo, formalmente e sostanzialmente» (V. CRISAFULLI, *Fonti*, cit., 959) si è venuto sgretolando in microinsiemi di un insieme più vasto in cui si possono oggi inserire, con valenza diverse, almeno: 1) I principi “supremi” o “inviolabili” o “fondamentali”, comunque sia inderogabili, man mano che la giurisprudenza costituzionale, a partire dagli anni settanta, ha individuato altrettanti casi di normazione abilitata a derogare alla Costituzione, ma, appunto, all'interno di un limite dei principi (leggi esecutive dei Patti Lateranensi e dei trattati comunitari, norme dei regolamenti comunitari e delle direttive, norme che recepiscono consuetudini internazionali o norme internazionali generali, fino alle norme poste dalle stesse leggi costituzionali: cfr. riassuntivamente L. PALADIN, *Le fonti*, cit., 160 e ss., il quale, a proposito dei limiti impliciti alla revisione costituzionale, li identifica con tali principi); e le norme di riconoscimento dei diritti inviolabili, che sono assolutamente inderogabili, e quindi rappresentano, oltre che limiti alla revisione costituzionale, anche parametro di legittimità di tutto il sistema (nel senso chiarito dalla sent. 1146 del 1988).

2) Il testo della Costituzione – per sottrazione – nella parte cioè in cui non esprime un principio supremo, testo che è invece rivedibile. Si deve notare, in proposito, che i principi supremi non debbono necessariamente – e anzi non possono – essere considerati come norme di grado gerarchico superiore, perché una simile considerazione ne svuoterebbe l' “essenza di valore”, secondo l'esplicita precisazione della giurisprudenza costituzionale. Alla pari con il testo della Costituzione si devono porre le leggi di “revisione”, le quali, se vi sono, di quel testo entrano a far parte integrante.

3) Le “altre” leggi costituzionali, almeno se si accetta la dottrina secondo cui esse si differenziano dalle leggi di revisione per operare solo “integrazioni”, “deroghe”, “rottture”, limitazioni, sospensioni della Costituzione (C. ESPOSITO, *Costituzione, leggi di revisione della Costituzione e “altre” leggi costituzionali*, in *Raccolta di scritti in onore di A. C. Jemolo*, II, Milano, 1963, 189 e ss. 192 e 196).

4) All'interno della classe della “altre” leggi costituzionali, potrebbero poi distinguersi le leggi costituzionali specificamente previste dalla Costituzione o cui la Costituzione espressamente rinvia che non potrebbero contenere previsioni derogatorie rispetto alla disciplina dettata dalla Carta costituzionale con riferimento a singoli istituti (C. ESPOSITO, *op. ult. cit.*, 206 e ss.) e che possono ben essere considerate atti con una competenza delimitata (artt. 71, comma 1, 117, comma 1 al. ult., 137 comma 1 Cost.), come con competenza ulteriormente delimitata è la legge costituzionale prevista dall'art. 132, 1° co., per “disporre la fusione di regioni esistenti o la creazione di nuove regioni” che presenta specifici requisiti formali, procedurali, e, ovviamente, di contenuto (F. SORRENTINO, *Le fonti*, cit., 15 parla in proposito di “separazione di competenza” tra leggi costituzionali e leggi costituzionali rinforzate; L. PALADIN, *Le fonti*, cit., 169) e che si inserisce in

modo assai ambiguo nella distinzione leggi di revisione-leggi costituzionali, dal momento che ha sì capacità di revisione, ma solo dell'elenco dell'art. 131, tanto è vero che è stata proposta la possibilità di aggirare anche i requisiti formali ulteriori: adozione prima di una legge costituzionale che dispone la fusione di regioni o l'istituzione di nuove regioni (in deroga all'art. 132), quindi adozione di una legge costituzionale che modifica l'elenco (A. PIZZORUSSO, *Fonti*, cit., 397; L. PALADIN, *Le fonti*, cit., 169), nonché gli statuti speciali (art. 116 Cost.) abilitati soltanto a stabilire “forme e condizioni particolari di autonomia” nelle corrispondenti regioni, ma sembra ancora oggi verosimilmente, sia pure in più larga misura – nonostante l’abrogazione dell’art. 115 Cost. - secondo principi inderogabili fissati nella Costituzione (e quindi solo deroghe finalizzate da disposizioni costituzionali: così, ad es., la Corte cost. con sent. n. 6 del 1970 annullò gli artt. 26 e 27 St. Sic. in cui si prevedeva un'apposita giurisdizione penale dell'Alta Corte della Sicilia quanto ai reati del Presidente e degli assessori regionali). Pur inseriti nel variegato livello costituzionale, questi atti normativi annoverano al proprio interno norme, a volta a volta, depotenziate o rinforzate (per es. art. 54 ST. Sard.), mentre la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto le norme statutarie derogabili dai regolamenti comunitari (Corte cost., sent. n. 99 del 1987 che assunse un regolamento comunitario a parametro di un conflitto Stato-Regione).

5) Infine: leggi costituzionali-provvvedimento (per es., l. cost. 3 aprile 1989, n. 2 per l'indizione di un *referendum* consultivo sul conferimento di un “mandato costituente” al Parlamento europeo; la l. cost. 5 gennaio 1993, n. 1 sulle funzioni della commissione parlamentare per le riforme istituzionali e disciplina del procedimento di revisione costituzionale; l. cost. 24 gennaio 1997, n. 1 sulla Commissione Bicamerale per le riforme costituzionali).

Ora la tesi – analoga a quella già avanzata con riguardo alle leggi ordinarie atipiche o rinforzate – secondo la quale le condizioni procedurali o le caratterizzazioni di contenuto di un atto normativo non ne altererebbero la perdurante unitaria forza-efficacia del tipo e quindi lo stesso grado nella gerarchia (così, per es., R. TARCHI, *Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1948-1993)*, in *Commentario della Costituzione*, già diretto da G. Branca, continuato da A. Pizzorusso, *Disposizioni transitorie e finali 1-18. Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1948-1993)*, Bologna-Roma, 1995, Premessa, 284) incontra già la obiezione che l'efficacia della legge, o di qualsiasi tipo di atto normativo, deve essere considerata per quanto legittimamente la legge può innovare e per quanto gli altri atti normativi possono validamente derogare all'interno della loro competenza (F. SORRENTINO, *Le fonti*, cit., 18), ma soprattutto, poiché non si può certo identificare senz'altro l'efficacia con la validità di un atto (per es. una legge incostituzionale è giuridicamente efficace anche se invalida), si risolve a conti fatti nel riconoscere tutt'al più un “valore uguale” del tipo, e non già una pretesa identità di efficacia attiva e passiva, ossia un'identità di trattamento (per es. sindacabilità di ogni legge o atto equiparato da parte della Corte costituzionale), mentre la forza-efficacia si assesta come attributo dell'atto singolo (*token*) o, tutt'al più, del singolo sottotipo (debole).

L'analisi del testo costituzionale ci mostra, peraltro, che, se sono previsti tipi o sottotipi differenziati, essi non sono o possono non essere rigidamente separati. La forzatura, di fronte al disegno costituzionale, è la pretesa che esso sia come non è, forzatura che si opera tanto con l'invocare separazioni di competenza che non sempre nitidamente appaiono, quanto col negare che differenziazioni vi siano, poiché la competenza non è così rigidamente segnata da separazioni come si pretende o si assume *a priori* che dovrebbe essere. Il testo costituzionale non ci mette di fronte a un tipo omogeneo e unitario di fonte che ha sempre la stessa forza-efficacia o sempre la stessa competenza, e neppure a una serie di atti recanti ciascuno una precisa matricola. Esso ci mette invece di fronte ad una pluralità di atti che, di volta in volta – con l'indicare i contenuti, i limiti, il procedimento, i problemi di armonizzazione con altre fonti – la Costituzione specializza per la materia (per il gruppo di fattispecie) su cui sono o saranno chiamati ad operare per le questioni «particolarissime», come diceva Livio Paladin, che richiedono, di per sé, un atto appositamente “calibrato”, ossia costruito. E' per questo che il testo costituzionale non mi sembra che possa offrirci e non ci offre un sistema di fonti del diritto.

### **11. Invece di una conclusione: l'ordinazione delle fonti come risultato sempre mobile di rapporti dinamici di concorrenza-competenza.**

Ho detto in altra occasione che «la vera e propria “bestia nera” della gerarchia sono le fonti fatto» (*Fonti*, cit., § 10), più numerose di quanto ancora nella manualistica corrente si usi trattarne. Esse sono – *per definitionem* - «tutte irriducibilmente resistenti a farsi esaustivamente collocare in un qualunque grado della gerarchia» (*ibidem*). Si legge comunemente che «intermedie tra legge e Costituzione» sarebbero le norme di adattamento al diritto internazionale (L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, 2° ed., Padova, 1995, 237); «non completamente equiparabile nonché alla Costituzione, neppure alle leggi statali ordinarie» viene definito il diritto internazionale privato (L. PALADIN, *op. ult. cit.*, 243) - e quindi oggi “atipica” dovrebbe essere considerata la l. 31 maggio 1995, n. 218 sulla “riforma del sistema italiano del diritto internazionale privato” - ; «prive di un rango comune» sono poi considerate le consuetudini (da L. PALADIN, *op. ult. cit.*, 241) - ed è inutile ricordare, dopo tutto quel che si è prima detto, la magistrale discussione di Carlo Esposito sulla consuetudine costituzionale in particolar modo e sulla non collocabilità gerarchica della consuetudine in generale, che è «priva di grado» -. Ma sotto questo profilo il più emblematico esempio è senz'altro rappresentato dal diritto comunitario. Le fonti comunitarie ci mettono, a lor volta, di fronte a un caso di ripartizione di competenza, competenza che è peraltro «flessibile» (F. SORRENTINO, *Le fonti*, cit., 107 e s.); e che – in analogia con movenze del rapporto legge statale-legge regionale – si trasferisce col primo atto di esercizio, sicché, «sin tanto che le fonti comunitarie non siano intervenute a disciplinare le materie loro affidate, continuano a vigere, in queste materie, le norme nazionali» ((F. SORRENTINO, *op. ult. cit.*, 110); e, per i noti sviluppi della giurisprudenza costituzionale, essa determina nelle leggi statali (e in alcune disposizioni costituzionali) divenute incompetenti non già invalidità (a meno che non sia la Corte stessa nei giudizi in via di azione ad annullare la legge) bensì un'inefficacia accertabile da qualsiasi giudice secondo un giudizio di scelta della norma applicabile, il quale è stato definito dalla giurisprudenza costituzionale ora in termini di “disapplicazione”, ora (significativamente?) in termini di “non applicabilità” (cfr. in proposito A. CELOTTO, *Dalla “non applicazione” alla “disapplicazione” del diritto interno incompatibile con il diritto comunitario*, in *Giur. It.*, 1995, I, 341e ss.), i quali aprono, a loro volta, la via per scorgere la possibilità di ricostruire l'effetto dell'applicazione del principio di competenza, almeno in questa materia, in termini certamente più flessibili che non quelli di un effetto di invalidazione, e che potrebbero essere assimilati, in certo qual senso, alla definizione di una condizione di “quiescenza”. Si delinea cioè un rapporto tra fonte competente-fonte incompetente nel quale la fonte incompetente è valida e potenzialmente efficace fino a che non interviene la fonte competente, momento nel quale due fonti sono valide, ma solo una efficace. E' la chiave di lettura che ho sostenuto, più in generale, per tutti i numerosi casi di competenza-concorrenza non definiti da una attribuzione esclusiva.

A me sembra – ma non è una conclusione - che tutte e ciascuna fonte si presentano, per così dire, come fonti atipiche rispetto alle altre (o, meglio, che non vi sia concorso e confronto tra tipi, bensì tra singoli e concreti atti normativi produttivi di norme vertenti su una certa materia) con le quali danno luogo ad una serie possibile e pressoché indeterminata di rapporti. Così che non può dirsi esistente oggi un sistema delle fonti cofigurabile (come dovrebbe per essere veramente “sistema”) *a priori* e in generale, ma forse sono concepibili (e costruibili) piuttosto, al più, tanti diversi sistemi (o microsistemi), in relazione alle singole materie (gruppi o insiemi di fattispecie) che vengono in osservazione o in ordine alle quali l'ordinamento normativo offre, a volta a volta, un diverso panorama quantitativo e qualitativo di norme primarie (nel senso di norme applicabili alla fattispecie). E lo stesso uso del sintagma «sistema delle fonti» diviene in tal modo problematico, anche perché nuovi atti normativi (per es. fonti comunitarie, contratti normativi, contratti collettivi del pubblico impiego, sentenze costituzionali aggiuntive o sostitutive) vengono emergendo (o sono emerse) accanto a quelli già conosciuti e considerati non solo dall'ordinamento nella sua continuità storica, ma perfino dal Costituente: essi si affermano, anzitutto *de facto* nella realtà dell'ordinamento con efficacia pur, a volta a volta, differenziata dallo stesso processo di inserimento in esso, ma sempre, in definitiva, commisurata allo scopo che si prefiggono le forze che vi hanno

dato origine (scopo che, se realizzato, produce inevitabilmente modificazioni nell'ordinamento medesimo).

In questa dinamica, tramonta la capacità ermeneutica e prescrittiva del principio di gerarchia, ma questo tramonto erode, parallelamente, una credenza che ha trattenuto la spendita del criterio di competenza, ossia la credenza che competenza equivalga a situazioni di riserva esclusiva di una materia a una data fonte. *Viceversa, i rapporti di competenza sembrano sempre di più intonarsi a forme di c.d. riserva relativa e di concorrenza di più fonti su una stessa materia.*

Nel concorrere a disciplinare una certa materia, le norme poste da fonti diverse e tutte in linea astratta competenti (la competenza non esclude, come si è detto, la concorrenza, anzi molto spesso e sempre di più, la implica) possono debordare dalla loro specifica competenza e in tal modo fatalmente porsi in contrasto con la norma di fonte di più estesa competenza (esempi: un regolamento esecutivo o di attuazione che non rispetti la norma di legge o non sia rivolto alla o sia insufficiente all'attuazione della legge; un regolamento integrativo che si manifesti invece come derogatorio; una legge regionale, in materia di competenza concorrente, che pretenda di stabilire principi della materia in contrasto con i principi di legge statale o che comunque non rispetti tali principi; e così via). Che succede in questa ipotesi? La norma "incompetente" è invalida o inefficace? Questo è l'interrogativo centrale.

Ma, a questa domanda non si può certo rispondere assumendo il punto di vista gradualistico o gerarchico proprio della costruzione del c.d. sistema delle fonti. La norma di fonte "inferiore" o incompetente, contrastante con la norma di fonte "superiore" o competente è invalida o inefficace? Il problema investe e coinvolge ambi i principi (gerarchico e di competenza) ambi i criteri di risoluzione delle antinomie.

Né si dica, semplicisticamente, che il piano della validità non si differenzia da quello dell'efficacia. Al contrario i due fenomeni vanno tenuti ben distinti: una fonte "inferiore" o "incompetente" può ben essere efficace pur essendo invalida (emblematico l'esempio della legge incostituzionale) (come, del resto, una fonte valida può ben essere inefficace). In realtà nella visione gerarchica – che era nata essenzialmente per intendere ed illustrare il rapporto legge-regolamento, atto legislativo parlamentare e atto normativo (o provvedimentale) dell'Esecutivo, secondo il ben noto principio di legalità – nella "forza di legge" furono racchiuse e confuse due ben distinte "virtualità" della legge: la capacità *abrogativa* nei confronti di qualsiasi altro fatto o atto giuridico e la capacità *condizionante* la validità di tali fatti ed atti. Due cose ben diverse; ma che – in regime di supremazia della legge – si verificano simultaneamente. E, del resto, alla verifica presiedeva in definitiva un unico soggetto: il giudice.

Ogni volta, però, che l'ordinamento affida la verifica dei due fenomeni – inefficacia e invalidità – a soggetti diversi – come accade da noi per le leggi incostituzionali anteriori – ecco che essi riassumono i connotati di diversità che li contraddistinguono. Si spiega altresì perché è diffusa nella nostra dottrina (e nella giurisprudenza) l'idea inesatta (ma praticamente irrilevante) che una legge successiva possa "abrogare" un regolamento precedente: in realtà lo rende invalido. Ma, poiché all'atto pratico, è dato al giudice di disapplicarlo, a nulla rileva ricostruire il fenomeno nei suoi esatti termini.

Ora, sia nel c.d. sistema gerarchico, sia nel c.d. sistema competenziale, la norma inferiore contrastante con la superiore, o la norma incompetente, sono ritenute norme invalide (con conseguente possibilità di annullamento o disapplicazione) e non inefficaci (o abrogate, se anteriori alla norma superiore o a quella competente). L'efficacia (e quindi la capacità abrogativa) si esplica soltanto all'interno di quelli che abbiamo denominato tipi "forti" di atti normativi (per es. leggi costituzionali, leggi ordinarie, regolamenti), salvo che l'ordinamento eccezionalmente non li renda fungibili (per es. i decreti legislativi o i *referendum* abrogativi sono tipi "forti", ma idonei ad abrogare le leggi formali). E tale efficacia si esplica all'interno del tipo "forte" anche se questo stesso tipo – come si è cercato di dimostrare – si spezzi e si pluralizzi in tanti tipi "deboli" delimitati dalle loro sfere di competenza. Ma, se l'incompetenza determina certamente l'invalidità della norma incompetente (sottraendone la competenza), non per questo priva l'atto che l'ha prodotta della sua efficacia tipica, anche dell'efficacia abrogativa di altro atto appartenente al tipo "forte".

*L'efficacia*, insomma, *pertiene agli atti espressioni (token) dei tipi (type)* e si esplica con il privato, *rectius* : delimitare (se non è retroattivo) l'efficacia dell'atto precedente. Naturalmente, se il tipo “forte” si pluralizza in altrettanti tipi “deboli”, anche l'efficacia degli atti si commisurerà al tipo “debole” e l'abrogazione varrà nei confronti dell'efficacia dell'atto anteriore appartenente al tipo “debole” e non potrà investire un qualsiasi altro atto del tipo forte. *L'invalidità pertiene invece alle norme* prodotte dagli atti, in relazione ai tipi (“deboli”) degli atti che le producono, poiché la valutazione dell'atto come produttivo di norma incompetente sarà condotta alla luce della specifica configurazione del tipo di atto, se non a dirittura del singolo atto individuo.