

ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO

1958 - 2004

DIRETTORI SCIENTIFICI

F. Calasso - G. Capograssi - E. Opocher - T. Ascarelli - R. Nicolò - S. Pugliatti - F. Santoro-Passarelli
S. Satta - C. Esposito - A.D. Giannini - M.S. Giannini - G. Delitala - G. Vassalli - P.A. d'Avack
G. Morelli - G. Ferri - G.A. Micheli - A. Torrente - C. Mortati - G. Astuti - V. Crisafulli - G. Conso
M. Talamanca - D. Gaeta - V. Andrioli - L. Elia - A. Falzea - E. Fazzalari - F. Mercadante - P. Grossi
S. Cassese - P. Gismondi - A. Fantozzi - A. Fedele - S. Lariccia - L. Paladin - V. Sgroi - V. Carbone
F. Durante - E. Lupo

REDATTORI

D. Marchetti - G. Crisci - A. Colasurdo - F. Piga - G. Landi - S. Lariccia

REVISORI

G. Crifò - D. De Sossi - U. Cirioni - M. Ilari - C. Geraci - A. Zurzolo - G. d'Agostino - A.M. Pellegrino
G. Scarpitti - V. Marini - A. Pastorello - M. Scarlata Fazio - C. Cataldi - L. Sofia - V. Antonuzi
C. Biancheri - A. Caracciolo - P. Pistone - L. Campanelli - I. Gallo - L. Cascella - G. Massacra
E. Agrò - A. d'Angelis

SEGRETARIE DI REDAZIONE

A.M. Capocasale - I. Visone - G. d'Agostino

ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO

ANNALI
dal 2007

COMITATO DI DIREZIONE

ANGELO FALZEA
PAOLO GROSSI - ENZO CHELI

COORDINAMENTO SCIENTIFICO

RENZO COSTI - FRANCO GALLO - ANTONIO GAMBARO - VITTORIO GREVI
GIUSEPPE MORBIDELLI - ANTONIO PAGLIARO - MICHELE TARUFFO

AMATIA DI FINE LOSTI ATTERVINDI
a d'invio. Comunità. L'assimilazione
REPODE

COORDINAMENTO REDAZIONALE E REVISIONE

Vittoria Antonuzi - Anna d'Angelis - Federico De Santis - Giorgio Massacra - Marina Tibollo

italiana fra pubblico e privato, in *Assicurazioni*, 1997, I, 311 ss.; GAGGERO e TRICOLI, *Appunti sui fondi pensione*, ivi, 330 ss.; GASPARI, *La previdenza complementare e il ruolo dei gestori professionali del risparmio*, in *La gestione dei fondi pensione* (Autori vari), Roma, 1998, 125 ss.; GENTILI, *Profili civilistici della gestione assicurativa dei patrimoni dei fondi pensione a contribuzione definita*, in *Assicurazioni*, 1997, I, 369 ss.; GIORDANO, *Gli schemi di convenzione per la gestione delle risorse dei fondi pensione: prime osservazioni anche alla luce dell'esperienza inglese*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1999, I, 101 ss.; IOCCA, *Imprenditorialità e mutualità dei fondi pensione chiusi*, Milano, 2005; MANGHETTI, *Sim, banche, compagnie, fondi pensione: le condizioni di parità concorrenziale*, in *I fondi pensione: problemi e prospettive* a cura di G. MANGHETTI, cit., 103 ss.; MANGIATORDI e GIACOMEL, *Il dissesto dei piani pensionistici della società Enron: alcune riflessioni sul sistema dei fondi pensione negli Stati Uniti e in Italia*, in *Quaderni tematici COVIP*, 2002, quaderno n. 1, 43 ss. (in www.covip.it); MARASCA, *Il bilancio d'esercizio di banche, assicurazioni e fondi pensione*, Milano, 2003; MARTINA, *I fondi pensione, linee di tendenza nelle nuove del 1999 e del 2000*, in *Banca impresa società*, 2002, 307 ss.; PALMISANO, *La gestione dei fondi pensione tra pluralismo e par condicio tra i gestori*, in *Contratto e impresa*, 1996, 1103 ss.; PIAZZA, *I fondi speciali per la previdenza e l'assistenza in un recente libro*, ivi, 2003, 1555 ss.; RIGHINI, *La responsabilità per la gestione dei fondi pensione*, in *Banca impresa società*, 1998, 438 ss.; Id., *La gestione "finanziaria" del patrimonio dei fondi pensione chiusi*, Milano, 2006; RUSSO, *Gli amministratori dei fondi pensione. Natura dell'incarico ed ipotesi di conflitto di interessi*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1998, I, 176 ss.; SALERNO, *A piccoli passi verso il decollo della previdenza complementare: prime considerazioni sui decreti in tema di regole di comportamento delle società di gestione e modalità di investimento delle risorse previdenziali*, ivi, 1999, I, 249 ss.; Id., *La gestione finanziaria delle risorse dei fondi pensione*, in *Banca borsa*, 2001, I, 389 ss.; Id., *Fondi pensione "negoziati": costituzione, gestione e vigilanza*, Milano, 2002; TREU, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in *La previdenza complementare* a cura di M. BESSONE e F. CARINCI, cit., 10 ss.; TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica*, Milano, 2001; VELLA, *Attivismo degli investitori istituzionali e riforme del governo societario*, in *Banca impresa società*, 1998, 363 ss.; VENTORUZZO, *I fondi pensione* (D. Lg. 124/93), in *Quaderni delle giornate di aggiornamento dell'Istituto di diritto comparato A. Sraffa*, 1996, n. 1, 57 ss.; Id., *La disciplina regolamentare in materia di fondi pensione*, in *Riv. soc.*, 1997, 1201 ss.; VOLPE PUTZOLU, *La gestione dei fondi pensione da parte delle imprese di assicurazione sulla vita*, in *Assicurazioni*, 1988, I, 15 ss.; Id., *Le problematiche giuridiche e contrattuali*, in *I fondi pensione: problemi e prospettive* a cura di G. MANGHETTI, cit., 27 ss.; Id., *I fondi pensione aperti*, in *Assicurazioni*, 1997, I, 345 ss.; ZAMPINI, *Destinatari e sistemi delle fonti*, in *La previdenza complementare* a cura di M. BESSONE e F. CARINCI, cit., 322 ss.; Id., *Il finanziamento*, ivi, 320 ss.; Id., *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Padova, 2004.

FONTI DEL DIRITTO (diritto costituzionale)

SOMMARIO. Sez. I. I nuovi problemi: 1. Le trasformazioni del sistema delle fonti. — Sez. II. Atti e fatti normativi: 2. La fonte del diritto come fonte di produzione: la norma. — 3. I caratteri della norma. — 4. Fatti e atti normativi: una problematica distinzione. — 5. La dimensione del "fatto": il diritto consuetudinario. — 6. Segue: il

diritto giurisprudenziale. — 7. L'idoneità a produrre diritto: le fonti sulla produzione giuridica e i loro limiti. — 8. Fonti di produzione, di legittimazione, di cognizione. — Sez. III. Altri concetti di fonte del diritto: 9. I fattori dell'evoluzione giuridica; le fonti in senso soggettivo. — 10. La partecipazione di soggetti "interessati" alla formazione di norme (fonti atipiche e/o rinforzate). — 11. Potere normativo, forma di governo e forma di Stato. — Sez. IV. L'individuazione delle fonti legali: 12. Un'operazione a due fasi. — 13. I criteri di riconoscimento. — 14. La violazione delle norme che disciplinano la produzione giuridica, in particolare le fonti governative: conseguenze. — 15. Validità, vigenza, efficacia, effettività. — Sez. V. I rapporti tra fonti; le antinomie normative: 16. Principio di gerarchia e principio di competenza. — 17. Le antinomie normative e la loro composizione: a) in base al tempo: effetti dell'abrogazione. — 18. Segue: b) in base al grado gerarchico; la posizione delle consuetudini. — 19. Segue: c) in base alla competenza. — 20. I rapporti tra fonti nella frantumazione dei "tipi": i nuovi intrecci fra gerarchia e competenza. — 21. L'assimilazione fra competenza e riserva di legge: un equivoco da eliminare. — Sez. VI. Il nuovo assetto delle fonti nell'art. 117 cost.: 22. L'art. 117 comma 4: il mutato rapporto fra leggi statali e regionali. — 23. Gli statuti regionali. — 24. Gli incerti rapporti tra fonti di enti territoriali minori, fonti statali e fonti regionali. — 25. Legge interna, norme comunitarie, norme internazionali nel nuovo art. 117 comma 1.

Sez. I. — I NUOVI PROBLEMI.

1. *Le trasformazioni del sistema delle fonti.* — Parlare di fonti del diritto è ancor più difficile oggi che in passato: alla complessità del tema, articolato in una molteplicità di questioni non sempre pacificamente risolte nonostante lo spessore e l'ampiezza della dottrina impegnata, si aggiungono interrogativi diversi e nuovi che generano incertezze crescenti. Alcuni punti di riferimento sembrano addirittura saltati; le trasformazioni avvenute o in corso (sul piano giuridico ma non solo), incidendo profondamente su assetti ed equilibri che parevano consolidati e dunque modificando i presupposti su cui si reggeva il sistema delle fonti, hanno alterato inevitabilmente i rapporti e le posizioni reciproche, mettendo in gioco, e talora svuotando di senso, istituti fondamentali e principi. Basta pensare alle incidenze più evidenti, come la nuova configurazione, all'interno, dei rapporti tra fonti statali e fonti regionali e locali con il conseguente venir meno della competenza generale della legge, uno dei punti fermi delle tradizionali costruzioni (1); e all'ingresso dall'esterno di norme di ordinamenti "altri", in particolare sovranazionali. La legge deve ora cedere non solo di fronte alle norme comunitarie e al diritto interna-

(1) Criticamente sull'asserzione per cui la legge è fonte a competenza generale, già MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in questa *Enciclopedia*, Aggiornamento, I, 577. Dopo la modifica del tit. V cost. è affermazione diffusa che trova fondamento testuale nel comma 4 dell'art. 117 cost., anche se, forse, in parte va ridimensionata (v. *infra*, § 22). In generale sulla crisi del modello tradizionale di fonti, SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. SANTANIELLO, XXXV, Padova, 2004, 1-19.

zionale consuetudinario (art. 10 cost.) ma anche di fronte alle norme internazionali di origine pattizia (art. 117 comma 1): lo ha affermato di recente la Corte costituzionale (2). Tutto, insomma, sembra da ripensare. Ciò non significa mettere in causa le costruzioni teoriche generali, così perfette talora da rendere difficile persino riproporne l'essenza, che non richiedono rielaborazioni e fanno quasi da premessa al tema. Da esse, anzi, ogni indagine deve necessariamente partire per tentare la comprensione e la sistemazione del "nuovo", cercando di discernere la parte "stabile" da quella in movimento. Su alcune questioni classiche, dunque, non è necessario tornare; basta darne conto. È sulla parte ancora magmatica che la dottrina deve ora impegnarsi, e non è compito lieve.

Le domande si affollano, a partire dalla più grave e radicale, certamente non nuova (3), la quale mette in causa lo stesso sistema delle fonti che, nel disordine dei rapporti, addirittura si dubita sia ancora pensabile come "sistema", tanto più grave se la perdita « di valore assiologico e normativo » del testo costituzionale (4) — e dunque il suo valore unificante — dovesse protrarsi oltre continui tentativi di riforma che inevitabilmente lo delegittimano. Del sistema delle fonti si mettono in discussione caratteristiche di fondo ritenute sicure, ad esempio che si tratti veramente di un sistema "chiuso" a livello primario secondo insegnamento autorevole generalmente seguito (5), e ci si inter-

(2) C. cost. 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, 3475 ss.; C. cost. 24 ottobre 2007, n. 349, *ivi*, 3535 ss. Su ciò v. *infra*, § 25. Forse, come dice BERTI, *Governo tra Unione europea e autonomie territoriali*, in *Annuario 2001. Il Governo* (Atti del XVI Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Palermo, 8-10 novembre 2001), Padova, 2002, 188 s., la complessità, legata ai molteplici intrecci della trasformazione in corso, è difficile da sistemare perché « non rispecchia altro che la costruzione di un ordine politico e giuridico che, pur valendosi all'apparenza di luoghi e concetti del linguaggio tradizionale », si stacca dal passato.

(3) Posta già da FOIS, *Legalità (principio di)*, in questa *Enciclopedia*, XXIII, 659 ss., ma spesso riproposta: SILVESTRI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in *Pol. dir.*, 1987, 149 ss.; CHELI, *La produzione normativa: sviluppo del modello costituzionale e linee di tendenza attuali*, in *Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea* (Atti del Convegno organizzato dall'Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 14-15 luglio 2003), Roma, 2003, 127 ss.; RUGGERI, *Quale "sistema" delle fonti dopo la riforma del titolo V*, in Id., « *Itinerari* » di tendenza attuali, *in* *Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea* (Atti del Convegno organizzato dall'Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 2007, 2 ss.

(4) AZZARITI, *Principio di legalità tra Stato di diritto e Stato costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, www.costituzionalismo.it, 2006, n. 3.

(5) Sul carattere chiuso a livello primario e sulle conseguenze di tale chiusura, in particolare CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 126; PALADIN, *Le fonti*

roga sulla permanenza (o/e consistenza) dei suoi principi ordinatori, la gerarchia in primo luogo, sia pure variamente combinata col principio di competenza. Principio che assumerebbe comunque caratteri nuovi, tali da indurre ulteriore incertezza sugli effetti giuridici (e sui rimedi) di un'eventuale sua violazione, e ancora si complica mischiandosi ad altri principi che ne alterano i tratti essenziali. La stessa "separazione" fra le competenze, che pareva l'anima del principio, appare discussa e discutibile (6). In particolare tenendo conto del principio di "sussidiarietà", che scompiglia ogni ordine costruito sui criteri tradizionali di composizione delle antinomie normative, insinuandosi in modo crescente nella realtà dei rapporti in forme e con intensità non sempre prevedibili (7).

Sembrano inoltre da ripensare i rapporti tra fonti atto e fonti fatto (nelle loro diverse realtà), forse non più configurabili secondo la schematizzazione semplificata entro la quale li si chiudeva, e probabilmente da risistemare in una prospettiva più generale relativa alla posizione della disposizione scritta rispetto ai fatti, di fronte al ruolo dell'interpretazione (8) e più in generale al nuovo peso del diritto giurisprudenziale (v. *infra*, § 6). Se il contributo delle corti alla configurazione del sistema deriva già dalla Costituzione — che sta prima e sopra « le vicende politiche che si esprimono nella legge » (9) — e dalla sua carica dina-

del diritto italiano, Bologna, 1996, 348; SILVESTRI, « *Questa o quella per me pari sono...* ». *Disinvoltura e irrequietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, in *Le fonti del diritto*, oggi (Atti delle Giornate di studio in onore di A. Pizzorusso, Pisa, 3-4 marzo 2005), Pisa, 2006, 176, considera il numero chiuso delle fonti primarie « il principale argine contro il caos delle fonti ». Ma v. i rilievi di MODUGNO, *op. cit.*, 564 ss.

(6) V. *infra*, § 15, 18, 19 e 20. Significativo, ad esempio, è il principio dell'intesa fra due enti titolari di poteri normativi, Stato e regioni, nell'emanazione di fonti regolamentari di cui parla la stessa Corte costituzionale (v., ad esempio, C. cost. 1° giugno 2006, n. 214, in *Giur. cost.*, 2006, 2159 ss., con nota di MICHETTI, *Le competenze normative sussidiarie... nel nodo delle intese tra Stato e Regioni*, *ivi*, 2182 ss.). Sulla crisi della "separazione", in particolare RUGGERI, *Leggi statali e leggi regionali alla ricerca di una nuova identità*, in *Quaderni regionali*, 2007, 401 ss., anche per i riferimenti alla dottrina.

(7) Tanto che se ne parla come di un ulteriore principio accanto a gerarchia e competenza (PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, in particolare 257).

(8) Interpretazione non solo delle norme di diverso grado, ma della stessa Costituzione. Per una visione complessiva delle trasformazioni e mutamenti d'interpretazione intervenuti nel tempo, BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004.

(9) Nel senso forte in cui ne parla ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio*, Bari, 2007, 84 ss.

mica (10), oggi si arricchisce con l'apertura del sistema. Non a torto si parla di necessaria « integrazione della teoria delle fonti con la teoria dell'interpretazione » dato il rilievo che assumono « le esperienze dell'applicazione » (11). E certamente, pur avendone ben presenti difficoltà e problemi (12), non si può ignorare l'interrogativo se la giurisprudenza sia da considerare una fonte, magari una fonte di produzione « derivata » (13).

La stessa definizione di fonte del diritto sembra in parte da rivedere, o almeno da precisare, perché — come diversi autori hanno rilevato (14) —, anche a non seguire per intero la posizione di Esposito (15), si deve riconoscere che non tutte le fonti hanno dietro di sé una precisa norma sulla produzione giuridica che ne legittima l'appartenenza al sistema: in particolare la consuetudine costituzionale. Ma, del resto, la consuetudine come fonte non trova alcuna disciplina, neppure riguardo ai requisiti; forse è da ritenere che per le norme consuetudinarie non rilevi la « fonte »? (sul punto v. *infra*, § 5).

Altre questioni, gravissime, riguardano il funzionamento in concreto delle fonti nell'ordinamento italiano, un diverso disordine dovuto non più a novità da interpretare e a trasformazioni che mettono alla prova le costruzioni giuridiche acquisite, ma, più banalmente, alle molteplici « deviazioni » dal dettato costituzionale di cui si sono resi (e si rendono) responsabili gli organi al vertice dello Stato (v. *infra*, § 14). Di fronte alla loro

gravità e ai rischi per il corretto funzionamento della forma di governo e per la stessa forma di Stato non si tratta solo di denunciarle, ma di individuare rimedi efficaci per riportare l'esercizio del potere normativo al livello di razionalità e legalità richiesto da uno Stato democratico di diritto a difesa delle persone e delle loro posizioni costituzionalmente garantite. Il controllo della Corte costituzionale, se maggiormente severo, non può non incidere sui comportamenti scorretti degli organi politici. A questo fine essenziale è il ruolo della dottrina, come stimolo e supporto all'esercizio più penetrante del controllo, verso il quale la giurisprudenza, in verità, appare avviata: decisioni recenti dimostrano minor tolleranza per la violazione di norme costituzionali che regolano i rapporti Parlamento/Governo in materia di produzione giuridica primaria (16).

Infine, nel complessivo ampliamento dei centri di produzione normativa e delle fonti, compaiono figure nuove di non agevole lettura, ad esempio il *referendum* propositivo introdotto da una legge statutaria della provincia autonoma di Bolzano: l. prov. B. 18 novembre 2005, n. 11 (17). In base all'art. 15, il consiglio provinciale (entro centotanta giorni) « può tradurre in legge provinciale la proposta referendaria e in tal caso il *referendum* è dichiarato improcedibile; in caso contrario ha ulteriore corso e, se il risultato è favorevole all'emanazione della legge, « il Presidente della Provincia la promulga ». Al di là del nome, sembra difficile far rientrare nello schema del *referendum* propositivo quello che appare un vero e proprio procedimento di produzione giuridica. Difficile anche pensare ad una variante procedimentale della legge provinciale, trattandosi di una « variante » che sposta addirittura i soggetti della decisione. Un argomento per parlare di una « legge » diversa, di una fonte nuova? Una legge « popolare » anziché « consiliare »? Figure nuove che si aggiungono a fonti da tempo discusse, emanate ignorando le norme sulla produzione giuridica (i regolamenti ministeriali privi del *nomen*, dei pareri e

(16) In particolare sono da segnalare due decisioni: una del 2004 (C. cost. 28 luglio 2004, n. 280, in *Giur. cost.*, 2004, 2800 ss.), l'altra del 2007 (C. cost. 17 maggio 2007, n. 170, *ivi*, 2007, 1653 ss.) in tema di delega legislativa, cui si aggiunge, da ult., C. cost. 4 marzo 2008, n. 44, e una sentenza del 2007 (C. cost. 23 maggio 2007, n. 171, *ivi*, 2007, 1662 ss., con nota di SORRENTINO, *Ancora sui rapporti tra decreto-legge e legge di conversione: fino a che punto i vizi del primo possono essere sanati dalla seconda?*; *ivi*, 1676) che riconferma la sindacabilità della legge di conversione dei decreti-legge (v. *infra*, § 14).

(17) In B.U.T.A.A. 29 novembre 2005, n. 48.

dei controlli richiesti), ad atti la cui natura è indicata dalle leggi solo in negativo (« decreti non regolamentari ») collocati a livello secondario o terziario, alle varianti dei tipi tradizionali e ai poteri normativi di autorità indipendenti.

Sez. II. — ATTI E FATTI NORMATIVI.

2. *La fonte del diritto come fonte di produzione: la norma.* — Fonti del diritto, in senso proprio, si considerano esclusivamente le fonti di produzione, gli atti o fatti giuridici idonei a creare, modificare o estinguere norme giuridiche (18) e, dunque, a conformare l'ordinamento giuridico determinandone la trasformazione nel tempo in relazione al mutare delle esigenze sociali. Si parla perciò di « inesauribilità » della fonte (19), strumento continuamente utilizzabile per l'esercizio del potere normativo, necessariamente aperto per non irrigidire il sistema chiudendolo alle istanze nuove. Il diritto deve registrare il trascorrere del tempo ed i suoi effetti sulle situazioni regolate che incessantemente si evolvono, conformando la normazione al movimento del reale. Le norme non più adeguate vanno sostituite con norme poste dalla fonte nuova che ne determina l'abrogazione e la perdita di efficacia (v. *infra*, § 17). L'inesauribilità della fonte risponde dunque a un'elementare necessità: il diritto non è posto una volta per tutte, non può restare immobile, ma è destinato a mutare ove se ne presenti la necessità. La breve durata non è sempre un segno di disvalore: il ricambio è fisiologico. Sotto questo profilo, la fonte costituzionale, tendenzialmente destinata a durare, può differenziarsi (parzialmente almeno) da tutte le altre.

La fonte produce norme, ma non va confusa con la norma prodotta come di frequente avviene nel linguaggio comune; differenziare il produttore dal prodotto è importante non solo concettualmente. La fonte, come atto regolato dal diritto in tutti i suoi momenti — dalla competenza ad emanarlo, al procedimento, alla forma, alla pubblicazione —, può avere vizi derivanti da difformità rispetto alle prescrizioni (vizi relativi alla competenza, al procedimento, alla forma) che la rendono

(18) Così CRISAFULLI, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in questa *Enciclopedia*, XVIII, 925 ss., e la maggioranza della dottrina. Già PERASSI, *Teoria dottrinale delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale*, in *Riv. dir. intern.*, 1917, 195 s., definiva le fonti come i fatti giuridici intesi in senso lato (comprensivi di atti e fatti giuridici « cui l'ordinamento giuridico connette la nascita oppure la modificazione o l'estinzione di una norma giuridica »).

(19) CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 178 s.

sindacabile. Si parla in quest'ipotesi di vizio formale che, per sua natura, travolge di regola l'intero atto e tutte le norme prodotte.

Può accadere, viceversa, che un atto fonte, regolarmente emanato, produca norme in contrasto con i principi della Costituzione o della legge qualora si tratti di fonte secondaria: vizi materiali, in questo caso, relativi a singole disposizioni contenute nell'atto fonte che rimane, per le parti restanti, valido ed efficace.

Si è parlato di « disposizioni », elemento essenziale del discorso in quanto si pongono fra l'atto e la norma e vanno pertanto distinte dall'uno e dall'altra. Se le norme si differenziano dall'atto « di cui si configurano come l'effetto o il prodotto », non si identificano con le disposizioni che costituiscono « il contenuto prescrittivo dell'atto, il « voluto » in esso manifestato » (20). La norma è la disposizione interpretata, il significato normativo che in concreto assumono le disposizioni in base all'interpretazione (condotta in relazione al sistema nel suo continuo rimodellarsi); la Corte costituzionale, partendo necessariamente da disposizioni, giudica tuttavia di norme, pronunciandosi sul significato (o su uno dei significati, talora plurimi e/o alternativi) delle disposizioni impugnate (21). La distinzione fra disposizione e norma è costantemente utilizzata dai giudici e dalla Corte costituzionale le cui sentenze, a volerle prescindere, diverrebbero per la maggior parte incomprensibili.

3. *I caratteri della norma.* — Si parla di fatti o atti di produzione giuridica per indicare l'effetto che ad essi l'ordinamento riconnette, che non è un qualsiasi effetto giuridicamente rilevante, ma la creazione, modifica o estinzione di norme giuridiche: atti e fatti, dunque, previsti e disciplinati a tale specifico fine.

Della norma giuridica la dottrina ha ampiamente trattato, soprattutto in relazione ai caratteri idonei a identificarla e, di conseguenza, a identificare l'atto normativo distinguendolo da altri atti di organi muniti di pubblico potere. I criteri proposti sono vari, la « novità » in primo luogo, presente in modo implicito nella definizione di fonte come atto che modifica l'ordinamento, che crea diritto nuovo, dove l'aggettivo « nuovo » può apparire

(20) CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, 41.

(21) Scegliendo fra i significati possibili non necessariamente quello proposto dal giudice remittente, ma quello nel quale la disposizione è applicata dalla maggioranza della giurisprudenza, ossia il « diritto vivente » (sul quale, in particolare PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e « diritto vivente »*. *Genesis, uso, implicazioni*, Milano, 1994).

superfluo essendo già dentro l'idea di creazione. E, in effetti, la difficoltà di servirsene per distinguere in concreto l'atto fonte (in casi limite soprattutto) viene dal carattere relativo della novità, dal rilievo che in qualsiasi statuizione giuridica è ravvisabile un elemento di novità d'intensità diversa (22). Nuove in senso assoluto sono soltanto le norme costituzionali, tutte le altre costituiscono applicazione di statuizioni precedenti. Dove ci si ferma? Quando si può tracciare un confine fra atti normativi e non? La novità potrebbe, si dice, essere negata ai soli atti di mera esecuzione.

Inutilizzabile come criterio di identificazione degli atti normativi, la "novità" presenta oggi interesse sotto un altro profilo, come elemento di giudizio per la valutazione della legittimità di un atto legislativo. Le applicazioni sono diverse: in numerosi e differenti casi la Corte costituzionale è chiamata a verificare se l'atto impugnato abbia un contenuto nuovo ovvero semplicemente ripetitivo di un atto precedente (23), ad esempio ai fini del trasferimento della questione di costituzionalità dal decreto-legge ad altra disposizione successiva (basata sulla "perdurante identità" della norma) o al fine di valutare la reiterabilità del decreto; sotto diversi profili nei giudizi sull'ammissibilità del referendum abrogativo, su leggi d'interpretazione autentica; prima della modifica del tit. V cost., la "novità" era rilevante per la valutazione della delibera legislativa riapprovata dal consiglio regionale dopo il rinvio governativo (24). Il discorso complesso può essere qui soltanto accennato: interessa sottolineare che dall'esame della giurisprudenza non sembra emergere un concetto univoco di novità normativa (25).

Più utile, anche se non risolutivo, è il criterio della "generalità" combinato alla "astrattezza". La norma generale non si rivolge ad uno o più soggetti determinati, ma a tutti coloro che si trovano nella situazione regolata; e, dunque, generalità non significa universalità. In concreto il numero di destinatari può variare, fino a ridursi a uno (il Presidente della Repubblica, ad esempio). Nell'apertura verso il futuro, nella possibilità di appli-

(22) Per le varie posizioni e la complessa problematica, v. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in questa *Enciclopedia*, IV, 241 ss.

(23) Sul tema, BALDAZZI, *La "novità normativa" tra teoria delle fonti e teoria dei conflitti* (tesi di dottorato in diritto costituzionale, Università di Ferrara), Ferrara, 2004.

(24) Per le diverse situazioni e per la valutazione della giurisprudenza costituzionale ad esse relativa, BALDAZZI, *op. cit.*, 49 ss.

(25) Questa è la conclusione cui giunge la ricerca di BALDAZZI, *op. cit.*

care la norma ad ogni ripetersi della situazione disciplinata (astrattezza) sta la faccia indispensabile della generalità (26).

La sintesi crisafulliana generalità-astrattezza è quella che maggiormente aiuta, pur lasciando incertezze nelle zone di confine; a risolverle giova la distinzione tra « disporre » e « provvedere » (27). Lo scopo, disporre, dovrebbe aggiungersi in alcuni casi alla generalità/astrattezza come ulteriore elemento per l'identificazione della fonte. Le ordinanze emanate da varie autorità e rivolte a provvedere non sarebbero fonti, pur potendo derogare temporaneamente, nel rispetto dei principi, a disposizioni di grado legislativo per l'esigenza di provvedere (28).

Non è molta la distanza dalla definizione di Jean-Jacques Rousseau della legge generale, che considera « i sudditi come corpo e le azioni come astratte, mai un uomo come individuo, né un'azione particolare » (29). Infatti il criterio, largamente utilizzato sebbene oggetto di rilievi critici, ha dalla sua parte ragioni storico-politiche — nelle ideologie che stanno alla radice dello Stato moderno la generalità della legge è collegata all'esigenza politica dell'eguaglianza — oltre a ragioni di principio che riflettono e formalizzano quelle esigenze, tanto più forti per il legame essenziale con la forma di Stato. Lo Stato democratico di diritto, di cui l'eguaglianza è il centro, esige la generalità della norma, escludendo privilegi e trattamenti differenziati per soggetti singoli o determinati; il costituzionalismo, con il principio cardine della separazione dei poteri a garanzia dei diritti, impone la distinzione tra disporre e provvedere (in concreto) senza la quale l'esigenza garantista della "previa norma" sarebbe vanificata (30). L'astrattezza, intesa come possibilità di

(26) La possibilità di ripetuta applicazione del precetto nel tempo, o generalità nell'ordine temporale, si considera l'elemento distintivo della norma rispetto alla concretezza del provvedimento che si "consuma" con la prima applicazione: CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 21 ss.; analogamente, RESCIGNO G.U., *L'atto normativo*, Bologna, 1998, 30.

(27) CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, 26-33, esamina i diversi casi di incerta collocazione: le disposizioni transitorie (che possono considerarsi norme), i bandi di concorso (che rientrano nei provvedimenti), le disposizioni retroattive, le disposizioni di proroga di certi tipi di contratti, alcune ordinanze (prefettizie in primo luogo), i provvedimenti tariffari, i decreti ministeriali che variano le aliquote dei tributi, ed altri ancora.

(28) È il caso delle ordinanze per la protezione civile.

(29) CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, 24, menziona infatti la definizione di Rousseau.

(30) CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, 60; CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, 152 ss.; Id., *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, 1990, 4 ss.

ripetuta applicazione del precetto, saldandosi con la generalità dei destinatari e integrandola dove la peculiarità della fattispecie non la consenta (31), è il presupposto della legalità dell'azione amministrativa, del controllo sul suo esercizio in via giurisdizionale e, dunque, della effettiva tutela delle posizioni individuali (art. 113 cost.).

Deroghe ripetute a tali principi si rilevano nel comportamento concreto degli organi di vertice dello Stato, in duplice direzione: con l'emanazione di leggi-provvedimento, che oltre a violare l'eguaglianza vanificano l'esigenza garantista, giustificate un tempo con le ragioni dello Stato sociale in cui l'amministrativizzazione della legge si riteneva inevitabile (32); mediante l'esercizio massiccio di poteri normativi da parte di organi diversi dalle Assemblee legislative. Se il primo fenomeno appare ora attenuato, non si può dire altrettanto del secondo: l'ampiezza della normazione del Governo-amministrazione è imponente.

4. *Fatti e atti normativi: una problematica distinzione.* — Fonti del diritto sono fatti e atti; manifestazioni di volontà — i secondi — di un organo o soggetto legittimato a creare, modificare o estinguere norme giuridiche, regolati dall'ordinamento riguardo alla competenza, al procedimento di formazione, alla forma, ai modi in cui sono ufficialmente conosciuti e divengono operanti nel sistema. Atti fonte che da secoli monopolizzano la produzione giuridica, ma sembrano oggi trovarsi in una posizione più critica e meno sicura rispetto al diritto prodotto da fatti. I rapporti fra i due tipi di fonti, o, in generale, i rapporti fra diritto scritto e diritto non scritto (33), presen-

(31) Non la consente in quanto il numero dei destinatari della disposizione è necessariamente ristretto o/e determinabile. Il rivolgersi ad una situazione che può ripetersi nel tempo, alla quale ogni volta che si ripete la norma risulti applicabile, consente di inserirla nel sistema come un dato relativamente stabile, costitutivo dell'ordinamento che non può pensarsi costituito da singoli e contingenti precetti.

(32) Per le critiche alla prassi e alle sue giustificazioni, rinviamo alle considerazioni svolte in CARLASSARE, *La Dichiarazione dei diritti del 1789 e il suo valore attuale*, in *Principi dell'89 e Costituzione democratica* a cura di L. CARLASSARE, Padova, 1991, 25-35; il tentativo di eludere, nel concreto, la regola della "previa norma" passa attraverso due strade: l'eliminazione dello stacco fra il disporre e il provvedere e l'assunzione di poteri normativi da parte dell'amministrazione. Sul tema, da ultimo, RESCIGNO G.U., *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi provvedimento costituzionalmente illegittime* (relazione al XIII Convegno di studi amministrativi, Varenna, 22 settembre 2007), in www.astrid-online.it.

(33) Per alcuni non coincidono: CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, 34-36, fa l'esempio dei « principi » e del rinvio a determinate

tano profili nuovi assai problematici che costringono ad averne una diversa coscienza.

I fatti fonte vengono normalmente distinti dagli atti in quanto non hanno alla loro origine una manifestazione di volontà, o, quantomeno, una volontà diretta a produrre l'effetto tipico della fonte: la creazione di norme. Il discorso, tuttavia, vale se riferito all'esistenza (o all'inesistenza) di un preciso atto scritto, di un documento nel quale la volontà s'incarna, non se riferito all'origine prima della norma. Non è esclusa, alla radice di una consuetudine, la volontà di un soggetto in posizione di potere che, valendosi di autorità religiosa, morale o semplicemente della forza, abbia imposto il rispetto di un comando (34), volontà alla quale, nel tempo, non possiamo risalire. Conta, oggi, la diffusione del comportamento conforme e dell'*opinio*, comunque si sia formata, insieme alla rilevazione della durata nel tempo.

La coscienza della possibile origine "volontaria" di norme non prodotte da atti percorre del resto il pensiero giuridico. Già affermare che alla base della consuetudine costituzionale si trovi spesso una "convenzione" significa confermare l'origine volontaria della norma, espressione della volontà di soggetti in posizione di potere. La convenzione costituzionale è infatti un accordo, espresso o tacito, fra organi o soggetti al fine di risolvere una questione concreta nell'inesistenza (o nell'incerto significato) di una disposizione costituzionale (35). Una convenzione, trasformata poi in consuetudine, si considera all'origine della forma di governo "parlamentare", non prevista dallo Statuto albertino: il tacito accordo fra Parlamento, Governo e Re per configurare in modo corrispondente alla reale forza dei soggetti coinvolti il rapporto fra gli organi al vertice dello Stato (36). E avrebbe radice volontaria un'eventuale consuetudine sulla competenza a dichiarare l'impedimento del Presidente della Repubblica: nel silenzio del testo costituzionale, una situazione grave si è risolta mediante l'accordo (tacito) fra

norme di ordinamenti esterni operato da disposizioni in bianco (come l'ordine di esecuzione dei trattati).

(34) Lo sottolinea di recente FERRARA G., *Sulle fonti del diritto. Qualche premessa*, in *Costituzionalismo.it*, www.costituzionalismo.it, 2006, n. 2, 2 ss.

(35) V. in particolare RESCIGNO G.U., *Le convenzioni costituzionali*, Padova, 1972.

(36) CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., I, 1970, 113 ss.; gli altri casi sono indicati da ESPOSTO, *Consuetudine*, cit., 463 ss., sia nell'ordinamento monarchico sia in quello repubblicano.

soggetti variamente coinvolti nell'attività presidenziale (37). Se il comportamento si ripetesse, dato il numero ridotto dei soggetti e l'improbabile frequenza di un simile caso, potrebbe ritenersi formata una norma consuetudinaria vincolante.

Ai fini della distinzione fra atti e fatti fonte, ciò che conta sul piano del diritto positivo è l'esistenza (per l'atto) o l'inesistenza (per il fatto) di una precisa manifestazione di volontà espressa in un documento, da organi del sistema (38), titolari di potere normativo (39).

È dunque, volendo considerare la giurisprudenza una fonte (40), non si potrebbe comunque definire la sentenza un atto normativo: non proviene da organi titolari del potere di produzione giuridica, né è un documento che corrisponda all'espressione ufficiale di una delle fonti previste dal sistema per le quali è richiesta la pubblicazione in sedi espressamente deputate e nelle forme prescritte. La giurisprudenza, nel suo insieme, potrebbe piuttosto considerarsi un "fatto normativo" di cui rilevare l'esistenza (v. *infra*, § 6).

Che la qualifica di fatto o di atto fonte non sempre possa essere del tutto sicura lo dimostra il dibattito sul *referendum* abrogativo, semplice "fatto normativo" per alcuni, atto fonte per altri (41), come poi lo ha considerato la Corte costituzionale (42).

5. *La dimensione del "fatto": il diritto consuetudinario.* — Vale la pena interrogarsi sui fatti normativi partendo dal più tradizionale, la consuetudine. Difficile da collocare entro gli schemi costruiti per il diritto scritto (o diritto "posto"); nonostante la sua antichità molte incertezze restano.

In verità tutto è misterioso e incerto riguardo

(37) PALADIN, *Diritto costituzionale*³, Padova, 1998, 456 ss.

(38) Infatti per norme di altri ordinamenti immesse con i meccanismi del rinvio si parla di « fatto fonte », in quanto l'atto si colloca « altrove ».

(39) Quindi « coscienza e volontà » da parte di colui che compie l'atto, volontà di porre norme, « coscienza che l'atto viene compiuto col fine di introdurre norme nel sistema » e più precisamente « quelle prescrizioni che vengono enunciate »: RESCIGNO, *L'atto normativo*, cit., 51.

(40) Risolve negativamente la questione PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 97 ss.

(41) MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1975, 956; e, diversamente, CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, II, 96 ss. Sulla questione LUCIANI, in *Commentario della Costituzione* fondato da G. BRANCA, continuato da A. PIZZORUSSO, *La formazione delle leggi*, t. I, *Il referendum abrogativo* (Art. 75), Bologna-Roma, 2004, 599 ss., 610 ss.

(42) C. cost. 3 febbraio 1987, n. 29, in *Giur. cost.*, 1987, I, 166 ss.; C. cost. 22 ottobre 1990, n. 468, *ivi*, 1990, 2794 ss.

alla consuetudine (43). Fonte prima di regole di condotta nelle società primitive, assume oggi valore centrale nell'ordinamento internazionale « scarsamente organizzato in forme istituzionali e certamente dominato dal principio della paritarietà tra i soggetti e del decentramento ad essi delle funzioni essenziali dell'ordinamento » (44), ha rilievo marginale negli ordinamenti degli Stati (dov'è però necessario distinguere tra diritto privato e diritto costituzionale).

Rispetto alle fonti atto la consuetudine presenta differenze radicali che vanno ben oltre l'unica su cui tradizionalmente si insiste — l'assenza di una volontà diretta a produrre la norma —, prima fra tutte il non avere necessariamente dietro di sé una norma sulla produzione giuridica che la legittimi e la disciplini (45). Se nel nostro ordinamento qualche disposizione di riconoscimento può rinvenirsi — il riferimento agli « usi » nelle disposizioni preliminari del codice civile e alle « norme [...] generalmente riconosciute » nell'art. 10 cost. —, per le consuetudini costituzionali nulla si trova. Eppure si tratta di consuetudini che, sottolinea Esposito, hanno significato in diversi momenti e a vari fini (46).

Nessuna disposizione, comunque, disciplina la fonte consuetudinaria e i suoi requisiti; è stata la dottrina a fissarne alcuni, determinanti per la sua formazione e, quindi, « delimitanti l'ambito di validità di una regola consuetudinaria ai fini della sua applicazione nei tribunali » (47). Si è però ben lontani dall'univocità d'indicazioni (48). Il primo dei requisiti esterni (che costituiscono l'elemento materiale della consuetudine) è il decorso del tempo, il fatto che i comportamenti oggetto della regola siano stati ripetuti per un certo periodo non necessariamente determinato: a differenza del diritto canonico, negli ordinamenti statali contemporanei, di norma, il giudizio è lasciato al libero apprezzamento del giudice (nel diritto inglese si parla di « immemorabile » o di consuetudini anteriori al XII secolo). La reiterazione dei comport-

(43) Di « mistero » parla ARANGIO-RUIZ, *Consuetudine. III Consuetudine internazionale*, in *Enc. giur.*, VIII, 1988, 7.

(44) ZICCARDI, *Consuetudine (diritto internazionale)*, in questa *Enciclopedia*, IX, 476.

(45) Che nella consuetudine si possa prescindere da una norma sulla produzione, ad esempio PEDRAZZA GORLERO, *Le fonti del diritto*, Padova, 1995, 10.

(46) ESPOSITO, *Consuetudine*, cit., 465 ss., 469 ss., 471 (e nt.), 473 ss.

(47) BOBBIO, *Consuetudine (teoria generale)*, in questa *Enciclopedia*, IX, 426 ss. (428 per la citazione), 436.

(48) Addirittura, come dice PALADIN, *op. ult. cit.*, 385, « la tradizione dottrinale non si è minimamente consolidata ».

tamenti deve avere a sua volta dei requisiti: generalità, costanza, continuità, frequenza e pubblicità (49).

Tali indicazioni tuttavia danno una sicurezza del tutto falsa; ad approfondire meglio, la nozione di consuetudine appare sempre più incerta e sfuggente (50). La dottrina del resto è concorde nel riconoscere che i requisiti, elaborati con riferimento alle consuetudini che si formano nei rapporti fra privati, perdono rilievo quando si tratti di consuetudini nel diritto pubblico o nel diritto internazionale: il decorso del tempo ha minore importanza, come pure la generalità (può bastare il comportamento di un organo solo), ed anche la frequenza perde gran parte del suo valore trattandosi di comportamenti di solito non numerosi (51).

Cosa resta allora, soltanto l'elemento "spirituale", vale a dire l'*opinio iuris et necessitatis*? Ma — è la nota tesi di Bobbio — se *opinio* significa « credenza », non volontà, come tale non può avere valore costitutivo perché « la credenza dell'obbligatorietà di un comportamento presuppone che già esista una regola giuridica valida ». Di conseguenza si dovrebbe ritenere che l'*opinio* abbia soltanto valore probativo e appartenga perciò « non già al momento della formazione della consuetudine, ma a quello della sua efficacia dopo che è stata formata » (52). E comunque « non esiste altro modo di provare una credenza che quello di osservare il comportamento che da essa deriva [...] il che ci riconduce dalla credenza alla ripetizione, cioè dall'elemento interno a quello esterno » (53). È dalla constatazione dell'esistenza dei requisiti, o più semplicemente dalla « consapevolezza » della effettiva esistenza della norma consuetudinaria (54), che la si assume vigente; ciò che sta dietro al suo sorgere e/o perdurare non rileva, almeno « nel senso [...] che i fattori concreti di

(49) BOBBIO, *op. cit.*, 428.

(50) In proposito, v. gli interrogativi e i rilievi critici di ZICCARDI, *op. cit.*, 480 ss.

(51) BOBBIO, *lc. ult. cit.*; ZICCARDI, *op. cit.*, 477 ss.

(52) Altrimenti dovrebbe riconoscersi « che l'*opinio* è fondata sopra un errore, nel senso che la credenza nell'obbligatorietà di un comportamento è derivata dalla falsa credenza che esistesse una norma giuridica che in realtà non esiste » (BOBBIO, *op. cit.*, 432). Sull'*opinio*, ESPOSITO, *op. cit.*, 461 e nt. 24.

(53) BOBBIO, *op. cit.*, 436.

(54) Si sottolinea l'ambivalenza della tradizionale nozione che ravvisa nella consuetudine « la costante e uniforme ripetizione di comportamenti, osservati per la convinzione della obbligatorietà della regola a cui essi rispondono » (ZICCARDI, *op. cit.*, 479), dove il riferimento è all'elemento di fatto costituito dall'uso e all'elemento ideologico costituito dall'*opinio iuris*.

formazione della regola, sempre vari ed anche difficilmente individuabili, non entrano nella definizione, sì che quel diritto si definisce senza avere riguardo ad essi, come se fosse spontaneo » (55). Si parla perciò di diritto senza fonte o di diritto spontaneo. A parte i dubbi sulla "spontaneità", considerata la rilevanza della volontà « dei soggetti (pochi e individuabili) » il cui comportamento, spesso, ha lo scopo « di affermare una certa norma non scritta » o di ottenerne la modifica (56), la consuetudine viene in considerazione quando è già formata — già diceva Santi Romano — e « l'attività da cui risulta è nel suo svolgimento giuridicamente irrilevante » (57). L'accento è comunque sulla "regola", non sul fatto che la produce.

La consuetudine andrebbe dunque intesa come "norma" piuttosto che come "fonte" di norme: « la norma e il fatto che la manifesta si confondono in una realtà sola » (58). Che consistenza e quale portata può avere una simile affermazione? L'approccio di Zagrebelsky alla distinzione fra consuetudine come fatto storico e consuetudine come regola aiuta forse a comprendere meglio il significato da attribuire al fatto. Non tanto un fatto fonte che sta a monte e genera la regola, ma un fatto "storico" di cui si rileva l'esistenza e che in definitiva fa tutt'uno con la regola stessa (59). È un approccio che si avvicina a quello

(55) ZICCARDI, *op. cit.*, 491. Ma l'aggettivo « spontaneo » (criticato da ARANGIO-RUIZ, *Consuetudine*, cit., 9) è anche in altri autori (ad esempio BOBBIO, *op. cit.*, 426). In proposito, v. i rilievi di ROSSANO, *La consuetudine nel diritto costituzionale*, Napoli, 1992, 6 ss.

(56) ARANGIO-RUIZ, *lc. ult. cit.* (che parla di assenso o consenso, acquiescenza o non dissenso, piuttosto che di *opinio*). V. anche le considerazioni critiche di ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino, 1970, 31-37.

(57) Santi ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 45.

(58) ZICCARDI, *op. cit.*, 492. Anche PIZZORUSSO, *Consuetudine: I Profili generali*, in *Enc. giur.*, VIII, 1988, 3, che pure parla di « fonte fatto », sottolinea la « inseparabilità del momento creativo dal momento attuativo di essa ». La difficoltà di trovare il fondamento del diritto consuetudinario (su cui BOBBIO, *op. cit.*, 429 ss.) è superata fra i canonisti — che lo definiscono comunemente « *ius non scriptum, diuturnis populis moribus, et cum aliquo legislatoris consensu, introductum* » — ponendo fra i requisiti richiesti perché il costume acquisti valore normativo il consenso del legislatore, « immediata ed unica causa efficiente della norma giuridica consuetudinaria » (RAVA, *Consuetudine (diritto canonico)*, in questa *Enciclopedia*, IX, 443).

(59) Le due nozioni di consuetudine — come fatto (inteso come ripetizione di un certo tipo di comportamento prolungato nel tempo) e come regola — « appaiono indissolubilmente collegate: infatti, se non si riesce ad enucleare la regola, cioè il modello o tipo di comportamento regolare,

relativo al diritto vivente: un fatto storico — dice Pugiottio (60) —, di cui si rileva l'esistenza: ciò che importa è constatare il significato normativo attribuito dalla maggioranza dei giudici alla disposizione legislativa nel concreto della sua applicazione.

Ci si avvicina così ad un altro interrogativo: la giurisprudenza è fonte? Riflettere sulla consuetudine, infatti, è importante ai fini della questione più ampia, relativa anche al "diritto giurisprudenziale" (che alla consuetudine, infatti, veniva collegato) (61).

6. (Segue): *il diritto giurisprudenziale*. — L'interrogativo se la giurisprudenza sia fonte, indiscutibile dal tema dell'interpretazione e spesso volutamente trascurato, provoca qualche imbarazzo. Il discorso sul ruolo della giurisprudenza è complesso e introduce a un contrasto che tocca nodi profondi, investendo la concezione stessa del costituzionalismo democratico. Anche se la contrapposizione fra costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico (62) è forse meno netta di come talora si rappresenta, apre comunque scenari inquietanti perché alla fine sono in gioco i diritti e la loro tutela.

Il discorso ha due versanti, entrambi pericolosi qualora se ne traggano le conseguenze estreme. È certamente importante, in nome della democrazia, rivendicare il ruolo della scelta politica senza lasciarsi ingannare da rappresentazioni alla moda che, attraverso aggettivazioni suggestive, tendono ad affidare a corti di diverse istanze l'individuazione dei diritti al di là delle stesse costituzioni, con acritica fiducia nella molteplicità delle sedi. Ma è altrettanto importante, in nome delle garanzie e del controllo sul potere della stessa maggioranza e dunque in nome del costituzionalismo, non mettere in discussione il ruolo degli organi "neutrali" nel presidiare i principi delle costituzioni. Principi che la stessa politica ha espresso e

non si può nemmeno affermare la sussistenza della consuetudine come fatto». Nelle fonti legislative, invece, « il procedimento formativo della regola è del tutto indipendente dalla regola stessa »: ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 3.

(60) PUGIOTTIO, *Sindacato di costituzionalità e 'diritto vivente'*, cit., in particolare 650 ss.

(61) Come ricorda ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007, 9. Parla del precedente giurisprudenziale come consuetudine applicativa del diritto oggettivo PEDRAZZA GORLEO, *Il silenzio del sovrano. Consuetudine e legge fra autorità e consenso*, in *Scritti in memoria di L. Paladini*, III, Napoli, 2004, 1553 ss.

(62) Sulla quale LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1644 ss.

ha inteso sottrarre alla competizione politica contingente, fissandoli in documenti del più elevato grado (63). Comporre le due esigenze non è facile, i rapporti fra legislatore e giudice traversano la storia costituzionale. Fallito il tentativo di "nullificare" il ruolo dei giudici, indagata la natura dell'interpretazione (64), è tuttavia da rifiutare la tendenza opposta ad enfatizzare oltre misura la libertà dell'interpretazione giurisprudenziale fino alla svalorizzazione del testo (65). Fino a parlare, ad esempio, di un nuovo concetto di costituzione che risorge dalle ceneri del documento, cancellato dall'opera creatrice della giurisprudenza (66). Trovare il punto di equilibrio non è facile.

Non pare possibile parlare di fonti senza considerare giurisprudenza e interpretazione. Già con la costituzione rigida e il controllo di costituzionalità delle leggi il panorama precedente è modificato. Ed ormai, si osserva, la stessa distinzione tra sistemi di *civil law* e di *common law* si rivela « molto meno profonda di quanto fosse apparso alla luce dell'impostazione giuspositivista, quando si era cercato di svalutare quanto più fosse possibile il ruolo dell'interprete a vantaggio di quello del legislatore » (67). L'importanza dell'at-

(63) Contro le tendenze (riaccese negli Stati Uniti) a contestare il ruolo delle corti in nome della democrazia, CARLASSARE, *Sovranità popolare e stato di diritto, in Valori e principi dell'ordinamento repubblicano* a cura di S. LABRIOLA, I, Bari, 2006, in particolare 210 ss.

(64) Contro la pretesa d'intendere l'attività interpretativa « vuoi in senso logico-empirico, vuoi in senso logico-formale » come un'attività scientifica (il cui risultato è rigoroso, esatto ed univoco), già oltre mezzo secolo fa, nella dottrina italiana, CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, 288 (anche per le necessarie precisazioni). Sul « peso delle opzioni dell'interprete » nell'individuazione dei principi, BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in questa *Enciclopedia*, XXXV, 526-528.

(65) L'apporto del giudice alla formazione del diritto non è libero, non è svincolato dalla legge; al legislatore « non spetta una posizione di assoluto monopolio nel produrre diritto, ma una posizione di precedenza e di sicura preminenza »: VIOLA e ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., 160. V. ancora DOGLIANI, *Il ruolo del giudice*, cit., in particolare 66 s. Con riferimento al giudice costituzionale, v. le considerazioni di ANGIOLINI, *Libertà costituzionale e libertà della giurisprudenza, in Libertà e giurisprudenza costituzionale* a cura di V. ANGIOLINI, Torino, 1992, 13 ss.; e di BINI, *Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione*, ivi, 45 ss. Di recente, *L'interpretazione costituzionale* a cura di G. AZZARITI, Torino, 2006.

(66) ROUSSEAU D., *Une résurrection: la notion de Constitution*, in *Rev. dr. publ.*, 1990, 5 ss., 15 ss.: « la résurrection contemporaine indiscutable de la notion de Constitution comme acte jurisprudentiel, devant sans doute passer par l'effacement de la notion de Constitution comme acte écrit ».

(67) PIZZORUSSO, *Problemi metodologici in tema di studio delle fonti del diritto*, in *Scritti in memoria di L. Paladini*, cit.,

attività interpretativa della dottrina e della giurisprudenza (anche transnazionale) è resa maggiormente evidente dal sistema delle fonti operante nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea — v. FONTI DEL DIRITTO (*diritto comunitario*) — che risulta dall'attività di giuristi appartenenti all'uno e all'altro tipo di ordinamento, giuristi diversi per esperienza e formazione; nonché dal ruolo trainante svolto dalla Corte di giustizia e dalla sua giurisprudenza e dal richiamo alle « tradizioni costituzionali comuni » degli Stati membri, che è una « nozione essenzialmente dottrinale » (68). Si sottolinea l'apporto della giurisprudenza comunitaria nell'affermazione delle garanzie giurisdizionali degli individui e delle imprese e l'interrelazione tra diritto comunitario e diritto statale in tale giurisprudenza (69).

Il contributo della giurisprudenza alla conformazione del sistema, ampiamente riconosciuto, induce a considerarla fonte nel senso improprio in cui lo è la consuetudine, dove fatto e norma coincidono, pur nelle diversità evidenti. Costante nel tempo il diritto consuetudinario — basato, si dice, talora a torto, sulla tradizione (70) —, in continua evoluzione il diritto giurisprudenziale, essenzialmente dinamico, che spesso precede il diritto legislativo (71). Modello e spinta per il legislatore non è soltanto la giurisprudenza costituzionale — oltre alle questioni relative al diritto di famiglia, esempio evidente è la l. 14 aprile 1975, n. 103, di riforma della televisione, seguita ad una pronuncia della Corte costituzionale del 1974 (72), e, ora, la proposta di fissare normativamente le soluzioni del giudice costituzionale nel risistemare il controverso rapporto fra norme statali e regionali (73) —; ma pure, su questioni di grande rilievo, la giurisprudenza ordinaria: basta ricordare il danno biologico, la tutela dell'ambiente salubre, ecc. (74).

1694 ss., ha richiamato sovente l'attenzione sul diritto giurisprudenziale e il suo peso anche nei sistemi di *civil law*.

(68) Come sottolinea PIZZORUSSO, *op. ult. cit.*, 1696.

(69) CARBONE S.M., *Il ruolo della Corte di giustizia nella costruzione del sistema giuridico europeo*, in *Rassegna forense*, 2006, n. 4, 2055 ss.

(70) Ci riferiamo a norme consuetudinarie costituzionali e internazionali per le quali si ritiene talora sufficiente un tempo breve.

(71) Ed elabora i parametri del giudizio di costituzionalità: in particolare BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione*, cit., 241 ss.

(72) C. cost. 10 luglio 1974, n. 225, in *Giur. cost.*, 1974, 1775 ss.

(73) V. ancora BARTOLE, *op. cit.*, 182 ss., 241 ss.

(74) La prima giurisprudenza sul "danno ambientale" risale al 1973; ricordiamo una decisione della Corte dei conti sulla responsabilità patrimoniale di amministratori pubblici

Del tutto diversa è la questione delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale, talora incluse tra le fonti da dottrina autorevole (75) rimasta minoritaria. È infatti nell'esercizio della funzione di controllo che la Corte le pronuncia; controllo che, se si conclude con la dichiarazione d'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata, produce l'effetto di annullamento, ben distinto, nel suo operare nel tempo, da quello dell'abrogazione (76) tipico delle fonti.

Sentenze — va sottolineato — che, quando è necessario l'intervento del legislatore, non sempre riescono a produrre effetti e restano inattuati (77).

7. *L'idoneità a produrre diritto: le fonti sulla produzione giuridica e i loro limiti*. — In un ordinamento giuridico positivo "idonei" a produrre diritto sono gli atti (o fatti) a ciò legittimati dall'ordinamento stesso; non si tratta di un'idoneità naturale, ma conseguente ad un'attribuzione da parte del diritto, il che può comportare soluzioni diverse in ordinamenti diversi. Ogni ordinamento giuridico originario dispone delle proprie fonti: o meglio riconosce come appartenenti al sistema soltanto le norme prodotte dalle sue fonti, stabilite e regolate dalle norme sulla produzione giuridica.

per danni derivanti dalle illecite costruzioni nel Parco nazionale degli Abruzzi (C. conti, sez. I, 15 maggio 1973, n. 39, in *Foro amm.*, 1973, I, 3, 247), oltre alla sentenza "sui fanghi di Scarlino" (C. conti, sez. riunite, 16 giugno 1984, n. 378/A, in *Foro it.*, 1985, III, 37 ss.). Sul "danno biologico" ("evento del fatto lesivo della salute"), distinto dal "danno patrimoniale" e dal "danno morale subiettivo", v., in particolare, C. cost. 14 luglio 1986, n. 184, in *Giur. cost.*, 1986, I, 1430; C. cost. 15 febbraio 1991, n. 87, ivi, 1991, 582; C. cost. 18 luglio 1991, n. 356, ivi, 2832; C. cost. 27 dicembre 1991, n. 485, ivi, 3948. In proposito, CARLASSARE, *Libertà d'iniziativa economica e tutela della salute nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, 618 ss.

(75) SANDULLI A.M., *Fonti del diritto*, in *Nss. D.L.*, VII, 1961, 524 ss.; PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, *Disposizioni sulla legge in generale (Art. 1-9)*, Bologna-Roma, 1977, 15 ss. V. anche GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 318 s.

(76) Non si può dunque convenire con l'affermazione di GUASTINI, *op. ult. cit.*, 318, che l'efficacia delle sentenze di accoglimento, « del tutto diversa dalla "normale" efficacia delle decisioni giurisdizionali », sia invece « analoga a quella della legge e degli atti normativi in genere », a meno di non riferirsi esclusivamente all'efficacia *erga omnes*, come ritiene PIZZORUSSO, *Ancora sulle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale e sulla metodologia dello studio delle fonti del diritto*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, I, Milano, 1988, 545 ss.

(77) In materia radiotelevisiva basta ricordare C. cost. 22 luglio 2003, n. 266, in *Giur. cost.*, 2003, 2201 ss., che dichiara la illegittimità costituzionale della legge Maccanico (l. 31 luglio 1997, n. 249) quanto al prolungarsi del "regime transitorio".

Le fonti di produzione del diritto vanno dunque distinte dalle fonti di "legittimazione" che le precedono e nelle quali trovano il loro fondamento.

Non è difficile comprendere come le norme che disciplinano le fonti siano considerate fondamentali, fino a costituire, nella teoria kelseniana, la parte essenziale, il nucleo inderogabile del sistema. Queste norme, infatti, definiscono l'assetto del potere normativo individuando "da chi" e "come" vengono assunte le decisioni costitutive dell'ordinamento giuridico.

Il diritto, in questo senso, sta prima e dopo la fonte: prima, perché è il diritto che attribuisce la qualifica di fonte ad una manifestazione di volontà precisamente individuata e regolata; dopo, perché il "proprio" della fonte sta appunto nel creare o modificare il diritto, nel costituire e trasformare l'ordinamento.

Il discorso sul "prima", tuttavia, se è sempre vero (o dovrebbe esserlo) per gli atti fonte, può non esserlo talora per i fatti normativi, in grado di porsi, in talune situazioni almeno, come fonti autonome. Già lo si è visto per il diritto consuetudinario: la consuetudine costituzionale in particolare non ha alcuna disposizione (espressa) che la legittimi (78).

La definizione di fonte del diritto va dunque meglio precisata: se s'intende per idoneità a produrre diritto quella conferita da una disposizione che dia formale legittimazione a quel tipo di fonte, si deve riconoscere che non tutto il diritto è prodotto secondo procedure previste e regolate. Ciò non avviene esclusivamente in casi del tutto fuori dall'ordinario — esempi sempre ripetuti sono l'instaurazione di fatto di un nuovo ordinamento giuridico e la necessità come fonte autonoma che la dottrina pone a fondamento dell'ordinamento costituzionale transitorio che precede la Costituzione repubblicana (79) — ma anche in altri. Lo si è già detto riguardo alle consuetudini costituzionali, ma forse altre ipotesi sono da aggiungere.

È dunque da condividere la considerazione di Esposito (80) che « non sempre né necessariamente il diritto sorge secondo precostituite disposizioni sulla creazione del diritto » (ad esempio l'instaurazione di fatto degli ordinamenti). Tutta-

(78) Per PEDRAZZA GORLERO, *Il silenzio del sovrano*, cit., 1551, la norma di « riconoscimento » non serve per le fonti fatto. Mancando un espresso fondamento alle consuetudini costituzionali, PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 385, parla di un « riconoscimento inespresso », di cui però non è chiara la base.

(79) Da non confondere con la necessità come requisito di validità richiesto dalla norma sulla produzione giuridica (l'art. 77 cost. per i decreti-legge).

(80) ESPOSITO, *Consuetudine*, cit., 462.

via, « una volta ammesso che alcuni atti creatori di disposizioni giuridiche, ed alcune disposizioni giuridiche quali quelle sulla produzione del diritto, possono avere una propria e non derivata forza giuridica », non pare si debba giungere necessariamente alla drastica e radicale conclusione che « ne resta esclusa la verità del principio che la efficacia normativa degli atti e dei comportamenti produttori del diritto debba trarre origine dalle disposizioni sulla produzione del diritto ». Quella constatazione induce piuttosto a concludere, con Ziccardi, per il rigetto della « tesi positivista che diritto sia soltanto quello portato ad esistenza da procedure determinate » (81).

8. *Fonti di produzione, di legittimazione, di cognizione.* — Definire le fonti del diritto come fonti di produzione significa restringerne il concetto, limitandolo ai soli atti o fatti che modificano l'ordinamento, marcadone la differenza sia dalle "fonti di legittimazione", che regolano la produzione giuridica, sia dalle "fonti di cognizione", che fanno conoscere le norme poste dalle fonti di produzione, non danno origine a diritto nuovo, ma consentono la conoscenza di quello esistente nella sua continua evoluzione. Strettissimo è il legame di entrambe con le fonti di produzione, o meglio, il legame delle fonti di produzione con entrambe: senza le norme che regolano la produzione del diritto non potremmo individuare le fonti legali di un sistema positivo, senza le fonti di cognizione non potremmo conoscerne il contenuto. L'intreccio è così stretto che talora è difficile distinguere l'atto che ha prodotto la norma da quello attraverso il quale lo si conosce. Di qui l'importanza di dividere « concettualmente l'atto in due momenti ideali: la dichiarazione di volere quanto dichiarato e il contenuto della volizione », distinguendo « la volizione e il documento che riproduce il contenuto della volizione ». Il risultato della volizione è un testo, che deve essere portato a conoscenza dei destinatari; perciò da tutti gli ordinamenti moderni è prevista una pubblicazione ufficiale, « l'unica capace di vincolare i destinatari » (82).

Alcune fonti di cognizione appaiono chiaramente distinte dalle fonti di produzione: le "raccolte di usi" ad esempio, nelle quali vengono riunite in forma scritta norme di fonte consuetudinaria. Altre, viceversa, non sono agevolmente isolabili dalle fonti di produzione: la "Gazzetta

(81) ZICCARDI, *Consuetudine*, cit., 489.

(82) RESCIGNO, *L'atto normativo*, cit., 52 ss. La disciplina è dettata dal d.P.R. 28 dicembre 1985, n. 1092, testo unico sulla promulgazione e pubblicazione.

ufficiale", i "Bollettini ufficiali" delle regioni, da un lato, danno notizia delle leggi e degli atti fonte ivi pubblicati; dall'altro sono i testi legali degli atti stessi, la cui pubblicazione è necessaria per l'entrata in vigore. Quando invece non si tratta di pubblicazione necessaria, la stessa Gazzetta ufficiale diviene mera fonte di cognizione: per le leggi regionali, ad esempio, necessaria all'entrata in vigore è infatti la pubblicazione nel Bollettino della rispettiva regione, mentre la pubblicazione in Gazzetta è solo notiziale.

Si parla ancora di fonti di cognizione in riferimento ai "testi unici", o piuttosto ad alcuni di essi, talora impropriamente: se emanati in base a delega sono vere fonti di produzione che sostituiscono le leggi in essi raccolte e coordinate in un unico testo (83).

Sez. III. — ALTRI CONCETTI DI FONTE DEL DIRITTO.

9. *I fattori dell'evoluzione giuridica; le fonti in senso soggettivo.* — Di fonte del diritto vengono talora proposte altre nozioni accanto a (o in sostituzione di) quella indicata (nella sez. II), tecnica e ristretta, che è utile tenere distinta, sul piano pratico e sul piano scientifico, per eliminare confusioni concettuali. Il linguaggio accomuna talora concetti assai differenti che è opportuno distinguere cogliendone le specificità. Unificarli e confonderli mediante l'uso promiscuo di un medesimo nome sicuramente non giova; importante semmai è metterne in rilievo le connessioni.

Si parla talora di fonti (materiali) del diritto per indicare i fattori sociali, economici, politici, storici che hanno determinato il sorgere di una norma o il mutamento del suo contenuto, con riferimento a ciò che sta dietro il diritto e ne promuove la trasformazione. Il termine, dunque, è utilizzato anche per denotare un concetto diverso da quello di fonte del diritto nel senso tecnico-giuridico dianzi delineato.

Il discorso dei fattori di evoluzione del diritto positivo, certamente importantissimo per la scienza giuridica, si svolge essenzialmente nell'ambito di altre discipline di cui il giurista deve tener conto per non correre il rischio di comprendere in modo formale e a-storico il significato degli atti fonte. Tanto è vero che non si può parlare delle

(83) Cfr. CARLASSARE, *I testi unici 'autorizzati': un equivoco da eliminare*, in *Costituzione e legislazione agraria* a cura di A. GERMANO, Milano, 1988, 47 ss. Per le diverse questioni, MALO, *Manutenzione delle fonti mediante testi unici*, Torino, 2004, oltre ad ANGIOLINI, *Testo unico*, in questa *Enciclopedia*, XLIV, 525 ss.

fonti di produzione e della loro dinamica senza farvi riferimento (v. *supra*, § 7). Ma si tratta di un altro concetto (84) che si riferisce a ciò che determina la creazione della norma, ai bisogni sociali, alle esigenze del gruppo che ne sarà il destinatario così come rilevati e interpretati (o semplicemente intesi) da chi è in grado di scegliere per tutti, ossia da chi ha il potere (85).

Proprio qui s'innesta un ulteriore significato di fonti del diritto, talora usato dagli stessi giuristi per indicare i soggetti che creano la norma, le autorità, gli organi cui è conferito il potere di produrre il diritto (86). Si menzionano così Parlamento, Governo, consigli regionali e comunali, ministri, autorità indipendenti: fonti in senso soggettivo, va specificato, che seppure in modo diverso stanno anch'esse dietro le fonti vere e proprie.

La fonte è espressione di un potere; è lo strumento attraverso il quale si esercita il potere normativo da parte degli organi cui l'ordinamento lo attribuisce, i quali per ciò stesso rivestono un'importanza estrema, tanto da essere talora definiti essi stessi « fonti del diritto ». Concetto di grande valore per il giurista massimamente interessato alla tematica dei soggetti cui appartiene il potere di emanare le norme: chi dispone delle fonti, dispone dell'ordinamento giuridico. Da qui l'estrema "politicità" della materia delle fonti che il suo carattere altamente tecnico non vale a celare; i rapporti tra fonti rispecchiano l'assetto di potere, corrispondono ai rapporti fra gli organi o i soggetti che le emanano.

Ciò vale sia dal punto di vista dei rapporti fra gli organi dello Stato (Parlamento, Governo, ministri) sia dal punto di vista dei rapporti fra Stato, regioni ed enti locali.

10. *La partecipazione di soggetti "interessati" alla formazione di norme (fonti atipiche e/o rinforzate).* — Il discorso delle fonti in senso soggettivo,

(84) Sulle "fonti pregiudiziali", MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1994, 51.

(85) Il rilievo fondamentale dei bisogni umani da realizzare e il carattere politico della scelta dei soggetti ai quali affidarne l'individuazione sono sottolineati anche di recente da FERRARA, *Sulle fonti del diritto*, cit.

(86) Ma talora il riferimento, specie nella dottrina meno recente, è addirittura alle persone che compongono l'organo dotato di potere normativo: ad esempio, CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 49; secondo il quale « Fonte formale è il complesso degli uomini costituenti un organo dello Stato destinato alla produzione giuridica ». Quel concetto di fonte, riferito agli organi, è del resto presente anche in autori a noi più vicini, ad esempio BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 42.

dunque, è fondamentale. E ben lo si vede, oltre che nei rapporti Parlamento/Governo, nei rapporti fra enti. Non solo nello Stato federale, dove il discorso si propone in termini più marcati, ma anche in ordinamenti come il nostro costruiti sulle autonomie territoriali il rapporto tra leggi statali e leggi regionali esprime il grado di autonomia delle regioni, la loro posizione nel sistema; così come il rapporto tra fonti statali, regionali e fonti degli enti territoriali minori esprime il rapporto fra i diversi enti.

Ma il discorso è più ampio e si estende all'inclusione di soggetti interessati nel procedimento formativo delle norme. La partecipazione di enti, organi, categorie di cittadini alla formazione di una norma, prevista costituzionalmente, dimostra efficacemente il valore attribuito dall'ordinamento al riferimento soggettivo.

Tale rilievo si evidenzia in modo chiaro laddove — a prescindere dalle soluzioni tecniche diverse utilizzate per spiegarle e collocarle nel sistema — la Costituzione affianca al titolare del potere di produzione giuridica altri soggetti non solo richiedendone la partecipazione necessaria al procedimento, ma attribuendo loro un potere sostantivo nella decisione. Chi decide quale sarà la norma diretta a regolare determinati rapporti non è mai indifferente. La partecipazione al procedimento deliberativo esprime l'esigenza di non disgiungere la formazione del diritto dagli interessi coinvolti: si può parlare, in definitiva, di un'espansione della democrazia. La decisione spetta agli organi rappresentativi, ma si riconosce l'esistenza di posizioni differenziate, più intensamente toccate dalla regolazione di un settore, e ad esse si vuol dare rilievo. L'incidenza sulla formazione della norma può essere più o meno intensa, possono variare forme ed effetti della partecipazione: gli esempi sono significativi (le confessioni religiose diverse dalla cattolica, art. 8 cost., e, in altro modo, la Chiesa cattolica, art. 7 cost., le popolazioni interessate nelle variazioni di confini o di consistenza degli enti territoriali, art. 132 e 133 cost.).

Si parla per queste leggi (ordinarie o costituzionali) di fonti « atipiche » o « rinforzate », sottolineando il divario tra forza attiva e forza passiva o l'aggravamento procedimentale. Ma la loro posizione è esterna alla gerarchia: non è un problema di forza formale dissociata (nel senso in cui se ne parlava per i regolamenti delegati e oggi, forse meno propriamente, per i regolamenti di delegifi-

cazione (87). Più corretto sembra inquadrarle nel rapporto di competenza, differenziandosi per l'ambito di attività normativa loro spettante: queste fonti non dispongono infatti « di una maggiore efficacia, bensì di una distinta e specializzata funzione normativa, direttamente assegnata dalla Costituzione » (88). Non sono abrogabili da una legge priva dell'aggravamento non perché dotate di una forza superiore, ma perché la Costituzione vuole che « nella disciplina di rapporti che involgono valori o utilità particolari » si tenga conto delle specifiche esigenze dei gruppi sociali interessati « quali prospettate [...] dai rispettivi centri esponentziali e rappresentativi » (89). Una conferma del rilievo politico delle fonti in senso soggettivo.

11. Potere normativo, forma di governo e forma di Stato. — La dottrina sottolinea il rapporto tra sistema delle fonti del diritto e forma di governo per l'evidente connessione tra ripartizione delle funzioni normative e ripartizione della funzione d'indirizzo politico fra gli organi costituzionali (90). Negli Stati a regime parlamentare si rileva « una corrispondenza più o meno stretta fra il modo in cui è regolato il rapporto di fiducia che subordina [...] il governo al parlamento e il modo in cui sono distribuite le funzioni normative fra potere legislativo e potere esecutivo », e su ciò si basa la gerarchia delle fonti, « in virtù della quale la superiorità giuridica di una fonte è fatta dipendere dalla forza politica di cui essa è espressione » (91). Inoltre, nei sistemi parlamentari — come pure nel semipresidenzialismo (92) — sono normalmente previsti poteri normativi di organi di governo, a differenza dei sistemi presidenziali, dove la separazione dei poteri è più rigorosa anche sul piano funzionale (93).

(87) Previsti dall'art. 17 comma 2 l. 23 agosto 1988, n. 400 (v. *infra*, § 20).

(88) PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 82 ss.

(89) BELLINI, *Il diritto d'essere sé stessi. Discorrendo dell'idea di laicità*, Torino, 2007, 23 ss.

(90) PIZZORUSSO, *Il problema dei decreti legge e il suo rapporto con la forma di governo vigente in Italia*, in *Pol. dir.*, 1981, 302.

(91) E dunque, continua PIZZORUSSO, *Problemi metodologici*, cit., 1706, « secondo i costituenti europei, la legge parlamentare deve prevalere sul regolamento dell'esecutivo perché l'assemblea può votare la fiducia al governo, ecc. ».

(92) Nella forma semipresidenziale, si ha una sottrazione di materie all'organo normale della legislazione attribuite, in sede costituzionale, al Governo che però, è noto, la prassi ha ridimensionato. La ripartizione di competenze risulta scarsamente effettiva: MENY, *Il sistema delle fonti in Francia*, in *Quaderni costituzionali*, 1986, 237 ss.

(93) Negli Stati Uniti il capo dell'esecutivo normal-

Ancora più forte è il legame tra sistema delle fonti e forma di Stato (94): in uno Stato di diritto democratico il potere di creare e modificare il sistema non può che spettare al popolo sovrano o all'organo che lo rappresenta. Una sostanziale differenza va peraltro sottolineata: mentre l'esame delle fonti in rapporto alle forme di governo conduce a individuare tendenze conseguenti al diverso rapporto fra due organi politici, e dunque ad esiti descrittivi, dall'esame delle fonti in rapporto alla forma di Stato si traggono principi che portano sul piano della « conformità doverosa ». La democrazia, in tutte le forme storiche assunte, attribuisce al popolo (nella democrazia antica) o ai suoi rappresentanti la funzione legislativa, la creazione dell'ordinamento giuridico (95). Nella stessa direzione spinge l'esigenza dello Stato di diritto di limitare il potere e impedirne la concentrazione, indissolubilmente congiunta, nei sistemi attuali, alle ragioni della democrazia (96): l'entità della normazione affidata agli organi del Governo-amministrazione deve fare i conti con quei principi, per evitare il cumulo di funzioni diverse in organi di uno stesso potere. Eccezioni sono tollerate purché al Parlamento spettino le scelte di fondo: l'ultima parola, con la conversione dei decreti-legge (art. 77 cost.), o la prima, con la posizione dei principi e criteri direttivi nella delega e nell'attribuzione di potere regolamentare (97). Mai, comunque, è consentita la sostituzione di organi non rappresentativi nelle materie più delicate, in primo luogo la disciplina dei diritti (art. 13 ss. cost.). La riserva di legge, fondamentale istituto di garanzia, ha una duplice valenza, democratica e garantista (98), già esplicita nella famosa *Déclaration* del

mente non dispone di poteri normativi, né esistono fonti "governative" in senso proprio dotate di forza di legge (diffusa è piuttosto la normazione "amministrativa" affidata alle commissioni o autorità indipendenti): data la posizione del Presidente, l'equilibrio dei freni e contrappesi su cui si regge il sistema verrebbe altrimenti travolto.

(94) Sottolinea ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1987, 22, « la forma dell'ordinamento giuridico (come struttura fondamentale del sistema delle fonti) si collega alla forma di stato (come struttura fondamentale dei processi d'integrazione giuridica) ».

(95) L'idea stessa di rappresentanza politica è costantemente associata alla funzione di formazione delle leggi: TROPER, *Del concetto di rappresentanza politica*, in *Filosofia politica*, 1988, 195 ss.

(96) Cfr. CARLASSARE, *Sovranità popolare e stato di diritto*, cit., 163 ss.

(97) Rinviamo alle considerazioni svolte in CARLASSARE, *Regolamento (diritto costituzionale)*, in questa *Enciclopedia*, XXXIX, 605 ss.

(98) CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, 1990, § 1 e 2; Id., *Legalità (principio di)*, cit., § 1 e 3.

1789: i limiti alla libertà « non possono essere determinati che dalla Legge » (art. 4) « espressione della 'volontà generale' », che dev'essere « la 'stessa per tutti', sia che tuteli, sia che punisca » (art. 6). Ignorare la valenza politica della riserva di legge, il suo essere una garanzia per la natura dell'organo da cui la legge proviene — come dimostrano l'esperienza inglese (99) e le ragioni del suo riapparire nelle Carte della Francia rivoluzionaria, nella monarchia costituzionale (100), nelle costituzioni del secondo dopoguerra — conduce ad equivoci pericolosi, primo fra tutti la confusione col principio di competenza (v. *infra*, § 21).

Nell'ottica democratica, opinabile è pure l'attribuzione ad autorità indipendenti di poteri di produzione giuridica in settori delicati al fine di sottrarli alla decisione politica. Sulle implicazioni e conseguenze di un'operazione che traversa ordinamenti diversi, dove ha ben diversa giustificazione (101), si discute. Tanto più che la sottrazione di fondamentali scelte agli organi eletti avviene ormai massicciamente anche per altre vie, spostando la sede della decisione fuori dallo Stato (102).

Sez. IV. — L'INDIVIDUAZIONE DELLE FONTI LEGALI.

12. Un'operazione a due fasi. — Come si riconosce un atto fonte? Trattandosi di una qualifica attribuita dall'ordinamento, e non di una qualità naturale propria di certi atti o fatti, i criteri di identificazione sono da ricercare nel diritto positivo.

Si tratta invero di un'operazione a due fasi: la prima consiste nel conoscere quali atti e fatti siano

(99) Uno dei capi d'accusa dell'atto di deposizione di Riccardo II era la sua pretesa di mutare le leggi: RIZZO, *La responsabilità regia e la deposizione dei re inglesi*, Milano, 1939.

(100) FOIS, *La riserva di legge*, Milano, 1963.

(101) Negli Stati Uniti, è noto, ha uno scopo preciso: l'attribuzione di poteri di regolazione ad organi indipendenti dall'esecutivo presidenziale, per sottrarli al partito di governo e affidarli a commissioni bipartisan.

(102) In sedi sovranazionali di varia natura; v. in particolare le considerazioni di GUARINO, *Relazione di sintesi*, in *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione* (Atti della Giornata di studio in onore di M.S. Giannini, Roma, 2 ottobre 2000) a cura di S. CASSESE e G. GUARINO, Milano, 2000, 143 ss., sulle decisioni prese da « alcuni signori », i banchieri centrali delle maggiori potenze industriali, che nessuno ha eletto, « non dispongono di poteri legislativi » né « hanno impiegato poteri autoritativi », eppure hanno influenza enorme sul commercio mondiale, sugli stessi bilanci degli Stati, e, in definitiva, sulla vita di milioni di esseri umani, e, in alcuni casi, sulla loro stessa sopravvivenza.

riconosciuti come fonti in un ordinamento dato; la seconda nell'individuare in concreto a quale tipo di fonti appartenga un determinato atto normativo. Entrambe le operazioni vanno condotte alla luce del diritto positivo e soltanto in questo possono trovare risposte. Non tutti i sistemi giuridici, infatti, conoscono le medesime fonti.

Una fonte sconosciuta alla maggior parte dei sistemi è il decreto-legge contemplato dall'ordinamento italiano (art. 77 cost.) e, in Europa, dal solo ordinamento spagnolo (art. 86 della Costituzione spagnola) con limitazioni estese, anche di contenuto, per renderlo compatibile con i principi dello Stato di diritto (103). Pur riconoscendone il carattere "anomalo", la dottrina italiana è quasi unanime nell'includerlo fra le fonti. Neppure il decreto legislativo (art. 76 cost.), del resto, è presente in tutti i sistemi, così come non lo è la legge costituzionale (art. 138). Quanto alla giurisprudenza, è considerata fonte del diritto nei sistemi di *common law* e non, di regola, negli altri; ma il discorso, complesso, non sembra riducibile a schemi rigidi e semplificati: oggi le differenze fra sistemi tendono a sfumare e quella negazione appare discutibile.

È in primo luogo dalla Costituzione che si conoscono le fonti legali dell'ordinamento italiano, ma anche da leggi ordinarie: le stesse formule di promulgazione e le forme di pubblicazione sono contenute in disposizioni legislative ordinarie. Non sempre, peraltro, dalla normativa sulle fonti si traggono risposte sicure, soprattutto in relazione agli elementi che consentono di collocare un determinato atto nell'uno o nell'altro tipo di fonte, con tutte le conseguenze che ne derivano (diversi gli effetti, il regime giuridico, la sfera di competenza, le condizioni di validità).

La Costituzione repubblicana — che ha portato a un ampliamento del sistema delle fonti da un punto di vista quantitativo, e, insieme, ad una nuova sistemazione e configurazione dei loro rapporti introducendo novità ricche di conseguenze applicative — non ne dà tuttavia una disciplina completa, limitandosi talora a menzionarle senza precisare i modi per individuarne l'appartenenza all'una o all'altra categoria, o, addirittura, lasciandone incerta la natura, come ad esempio per i regolamenti parlamentari. Invero, se di alcuni atti si dubita che siano fonti del diritto per ragioni legate al loro discusso contenuto normativo (le ordinanze, di cui si è già detto *supra*, § 3, o le

(103) CARLASSARE, *La riserva di legge come limite alla decretazione d'urgenza*, in *Scritti in memoria di L. Paladini*, cit., I, 459 ss.

disposizioni transitorie), altre volte l'incertezza è diversamente motivata. Il discorso più rilevante riguarda le cosiddette norme interne. È incerta l'inclusione tra le fonti del diritto di alcuni atti normativi, espressione di autonomia, che, pur producendo sicuramente norme, non sarebbero costitutivi dell'ordinamento giuridico generale: i regolamenti parlamentari ne rappresentano, appunto, l'esempio più significativo e discusso. Mentre la dottrina è largamente orientata a considerarli fonti vere e proprie, segnali diversi giungono dalla giurisprudenza costituzionale che, tuttavia, dall'inizio del 2000 registra una svolta (104). Le conseguenze, va sottolineato, non sono lievi: l'idea delle norme interne, legata alla vecchia teoria degli *interma corporis* (105), conduce in pratica alla sottrazione di questi atti ad ogni forma di controllo.

Poco (talora nulla) è detto in Costituzione delle fonti secondarie, il che può trovare spiegazione nel fatto che il sistema delle fonti è chiuso solo a livello primario (106) e dunque le fonti secondarie possono essere create e disciplinate da atti di ordinaria legislazione. Ma tutte quelle create da leggi sono sempre fonti secondarie? che dire, ad esempio, dei poteri normativi delle autorità indipendenti? (107).

Nel complesso non ne esce un quadro completo e sistematico in grado di orientare in modo chiaro gli operatori giuridici. Per le fonti governative — con e senza forza di legge — una disciplina generale è stata emanata soltanto nel 1988, con la l. 23 agosto 1988, n. 400, la quale, oltre ad essere in larga parte disattesa (108), in certe disposizioni e in alcune successive modificazioni è addirittura illegittima (109).

Un punto va tenuto fermo: fonti diverse dalla Costituzione possono contenere norme sulla produzione giuridica, mai però ponendosi in contrasto con la Costituzione medesima.

Quanto alle indicazioni fornite dalle disposizioni preliminari al codice civile del 1942 (art. 1-5), emanate in un quadro ordinamentale diverso, si considerano ormai superate tranne per una

(104) C. cost. 17 gennaio 2000, n. 10, in *Giur. cost.*, 2000, 70 e C. cost. 17 gennaio 2000, n. 11, *ivi*, 89.

(105) CARLASSARE, *Fonti del diritto, rottura delle regole, indebolimento della democrazia*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, quaderno n. 10, Torino, 2000, 75 ss.

(106) PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 34.
(107) Per una visione complessiva, *Osservatorio sulle fonti 2003-2004* a cura di P. CARETTI, Torino, 2005.

(108) V. *infra*, § 12 ss. Sulla difficile attuazione della l. n. 400, cit., LUPO, *Dalla legge al regolamento*, Bologna, 2003.

(109) CARLASSARE e VERONESI, *Regolamento (diritto costituzionale)*, in questa *Enciclopedia*, Aggiornamento, V, 955 ss.

parte ridottissima, l'efficacia e il regime degli «usi»; e anche qui solo parzialmente (110).

La dottrina si è interrogata sul rilievo pratico della prima operazione — la qualificazione di un atto come fonte — talora addirittura negandolo: la categoria delle fonti del diritto avrebbe carattere essenzialmente scientifico e non normativo (111). Più spesso vengono invece sottolineati i molteplici risvolti dell'interesse a individuare le fonti legali del sistema al fine di conoscere quali norme appartengono all'ordinamento italiano: le norme prodotte dalle fonti legali «formano sistema [...] per integrarsi vicendevolmente in una superiore unità», sicché da singole norme è possibile e doveroso risalire ai principi (art. 12 disp. prel.); regole fondamentalmente comuni reggono l'interpretazione dell'intero complesso delle fonti legali; solo la violazione delle fonti configura la «violazione di legge» per la quale l'art. 111 cost. ammette il ricorso in Cassazione; il principio *iura novit curia* vale per le fonti legali, e la disposizione del codice di procedura civile che impone al giudice di «seguire le norme del diritto» (art. 113 comma 1) proclama il fondamentale principio di legalità delle decisioni giudiziarie di cui è un corollario l'obbligo di motivazione. Quello del giudice, si conclude, deve essere un ragionamento logico-giuridico «nel quale la premessa prima è rappresentata dal diritto e dunque dalle fonti normative», che prevalgono sugli atti e fatti non produttivi di diritto (112).

Una volta individuate le fonti del sistema positivo che si considera, la seconda operazione — la cui importanza è per tutti sicura — consiste nel riconoscere un atto come appartenente ad un determinato tipo di fonte (legge, regolamento, decreto legislativo, ecc.).

13. I criteri di riconoscimento. — Le fonti del diritto non sono tutte sullo stesso piano, non hanno la medesima capacità innovativa, né la medesima competenza: distinguerle l'una dall'altra, riconoscerne un atto come appartenente all'uno o all'altro tipo è la questione pratica più rilevante. Di fronte ad un atto pubblicato in *Gazzetta ufficiale*, quali sono i criteri per poterlo identificare?

In primo luogo si assumono criteri formali. Segni esteriori corrispondenti a prescrizioni det-

(110) In proposito PALADIN, *op. ult. cit.*, 30-32.

(111) Nega il rilievo pratico, in contrasto con la posizione crisafulliana, ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 7 ss.

(112) Per tutte queste considerazioni, PALADIN, *op. ult. cit.*, 59-61, in conformità a CRISAFULLI, *Lezioni*, II, cit., 8 ss.

tate dall'ordinamento in relazione ai diversi tipi di fonte dovrebbero orientare l'operatore giuridico (113). Quando non sono sufficienti si ricorre a criteri sostanziali, guardando al contenuto dell'atto.

Fra i criteri formali il primo cui far ricorso è il *nomen iuris* che in molti casi già da solo è decisivo, sicuramente per la legge. Di fronte ad un atto così denominato, non è necessario cercare altro, l'identificazione è già avvenuta. Lo stesso vale per la legge costituzionale, per gli statuti e le leggi delle regioni (114), e, dopo la l. n. 400 del 1988, per i decreti-legge e per i decreti legislativi delegati che possono tuttavia presentare difficoltà per l'ambigua terminologia talora usata nelle leggi deleganti. Si parla spesso di «autorizzazione» a proposito di vere e proprie deleghe legislative nel caso dei testi unici, espressione, quest'ultima, di per sé insufficiente ad esprimere in modo sicuro la natura della fonte: talora semplici raccolte, fonti di cognizione che non toccano le disposizioni inserite la cui forza rimane legata all'atto normativo da cui originano, più spesso vere fonti di produzione con forza di legge, che rinnovano le disposizioni precedenti (115).

Per riconoscere le fonti è talora da guardare alla forma e al procedimento: con decreto del Presidente della Repubblica, oltre ad atti non normativi, vengono emanate tutte le fonti del Governo: atti con forza di legge e regolamenti governativi (art. 87 cost.). Se per il decreto-legge il richiamo all'art. 77 cost. e alla situazione straordinaria di necessità ed urgenza è indicazione sufficiente, incertezze potevano sorgere nel distinguere un decreto delegato (art. 76 cost.) da un regolamento governativo. Comune ad entrambi è l'emanazione con decreto presidenziale, la menzione della delibera del Consiglio dei ministri e il richiamo alla legge su cui si fondano (di delega legislativa, o di attribuzione di potere regolamentare). Serviva a distinguerli il parere del Consiglio di Stato, richiesto per il regolamento governativo e non per il decreto delegato. Per i decreti del Presidente della Repubblica emanati dopo la l. n.

(113) Talora a «forma» si attribuisce un significato diverso e meno esteriore, secondo CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, da ricercare nella «particolare qualità del potere». Ma v. i rilievi di MORTATI, *Contenuto e forma nella qualificazione e nel trattamento degli atti normativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 10 ss.

(114) Compresse le leggi statutarie che le regioni ad autonomia speciale possono emanare dopo la l. cost. 31 gennaio 2001, n. 2.

(115) V. *supra*, nt. 83.

400, cit., che richiede l'indicazione del *nomen* per tutti gli atti normativi del Governo (decreto-legge, decreto legislativo, regolamento), il riconoscimento è agevole (116). Lo stesso vale per i regolamenti ministeriali, privi fino allora di qualsiasi connotato di riconoscimento. Emanati dal ministro competente senza formalità alcuna, pubblicati in Gazzetta come decreti ministeriali nella stessa forma dei provvedimenti amministrativi, tali regolamenti non risultavano in alcuno modo diversi (e distinguibili) dagli atti "non normativi" del ministro, quindi neppure identificabili come fonti. Quali i criteri per riconoscerli?

In mancanza di criteri formali si ricorre a criteri sostanziali. L'atto fonte, per essere tale, deve avere un contenuto normativo e, dunque, un regolamento ministeriale, indistinguibile per la forma dai provvedimenti dello stesso ministro (normalmente non generali e sempre concreti), si riconoscerà per la generalità e astrattezza, che sono i caratteri della norma (v. *supra*, § 3). Il fatto che attualmente il parere, insieme alla menzione del *nomen* (regolamento), sia richiesto anche per i regolamenti ministeriali non annulla il problema che rimane per i regolamenti anteriori al 1988 ed anche per quelli successivi quando le prescrizioni della l. n. 400, cit. vengano ignorate. Troppo spesso, infatti, omissis non è soltanto il parere del Consiglio di Stato ma anche il nome « regolamento », preferendo il ministro (e l'amministrazione di cui è a capo) sfuggire ad ogni regola anche procedimentale e ad ogni controllo (117). Che dire, poi, della figura dei « decreti di natura non regolamentare » previsti da alcuni atti legislativi? (118).

È da chiedersi se l'atto privo dei requisiti formali possa considerarsi egualmente un regolamento ed essere incluso tra le fonti (v. *infra*, § 14) e se si tratti sempre di un problema di identificazione.

(116) RESCIGNO G.U., *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*, in *Giur. cost.*, 1988, 1494 ss.

(117) Si rinvia a CARLASSARE e VERONESI, *op. cit.*, 958 ss.

(118) Se ne parla, ad esempio, a proposito dell'attribuzione al Ministro dell'economia e delle finanze del potere di aggiornare gli importi di imposte e tasse: l'art. 7 d.l. 31 gennaio 2005, n. 7, convertito dalla l. 31 marzo 2005, n. 43, attribuisce al Ministro dell'economia e delle finanze il potere di aggiornare, con decreto di natura non regolamentare, « gli importi in misura fissa della imposta di bollo e della tassa di concessione governativa » diversi da quelli contenuti negli all. 2-bis e 2-sexies. In proposito, BATISTONI FERRARA, *Una nuova fonte di produzione normativa: i decreti ministeriali non aventi natura regolamentare*, in *Le fonti del diritto*, oggi, cit., 191 ss.

14. *La violazione delle norme che disciplinano la produzione giuridica, in particolare le fonti governative: conseguenze.* — Le norme che regolano la produzione giuridica, le stesse prescrizioni di forma e procedimento che consentono di individuare l'identità di una fonte, sono spesso ignorate (119): lo si è appena visto per i regolamenti. Ma la tendenza a liberarsi dalle regole, denunciata da tempo (120), riguarda le norme stesse della Costituzione e non soltanto le prescrizioni formali e procedimentali della l. n. 400 del 1988.

La soluzione più rigorosa alla domanda sulla posizione delle fonti che le abbiano violate (posta nel paragrafo precedente) è che le norme sulle fonti debbano essere rispettate affinché un atto possa trovare collocazione nel sistema: un regolamento privo dei connotati formali non dovrebbe essere considerato tale o, almeno, dovrebbe giudicarsi invalido (121). Non sempre, tuttavia, la conclusione è questa, ma la risposta non è la medesima per tutte le fonti. La valutazione dei vizi formali — è interessante notarlo — talora varia a seconda della fonte: mentre nessuno dubita della illegittimità di leggi e atti di pari forza, leggi costituzionali, statuti e leggi regionali che ne siano affetti, il discorso si pone in modo diverso riguardo ai regolamenti, in ordine ai quali, lo si è visto, le opinioni divergono. Un atto ministeriale di contenuto normativo privo delle prescritte indicazioni formali talora si considera egualmente un regolamento.

La propensione alla tolleranza verso atti normativi emanati in violazione delle norme sulle fonti si riscontra anche nell'altra ipotesi (inversa rispetto alla prima) in cui ne viene in rilievo il contenuto: qualora l'atto, pur rivestendo i connotati formali di una fonte e quindi agevolmente riconoscibile, non ne abbia invece il contenuto. Anche qui la dottrina è divisa: secondo alcuni si tratta comunque di una fonte del diritto la cui legittimità non è in discussione; per altri l'atto privo di contenuto normativo non può considerarsi una fonte ma è un atto legittimo di diversa natura; per altri, infine, è un atto invalido. Talora, anche qui, la risposta varia a seconda degli atti: il

(119) Come rilevato in particolare da RESCIGNO, *loc. cit.*

(120) La letteratura in proposito è molto vasta: v. i richiami in CARLASSARE e VERONESI, *op. cit.*, 975 ss.

(121) Per PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 46, in questi casi, in cui si eludono i precetti legislativi relativi all'emanazione dei regolamenti emanando atti amministrativi con contenuto normativo, « non è più dato parlare di fonti del diritto »; v. anche le considerazioni di RESCIGNO, *loc. cit.*

nomen sarebbe decisivo in particolare per la legge che, priva di contenuto normativo, conserva qualifica, regime giuridico e legittimità (122); legittimità che invece altri le riconoscono soltanto quando la concretezza trovi una giustificazione sul piano costituzionale (come ad esempio nell'art. 43 cost.).

L'intento di liberarsi dalle regole e dai limiti costituzionalmente imposti è ben rivelato dalla prassi della delega legislativa (123), in particolare nei « decreti correttivi ». Sul rispetto dell'art. 76 cost. il controllo non è stato rigoroso; alle affermazioni di principio — la delega non deve contenere disposizioni troppo generali o generiche, insufficienti a indirizzare il legislatore delegato — difficilmente segue la dichiarazione di illegittimità della legge delegante: una sentenza della Corte costituzionale del 2004 costituisce una svolta (124). E forse, in precedenza, nella giurisprudenza ha pesato la preoccupazione di travolgere, con una dichiarazione d'incostituzionalità dovuta ai vizi della legge di delega, decreti in vigore da tempo (125). La delega legislativa, soprattutto, negli ultimi tempi è servita per creare catene di atti normativi del Governo, legati in modi anomali e spesso tra loro quasi indistinguibili, cui si aggiungono nuovi tipi di regolamenti differenziati talora anche nel procedimento (126), che accrescono la complessità di un sistema difficilmente leggibile.

(122) PALADIN, *op. ult. cit.*, 96, a proposito delle leggi provvedimento distingue l'eventuale illegittimità (che può, in ipotesi, essere dichiarata dalla Corte) dalla loro appartenenza al *genus* delle fonti, ritenendo che nell'identificazione delle fonti primarie predominino i criteri formali. RESCIGNO G.U., *Corso di diritto costituzionale*, Bologna, 2007, 383, le considera strumenti, largamente impiegati, attraverso i quali il Parlamento esercita la funzione di controllo politico sul Governo; v. tuttavia le precisazioni in ID., *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse*, cit.

(123) *Le deleghe legislative: riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale* a cura di P. CARETTI e A. RUGGERI, Milano, 2003; DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Padova, 2001.

(124) C. cost. 28 luglio 2004, n. 280, in *Giur. cost.*, 2004, 2800 ss. Pur nella sua ambiguità, rilevata da LUPO, *Quali vie di accesso per un'efficace sindacato di costituzionalità delle leggi di delega?*, ivi, 2006, 2948 ss.; sulla peculiarità della decisione, DI COSIMO, *Deleghe e argomenti*, in *Le Regioni*, 2005, 287 ss.

(125) In C. cost. 14 luglio 2006, n. 285, in *Giur. cost.*, 2006, 2939 ss., ad esempio, la questione era sollevata contro la l. 29 gennaio 1975, n. 5.

(126) Ad esempio, i regolamenti per l'attuazione delle direttive comunitarie, sui quali TARLI BARBIERI, *L'attuazione in via regolamentare delle direttive comunitarie nella l. n. 11/2005: "niente di nuovo sotto il sole"*, in *Le fonti del diritto*, oggi, cit., 442 ss. In proposito v. *Le deleghe legislative: riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale*, cit. (in particolare gli scritti di Ruggeri, Tarli Barbieri e De Muro).

Quanto ai decreti-legge, la loro forte diminuzione dopo una sentenza del 1996 (127) è ridimensionata dalla prassi di riunire in un unico atto disposizioni di contenuto diverso, scollegate fra loro, che dovrebbero trovarsi in distinti decreti (128). La deviazione più grave, tuttavia, consiste nell'emanazione di decreti-legge in settori riservati alla fonte parlamentare (v. *infra*, § 21), persino dove « la dualità soggettiva Parlamento-Governo è essenziale » (129): dall'esercizio di poteri di controllo alla delega legislativa (130). I limiti costituzionali, ribaditi dall'art. 15 comma 2 l. n. 400, cit., stentano ad essere effettivi (131). Gli stessi presupposti per l'emanazione dei decreti-legge — necessità, urgenza, straordinarietà dei casi (art. 77 cost.) — sono stati sistematicamente disattesi e a lungo si è ritenuto che la valutazione relativa spettasse al Parlamento in sede di conversione (132). La Corte costituzionale, dopo varie oscillazioni (133), ha ora confermato in modo sicuro la propria competenza (134). Decisione

(127) C. cost. 24 ottobre 1996, n. 360, in *Giur. cost.*, 1996, 3147 ss.

(128) Sulla quale è intervenuto anche il Quirinale, durante la presidenza Ciampi, invitando il Governo ad emanare decreti di contenuto omogeneo (v. *La Repubblica*, 9 febbraio 2005).

(129) CRISAFULLI, *Lezioni*, II, cit., 85. Si tratta di « attività che, coinvolgendo direttamente i rapporti tra esecutivo e legislativo, non tollererebbero una loro unilaterale alterazione » (SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, cit., 161): il discorso si riferisce alla legge di approvazione del bilancio (presentato dal Governo), alla legge di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali (art. 80 cost.), alla legge di conversione di un decreto-legge (art. 77 cost.), alla legge di delegazione legislativa (art. 76 cost.). Altri casi in cui il Governo non potrebbe sostituirsi al Parlamento sono la delibera dello stato di guerra e il conferimento al Governo dei poteri necessari o la proroga della durata del Parlamento in caso di guerra.

(130) Il divieto di conferire deleghe legislative mediante il decreto-legge è considerato pacifico: TARCHI, *Incompetenza legislativa del Governo, interposizione del Parlamento e sindacato della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1988, 960. CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, Milano, 2000, 59 ss., ricorda prassi scorrette.

(131) Sui limiti posti dall'art. 15 l. n. 400, cit., SORRENTINO, *op. ult. cit.*, 163 ss., anche per gli altri divieti posti dalla medesima disposizione; sulla loro efficacia, CONCARO, *op. cit.*, 55 ss. Una ricapitolazione degli abusi in CELOTTO, *L'abuso del decreto legge*, Padova, 1997.

(132) Il controllo è essenziale, tenuto conto dell'impatto sui rapporti sociali di decreti che, nonostante la decadenza, talora possono creare situazioni irreversibili: in particolare v. AINIS, *Gli effetti irreversibili del decreto-legge*, in *Le parole e il tempo della legge*, Torino, 1996, 183 ss.

(133) È rimasta isolata C. cost. 27 gennaio 1995, n. 29, in *Giur. cost.*, 1995, 278 ss., che considera l'evidente mancanza di presupposti un vizio del decreto e un vizio in procedendo della stessa legge di conversione.

(134) C. cost. 23 maggio 2007, n. 171, citata *supra*, nt.

importante tanto più che, secondo l'opinione prevalente, i giudici sarebbero tenuti ad applicare subito il decreto (135) sebbene in caso di mancata conversione ne cessi retroattivamente ogni effetto, lasciando « del tutto privi di fondamento i rapporti instaurati »; persino le sentenze eventualmente pronunziate sarebbero travolte (136).

Il discorso sulla violazione del principio di competenza è più articolato e comporta conseguenze e rimedi diversi; non sempre dà luogo alla illegittimità dell'atto "incompetente", ma si risolve, più spesso, in sede di applicazione con la scelta da parte del giudice della norma applicabile (v. *infra*, § 19 e 20).

Oltre alle violazioni aperte delle norme sulle fonti, numerosi sono i meccanismi per eluderle, talora mediante la sostituzione di una fonte ad un'altra (137).

15. Validità, vigenza, efficacia, effettività. — Validità, vigenza ed efficacia talora non coincidono. Una fonte può essere invalida ma efficace o parzialmente efficace: la legge incostituzionale produce i suoi effetti fino a che non sia stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale. Cittadini e pubblica amministrazione sono tenuti ad osservarla (138); non, invece, i giudici che nel nostro sistema non possono disapplicare la legge, ma nemmeno possono applicarla, essendo tenuti, nel dubbio, a sottoporla alla Corte costituzionale.

La validità attiene all'assenza di vizi di forma (che di solito rendono invalido l'intero atto, viziato nella sua forma o nel procedimento) e di contenuto (che toccano singole disposizioni, difficilmente la fonte complessivamente considerata). Un atto valido può non essere vigente (o non ancora vigente): la legge normalmente entra in vigore il quindicesimo giorno dalla sua pubblicazione in

16. Cfr. ROMBOLI, *Una sentenza "storica": la dichiarazione d'incostituzionalità di un decreto-legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità e urgenza*, in *Foro it.*, 2007, I, 1986 ss.; ONDA, *L'allarme della Consulta: troppi decreti fuori regola*, in *Il Sole 24 ore*, 25 maggio 2007.

(135) Opinione che non tiene conto della teoria di ESPOSITO, *Decreto-legge*, in questa *Enciclopedia*, XI, 831 ss., per la quale i giudici non potrebbero applicare il decreto prima della conversione; opinione alla quale, viceversa, talora i giudici si conformano.

(136) PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 236.

(137) PACE, *Sull'uso "alternativo" del decreto-legge, in luogo del decreto delegato, per eludere i principi della delega*, in *Giur. cost.*, 1992, 1784 ss.

(138) Riguardo alla pubblica amministrazione, da tempo la questione è discussa: v., in particolare, ONDA, *Legittimità costituzionale di leggi limitatrici dei diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, 518 ss.

Gazzetta ufficiale, ed è possibile posticiparne l'entrata in vigore.

Possono inoltre aversi norme valide e sicuramente in vigore, ma non in grado di essere applicate in mancanza della normativa di attuazione. Se la situazione si protrae, le disposizioni, non effettive, restano valide? La risposta è affermativa.

L'effettività non reagisce sulla validità di un atto normativo o di alcune sue disposizioni: l'atto rimane valido al di là della sua effettiva applicazione e potrà sempre essere applicato in futuro. La fonte-atto non viene abrogata per desuetudine, eventuali comportamenti contrari non ne intaccano la validità (v. *infra*, §. 18). Esempi evidenti possono trarsi da vicende delle stesse disposizioni costituzionali: l'intero tit. V cost. è rimasto per più di un ventennio lettera morta, e solo a partire dal 1970 le regioni hanno cominciato a prendere vita. Fino allo stesso anno, il 1970, il *referendum* popolare, fondamentale istituto di democrazia diretta, è rimasto sulla carta per mancanza di leggi attuative del disposto costituzionale. Il sistema di controllo di costituzionalità è stato, pure, a lungo inattuato: solo dal 1956 la Corte costituzionale ha iniziato a funzionare. Quanto al Consiglio superiore della magistratura, si è dovuto attendere il 1958 per l'approvazione della legge che lo disciplinasse in attuazione della Costituzione.

Il discorso è diverso per le "fonti fatto"; una consuetudine cessa per desuetudine: se non è più effettiva, non è neppure valida. Lo stesso vale per l'ordinamento nel suo complesso che, se non è effettivo, non è valido; in tali casi validità ed effettività coincidono (139).

Sez. V. — I RAPPORTI TRA FONTI;
LE ANTINOMIE NORMATIVE.

16. Principio di gerarchia e principio di competenza. — Il primo principio ordinatore delle fonti è quello di gerarchia: le fonti non si trovano tutte sullo stesso piano, non operano con la medesima efficacia ma si collocano in diversi livelli di una scala gerarchica, e ciascuna fonte incide sul sistema con le potenzialità giuridiche connesse al proprio grado, con la forza attiva (capacità d'innovare) e passiva (capacità di resistere all'abrogazione) che contrassegna quel livello (140). La fonte di grado superiore prevale su quella inferiore che non può modificarla né abrogarla pena l'illegittimità.

(139) CRISAFULLI, *op. ult. cit.*

(140) Di una « costruzione gerarchica a gradi differenziati » parla ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 48.

rilevabile in modi diversi a seconda del tipo di fonte. La differente forza formale incide sulla capacità innovativa delle fonti: una fonte inferiore alla legge può creare, modificare, estinguere norme giuridiche, ma la sua capacità innovativa è limitata dagli atti legislativi esistenti sui quali non può incidere e sarà dunque in grado di produrre diritto soltanto a un livello *sub-legislativo*. La sua capacità creativa si scontra con la resistenza opposta dalle fonti superiori; lo spazio entro il quale la fonte subordinata può operare è necessariamente ristretto; e, in concreto, sarà tanto più ristretto quanto più estesa e dettagliata è la disciplina legislativa nella materia.

La possibilità di produrre diritto è strettamente correlata alla possibilità di eliminare il diritto esistente: una disciplina nuova sarà operante soltanto se riesce a sostituirsi alla disciplina precedente, e dunque se riesce ad abrogarla. Ma l'abrogazione opera tra fonti poste sullo stesso piano, dotate della medesima forza.

Nel sistema albertino la scala gerarchica era semplice e breve, riducendosi a due soli livelli: legislativo e regolamentare; la "forza di legge", nel suo duplice aspetto attivo e passivo, costituiva il punto di confine. Da tempo la forza di legge è in crisi (141) e quello schema semplice si è complicato: non sempre i due aspetti della forza di legge coincidono e il principio gerarchico, non più dominante, si configura diversamente per il numero maggiore dei "gradi" e per gli intrecci che rendono talora insicura la collocazione di una fonte.

L'introduzione di una Costituzione rigida amplia il numero delle fonti, e soprattutto ne muta rapporti ed equilibri. Nell'ordinamento italiano attuale la legge non è più — come nel periodo statutario — al primo livello, bensì è subordinata alla Costituzione e alle leggi costituzionali (art. 138 cost.). Ma non solo di questo si tratta.

La rigidità costituzionale produce trasformazioni profonde: il rapporto di gerarchia si complica con l'introduzione di livelli superiori alla legge, che trova limiti precisi e diviene quindi sindacabile; principi fondamentali del sistema — riserva di legge e principio di legalità — acquistano il significato pieno che la flessibilità costituzionale neutralizzava (142); la forza di legge di-

(141) RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977; MODUGNO e NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989, 411 ss.; oltre a QUADRI G., *La forza di legge*, Milano, 1970.

(142) Il principio di legalità vincola il legislatore a disciplinare i poteri che conferisce in modo sufficiente a renderne controllabile l'esercizio (in via normativa o con-

viene modulabile per la creazione di figure intermedie fra i tipi noti (fonti "atipiche", leggi "rinforzate") (143); oltre al rapporto di gerarchia la Costituzione può stabilire un rapporto di competenza tra fonti, non più determinato dalla posizione nella scala gerarchica, ma dalla materia la cui disciplina è attribuita ad una di esse e sottratta alle altre (144).

La posizione delle fonti ordinate secondo il principio di competenza, che stanno fuori dal sistema gerarchico, non può essere valutata in termini di sovra o sotto ordinazione. Di rapporto di competenza (con la legge, oltre che fra loro) si parla a proposito di statuti (art. 123 cost.) e leggi regionali (art. 117), di regolamenti di enti territoriali minori (art. 117 comma 6, 118 commi 1 e 2) sia pure con maggior incertezza di confini; fonti tutte espressione dell'autonomia territoriale. E ancora se ne parla a proposito dei regolamenti parlamentari, espressioni, invece, dell'autonomia di ciascuna Camera cui la Costituzione riserva la disciplina della propria organizzazione e attività (il procedimento di formazione della legge in primo luogo) entro linee costituzionalmente fissate (art. 64 comma 1, art. 72).

A differenza del rapporto gerarchico, che implica la coesistenza di fonti di diverso grado sulla stessa materia (legge e regolamento di esecuzione; Costituzione e legge), il rapporto di competenza viene configurato (teoricamente) come un rapporto di reciproca esclusione, con fonti separate fra loro, soggette nella propria sfera alla sola Costituzione. Regolamento parlamentare e legge sono definiti « fonti parallele » destinate a non incontrarsi (145). Più incerta è, da sempre, la separazione fra leggi statali e regionali, in primo luogo, ma non solo, riguardo alla funzione legislativa concorrente dove gerarchia e competenza coesistono. In concreto, nell'evoluzione del sistema la separazione tra fonti ordinate secondo il principio di competenza appare assai meno netta e il loro rapporto viene configurato piuttosto come un rapporto di integrazione (v. *infra*, § 20, 22-24).

creta): CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, cit. Per la riserva di legge, v. *infra*, § 21.

(143) V. *supra*, § 10.

(144) Teorizzato da CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 775 ss.; in proposito, MODUGNO, *La teoria delle fonti del diritto nel pensiero di V. Crisafulli*, in *Il contributo di V. Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale* (Atti delle Giornate di studio di Trieste, 1-2 ottobre 1993), Padova, 1994, 82 ss.

(145) PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 93 s.

17. *Le antinomie normative e la loro composizione: a) in base al tempo: effetti dell'abrogazione.* — A causa della pluralità di fonti e della capacità di ciascuna d'introdurre una disciplina nuova adeguata alle situazioni mutate, i contrasti fra norme non solo sono possibili ma frequenti e fisiologici. L'inesauribilità, legata alla funzione stessa delle fonti, implica necessariamente il succedersi di norme diverse nel tempo.

Il compito di comporre le antinomie scegliendo fra norme in contrasto è demandato a chi in concreto applica il diritto, non certo arbitrariamente, ma alla luce di tre criteri: il criterio cronologico, il criterio gerarchico, il criterio di competenza. Nel caso di norme in reciproco contrasto la scelta della norma applicabile va fatta considerando la loro posizione nel "tempo", nella "gerarchia", nel sistema delle "competenze". A questi, talora se ne aggiunge un altro, la "sussidiarietà" (146), i cui contorni indefiniti consentono spazi assai ampi a chi è chiamato a farne applicazione; ma sembra piuttosto un principio che interferisce con l'applicazione del criterio di competenza, così come la specialità interferisce col criterio cronologico (147).

(146) Ad esempio, PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 257. Il principio di sussidiarietà è espressamente previsto dalle norme europee (v., in particolare, CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1993, 7 ss.) e ora, relativamente ai rapporti fra gli enti da cui la Repubblica è costituita, dall'art. 118 comma 1 cost. (come sostituito dall'art. 4 l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3): «Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni, salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza». Benché la disposizione costituzionale si riferisca alle funzioni amministrative, la Corte costituzionale l'ha ritenuta riferibile anche alla funzione normativa (C. cost. 1° ottobre 2003, n. 303, in *Giur. cost.*, 2003, 2675 ss.). L'art. 118 comma ult. parla di sussidiarietà pure rispetto ai rapporti con i privati, stabilendo che i medesimi enti «favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

(147) Quando una serie di rapporti, insieme ad elementi comuni con i rapporti regolati da una norma più generale, presenta caratteristiche peculiari, è proprio l'osservanza del principio di eguaglianza può richiedere che la norma abbia una generalità meno ampia, riguardi cioè particolari settori di consociati, affinché riesca adeguata alle situazioni di ciascuno di essi, dando così vita, accanto a norme riguardanti situazioni comuni a tutti gli interessati alla materia regolata, a norme speciali» (MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., I, 307). La norma speciale è dunque legata al principio di eguaglianza, che impone di trattare in modo eguale situazioni eguali e in modo diverso situazioni diverse; speciale è la norma che disciplina in modo adatto alle sue peculiarità una categoria di rapporti ricompresi in una classe di rapporti più vasta, derogando alla disciplina

La fonte successiva prevale sulla precedente (*lex posterior derogat priori*): se non riuscisse a sostituirla le norme il sistema sarebbe immobile. Poiché i tre criteri vanno considerati insieme, la norma posteriore determina l'abrogazione di quella precedente incompatibile soltanto se le fonti sono di pari grado (148).

La fonte successiva non incide sulle norme e sulle situazioni giuridiche esistenti. L'abrogazione non cancella le norme ma le rende inapplicabili alle situazioni sorte dopo l'entrata in vigore della legge nuova: fra due norme confliggenti poste da fonti omogenee il giudice applicherà ancora la norma abrogata ai fatti, alle situazioni, ai rapporti precedenti. L'art. 11 disp. prel. è chiaro: la legge dispone solo per il futuro; tuttavia, dato il suo valore di legge ordinaria, lo si ritiene derogabile da un atto di pari forza. La Corte costituzionale ha fissato però limiti precisi: che la disposizione retroattiva trovi «adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza» e non sia «in contrasto con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti, così da non incidere arbitrariamente sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti» (149). Pur essendo un principio generale dell'ordinamento (come la Corte medesima ha riconosciuto), seguendo il puro criterio gerarchico l'irretroattività, vincolante per le fonti seconda-

detta per la categoria intera. Sulla nozione di «norma speciale» e sulle interferenze della specialità con gli altri criteri, in particolare GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., 415-421.

(148) L'abrogazione, oltre che «tacita» per incompatibilità tra disposizioni che si succedono nel tempo, può essere «espressa» quando la legge successiva esplicitamente dichiara abrogata la precedente o alcune sue disposizioni, o «implicita» per «nuova disciplina dell'intera materia» (art. 15 disp. prel.). Mentre l'abrogazione espressa è sicura, quella tacita, che dev'essere rilevata da chi applica il diritto ai casi concreti scegliendo fra disposizione vecchia e nuova dopo averne valutato l'incompatibilità, come ogni operazione interpretativa può dar luogo a divergenti soluzioni. Minori margini d'incertezza presenta l'abrogazione implicita: ma, nonostante la nuova disciplina dell'intera materia, si potrebbe ritenere ancora in vigore, in virtù del principio di specialità, una disposizione relativa a una fattispecie che, per la sua peculiarità, non essendo assimilabile alla generalità dei casi contemplati, richieda una disciplina differenziata.

(149) C. cost. 13 ottobre 2000, n. 419, in *Giur. cost.*, 2000, 3117 ss. (ma si tratta di affermazioni ripetute). Da ultimo C. cost. 7 novembre 2007, n. 364, *ivi*, 2007, 4007 ss., dichiara l'illegittimità di disposizioni le quali, anche se «non possono essere definite retroattive in senso tecnico, [...] travolgendo provvedimenti giurisdizionali definitivi e incidendo sui regolamenti dei rapporti in essi consacrati, finiscono per avere la stessa efficacia di norme retroattive e per incontrare i medesimi limiti costituzionali per queste enunciati».

rie (150), non lo sarebbe per gli atti legislativi tranne che in materia penale dov'è espressamente stabilita (art. 25 comma 2 cost.).

18. (Segue: b) *in base al grado gerarchico; la posizione delle consuetudini.* — Se le norme confliggenti sono poste da fonti di grado diverso, l'antinomia ha da essere risolta applicando la norma di fonte superiore e disapplicando la norma inferiore incompatibile, e perciò illegittima. Non è necessario un apposito conferimento del potere di disapplicazione: in base al principio di gerarchia, in caso di contrasto, i giudici sono tenuti ad applicare le norme di rango più elevato. In nome di questo principio, la Corte suprema degli Stati Uniti ha rivendicato il potere di disapplicare la legge contraria a costituzione fin dal 1803 (151). Nell'ordinamento italiano, viceversa, essendo riservato alla Corte costituzionale il controllo delle leggi e degli atti di pari forza (art. 134 cost.), rimane ai giudici il controllo diffuso sulle sole fonti secondarie, oltre al potere di non applicare la legge interna in contrasto con norme comunitarie (v. *infra*, § 25).

Nella sua formulazione astratta il principio di gerarchia disegna una linea semplice di rapporti fra atti normativi. Nel concreto la linearità si perde non essendo più la gerarchia l'unico principio ordinatore di un sistema dove s'intreccia una molteplicità di fonti variamente collocate (v. *infra*, § 20).

Fra i molti interrogativi vi è quello relativo alla posizione delle norme non prodotte da fonti atto. Il rapporto gerarchico riguarda le consuetudini o è configurabile solo fra atti normativi? Le norme consuetudinarie hanno un "grado" o possono tro-

(150) E, in quanto principio generale dell'ordinamento, vincola anche le leggi regionali: ma nemmeno qui è intesa con rigore.

(151) Nella nota sentenza «*Marbury v. Madison*» del 1803 (5 U.S. 1 Cranch, 137) il discorso è chiaro: se una legge è in opposizione alla costituzione; e se sia la legge che la costituzione si applicano a un caso particolare, allora la corte deve decidere quel caso o conformemente alla legge, disattendendo la costituzione, o conformemente alla costituzione, disattendendo la legge. Ma, se la costituzione è superiore ad ogni atto ordinario del legislatore, sarà la costituzione e non simili atti ordinari a governare il caso a cui entrambi gli atti si applicano: «*So if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution; or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the Courts are to regard the Constitution and the Constitution is superior to any ordinary act of the Legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.*»

varsi a qualsiasi livello? Alcune risposte vengono dal diritto positivo. Le disposizioni preliminari al codice civile, nell'elencare le fonti del diritto italiano (art. 1), menzionano gli «usi» (espressione considerata equivalente a consuetudini) indicando la posizione rispetto alle fonti scritte: «Nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati» (art. 8). Il che significa, con interpretazione *a contrario*, che «nelle materie non regolate da leggi o regolamenti gli usi hanno efficacia di fonte primaria» nel senso di fonte indipendente dal richiamo (152). Quanto alla loro efficacia si dovrebbe intenderla come variabile, corrispondente a quella delle fonti da cui sono richiamate (153). L'affermazione frequente che la consuetudine non ha grado (154) e non è cioè collocabile a un livello costante, trova conferma nell'art. 10 cost. che pone le consuetudini internazionali ad un livello pari a quello delle norme costituzionali, da esse derogabili salvo il limite estremo dei principi fondamentali (155). Posizione, ovviamente, ben diversa da quella degli usi di cui si parla nel codice civile. E diversa anche da quella delle consuetudini costituzionali che non trovano invece alcun fondamento normativo espresso (156), benché proprio nel diritto costituzionale rivestano «un'importanza non riscontrabile negli altri rami dell'ordinamento giuridico interno» (157). Qual è il rapporto della consuetudine costituzionale con la Costituzione? È in grado di abrogarla o modificarla?

Quanto all'abrogarla, la forza del fatto è certamente in grado di travolgere una Costituzione, ma è discorso estraneo alla posizione della consuetu-

(152) ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale*, cit., 122.

(153) Sulle disposizioni preliminari al codice civile, PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit.; ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 121 ss., 143 ss., 163 ss., anche per le varie e diverse situazioni ipotizzabili.

(154) ESPOSITO, *Consuetudine*, cit., 473 nt. 79; BOBBIO, *Consuetudine*, cit.; ROSSANO, *La consuetudine nel diritto costituzionale*, cit., 146. PIZZORUSSO, *Consuetudine*, cit., considera invece la consuetudine una fonte terziaria.

(155) C. cost. 24 ottobre 2007, n. 348, citata *supra*, nt. 2, 3506, ha ribadito che l'art. 10 comma 1 cost., «con l'espressione "norme del diritto internazionale generalmente riconosciute", si riferisce soltanto alle norme consuetudinarie e dispone l'adattamento automatico, rispetto alle stesse, dell'ordinamento giuridico italiano. Le norme pattizie, ancorché generali, contenute in trattati internazionali bilaterali o multilaterali, esulano pertanto dalla portata normativa del suddetto art. 10».

(156) Difficile rinvenire la base del «riconoscimento inespreso» di cui parla PALADIN, *op. ult. cit.*, 385.

(157) ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 161. Esempi vari di consuetudini costituzionali in PALADIN, *op. ult. cit.*, 405 ss.

dine nel sistema: saremmo di fronte all'instaurazione di un nuovo ordinamento, ad un potere costituente per il quale il problema dei limiti non si pone (158). Escluso il fatto instaurativo di tipo rivoluzionario, che per realizzarsi ha modi ben diversi dalla lenta via consuetudinaria, l'ipotesi, meno improbabile, di mutamenti parziali relativi a singole disposizioni o istituti, si scontra subito con il divieto di consuetudini *contra legem* (159). La consuetudine "costituzionale" non ha dunque una forza attiva corrispondente al nome; la fonte atto resiste alla fonte fatto anche del suo stesso piano (unica eccezione, in base all'art. 10 cost., le consuetudini internazionali limitate soltanto dai principi fondamentali del sistema). Di fronte a comportamenti ripetuti di organi al vertice in contrasto con norme costituzionali non si potrebbe quindi sostenere che, perduta l'efficacia, abbiano perduto validità: la disposizione costituzionale, rimasta valida, potrebbe ricevere applicazione anche dopo lunga sospensione. Non si può tuttavia escludere che, in modo graduale, si producano mutamenti costituzionali attraverso comportamenti contrari alla norma — dapprima leggermente difformi, in seguito apertamente devianti — che si consolidano in mancanza di reazioni nel sistema. In simili casi anche la dottrina deve fare la sua parte denunziando l'illegittimità dei comportamenti difformi al loro primo apparire, per stroncare subito il tentativo di considerarli "interpretazioni" possibili della Costituzione su cui fondare successive evoluzioni non consentite. Le prese di posizione dei costituzionalisti durante la presidenza Cossiga avevano essenzialmente questo scopo, così come la richiesta del procedimento d'accusa nei confronti del Presidente (160): evitare che in futuro altri potessero utilizzare quei comportamenti come punto di partenza per mutamenti eversivi.

Esclusa la forza costituzionale attiva, si può riconoscere alla consuetudine costituzionale la forza passiva, la resistenza all'abrogazione da parte di leggi ordinarie. Alla risposta positiva conseguono importanti implicazioni. Accogliendo, co-

(158) V. in particolare NEGRI A., *Il potere costituente*, Carnago (Varese), 1992, 18, 19, 31: «Quando il potere costituente mette in atto il processo costituente ogni determinazione è libera e resta libera»; è «una forza che irrompe, interrompe, scardina ogni equilibrio preesistente e ogni possibile continuità» e si lega strettamente al concetto di rivoluzione.

(159) ZAGREBSKY, *op. ult. cit.*, 171.

(160) Di cui fu investito il Comitato parlamentare bicamerale nel gennaio 1991, in seguito a varie denunce presentate da alcuni deputati e senatori e dal Partito democratico della sinistra.

me sembra preferibile, la tesi che attribuisce alle consuetudini costituzionali «il medesimo rango dei principi ai quali afferiscono», esse sarebbero, di conseguenza, invocabili dinanzi alla Corte, «affinché le leggi incompatibili ne vengano annullate» (161).

19. (Segue): c) *in base alla competenza*. — Quando la Costituzione rigida sottrae determinati oggetti alla legge per attribuirli a una fonte diversa, la scelta della norma applicabile deve avvenire individuando la fonte competente; criterio cronologico è criterio gerarchico sono inutilizzabili. Nel caso dei regolamenti parlamentari, attribuita a ciascuna Camera la disciplina della propria organizzazione e del procedimento legislativo (art. 64 e 72 cost.) in nome del principio di autonomia (anche nei confronti dell'altra), neppure la legge, deliberata da entrambe, può validamente intervenire. Allo stesso modo al regolamento di una Camera non è consentito disciplinare materie diverse da quelle ad esso riservate.

Il rapporto di competenza non si risolve sempre in una questione di scelta della norma applicabile, ma può comportare l'incostituzionalità della fonte che l'ha superato. La legge statale o regionale che oltrepassa la propria sfera di competenza è illegittima; se invece la competenza legislativa è concorrente, una legge statale che disciplini nel dettaglio la materia non dovrà essere sottoposta al giudizio di costituzionalità, ma semplicemente disapplicata qualora esista una legislazione regionale sulla materia: il giudice, afferma la Corte, applicherà la legge regionale in quanto fonte competente. D'altra parte, la stessa Corte costituzionale ammette che i principi fondamentali della materia — se sufficientemente dettagliati — possano abrogare direttamente la legge regionale incompatibile, così come ammette la "cedevolezza" della normativa statale di dettaglio (162).

(161) Secondo l'opinione di PALADIN, *op. ult. cit.*, 410 ss., che non è pacifica. Però, trattandosi di consuetudini interpretative della Costituzione (dovendo essere sempre *secundum legem*), è difficile negare che la Corte le applichi come integrative del parametro (come ritiene Paladin) e non soltanto come scelta di opportunità (come pare a ZAGREBSKY, *op. ult. cit.*, 185). La consuetudine, del resto, è sempre difficile da sistemare, non solo nell'ordinamento degli Stati; interessanti questioni in GIANELLI, *L'Unione europea e il diritto internazionale consuetudinario*, Torino, 2004.

(162) Per l'abrogazione C. cost. 31 dicembre 1993, n. 498, in *Giur. cost.*, 1993, 3997 ss.; C. cost. 31 dicembre 1994, n. 464, *ivi*, 1994, 3995 ss., in armonia con C. cost. 3 marzo 1972, n. 40, *ivi*, 1972, 173 ss. Sulla situazione, dopo la riforma del tit. V, CAVALERI, *Diritto regionale*, Padova, 2006, 155 ss. Per "cedevolezza" della legislazione statale, dopo la

Il discorso, anche qui, si complica. Le affermazioni teoriche vanno tutte relativizzate: di abrogazione, infatti, non dovrebbe parlarsi dove il rapporto è di competenza, ma, in concreto, i principi s'intrecciano.

20. *I rapporti tra fonti nella frantumazione dei "tipi"; i nuovi intrecci fra gerarchia e competenza*. — La difficoltà crescente di dare sistemazione sicura e coerente alle diverse fonti dell'ordinamento italiano attribuendo a ciascuna una posizione precisa è denunciata da tutti.

Già la Costituzione rigida, come fonte sulla produzione giuridica, ha generato relazioni di diversa natura fra gli atti normativi (163) rompendo la costruzione a due livelli (legge, regolamento) che esauriva la distinzione tra le fonti di cui la "forza di legge" costituiva il punto di confine. Da tempo la forza di legge è in crisi e il principio gerarchico strutturato sulla legge come centro e vertice (164) non è più dominante ed ha, comunque, un numero maggiore di gradi. Dare una rappresentazione sicura dei rapporti tra fonti equidinate, sovra e sottordinate non è sempre agevole: anomalie, specializzazioni, varianti procedurali, per non parlare dell'integrazione tra fonti diverse, sempre più frequenti. La linea che conduce dal vertice del sistema normativo alla sua base, dalla Costituzione alle fonti secondarie e terziarie, passando attraverso la legge (e gli atti dotati di pari forza), non è retta. La scala gerarchica si complica con tipi e sottotipi che le tolgono linearità.

A parte le fonti atipiche e le leggi rinforzate — è incerto se si tratti di deviazioni dal tipo (per la dissociazione tra forza attiva e passiva), di competenza differenziata, di aggravamento procedimentale (165) —, incerti sono gli stessi rapporti tra

riforma del tit. V, v. C. cost. 1° ottobre 2003, n. 303, citata *supra*, nt. 146.

(163) PIZZORUSSO, *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *D. disc. pubbl.*, VI, 1991, 422; *Id.*, *Delle fonti del diritto*, cit., 174, per la tabella relativa alla gerarchia delle fonti dopo la Costituzione. Ma la Costituzione rigida, in quanto fonte sulla produzione giuridica, ha anche in altro senso e più profondamente cambiato il sistema: MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, cit., 564 ss.

(164) MODUGNO, *op. ult. cit.*, 561 ss. Del resto PALADIN, *Le fonti del diritto nel pensiero di Carlo Esposito*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, n. 1, II, 3, afferma che «ben prima che l'idea di un'omnicomprensiva gerarchia delle fonti fosse posta in discussione da Crisafulli (e poi messa in crisi dalla generalità dei costituzionalisti italiani), Esposito negava la stessa concepisibilità di una gerarchia».

(165) V. *supra*, § 9. Sulla "disarticolazione" dei tipi, gradi o livelli in una pluralità di figure, MODUGNO, *op. ult. cit.*, 571 ss.

fonti del medesimo grado. Si discute, ad esempio, sul rapporto fra Costituzione e leggi costituzionali (art. 138 cost.), parificate nella forza passiva e tuttavia limitate nella capacità d'innovare quanto all'oggetto (166) e alla dimensione dell'innovazione, consentita solo se parziale secondo la tesi da preferire (167).

Le fonti stesse cui la Costituzione attribuisce la forza della legge non sono ad essa del tutto parificate. I decreti legislativi emanati dal Governo in base a delega (art. 76 cost.) non possono modificare la legge delegante; per i decreti-legge che incontrano specifici limiti (art. 77), alcune leggi sono intoccabili e la legge di conversione, come ha precisato la Corte costituzionale, non è eguale alle altre (168). Anche per il referendum abrogativo, pur considerato dalla Corte costituzionale dello stesso rango della legge (169), si è discusso riguardo al suo rapporto con la fonte parlamentare (170).

La possibilità per una legge successiva di abrogare le norme di un trattato internazionale, regolarmente immesse nel sistema e dotate di forza di legge ordinaria, è stata a lungo discussa (v. *infra*, § 25). Atipiche sono definite dalla Corte costituzionale le norme della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (firmata a Roma il 4 novembre

(166) La legge di revisione è limitata almeno rispetto ai principi supremi e ai diritti fondamentali, come la Corte costituzionale ha affermato in numerose decisioni: v., in particolare, C. cost. 29 dicembre 1988, n. 1146, in *Giur. cost.*, 1988, 5565 ss.; a differenza della Costituzione, è espressione di un potere costituito non costituente e dunque — MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, cit., 331 — deve rimanere contenuta entro i limiti «che derivano dai principi fondamentali che caratterizzano il tipo di stato, e potrebbero quindi venir meno [...] solo in via di fatto, cioè attraverso un procedimento rivoluzionario»; mai nelle vie legali. Particolari reazioni, suscitò il messaggio alle Camere del presidente Cossiga sulle riforme costituzionali (v. il dibattito in *Giur. cost.*, 1991, 3209 ss., e in particolare l'intervento di Alessandro Pace).

(167) Sostenuta in particolare, in vari luoghi, da PACE, *Problemi della revisione costituzionale in Italia: verso il federalismo e il presidenzialismo?*, in *St. parl. pol. cost.*, 1995, 14 ss.; *Id.*, *La causa della rigidità costituzionale*, in *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 2002, 65 s. nt. 142.

(168) E dunque, se converte un decreto privo dei requisiti, è sindacabile (da ultimo, C. cost. 23 maggio 2007, n. 171, citata *supra*, nt. 16).

(169) C. cost. 3 febbraio 1987, n. 29, citata *supra*, nt. 42.

(170) Sulla questione, LUCIANI, in *Commentario della Costituzione* fondato da G. BRANCA, cit., sub art. 75, 617 ss.; VERONESI, *Voto referendario, ripristino della normativa abrogata e ruolo della Corte*, in *Giur. cost.*, 1997, 55 ss.; FERRI G., *Il divieto di ripristino della normativa abrogata dal referendum e la discrezionalità del legislatore*, *ivi*, 62 ss.

1950), non abrogabili dalla legge interna a pena d'incostituzionalità, ma prive di valore costituzionale e dunque subordinate pienamente alla Costituzione, a differenza delle norme comunitarie per le quali sono intangibili solo i principi e i diritti fondamentali (171). Lo stesso, secondo giurisprudenza recente, sembra valere per tutti i trattati.

Scendendo al grado successivo, per alcuni regolamenti è addirittura incerto se possano considerarsi ancora fonti secondarie, dati gli anomali poteri che li caratterizzano, avvicinandoli ai decreti legislativi delegati. Una giurisprudenza costituzionale più attenta al rispetto dei requisiti posti dall'art. 77, ai limiti della reiterazione, alle illegittime "sanatorie" (172), ha indotto il Governo a sostituire i decreti-legge con anomale deleghe (art. 76) e delegificazioni al di fuori dei limiti prescritti (173). Infatti, se il meccanismo della delegificazione come regolato dalla l. n. 400 del 1988 (174) non è scorretto, criticabile è l'uso disinvolto che se n'è fatto; e illegittima è la sua modifica che, aggiungendo il comma 4-bis all'art. 17, ha condotto all'attribuzione di poteri normativi "liberi" agli organi governativi persino in materie riservate alla legge (175). E compaiono nel

(171) Come ha ribadito la Corte costituzionale (C. cost. 24 ottobre 2007, n. 348, e C. cost. 24 ottobre 2007, n. 349, citate *supra*, nt. 2).

(172) Basti pensare a C. cost. 27 gennaio 1995, n. 29, citata *supra*, nt. 133 (dove la Corte afferma la propria competenza a controllare l'esistenza dei presupposti di validità del decreto); a C. cost. 21 marzo 1996, n. 84, in *Giur. cost.*, 1996, 764 ss. (che ammette il trasferimento della censura d'incostituzionalità dal decreto impugnato al successivo decreto-legge di eguale contenuto o alla legge di sanatoria); a C. cost. 24 ottobre 1996, n. 360, citata *supra*, nt. 127 (che afferma, con alcuni limiti, l'incostituzionalità della reiterazione). In particolare, sulle implicazioni della linea giurisprudenziale (non sempre chiara) della Corte sui rapporti istituzionali e politici, ANGIOLINI, *La "reiterazione" dei decreti-legge: la Corte censura i vizi del Governo e difende la presunta virtù del Parlamento?*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 113 ss.; ID., *La Corte riapre un occhio sui vizi del decreto-legge convertito?*, in *Giur. cost.*, 1997, 2010 ss.

(173) TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni (1989-1995)*, Torino, 1996.

(174) Regolamenti emanati in base all'art. 17 comma 2 l. n. 400, cit. per la disciplina di materie per le quali le leggi, « autorizzando l'esercizio della potestà regolamentare [...] determinano le norme generali regolatrici della materia, e dispongono l'abrogazione delle norme vigenti, con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari ». Sull'uso che se ne è fatto (soprattutto dopo l'aggiunta del comma 4-bis in materia di organizzazione), si rinvia a CARLASSARE e VERONESI, *Regolamento*, cit., 975 ss., anche per la vasta letteratura.

(175) Ci riferiamo in particolare ai regolamenti di organizzazione previsti dal comma 4-bis dell'art. 17 l. n. 400, cit., in contrasto con la riserva di legge di cui agli art. 95 e 97 cost., alla quale, in definitiva, si voleva sostituire una sorta di

sistema fonti così anomale da indurre a definirle « ibridi » e « chimere » (176).

Gravi incertezze si manifestano nell'applicazione sia del criterio gerarchico sia del criterio cronologico. Riguardo a quest'ultimo, ai problemi legati alle leggi retroattive in tutte le loro varianti — in primo luogo le leggi di interpretazione autentica (177) —, incerto è il limite che una fonte può porre all'operatività di fonti successive del suo stesso grado. In particolare interessa la clausola di abrogazione espressa con cui una legge intende vietare la sua abrogazione tacita, legata all'ineliminabile soggettività dell'interpretazione. Tra fonti di pari grado, un simile vincolo è effettivo? Gli esempi non mancano e la risposta non sembra in ogni caso negativa (178). Sicuro, viceversa, è il vincolo delle clausole di abrogazione espressa posto dagli statuti alla legge regionale (179), tenuta a rispettare le norme statutarie laddove disciplinino materie di loro competenza. I criteri, come si vede, costantemente s'intrecciano.

Anche il principio di competenza — il quale, a differenza della gerarchia che comporta « una distribuzione delle fonti secondo una linea verticale », « determina una distribuzione secondo una superficie orizzontale » (180) — si allontana sempre più dalla linearità delle definizioni iniziali. Difficile parlarne ancora come rapporto di "reciproca esclusione" tra fonti basato sul criterio delle materie da regolare, dove le competenze dei due

"riserva di regolamento", assolutamente incostituzionale: CARLASSARE e VERONESI, *op. cit.*, in particolare 954 ss.)

(176) SILVESTRI, *"Questa o quella per me pari sono..."*, cit., 176.

(177) Sulle quali PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, Milano, 2003, in particolare 61 ss., 189 ss.; *Le leggi d'interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore* a cura di A. ANZON, Torino, 2001.

(178) Art. 21 l. 4 febbraio 2005, n. 11: « le disposizioni della presente legge possono essere modificate, derogate, sospese o abrogate solo attraverso l'esplicita indicazione delle disposizioni da modificare, derogare, sospendere o abrogare »; art. 3 comma 1 d. l. g. 3 aprile 2006, n. 152; art. 1 comma 4 t.u. enti loc. PACE, *Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore, in Potere costituente, rigidità costituzionale*, cit., 181-191, distingue tra vincoli procedurali (non vincolanti) e vincoli materiali (temporanei). Sulla complessa questione, CARNEVALE, *Il caso delle leggi contenenti clausole di sola abrogazione espressa nella più recente prassi legislativa, in Trasformazioni della funzione legislativa* a cura di F. MODUGNO, I, Milano, 1999, 45 ss.

(179) L'art. 44 st. Tosc. stabilisce che i testi unici legislativi e i testi unici regolamentari « possono essere abrogati o modificati, anche parzialmente, solo in modo espresso ». Sempre per i testi unici regionali, v. l'art. 40 st. Abr.

(180) Quindi le competenze dei due soggetti devono essere « rispettivamente riservate »: ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 66 s.

soggetti devono essere « rispettivamente riservate » (181). Al posto della reciproca esclusione si trova piuttosto l'integrazione tra fonti "diversamente competenti". Inteso in diversi modi che si riflettono sulla sua ampiezza, il principio di competenza ha esteso il suo ambito di applicazione, e, sovente intrecciato alla gerarchia, sembra dominare la scena in un sistema ormai caratterizzato da rapporti di integrazione (182).

21. *L'assimilazione fra competenza e riserva di legge: un equivoco da eliminare.* — La riserva di legge, istituto di garanzia, troppo spesso viene confusa col rapporto di competenza, in una prospettiva distorta che, ignorandone la *ratio* democratica (v. *supra*, § 9), da un lato altera il senso dei rapporti tra fonti parlamentari e governative, dall'altro oscura la diversità tra fonti governative e fonti di autonomia territoriale, escluse dalla disciplina di determinati rapporti non a causa della riserva — che non le riguarda data la natura rappresentativa dell'organo che le approva (183) — ma per ragioni diverse, competenza compresa.

Solo l'Assemblea rappresentativa può intervenire sui diritti del cittadino, dapprima in ragione della contrapposizione fra Re e rappresentanza nazionale, ora in ragione del carattere pluralistico e composito dell'Assemblea elettiva dove le minoranze possono far sentire la loro voce che — grazie alla pubblicità e articolazione del procedimento legislativo (184) — può raggiungere i cittadini attivando forme di civile dissenso. Numerose disposizioni costituzionali stabiliscono riserve, non tutte intese con la medesima assolutezza (185). In primo luogo a tutela dei diritti (dove la riserva è sempre assoluta).

Si tratta dunque di una "riserva di atto" (la legge) dovuta alla natura dell'organo che lo emana e alla pubblicità del procedimento legislativo nell'articolazione delle sue fasi. Un decreto approvato

(181) ZAGREBELSKY, *loc. cit.*

(182) V. anche *infra*, § 21 ss. Per un'efficace sintesi dell'evoluzione del sistema, CHELLI, *La produzione normativa*, cit., 128 ss.

(183) Il problema si porrà semmai all'interno delle fonti regionali e locali, nel rapporto fra le loro istituzioni rappresentative e gli organi di governo.

(184) L'argomento è sottolineato in particolare da FOIS, *La riserva di legge*, cit. Sull'importanza della garanzia procedimentale, in particolare, PALAZZO, *Legge penale*, in *D. disc. pen.*, VII, 1993, 338 ss.

(185) Per l'elenco delle disposizioni costituzionali, rinviamo a CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, cit., 12 s., come pure per la distinzione, dubbia ma confermata dalla giurisprudenza, fra riserva di legge assoluta, che non consente interventi di altre fonti, e riserva relativa, che le consente purché la legge abbia dettato una disciplina "sufficiente".

dal Governo senza il controllo delle minoranze e senza pubblicità, conosciuto soltanto dopo la pubblicazione, non può costituire analoga garanzia. Regolamento e decreto-legge in quest'ottica devono essere entrambi esclusi: la posizione gerarchica superiore, per la maggior libertà e capacità innovativa dell'atto, non garantisce nulla, anzi espone a maggior rischio diritti, libertà, autonomie, istituzioni e strutture che la Costituzione, con la riserva, vuole tutelare (186).

Sostituendo spiegazioni giuridiche formali (la posizione dell'atto nella gerarchia delle fonti) all'esigenza politica che la legge, la riserva di legge perde di senso e svanisce ogni criterio per valutarne misura, dimensione e intensità. I confini si allargano o restringono secondo convenienza: da un lato la riserva viene utilizzata per negare competenze normative agli enti autonomi (trascurando il carattere rappresentativo dei loro organi) e giustificare limiti alle stesse leggi regionali, che hanno ben diverso fondamento (187); dall'altro, intesa come rapporto tra fonti "primarie" e "secondarie", la si fa valere come limite ai soli regolamenti e non agli atti legislativi del Governo. Ma, ridotta a un discorso di rapporti tra atti gerarchicamente ordinati, per quali motivi la riserva di legge verrebbe considerata una garanzia di diritti e libertà (188)?

Solo una prassi (189) legata al passato ne ha consentito l'interpretazione distorta, in continuità con le concezioni del periodo anteriore alla Costituzione, relative ad una diversa forma di Stato (v. *supra*, § 9).

(186) In particolare: la magistratura (art. 101 ss. cost., specialmente 108), il Consiglio superiore della magistratura (CSM), la pubblica amministrazione (art. 97 ss.), gli organi ausiliari (art. 99 e 100): CARLASSARE, *op. cit.*, § 1 e 2; ID., *Legalità (principio di)*, cit., § 1 e 3.

(187) Da tempo si è chiarito (ad esempio da FOIS, *op. cit.*, 309) che alcune importanti esclusioni dalla competenza legislativa regionale erano dovute ad altre ragioni — al principio di uguaglianza, alla necessaria uniformità della regolazione, all'interesse nazionale — non ad una riserva di legge "statale". V. anche PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 116 ss.; ID., *Diritto costituzionale*, cit., 171 s., 574, e, diffusamente, VIPIANA, *Riserva di legge e legge regionale*, in *Quaderni regionali*, 1988, 582 ss.

(188) Che la riserva di legge costituisca, insieme alla riserva di giurisdizione, una delle garanzie comuni ai diritti e alle libertà è insegnamento diffuso: v. per tutti PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., 573 ss.

(189) Come ben emerge dalla definizione di CRISAFULLI, *Lezioni*, II, cit., 55: « Si ha riserva di legge quando la Costituzione attribuisce una determinata materia alla sola legge formale (o ad atti equiparati secondo l'interpretazione affermatasi in prassi) ». La stessa definizione in MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto*, Torino, 1999, 107.

Sez. VI. — IL NUOVO ASSETTO DELLE FONTI
NELL'ART. 117 COST.

22. *L'art. 117 comma 4: il mutato rapporto fra leggi statali e regionali.* — Con la modifica dell'art. 117 cost. il sistema subisce una duplice trasformazione: nelle relazioni tra fonti interne e fonti esterne (v. *infra*, § 23), nei rapporti tra fonti interne a seguito del mutato assetto dei rapporti Stato/regione. Il comma 4 (« Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato ») inverte il precedente criterio di distribuzione delle competenze. Il dibattito sugli scenari nuovi, sulla consistenza effettiva dei poteri dell'uno e dell'altro ente — in profondità e in estensione — continua ancora (190).

L'attribuzione della competenza legislativa residuale alle regioni, insieme all'eliminazione del controllo preventivo da parte dello Stato, sulla legge regionale, ormai esercitabile a posteriori in modo analogo a quello sugli atti legislativi dello Stato (191), incide sulla posizione diseguale degli atti del legislatore statale e di quello regionale. Le norme attuali pongono (o sembrano porre) leggi statali e leggi regionali in rapporto di « equiordinazione »; il comma 1 dell'art. 117 si riferisce unitariamente alle leggi di entrambi gli enti, egualmente tenute a rispettare i medesimi limiti (v. *infra*, § 23).

Il ruolo della legge regionale si trasforma, trasformando di conseguenza la posizione della legge statale, non più fonte a competenza generale. La Costituzione rigida, in verità, quella competenza generale l'aveva già intaccata, sottraendo alla legge

(190) Il dibattito su « quanto » potrà restare allo Stato, non solo nella competenza legislativa concorrente, ma anche nelle materie rientranti nella competenza « residuale » delle regioni; a causa della trasversalità di alcuni poteri statali e dell'interesse nazionale che, espressamente o meno, non sembra destinato a sparire. Anche le indicazioni della Corte costituzionale sono diversamente interpretate: si c. cost. 26 luglio 2002, n. 407, in *Giur. cost.*, 2002, 2940 ss., v., ad esempio, MARINI, *La Corte costituzionale nel labirinto delle materie "trasversali" dalla sent. n. 282 alla sent. n. 407 del 2002*, ivi, 2951 ss.; e PAGANETTO, *Potestà legislativa regionale e "limiti" alle competenze esclusive statali*, ivi, 3347 ss.; oltre alle considerazioni di MANGIAMELI, *Sull'arte di definire le materie dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2003, 337 ss. Su C. cost. 26 giugno 2002, n. 282, *ivi*, 2012 ss.; D'ATENA, *La Consulta parla... e la riforma del titolo V entra in vigore*, *ivi*, 2027 ss. Da ultimo, SCACCIA, *Legislazione esclusiva statale e potestà legislativa residuale delle Regioni*, in *www.issirfa.cnr.it*, dicembre 2007.

(191) Che rende il controllo della Corte costituzionale esercitabile sempre a posteriori, eliminando la sospensione dell'efficacia della legge regionale e le conseguenze negative che si erano esercitate in passato.

alcune competenze per riservarle ad altre fonti; restava tuttavia fermo che, fuori da quelle materie, la legge sola fosse competente a disciplinare qualunque oggetto, situazione, rapporto. Non è più così: la competenza residuale è ora della legge regionale. L'inversione del criterio di attribuzione delle materie legislative — enumerate quelle rimaste allo Stato — segna una svolta significativa (192) aprendo ai legislatori regionali spazi che dovrebbero arrestare il « continuo abbassamento del livello autonomistico risultante dalle norme costituzionali » sperimentato prima della riforma (193).

Gli effetti del nuovo riparto di competenze fra Stato e regione non si fermano alla legge, ma hanno profonde ripercussioni anche su altre fonti statali, in primo luogo sui regolamenti governativi e ministeriali che sembra difficile possano articolarsi come in passato. Il potere regolamentare dello Stato, esercitabile unicamente nelle materie di competenza statale esclusiva (art. 117 comma 6), appare fortemente inciso (194), ridotto in quantità, estensione e nella stessa tipologia: l'importanza e delicatezza delle materie riservate allo Stato rendono difficile pensare a regolamenti di delegificazione. Eppure, persino in materia di competenza residuale della regione, i regolamenti statali sopravvivono in nome della sussidiarietà (195).

Il dubbio che nell'attuazione concreta il mutamento non sia effettivamente radicale appare dunque fondato. Anche a causa della lenta e difficile attuazione del nuovo disposto costituzionale il rapporto legge statale/legge regionale non sembra corrispondere al disegno. Si sottolinea perciò l'insufficienza di valutare il sistema istituzionale « solo sulla base dello studio della mutata scrittura delle

(192) Anche se DE SIERVO, *Le leggi regionali*, in *Le fonti del diritto, oggi*, cit., 289, definisce « frettolosa teorizzazione dottrinale » la conclusione che le materie non elencate sarebbero state nell'esclusiva disponibilità dei legislatori regionali: le interpretazioni diverse sono bene espresse dal differente aggettivo — « residuali » o « esclusive » — utilizzato per definire tali competenze delle regioni.

(193) PIZZORUSSO, *Le fonti secondarie*, in PIZZORUSSO e FERRERI, *Le fonti del diritto italiano*, I. *Le fonti scritte*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 1998, 180.

(194) Come conferma C. cost. 13 ottobre 2006, n. 328, in *Giur. cost.*, 2006, 3272 ss. Ma v. *infra*, nt. 195.

(195) Principio ancorato dalla Corte costituzionale, ma non sempre, al principio di leale collaborazione (C. cost. 1° giugno 2006, n. 214, citata *supra*, nt. 6): sulla discontinuità giurisprudenziale, CAPUCCIO, *Principio di sussidiarietà, regolamenti di delegificazione e competenza residuale: una verifica incerta?*, in *Le Regioni*, 2007, 265 ss. Per una visione dei diversi problemi del rapporto fra le fonti, v. i vari contributi in *Le fonti del diritto nei nuovi statuti regionali* a cura di E. Rossi, Padova, 2007.

nuove disposizioni costituzionali relative al riparto delle competenze tra Stato e Regioni, analizzata con gli strumenti di un'astratta logica giuridica » (196): il nuovo assetto è individuato genericamente; il ruolo della legge statale rimane significativo per l'alto numero delle materie di legislazione concorrente (197) e per il carattere spesso trasversale di quelle di esclusiva competenza dello Stato (198), che ne facilita letture espansive. Inoltre, la difficile individuazione di materie indicate con nozioni nuove per la nostra tradizione normativa e di materie « tali solo apparentemente », identificando competenze costruite in funzione « del fine e non dell'ambito di incidenza », consente alle leggi statali di incidere su oggetti diversi anche a scapito della competenza regionale (199). Assai problematica appare dunque l'effettiva esclusione della legge statale che può trovare il modo di esprimersi in tutti i settori, rendendo astratta l'affermazione della fine della competenza generale della legge.

Nelle incertezze della normazione scritta, un pesante ruolo di supplenza torna a gravare sulla Corte costituzionale (200). L'integrazione giurisprudenziale, particolarmente evidente in questo settore, conferma ancora una volta l'impossibilità di escludere interpretazione e giurisprudenza da un discorso sul sistema normativo (v. *supra*, § 6).

23. *Gli statuti regionali.* — L'incertezza sui confini segna anche i rapporti che intercorrono tra le fonti interne alla regione, in particolare fra statuti e legge; la collocazione stessa degli statuti è discussa, in particolare la posizione della cosiddetta « legge statutaria », introdotta negli statuti speciali dalla l. cost. 31 gennaio 2001, n. 2, che presenta caratteri del tutto peculiari (201).

La l. cost. 22 novembre 1999, n. 1, che disciplina l'autonomia statutaria delle regioni ordinarie, contiene novità rilevanti non tanto riguardo

(196) DE SIERVO, *op. cit.*, 290.

(197) Nell'art. 117 comma 3 cost. è precisato che: « Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato ».

(198) Elencate nel comma 2 dell'art. 117 cost.

(199) D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, 19-23; BENELLI, *La "materializzazione" delle materie*, Milano, 2006.

(200) Sulla giurisprudenza costituzionale dopo la riforma del tit. V, BINI, *I criteri di individuazione delle materie*, in *Le Regioni*, 2006, 889 ss.

(201) CARETTI e TARLI BARBERI, *Diritto regionale*, Torino, 2007, 37-46; PAJNO, *La revisione degli Statuti speciali nel sistema delle fonti*, in *Le Regioni*, 2007, 747 ss.; ROSINI, *« Armonia » o « armonie » con la Costituzione?*, *ivi*, 689 ss.

all'oggetto, quanto al procedimento (202). La più significativa è il venir meno dell'approvazione dello statuto da parte del Parlamento mediante legge ordinaria, che aveva dato luogo ad incertezze sul carattere statale o regionale della fonte conducendo a soluzioni incongrue. Quanto all'oggetto, la nuova formula dell'art. 123 cost. — lo statuto « determina la forma di governo e i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento » della regione (203) — è un ampliamento più che altro apparente: la scelta della forma di governo di ogni regione è infatti pesantemente condizionata dalla l. cost. n. 1, cit., *intra*, fra l'altro, dalla Corte costituzionale in senso notevolmente rigido (204). Novità riguardano anche gli statuti speciali e le modalità della loro revisione (205).

In concreto, le regioni hanno dimostrato una diffusa tendenza ad andare oltre l'oggetto della loro competenza statutaria cercando aperture maggiori mediante l'introduzione di disposizioni di principio, programmatiche e di scopo, che in abbondanza sono contenute negli statuti. La Corte costituzionale (206) ha risposto all'impugnativa dello Stato con la dichiarazione d'inammissibilità della questione, considerando tali disposizioni prive di efficacia giuridica ed espressive soltanto di orientamenti politici e culturali. In tal modo, privandole di efficacia giuridica, ha salvato le disposizioni statutarie, suscitando reazioni diverse in un vasto dibattito dottrinale (207). Il discorso aveva ricadute non lievi sulla legislazione regionale che sarebbe stata vincolata da quelle disposizioni, pena l'illegittimità costituzionale: il vincolo invece, dice la Corte, è solo di carattere politico.

L'oggetto resta esclusivamente quello indicato dalla norma costituzionale; gli statuti sono fonti a competenza specializzata, chiamati ad occuparsi delle materie di cui all'art. 123 ad essi riservate e non regolabili da fonti diverse, come ha ribadito la

(202) FERRARA A., *Il procedimento di formazione e revisione degli Statuti delle Regioni ad autonomia ordinaria*, in *www.issirfa.cnr.it*, 2007. Per le diverse questioni, v. *Statuti atto II. Le regioni e la nuova stagione statutaria* a cura di G. DI COSIMO, Macerata, 2007.

(203) Formula più ampia della precedente, che parlava di « norme relative all'organizzazione interna della Regione ».

(204) C. cost. 3 luglio 2002, n. 304, in *Giur. cost.*, 2002, 2345 ss.; C. cost. 13 gennaio 2004, n. 2, *ivi*, 2004, 9 ss.; C. cost. 2 dicembre 2004, n. 372, *ivi*, 4022 ss.; C. cost. 6 dicembre 2004, n. 379, *ivi*, 4161 ss.; C. cost. 20 gennaio 2006, n. 12, *ivi*, 2006, 71 ss.

(205) CARETTI e TARLI BARBERI, *op. ult. cit.*, 39 ss.; PAJNO, *loc. cit.*

(206) C. cost. 2 dicembre 2004, n. 372, cit.

(207) D'ATENA, *I nuovi Statuti regionali e i loro contenuti programmatici*, in *Le Regioni*, 2007, 399 ss.

Corte costituzionale dichiarando per tale motivo illegittima una legge regionale (208).

Con l'eliminazione del controllo preventivo con legge del Parlamento (209) lo statuto assume una configurazione chiara come atto della regione e una propria forma, ma non solo. L'interpretazione dell'art. 123 (che ne richiedeva l'armonia « con la Costituzione e le leggi della Repubblica ») concedeva al Parlamento ampi margini di intervento sui testi approvati dai consigli regionali sicché, in definitiva, la legge di approvazione degli statuti appariva una « ulteriore manifestazione del potere conformativo dell'autonomia regionale spettante allo Stato » (210). Ora, da « fonte atipica solo formalmente assimilabile al *genus* delle leggi statali ordinarie » lo statuto è divenuto sicuramente un atto « strettamente regionale e immediatamente subordinato alla Costituzione » (211). Sulla sua natura molto si è discusso; è stato definito una « fonte primaria a competenza materiale riservata » (212), una « fonte sub costituzionale a competenza specializzata », un tipo autonomo di fonte regionale distinto dalla legge (213), una legge regionale costituzionale (214), una legge re-

gionale rinforzata (215) di rango superiore alle altre leggi regionali, utilizzabile come « parametro interposto » la cui violazione costituisce violazione indiretta dell'art. 123 cost. nelle materie ad esso espressamente riservate (216). Sulla sua collocazione nel sistema delle fonti, la dottrina oscilla fra competenza e gerarchia (217); nel rapporto con leggi della stessa regione non si può parlare soltanto di gerarchia: la competenza sembra risultare egualmente determinante (218). La giurisprudenza lo conferma: « le scelte fondamentali in ordine al riparto delle funzioni tra gli organi regionali, ed in particolare tra il Consiglio e la Giunta, alla loro organizzazione e al loro funzionamento sono riservate dall'art. 123 Cost. alla fonte statutaria. Tale riserva impedisce al legislatore regionale ordinario, in assenza di disposizioni statutarie, di disciplinare la materia ». Le leggi regionali, subordinate allo statuto, non possono invaderne la sfera di competenza (219).

Il limite di competenza vale anche per lo statuto che, come sempre ha detto la Corte, non può disciplinare ciò che la Costituzione attribuisce alla competenza legislativa (220).

24. *Gli incerti rapporti tra fonti di enti territoriali minori, fonti statali e fonti regionali.* — Le novità conseguenti alla revisione costituzionale aprono prospettive che vanno al di là del rapporto fonti statali/fonti regionali, ma investono i rapporti di entrambe con le fonti degli enti territoriali minori. La diversa distribuzione delle competenze fra gli enti dai quali la Repubblica è « costituita » introduce innovazioni sostanziali, la cui portata tuttavia non risulta chiaramente delineata. Sicuro (art. 114 cost.) è che non solo le regioni, ma anche

i comuni, le province e le città metropolitane sono enti autonomi dotati di poteri propri (221). Stabilito che la potestà regolamentare spetta allo Stato nelle sole materie di competenza esclusiva e alla regione in ogni altra materia, l'art. 117 comma 6 cost. non chiarisce il rapporto fra il potere regolamentare delle regioni e quello riservato a comuni, province, città metropolitane « in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite », ma pone questioni numerose e complesse (222) con evidenti ricadute sui rapporti istituzionali e politici. I regolamenti locali entrano in contatto sia con la legge statale che con la legge regionale, ma certamente non secondo un rapporto di competenza come separazione; si parla piuttosto di « competenza-concorrenza » che dà luogo a preferenza (223). Se l'attribuzione delle funzioni fondamentali degli enti locali spetta alla legge dello Stato (art. 117 comma 2 lett. p), il comma 1 dell'art. 118 (« Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza ») apre problemi non lievi quando si consideri la normale congiunzione del potere regolamentare con la funzione amministrativa, e non invece con la funzione legislativa. In quest'ottica, la dimensione del potere normativo comunale sembrerebbe ampliarsi notevolmente. Non aiuta il « guazzabuglio terminologico » (224) che risulta dalla lettura delle diverse disposizioni costituzionali, interpretabili variamente (225). Anche a

causa di una situazione non ancora assestata, eccezioni o deroghe (solo in parte temporanee) rendono quei rapporti estremamente confusi. È in dubbio soprattutto — in via temporanea, ma non solo, ove entri in gioco la « sussidiarietà » — il carattere più o meno esclusivo delle competenze normative degli enti territoriali e la « cedevolezza » delle norme « incompetenti », « nell'avvicinarsi lungo il corso del tempo degli atti statali a quelli regionali, come pure di questi ultimi a quelli locali » (226). Tutto (o quasi) sembra da costruire. Ancora una volta grava sulla giurisprudenza costituzionale la difficile integrazione di una normativa generica e incompleta.

25. *Legge interna, norme comunitarie, norme internazionali nel nuovo art. 117 comma 1.* — L'art. 117 comma 1 cost. (« La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali ») non è di agevole interpretazione, e non è stato univocamente interpretato. Solo per le norme comunitarie, dopo un'evoluzione giurisprudenziale (227), l'orientamento si è consoli-

regioni dopo la riforma del Titolo V: dalla collaborazione unilaterale alla collaborazione paritaria, in Le Regioni, 2002, 647 ss., problematico appare il « disallineamento fra legge, regolamento e amministrazione » per quanto riguarda la distribuzione delle funzioni amministrative: non è chiaro infatti a chi spetti, nelle materie di legislazione concorrente, la decisione sull'allocatione delle funzioni. In proposito RUGGERI, *Riforme costituzionali e decentramento di poteri alle autonomie territoriali in Italia, dal punto di vista della teoria della Costituzione*, in "Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti", cit., 379 ss.; FALCON, *Funzione amministrativa ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, in Le Regioni, 2002, 383 ss. Sull'incerta interpretazione delle qualificazioni delle disposizioni costituzionali menzionate, v. le diverse letture di D'ATENA, *La difficile transizione. In tema di attuazione del Titolo V*, ivi, 308 ss.; e di BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, ivi, 365 ss.; nonché le proposte interpretative di CARETTI, *Fonti statali e fonti locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, ivi, 951 ss.; e di TOSI, *Sui rapporti fra fonti regionali e fonti locali*, ivi, 963 ss.

(226) RUGGERI, *Cedevolezza, autonomia regolamentare e composizione delle fonti in sistema*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 148 ss.; DI COSIMO, *Cercasi argomenti per le norme cedevoli*, ivi, 151 ss.

(227) Dalla posizione iniziale, che considerava le norme comunitarie equiparate alle leggi e da queste abrogabili in base al criterio « cronologico » (C. cost. 7 marzo 1964, n. 14, in *Giur. cost.*, 1964, 129 ss.), la Corte costituzionale è passata a configurare i loro rapporti in termini di « competenza », che, dopo C. cost. 8 giugno 1984, n. 170, ivi, 1984, 1098 ss., in caso di contrasto, non porta più all'illegittimità costituzionale (sindacabile dalla Corte: C. cost. 27 dicembre 1973, n. 183, ivi, 1973, 2401 ss.) ma alla diretta non applicazione da parte dei giudici interni, tenuti ad applicare la norma

(208) C. cost. 14 giugno 2007, n. 188, in *Giur. cost.*, 2007, 1800 ss., ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge della regione Campania rilevandone il contrasto con lo statuto regionale in tema di forma di governo, con conseguente violazione dell'art. 123 cost. che riserva alla fonte statutaria tale disciplina.

(209) Lo statuto era contenuto nella legge di approvazione dello Stato e, come tale, si presentava nelle fonti di cognizione ufficiali privo di una « forma » propria che consentisse di qualificarlo come fonte regionale. Si trattava di un vero « *unicum* », di « una atipica legge della Repubblica, formalmente imputabile allo Stato, malgrado i suoi contenuti debbano essere determinati dalla Regione », afferma PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 304 ss.

(210) BARTOLE, *Gli statuti regionali nel sistema delle fonti*, in *Le fonti del diritto*, oggi, cit., 275 s.

(211) BARTOLE, *op. ult. cit.*, 279.

(212) In proposito DE SIERVO, *I nuovi Statuti delle regioni ad autonomia ordinaria dopo la modifica dell'art. 123 Cost.*, in *Osservatorio sulle fonti 2000* a cura di U. DE SIERVO, Torino, 2001, 202 ss.

(213) Per la prima definizione TOSI, *Le « leggi statutarie » delle Regioni ordinarie e speciali: problemi di competenza e di procedimento*, in *Le fonti di diritto regionale alla ricerca di una nuova identità* (Atti del Seminario di Messina, 6 aprile 2001) a cura di A. RUGGERI e G. SILVESTRI, Milano, 2001, 44; per la seconda definizione D'ATENA, *La nuova autonomia statutaria delle Regioni*, in *Rass. parl.*, 2000, 184; la formulazione dell'art. 123, con il riferimento all'approvazione dello statuto da parte del consiglio regionale « con legge », non andrebbe dunque intesa in senso tecnico.

(214) Una *species* del più ampio *genus* delle leggi regionali: OLIVETTI, *Nuovi Statuti e forma di governo delle Regioni*, Bologna, 2002, 87 s. La definizione di « legge regionale costituzionale », anche se in alternativa con quella di « legge regionale atipica e rinforzata », è anche in MANGIAMIELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002, 86 s.

(215) Rinforzata dal procedimento aggravato (art. 123 comma 2 cost.).

(216) TOSI, *Gli Statuti e l'organizzazione*, in BARTOLE, BIN, FALCON e TOSI, *Diritto regionale*, Bologna, 2003, 69 s., ricorda che già prima della riforma la Corte costituzionale ha dichiarato illegittime leggi regionali contrastanti con disposti statutarie.

(217) Fra i molti, l'interrogativo di CARAVITA, *Esiste un sistema normativo regionale?*, in *Le trasformazioni dello stato regionale italiano: in ricordo di G. Mor* a cura di V. ANGIOLINI, L. VIOLINI e N. ZANON, Milano, 2000, 75 ss.

(218) Diverse le opinioni di POGGI, *L'autonomia statutaria delle Regioni, in Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V* a cura di T. GROPPI e M. OLIVETTI, Torino, 2001, 67; e di OLIVETTI, *Le funzioni legislative regionali*, ivi, 96. Secondo TOSI, *op. ult. cit.*, 61 ss., la riserva di statuto ha carattere relativo.

(219) C. cost. 14 giugno 2007, n. 188, citata *supra*, nt. 208.

(220) C. cost. 6 dicembre 2004, n. 378, in *Giur. cost.*, 2004, 4111 ss.; e C. cost. 6 dicembre 2004, n. 379, citata *supra*, nt. 204.

(221) DI FOLCO, *La garanzia costituzionale del potere normativo locale*, Padova, 2007, 182.

(222) Le si veda in ZANASI, *I regolamenti regionali dalla l. cost. n. 1 del 1999 alla l. cost. n. 3 del 2001*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, fasc. 3, 804-809; per un esempio significativo MESSINEO D., *Regolamento e legge: un rapporto tra atti o tra disposizioni?*, in *Le Regioni*, 2007, 615. Controversa è del resto l'interpretazione del nuovo art. 114 cost. Pur escludendo che fra gli enti menzionati dall'art. 114 si possa configurare un vero rapporto di equiordinazione, con « l'attribuzione a tutti [...] di eguale dignità e rango », si nega tuttavia che « gli enti maggiori possano valersi delle loro competenze per porre gli enti minori in posizione di ausiliarità o strumentalità » (BARTOLE, in BARTOLE, BIN, FALCON e TOSI, *op. cit.*, 28).

(223) Con « conseguente cedevolezza e inapplicazione da parte del giudice comune (ordinario e amministrativo) delle disposizioni legislative di dettaglio nell'ambito ad essi demandato dall'art. 117, comma 6, Cost. »: DI FOLCO, *op. cit.*, 183, 247 ss.

(224) Come lo definisce Falcon riferendosi agli art. 114 comma 2, 117 comma 2 lett. p, 118 comma 1, 118 comma 2 (v. FALCON, in BARTOLE, BIN, FALCON e TOSI, *op. cit.*, 175).

(225) Come osserva TORCHIA, *Concorrenza fra Stato e*

dato. Riguardo ad esse il nuovo art. 117 nulla modifica, afferma la Corte costituzionale, motivando ampiamente la diversità fra norme dei trattati e norme comunitarie direttamente applicabili dal giudice in luogo della legge interna contrastante. L'art. 117 comma 1 modifica invece la posizione delle norme dei trattati internazionali: nel 2007 la Corte chiude (forse) un dibattito molto acceso (228).

Sulla portata e il significato dell'art. 117 le posizioni erano molto differenziate. L'opinione che le norme di un trattato validamente recepito non potessero essere abrogate da una legge posteriore incompatibile (229) era minoritaria. Dopo la riforma dell'art. 117, novità assoluta per alcuni ma non per altri (230), discussi erano il modo, l'intensità, gli effetti del vincolo per la legislazione statale.

L'urgenza di una soluzione si poneva in particolare per la Convenzione europea sui diritti umani, discussa nel suo valore (231) e nella posizione (diversa o eguale) rispetto agli altri trattati. Le soluzioni divergevano, con conseguenze sulla competenza a pronunciarsi sulle leggi in contrasto: considerando le norme della Convenzione assimilabili alle norme comunitarie spetterebbe al giudice ordinario non applicare la legge interna (232);

comunitaria "competente". Sull'evoluzione più recente, BARBERA, *Corte costituzionale e giudici di fronte ai vincoli comunitari: una ridefinizione dei confini*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 335 ss.

(228) C. cost. 24 ottobre 2007, n. 348, e C. cost. 24 ottobre 2007, n. 349, citate *supra*, nt. 2.

(229) Sostenuta da tempo da CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 1999, 309 ss., basandosi sulla specialità dei trattati. Si escludevano, comunque, i trattati in forma semplificata. La soppressione del riferimento ai «trattati ratificati a seguito di legge di autorizzazione» nella versione finale dell'art. 1 l. 5 giugno 2003, n. 131, più che a includere i trattati in forma semplificata, risponde all'intento di non escludere, con il riferimento ad una forma propria dei trattati conclusi dallo Stato, eventuali accordi regionali. In tema di relazioni internazionali delle regioni, GIANGASPERO, *Specialità regionale e rapporti internazionali*, in *Le Regioni*, 2006, 45 ss.

(230) Per le diverse posizioni (di Luciani e D'Atena, da un lato, e di Pinelli e Cannizzaro, dall'altro) e per una chiara sintesi della situazione precedente e della sua evoluzione, CARETTI, *Il limite degli obblighi internazionali e comunitari per la legge dello Stato e delle Regioni*, in *Id., Stato, Regioni, enti locali tra innovazione e continuità*, Torino, 2003, 63 ss.

(231) Ne dà conto in maniera approfondita CARTABIA, *La CEDU e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni, in All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo* (Atti del Seminario di Ferrara, 9 marzo 2007) a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO e P. VERONESI, Torino, 2007 (e-book).

(232) Oltre ad alcuni giudici di merito, si era così orientata in parte anche la giurisprudenza di legittimità

considerandole invece un limite di natura costituzionale alla legislazione, competente sarebbe la Corte costituzionale. L'assimilazione al diritto comunitario poteva apparire non arbitraria per l'esplicito richiamo del Trattato CE, e per l'assimilazione da parte di disposizioni di legge ordinaria (233), oltre che conveniente sul piano pratico, riportando l'applicazione della norma al giudice — già da tempo definito il primo organo della Convenzione (234) — e in definitiva al "caso", consentendone una valutazione in concreto, al momento stesso dell'applicazione (235). Alcuni giudici si erano mossi in questa direzione, ora non più consentita: la Corte, ribadendo la distinzione tra le norme comunitarie e le norme della Convenzione (236), ha infatti negato al giudice comune «il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi» (237). Così come ha negato la diversità di posizione della Convenzione rispetto agli altri trattati che in passato sembrava invece affermare (238). Per i giudici resta comunque fermo il valore vincolante della Convenzione come elemento di interpretazione delle norme italiane, che assumono senso alla luce delle norme della Convenzione.

Anche nelle relazioni tra ordinamento giuridico italiano e Convenzione europea la giurisprudenza è sempre in primo piano. E non solo perché

(Cass. 8 luglio 1998, n. 6672; Cass., sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28507).

(233) Lo rileva COSSERI, *Una norma di sistema nella finanziaria? La responsabilità delle autonomie locali per violazione CEDU secondo la legge finanziaria 2007*, in *All'incrocio tra Costituzione e CEDU*, cit., 101 ss.

(234) Come ricorda PUGIOTTO, *Vent'anni dopo l'insegnamento di G. Battaglini, in All'incrocio tra Costituzione e CEDU*, cit., 239.

(235) VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, 2007, in particolare 5 ss., 16 ss., 285 ss.

(236) C. cost. 24 ottobre 2007, n. 348, cit.: «La distinzione tra le norme CEDU e le norme comunitarie deve essere ribadita [...] nel senso che le prime [...] sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto». Il discorso è ripreso in C. cost. 24 ottobre 2007, n. 349, cit.

(237) C. cost. 24 ottobre 2007, n. 348, cit.

(238) C. cost. 19 gennaio 1993, n. 10, in *Giur. cost.*, 1993, 52 ss.

«tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione» (239). L'influenza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo è di tale peso da non consentire di configurare i rapporti con la Convenzione esclusivamente in termini di rapporti tra fonti: l'accento «si è decisamente spostato sui problemi dei rapporti tra giudici: ciò verso cui si punta l'attenzione sono le sentenze della Corte di Strasburgo, più che le disposizioni della Convenzione e le conseguenze che queste esplicano sull'attività giurisdizionale interna» (240). Il dato normativo va insieme al contributo giurisprudenziale.

Lorenza Carlassare

FONTI. — Norme costituzionali e ordinarie sulle fonti del diritto: art. 7, 8, 10, 11, 70-81, 87, 116, 117, 121-123, 132, 133, 138, 139 cost.; art. 8-12, 14-16 disp. prel. (gli art. 17-31 sono stati abrogati dalla l. 31 maggio 1995, n. 218); d.P.R. 28 dicembre 1985, n. 1092; d.P.R. 14 marzo 1986, n. 217 (reg. esc. del d.P.R. n. 1092, cit.); art. 14-17 l. 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni (in particolare l. 15 marzo 1997, n. 59, che aggiunge il comma 4-bis all'art. 17); l. 9 marzo 1989, n. 86; l. 16 giugno 1998, n. 209;

disposizioni costituzionali che stabiliscono riserve di legge (assolute e relative): art. 8 commi 1 e 3; 10 commi 2 e 3; 13 commi 2, 3 e 5; 14 commi 2 e 3; 15 comma 2; 16 commi 1 e 2; 18 comma 1; 21 commi 3, 5 e 6; 23; 24 comma 4; 25 commi 1, 2 e 3; 27 comma 4; 28; 29 comma 2; 29 comma 2; 30 commi 3 e 4; 32 comma 2; 33 commi 4 e 6; 35 comma 4; 36 comma 2; 37 comma 2; 39 comma 2; 40; 41 commi 3 e 8; 42 commi 2, 3 e 4; 43; 44 comma 1 (discusso il comma 2); 45 commi 1 e 2; 46; 48; 51 commi 1 e 2; 52 comma 2; 54 comma 2; 60 comma 2; 65 comma 1; 69; 75 comma ult.; 77 comma ult.; 78; 80; 81 comma 2; 84 comma 3; 87 commi 7 e 9; 95 comma 3; 97 commi 1 e 3; 98 comma 2; 99 commi 1, 2 e 3; 100 commi 2 e 3; 102 comma 3; 103 commi 1, 2 e 3; 106 comma 2; 108 commi 1 e 2; 111 commi 1, 2, 3 e 5; 113 comma ult.; 114 comma 3; 116 comma 3; 117; 118 commi 2 e 3; 119 commi 3 e 4; 120 comma 2; 122 comma 1; 125; 132 comma 2; 133; 135 commi 5 e 6; 137 comma 2;

disposizioni costituzionali che stabiliscono riserva di legge costituzionale: art. 116 comma 1; 132 comma 1; 137 comma 1.

LETTERATURA. — Data la vastità dell'argomento, ci si limita a menzionare solo alcune opere di carattere più generale: CRISAFULLI, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in questa *Enciclopedia*, XVIII, 925 ss.; *Id.*, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 126 ss.; MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in questa *Enciclopedia*, Aggiornamento, I, 561 ss.; *Osservatorio sulle fonti* a cura di U. DE SIERVO, Torino, 1996-2001, dal 2002 a cura di P. CARETTI; PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996; PIZZO-

(239) C. cost. 24 ottobre 2007, n. 348, cit.

(240) V. ancora CARTABIA, *op. cit.*

RUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, *Disposizioni sulla legge in generale* (Art. 1-9), Bologna-Roma, 1977; RESCIGNO G.U., *L'atto normativo*, Bologna, 1998; RUGGERI, *Timorari di una ricerca sul sistema delle fonti*, 10 voll., Torino, 1992-2007; SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. SANTANIELLO, XXXV, Padova, 2004; ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I. *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1987.

Per altre indicazioni, oltre alle opere citate nelle note al testo, si rinvia alla Letteratura di: *Consuetudine (diritto costituzionale)*, *Decreto-legge*, *Decreto legislativo*, *Delegificazione*, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, *Legge costituzionale*, *Legge di delega e decreto legislativo*, *Legge di delegazione e legge delegata*, *Legge in generale (diritto costituzionale)*, *Regolamenti degli enti territoriali*, *Regolamenti parlamentari*, *Regolamento (diritto costituzionale)*, *Statuti comunali e provinciali*, *Statuti regionali*, in questa *Enciclopedia*.

FORMAZIONE DEL CONTRATTO

SOMMARIO: Sez. I. *Introduzione*. 1. Il «nuovo diritto dei contratti» e il tema della formazione del contratto. Precisioni preliminari e piano dell'indagine. — 2. Il «contratto di diritto comune» e la nascita di nuovi paradigmi contrattuali. Crisi della cosiddetta disciplina generale del contratto e rottura dell'unità del modello contrattuale. — Sez. II. *La formazione del contratto e i contratti dei consumatori*. 3. Premessa. Il «contratto del consumatore» come nuovo paradigma contrattuale. — 4. La tutela del consumatore nella fase di formazione del contratto: a) *Io ius poenitendi*. — 5. *Segue*: confronto con la figura tradizionale del recesso contrattuale. — 6. *Segue*: b) il fenomeno del cosiddetto neo-formalismo negoziale. — 7. *Segue*: c) il divieto di «pratiche commerciali scorrette» nella formazione del contratto e il problema della sanzione per la sua violazione. — 8. *Segue*: d) gli obblighi di informazione. — Sez. III. *La formazione del contratto e i contratti tra imprese*. 9. Premessa: i «contratti diseguali di impresa» (l'area del cosiddetto «terzo contratto»). — 10. Formalismo negoziale e contratti tra imprenditori. — 11. *Io ius poenitendi* (del franchising) nel contratto di franchising. — 12. Trasparenza e obblighi informativi nei contratti tra imprenditori. — 13. Obblighi a contrarre e abuso di dipendenza economica. — Sez. IV. *Conclusioni*. 14. Il «terzo contratto» e il paradigma del «contratto con asimmetria di potere contrattuale». — 15. La prospettiva della ricomposizione dell'unità dello statuto generale del contratto: critica.

Sez. I. — INTRODUZIONE.

1. Il «nuovo diritto dei contratti» e il tema della formazione del contratto. Precisioni preliminari e piano dell'indagine. — Una trattazione enciclopedica che abbia ad oggetto il tema della formazione del contratto pone certamente un compito non facile, non essendo enfatico affermare che quasi tutto il cosiddetto «nuovo diritto dei contratti» ruota intorno a questo tema (1):

Anche alla luce di questa considerazione, è

(1) Cfr., per un rilievo analogo (che risponde del resto ad una percezione abbastanza diffusa, e ad un dato difficilmente contestabile), PATTI, *L'accordo e la sua formazione*, in *Il diritto europeo dei contratti di impresa* a cura di P. SIRENA, Milano, 2006, 179 (e v. anche 180, per l'ulteriore notazione secondo cui «nei vari momenti storici, e non soltanto in Italia, le principali modifiche legislative della disciplina del