

A mosaic portrait of a man with a halo, rendered in a style reminiscent of Byzantine or medieval art. The man has a serious expression, dark hair, and a beard. He is surrounded by a golden halo with a decorative border of white and colored dots. The background is a dense mosaic of gold and brown tiles.

**Roberto Bin**

**CRITICA  
DELLA TEORIA  
DELLE FONTI**

**FrancoAngeli**

## Informazioni per il lettore

Questo file PDF è una versione gratuita di sole 20 pagine ed è leggibile con **Adobe Acrobat Reader**



La versione completa dell'e-book (a pagamento) è leggibile **con Adobe Digital Editions**.

Per tutte le informazioni sulle condizioni dei nostri e-book (con quali dispositivi leggerli e quali funzioni sono consentite) consulta [cliccando qui](#) le nostre F.A.Q.

# STUDI DI DIRITTO PUBBLICO

Collana diretta da **Roberto Bin**, **Fulvio Cortese** e **Aldo Sandulli**  
coordinata da **Simone Penasa** e **Andrea Sandri**

## REDAZIONE

Chiara Bergonzini, Fabio Di Cristina  
Angela Ferrari Zumbini, Stefano Rossi

## COMITATO SCIENTIFICO

Jean-Bernard Auby, Stefano Battini, Daniela Bifulco, Roberto Caranta, Marta Cartabia, Omar Chessa, Mario P. Chiti, Pasquale Costanzo, Antonio D'Andrea, Giacinto della Cananea, Luca De Lucia, Gianmario Demuro, Daria de Pretis, Marco Dugato, Claudio Franchini, Tomàs Font i Llovet, Giulia Maria Labriola, Peter Leyland, Massimo Luciani, Michela Manetti, Alessandro Mangia, Barbara Marchetti, Giuseppe Piperata, Aristide Police, Margherita Ramajoli, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Sandro Stajano, Bruno Tonoletti, Aldo Travi, Michel Troper, Nicolò Zanon

La Collana promuove la rivisitazione dei paradigmi disciplinari delle materie pubblicistiche e l'approfondimento critico delle nozioni teoriche che ne sono il fondamento, anche per verificarne la persistente adeguatezza.

A tal fine la Collana intende favorire la dialettica interdisciplinare, la contaminazione stilistica, lo scambio di approcci e di vedute: poiché il diritto costituzionale non può estraniarsi dall'approfondimento delle questioni delle amministrazioni pubbliche, né l'organizzazione e il funzionamento di queste ultime possono ancora essere adeguatamente indagati senza considerare l'espansione e i modi di interpretazione e di garanzia dell'effettività dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali. In entrambe le materie, poi, il punto di vista interno deve integrarsi nel contesto europeo e internazionale.

La Collana, oltre a pubblicare monografie scientifiche di giovani o affermati studiosi (**STUDI E RICERCHE**), presenta una sezione (**MINIMA GIURIDICA**) di saggi brevi destinata ad approfondimenti agili e trasversali, di carattere propriamente teorico o storico-culturale con l'obiettivo di sollecitare anche gli interpreti più maturi ad illustrare le specificità che il ragionamento giuridico manifesta nello studio del diritto pubblico e le sue più recenti evoluzioni.

La Collana, inoltre, ospita volumi collettanei (sezione **SCRITTI DI DIRITTO PUBBLICO**) volti a soddisfare l'esigenza, sempre più avvertita, di confronto tra differenti saperi e di orientamento alla lettura critica di problemi attuali e cruciali delle discipline pubblicistiche.

La Collana, inoltre, si propone di assecondare l'innovazione su cui si è ormai incamminata la valutazione della ricerca universitaria. La comunità scientifica, infatti, sente oggi l'esigenza che la valutazione non sia più soltanto un compito riservato al sistema dei concorsi universitari, ma si diffonda come responsabilità dell'intero corpo accademico.

Tutti i volumi pubblicati nella collana sono stati pertanto sottoposti a un processo di *double blind peer review* che ne attesta la qualità scientifica.

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati  
possono consultare il nostro sito Internet:  
[www.francoangeli.it](http://www.francoangeli.it) e iscriversi nella home page  
al servizio “Informatemi” per ricevere via e.mail le segnalazioni delle novità.

**Roberto Bin**

**CRITICA  
DELLA  
TEORIA  
DELLE  
FONTI**

**FrancoAngeli**

*In copertina: Giustiniano e il suo seguito  
(particolare, Basilica San Vitale, Ravenna)*

Copyright © 2021 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy

*L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito [www.francoangeli.it](http://www.francoangeli.it).*

# Indice

<b>Prefazione</b>	pag.	7
<b>Introduzione</b>	»	9
1. Serve davvero una teoria delle fonti?	»	9
2. Per iniziare. Gli equivoci di una metafora	»	14
<b>I. La crisi del sistema delle fonti e le sue cause</b>	»	19
1. Proust e la crisi della legge	»	19
2. Leggi motorizzate	»	22
3. Legittimità <i>vs.</i> validazione economica	»	26
4. Tecniche normative che non sono giuridiche	»	32
5. Fonti. Elogio della dommatica	»	35
<b>II. Il mondo delle cose e il mondo delle idee</b>	»	39
1. Disposizione e norma	»	39
2. Cose e idee: un approccio quantistico	»	43
3. Abrogazione e sovrapposizione tra disposizione e norma	»	49
4. <i>Lex specialis e sedes materiae</i>	»	54
5. Una conclusione. Elogio del testo	»	57
<b>III. Fonti della burocrazia, fonti della politica, fonti corporative</b>	»	63
1. Una domanda oziosa ma inevitabile: esiste ancora un “sistema” delle fonti?	»	63
2. Dentro e fuori il sistema delle fonti. La burocrazia	»	67

3. Interludio. Le fonti tra forma e potere	pag.	74
4. Dentro e fuori la separazione politica-diritto	»	79
5. Interludio. Il falso problema dell'«atto politico»	»	91
6. Dentro e fuori la separazione diritto e società. Gli atti normativi delle Autorità	»	94
7. Interludio. Il ritorno delle norme corporative	»	105
<b>IV. Esiste un ordinamento giuridico “multilivello”?</b>	»	113
1. Teorie e ideologie del diritto internazionale	»	113
2. Interludio. La «apertura internazionalistica» come ideologia	»	117
3. La CEDU e la sua trasformazione	»	122
4. Interludio. Interpretazione <i>vs.</i> bilanciamento	»	130
5. Regole e infrazioni	»	138
6. Teorie e ideologie dell'Unione europea	»	142
7. Interludio. Gli effetti indiretti dell'«effetto diretto»	»	149
8. L'Unione europea come <i>civitas maxima</i> , ordinamento senza dogmatica?	»	154
9. Interludio. A che serve la Carta dei diritti dell'Unione europea?	»	161
10. La Corte costituzionale e la difesa della Costituzione	»	169
11. Epilogo. Elogio della Corte costituzionale	»	175
<b>V. La «normatività del fattuale» e la giurisprudenza</b>	»	183
1. <i>Ex facto oritur ius</i>	»	183
2. La consuetudine come fenomeno psicologico	»	187
3. Fatti e fattispecie	»	191
4. Interludio. Interpretazione ed entropia	»	194
5. I dati della scienza	»	198
6. Interludio. Scienza prescrittiva?	»	204
7. La giurisprudenza è fonte del diritto? In conclusione	»	208
<b>Tesi conclusive</b>	»	213



# Prefazione

*Ex captivitate liber*, potrebbe intitolarsi questa prefazione. Il libro è stato scritto nei lunghi mesi della pandemia, o poco più. Ciò nonostante, della pandemia, e della scossa sismica che essa ha provocato nel sistema degli atti che i pubblici poteri hanno emanato nel tentativo di governare un fenomeno tanto devastante quanto impreveduto, non si fa menzione. Forse gli eventi degli ultimi, lunghi mesi lasceranno tracce permanenti; o forse tutto ritornerà alla normalità di prima. Ma quella normalità era già di per sé fuori squadra.

«Un tempo, se si voleva fare un corso di lezioni in serenità, si sceglieva il sistema delle fonti; tutto era chiaro: gerarchia, competenza, stato, regioni, regolamenti, legge. Oggi non è più così, perché si ha la percezione di trasmettere cose false» – scriveva Carlo Mezzanotte (*Quale sistema delle fonti? Le fonti tra legittimazione e legalità*, in *Queste istituzioni*, 1991, 56). Sono passati trent'anni e tutto è diventato ancora più confuso. Ricostruire è diventato un compito imperativo, che non potrà essere assolto da questo libretto scritto con le biblioteche inagibili.

Le biblioteche inagibili sono una scusa per un apparato bibliografico ridotto all'osso (che non vuole neppure dire: all'essenziale): ma che corrisponde anche a una scelta. La bibliografia sulle fonti del diritto è sterminata e ingovernabile: però questo libretto è stato scritto per sostenere tesi, forse non inedite (la chiusura delle biblioteche lenisce il pudore di chi si avventura a scoprire l'ombrello!), alimentate da una certa insoddisfazione nei confronti di una letteratura che sembra accontentarsi della descrizione dolente di un vec-

chio assetto delle fonti ormai demolito e della catalogazione delle macerie residue.

Per fortuna esistono i servizi *online* e per fortuna esistono ancora, nelle biblioteche chiuse, persone disposte ad aiutare chi non vi può accedere. Un ringraziamento particolare lo voglio rivolgere a Cristina Baldi e alle altre persone che tengono in piedi la biblioteca del Dipartimento giuridico di Ferrara, con cui ho collaborato per oltre vent'anni.

Un grazie anche ai tanti amici a cui ho somministrato la prima bozza del libro, e che non nomino per non coinvolgerli in responsabilità che sono solo mie.

# Introduzione

## 1. Serve davvero una teoria delle fonti?

Ma soprattutto è compito – e compito altissimo – della dottrina la costruzione dogmatica del sistema, allo stesso tempo complesso ed unitario, dell'ordinamento giuridico<sup>1</sup>.

Serve davvero una teoria delle fonti? Non è una domanda da poco. Né deve apparire una domanda scontata, soprattutto in un'epoca, come la nostra, in cui chi si occupa del tema parte dall'immane premessa che le «fonti del diritto» sono in crisi e che è difficile ricostruirle come un «sistema», forse persino inutile. Quello che si scrive di solito nei testi universitari di diritto costituzionale e di diritto pubblico, nel capitolo sulle «fonti del diritto» che non può mai mancare, sarebbe dunque solo una traccia, una raffigurazione approssimativa degli «atti e fatti abilitati dall'ordinamento giuridico a produrre nuove norme giuridiche»: più o meno questa è la definizione ripetuta a «meri fini didattici» – cioè, con il sottinteso che ben altra, ben più articolata e problematica dovrebbe essere una rappresentazione delle fonti adeguata alla realtà. Una realtà che si è fatta così complessa da rendere velleitario qualsiasi tentativo di disegnare un unico «sistema» in cui ordinare tutto ciò che sta nello spazio che va dai regolamenti comunali ai trattati dell'Unione euro-

1. F. PERGOLESI, *Saggi su le fonti*, Milano, Giuffrè 1943, 109.

pea, dalle circolari ministeriali agli accordi internazionali, dai codici di autoregolamentazione ai decreti legislativi e così via: un'enorme rete che tutto contiene e nulla ordina. O almeno così pare.

Eppure non si può stare senza una teoria delle fonti. Non solo perché si perderebbe lo strumento necessario a selezionare il materiale a cui è consentito porre obblighi e divieti alla collettività, il che evidentemente sarebbe un duro colpo alle esigenze di certezza e prevedibilità che accompagnano la vita di tutti. Ma anche perché il produrre obblighi e divieti è compito che, in un sistema costituzionale che si ispira ai principi di democrazia, è riservato alle autorità politiche investite dal voto popolare. Teoria delle fonti e teoria dei poteri crescono nello stesso vaso, addossate allo stesso sostegno, la costituzione. I cedimenti di una compromettono la tenuta dell'altra. Un caso recente può chiarire il punto.

Nel 2014, le Sezioni unite della Cassazione penale hanno dovuto dedicare una lunga motivazione per risolvere questo quesito: se, di fronte ad un avvocato che intende astenersi dall'udienza in adesione allo sciopero proclamato dalla sua categoria, il giudice possa disporre la prosecuzione del giudizio, in presenza di esigenze di giustizia non contemplate dal Codice di autoregolamentazione degli avvocati. Non una questione di enorme rilevanza, ma che si era trascinata per anni generando una giurisprudenza piuttosto turbolenta. Per porre il punto finale alla vicenda, le Sezioni unite non esitano a rivolgere qualche tratto della teoria delle fonti.

Il Codice di autoregolamentazione – scrive la Cassazione – risolve il problema di bilanciare il diritto di sciopero degli avvocati con i diritti delle altre persone coinvolte nel processo e con tutti gli interessi costituzionali in gioco: il giudice perciò non ha più la facoltà di procedere ad un autonomo giudizio di bilanciamento in concreto, perché questo è già risolto dalla “legge”. Qui sta il problema: per giungere a questa conclusione, le Sezioni unite non esitano a qualificare il Codice di autoregolamentazione come «fonte del diritto» – «la disciplina normativa della materia relativa alla astensione collettiva dei difensori è attualmente interamente contenuta in norme di diritto oggettivo poste da fonti legislative e *dalle competenti fonti di livello secondario o regolamentare*». Quali sono queste fonti di «diritto oggettivo»? Sono: la legge 146/1990, modificata

dalla legge 83/2000, che disciplina il diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e ipotizza la «adozione, da parte delle associazioni o degli organismi di rappresentanza delle categorie interessate, di codici di autoregolamentazione che realizzino, in caso di astensione collettiva, il contemperamento con i diritti della persona costituzionalmente tutelati» (art. 2.1); e poi il *Codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati*, adottato nel 2007 dagli «organismi di rappresentanza dell'Avvocatura» (ben cinque), e quindi sottoposto al «giudizio di idoneità» della *Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*; la Commissione, prima di esprimersi, ha consultato le organizzazioni dei consumatori e utenti e quindi ha pubblicato sulla *Gazzetta ufficiale* l'avviso della deliberazione, con in allegato il testo del Codice.

Perché tanta pignoleria nel ripercorrere una vicenda di non primissimo rilievo? Perché le Sezioni unite hanno battezzato una nuova «fonte del diritto oggettivo» di livello sub-legislativo: come tale essa ha effetti *erga omnes* e vincola il giudice, costituisce cioè parte di quel «vincolo alla legge» contenuto nell'art. 101.2 Cost. – norma chiave del nostro sistema costituzionale, come vedremo. Quel vincolo discende dal principio della separazione dei poteri e dal carattere democratico delle autorità rivestite del potere di emanare atti normativi: qui, invece, vengono socchiuse le porte del *sancta sanctorum* per darvi accesso ad un atto di origine corporativa (adottato dalle associazioni professionali), non soggetto a pubblicazione legale (che sembrerebbe un requisito minimo richiesto ad un atto-fonte del diritto<sup>2</sup>), a cui si *riserva* il potere di bilanciare gli interessi professionali<sup>3</sup> (che si esprimono attraverso lo sciopero) con i diritti e gli interessi costituzionali altrui. Una solida teoria delle fonti avrebbe

2. «Il fatto che non sia prevista istituzionalmente la pubblicazione legale, e che essa non venga praticata, è argomento sufficiente per escludere che l'atto sia normativo ai fini del suo trattamento giuridico»: G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, Zanichelli 1998, 20.

3. La «riserva» non opererebbe soltanto nei confronti del giudice, ma anche nei confronti di qualsiasi altra fonte secondaria, che non potrebbe «invadere» la materia attribuita al Codice, come giustamente (e criticamente) sottolinea E. GIANFRANCESCO, *Il codice di autoregolamentazione degli avvocati come fonte del diritto di natura secondaria*, in *Giur. cost.*, 2018, 1923.

dovuto impedire alle Sezioni unite di compiere un simile misfatto! Poi vedremo (§ III.7) che questa vicenda non è un caso isolato, ma è parte di una forte spinta a far filtrare nell'ordinamento giuridico norme di origine "sociale" – per non dire "corporativa". Ed anche di una certa tentazione dei giudici di liberarsi dal vincolo alla "legge" posto dall'art. 101.2 Cost.

Ma la storia non finisce qui. Nel 2018 giunge alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale della legge 146/1990, nella parte in cui consente al codice di autoregolamentazione di stabilire che, nei procedimenti in cui l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare o di detenzione, si proceda malgrado l'astensione del difensore solo ove l'imputato lo consenta<sup>4</sup>. La questione era sollevata dal giudice davanti al quale si stava celebrando un processo con centocinquanta imputati, bloccato dallo sciopero degli avvocati (ovviamente con il plauso degli imputati). L'oggetto della impugnazione era una norma del «codice di autoregolamentazione» in cui il bilanciamento degli interessi in gioco non appariva al giudice sufficientemente equilibrato. La Corte ovviamente non poteva prendere in considerazione diretta il "codice", che – quale qualificazione se ne voglia dare – certo non è uno di quegli «atti con forza di legge» ai quali è limitata la cognizione della Corte costituzionale: accetta la qualificazione che ne dà la Cassazione perché, in fondo, che sia o meno una fonte – comunque sub-primaria – non cambierebbe nulla dal suo punto di vista; ciò che la Corte deve prendere in considerazione è solo la legge che lo prevede e che rinvia ad esso un tratto della disciplina.

La Corte non demolisce il "sistema" creato dalla legge: è il giudizio di "idoneità" espresso dalla Commissione di garanzia a fare del codice di autoregolamentazione «una vera e propria normativa subprimaria e non già solo un atto di autonomia privata delle associazioni categoriali», e quindi a soddisfare «l'esigenza di uniformità (*id est* applicabilità *erga omnes*) della disciplina delle prestazioni indispensabili nei servizi pubblici essenziali». Anche la Corte costituzionale apre dunque una finestra sulla «teoria delle fonti»<sup>5</sup>,

4. Sent. 180/2018.

5. «Una norma primaria può autorizzare un'altra fonte, come tale sottordinata e quindi subprimaria, a dettare una determinata disciplina avente carattere

forse più larga del necessario lasciando penetrare tutti i dubbi che si manifestano di fronte ad un atto deliberato da un'organizzazione professionale che si arroga il compito di bilanciare diritti e interessi di rango costituzionale con valenza *erga omnes*. Il suo obiettivo è giungere alla dichiarazione di illegittimità della legge nella parte in cui, consentendo al codice di autoregolamentazione di interferire nella disciplina della libertà personale, viola la riserva assoluta di legge posta dall'art. 13.5 Cost. Quale sia la natura del codice, la legge che lo prevede "delega" ad esso un bilanciamento che non può essere "delegato". La teoria delle fonti è così preservata. Ma molti dubbi restano irrisolti, e non sono dubbi di poco rilievo.

La teoria delle fonti, come si vede, non è un'elegante tema riservato agli studi dottrinali. Essa si pone al centro dell'organizzazione costituzionale di uno Stato, proprio là dove la tutela dei diritti costituzionali si incrocia con l'autonomia dei soggetti privati, la rappresentanza politica con la legittimazione a imporre obblighi e divieti, il potere politico con l'autonomia della magistratura. Senza non si può stare.

generale ed astratto; fonte che può anche originare nell'ambito dell'autonomia privata, se mediata da un atto di ricezione, derivazione o validazione di natura pubblicistica». La Corte richiama gli accordi collettivi nazionali per il personale sanitario a rapporto convenzionale come esempio di atti di autonomia privata che acquistano natura di normazione subprimaria, in ragione della dichiarazione di esecutività, con decreto del Presidente della Repubblica (ex art. 48 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, recante «Istituzione del servizio sanitario nazionale»), citando Corte cassaz., sezioni unite civili, sentenza 12595/1993.

Concordo con Eduardo Gianfrancesco (*Il codice di autoregolamentazione cit.*, 1918 ss.) nel giudizio critico nei confronti della ricostruzione della «natura normativa» del codice: forse, però, la Corte costituzionale non era realmente interessata a fissare la cornice dogmatica di questa presunta «fonte», che avrebbe smentito una solida (ma assai criticabile) giurisprudenza della Cassazione: ed è significativo che la Corte costituzionale richiami ad esempio, come fonte affine, gli accordi collettivi nazionali per il personale sanitario a rapporto convenzionale; anch'essi avrebbero acquisito natura di normazione sub-primaria, in ragione della dichiarazione di esecutività sancita con DPR. Al contrario di questi accordi, il codice di autoregolamentazione non sarebbe neppure soggetto ad un regime di pubblicazione ufficiale (il codice di autoregolamentazione degli avvocati è stato pubblicato sulla G.U. del 4 gennaio 2008, n. 3, come allegato della comunicazione della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali: quindi una pubblicazione meramente notiziale).

## 2. Per iniziare. Gli equivoci di una metafora

“Fonte del diritto” è un’espressione figurata che ha più di un significato... La molteplicità dei significati del termine “fonte di diritto” rivela come sia impossibile il farne uso. In luogo dell’immagine, che facilmente induce in errore, è raccomandabile di far uso di un’espressione che definisca univocamente il fenomeno giuridico in esame<sup>6</sup>.

Il monito di Kelsen va senz’altro preso sul serio. L’espressione figurata può stare a significare – spiega Kelsen – (a) la norma che regola i metodi di produzione del diritto: quindi, ogni norma superiore in rapporto a quella inferiore, di cui regola la produzione e di cui è fondamento di validità («in questo senso giuridico-positivo, fonte del diritto può essere soltanto il diritto»); (b) oppure, «in senso non giuridico», «tutte le rappresentazioni che influiscono di fatto sulla funzione della produzione e dell’applicazione del diritto». Anche quando si ragiona di fonte del diritto in termini giuridici, però, c’è sempre una ambiguità di fondo. Kelsen afferma che «la produzione di una norma inferiore mediante una norma superiore può essere regolata in due direzioni. La norma superiore può determinare l’organo ed il procedimento per produrre la norma inferiore, ma può anche determinare il contenuto di questa norma»: in entrambi i casi però – persino quando «la norma superiore determina soltanto l’elemento personale, l’individuo, che deve assolvere la funzione di produrre diritto» – il risultato non cambia, perché «la produzione del diritto deve essere concepita come applicazione del diritto»<sup>7</sup>.

L’armonia e la coerenza della costruzione kelseniana offuscano una sovrapposizione di piani da cui nascono diversi equivoci che popolano la letteratura recente in tema di fonti del diritto. È un tema classico del diritto costituzionale che, proprio sulla base dell’inse-

6. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, tr. it. di M.G. Losano, Torino, Einaudi 1966, 263 ss.

7. Ivi, 266.



gnamento di Kelsen, sembrava ormai dotato di notevole stabilità: a parte prassi legislative poco apprezzabili e puntualmente stigmatizzate, sembrava infatti che il “sistema” delle fonti potesse contare su un solido impianto gerarchico e fosse garantito dall’impiego di un complesso di criteri utili a risolvere sovrapposizioni e antinomie; persino l’abnorme espansione della normativa europea e la sua pervasività, sospinta da una giurisprudenza della Corte di giustizia priva di remore nel pretendere la prevalenza del “suo” ordinamento su quelli nazionali (§ IV.6-8), era stata organizzata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana attraverso l’impiego di uno dei criteri consolidati, quelli usualmente impiegati per risolvere qualsiasi conflitto tra norme. Che essi da soli possano reggere la trasformazione storica dell’ordinamento giuridico nazionale, causata dall’integrazione europea e dalla penetrazione in esso di schemi normativi affermatasi nel commercio internazionale, può sembrare improbabile. È toccato alla giurisprudenza dei giudici ordinari il compito di aprire le maglie dell’interpretazione per accogliere in essa stimoli, principi, modelli di ragionamento, argomenti, riferimenti normativi che non sono riconducibili al sistema italiano delle fonti, rigorosamente intese. Qui sta il punto: in cosa consistono le fonti “rigorosamente intese”? È coerente con una definizione di ‘fonte del diritto’ la sua estensione a tutto ciò che contribuisce al processo di interpretazione e di applicazione svolto dal giudice (§ V.4)? Lungo quale linea ideale si tracciano i confini?

La stessa impostazione kelseniana lascia un margine di dubbio. Siccome “fonti”, “diritto” e “norme” sono termini impiegati come fossero interscambiabili («fonte del diritto può essere soltanto il diritto»; «è inesatto distinguere fra atti che producono diritto ed atti che applicano diritto», dato che l’applicazione del diritto è «produzione di una norma inferiore sulla base di una norma superiore»<sup>8</sup>), si apre una prospettiva piuttosto ingannevole, in cui gli *atti* e i *fatti* si confondono con le *norme* da essi “prodotte”<sup>9</sup>, benché gli uni ap-

8 H. KELSEN, *La dottrina pura* cit., rispettivamente 263 e 265.

9. È la «*synopsis*» *méthodique de la réalité et de l'idéalité*» a cui allude il saggio, un tempo assai noto, di B. HORVATH, *Les Sources du Droit positif*, in *Le Problème des Sources du Droit Positif*, in *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique 1934-1935*, Paris, Sirey 1934, 133.

partengano ad un “mondo” diverso da quello delle altre. O almeno così apparirebbe a prima vista (§ II.2).

Da questo problema trae le mosse questo scritto. Oggi il sistema delle fonti appare versare in una crisi profonda alla cui origine sembra esserci proprio la confusione tra i due “mondi”. È una confusione che si rende palese quando ci si ponga la faticosa domanda se la giurisprudenza sia fonte del diritto oppure ci sia un salto tra il mondo degli *atti* normativi e quello della loro interpretazione e applicazione in giudizio. Per Kelsen questa sovrapposizione era funzionale al suo obiettivo teorico, quello di costruire una teoria unitaria del diritto, in cui evidenziare e organizzare l'intero insieme delle norme che formano un ordinamento: non un ordinamento specifico, ma un ordinamento astratto, inteso come oggetto di teoria generale. In questa prospettiva la distinzione tra atto normativo e sua interpretazione non assumeva un particolare significato. Essa invece appare densa di significato se vogliamo capire come funzioni un ordinamento specifico, obiettivo che non può prescindere dalla distinzione dei ruoli della legislazione e dell'interpretazione: distinzione che sembra vacillare in un sistema, come il nostro, di cui da tempo si denuncia lo stato di crisi. Da qui bisogna allora incominciare.

Il percorso che si sta per intraprendere vuole iniziare proprio dalla crisi e si biforca avviando due diversi itinerari. Il primo (cap. I) cerca di far luce sulla crisi della legge, come archetipo della “fonte del diritto”: crisi che ormai data più di un secolo, ma resta pur sempre il tema dominante di qualsiasi ricostruzione delle fonti a sistema. È una prospettiva macroscopica cui si contrappone la visione microscopica del secondo itinerario (cap. II), che guarda all'altro elemento critico della teoria delle fonti, la distinzione tra l'*atto* di legislazione e la sua interpretazione – due mondi solo apparentemente separati. La ricerca prosegue poi affrontando una prima zona grigia della teoria delle fonti, la zona in cui la *legislazione*, come attività sommamente politica che impegna il fondamento rappresentativo dello Stato democratico, sfuma in un paesaggio nebbioso in cui il tessuto normativo sembra degenerare e venire ad intrecciarsi con trame prodotte in apparati burocratici che sfuggono alle competenze e alle garanzie procedurali gelosamente custodite dalla Costituzione (cap. III). Poi si affronta la causa più evidente della crisi

del sistema “nazionale” delle fonti e il suo confondersi con i sistemi normativi della Carta dei diritti fondamentali dell’uomo e dell’Unione europea (cap. IV). Infine, si fa ritorno al quesito di partenza: la giurisprudenza è fonte del diritto? Per rispondere al quesito bisognerà però affrontare un tema preliminare (cap. V), che riguarda la c.d. «socialità del diritto» e, sua immagine allo specchio, la c.d. «normatività del fattuale». Perché come entrano i “fatti” nel diritto e nella sua interpretazione è un tema difficile e cruciale. Trattarlo alla fine del percorso conferisce una certa circolarità allo sviluppo dell’indagine, perché ci riporta alla domanda di partenza: cosa distingue la legislazione dall’interpretazione?



# I

## La crisi del sistema delle fonti e le sue cause

### 1. Proust e la crisi della legge

Il tema della crisi del sistema delle fonti domina la letteratura giuridica degli ultimi anni. In verità non è affatto un tema nuovo, dato che di crisi della legge si parla già da almeno un secolo, accompagnandola inevitabilmente alla consustanziale crisi del parlamentarismo<sup>1</sup>. Vi è qualcosa di mitologico nell'immagine iconica della legge (e del parlamento, che della legislazione è responsabile; e quindi della rappresentanza politica, che al parlamento e alla centralità della sua funzione conferisce legittimazione) di cui si lamenta la crisi: essa evoca, più che una specifica esperienza storica, il ricordo proustiano della *petit madeleine* di zia Léonie, un'esperienza che però forse non è mai esistita così come l'immaginiamo. Su cosa si regge «*l'édifice immense du souvenir*» se riferito alla legge?

Siamo spesso vittime di questi dolci inganni, che ci fanno rimpiangere – inconsapevolmente per lo più – un mondo in cui la legge era davvero “la legge”, il parlamento un *vero* “Parlamento”, il giudice un giudice nella pienezza di significato del termine. È proprio della natura umana la tentazione di trattenere un'immagine idealizzata del passato «*sur la ruine de tout le reste*», e confrontarla con la ben meno ammangiante realtà attuale: la denuncia della

1. Condivido l'analisi di M. RUOTOLO, *Crisi della legalità e forma di governo*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2003, 140 ss., a cui rinvio per la bibliografia. Per una visione non unitaria della «letteratura della crisi» si vedano le osservazioni di S. PARISI, *La gerarchia delle fonti. Ascesa declino mutazioni*, Napoli, Jovene 2012, 3 (in nota).