

BALDASSARE PASTORE

INTERPRETI E FONTI  
NELL'ESPERIENZA GIURIDICA  
CONTEMPORANEA



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2014

## CAPITOLO II

### LE FONTI, LA PIRAMIDE, LA RETE: PER UN RIPENSAMENTO DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

SOMMARIO: 1. Un sistema destrutturato. – 2. La “piramide” e la “rete”. – 3. Sull’identificazione delle fonti. – 4. Legalità e interpretazione. – 5. La funzione dei principi.

#### 1. Un sistema destrutturato

Quello relativo alle fonti costituisce uno dei temi fondamentali di qualsiasi approccio all’esperienza giuridica<sup>1</sup>. Esso riguarda l’individuazione del diritto. “Fonte” – come è noto – è termine impiegato per indicare gli atti o i fatti idonei a creare, modificare o abrogare regole, suscettibili di valere come “diritto”<sup>2</sup>.

Vi è, tuttavia, un senso di disagio di fronte allo scenario costituito dal venir meno del sistema delle fonti: un sistema avente proprie regole, una sua geometria, punti sicuri, una differenziazione di efficacia formale, costituente un dato indiscusso per i giudici e, in generale, per gli applicatori del diritto<sup>3</sup>. Al disagio può unirsi una certa nostalgia per un edificio “neoclassico” co-

<sup>1</sup> Per N. LIPARI, *Introduzione*, cit., p. 293, si tratta del “tema fondamentale”.

<sup>2</sup> Per un primo approccio alla materia v. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 45-53.

<sup>3</sup> L. CARLASSARE, *Fonti del diritto, rottura delle regole, indebolimento della democrazia*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno* n. 10, Torino, 1999, p. 85. Si veda anche EAD., *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in “Enciclopedia del diritto”, *Annali*, II, t. 2, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 536-537.

struito sulle linee semplici e regolari di un insieme normativo fondato sulla legge, essenziale criterio di orientamento nella pluralità delle fonti<sup>4</sup>, dove la vigenza del principio di legalità rende (in tutto o in massima parte) derivate dalla legge, o ad essa subordinate, le manifestazioni del potere esecutivo<sup>5</sup>.

Tale edificio, però, si è trasformato in una "costruzione barocca stracarica di figure non tutte inserite in modo armonioso"<sup>6</sup>. L'introduzione di costituzioni rigide destruttura il sistema.

La costituzione rappresenta l'ulteriore gradino che completa la piramide espressa dallo Stato di diritto, rafforzandone la solidità. Si pone come il nuovo livello che riscrive la gerarchia delle fonti consegnatoci dall'art. 1 disp. prel. cod. civ.<sup>7</sup>. Ma la costituzione è anche disciplina delle fonti: le produce, le conforma e le condiziona, mettendone in crisi la tradizionale configurazione lineare. Determina rapporti tra gli atti normativi che non possono essere letti attraverso la sola visuale gerarchica. Imprime una articolazione dinamica che sfugge all'immagine dell'"omogeneo digradare da norma superiore a norma inferiore"<sup>8</sup>.

La Costituzione italiana configura plessi normativi policentrici e reca con sé il germe dello sgretolamento della gerarchia, affiancando (ma anche sostituendo) ad essa, come criterio ordi-

<sup>4</sup> G. SILVESTRI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in "Politica del diritto", XVIII, 1987, p. 149.

<sup>5</sup> F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in "Enciclopedia del diritto", Aggiornamento, I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 564. Invero, ogni attività esecutiva o applicativa richiede, come condizioni essenziali (riguardanti, peraltro, tre modi diversi di intendere la legalità): la sua non contrarietà alla legge, la necessità di una base legale per esercitare il potere, la conformità del contenuto degli atti a quello delle leggi. Cfr. L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in "Enciclopedia giuridica", XVIII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, p. 2.

<sup>6</sup> G. SILVESTRI, "Questa o quella per me pari sono...". *Disinvoltura e irrequietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, in AA. VV., *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, PLUS, Pisa, 2006, p. 173.

<sup>7</sup> R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 79-82; F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, cit., pp. 564-565; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 30 ss.; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1977, pp. 128 ss., 167 ss.

<sup>8</sup> F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, cit., p. 566.

natore delle fonti, la competenza, che meglio sembra rispondere al pluralismo istituzionale dei centri di produzione giuridica<sup>9</sup>, in quanto idonea a tutelare un atto normativo nei confronti delle "invasioni" di altri atti normativi<sup>10</sup>.

Si assiste ad una disarticolazione dei "tipi" di atti normativi in una varietà di figure aventi caratteri peculiari, non riconducibili ad uno schema generale omogeneo quanto a forma, efficacia attiva, resistenza passiva<sup>11</sup>.

Il "livello costituzionale", ad esempio, vede la presenza: a) di principi "supremi", fondamentali e inderogabili, che operano come limite alla revisione costituzionale e come parametro di legittimità ordinamentale; b) del testo della Costituzione, modificabile, laddove non esprima alcun principio supremo, con legge di revisione; c) di leggi costituzionali previste dalla Costituzione stessa o a cui essa fa espresso rinvio.

Al "livello primario", il fenomeno della pluralizzazione delle fonti introdotta dalla Costituzione riguarda: a) le leggi formali del Parlamento; b) le fonti a competenza costituzionalmente riservata (regolamenti parlamentari, regolamenti degli altri organi costituzionali); c) gli atti legislativi dell'Esecutivo (decreti legislativi delegati, decreti-legge). Alla pluralizzazione delle figure normative, in astratto collocate sullo stesso livello, si aggiunge la "scissione" della stessa figura della legge in tipi caratterizzati da varianti sia formali sia sostanziali<sup>12</sup>. Non vanno dimenticate, inoltre, a seguito della creazione della garanzia giurisdizionale della costituzionalità delle leggi, le sentenze abrogative della Corte costituzionale, il cui effetto normativo è pari a quello di una norma imposta dalla legge ordinaria, ma an-

<sup>9</sup> F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 2004, p. 2. È noto che l'istituzione di una serie di atti collocati accanto alla legge formale è all'origine della comparsa, ad opera della dottrina costituzionalistica, dell'idea di competenza, che invero non esclude quella di gerarchia. Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1. *L'ordinamento costituzionale italiano (le fonti normative)*, sesta edizione aggiornata, a cura di F. Crisafulli, Cedam, Padova, 1993, pp. 232-234. Sugli intrecci fra gerarchia e competenza si veda L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit., pp. 559-561.

<sup>10</sup> F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, cit., p. 567.

<sup>11</sup> Si seguono, qui, in buona misura, le analisi di F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, cit., p. 571 ss.

<sup>12</sup> F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, cit., pp. 575-579. Cfr. anche L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit., p. 555.

che quelle "additive" e "sostitutive"<sup>13</sup>. Si ha a che fare, inoltre, con altre fonti "nuove", istituite dalla Costituzione, quali il referendum abrogativo e le leggi regionali.

Il "livello secondario", all'interno di un impianto gerarchico del sistema delle fonti, accoglie i regolamenti del Governo e delle "altre autorità"<sup>14</sup>. Tali fonti sarebbero dotate di forza attiva e forza passiva minori di quelle della legge, trovando la loro qualificazione in un rapporto con la legge riassunto nella formula del principio di legalità, che rinvia alla necessità di una attribuzione legislativa di potere normativo e alla configurazione della legge come parametro di legittimità del regolamento, in quanto atto subordinato<sup>15</sup>. Invero, però, le fonti secondarie presentano una tipologia assai variegata e complessa. Anche qui si assiste ad una loro pluralizzazione; ad una dissociazione dell'efficacia normativa attiva e passiva; ad una specializzazione del singolo atto, con riferimento alla materia su cui incide, e che ne mette in crisi l'unitarietà tipologica<sup>16</sup>; ad una differenziazione qualitativa ed espansione quantitativa; ad una crescente diversificazione formale e sostanziale; ad un operare a livelli normativi precedentemente affidati in modo ampio a fonti primarie<sup>17</sup>. La stessa legge, talvolta, attribuisce a tali fonti il compito di completare la regolamentazione da essa prodotta, configurando un rinvio, mancando il quale, la stessa legge è incompleta e inapplicabile. Alcuni regolamenti, poi, sono atti espressivi di poteri normativi per nulla armonizzati con gli atti gover-

<sup>13</sup> Cfr. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 494-511; N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 78-85. Sull'ascrivibilità delle decisioni di incostituzionalità al novero delle fonti v. G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 389-393.

<sup>14</sup> Cfr. gli artt. 3 e 4 delle disp. prel. cod. civ., relativi ai regolamenti e ai limiti della disciplina regolamentare.

<sup>15</sup> Cfr. L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, cit., pp. 1-5, la quale sottolinea la valenza *garantista* (necessità della previa norma) e *democratica* del principio di legalità. Sul tema, tra la vasta letteratura, rinvio a: S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in "Enciclopedia del diritto", XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, p. 660 ss.; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in "Diritto pubblico", 1995, pp. 259 ss., 273 ss.; M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., pp. 371-373.

<sup>16</sup> F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, cit., p. 580.

<sup>17</sup> U. DE SIERVO, *Il potere regolamentare alla luce dell'attuazione dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988*, in "Diritto pubblico", 1996, pp. 78 ss., 91-95; D. IACOVELLI, *I regolamenti nel disordine delle fonti*, in "Jus", LI, 2004, p. 193 ss.

nativi e, spesso, neppure con la legge, come nel caso dei regolamenti delle autorità indipendenti<sup>18</sup>.

La gerarchia, dunque, si mostra incapace di rendere conto dell'articolazione pluralistica delle fonti (interne), sempre più caratterizzate da ambiti di competenza propri. Anche l'emergere di altre fonti (esterne), nondimeno, erode l'ordine gerarchico. Il riferimento va all'ingresso di norme di ordinamenti "altri", in particolare sovranazionali<sup>19</sup>.

L'irrompere delle fonti europeo-comunitarie infrange il monopolio costituzionale della disciplina delle fonti primarie e produce effetti sull'intero ordinamento nazionale<sup>20</sup>, fornendo discipline che, in vaste aree e sempre più, sostituiscono la legislazione nazionale o la vincolano a fini imposti. Laddove il diritto dell'Unione europea, entrando nel nostro ordinamento, diventa direttamente applicabile, esso prevale sulle fonti interne confliggenti (anche quelle di rango costituzionale), derogandole, a meno che non sia in contrasto con i principi supremi e con i diritti inalienabili della persona. In tal modo, le norme comunitarie, che vengono ad essere configurate quali norme di rango para-costituzionale<sup>21</sup>, innestandosi sull'ordinamento interno, determinano una significativa alterazione nella struttura gerarchica delle fonti, in base a condizioni di validità ed efficacia che lo

<sup>18</sup> F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, cit., pp. 580-583. Un'analisi dei cambiamenti intervenuti sulle fonti regolamentari, in connessione con il più generale processo di trasformazione del sistema di produzione giuridica, con l'allentarsi fino all'estremo del vincolo della legge, è effettuata da L. CARLASSARE - P. VERONESI, *Regolamento (diritto costituzionale)*, in "Enciclopedia del diritto", Aggiornamento, V, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 951-984.

<sup>19</sup> L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit., pp. 536-537; F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, cit., pp. 585-586.

<sup>20</sup> L'art. 11 cost., ad esempio, opera come "motore" per l'ingresso di norme di origine esterna in seno all'ordinamento italiano. Fa parte della nostra identità costituzionale, infatti, "l'attitudine della sovranità dello Stato a ripiegare su se stessa davanti ad organizzazioni costituite per i fini indicati nell'art. 11". Così A. RUGGERI, *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in "Ragion pratica", 18, 2002, pp. 67, 71-72. Cfr. altresì P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in "Rassegna di diritto civile", 1, 2005, pp. 206-208.

<sup>21</sup> Cfr. M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 95 ss., 135 ss.; A. CELOTTO, *Le «modalità» di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi*, in "Rivista italiana di diritto pubblico comunitario", 1999, pp. 1473-1484.

stesso ordinamento UE predefinisce. Esse derogano alle norme sulla produzione legislativa che la Costituzione fissa. In più, il controllo sulla retta interpretazione e applicazione delle norme comunitarie, attribuito alla Corte di giustizia ed effettuato in sede di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del Trattato UE (ex art. 234 del Trattato CE), ha ricadute rilevanti sul diritto interno, che, da un lato, deve essere interpretato in conformità alle direttive comunitarie, dall'altro è sottoposto al controllo diretto di tale Corte, quando sia emanato in esecuzione di obblighi di fonte europea<sup>22</sup>.

Un ulteriore fattore mette in crisi l'impostazione tradizionale delle fonti del diritto. Si tratta della "creazione di centri di produzione normativa non previsti ed estranei al testo costituzionale e tuttavia efficaci e suscettibili di condizionare il comportamento di soggetti pubblici e privati"<sup>23</sup>. Il fenomeno rinvia ai processi di internazionalizzazione e globalizzazione, che fanno emergere un diritto transnazionale completamente estraneo alla *ratio* della sovranità e sostanzialmente indifferente nei confronti dei confini statali. Tale diritto è prodotto privatamente ed è privo di radicamenti territoriali. Ne è esempio peculiare la nuova *lex mercatoria* quale assetto di regole commerciali, insieme di misure giuridiche prevalentemente contrattuali, decisioni prodotte dai grandi arbitrati internazionali attraverso cui viene risolta la gran parte dei conflitti che insorgono con riguardo agli atti negoziali transnazionali<sup>24</sup>. La *lex mercatoria*, invero, trova riconoscimento nell'ambito interno, quasi come una fonte autonoma proveniente da un ordinamento separato<sup>25</sup>, sicché il momento "esterno" viene vieppiù a fondersi con i procedimenti

<sup>22</sup> Sul punto cfr. N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., spec. pp. 112-113; F. SORRENTINO, *Principi costituzionali e complessità delle fonti*, in "Diritto e società", n. 3, 2013, pp. 487-488. In generale v. A. CELOTTO, *L'efficacia delle fonti comunitarie nell'ordinamento italiano. Normativa, giurisprudenza e prassi*, Utet, Torino, 2003.

<sup>23</sup> Così F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, cit., p. 9.

<sup>24</sup> Cfr. M.R. FERRARESE, *La globalizzazione del diritto: dalla "teologia politica" al diritto "utile"*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino, 2008, in particolare pp. 60-65. Si veda altresì C. PINELLI, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 94-97.

<sup>25</sup> F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, Cedam, Padova, 1990, pp. 88-89.

nazionali di produzione giuridica<sup>26</sup>. L'ordinamento interno, così, è il risultato *in fieri* di continue combinazioni e integrazioni normative. In esso si afferma un *corpus* giuridico legato all'intensificarsi delle interdipendenze connesse a processi di "destatalizzazione", che escludono ogni chiusura autoreferenziale del diritto. Il confronto tra plessi normativi, nel *continuum* tra diritto *infranzionale* e diritto *ultranzionale*, mette in moto meccanismi in forza dei quali l'operatore si trova ad applicare la regola tratta da una o l'altra fonte considerata maggiormente idonea a soddisfare le esigenze avanzate dal caso<sup>27</sup>.

L'insieme delle fonti, dunque, definisce un sistema giuridico complesso, caratterizzato in senso altamente plurale<sup>28</sup>, non più espressione di un fluire normativo uniforme che parte da un unico centro di autorità, ma risultato di interrelazioni instabili "fra molteplici tipi di autorità, o pretese di autorità, situati in differenti luoghi o in differenti processi all'esterno e all'interno dello Stato stesso"<sup>29</sup>.

Si ha a che fare con un arcipelago<sup>30</sup> mobile di fonti in competizione tra loro; condizionato da percorsi di regolazione impressi da punti diversi, che vedono la partecipazione di soggetti plurimi, esterni ed interni all'ordinamento nazionale; caratterizzato da grande fluidità, variabilità, instabilità; che consegue

<sup>26</sup> F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, cit., p. 10.

<sup>27</sup> Cfr., più estesamente, B. PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 106-109.

<sup>28</sup> F. OST - M. VAN DE KERCHOVE, *Pensare la complessità del diritto: per una teoria dialettica*, in "Sociologia del diritto", XXIV, n. 1, 1997, pp. 5 ss., 13. Cfr. anche G. SILVESTRI, *Il ruolo del giudice in un'epoca di crisi delle fonti del diritto*, in F. PALAZZO e O. ROSELLI (a cura di), *I professionisti della giustizia. La formazione degli operatori dell'amministrazione della giustizia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, pp. 25-26; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. 1. *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 458-461; P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, cit., pp. 189-196; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 163-167. Accenna alla strutturazione decentrata dell'ordinamento giuridico italiano A. RENTERÍA DÍAZ, *La rete delle fonti del diritto*, in G. D'ELIA - A. RENTERÍA DÍAZ, *Teoria e pratica delle fonti del diritto*, Carocci, Roma, 2008, p. 124.

<sup>29</sup> Così F. VIOLA, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 144.

<sup>30</sup> La metafora dell'arcipelago è utilizzata da G. TIMSIT, *Archipel de la norme*, Presses Universitaires de France, Paris, 1997.

equilibri provvisori<sup>31</sup>. L'interprete è chiamato ad un impegno volto a realizzare unità e coerenza in un contesto spesso caotico che può presentare antinomie tra fonti di ordinamenti diversi e dove vari organi concorrono alla creazione della norma

Si è in presenza, qui, di "gerarchie aggrovigliate", nelle quali, appunto, «l'organo inferiore, che secondo la logica gerarchica dovrebbe svolgere una funzione meramente passiva, contribuisce, insieme con l'organo superiore, alla creazione della norma»<sup>32</sup>. Invero, il sistema delle fonti, con la sua ordinazione gerarchica, serve tipicamente a evitare e, qualora emergano, a risolvere i contrasti tra norme. Però, la gerarchia delle fonti, collocata a pilastro portante dell'edificio della modernità giuridica ed espressione di una configurazione verticale centrata sulla legge (presupposto *formale* della razionalizzazione del diritto), perde i suoi riscontri sul piano dell'effettività. Le relazioni gerarchiche tra fonti e/o tra norme sono determinate in misura preponderante dalle attività interpretative dei giuristi e degli organi dell'applicazione<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 46, 48-50, 56-57; U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in "Politica del diritto", XXXVII, 2006, pp. 372, 376, 380-381; P. GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., pp. 295-296; G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in "Rivista di diritto privato", n. 3, 2003, 461-477. Una rassegna dei più significativi fatti critici che interessano il sistema delle fonti in Italia e, in particolare, il principio di legalità, inteso come principio che esige il rispetto delle regole sui caratteri formali della produzione del diritto, è fornita da L. GENINATTI SATÈ, *I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità*, in "Diritto pubblico", 2005, pp. 885-944.

<sup>32</sup> Così F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica*, cit., p. 32. Cfr. altresì F. OST - M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Presses Universitaires de France, Paris, 1988, pp. 105-111.

<sup>33</sup> Cfr. sul tema, P. GROSSI, *Il punto e la linea. (Storia del diritto e diritto positivo nell'attuale crisi delle fonti)*, in G. ARANGIO-RUIZ - F. SALERNO - C. FIORAVANTI (a cura di), *Studi giuridici in ricordo di Giovanni Battaglini*, Jovene, Napoli, 2013, pp. 173-174; S. PARISI, *La gerarchia delle fonti. Ascesa, declino, mutazioni*, Jovene, Napoli, 2012, pp. 9-11, 255-256, 261-266; G. PINÒ, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in "Ars Interpretandi", 16, 2011, pp. 19-21, 53-54; V. VELLUZZI, *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, ETS, Pisa, 2012, pp. 30-32. Si veda anche A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 23-24.

## 2. La "piramide" e la "rete"

Lo scenario che abbiamo di fronte revoca in dubbio ogni visione verticistica del diritto, incentrata sulla volontà del produttore della norma e sul suo atto di produzione, che si lega alla supremazia della legge<sup>34</sup>. Viene meno la centralità di quel principio ordinatore, per cui una fonte ha prevalenza su un'altra, che produce una rappresentazione del sistema come una "piramide": metafora di quella "verticalità gerarchica" che ha sicuramente avuto una preminenza storica e culturale, conferendo organicità e compattezza al sistema delle fonti, ma che oggi, in presenza di scalini della piramide affollati e sconnessi, appare sempre meno esauriente e neppure possibile<sup>35</sup>. Le trasformazioni delle organizzazioni giuridiche travolgono la piramide, simbolo architettonico di un ordine che colloca i rapporti tra gli atti normativi lungo linee ascendenti e discendenti.

La piramide esprime la gerarchia secondo la quale tende a modellarsi il diritto. Essa definisce la struttura dell'ordine giuridico, che ha come orizzonte lo Stato nazionale moderno e che trova nella teorizzazione gradualistica kelseniana la sua più chiara configurazione.

La dottrina pura del diritto, infatti, con la sua articolazione a gradi, fornisce un modello formale di gerarchizzazione delle norme giuridiche caratterizzate da *coerenza* (la piramide contiene soltanto quanto è compreso tra la base e il vertice), *completezza* (la piramide delimita tutto quanto è compreso tra la base e il vertice) e *unità* (il sistema piramidale concatena ogni elemento che lo compone e ha nel suo vertice il punto in cui confluiscono in modo ordinato tutti gli elementi sottostanti). La struttura piramidale dell'ordinamento regola la produzione giuridica, in una logica autopoietica<sup>36</sup>, dove è centrale la bivalenza di ciascuna norma, per cui, escludendo la prima e l'ultima, le norme sono disposte in una concatenazione produttiva, in base

<sup>34</sup> P. GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 265.

<sup>35</sup> F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, cit., p. 563; R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, FrancoAngeli, Milano, 2013, pp. 8-12, 16-17.

<sup>36</sup> Cfr. M.G. LOSANO, *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", LXXXII, 2005, pp. 407-410.

alla quale ogni norma è valida perché conforme alla norma superiore e sta a fondamento della validità di quella inferiore. Con l'eccezione del punto iniziale e di quello finale della catena, ciascuna norma è, insieme, creazione (potenziale) di nuove norme e applicazione di norme antecedenti.

Nella dottrina pura, la teoria delle fonti è relazionata alla nozione di produzione giuridica a tal punto che il problema delle fonti è risolto in quello dei modi di produzione del diritto<sup>37</sup>, disposti entro un "ben calibrato ordinamento gerarchico"<sup>38</sup>. Ma la visione piramidale stenta a rendere conto dell'articolazione pluralistica degli ordinamenti contemporanei.

La proliferazione e la frammentazione delle fonti, il policoncentrismo normativo<sup>39</sup> e l'osmosi tra ordinamenti (nazionale, sovranazionale, internazionale) impediscono ogni lettura del fenomeno giuridico secondo schemi gerarchici. La piramide tende a sgretolarsi. Solo una parte del diritto odierno trova spiegazione sulla base di tale modello. Si sente l'esigenza di cambiare paradigma. Assume consistenza quello della "rete"<sup>40</sup>, che rinvia ad una realtà caratterizzata dalla interconnessione tra vari soggetti e posizioni, in un gioco di reciproci intrecci, condizionamenti e integrazioni<sup>41</sup>. L'emersione di tale paradigma, invero, non implica la sparizione del vecchio modello: entrambi sono compre-

<sup>37</sup> Cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), Etas, Milano, 1994, pp. 133-136; Id., *La dottrina pura del diritto* (1960), Einaudi, Torino, 1990, pp. 263-264. Per un'analisi della nozione kelseniana di "fonti del diritto" si veda N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, pp. 91-102. Cfr. altresì G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1987, pp. 12-13.

<sup>38</sup> Così M.G. LOSANO, *Diritto turbolento*, cit., p. 427. Nella "costruzione a gradi" di Kelsen, la legalità è la conformità della funzione amministrativa e giurisdizionale alle leggi. Cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 304-305. Si tratta della "legalità nell'esecuzione".

<sup>39</sup> Per un'analisi del fenomeno si veda A. HIRVONEN (ed.), *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*, Pluto Press, London, 1998.

<sup>40</sup> M.G. LOSANO, *Diritto turbolento*, cit., pp. 427-429.

<sup>41</sup> Cfr. P. GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 269; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003, pp. 21-25; F. OST - M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, pp. 43 ss., 49 ss.; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., pp. 29-30, 269-285.

senti e complementari<sup>42</sup>. La rete, però, consente di evidenziare nuove dinamiche di funzionamento delle organizzazioni giuridiche, caratterizzate da una condizione di relatività generalizzata. Lo Stato non è più la fonte esclusiva della sovranità, che, peraltro, si dispiega su vari livelli, in relazione ai poteri pubblici (infrastatali, statali e sovrastatali), e si redistribuisce anche tra poteri privati; la volontà del legislatore non è più assunta come un dogma; le frontiere del fatto e del diritto si confondono; i poteri interagiscono; le delegazioni del potere normativo si moltiplicano; si amplia il ruolo creativo della giurisprudenza; la giustizia si coglie sempre più in termini di bilanciamento di interessi e valori, diversi e variabili; emergono nuovi soggetti e nuovi "oggetti" giuridici; la positivizzazione giuridica risulta dall'attività di una pluralità di autori-interpreti intenti ad adattare i testi giuridici alla particolarità dei vari contesti applicativi<sup>43</sup>.

La rete implica la presenza di una trama costituita da fili e da nodi, uniti tra di loro da legami, che assicurano interconnessioni. Si tratta di "strutture aperte", caratterizzate da intrecci di relazioni intercorrenti tra gli elementi, senza che si possa stabilire un punto di partenza obbligato o un'unica via d'accesso. Il movimento interno alla struttura assume una dimensione circolare<sup>44</sup>. La coordinazione tra nodi si affianca ad una certa instabilità di questi stessi nodi, dal momento che si determinano cambiamenti continui ed equilibri provvisori, che richiedono apprendimento permanente e aggiustamenti parziali. Questa precarietà e duttilità della struttura rende nel complesso più incerto e imprevedibile il quadro normativo<sup>45</sup>.

La metafora della rete invita a spostare l'accento sul concetto di relazione. Il diritto appare come complesso di modalità relazionali e organizzative, costantemente prodotto nell'intreccio delle interdipendenze, attraverso flussi ermeneutici generati

<sup>42</sup> Cfr. F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, cit., pp. 32, 37-38; M.G. LOSANO, *Diritto turbolento*, cit., pp. 425-429.

<sup>43</sup> F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, cit., pp. 32-37.

<sup>44</sup> F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, cit., p. 59.

<sup>45</sup> Cfr. A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'era globale*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 79.

da attori connessi alla rete<sup>46</sup>. I processi giuridici sono visti nell'ottica di un'interazione complessa e fluida di associazioni e dissociazioni di diverso grado e intensità<sup>47</sup>. Il diritto, in quanto rete di flussi interpretativi e decisionali, richiede un'opera di tessitura tra i materiali giuridici<sup>48</sup>, capace di individuare le relazioni significative, nel reciproco sostegno tra premesse e conseguenze.

### 3. Sull'identificazione delle fonti

La legalità attiene al piano delle fonti e alla tipologia degli atti normativi legittimati a produrre diritto<sup>49</sup>. Essa costituisce il criterio di validità delle stesse fonti. Consiste nell'adeguatezza delle singole fonti ai criteri organizzativi, procedurali e contestuali posti per la produzione del diritto dalle norme sulle fonti<sup>50</sup>. Va intesa, dunque, come rispetto delle norme sulla produzione e del processo di formazione degli atti normativi, e vale anche nei confronti della legge, in quanto atto normativo tipico, dato che per essa esistono parametri, formali e sostanziali, stabiliti da fonti costituzionali prioritarie. Si parla, al riguardo, di un *principio di mera legalità formale* (in base al quale la decisione è soggetta a norme relative alle sue forme) e di un *principio di stretta legalità sostanziale* (in base al quale la decisione è soggetta a norme relative ai suoi contenuti)<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., pp. 206-208.

<sup>47</sup> F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, cit., pp. 60-62.

<sup>48</sup> M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., pp. 218, 302, 306.

<sup>49</sup> F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in E. DOLCINI - C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci. I. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 518.

<sup>50</sup> G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, cit., pp. 31, 36 ss. Fa riferimento alla legalità come principio ordinante il sistema delle fonti M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in "Diritto pubblico", 2008, p. 12. Sul legame tra assetto del sistema delle fonti e forma di Stato e di Governo cfr. L. CARLASSARE, *Le fonti del diritto nel rapporto Governo-Parlamento: il decreto-legge*, in AA. VV., *Le fonti del diritto, oggi*, cit., p. 159 ss.; G. SILVESTRI, "Questa o quella per me pari sono...". *Disinvoltura e irrequisitezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, cit., pp. 178 ss., 182 ss.

<sup>51</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, cit., pp. 485-488, 514-517, 847-848. 933. V., altresì, R.

Con la definizione delle fonti e delle regole sulle fonti l'ordinamento stabilisce il perimetro della legalità. La complessità del diritto odierno, però, conduce a ridisegnare la configurazione delle fonti. Viene in evidenza, a questo proposito, la non esaustività di ogni loro classificazione e delle modalità di produzione.

Di "fonte del diritto", invero, abbiamo una nozione materiale e una formale. Secondo la nozione "materiale", l'espressione denota ogni atto o fatto che produca diritto. Alla luce di questa definizione, per sapere se un certo atto o fatto sia fonte del diritto, occorre identificare il suo contenuto (se è un atto) o il suo risultato (se è un fatto). Secondo la nozione "formale", l'espressione denota ogni atto o fatto (non già effettivamente produttivo di norme ma) *autorizzato* a produrre norme, indipendentemente dal suo contenuto (se atto) o risultato (se fatto). Ne segue che per sapere se un certo atto o fatto sia fonte del diritto basta guardare se, nell'ordinamento di cui trattasi, vi sia una norma (precisamente una norma sulla produzione giuridica) che autorizza l'atto o il fatto in questione a creare diritto<sup>52</sup>. Orbene, guardando al panorama giuridico odierno, configurabile come una rete nella quale interagiscono tutte le norme (di diversa provenienza), si può ben dire che la distinzione tra fonte in senso materiale e fonte in senso formale (peraltro utile a fini a-

GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in "Digesto delle Discipline Pubblicistiche", IX, Utet, Torino, 1994, pp. 85, 90; N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 11; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, cit., p. 31. Sottolineano come la storia del costituzionalismo sia segnata dalla progressiva espansione del principio di legalità a tutte le componenti del sistema giuridico F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 349. Sulla costituzionalizzazione del principio di legalità v.: L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, cit., p. 4; M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, cit., pp. 13-14; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, cit., p. 41. Sui tentativi di desumere il fondamento della legalità da specifiche norme costituzionali rinvio a S. FOIS, *Legalità (principio di)*, cit., pp. 673 ss., 682 ss. Sulla crisi della legalità intesa come rispetto delle fonti sulla produzione e dello stesso processo di formazione (legale) degli atti normativi (primari), nonché sulla crisi della legalità costituzionale, cfr. G. AZZARITI, *Principio di legalità tra Stato di diritto e Stato costituzionale*, in <http://www.costituzionalismo.it/>, 3, 2006.

<sup>52</sup> R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 57-59, 64-65; ID., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, cit., pp. 51-52, 67-68. Cfr. anche R.A. SHINER, *Legal Institutions and the Sources of Law*, Springer, Dordrecht-Berlin-Heidelberg-New York, 2005, pp. 2-5.

nalitici) risulta superata<sup>53</sup>. Si assiste all'impossibilità di ricondurre il sistema delle fonti a schematiche elencazioni, basate, ad esempio, sul *nomen iuris* e/o sul procedimento di formazione, ossia su un inquadramento preciso. Si è in presenza di una molteplicità di atti e fatti per mezzo dei quali vengono create, modificate, estinte norme generali e astratte o norme individuali e concrete. Vi sono fonti "di fatto" che resistono a farsi collocare esaustivamente in un qualunque grado della gerarchia. Si ha a che fare con fonti *extra ordinem*, non disciplinate da disposizioni sulla produzione giuridica ma operanti sulla base del principio di effettività (funzionante esso stesso, invero, come norma sulla produzione)<sup>54</sup>. Nuovi atti normativi emergono accanto a quelli già conosciuti e considerati<sup>55</sup>. Diventa centrale la questione dell'individuazione della fonte nella giungla del *corpus* normativo. Essa assume una peculiare dimensione interpretativa<sup>56</sup>.

Gli interpreti, in presenza di una molteplicità di fonti, formali (consistenti in atti o fatti soggetti a condizioni definite di validità) e informali (consistenti in atti o fatti privi di forme giuridiche normativamente predisposte, ma dotate di un qualche grado di effettività)<sup>57</sup>, e del loro flusso continuo e incontrollato, devono previamente individuare il "dato" cui riferire il lavoro di attribuzione dei significati. Qui il momento della scelta è rilevante e l'oggetto su cui si dirige il compito ermeneutico si afferma nella realtà dell'ordinamento con efficacia di volta in volta differenziata<sup>58</sup>. La fissazione dell'enunciato, a partire dal quale viene definito il concreto criterio di regolamentazione, implica che sia previamente determinata la fonte cui ricondurlo. Al tradizionale compito di trarre la norma dalla fonte si affianca,

<sup>53</sup> Sul tema rinvio a N. LIPARI, *Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", LXVII, 2013, pp. 1213-1214, 1216-1217, 1220-1221.

<sup>54</sup> A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., pp. 11-12, 19-22, 541. Sul tema delle fonti *extra ordinem* v. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., pp. 447-463.

<sup>55</sup> Tra questi, ad esempio, rientrano i vari tipi e le varie forme di *soft law*. Sul tema si veda *infra*, cap. V.

<sup>56</sup> G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit. p. 58; N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 25-26.

<sup>57</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. 1. *Teoria del diritto*, cit., pp. 418, 919-922.

<sup>58</sup> Cfr., sul punto, G. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto*, cit., pp. 37-53.

dunque, quello del reperimento della fonte stessa, che va costruita<sup>59</sup>. Tale determinazione non sempre si esprime in termini di perentoria univocità e prescindendo dall'individuazione dello scopo che si intende perseguire. Ciò, d'altra parte, richiede che si ancori l'interpretazione di una fonte al quadro dei rapporti sociali entro il quale la fonte può essere effettivamente riconosciuta come tale<sup>60</sup>. La configurazione delle fonti subisce un processo di revisione verso un ordinamento "aperto" alle pratiche sociali di reperimento del diritto. Si assiste ad una dissociazione tra l'insieme delle fonti formali e quello (più ampio, comprensivo di fonti informali) accettato dalla comunità giuridica<sup>61</sup>.

"Fonte", allora, è termine che rimanda all'insieme dei fattori che influiscono sulla produzione delle norme e questa influenza può variare: vi sono fonti che forniscono all'operatore giuridico immediatamente una norma valida e fonti che offrono soltanto idee, ispirazioni, orientamenti, effetti d'indirizzo, dai quali gli operatori devono trarre le norme<sup>62</sup>. Le fonti, così, presentano gradi diversi di oggettivazione, ma si pongono, tutte, come risorse ufficiali da cui trarre le regole dei casi. Queste ultime sono, nel contempo, frutto di interpretazione e di decisione, operanti come ragioni che sostengono le soluzioni giuridiche<sup>63</sup>.

L'uso delle fonti, dunque, rinvia alla loro ricerca e individuazione, che diventano questioni di interpretazione e di applicazione del diritto. A monte delle norme vi sono svariati materiali giuridici, eterogenei e dotati di diversa forza vincolante, che formano un insieme normativo in potenza da attualizzare. Il diritto positivo appare come un'impresa solidale di soggetti, istituzionali e non-istituzionali, i quali, con la loro attività ermeneutica, individuano e articolano il discorso delle fonti all'interno di una prassi in cui la normatività giuridica si pone come risultato di fattori complessi che si combinano e interagiscono.

<sup>59</sup> Cfr. M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., p. 271.

<sup>60</sup> N. LIPARI, *Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno*, in "Rivista critica del diritto privato", XVI, n. 3, 1998, pp. 416-417, 419-420.

<sup>61</sup> P.G. MONATERI, *Fonti del diritto*, in "Digesto delle Discipline Privatistiche", sez. civ., VIII, Utet, Torino, 1992, p. 392. Cfr. altresì A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., p. 543.

<sup>62</sup> A. ROSS, *Diritto e giustizia* (1958), Einaudi, Torino, 1965, p. 74.

<sup>63</sup> G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., p. 46.

L'individuazione/identificazione delle fonti richiede, tra i partecipanti a quella pratica sociale che è il diritto, un consenso e un accordo di massima, la convergenza tra comprensione soggettiva e comunicazione intersoggettiva, sicché essa sia condivisa<sup>64</sup>. Tale pratica si caratterizza per la presenza di un gruppo di persone (i giuristi), dotate di conoscenze speciali, che padroneggiano un linguaggio tecnico specifico e che fanno funzionare le articolazioni interne della stessa pratica. Tali soggetti, attraverso l'utilizzo delle fonti, operano la determinazione del diritto, riguardante la delimitazione dei suoi confini<sup>65</sup>. I giuristi, però, assolvono anche a un delicato compito di cerniera tra un sistema chiuso (che permette di distinguere tra diritto e non diritto) e un ambiente aperto. Gioca, qui, un ruolo essenziale l'attività argomentativa volta a orientare il diritto positivo verso le nuove istanze sociali, ristabilendo di continuo un equilibrio normativo nella logica della ragionevolezza<sup>66</sup>.

Il diritto si configura come un'impresa diretta al trattamento e alla risoluzione di un certo tipo di problemi mediante l'assunzione di decisioni sostenuta da "buone" ragioni, ossia da argomenti<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> Cfr. M. JORI, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, ETS, Pisa, 2010, pp. 11-13; G. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto*, cit., pp. 27, 29, 54-55. Si veda anche R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, cit., pp. 66-68. Sulla tesi secondo la quale il significato di ogni pratica sociale (compresa, quindi, anche quella giuridica) sia determinato in modo interpretativo, che rinvia ad una dimensione intersoggettiva, e che ciò presupponga un accordo tra i partecipanti in relazione a quanto essi fanno, v. A. SCHIAVELLO, *Intersoggettività e convenzionalismo giuridico*, in F. VIOLA (a cura di), *Forme della cooperazione. Pratiche, regole, valori*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 60-62, 105.

<sup>65</sup> M. JORI, *Del diritto inesistente*, cit., pp. 43-44, 61.

<sup>66</sup> Cfr., con specifico riferimento alla figura del giudice, A. ABIGNENTE, *Argomentazione giuridica*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 23-24. Si veda, in generale, N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 14-15.

<sup>67</sup> Assumendo un punto di vista pragmatico, una "buona" ragione riguarda il ruolo che essa gioca nell'argomentazione, a partire dal contributo offerto per risolvere la questione se una certa pretesa di validità controversa debba essere accettata o respinta. Cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), Guerini e Associati, Milano, 1996, p. 271. Il termine "argomento" indica l'unità minima della giustifica-

L'argomentazione accompagna la decisione<sup>68</sup>. L'ordinamento giuridico può essere inteso, da questo punto di vista, come l'insieme delle ragioni osservate da un decisore per la soluzione di una questione giuridica. Un determinato soggetto "osserva" una ragione quando la prende in considerazione per decidere una questione e la assume come argomentazione valida. L'ordinamento è, allora, la totalità delle ragioni che giustificano la decisione giuridica; è la totalità delle ragioni rilevanti, decisive, valide ed efficaci, distinte da quelle irrilevanti, perché extragiuridiche<sup>69</sup>. I risultati decisionali sono, in tal senso, sempre funzioni non solo delle norme ottenute secondo procedure formalmente valide, ma anche di norme non ottenute secondo tali procedure<sup>70</sup>. L'ordinamento giuridico, con la moltiplicazione delle norme e dei livelli di normazione che lo contraddistinguono, non appare più un universo statico di regole pronte per l'uso, ma un complesso di materiali, tratti da fonti diverse, che interagiscono tra loro combinandosi in modo mai definitivo, da cui prelevare, di volta in volta, la guida per il caso da risolvere.

#### 4. Legalità e interpretazione

In questa prospettiva, il principio di legalità assume una valenza peculiare, mantenendosi invero fedele alla sua accezione

zione, «un periodo composto da più proposizioni legate da vincoli di subordinazione oltretutto, eventualmente, di coordinazione e tali che una di esse sia supposta conseguire dalle altre, che sono addotte a garanzia della sua accettabilità». Così, in maniera puntuale, L. GIANFORMAGGIO, *Logica e argomentazione nell'interpretazione giuridica, ovvero i giuristi interpreti presi sul serio*, in "Studi senesi", XCIX, n. 3, 1987, p. 474. Si veda, sul punto, CH. PERELMAN e L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* (1958), Einaudi, Torino, 1982, pp. 197-202.

<sup>68</sup> Cfr., su questo tema, M. ATIENZA, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione* (2006), Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 54-61.

<sup>69</sup> G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 30-31, 429-430; B. LEITER, *Legal Indeterminacy*, in "Legal Theory", 1, 1995, pp. 481 ss., 486 ss., 492.

<sup>70</sup> Cfr. F. SCHAUER, *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita pratica* (1991), Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 308-309, il quale sottolinea (pp. 311-312) che le norme ottenute secondo procedure formalmente valide hanno forza presuntiva, ma non assoluta.

classica, in quanto requisito che attiene all'esercizio del potere (secondo le leggi) e che ha come suo contrario l'arbitrio<sup>71</sup>.

Negli Stati di diritto la legalità diventa anche titolo di legittimazione del potere stesso<sup>72</sup>. Ne segue che l'esercizio di ogni potere pubblico è legittimo se e solo se è previsto, regolato, e dunque limitato, da una preventiva norma giuridica generale e astratta, e che i poteri pubblici possono fare solo ciò che il testo della legge li autorizza a fare, in quanto già previsto in via generale<sup>73</sup>. Il principio di legalità si coniuga con quello di certezza, intesa come legittimo affidamento a non essere esposti ad arbitrii<sup>74</sup>.

Nelle organizzazioni giuridiche contemporanee la legalità subisce "lo scotimento concettuale di un vero e proprio terremoto teorico e pratico"<sup>75</sup>; si assiste al suo declino. Vari sono i fattori che determinano la sua crisi: la perdita di prestigio della legge nella funzione di disciplinamento della realtà sociale e nella sua autosufficienza decisionale; la destrutturazione del sistema delle fonti, con la sua trasformazione anche a seguito della pressione esercitata dalle fonti sovranazionali; il costituzionalismo, principalmente con le sue ricadute giurisprudenziali<sup>76</sup>; l'intervento della magistratura, con il suo ruolo attivo di fronte alle nuove esigenze di tutela e alla caoticità e imperfezione qualitativa delle leggi, chiamata a riempire i margini ampi di di-

<sup>71</sup> Si veda, in proposito, N. BOBBIO, *Legalità*, in "Dizionario di politica", diretto da N. Bobbio, N. Matteucci e G. Pasquino, seconda edizione interamente riveduta e ampliata, Utet, Torino, 1983, pp. 580-581.

<sup>72</sup> M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, cit., p. 2.

<sup>73</sup> R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 19-20; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. 1. *Teoria del diritto*, cit., pp. 432-436.

<sup>74</sup> Cfr. G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, pp. 57-60; B. PASTORE, *Pluralismo, fiducia, solidarietà*. *Questioni di filosofia del diritto*, Carocci, Roma, 2007, pp. 97-104.

<sup>75</sup> Così, riferendosi non solo all'ambito penalistico, F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 36, 2007, p. 1280.

<sup>76</sup> Osserva come, con l'avvento delle costituzioni rigide, il controllo di costituzionalità tenda ad assorbire le ragioni del principio di legalità M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, cit., p. 18.

screzionalità lasciati aperti dalla legislazione e/o a integrare le fattispecie indeterminate.

Di fronte al peso acquisito dal diritto giurisdizionale e al rilievo assunto dalle esperienze dell'applicazione, emerge l'esigenza di integrare la teoria delle fonti con la teoria dell'interpretazione<sup>77</sup>, posto che gli interpreti svolgono il ruolo di mediatori insostituibili tra modelli ordinativi rappresentati dalle regole e la loro interpretazione-applicazione in situazioni concrete di conflitto da disciplinare, e che nel diritto è strutturalmente presente un rapporto di tensione tra l'astrattezza e la rigidità delle fattispecie e la ricchezza e l'imprevedibilità dei casi della vita che vengono sottoposti all'interprete<sup>78</sup>. Legge e concretizzazione giudiziale concorrono, in una relazione di complementarietà, nell'individuazione della regola di diritto.

Il principio di legalità, in questo ambito, appare debole nel contenere il carattere produttivo (per quanto derivato<sup>79</sup>) dell'interpretazione, che contribuisce potentemente a conformare il sistema<sup>80</sup>. Tale principio, però, al di là dei molteplici significati che ha assunto nel corso del tempo e dei diversi contesti in cui opera<sup>81</sup>, benché trasfigurato, continua a svolgere una fun-

<sup>77</sup> A. RUGGERI, *«Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti*, X, Giappichelli, Torino, 2007, p. 19.

<sup>78</sup> G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, pp. 19-20, 24. Sottolinea come il vincolo linguistico rappresenti il contenuto minimo del principio di legalità F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, cit., pp. 531, 533. L'affermazione, ovviamente, non va limitata al solo ambito penalistico: cfr. F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 159, 308-309.

<sup>79</sup> Cfr. A. BARATTA, *Le fonti del diritto ed il diritto giurisprudenziale*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XX, 1990, pp. 194-195; F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 160.

<sup>80</sup> Cfr. L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit., pp. 544-545, 550, 563, la quale sottolinea l'impossibilità di escludere interpretazione e giurisprudenza da un discorso sul sistema normativo e considera la giurisprudenza stessa fonte in "senso improprio".

<sup>81</sup> Un esame dei diversi profili del principio di legalità è fornito da M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., spec. pp. 402-420. Cfr. anche R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit., pp. 84-96. Sulla crisi della tradizionale concezione del principio, e sulla necessità di un suo ripensamento e di una sua reinterpretazione, cfr. L. CIMELLARO, *Il principio di legalità in trasformazione*, in "Diritto e società", n. 1, 2006, pp. 107-169, nonché M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., spec. pp. 424-431.

zione essenziale, connessa all'idea regolativa che lo sostanzia e che consiste nel limitare l'arbitrio decisionale, prescrivendo il trattamento eguale o imparziale<sup>82</sup>. La legalità, rivisitata e ripensata attraverso il prisma della problematica relativa al ruolo degli interpreti, guardando soprattutto alla giurisdizione come arbitro finale della ricomposizione delle fonti<sup>83</sup>, è garanzia e controllo delle attività e degli esiti decisionali<sup>84</sup>.

Tale principio richiama l'attenzione sulle condizioni di possibilità del procedimento ermeneutico, non riducibili "alla mera esistenza di un qualsivoglia *dictum* del legislatore"<sup>85</sup>. Opera nell'attività giurisdizionale, posto che ogni decisione giudiziaria va fondata su una norma giuridica (generale) preesistente (in congiunzione con le proposizioni fattuali descrittive delle circostanze del caso provate). È per questa ragione che le decisioni giudiziarie devono essere motivate sulla base della legge<sup>86</sup>. L'obbligo di motivazione risponde all'esigenza di giustificare

<sup>82</sup> M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, cit., pp. 3-4; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. 1. *Teoria del diritto*, cit., pp. 232, 262; S.L. PAULSON, *Teorie giuridiche e Rule of Law*, in "Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica", a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 255-256, 259, 266.

<sup>83</sup> V. DOMENICHELLI, *Regolazione e interpretazione nel cambiamento del diritto amministrativo: verso un nuovo feudalesimo giuridico?*, in "Diritto processuale amministrativo", XXII, n. 1, 2004, p. 6.

<sup>84</sup> Cfr. C. LUZZATI, *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 15-17, 106-107, 113, 119, 294. Per alcune questioni connesse al funzionamento del principio di legalità nel campo della pubblica amministrazione v.: N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 2 ss., 105 ss., 257 ss.; G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo*, in "Ars Interpretandi", 7, 2002, pp. 437-451; M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell'amministrazione. Ipotesi dottrinali e casistica giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 2002, spec. pp. 33 ss., 402 ss.; F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2007.

<sup>85</sup> Così D. PULITANO, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in E. DOLCINI - C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I. *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, cit., p. 676. Scrive G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, p. 212: «il legislatore deve rassegnarsi a vedere le proprie leggi trattate come "parti" del diritto, non come "tutto il diritto"». Cfr. anche A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., pp. 14-16.

<sup>86</sup> R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 120-122.

razionalmente la decisione, al fine di controllarne il fondamento fattuale e giuridico e il relativo supporto argomentativo. La motivazione assolve al compito di far sì che l'atto esibisca la propria validità e giustizia e sia pertanto accettabile<sup>87</sup>. Motivare vuol dire rendere conto del proprio operato esponendo le ragioni della scelta compiuta, talché sia possibile controllare l'atto decisionale ed evitare, in tal modo, arbitrii ed abusi.

Al giudice è affidato un compito di attualizzazione critica del modello d'ordine costituito dalla norma di produzione legislativa. Si tratta di ridurre e delimitare l'inevitabile indeterminazione delle norme (generali e astratte), contemperando la libertà interpretativo-applicativa (operante nella scelta della norma pertinente, nell'ascrizione di significato, nell'applicazione di tale norma alla circostanza di fatto data) con una serie di vincoli, testuali, istituzionali e discorsivi<sup>88</sup>. La prevedibilità dell'esito di un intervento di un organo con competenza giuridica decisionale si connette, allora, all'esistenza e al rispetto, da parte dell'organo decidente, delle regole alla cui stregua si valutano come corrette o scorrette le decisioni. Si tratta delle regole per la selezione delle premesse di diritto dell'argomentazione giuridica; delle regole di procedura (o del gioco processuale), relative alle modalità di acquisizione degli svariati elementi che compongono l'argomentazione giuridica; delle regole di svolgimento dell'argomentazione stessa. Da questo punto di vista, la prevedibilità delle decisioni si traduce in controllabilità<sup>89</sup>. Se il diritto è un insieme di criteri per la valutazione dei comportamenti umani, compresi quelli produttivi e applicativi del diritto stesso, è essenziale istituire (e garantire il corretto funzionamento degli) organi deputati al controllo sia dei comportamenti, sia delle valutazioni giuridiche dei comportamenti, di cittadini e

<sup>87</sup> Sul tema, più ampiamente, M. TARUFFO, *Motivazione della sentenza civile (controllo della)*, in "Enciclopedia del diritto", Aggiornamento, III, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 772-788; F.M. IACOVIELLO, *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in "Enciclopedia del diritto", Aggiornamento, IV, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 750-799; B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 257-264.

<sup>88</sup> Cfr. F. OST, *Ancora sull'interpretazione*, in "Ars Interpretandi", 7, 2002, pp. 161-168; G. ZACCARIA, *Interpretazione della legge*, in "Enciclopedia del diritto", Annali, V, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 704-705.

<sup>89</sup> Sul punto rinvio a L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in "Digesto delle Discipline Privatistiche", sez. civ., II, Utet, Torino, 1988, pp. 277-278. Si veda inoltre A. ABIGNENTE, *Argomentazione giuridica*, cit., pp. 20-21.

funzionari. Si persegue con ciò lo scopo di rendere i cittadini tutti uguali di fronte al diritto e quello di assoggettare ogni potere al controllo del diritto<sup>90</sup>. In quanto valore giuridico<sup>91</sup>, la legalità chiama in causa l'atteggiamento dei soggetti istituzionali e non-istituzionali (legislatori, giudici, funzionari amministrativi, giuristi, cittadini utenti del diritto), caratterizzandosi al modo di un tessuto che risulta da fili intrecciati da più mani.

La legalità, in sede giurisdizionale, implica l'esigenza della "generalizzazione", talché la regola del caso concreto deve essere valevole e applicabile per tutti i casi simili<sup>92</sup>. Si tratta del requisito dell'universalizzabilità, in base al quale le soluzioni vanno fondate su regole che l'interprete può utilizzare di nuovo per le decisioni future. È in virtù della plausibilità e della capacità di tenuta delle ragioni addotte che la massima di decisione giudiziaria può essere proposta come parametro da adottare anche in tutti i casi dello stesso tipo particolare<sup>93</sup>.

La complessità dell'ordinamento odierno, risultante da una pluralità di fonti e componenti, strutturato a più livelli tra loro connessi, flessibile nelle sue articolazioni, secondo competenze riconosciute in relazione a specifiche materie, aperto al diritto sovranazionale, richiede che l'interprete, chiamato a risolvere un caso concreto, scelga a quale normativa la soluzione deve ispirarsi, combinando e collegando disposizioni varie, di rango e provenienza diversi<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> Così L. GIANFORMAGGIO, *Lo studio del diritto e lo Stato di diritto*, in "Annali dell'Università di Ferrara - Scienze giuridiche", XVI, 2002, p. 328. Cfr. altresì B. PASTORE, *Decisioni e controlli tra potere e ragione. Materiali per un corso di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. XVI-XVII, 7-9, 19.

<sup>91</sup> R. DWORIN, *La giustizia in toga* (2006), Laterza, Roma-Bari, 2010, pp. 183-187.

<sup>92</sup> F. VIOLA, *La legalità del caso*, in AA. VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, t. I, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, p. 319.

<sup>93</sup> N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (1978, 1994<sup>2</sup>), Giappichelli, Torino, 2001, pp. 119-120; F. SCHAUER, *Giving Reasons*, in "Stanford Law Review", 47, 1995, pp. 635, 641-642, 658; G. ZACCARIA, *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova, 1996, pp. 152-153.

<sup>94</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, cit., pp. 190 ss., 196, 214; G. SILVESTRI, *Il ruolo del giudice in un'epoca di crisi delle fonti del diritto*, cit., pp. 28-29; N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", LXIII, 2009, pp. 484-485, 488-489.

L'interprete deve fare i conti con molteplici gradi di legalità (ordinaria, costituzionale, comunitaria)<sup>95</sup>. A lui è richiesto uno sforzo di coordinamento al fine di garantire l'unitarietà ordinamentale<sup>96</sup>. Entra in gioco, qui, nella costante attività di ricomposizione del "sistema" normativo posta in essere attraverso le sintesi espressive operate dalla giurisprudenza<sup>97</sup>, l'idea di coerenza intesa come consonanza e congruenza, come concatenamento contenutistico e adattabilità della decisione all'ordinamento, come interdipendenza tra materiali ed elementi diversi, riconducibili all'unità di senso del diritto<sup>98</sup>.

### 5. La funzione dei principi

All'interno di un ambito segnato dal pluralismo delle fonti, vengono in evidenza i principi, con la loro funzione ordinante e unificante. Essi rappresentano una bussola, affidata agli interpreti, per navigare in un arcipelago giuridico soggetto a fibrillazioni e a continui mutamenti, per orientarsi entro una struttura caratterizzata da una molteplicità di plessi normativi in interazione, che rinviano a diversità di logiche in opera<sup>99</sup>.

I principi, in ambito giuridico, sono il risultato di una ricerca ermeneutica – volta a ricondurre l'insieme delle fonti ad al-

<sup>95</sup> P. GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 242. Sui problemi relativi al concorso tra legalità ordinaria (legale) e legalità costituzionale si veda M. LUCIANI, *Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in AA. VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Giappichelli, Torino, 2005, spec. pp. 504-509.

<sup>96</sup> P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, cit., pp. 203-204, 211-212, il quale sottolinea che la complessità dell'ordinamento trova conferma nel riconoscimento del rilievo assunto dall'interpretazione sistematica, nonché nella ricerca della conformità delle norme ordinarie alla Costituzione e alla normativa comunitaria. Cfr., al riguardo, E. RUSSO, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 292-294.

<sup>97</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e le "metamorfosi" dei criteri ordinatori delle fonti*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 157-159. Sui giudici come "garanti della complessità strutturale del diritto nello Stato costituzionale" v. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 213.

<sup>98</sup> F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 184, 191-192, 229, 406.

<sup>99</sup> F. OST - M. VAN DE KERCHOVE, *Pensare la complessità del diritto: per una teoria dialettica*, cit., pp. 5-7.

cuni contenuti fondamentali – che intende enucleare la *ratio* sottesa ad un insieme normativo<sup>100</sup>. Propriamente, sono enunciati normativi che inglobano valori<sup>101</sup>; sono l'esito di una concretizzazione normativa dei valori che li trasforma in orientamenti della condotta<sup>102</sup>.

Nell'interpretazione-applicazione giudiziale avviene la composizione tra la diversità-eterogeneità delle fonti e le esigenze dell'unità ordinamentale. È nel lavoro del giurista-giudice, guidato dai principi e in aderenza ai casi, che possono essere ricomposte tali dinamiche. I principi, pertanto, sono guide per l'interprete nella giustificazione della soluzione<sup>103</sup>, secondo le linee assiologiche portanti dell'ordinamento.

La giurisprudenza, in quanto motore dell'attività di concretizzazione del diritto e, nello stesso tempo, della sua salvaguar-

<sup>100</sup> S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in "Enciclopedia del diritto", XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, p. 524; N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, cit., pp. 237-239.

<sup>101</sup> Sull'accezione di "principio" come «norma che esprime i valori supremi di un ordinamento giuridico (che sono il riflesso di una determinata forma di vita), di un settore dell'ordinamento, di una istituzione, etc.» v. M. ATIENZA - J. RUIZ MANERO, *Tre approcci ai principi di diritto*, in "Analisi e diritto 1993. Ricerche di giurisprudenza analitica", a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Giappichelli, Torino, 1993, p. 10. Cfr. anche A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1989, pp. 74-76. Sulla tesi secondo la quale la ricerca dell'unità e della coerenza del diritto trova il suo fondamento nell'integrità, come visione unitaria e comprensiva atta a giustificare le decisioni giudiziarie sulla base della loro congruenza con un *set* di principi intesi come connettivo del *corpus* giuridico, esprimenti le idee di moralità pubblica radicate nella struttura generale della pratica giuridico-politica, cfr. R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, cit., pp. 129, 207 ss., 214.

<sup>102</sup> Cfr. V. VILLA, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo. Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 244, 252-253; G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere civile*, Einaudi, Torino, 2009, pp. 92-100. Scrive G. ZACCARIA, *Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin*, in "Ragion pratica", 11, 1998, p. 145: i principi «rappresentano l'irruzione nell'ordinamento di criteri etici, l'apertura ai contenuti assiologici del diritto positivo di fronte al sempre più visibile emergere di esigenze etico-politiche nel suo tessuto. La giustificazione dei principi... viene fondata sulla base del criterio sostanzialmente intersoggettivo dei valori condivisi dell'ordinamento, del contesto storico di un'eredità comune».

<sup>103</sup> N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, cit., pp. 195, 215, 244.

dia, è il luogo privilegiato di manifestazione dei principi<sup>104</sup>, che qui vengono riconosciuti istituzionalmente, collocandosi stabilmente nel campo del diritto positivo<sup>105</sup>.

I principi si caratterizzano per la loro forza di espansione, ponendosi come elementi caratterizzanti la dimensione potenziale dell'ordine giuridico. Il diritto, infatti, rifiutata ogni prospettiva "oggettualistica", che lo raffigura come "dato" già costituito e compiuto prima dell'intervento dell'attività interpretativa, va considerato come complesso di potenzialità latenti nonché di positivizzazioni storiche in continuo divenire, che vive di diverse attualizzazioni nelle quali si evidenziano, a partire da un contesto preesistente di materiali normativi, nuovi significati<sup>106</sup>. L'attenzione, in questo orizzonte, è rivolta ai processi di giustificazione, che rimandano alla questione dei contenuti.

Parlare di principi significa far riferimento a enunciati normativi "a virtualità indefinita", che trovano concretizzazione nella prassi applicativa<sup>107</sup>, connettendosi funzionalmente e dia-

<sup>104</sup> Ciò, ovviamente, non vale qualora si abbia a che fare con principi espressi, espliciti, formulati nelle costituzioni o in altri documenti normativi.

<sup>105</sup> Una siffatta raffigurazione dei principi è condivisa da J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrecht* (1956), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1990, pp. 52-54, e da R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977, 1978), Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 72-73. Tale idea, invero, è solo in parte presente in Betti. Egli, infatti, tende a collocare i principi su un piano fondamentalmente metagiuridico – limitandone, così, la dimensione precettiva e la potenzialità applicativa – e ad espungere il loro ancoraggio e la loro connessione funzionale con tutto il restante materiale normativo. Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)* (1949), 2ª edizione riveduta e ampliata, Giuffrè, Milano, 1971, p. 310 ss., 318 ss., 324 ss. Sull'argomento rinvio a G. ZACCARIA, *Questioni di interpretazione*, cit., pp. 170-173.

<sup>106</sup> I principi sono, in questo senso, strumenti indispensabili all'evoluzione del diritto. Cfr. G. ALPA, *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 176. Sulla tesi, propria della teoria ermeneutica del diritto, secondo la quale gli atti di posizione giuridica sono incompiuti senza i processi di positivizzazione e concretizzazione v. A. KAUFMANN, *Gesetz und Recht* (1962), in ID., *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, Athenäum Verlag, Frankfurt a. M., 1972, pp. 135 ss. 157; J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice* (1972), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1983, pp. 70-83; 160; F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 311-331.

<sup>107</sup> Cfr. G. ZACCARIA, *Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin*, cit., pp. 146-147.

letticamente con le regole<sup>108</sup> e mantenendo aperto il legame con i valori e le finalità che la pratica giuridica recepisce, riconosce e protegge. Come è stato correttamente sottolineato<sup>109</sup>, i principi giuridici «appartengono al mondo delle norme, perché contribuiscono in qualche modo all'impresa di orientare il comportamento umano... Tuttavia non sono propriamente regole se per queste s'intende criteri di misura e direttive di per sé sufficienti a giudicare ed a guidare la condotta umana. Per raggiungere quest'obiettivo dai principi debbono trarsi delle regole, cioè direttive ben precise e circoscritte per quanto riguarda i casi di applicazione. Applicare un principio significa, infatti, non già risolvere un caso, ma formulare una regola in base a cui risolvere il caso in questione».

Il tema dei principi giuridici si colloca ad un crocevia fra interpretazione, creazione non legislativa del diritto e processi argomentativi riguardanti sia l'una sia l'altra attività<sup>110</sup>. Molteplici sono i modi in cui, in contesti giuridici, si parla dei principi; diversi sono i loro usi<sup>111</sup>. In questa sede, ci si soffermerà sul-

<sup>108</sup> Sulla distinzione (debole o forte) tra regole e principi e sulle caratteristiche dei principi, tra la vasta letteratura, si rinvia a: A. AARNIO, *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Ashgate - Dartmouth Publishing Company, Aldershot - Brookfield USA - Singapore - Sydney, 1997, pp. 174-180; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 199-221; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 430-435; G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in "Ars Interpretandi", 14, 2009, pp. 131-159; B. CELANO, *Norma giuridica*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 302-305; G. BONGIOVANNI, *Il neo-costituzionalismo: i temi e gli autori*, in G. PINO - A. SCHIAVELLO - V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 92-95.

<sup>109</sup> Da F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 367.

<sup>110</sup> Così S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, cit., p. 496.

<sup>111</sup> Scrive G. ALPA, *I principi generali*, cit., p. 176: «Come non è possibile identificare una volta per sempre tutti i principi, come non è possibile catalogare una volta per sempre tutti i principi, allo stesso modo non è possibile elencare una volta per sempre tutte le funzioni a cui assolvono i principi; e non è detto che tali funzioni siano assolute tutte contemporaneamente». Sulle varie funzioni (integratrice, interpretativa, programmatico-direttiva, limitativa, sistematico-costruttiva) che essi svolgono cfr. G. ALPA, *op. ult. cit.*, pp. 6 ss., 9 ss., 29 ss.; N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, spec. pp. 278-279; S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, cit., pp. 503 ss., 511 ss., 517 ss., 531-532; R. GUASTINI,

la funzione che essi svolgono in relazione ai risultati delle interpretazioni delle disposizioni giuridiche vigenti, nell'ottica della loro riconducibilità all'ordinamento.

I principi - *generalis*, riguardo alla loro estensione, e *fondamentali*, riguardo alla posizione che occupano nell'ordinamento<sup>112</sup> - fanno riferimento all'unità di senso del diritto, indipendentemente dalla diversità delle fonti che lo compongono, e presentano una "eccedenza di contenuto deontologico o assiologico" rispetto alle "comuni" regole giuridiche, nonché una "capacità illimitatamente normogenetica"<sup>113</sup>, che li rende idonei, sia se *espressi* (perché formulati in disposizioni costituzionali o legislative e ricavabili da esse mediante interpretazione) sia se *inespressi* (e dunque elaborati o "costruiti" o ricavati dagli interpreti, che li assumono come immanenti, impliciti, latenti nel *corpus* giuridico considerato complessivamente o in una sua parte significativa)<sup>114</sup>, ad essere utilizzati per ricavare indicazioni normative proporzionate e adeguate al caso di specie.

Il principio non determina di per sé una decisione giudiziale. È sempre facendo appello ad una regola che risulta possibile risolvere un caso giuridico. I principi, però, costituiscono parti essenziali del procedimento di determinazione della regola, in quanto ne esprimono il fondamento e la ragione giustificatrice<sup>115</sup>. Da essi si estrae la regola del caso, anche attraverso un processo di bilanciamento con le indicazioni concorrenti prove-

*Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 295-302; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 425-450; F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 369-375.

<sup>112</sup> R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 285; F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 376-379.

<sup>113</sup> F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in "Enciclopedia giuridica", XXIV, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, pp. 3-4. Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., pp. 316-318.

<sup>114</sup> Sulla sostanziale identità dei principi espressi e inespressi, che ne pone in risalto l'unità categoriale, si veda V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XXI, 1941, in particolare pp. 159-160, 163-167. Cfr., al riguardo, S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, cit., p. 496; F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., p. 3. Sulle "disposizioni di principio" si veda V. ITALIA, *Principi generali e principi determinati dalla legge*, Giuffrè, Milano, 2000.

<sup>115</sup> F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 376-377.

nienti da altri principi o da altre regole<sup>116</sup>. Qui viene in evidenza la peculiarità del loro articolarsi.

Essi svolgono un ruolo direttivo e propellente, ma possono collidere e vanno ponderati, tenendo conto del loro contenuto, del loro peso e delle coordinate peculiari della situazione concreta<sup>117</sup>. Così, organizzando i fili di una complessa tessitura giuridica, orientano verso un fine, spingono per il rispetto di certi valori assunti come fondamentali in un dato contesto, indicano il modo corretto di fare le cose, generalmente o in una data materia<sup>118</sup>. Essi esistono in gruppo e si sostengono mutuamente, rinviando a specifici contenuti che costituiscono il "dover essere interno del diritto positivo"<sup>119</sup>. Ogni principio, comunque, richiede di essere realizzato nella maggiore misura possibile sulla base delle possibilità di fatto e di diritto<sup>120</sup>. Si è in presenza, pertanto, di una tensione tra la assolutezza dei principi e le esigenze della loro applicazione particolare, che viene realizzata, volta per volta, grazie al ragionamento giuridico, salvaguardando insieme – nel bilanciamento – la peculiarità di ciascuno di essi e la loro connessione<sup>121</sup>.

I principi presentano una immediata incidenza regolativa, legata, in primo luogo, alla «posizione apicale che essi assumono nel sistema nella misura in cui segnano le linee di svolgimento dell'ordinamento giuridico»<sup>122</sup>. Contribuiscono a dar realizzazione ai valori, agli interessi, ai beni della vita tutelati, in una prospettiva volta a cogliere il modo di essere dell'ordinamento stesso. Sono, strutturalmente, una costruzione degli in-

<sup>116</sup> S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, cit., p. 516; R. ALEXY, *On the Structure of Legal Principles*, in "Ratio Juris", 13, 2000, pp. 296-301; ID., *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 109 ss., 116 ss., 181 ss.

<sup>117</sup> L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in "Il diritto del lavoro", 66, 1992, pp. 9-11; ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 132-133; A. PECZENIK, *On Law and Reason*, cit., pp. 76-93; G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 173-199.

<sup>118</sup> F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 396.

<sup>119</sup> *Ivi*, pp. 382-383, 404 (da cui traggio la citazione).

<sup>120</sup> Alexy, a questo proposito, definisce i principi "precetti di ottimizzazione". Cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 106-107; ID., *On the Structure of Legal Principles*, cit., pp. 294-295.

<sup>121</sup> F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 388-389.

<sup>122</sup> S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, cit., p. 501.

terpreti<sup>123</sup> e consistono in un *fascio indeterminato* (perché caratterizzato da elasticità e generalità) di valutazioni riguardanti fatti, situazioni, comportamenti, potenzialmente capace di concretizzarsi, di volta in volta, in qualificazioni puntuali, relative a particolari fattispecie<sup>124</sup>. Da questo punto di vista, se la fattispecie della regola «ha la duplice funzione di delimitare l'ambito normativo della regola e di decidere definitivamente tutti i casi riconducibili in tale ambito», sicché risulta formata da tutte le condizioni necessarie per la sua applicazione, incluso il presupposto negativo dell'assenza di eccezioni, la fattispecie del principio «è delimitata esclusivamente dal contenuto del diritto o del bene garantito ed ha la funzione di esprimerne la potenziale portata protettiva, la cui attualità nel caso considerato dovrà essere argomentata con la tecnica logico-pratica del bilanciamento»<sup>125</sup>.

Laddove svolgano una funzione interpretativa, i principi operano attribuendo a disposizioni significati con essi coerenti. Si pongono, in tal modo, come elementi irrinunciabili – in un'ottica teleologicamente e sistematicamente orientata<sup>126</sup> – per la comprensione dei testi legali, per la progressiva determinazione del loro significato e per la precisazione della loro portata normativa, rilevando, oltre che sul piano dell'interpretazione, anche su quelli dell'integrazione ordinamentale e dell'incidenza

<sup>123</sup> Sulle forme di individuazione-elaborazione dei principi ad opera degli interpreti e sui controlli posti in essere rispetto ai loro possibili arbitrii, rinvio a: S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, cit., pp. 500-501, 516, 520, 522; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 293-295; ID., *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 209-212; E. DICCIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 435-443.

<sup>124</sup> F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., p. 4; L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, cit., pp. 5-7; M. ATIENZA - J. RUIZ MANERO, *Tre approcci ai principi di diritto*, cit., pp. 14-16; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 278-282.

<sup>125</sup> Così L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 129.

<sup>126</sup> R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica* (1978), Giuffrè, Milano, 1998, pp. 9, 190-193; E. DICCIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 443-445, 449. Sull'interpretazione adeguatrice cfr. G. ALPA, *I principi generali*, cit., pp. 18-19; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 301-305.

sull'efficacia delle regole, tramite la loro disapplicazione o invalidazione<sup>127</sup>.

Nei processi di positivizzazione giuridica, gli interpreti sono chiamati ad un'opera ricostruttiva e ordinatrice, capace di cogliere ed esplicitare le linee portanti e le interrelazioni ordinamentali. I principi, contribuendo al recupero della dimensione unitaria dell'impresa giuridica, assolvono ad un ruolo teso a custodirne il senso e la possibilità di sviluppo. Il disordine, la caoticità, la variabilità, la fluidità dell'edificio giuridico comporta che siano trovati punti di coordinamento, "chiavi di volta" che lo tengano insieme. I principi, in questo quadro, costituiscono elementi di raccordo delle varie parti che compongono l'insieme normativo. Si pongono come trama di sostegno della rete giuridica<sup>128</sup>. Possono essere paragonati, allora, alle colonne che reggono le volte di una struttura e che «condizionano le spinte e le contro-spinte del sistema»<sup>129</sup>. Da questo punto di vista, si pongono come strumento essenziale al fine di governare la complessità giuridica.

Il pluralismo delle fonti richiede di fare i conti con una "diversità compatibile"<sup>130</sup>, mantenendo, entro un assetto normativo soggetto a flussi e reazioni, denso di conflitti e di antinomie, uno stato di equilibrio dinamico, ancorato ad una matrice unitaria.

Entro una siffatta prospettiva, i principi permettono di veicolare una visione ordinamentale, orientata a realizzare un'unità

<sup>127</sup> Al riguardo, con riferimento specifico ai principi di matrice comunitaria, cfr. E. NAVARRETTA, *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema attuale delle fonti di diritto privato*, in "Rivista di diritto civile", XLVII, 2001, pp. 789-790, 792. Sul ruolo giocato dai principi del diritto comunitario nel processo di modificazione, adattamento e integrazione dei diritti statali v. F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 3 ss., 99 ss., 345 ss., 381 ss., 485 ss. In relazione ai principi costituzionali, v. G. CORSO, *La costituzione come fonte di diritti*, in "Ragion Pratica", 11, 1998, pp. 89-92. I principi costituzionali, in presenza di una costituzione rigida e di un controllo sulla conformità delle leggi alla costituzione stessa, esercitato dal giudice costituzionale, adempiono all'ufficio di invalidare qualsiasi disciplina legislativa ordinaria che sia in contrasto con essi.

<sup>128</sup> F. VIOLA, *Autorità e ordine del diritto*, II edizione riveduta e ampliata, Giappichelli, Torino, 1987, p. 456.

<sup>129</sup> V. ITALIA, *Principi generali e principi determinati dalla legge*, cit., pp. 190-191.

<sup>130</sup> *Ivi*, p. 198.

plurale<sup>131</sup>, talché, all'interno del processo interpretativo inteso come aspetto costitutivo della positività, i materiali giuridici siano utilizzati rispettando l'esigenza dell'integrità.

<sup>131</sup> P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 66-67.