

La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*

1. INTRODUZIONE

L'immagine (o mitologia) dello Stato moderno è inestricabilmente connessa all'assunzione, da parte dello Stato stesso, del monopolio dell'uso legittimo della forza. Ciò significa, banalmente, che solo lo Stato è legittimato a usare poteri coercitivi nei confronti di coloro che sono soggetti alla sua autorità. E nel momento in cui questa idea (o immagine, o mitologia) si coniuga con l'idea dello Stato di diritto, si ha il risultato che il potere coercitivo dello Stato può essere esercitato, dagli organi statali, solo sulla base di regole giuridiche preesistenti, dettate da altri organi dello Stato stesso. In altre parole, l'immagine (o mitologia) dello Stato moderno si salda inestricabilmente all'idea che a) lo Stato stabilisce autonomamente e autoritativamente le (proprie) fonti del diritto; e che b) alcuni organi statali sono demandati ad applicare il diritto (a esercitare i poteri coercitivi dello Stato) così come esso promana dalle fonti stabilite dallo Stato; a ciò si salda ben presto l'ulteriore (anche se non logicamente necessitato) requisito che c) tali fonti siano ordinate in sistema, in un ordine di priorità, in un ordine gerarchico (spesso raffigurato plasticamente come una "piramide")¹.

Non si fa fatica dunque a vedere come un aspetto importante, anche se certamente non l'unico, dell'idea ricorrente della crisi dello Stato consista esattamente nella messa in discussione del rapporto monopolistico tra Stato e fonti del diritto, nonché dell'idea che le fonti del diritto possano davvero essere concepite in maniera ordinata, gerarchica (si tratta di due profili diver-

* Ringrazio Juan Carlos Bayon, Pierluigi Chiassoni, Paolo Comanducci, Riccardo Guastini, Nicola Lupo, Giovanni Battista Ratti, Maria Cristina Redondo e Vittorio Villa per aver letto e commentato una versione precedente di questo lavoro.

1. Cfr. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico* (1961), Giappichelli, Torino 1996, parte II, spec. capp. II, III, v e VI, per il modo in cui queste idee convergono a formare il nucleo del positivismo giuridico inteso come "teoria del diritto" (da distinguere dal positivismo come "approccio scientifico" e come "ideologia").

si, ma ciononostante connessi, come vedremo anche nel seguito di questo lavoro²).

Ecco dunque che uno dei temi più dibattuti nella letteratura costituzionalistica italiana (e non solo) degli ultimi due decenni è costituito dalla "crisi" del sistema delle fonti³.

La principale incarnazione della crisi consisterebbe dunque nella frantumazione dell'ordinazione gerarchica delle fonti stesse: persa per sempre (con rammarico o con compiacimento, a seconda dei casi⁴) l'aspirazione, tipica della modernità, all'introduzione di una razionalità verticale nelle fonti del diritto presieduta dalla legge (quale presupposto "formale", seppure da solo non sufficiente, di una più complessiva opera di razionalizzazione del diritto⁵), si prende atto che i mutevoli rapporti di forza tra gli attori politici in una democrazia pluralista, il fluire incessante e incontrollabile delle relazioni di mercato nell'era della globalizzazione, il pluralismo e la complessità delle

2. Cfr. in particolare *infra*, PARR. 4.2.1, 4.2.3 e 4.2.5.

3. Ma cfr. già un precedente illustre quantomeno in W. Cesarini Sforza, *La crisi delle fonti*, in *Archivio Giuridico*: 1936, pp. 18-43. Tra i contributi più recenti: F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, CEDAM, Padova 2004, 2009², cap. 1; F. Modugno, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento 1, Giuffrè, Milano 1997, pp. 561-88; Id., *Epossibile parlare ancora di un sistema delle fonti?* (2008), in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>; Carlassare, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. XI, t. 2, Giuffrè, Milano 2008, pp. 536-67; A. Ruggeri, *Epossibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in Id., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, vol. XII, Giappichelli, Torino 2009, pp. 433 ss.; R. Bin, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa)*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. 1, *Delle fonti del diritto*, Jovene, Napoli 2009, pp. 35-60. In ambito non costituzionalistico, ha assunto la dignità di un vero e proprio classico in materia di crisi delle fonti il lavoro di N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano 1978, 1999⁴.

4. Malcelato compiacimento emerge ad esempio dalle pagine di P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano 2007⁵, pp. 8, 16, che considera l'idea della gerarchia delle fonti, insieme al primato della legge, appunto come esempi di tali mitologie. Ma cfr. anche Id., *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2009, per una ricostruzione storica (improntata a una valutazione negativa) dell'avvento delle codificazioni e dell'ordinamento delle fonti nella modernità giuridica; nonché Id., *Pagina introduttiva (ancora sulle fonti del diritto)* (2000), in Id., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 325-31; Id., *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica* (2002), *ivi*, pp. 279-300.

5. Alla razionalizzazione e semplificazione (in un ordine verticale) delle fonti come elemento di razionalizzazione e semplificazione formale del diritto, il progetto giuridico della modernità affiancava la semplificazione dei contenuti del diritto, che faceva perno in primo luogo sull'unicità del soggetto di diritto. Semplificazione delle forme e semplificazione dei contenuti erano finalizzate, congiuntamente, al superamento del pluralismo e del particolarismo tipici del diritto medievale e dell'Antico Regime. Su queste vicende, cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. 1, *Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna 1976; Id., *Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici* (1978), in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, il Mulino, Bologna 1988; R. Orestano, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, il Mulino, Bologna 1978, pp. 193 ss.

società contemporanee sono altrettanti fattori che si ripercuotono tutti – disgregandolo – sull'ordine delle fonti del diritto. Così, alla tradizionale rappresentazione ordinata e monolitica del sistema delle fonti, compendiate nella familiare figura della piramide, si sostituiscono ora figure più complesse e disarmoniche, come la rete, l'arcipelago, o l'edificio barocco⁶.

Cio detto, in questo contributo mi pongo un duplice obiettivo. In primo luogo, intendo difendere l'idea che i rapporti tra le norme e le fonti all'interno di un ordinamento siano regolati da meccanismi di tipo gerarchico – l'idea che abbia (ancora) senso parlare di gerarchia delle fonti del diritto e di gerarchia delle norme giuridiche. Da questo punto di vista questo studio andrà decisamente controcorrente, se è vero che nella letteratura costituzionalistica e «ormai [...] un luogo comune» sottolineare l'insufficienza e/o l'inadeguatezza del criterio di gerarchia per rendere conto dell'ordinamento giuridico italiano attuale⁷. Condizione di ciò, tuttavia, è che si definisca accuratamente la nozione rilevante di gerarchia normativa, depurandola da fuorvianti metafore di tipo "spaziale" (PARR. 3-3.2).

In secondo luogo, intendo mostrare che le relazioni gerarchiche tra fonti o tra norme sono determinate in maniera preponderante dalle attività interpretative (in senso lato) dei giuristi e degli organi dell'applicazione (PARR. 4-4.2.4).

6. G. Silvestri, *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in *Politica del Diritto*, 1, 1987, pp. 149-59 (spec. p. 149); Id., "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, pp. 173-89 (spec. p. 173, *la costruzione barocca*); A. Predieri, *La giurisprudenza della Corte costituzionale sulla gerarchia e sulla competenza di ordinamenti o di norme nelle relazioni fra Stato e Comunità Europea*, in AA.VV., *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Giuffrè, Milano 1991, p. 115 (*l'arcipelago*); F. Ost, M. van de Kerchove, *De l'apiramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, *Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles* 2002; F. Ost, *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, in M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino 2008; P. Grossi, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico* (2003), in Id., *Società, diritto, Stato*, cit., pp. 251-78 (spec. pp. 268-9, *la rete*); G. Zaccaria, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto*, oggi, in *"Ragion pratica"*: 22, 2004, pp. 93-120 (*l'arcipelago*); B. Pastore, *Le fonti e la rete: il principio di legalità rivisitato*, in Brunelli, Pugiotto, Veronesi (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, cit., pp. 257-79 (*rete e arcipelago*).

7. La citazione è tratta da G. U. Rescigno, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *"Diritto Pubblico"*, 3, 2002, pp. 767-862 (p. 801, nota 50); cfr. peraltro Id., *Gerarchia e competenza, tra atti normativi, tra norme*, in *"Diritto Pubblico"*, 1-2, 2010, pp. 1-54, per una difesa del criterio di gerarchia. La tesi dell'insufficienza del criterio gerarchico, da affiancare al criterio della competenza, risale quantomeno a V. Crisafulli, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *"Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico"*, 1960, pp. 779 ss. *L'inadeguatezza del criterio gerarchico di ordinazione delle fonti, che dovrebbe essere rimpiazzato da quello di competenza, è invece il Leitmotiv di Modugno, Fonti del diritto (gerarchia delle)*, cit.; cfr. anche A. Cerri, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino 1997, p. 94.

Questo ci porterà a formulare una conclusione paradossale sul rapporto tra fonti del diritto e interpretazione giuridica (PAR. 5); resterà poi da stabilire se si tratti di un paradosso reale o solo apparente.

Prima di sviluppare questi punti, comunque, sarà necessario introdurre brevemente la nozione di fonte del diritto e alcune idee a essa abitualmente associate (PARR. 2-2.2).

Un ultimo *caveat*: in questa sede mi occuperò delle fonti, della costruzione, decostruzione e ricostruzione delle fonti stesse e delle loro relazioni, assumendo specificamente come punto di vista il ruolo dei giuristi in generale e degli organi dell'applicazione in particolare. Non ignoro, ovviamente, che un elemento importante nella costruzione (e decostruzione, e ricostruzione...) del sistema delle fonti sia l'attività stessa di produzione del diritto in senso stretto, e che dunque l'ordine del sistema delle fonti dipenda, in questo senso, non da attività di interpretazione e applicazione del diritto, ma dalla distribuzione e dalla continua negoziazione del potere di produzione normativa in un dato ordinamento giuridico (e dunque in ultima analisi dai rapporti di forza tra le forze politiche operanti in quell'ordinamento); non è quest'ultimo, comunque, il punto di osservazione che mi interessa in questo lavoro.

Il punto di osservazione adottato, ripeto, sarà pressoché esclusivamente quello dei giuristi e degli organi dell'applicazione. Questo per due ordini di ragioni: uno di carattere affatto generale, e uno relativo specificamente al tema di questo saggio. La ragione di carattere generale rimanda all'assunzione, che qui faccio mia senza ulteriormente approfondirla⁸, che una dimensione centrale dei sistemi normativi istituzionalizzati (come paradigmaticamente sono i sistemi giuridici) sia rappresentata dalla dimensione in senso ampio "applicativa": il lavoro delle istituzioni dell'applicazione (law-applying institutions) è essenziale al fine di determinare l'identità di un sistema normativo istituzionalizzato. La ragione relativa specificamente all'oggetto di questo lavoro è che intendo mostrare come, in alcuni modi non banali, l'individuazione delle fonti e la loro ordinazione gerarchica dipendano in maniera determinante da varie attività degli interpreti. Le fonti del diritto, e il sistema delle fonti, in ultima analisi non sono un dato per gli interpreti, ma almeno in parte sono da essi determinati.

2. "FONTI DEL DIRITTO"

In prima approssimazione, per fonti del diritto si intendono con espressione metaforica tutti quei fatti (intesi qui in senso ampio, a includere sia "atti" che "fatti" giuridici) ai quali, in un dato contesto culturale od ordinamentale, e

8. Questa prospettiva è esplorata in particolare da J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Oxford 1975, 1990², pp. 123-48 (spec. pp. 132-7 per l'analisi delle *norm-applying institutions*).

riconosciuta la capacità di modificare e innovare l'ordinamento stesso⁹. Questa definizione è ovviamente incompleta, perché tra le altre cose non chiarisce a) quali siano i fatti qualificabili come fonti del diritto (ossia, a quali condizioni un certo fatto è considerato, in senso ampio, produttivo di diritto); e b) in cosa consista la produzione di diritto, ossia cos'è che viene, in senso ampio, prodotto dalle fonti. Una definizione completa e non apodittica di fonte del diritto dovrà includere anche questi elementi (su cui tornerò tra breve).

La locuzione "fonte del diritto" è, oltre che metaforica, ambigua, perché può indicare cose diverse tra loro, anche se collegate. (Una precisazione importante: tutti i sensi di fonte che illustrerò possono essere intesi in una accezione puramente descrittiva oppure in una accezione normativa: nel primo caso, si fa riferimento al contesto di scoperta, a ciò che di fatto è usato dagli interpreti come fonte; nel secondo caso, si fa riferimento al contesto di giustificazione, a ciò che gli interpreti sono, o si considerano, giustificati a utilizzare come fonte. Io assumerò il secondo senso, normativo, di fonte.)

a.) In un primo senso, "fonte del diritto" può indicare un testo, un documento, che è stato prodotto secondo determinate modalità e al quale è riconosciuta la capacità di esprimere norme (a seguito di interpretazione); questo sembra il significato più comune, ed è il significato veicolato quando si dice che la legge o la Costituzione sono fonti del diritto. Questa prima accezione di fonte può peraltro essere intesa, a sua volta, in due varianti che è opportuno distinguere¹⁰:

a.) in una prima variante, "fonte del diritto" si riferisce a un tipo di documento o di atto normativo. Questo è ciò che si intende quando si afferma che "la legge" o "la Costituzione", "il codice" o "i precedenti" sono o meno fonti del diritto;

9. Cfr. ad esempio T. Perassi, *Introduzione alle scienze giuridiche*, CEDAM, Padova 1967³, pp. 45-6; N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico* (1960), in Id., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1993, p. 179; A. M. Sandulli, *Fonti del diritto*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. VII, UTET, Torino 1961, pp. 524-33 (spec. p. 525); V. Crisafulli, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, Giuffrè, Milano 1968, pp. 925-66 (spec. p. 925); A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto. Articoli 1-9*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma 1977, p. 14; F. Modugno, *Fonti del diritto 1) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XIV, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1989, p. 1; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, vol. I, *Diritto pubblico generale*, il Mulino, Bologna 1997⁵, pp. 117-221 (spec. p. 117); L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna 1996, p. 21; Carlassare, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit., p. 539; L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2007, pp. 418-9; R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano 2010, p. 45; Id., *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino 2011, spec. p. 116.

10. L'utilità euristica di questa distinzione è sfruttata ad esempio da Rescigno, *Gerarchia e competenza, tra atti normativi, tra norme*, cit., al fine di difendere l'autonomia della categoria concettuale della gerarchia normativa rispetto a quella della competenza.

a.) in una seconda variante, "fonte del diritto" si riferisce a uno specifico documento o atto normativo (che verosimilmente e prima facie riconoscibile come fonte in quanto possiede le caratteristiche di una certa categoria di atti o documenti). Questo è ciò che si intende quando si dice, ad esempio, che una certa legge XY è la fonte di una certa disciplina. Quest'ultima accezione rende intellegibile la possibilità che gli interpreti, pur riconoscendo che un certo tipo di atto normativo, di documento, e astrattamente qualificabile come fonte del diritto, ritengono tuttavia che per certe ragioni quel documento non possa essere propriamente qualificato come fonte del diritto. In ipotesi: mentre gli interpreti certamente concordano che la legge sia, astrattamente, una fonte del diritto, è possibile che quegli stessi interpreti non considerino propriamente come fonte del diritto una certa legge che (con un esempio di Crisafulli, ripreso anche da Guastini) contenga «un'invocazione alla divinità, una formula dedicataria, un'enunciazione di motivi, una dichiarazione didascalica ed esortativa»¹¹. E lo stesso discorso può farsi, ad esempio, per una legge considerata tacitamente abrogata. Ovviamente, per attribuire o meno a un atto la qualifica di fonte in questo senso, è necessario esperire su tale atto un'attività interpretativa, poiché la qualificazione di fonte in questo senso è condizionata dal contenuto dell'atto stesso, e non solo dalle sue caratteristiche estrinseche che, in ipotesi, possono essere apprese senza indagare sul contenuto dell'atto stesso (ad es. il *nomen iuris*, la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale ecc.). Su ciò tornerò più volte nel seguito di questo lavoro.

b) In un secondo senso, nel linguaggio giuridico "fonte" è talvolta utilizzato per designare anche il tipo di procedimento o di attività che può produrre i testi o documenti di cui sopra. In questo senso, si dice ad esempio che la legislazione è fonte del diritto: è una attività che produce documenti normativi¹².

c) In un terzo senso, come "fonti del diritto" sono talvolta indicate anche le norme che autorizzano la produzione di altre norme: così, la fonte dell'attività legislativa e la costituzione (id est le norme costituzionali sul procedimento legislativo) ecc.¹³.

d) Infine, in un quarto senso sono "fonti del diritto" tutti i fattori che influiscono sul processo di attribuzione di significato da parte degli interpreti ai documenti giuridici¹⁴. Potremmo qualificare questo come l'insieme delle fonti "sostanziali" del diritto, distinte dalle fonti "formali" individuate principal-

11. Crisafulli, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit., p. 928; Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., p. 48.

12. Sulla possibilità che "fonte del diritto" si riferisca sia a procedimenti di produzione normativa sia al prodotto di tali procedimenti, cfr. Guastini, *La sintassi del diritto*, cit., p. 119.

13. Su quest'ultimo significato di fonte, cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), Etas, Milano 1994, pp. 133-4; si tratta di un uso criticato da Crisafulli, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit., p. 926.

14. A. Ross, *Diritto e giustizia* (1958), Einaudi, Torino 1965, p. 74.

mente dal senso a.), a.) e forse anche c) visti sopra. In tal senso (e si ricordi che assumo un significato normativo, e non puramente descrittivo, di fonte) vi saranno fonti sostanziali tipicamente interne al, e specifiche del, discorso giuridico, mentre altre sono comuni ad altri tipi di discorso, e altre ancora sono mutate da altri universi di discorso. Così, i metodi interpretativi (in senso ampio) sono fonti sostanziali interne al discorso giuridico, anche se solo in piccola parte esplicitamente disciplinati dal diritto positivo stesso¹⁵; mentre le convenzioni sintattiche e semantiche sono comuni al linguaggio ordinario (salvi i termini tecnici e tecnicizzati) e ad esempio le regole matematiche sono mutate da un diverso tipo di discorso.

Qui di seguito utilizzerò "fonte del diritto" principalmente nel senso a.) e a.): fonti del diritto sono documenti normativi, testi idonei a esprimere norme giuridiche a seguito di interpretazione. Si noti comunque che in uno Stato di diritto, e comunque nell'ambito di una concezione nomodinamica del diritto in cui ogni attività di produzione del diritto è anche allo stesso tempo un'attività di applicazione del diritto, il soggetto che produce documenti normativi lo fa solitamente in base a un potere attribuito da norme giuridiche, le quali norme sono (solitamente) il prodotto dell'interpretazione di altri documenti normativi; in questo senso, un documento normativo DN_1 (una fonte) è prodotto in base a quanto previsto da un altro documento normativo DN_2 (così come interpretato dal soggetto che produce DN_1). Da questo punto di vista, dunque, non è una forzatura affermare, kelsenianamente¹⁶, che DN_2 è fonte di DN_1 .

2.1. Questioni di metodo

È evidente l'importanza del problema delle fonti del diritto, sia sul piano teorico sia sul piano pratico. Sul piano teorico, l'individuazione delle fonti è ciò che marca la distinzione tra diritto e non diritto: è diritto solo ciò che è riconoscibile come tale in base a una fonte del diritto. Sul piano pratico, l'individuazione delle fonti è essenziale come guida all'attività di applicazione del diritto:

15. Cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano 1980, pp. 27-9 («fonti del diritto – in senso lato – sono anche le ideologie sulla completezza e sulla lacunosità dell'ordinamento, e sono le tecniche di estensione e le tecniche di integrazione delle leggi», p. 29; «la sistematica degli interpreti e [...] una ulteriore fonte del diritto») p. 32; B. Pastore, *Pluralismo delle fonti e interpretazione: il ruolo dei principi generali*, in "Diritto Privato", VII-VIII, 2001-02, pp. 65-95 (spec. pp. 72-3, sull'integrazione tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione); R. Bin, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, pp. 363-83 (spec. p. 374), considera i metodi interpretativi come "fonti extralegali".

16. Si noti però che Kelsen non distingue tra norma e documento normativo: usa "norma" per riferirsi a entrambe le cose.

normalmente, gli organi dell'applicazione sono vincolati ad applicare le norme identificate sulla base delle fonti; la possibilità di identificare una norma come regolarmente prodotta da una fonte e la disponibilità di criteri di ordinazione e di preferenza tra le molteplici fonti esistenti in un ordinamento sufficientemente complesso sono dunque fattori essenziali nel procedimento di applicazione del diritto".

In una maniera lievemente stipulativa, possiamo allora distinguere tre livelli di analisi del problema delle fonti.

Un primo livello di analisi è filosofico-giuridico: consiste nel chiedersi *cosa* sono le fonti del diritto, quale tipo di fatto possa, o non possa, aspirare alla qualificazione di fonte del diritto. Così, in una prospettiva giuspositivistica le fonti del diritto saranno esclusivamente fatti umani, in particolare (ma non solo) fatti umani deliberatamente volti alla creazione di diritto¹⁸; in una prospettiva giusnaturalista saranno inclusi tra le fonti del diritto *anche* fatti o entità ulteriori rispetto ai comportamenti umani deliberatamente volti alla creazione di diritto¹⁹ (la natura delle cose, la ragione umana, l'intuizione morale ecc.); in una prospettiva giusrealista (nella misura in cui essa sia distinguibile dal positivismo giuridico), saranno fonti del diritto comportamenti e credenze spesso non coscienti di certi attori sociali.

Un secondo livello di analisi è teorico-giuridico: consiste nel chiedersi *come* funzionano le fonti del diritto (previamente individuate sulla base di opzioni giusfilosofiche di sfondo): il loro rapporto con la validità, l'applicabilità, l'interpretazione, le relazioni tra fonti di tipo diverso, e soprattutto in cosa consista il prodotto delle fonti (solo norme generali e astratte? anche norme individuali?).

Un terzo livello di analisi è dogmatico, e consiste nel chiedersi *quali* sono le

17. «La teoria delle fonti, strutturata in un sistema ordinato dal principio di gerarchia e da regole sulla successione delle leggi nel tempo, e nata per guidare l'opera dell'interprete, e quindi del giudice) (Bin, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa)*, cit., p. 40). In proposito cfr. anche H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford 1961, 1994², pp. 100-1. Per un'indicazione più dettagliata delle conseguenze pratiche dell'identificazione delle fonti nell'ordinamento italiano, cfr. Crisafulli, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit., pp. 935-6; Modugno, *Fonti del diritto 1) Diritto costituzionale*, cit., p. 2; Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., pp. 57-69; R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino 2009, pp. 30-1; Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 55-8.

18. Non approfondisco qui la questione se una posizione giuspositivistica possa coerentemente ammettere che tali fatti umani facciano a loro volta rinvio a criteri morali. La risposta positiva è difesa dal cosiddetto "positivismo giuridico inclusivo" (Jules Coleman, Matthew Kramer, Jose Juan Moreso, Vittorio Villa, Wil Waluchow), la risposta negativa dal cosiddetto "positivismo giuridico esclusivo" (Joseph Raz, Scott Shapiro, John Gardner).

19. Infatti nessuna posizione giusnaturalista negherebbe che il diritto sia anche un prodotto umano. Il diritto positivo è però subordinato, quanto alla sua validità, alla sua obbligatorietà, al suo essere "vero diritto" ecc., al diritto naturale.

fonti del diritto in un certo ordinamento²⁰, operazione di identificazione che presuppone ovviamente il possesso, anche tacito, di nozioni filosofiche e teoriche sulle fonti stesse.

Qui di seguito adotterò una prospettiva di analisi di tipo teorico-generale. Questa analisi per un verso presupporrà la mia adesione a una prospettiva di tipo giuspositivistica; e per altro verso sarà condizionata dai dati empirici provenienti dall'ordinamento giuridico che conosco meglio, quello italiano. L'indagine teorica ha infatti una funzione innanzitutto ricostruttiva ed esplicativa, cerca di elaborare modelli e categorie che rendano meglio comprensibili i fenomeni sotto osservazione; dunque una indagine teorica sulle fonti è legata a doppio filo ai dati di uno o più ordinamenti giuridici: perché elabora le proprie categorie a partire da tali dati, e perché ha successo se riesce a spiegare adeguatamente quei dati²¹.

2.2. Per una definizione di fonte del diritto

Tutto ciò premesso, come abbiamo visto, sia la definizione completa di fonte del diritto sia (aggiungiamo adesso) l'identificazione in concreto di una fonte presuppongono la risposta a due quesiti: 1. per quale ragione considerare un documento o un procedimento come produttivo di norme giuridiche (ad es. se ciò è autorizzato da un'altra norma); 2. se il documento prodotto sia idoneo a esprimere norme (abbia forza precettiva).

La risposta al primo quesito sembra ovvia: sono fonti del diritto quei fatti (in senso ampio) considerati come produttivi di diritto da un certo ordinamento giuridico. Questa risposta è però palesemente *question-begging*: cosa vuol dire infatti che "un ordinamento giuridico" considera qualcosa come fonte? Sembrano possibili due risposte²²: in primo luogo, vi è una fonte all'interno di un ordinamento se un certo tipo di fatto è considerato produttivo di diritto da una norma giuridica valida di quell'ordinamento. In secondo luogo, vi è una fonte all'interno di un ordinamento se gli interpreti e in particolare gli organi dell'applicazione all'interno di quell'ordinamento considerano quel fatto come produttivo di diritto. Entrambe le risposte, tuttavia, rimandano a spinosi problemi teorici. La prima sembra innescare un regresso all'infinito: dove termina la catena delle norme convalidanti? La seconda sembra vittima di circolarità: il diritto positivo è infatti identificato dagli organi

20. Questa è ad esempio la prospettiva dichiaratamente adottata in Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., pp. 20-4.

21. Sulla "falsificabilità" delle teorie delle fonti, cfr. Bin, Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 30-3.

22. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 45-9, distingue in proposito tra concezione "formale" e "materiale" delle fonti.

dell'applicazione, i quali sono a loro volta identificati sulla base del diritto positivo stesso.

Anche la risposta al secondo quesito sembra, a prima vista, ovvia: le fonti del diritto producono norme giuridiche. Ma anche in questo caso l'ovvietà della risposta è ingannevole: in primo luogo, le fonti non producono *direttamente* norme giuridiche; producono piuttosto (o sono esse stesse, a seconda dell'accezione rilevante) testi, disposizioni, e dunque producono un presupposto (uno dei presupposti) affinché possano poi essere individuate, a seguito di attività interpretativa, le norme giuridiche²³. In secondo luogo, occorre delimitare il concetto di norma giuridica. Sono norme giuridiche nel senso rilevante solo le norme generali e astratte?²⁴ Oppure contano anche le norme individuali, come quelle contenute nel dispositivo della sentenza giudiziale?²⁵ È necessario che tali norme abbiano una portata innovativa nei confronti dell'ordinamento, di modo che siano escluse dalla nozione di fonte gli atti che producono o che contengono norme (specifiche) esattamente e deduttivamente derivate da norme più generali?²⁶

Pur essendo consapevole del rilievo di questi problemi, ai fini di questo saggio non ritengo necessario prendere precisa posizione su ciascuno di essi. Mi doterò piuttosto di una definizione di fonte del diritto utile alla prospettiva qui adottata, che è quella del rapporto tra fonti (e loro gerarchia) e interpretazione.

Definirò dunque come fonte del diritto un documento²⁷ che gli interpreti e in particolare gli organi dell'applicazione sono giustificati nel considerare normativo, cioè idoneo a esprimere norme a seguito di attività interpretativa²⁸.

Questa definizione ha almeno due aspetti interessanti. In primo luogo, gli interpreti devono avere una ragione di qualche tipo (ma comunque in senso

normativo, attinente al contesto di giustificazione) per considerare un certo documento come fonte. In secondo luogo, ciò che la fonte produce (o, a seconda dei casi, ciò che la fonte è) non è la norma, ma qualcosa che a seguito di interpretazione può dare luogo a norme.

Si tratta di una definizione teorica: non ci dice nulla su quali siano i criteri che permettono di ritenere giustificata la qualificazione di un documento come normativo. Questi criteri possono consistere, ad esempio, nell'esistenza di una norma valida, positiva, sulla produzione giuridica che autorizza o impone espressamente agli organi dell'applicazione l'utilizzo di quel (tipo di) documento come fonte del diritto; o possono consistere nella deferenza al *nomen iuris* attribuito a un certo documento da parte dell'autorità di produzione normativa; o ancora nella deferenza a una valutazione (sull'attitudine di un certo documento a essere fonte) effettuata da un altro organo dell'applicazione; o in una preferenza, da parte dell'interprete, per le norme emanate da una certa autorità rispetto a quelle emanate da un'altra autorità (ad es. in una certa materia).

Di fatto, tali criteri saranno determinati da ciascun ordinamento, e in ultima analisi dalla cultura giuridica, o ideologia delle fonti del diritto, condivisa da ciascun interprete. Per ideologia delle fonti del diritto intendo una generale (e spesso anche generica) concezione del diritto condivisa o presupposta dagli operatori all'interno di una certa cultura giuridica²⁹: l'ideologia delle fonti del diritto consiste di direttive che non concernono direttamente il modo di risolvere una controversia giuridica, ma indicano il modo secondo il quale il giudice dovrà procedere per scoprire la direttiva o le direttive rilevanti per la controversia di cui si tratta³⁰. L'ideologia delle fonti del diritto si sovrapp-

23. Nella dottrina costituzionalistica, che pure ha familiarità con la distinzione tra disposizioni e norme, è assai frequente che si alluda a un rapporto diretto e immediato tra le fonti e le norme (nel senso che le fonti sono ciò che producono norme), senza alcun riferimento al ruolo imprescindibile dell'interpretazione nel mediare tra le due. Cfr. ad esempio Sandulli, *Fonti del diritto*, cit., p. 525; Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, cit., p. 14; Modugno, *Fonti del diritto 1) Diritto costituzionale*, cit., p. 1; Carlassare, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit., p. 539.

24. Così Sandulli, *Fonti del diritto*, cit., pp. 525, 529; Carlassare, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit., p. 540; Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., p. 472.

25. Così C. Esposito, *La validità delle leggi* (1934), Giuffrè, Milano 1964, pp. 77 ss.; Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit.

26. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., p. 46.

27. Per mera comodità espositiva tralascio dunque di includere in questo lavoro lo studio della consuetudine, che richiederebbe ulteriori qualificazioni (ma non modifiche sostanziali) all'argomento qui esposto. A ogni modo assumo come dato di fatto incontrovertibile la centralità della dimensione linguistica e documentale nel diritto moderno.

28. Cfr. J. Raz, *Legal Reasons, Sources, and Gaps* (1979), in Id., *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford 1979, 2009², p. 66 («legal sources are reasons for action»).

29. Alcuni esempi di ideologie delle fonti del diritto: ideologia legalista (il primato della legge), ideologia costituzionalista (il primato della Costituzione), ideologia europeista (il primato del diritto comunitario), ideologia giusrealista (il primato del diritto giurisprudenziale). È piuttosto difficile (quasi un'ipotesi di scuola) che i giuristi operanti in un certo ordinamento giuridico condividano tutti la medesima ideologia delle fonti del diritto. Più realisticamente, i giuristi operanti in un certo ordinamento giuridico danno luogo, consapevolmente o meno, a una sorta di competizione tra differenti ideologie delle fonti del diritto (tra le quali si da ovviamente anche un grado di *overlapping consensus*, altrimenti non riuscirebbero nemmeno a riconoscersi reciprocamente come giuristi, come impegnati nello stesso gioco). Tra queste ideologie, alcune potranno essere individuate come dominanti, maggioritarie, o comunque condivise dagli organi più autorevoli (quelli che hanno l'ultima parola). Per ulteriori spunti in proposito, cfr. *infra*, PAR. 5.

30. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., p. 72. Il concetto di ideologia delle fonti del diritto include non solo criteri per l'individuazione delle fonti rilevanti, ma anche metodologie interpretative (per l'individuazione delle *norme applicabili*), e dunque i sensi *a*., *a*.) e *d*.) visti *supra*, PAR. 2. Sembra abbastanza affine la nozione di "direttive assiomatiche" articolata da P. Chiassoni, *Codici interpretativi. Progetto di voce per un Vademecum giuridico*, in "Analisi e Diritto", 2002-03, pp. 55-124 (spec. pp. 74-98).

pone così al materiale normativo "grezzo" (i documenti giuridici ritenuti *prima facie* validi e rilevanti) ed è determinante nella selezione e individuazione del diritto applicabile, cioè del diritto che è destinato a diventare efficace o del diritto la cui efficacia è considerata giustificata: guidando gli interpreti nella scelta delle norme applicabili, sulla base di argomenti interpretativi ritenuti giustificati, e nell'attribuzione stessa di valore normativo ai documenti giuridici.

3. LA COSTRUZIONE GERARCHICA DELLE FONTI DEL DIRITTO

Il modo più familiare e abituale con il quale i giuristi raffigurano le fonti del diritto – e dunque l'ordinamento giuridico – consiste in una costruzione gerarchica articolata in "gradini" o livelli, che può essere vista dall'alto in basso (partendo dalle norme più importanti, che occupano le posizioni apicali nel sistema, per arrivare alle norme di dettaglio, specifiche, attuative), o dal basso verso l'alto. Nel primo caso, si adotta in maniera privilegiata³¹ la prospettiva della produzione del diritto, nel secondo caso si adotta in maniera privilegiata la prospettiva dell'applicazione del diritto. In questo schema, dunque, ciò che sta "in alto" nella struttura piramidale deve essere attuato tramite gli atti normativi che si pongono nei gradini via via inferiori, mentre ciò che sta "in basso" è legittimato esattamente dalla circostanza di attuare ciò che è richiesto dai gradini superiori.

La struttura gerarchica delle fonti del diritto viene altrettanto abitualmente ricondotta a qualche metafora di carattere spaziale, come la piramide o la scala³², ed è questa dimensione "verticale", come accennavo prima, a essere considerata ormai antiquata e superata da nuove modalità di atteggiarsi del sistema (se di "sistema" può ancora parlarsi)³³. La raffigurazione piramidale dell'ordine delle fonti è però fuorviante, perché unifica in sé due distinti tipi di gerarchie normative – le gerarchie strutturali e le gerarchie materiali – e trascura inoltre il fatto che i rapporti tra le fonti del diritto sono continuamente

31. Ma non esclusiva, visto che ogni atto di produzione del diritto è anche un atto di attuazione, e viceversa.

32. H. Kelsen, *Theorie pure du droit* (1960), Dalloz, Paris 1962, p. 266 («pyramide ou hiérarchie de normes»; si noti che questa espressione non è presente nella traduzione italiana *Dottrina pura del diritto*); Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 184 («costruzione a piramide dell'ordinamento giuridico»); Sandulli, *Fonti del diritto*, cit., pp. 525, 527 (la «scala gerarchica delle norme»); Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, cit., pp. 40-2; il «modello della scala o della piramide» in relazione al criterio gerarchico di soluzione delle antinomie, è evocato ad esempio da M. Luciani, *Fonti del diritto*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, Il Sole 24 Ore, Milano 2007, vol. 6, pp. 469-95 (spec. p. 472); di «scala delle fonti» e «scala delle norme» parla Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., pp. 905-8; Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., p. 62.

33. Cfr. in proposito la discussione tra Modugno, *Epossibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, cit., e Ruggeri, *Epossibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, cit.

rivisti e rimessi in discussione dall'operare di un terzo tipo di gerarchia: le gerarchie assiologiche.

Per rendere comprensibile questa affermazione dovremo pertanto spendere qualche parola sulle possibili diverse relazioni gerarchiche che possono intercorrere tra le norme e le fonti di un ordinamento. Ciò che intendo mostrare è che la nozione di gerarchia normativa è sia una nozione in sé coerente e sensata come concetto teorico, sia una nozione ancora adeguata, dal punto di vista ricostruttivo, per la comprensione degli ordinamenti giuridici contemporanei.

3.1. Sul concetto di gerarchia normativa

La nozione di gerarchia normativa e la situazione in cui, dato un complesso di norme (in teoria, almeno due), una o alcune di esse risultino gerarchicamente sovraordinate rispetto alle altre (mentre queste ultime sono gerarchicamente subordinate rispetto alle prime).

Seguendo una tipologia proposta da Riccardo Guastini, possiamo individuare come principali tipi di gerarchie normative: le gerarchie strutturali, le gerarchie materiali e le gerarchie assiologiche³⁴.

3.1.1. Gerarchie strutturali

La gerarchia *strutturale* è una relazione tra una *norma* (o complesso di norme) N e una *disposizione* (o atto normativo) D³⁵, in base alla quale la disposizione D deve essere prodotta secondo le modalità previste dalla norma o complesso

34. R. Guastini, *Invalidity*, in "Ratio Juris", 7, 1994, pp. 212-26 (spec. pp. 217-9); Id., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 121 ss.; Id., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli, Torino 2006, pp. 41 ss., 233-8; Id., *Le fonti del diritto*, cit., pp. 241-54. Ho provato a sviluppare ulteriormente queste nozioni in G. Pino, *Norme e gerarchie normative*, in "Analisi e Diritto", 2008, pp. 263-99. Guastini individua anche ulteriori tipi di gerarchia normativa, come le gerarchie "logiche" o "linguistiche", che in questa sede saranno trascurate (cfr. ad es. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 244-5). Problema diverso e ovviamente la presenza di una terminologia non univoca nella letteratura giuridica e teorico-giuridica a proposito delle gerarchie normative: cfr. ad esempio S. Bartole, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. xxxv, Giuffrè, Milano 1986, p. 531, che usa "gerarchia formale" per designare ciò che qui sarà invece definito come "gerarchia materiale", e "gerarchia materiale" per designare ciò che qui sarà invece definito come "gerarchia assiologica"; una terminologia ancora diversa in Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., cap. VII. Per una panoramica in proposito, cfr. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, cit., pp. 41 ss., 233-8.

35. Sembra invece riferirla a una relazione tra *norme* Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, cit., p. 49; Id., *Garantismo e dottrina pura a confronto*, in "Analisi e Diritto", 2009, pp. 213-23 («la gerarchia strutturale o formale [...] intercorre tra le norme sulla produzione giuridica, in senso stretto, e le norme la cui produzione è da queste regolata») p. 219).

di norme N. Di conseguenza, la norma o complesso di norme N risulta gerarchicamente sovraordinata in senso strutturale alle disposizioni D³⁶.

Per fare qualche esempio, la legge costituzionale e la legge di revisione costituzionale sono prodotte secondo le norme della Costituzione che disciplinano il procedimento di revisione e di adozione di altre leggi costituzionali (art. 138 Cost.) e quindi sono, in questo senso, gerarchicamente inferiori a quest'ultima; lo stesso vale per la legge (ordinaria), rispetto alle norme della costituzione che disciplinano il procedimento legislativo (artt. 70-74 Cost.)³⁷; per i regolamenti, rispetto alle norme di legge che disciplinano la potestà regolamentare dell'esecutivo (legge 23 agosto 1988, n. 400); per le sentenze, rispetto alle norme di procedura che ne disciplinano la produzione e così via.

Così definita, la gerarchia strutturale è strettamente associata a uno specifico profilo del concetto di validità: quella formale, che consiste nell'assenza di vizi formali o procedurali nella formazione di un atto giuridico (e dunque anche delle disposizioni ivi contenute); essa risiede dunque nel rispetto di tutte le (meta-)norme formali, procedurali e di competenza previste per la formazione di quel tipo di atto. La validità formale include anche la circostanza che la disposizione di cui si tratta non sia stata abrogata (l'abrogazione espressa toglie dunque validità formale a una disposizione). Pertanto, anche le norme che disciplinano l'abrogazione espressa sono gerarchicamente sovraordinate, in senso strutturale, alle disposizioni rilevanti.

3.1.2. Gerarchie materiali

Una gerarchia materiale è una relazione tra due norme N, e N₁, tale che la norma N₁ non può porsi in contrasto con (il contenuto della) la norma N, pena la sua invalidità: ciò evidentemente presuppone una terza norma (o complesso di norme) N₂, che dispone questo effetto e verosimilmente indica con quali procedure questo effetto di annullamento sarà raggiunto. Così, dato un contrasto tra una norma N, e una norma N₁, se tale contrasto è risolto (in

36. Questo è il senso specifico in cui ad esempio Kelsen concepisce il rapporto gerarchico tra norme, e dunque la struttura gerarchica dell'ordinamento giuridico, cioè come un rapporto di derivazione dinamica di validità: Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 113-5, 125-6; Id., *La dottrina pura del diritto* (1960), Einaudi, Torino 1990, pp. 226, 235, 251-310. Kelsen comunque ammette che, specialmente a livello infracostituzionale, il principio di derivazione dinamica di validità sia spesso integrato da un principio statico.

37. Secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale e parte della dottrina costituzionalistica non si darebbe, invece, gerarchia strutturale tra la legge e le norme dei regolamenti parlamentari che riguardano lo svolgimento del procedimento legislativo: l'eventuale mancato rispetto di queste norme non darebbe infatti adito ad alcun tipo di incostituzionalità della legge (nonostante quanto sembrerebbe affermare l'art. 72 Cost.); sarebbe solo una *political question*.

base alla norma N₂) disponendo l'invalidità della norma N₁, allora la norma N₁ è gerarchicamente subordinata, in senso materiale, alla norma N₂.

Le gerarchie materiali, dunque, sono istituite dall'esistenza di norme del tipo N₂, norme che stabiliscono meccanismi istituzionali di annullamento di altre norme: così, ad esempio, l'esistenza di norme sul controllo di costituzionalità che permette di affermare che una Costituzione è rigida (e gerarchicamente sovraordinata, in senso materiale, alla legge).

Oltre al rapporto tra legge e Costituzione rigida, altri esempi di gerarchia materiale sono il rapporto tra legge delega e legislazione delegata; tra legge e atti amministrativi, in virtù delle norme che dispongono l'annullabilità di atti amministrativi per violazione di legge o per incompetenza; il rapporto tra legge e sentenza, in virtù delle norme che dispongono l'annullamento di sentenze «per violazione o falsa applicazione di norme di diritto»³⁸; tra legge e contratto, in virtù delle norme che dispongono l'annullamento di contratti per violazione di norme imperative o per violazione di altri requisiti previsti dalla legge³⁹ e così via.

Normalmente le gerarchie materiali sono espressamente istituite da norme esplicite, mentre è meno frequente, anche se nient'affatto impossibile (come vedremo *infra*, PAR. 4.2.1), che siano istituite da norme implicite, ossia che siano introdotte dagli interpreti per via interpretativa: in generale, tutte le volte in cui un certo organo giurisdizionale amplia in via "interpretativa" la propria competenza in modo da ricomprendervi il giudizio sulla validità di certi tipi di norme, questo equivale alla creazione in via interpretativa di una gerarchia materiale.

Anche il concetto di gerarchia materiale è strettamente associato a uno specifico profilo del concetto di validità: la validità materiale. Pertanto, una norma N₁ è materialmente valida quando non presenta contraddizioni rispetto ad altre norme N₂, ... N_n, in tutti e solo i casi in cui tale contraddizione può determinare una pronuncia autoritativa di annullamento di N₁ (non ogni conflitto tra norme, infatti, determina la conseguenza che una delle due norme sia invalida in senso materiale). Com'è evidente, la validità materiale concerne il significato degli atti normativi interessati, e pertanto riguarda norme (non disposizioni)⁴⁰. Si noti però che, di solito, l'accertamento e la dichiarazione dell'invalidità materiale della norma da parte dell'autorità competente possono incidere in vario modo anche sulla disposizione che la esprime; infatti una

38. Artt. 360 c.p.c. e 606 c.p.p.

39. Art. 1418 c.c.

40. Nuovamente, sembra sostenere il contrario Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 130, quando afferma che anche la validità materiale può essere riferita indifferentemente a una «norma, disposizione o fonte» (nello stesso senso, cfr. anche p. 133 sull'invalidità materiale). In precedenza Guastini aveva invece distinto, a mio avviso correttamente, tra vizi (formali e procedurali) che riguardano la validità di testi normativi e vizi (contenutistici) che riguardano invece le norme espresse da quei testi (*Invalidity*, cit., pp. 219-22).

dichiarazione di invalidità (materiale) di una norma può comportare la totale eliminazione anche della disposizione che esprime la norma invalida (come nel caso delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale), oppure la sua modificazione al fine di eliminare la ragione dell'invalidità (come nel caso delle sentenze cosiddette manipolative – additive o sostitutive – della Corte costituzionale).

3.1.3. Gerarchie assiologiche

Una gerarchia assiologica è una relazione tra due norme N , e N_1 , tale che la norma N , è considerata più importante, prevalente, preferibile, rispetto alla norma N_1 . Il rapporto di preferenza dipende da una valutazione comparativa sostanziale dell'importanza delle norme coinvolte: in base a una gerarchia assiologica, una norma prevale su un'altra se è considerata maggiormente adeguata ai valori, ai principi, alle dottrine etico-politiche che ispirano il sistema giuridico, o un suo sottosistema (il giudizio di importanza comparativa può riguardare, ovviamente, sia specifiche norme individualmente considerate sia classi o tipi di norme).

In generale, una gerarchia assiologica determina l'applicabilità di una norma (considerata più importante) e la disapplicazione di altre (meno importanti). Una gerarchia assiologica si risolve dunque in un criterio positivo o negativo di applicabilità⁴¹. Il concetto di gerarchia assiologica rimanda dunque alla nozione di applicabilità (in particolare all'applicabilità di norme): ogniqualvolta un criterio di applicabilità stabilisce quale norma o tipo di norma applicare a preferenza di un'altra norma o tipo di norma, con ciò stesso stabilisce una gerarchia assiologica tra quelle due norme o tipi di norme.

Una gerarchia assiologica può concorrere anche con una gerarchia materiale, e in tal caso la norma "inferiore" è non solo disapplicata, ma anche dichiarata invalida (o meglio è disapplicata oppure dichiarata invalida a seconda che l'organo dell'applicazione di volta in volta interessato abbia o meno anche il potere di annullare norme). Questa è, però, solo una possibilità contingente: non è detto che tra due norme si diano al contempo un rapporto di gerarchia assiologica e uno di gerarchia materiale.

In un senso ampio, tutti i tipi di gerarchia normativa, e in generale l'instaurazione di meccanismi di preferenza tra norme sono, in ultima analisi, assiologici: rappresentano l'esito di una scelta di valore⁴². Così, le gerarchie materiali

41. Su queste nozioni, cfr. G. Pino, *L'applicabilità delle norme giuridiche*, in "Diritto & Questioni Pubbliche", 11, 2011 (in corso di stampa).

42. Per alcuni spunti in tal senso, cfr. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 219-21; J. Raz, *On the Autonomy of Legal Reasoning* (1993), in Id., *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, Oxford 1994, pp. 326-40 (spec. p. 331).

sono istituite in esito a una valutazione di preferenza a favore dell'organo che produce le norme materialmente sovraordinate, dettata a seconda dei casi da considerazioni di maggior rappresentatività democratica o di competenza tecnica ecc.: questo è ben esemplificato dal criterio della *lex superior* per la soluzione delle antinomie, ove sia utilizzato per dichiarare l'invalidità della norma inferiore, che riflette un'opzione ideologica in favore di un tipo di fonte rispetto ad altre (ad es. in considerazione del maggior grado di rappresentatività democratica dell'organo che la produce)⁴³. Lo stesso vale per il criterio della competenza, che risponde a una scelta politica in favore di una certa divisione del lavoro tra organi dello Stato, in modo che la disciplina di alcune materie viene riservata in via esclusiva o prioritaria a certi soggetti (Regioni, autorità amministrative indipendenti, rami dell'amministrazione ecc.). Lo stesso si può dire, infine, anche per le gerarchie strutturali: la scelta di una procedura, e il modo di strutturarla per produrre atti normativi formalmente validi, e tutt'altro che *value-free*⁴⁴.

In un senso più specifico, però, la nozione di gerarchia assiologica può essere riferita ai soli casi in cui viene istituito un rapporto di preferenza tra due (o più) norme, in base a un criterio giuridico positivo oppure sapienziale, senza che ciò determini necessariamente invalidità, annullamento o abrogazione della norma meno importante. E in questo senso che qui verrà definita la nozione di gerarchia assiologica.

La nozione di gerarchia assiologica rileva non solo nei rapporti tra norme ma anche nei rapporti tra documenti normativi (e cioè tra fonti). Ciò in due modi: in primo luogo, spesso l'interprete può avere ragioni per preferire un (tipo di) documento normativo a un altro, indipendentemente dal contenuto dei documenti coinvolti: e quindi la gerarchia assiologica si manifesta in una preferenza che emerge già al livello della fonte, e non della norma (questo è il caso, ad esempio, del principio di legalità in materia penale: l'interprete deve preferire la legge rispetto alle altre fonti; e lo stesso vale in generale per tutti i casi di riserva di legge). In secondo luogo, un'attività costante di disapplicazione di una certa norma da parte degli organi dell'applicazione (perché quella norma è ritenuta recessiva rispetto a un'altra in una gerarchia assiologica) produce un risultato che, nei fatti, è indistinguibile rispetto all'annullamento della norma recessiva e all'abrogazione della disposizione che la esprime⁴⁵.

43. Sull'origine storica, e ideologica, del criterio della *lex superior*, cfr. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., spec. pp. 47-52.

44. M. Rosenfeld, *Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica* (1998), il Mulino, Bologna 2000, pp. 228-37; A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2003, p. 23.

45. Per l'opinione che la disapplicazione (o inefficacia) di una norma produca un risultato sostanzialmente identico alla sua abrogazione, cfr. E. Bulygin, *Dogmatica giuridica e sistematizzazione del diritto* (1983), in Id., *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino 1995, pp. 117-40 (spec. pp. 133-5); E. Bulygin, D. Mendonca, *Normas y sistemas normativos*, Marcial Pons,

3.2. Gerarchie *normative* e fonti del diritto

Date queste diverse nozioni di gerarchia normativa, in che senso si parla di una gerarchia di o tra fonti del diritto? Di gerarchia delle fonti del diritto solitamente si parla, mi pare, nelle seguenti accezioni:

- a) quando una fonte disciplina la produzione di un'altra fonte;
- b) quando un tipo di fonte non può abrogare, in via di abrogazione espressa, un altro tipo di fonte, a pena di invalidità (*rectius*: quando le norme espresse da una fonte non possono disporre l'abrogazione espressa di una certa fonte, a pena di invalidità materiale);
- c) quando una fonte non può derogare, in via di abrogazione tacita, a un altro tipo di fonte, a pena di invalidità (*rectius*: quando le norme tratte da un tipo di fonte non possono contraddire le norme tratte da un altro tipo di fonte, a pena di invalidità materiale);
- d) quando un tipo di fonte deve essere preferito a un altro tipo di fonte, anche a prescindere da conseguenze in termini di invalidità.

Usando le nozioni di gerarchia normativa introdotte nel paragrafo precedente, notiamo agevolmente che il caso a) è una gerarchia strutturale; i casi b) e c) costituiscono gerarchie materiali; il caso d) è una gerarchia assiologica.

Si noti inoltre che i concetti di gerarchia materiale e di gerarchia assiologica, e quelli rispettivamente correlati di validità materiale e di applicabilità, sono perfettamente idonei, senza che sia necessario alcun adattamento, a rendere conto del cosiddetto criterio di competenza⁴⁶. Tale criterio, spesso individuato come un quarto e nuovo criterio di soluzione delle antinomie, in aggiunta ai tre tradizionali criteri della *lex superior*, della *lex posterior* e della *lex specialis*⁴⁷, implica che un contrasto tra due norme vertenti su una certa materia dovrà essere risolto a favore della norma emanata dall'autorità che è competente (in base ad altre norme) a regolamentare quella materia (si noti peraltro

Madrid-Barcelona 2005, pp. 78-81; J. L. Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, CEPIC, Madrid 2002, pp. 168-70; G. B. Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Giappichelli, Torino 2008, pp. 134-7.

46. Su cui cfr. Crisafulli, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, cit.; Id., *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit.; Paladini, *Le fonti del diritto italiano*, cit., pp. 83-5; A. Celotto, *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, in F. Modugno, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Giappichelli, Torino 2003, pp. 131-270 (spec. pp. 218-23); Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 234-6; Modugno, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, cit.; Luciani, *Fonti del diritto*, cit., p. 476; A. Vignudelli, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino 2008, pp. 211-3; Bin, Pitrucella, *Le fonti del diritto*, cit., cap. 1.

47. Nel dibattito costituzionalistico è però presente anche la tesi che il criterio della competenza ha sostituito il criterio di gerarchia: cfr. Modugno, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, cit.; Id., *"Fonti" del diritto e sistema normativo*, in <http://www.robertobin.it/Seminario09.htm>.

che la rilevanza del criterio di competenza va oltre il problema delle antinomie: il criterio della competenza può servire a individuare la norma valida e/o applicabile anche a prescindere da qualunque contrasto normativo). Si tratta, inoltre, di un criterio sempre più diffuso, causa ed effetto della sempre maggiore complessità degli ordinamenti contemporanei in cui il potere di produzione normativa non è più accentrato e monopolizzato dal legislatore-Parlamento, ma è "diffuso" tra Stato centrale ed enti locali, tra Stato e Unione Europea, e affidato a certi soggetti che hanno una specifica competenza tecnica in determinate materie (autorità amministrative indipendenti con poteri normativi ecc.). Il criterio della competenza è solitamente indicato come un criterio "nuovo" di ordinazione tra norme, e la sua novità dovrebbe creare problemi al concetto di gerarchia normativa, cioè all'idea che le norme dell'ordinamento sono disposte in una scala gerarchica: dovrebbe, in particolare, mettere fuori gioco l'immagine "verticale", la tradizionale raffigurazione piramidale dell'ordinamento, e restituire invece un'immagine policentrica, pluralistica, "a rete", dell'ordinamento giuridico.

A ben vedere, però, una volta che la nozione di gerarchia sia stata affrancata da ogni impropria metafora spaziale, e sia stata ricondotta a una nozione teorica che designa un certo tipo di rapporto tra norme, ci si accorge che non vi è nulla nel criterio di competenza che non possa essere riportato alle nozioni teorico-generaliste di gerarchia qui elaborate. Infatti, in base al criterio di competenza una norma N, prevale su una norma M, se è previsto dalla norma N, che una certa materia sia regolata solo dalle norme di tipo N, emanate dall'autorità A.; tale prevalenza potrà verificarsi o nella forma dell'invalidità (materiale) della norma M, (se ciò è previsto da una ulteriore norma N,) o nella forma della disapplicazione della norma M. Come è evidente, entrambe queste situazioni sono perfettamente riconducibili alla concettualità qui introdotta: la prima situazione ricade esattamente nella definizione di gerarchia materiale e di validità materiale, mentre la seconda ricade nella definizione di gerarchia assiologica. Non è necessario, pertanto, accantonare l'idea della gerarchia normativa, ove questa venga correttamente definita, per far posto al criterio di competenza⁴⁸.

4. FONTI DEL DIRITTO E INTERPRETAZIONE

Dal quadro appena tracciato, emerge un intreccio alquanto complesso di rapporti tra fonti del diritto e interpretazione.

Per un verso, infatti, l'interpretazione determina il contenuto delle fonti, le norme; e questo è ormai abbastanza pacifico. Per altro verso, però, l'interpreta-

48. Una dettagliata difesa di questa tesi è in Rescigno, *Gerarchia e competenza, tra atti normativi, tra norme*, cit.

zione interviene anche prima della qualificazione di un documento come fonte⁴⁹. Cio in vari modi.

Innanzitutto, poiche le fonti sono documenti emanati in esito a una certa procedura (a sua volta disciplinata da norme: gerarchia strutturale), un primo intervento "interpretativo" consiste nel verificare se la procedura rilevante sia stata effettivamente e correttamente seguita (questa, in realta, piu che una interpretazione in senso stretto e una "qualificazione" o "sussunzione" di certi fatti nello schema fornito da alcune norme).

In secondo luogo, poiche la procedura rilevante e disciplinata da norme, tali norme non possono non essere a loro volta frutto di interpretazione⁵⁰.

In terzo luogo, l'interprete puo graduare in vari modi – fino ad azzerarla del tutto – la forza precettiva di un certo documento giuridico, la sua attitudine a esprimere norme, in tal modo decidendo della qualificazione stessa di quel documento come fonte. Nei primi due casi, dunque, la variabile interpretativa opera sul piano della verifica del rispetto della gerarchia normativa rilevante; nel terzo caso, la variabile interpretativa opera direttamente sul documento, decidendone la qualifica di fonte: in altre parole, a questo livello l'interpretazione interviene non solo nella fase di attribuzione di significato alle disposizioni, ma anche in una fase, logicamente precedente, di individuazione o identificazione delle disposizioni⁵¹.

49. Nei due casi, in realta, sembra venire rispettivamente in considerazione un concetto diverso di interpretazione: nel primo caso e interpretazione in senso stretto, come accertamento e determinazione del significato di un testo; nel secondo caso e interpretazione in senso ampio (o "costruzione"), che include operazioni come la gerarchizzazione assiologica di norme, la qualificazione di una norma come regola o come principio, l'introduzione di eccezioni implicite ecc. (su questa distinzione, cfr. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 55-6; Id., *La sintassi del diritto*, cit., pp. 427-38). La differenza pero non e qui rilevante, perche l'uno e l'altro tipo di interpretazione possono venire in considerazione sia come interpretazione di una fonte sia come interpretazione finalizzata all'individuazione di una fonte.

50. M. Jori, *La cicala e la formica*, in L. Gianformaggio (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino 1993, pp. 66-119; Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., p. 53.

51. Cfr. in proposito R. Guastini, *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico*, in L. Gianformaggio, E. Lecaldano (a cura di), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Roma-Bari 1986, pp. 173-201 (pp. 175-6: l'individuazione della "base enunciativa"); P. Comanducci, *Assaggi di metatetica*, Giappichelli, Torino 1992, p. 39 («Per riconoscere una disposizione qua disposizione e, in generale, un enunciato qua enunciato e necessario esperire comunque una previa, talvolta inconsapevole, attivita interpretativa»); F. Viola, *Interpretazione giuridica, diritti umani e la nuova scienza giuridica*, in "Ragion Pratica", 34, 2010, pp. 187-202 (pp. 197-8: «L'interpretazione non [e] necessaria soltanto per cogliere i significati delle regole, ma ancor prima per individuare quali regole siano appropriate per il caso in questione e, forse, come possono diventarlo. In tal modo l'interpretazione assume in certo qual modo un ruolo costitutivo e costruttivo del diritto da applicare»)).

Infine, poiche ogni fonte del diritto (ogni tipo di fonte, e ogni specifico atto-fonte) si inserisce in un più complessivo insieme di fonti, di norme (l'ordinamento giuridico), un ulteriore intervento in senso ampio interpretativo (o costruttivo) riguarda l'organizzazione dei rapporti tra fonti: l'accertamento, o l'instaurazione, di gerarchie normative.

L'intensita e l'ampiezza di tutte queste operazioni interpretative possono certamente essere guidate in qualche misura dal diritto positivo, ma in definitiva dipendono dalla conformazione di cio che ho chiamato "ideologia delle fonti del diritto" (cfr. supra, PAR. 2.2).

Per dare un'idea di come tutto cio sia possibile, passero adesso in rassegna alcune ipotesi di tali operazioni effettivamente praticate nella giurisprudenza costituzionale e ordinaria italiana, e/o esplicitamente raccomandate dalla dottrina. Alcune di queste ipotesi sono talmente accettate dal senso comune dei giuristi (quantomeno italiani) da non apparire affatto, a prima vista, come una manipolazione delle fonti in sede interpretativa; semplicemente, "e cosi" che funziona l'ordinamento italiano. Altre ipotesi sono invece piu bizzarre, ma tutt'altro che rare; la distinzione tra pezzi "facili" e "meno facili", in altre parole, dipende dal loro essere più o meno radicati nel senso comune dei giuristi italiani.

4.1. Cinque pezzifacili

4.1.1. Individuazione di un tipo di atto come fonte

Un primo modo in cui l'interprete decide sulla possibilita che un testo normativo esprima norme e pressoché tautologico: si tratta del caso in cui l'interprete decide che un certo documento o tipo di documento e idoneo a essere qualificato come fonte del diritto: per quanto banale cio possa apparire, non si tratta affatto di un'operazione scontata, nemmeno nei casi in cui il documento in questione "appartiene" pacificamente d'ordinamento giuridico. In questi casi, l'interprete decide, al di fuori di precise indicazioni giuridico-positivo o di elenchi ufficiali delle fonti del diritto, che un certo atto o tipo di atto e in effetti fonte del diritto.

Si tratta inoltre di un'operazione concettualmente distinta dalla (anche se strettamente associata alla) individuazione delle relazioni gerarchiche tra la fonte così individuata e le altre fonti dell'ordinamento: stabilire che un certo atto e fonte del diritto non equivale di per se a risolvere il problema dei rapporti con altre fonti.

Il caso più eclatante e certamente rappresentato dalla "scoperta" della Costituzione come testo giuridico vincolante, come fonte del diritto, da parte della

cultura giuridica italiana: operazione avvenuta in maniera alquanto graduale, e che ha richiesto decenni per essere metabolizzata appieno dalla cultura giuridica⁵².

4.1.2. L'abrogazione tacita

Un secondo caso in cui l'interprete decide sulla possibilità che un testo normativo esprima norme, e dunque possa essere considerato fonte del diritto, è quello dell'abrogazione tacita, potere che nell'ordinamento italiano è peraltro espressamente attribuito agli interpreti dall'art. 15 delle preleggi (si tratta ovviamente di un caso relativo non a tipi di atti, ma a singoli atti).

Mentre l'abrogazione espressa consiste nell'emanazione di una norma che statuisce l'abrogazione di altre disposizioni, l'abrogazione tacita si ha quando il contenuto di una norma è incompatibile con altre norme derivate da disposizioni preesistenti⁵³. Pertanto, l'abrogazione espressa agisce su disposizioni, privandole di validità formale (cfr. supra, PAR. 3.1.1), mentre l'abrogazione tacita agisce sul piano delle norme.

Evidentemente, l'abrogazione tacita opera solo a seguito di interpretazione: se l'interprete ritiene che la norma espressa dalla fonte precedente è incompatibile con la norma espressa dalla fonte successiva, dovrà applicare quest'ultima (in base al cosiddetto criterio cronologico di soluzione delle antinomie). Da ciò, derivano tre conseguenze di rilievo:

1. se non è previsto un meccanismo autoritativo di annullamento della norma anteriore, il criterio cronologico e l'abrogazione tacita operano solo sul piano dell'applicabilità, non anche su quello della validità delle norme coinvolte; in altre parole, il criterio cronologico determina la preferenza per la norma successiva, senza con ciò annullare la norma anteriore;

2. essendo una variabile dell'interpretazione, l'abrogazione tacita è rimessa alla valutazione dell'interprete (che può evitare l'effetto abrogativo, ad esempio, ricorrendo a un'interpretazione restrittiva della norma anteriore, o di quella successiva o di entrambe);

3. riguardando la disapplicazione della norma precedente, l'abrogazione tacita si traduce anche nella privazione di valore normativo del documento (la

52. Corte Cost. 11/1956; cfr. in proposito M. Dogliani, *Interpretazioni della costituzione*, FrancoAngeli, Milano 1982; G. Corso, *La Costituzione come fonte di diritti*, in "Ragion Pratica", 11, 1998, pp. 87-100; G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna 2010, cap. v; Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, cit., pp. 238-67, considera l'attribuzione di valore normativo alla Costituzione come una condizione del processo di "costituzionalizzazione" dell'ordinamento.

53. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 192-4.

fonte) che esprime la norma anteriore; il documento normativo resta formalmente valido, ma non più considerato idoneo a esprimere norme (e dunque non è più fonte del diritto)⁵⁴.

È opportuno aggiungere, al riguardo, che solo l'abrogazione tacita, e non anche la cosiddetta abrogazione espressa, vale come criterio di soluzione delle antinomie: l'abrogazione espressa, infatti, non è un criterio di soluzione delle antinomie, ma rappresenta semplicemente la rimozione di una disposizione e la sua, peraltro eventuale, sostituzione con altra disposizione, e questo non determina né risolve alcun contrasto tra norme; l'abrogazione espressa, dunque, non risolve una antinomia ma piuttosto evita l'insorgere di una potenziale antinomia⁵⁵. (Il solo caso immaginabile in cui l'abrogazione espressa vale anche come soluzione di un'antinomia si dà, mi pare, quando una nuova legge interviene espressamente a dirimere un contrasto normativo già in atto, abrogando qualcuna delle disposizioni rilevanti. Questo accade ad esempio nella redazione di Testi Unici non meramente compilativi.)

4.1.3. Graduazione del valore precettivo di un testo giuridico

Un terzo caso in cui l'interprete decide sulla possibilità che un testo normativo esprima norme (e dunque possa qualificare il testo come fonte del diritto in senso proprio) consiste nella determinazione e nella graduazione, da parte dell'interprete, della maggiore o minore forza normativa di ciò che il testo esprime.

Un esempio di modulazione del valore precettivo di un testo normativo da parte degli interpreti è dato dalle cosiddette norme statali cedevoli: in materie di competenza normativa concorrente tra Stato e Regioni (nel qual caso allo Stato è demandata la fissazione dei principi della materia e alla Regione la normazione di dettaglio), ove la Regione sia inerte possono anche trovare applicazione norme di dettaglio di fonte statale, che però "cedono", vengono accantonate, nel momento in cui la Regione esercita il proprio potere di produzione normativa⁵⁶.

54. A. Gentili, *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, in "Rivista Critica del Diritto Privato", 4, 2001, pp. 471-89 (spec. p. 475), qualifica infatti questi casi come ipotesi di "disposizioni senza norme".

55. L'opinione secondo cui l'abrogazione espressa è una forma di soluzione di antinomie è molto diffusa in letteratura; cfr. ad esempio Sorrentino, *Le fonti del diritto*, cit., p. 123. Nella trattatistica sulle antinomie è spesso riservato ampio spazio all'esame dell'abrogazione espressa, ma senza quasi mai chiarire in che modo essa rimuova un'antinomia: cfr. ad esempio Celotto, *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, cit., pp. 177 ss.

56. Cfr. Corte costituzionale 2141/1985: «La legge dello Stato [non] deve essere necessariamente limitata a disposizioni di principio, essendo invece consentito l'inserimento anche di norme

4.1.4. Conservazione degli atti normativi

Un quarto caso in cui l'interprete incide sul valore normativo di un testo e in qualche modo specularmente rispetto a quello appena considerato: se nel caso appena visto l'interprete affievolisce il valore precettivo di un testo normativo formalmente valido, in questa ulteriore evenienza l'interprete in un certo senso "salva" il valore precettivo di un testo normativo non formalmente valido.

Così, accade talvolta che una disposizione (una fonte) che si autoqualifica come disposizione di un certo tipo venga usata come disposizione (fonte) di un altro tipo⁵⁷. Questa può essere considerata come un'applicazione particolare di un più generale principio (implicito, ma purtuttavia considerato profondamente radicato nell'ordinamento italiano) di conservazione degli atti giuridici⁵⁸. In base a tale principio, infatti, un atto giuridico che presenta alcuni difetti di forma può comunque valere come un diverso atto giuridico del quale abbia i requisiti; oppure può comunque essere considerato esistente se idoneo a raggiungere alcuni dei propri effetti tipici, e così via.

In base al principio di conservazione degli atti normativi, dunque, gli interpreti e in generale gli operatori giuridici si ritengono autorizzati, o addirittura obbligati, a utilizzare come validi atti giuridici che sono *ab initio* invalidi; e pertanto sono autorizzati od obbligati a utilizzare come fonti del diritto taluni atti normativi che – alla luce dei criteri vigenti nello stesso ordinamento giuridico – non dovrebbero essere utilizzati.

4.1.5. Introduzione di una gerarchia assiologica tra norme pari-ordinate in senso materiale

Un quinto caso in cui l'interprete incide sul valore normativo di un testo, e quindi influisce sulla sua attitudine a essere fonte, si ha quando viene instaura-

puntuali di dettaglio, le quali sono efficaci soltanto per il tempo in cui la Regione non abbia provveduto ad adeguare la normativa di sua competenza ai nuovi principi dettati dal Parlamento)).

57. Cfr. ad esempio Corte di Cassazione, sez. III pen., 27341/1989, che ha ritenuto che alcune leggi regionali che recepissero il contenuto di una deliberazione di un comitato interministeriale dovessero in realtà essere qualificate come atti amministrativi, e pertanto soggette a disapplicazione da parte del giudice ordinario in base all'art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E (Corte costituzionale 2851/1990, in sede di giudizio per conflitto di attribuzione, ha poi affermato che un simile potere di qualificazione non rientra tra i poteri della Corte di Cassazione).

58. Il principio di conservazione degli atti giuridici è considerato «canone ermeneutico» che, enunciato legislativamente per la materia contrattuale nell'art. 1367 c.c., ispira tutto l'ordinamento giuridico (da C. Grassetti, *Conservazione (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Giuffrè, Milano 1961; cfr. anche L. Bigliuzzi Geri, *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Giuffrè, Milano 1962, pp. 528-40. Il principio è usato talvolta dalla Corte costituzionale per evitare di dichiarare interamente incostituzionale una legge che presenti vizi di forma limitati solo ad alcune parti: cfr. Corte costituzionale 1521/1982, 2921/1984.

ta in via interpretativa una gerarchia assiologica tra due norme N, e N₁, tra le quali *non si* da un rapporto di gerarchia materiale: sono norme materialmente pari-ordinate. Questo tipo di gerarchia assiologica acquista particolare interesse, sul piano applicativo, tutte le volte in cui le norme rilevanti siano in contrasto tra loro – e, non essendovi tra esse una gerarchia materiale, nessuna delle due può essere dichiarata invalida. In questi casi, la gerarchia assiologica opera facendo prevalere la norma più importante su quella meno importante, senza che la norma soccombente perda validità: e invece disapplicata. In questi casi, dunque, davanti a quelle che a prima vista sono fonti pari-ordinate, o perfino all'interno della medesima fonte (del medesimo documento normativo: una Costituzione, un codice, una stessa legge), l'interprete decide di attribuire maggiore forza precettiva ad alcune disposizioni e minore ad altre.

Un esempio consiste nella distinzione tra principi costituzionali "comuni" e principi costituzionali "supremi"⁵⁹: si tratta dei principi considerati come caratterizzanti dell'identità assiologica stessa della Costituzione, e dunque più importanti di altri principi e norme costituzionali; di conseguenza, i principi supremi sono destinati a prevalere, in caso di conflitto, sugli altri principi costituzionali non supremi. E, inoltre, i principi supremi hanno una maggiore capacità di "resistenza" rispetto a modifiche in sede di revisione costituzionale (in linea di principio, sono immodificabili).

Un altro esempio consiste nella distinzione, all'interno della regolamentazione di una certa materia, tra norme "di principio" e norme "di dettaglio", laddove si ritenga che le prime contengano lo spirito informatore, la *ratio* del resto della disciplina – con la conseguenza che le norme di dettaglio dovranno essere interpretate e applicate in modo da risultare compatibili e congruenti con le norme di principio.

Un altro esempio consiste nell'attribuire rango o valore "costituzionale" a certi tipi di norme, come ad esempio le norme sulle fonti e in generale sulla produzione normativa⁶⁰.

Un altro esempio, infine, consiste nell'attribuzione di valore "fondamentale" a diritti esplicitamente riconosciuti solo a livello legislativo: questo accade

59. In Italia, l'idea dei principi costituzionali supremi ha ricevuto una inequivoca consacrazione da parte della Corte costituzionale nella sentenza 11461/1988, che ha tirato le somme di un orientamento della stessa Corte che, in maniera episodica, andava prendendo corpo già da più di dieci anni. La dottrina ha generalmente guardato con favore (anche se non in maniera unanime) a una simile costruzione teorica, anche prima che venisse consolidata dalla giurisprudenza costituzionale: cfr. ad esempio Sandulli, *Fonti del diritto*, cit., p. 527; Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, cit., pp. 394-403.

60. Cfr. ad esempio C. Esposito, *Consuetudine (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Giuffrè, Milano 1961, p. 467; F. Santoro Passarelli, *Preleggi*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XIII, UTET, Torino 1968, pp. 624-30; Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., pp. 27 ss.; Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 26.

di solito perché un certo diritto, di fonte legislativa, è considerato strettamente funzionale alla realizzazione di un diritto di fonte costituzionale, tanto da poterne essere considerato una "derivazione". Ad esempio, il diritto di rettifica è stato introdotto in via legislativa, ma poi la Corte costituzionale lo ha qualificato come diritto fondamentale⁶¹; stesso itinerario è stato seguito dal diritto al nome: diritto originariamente previsto dal codice civile (artt. 6-8) e in seguito "promosso" al rango di diritto fondamentale dalla Corte costituzionale come «il primo e più immediato elemento che caratterizza l'identità personale» (e si noti che il diritto all'identità personale e, a sua volta, un diritto fondamentale implicito)⁶². Questa operazione, evidentemente, è prodromica all'utilizzazione del diritto fondamentale così individuato a vari fini argomentativi: quelli che tipicamente discendono dall'instaurazione di una gerarchia assiologica tra il diritto così individuato e altre norme⁶³ (rendere defettibili altre norme che non sono compatibili con quel diritto, richiedere interpretazione conforme ecc.). Inoltre, se l'autorità che compie questa operazione ha il potere di annullare atti normativi, questo tipo di operazione può determinare altresì l'instaurazione – in via puramente interpretativa – di una gerarchia materiale (su ciò cfr. *infra*, PAR. 4.2.1)⁶⁴.

4.2. Cinque pezzi menofacili

4.2.1. Fonti obbligatorie e fonti permissive

Non tutti i tipi di documenti cui viene riconosciuto valore di fonte del diritto hanno poi la stessa forza precettiva: il ricorso a certi tipi di fonti può essere considerato "obbligatorio" (fonti obbligatorie), mentre il ricorso ad altri tipi di fonti può essere considerato solo "permesso" (fonti permissive)⁶⁵.

61. Corte costituzionale 2251/1974. I riferimenti legislativi del diritto di rettifica sono: art. 8, legge 8 febbraio 1948, n. 47 (per la rettifica di notizie a mezzo stampa); art. 10, legge 6 agosto 1990, n. 223 (per la rettifica di notizie a mezzo trasmissioni radiotelevisive); art. 7, D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (per la rettifica di dati personali inesatti).

62. Corte costituzionale 131/1994.

63. Si tratta, in particolare, di una gerarchia assiologica tra norme tra le quali, apparentemente, non si dà anche una gerarchia materiale.

64. E infatti la Corte costituzionale ha annullato varie disposizioni di rango legislativo considerate lesive del diritto al nome (diritto fondamentale, ma proclamato nel codice civile): cfr. 13/1994, 297/1996, 120/2001 e 494/2002.

65. Per una tipologia analoga, in relazione alle fonti, cfr. Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 294; Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, cit., p. 533 (ma con diversa terminologia); A. Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht 1989, 1998², pp. 319-21 (differenza tra *must-sources*, *should-sources* e *may-sources*); F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 2009, pp. 67 ss.; L. Green, *Law and the Causes of Judicial Decisions*, Oxford Legal Studies Research Paper No. 1412009, April 2009, in <http://ssrn.com/abstract=1374608>; Pino, *L'applicabilità delle norme giuridiche*, cit.

Le fonti più comuni sono quelle del primo tipo, quelle cioè che l'interprete ha l'obbligo di utilizzare. Gli esempi sono del tutto banali: la soggezione del giudice alla legge (per l'ordinamento italiano: art. 101 Cost.) o il principio di irretroattività delle leggi penali. Di solito, ignorare una fonte di questo tipo o errare nella sua applicazione sono ragioni di invalidità della decisione dell'organo dell'applicazione.

Le fonti permissive sono fonti che possono essere prese in considerazione dall'organo dell'applicazione, ma che questi potrebbe anche ignorare senza con ciò viziare la validità della decisione autoritativa. Sono esempi di fonti permissive (e ovvio che l'elenco è del tutto mutevole e contingente): il diritto giurisprudenziale⁶⁶, le sentenze interpretative della Corte costituzionale, i lavori preparatori nel procedimento legislativo, le interpretazioni dottrinali⁶⁷, i precedenti stranieri⁶⁸.

Il ricorso a tali fonti si giustifica di solito per rendere maggiormente persuasiva la giustificazione di una certa decisione; d'altronde, quanto meno sia considerato cogente il ricorso a un certo tipo di fonte (permissiva), tanto più tale tipo di documento si allontana dal caso focale di "fonte del diritto" e tanto più difficile e controversa risulta dunque l'attribuzione della qualifica stessa di fonte a tale documento (tipico è il caso della possibilità di qualificare come "fonte" la dottrina). Il grado di cogenza di una fonte permissiva dipende da fattori estrinseci, quali ad esempio l'expertise riconosciuta in una data materia alla fonte che ha prodotto la disposizione o norma in questione (ad es. un comitato tecnico, un'autorità amministrativa indipendente ecc.), o l'autorevolezza attribuita a un organo dell'applicazione gerarchicamente superiore (pur in assenza di un obbligo di uniformarsi alle sue decisioni)⁶⁹. Di solito, e consi-

66. Cfr. in proposito Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, cit., pp. 532-5; L. Lombardi Vallauri, *Giurisprudenza. 1) Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. xv, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1989; G. Pino, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, il Mulino, Bologna 2003, cap. III.

67. Cfr. R. Sacco, *La dottrina, fonte del diritto*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, *Saggi teorico-giuridici*, Giuffrè, Milano 1990, pp. 449-63 (spec. p. 460), che qualifica la dottrina come «fontemediata». Parlano di una ((funzione indirettamente normativa) esercitata dalla dottrina F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1999, p. 166. In prospettiva storica, G. Gorla, *Dans quelle mesures la jurisprudence et la doctrine sont-elles des sources du droit?*, in "II Foro Italiano", v, 1974, cc. 241-249.

68. Pur essendo solitamente qualificabili come fonti permissive (quando sono usate come fonti), i precedenti stranieri meritano una menzione a parte per il fatto di essere fonti esterne all'ordinamento: cfr. in proposito *infra*, PAR. 4.2.5.

69. Questa è, in generale, la logica che soggiace alla famiglia degli argomenti *ex auctoritate* o *ab exemplo*: gli argomenti secondo cui «a un enunciato normativo va attribuito quel significato che gli è già stato attribuito da qualcuno, e per questo solo fatto» (così Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 372).

derato improprio fondare una decisione esclusivamente su una fonte permissiva: in altre parole, una fonte permissiva non è in grado di funzionare, da sola, come adeguata ragione giustificativa della decisione giudiziale; spesso le fonti permissive funzionano più propriamente come criteri interpretativi, cioè come criteri ispiratori nell'interpretazione di fonti obbligatorie.

Ebbene, la distinzione tra fonti obbligatorie e fonti permissive e, in certa misura, un dato di diritto positivo (questo è palese quando è stabilita l'invalidità di una decisione autoritativa adottata in contrasto con un certo tipo di fonte). Tuttavia è una distinzione che a ben vedere è spesso graduale, o per meglio dire sfumata⁷⁰, e dipende in ultima analisi dall'interpretazione e dalle costruzioni dogmatiche degli interpreti: saranno gli interpreti, in ultima analisi, a decidere se una certa fonte ricade nell'una o nell'altra categoria. Per fare un solo esempio: la distinzione tra riserva di legge "assoluta" e riserva di legge "relativa" è una distinzione molto discussa, e con fragili basi testuali nella Costituzione⁷¹; tuttavia tale distinzione permette, ove venga accolta, di utilizzare solo la legge come fonte obbligatoria nelle materie coperte da riserva di legge assoluta, e di ricorrere invece anche ad altri tipi di fonti nelle materie coperte da riserva relativa. Dunque, la possibilità o meno di fare ricorso a una fonte diversa dalla legge, in certe materie pur coperte da riserva di legge, dipende interamente da una costruzione dogmatica (la distinzione tra riserva di legge "assoluta" e "relativa").

4.2.2. Introduzione di gerarchie materiali in via interpretativa

Normalmente, gli interpreti hanno una certa facilità nell'introdurre, per via interpretativa, gerarchie assiologiche di vario tipo. Più difficile è invece l'introduzione per via interpretativa di una gerarchia materiale – di una gerarchia, cioè, che porta all'annullamento della norma inferiore contrastante con la norma superiore (poiché l'annullamento di una norma materialmente invalida travolge anche la disposizione che la esprime, l'introduzione in via interpretativa di una gerarchia materiale si traduce dunque, in definitiva, nell'espunzione di una fonte dall'ordinamento giuridico). È più difficile, ma non impossibile.

In effetti, il primo sistema di controllo di costituzionalità esistente al mondo è stato introdotto esattamente per via interpretativa: com'è noto, il potere di

70. Cfr. Lombardi Vallauri, *Giurisprudenza. 1) Teoria generale*, cit., p. 4; J. Bell, *Comparing Precedent*, in "Cornell Law Review", 82, 1997, pp. 1243-78 (spec. pp. 1254-5); Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, cit., p. 80.

71. Critiche alla distinzione tra riserva di legge assoluta e relativa in L. Carlassare, *Legge (riserva di)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1990; Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., p. 137.

annullare leggi in contrasto con la Costituzione (federale) è stato attribuito a se stessa dalla Corte Suprema USA nel caso *Marbury vs Madison*⁷². Ma non è un esempio isolato: con la già menzionata dottrina dei principi costituzionali supremi, la Corte costituzionale italiana si è autoattribuita, in via interpretativa, il potere di sindacare la legittimità costituzionale anche delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali sotto il profilo del rispetto di tali principi supremi⁷³. In senso analogo si può leggere anche la tesi dogmatica secondo cui alcune leggi ordinarie sarebbero dotate di valore sostanzialmente costituzionale, o perfino sovracostituzionale, e pertanto sottratte a revisione costituzionale, o anche a declaratorie di illegittimità da parte della Corte costituzionale⁷⁴.

Infine, in due recenti sentenze⁷⁵, la Corte costituzionale ha risolto l'annosa questione dei rapporti tra la CEDU (resa esecutiva in Italia con legge ordinaria) e le norme interne in questo modo: pur se la CEDU è stata resa esecutiva nell'ordinamento italiano con legge ordinaria, tale legge è per un verso "superiore" alle altre leggi ordinarie (che possono essere annullate per contrasto con essa) e per altro verso "inferiore" alla Costituzione (un eventuale contrasto tra la legge di ratifica della CEDU e la Costituzione determinerebbe l'annullamento della prima), cioè in virtù del "rinvio mobile" contenuto nell'art. 117 Cost.⁷⁶. Palesemente, in questo caso la Corte costituzionale ha istituito una gerarchia

72. *Marbury vs Madison*, 5 vs (1 Cranch) 137 (1803). Cfr. in proposito M. Troper, *Marshall, Kelsen, Barak, and the Constitutionalist Fallacy*, in "International Journal of Constitutional Law", 3, 2005, pp. 24-38 (con riferimenti al modo in cui anche altre Corti costituzionali hanno progressivamente ampliato la sfera della propria competenza, introducendo così gerarchie materiali in via interpretativa).

73. Cfr. Corte costituzionale 1146/1988: «La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. [...] Non si può [...] negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale» (corsivo mio).

74. Cfr. ad esempio A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano 1993⁴, p. 41, dove si afferma che una eventuale modifica dell'art. 1 c.p. richiederebbe procedimento di revisione costituzionale (in quanto espressione della costituzione materiale già prima dell'entrata in vigore della Costituzione del 1948). A. Ruggeri, «Nuovi diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione», in "Politica del Diritto", 2, 1993, pp. 183-217, spec. §§ 5 e 6, per la tesi che le leggi che attuano diritti fondamentali riconducibili all'art. 2 Cost. sono sottratte sia a revisione costituzionale sia a declaratorie di illegittimità costituzionale.

75. Corte costituzionale 348 e 349/2007; recentemente confermate dalla 93/2010.

76. Corte costituzionale 348/2007: «Le norme necessarie a tale scopo [cioè ad attuare la CEDU, N.d.R.] sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria [...]. Nell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, questa Corte ha il dovere di dichiarare l'inefficacia della stessa a integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, a espungerla dall'ordinamento giuridico italiano».

materiale (funzionale a una eventuale dichiarazione di annullamento dell'atto inferiore) che integra altresì un nuovo livello della gerarchia delle fonti.

In tutti questi casi, l'interprete di solito procede rilevando innanzitutto l'esistenza di una gerarchia assiologica, tra norme che a prima vista sembrano equiparate dal punto di vista della gerarchia materiale. In secondo luogo, l'interprete rileva che è irragionevole, incongruo o contrario a qualche principio giuridico rilevante (allo "spirito" dell'ordinamento ecc.) ipotizzare che la norma assiologicamente superiore non sia assistita da qualche forma di garanzia istituzionale⁷⁷. In terzo luogo, l'interprete elabora qualche tipo di garanzia istituzionale (non espressamente prevista dal diritto positivo) funzionale ad assicurare, per la norma considerata assiologicamente superiore, una maggiore "resistenza" alla modificazione, abrogazione, derogazione rispetto a quanto accade per le altre norme a essa (materialmente) pari-ordinate: l'interprete introduce, cioè, una gerarchia materiale; in tal senso, ad esempio, si sostiene che i principi costituzionali supremi sono sottratti a procedimento di revisione costituzionale, e per alcune norme di legge considerate assiologicamente superiori si esclude la possibilità di abrogazione per via ordinaria.

4.2.3. Azzeramento del valore precettivo di un testo giuridico

Una disposizione (fonte) può essere formalmente valida, e però non essere considerata idonea, da parte degli interpreti e degli organi dell'applicazione, a esprimere norme. Si tratta in altre parole di "disposizione senza norme"⁷⁸.

Questo può accadere, ad esempio, perché a causa del modo in cui è formulato il testo normativo l'interprete non riesce a identificare alcun contenuto precettivo (alcuna norma) nel testo stesso: per l'eccessiva oscurità della formulazione⁷⁹ o perché il contenuto della formulazione normativa non è idoneo a

77. Cfr. Corte costituzionale 1146/1988: «Se così non fosse, del resto *[id est]*, se la Corte non fosse competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, *N.d.R.*, si verrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore». Una affermazione di analogo tenore è alla base anche della già citata sentenza della Corte Suprema USA nel caso *Marbury vs Madison*.

78. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino 1992, pp. 25 ss.; Id., *Le fonti del diritto*, cit., p. 39.

79. Cfr. ad esempio Corte costituzionale 1851/1992, che ha annullato una disposizione legislativa contenente grossolani errori materiali nella sua formulazione che la rendevano inintelligibile: ((L'errore materiale di redazione del testo legislativo [...] costituisce per il cittadino una vera e propria insidia, palesemente idonea a impedirgli la comprensione del precetto penale o, quanto meno, a fuorviarlo. L'errore stesso, peraltro, introduce nella formulazione letterale della disposizione un elemento certo, pur se involontario, di irrazionalità e di contraddittorietà rispetto al contesto normativo in cui la disposizione è inserita e come tale determina anche una violazione

essere qualificato come una norma nemmeno indirettamente, cioè nemmeno come un "frammento" di altre norme. In tal modo, quella che apparentemente si presenta come una fonte risulta poi essere, in seguito ad attività interpretativa, priva di efficacia precettiva.

Altri esempi.

L'art. 1 delle preleggi è una disposizione (una fonte) formalmente valida che non è (più) di fatto utilizzata dagli interpreti come documento normativo propriamente vincolante: l'elenco delle fonti del diritto ivi contenuto, infatti, è ritenuto ampiamente superato quantomeno dall'avvento della Costituzione rigida, e dall'ingresso del diritto comunitario nell'ordinamento nazionale⁸⁰.

Talvolta si afferma che i preamboli, le intitolazioni, le definizioni e le rubriche delle leggi non abbiano alcuna efficacia vincolante⁸¹. In tempi meno recenti, è stato sostenuto che sarebbero prive di valore giuridico le disposizioni che contengono criteri con cui interpretare altre disposizioni (norme sull'interpretazione come quelle contenute nelle preleggi)⁸².

Talvolta si usa la distinzione, originaria della common law ma ricorrente anche in contesti di *civil law*, tra la parte della sentenza che contiene la ratio decidendi (e che pertanto esprime norme vincolanti, o comunque giuridicamente rilevanti) e gli *obiter dicta* (che sono invece mere divagazioni dell'estensore della sentenza, del tutto irrilevanti)⁸³.

Talvolta si ritiene che certe parti di un documento normativo esprimano solo "programmi" di natura culturale o politica, ma del tutto irrilevanti giuridicamente⁸⁴. Questo è ciò che accade, ad esempio, tramite la distinzione, opera-

di quel canone di coerenza delle norme che è espressione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione. E pertanto sindacabile da parte di questa Corte il vizio consistente nell'errore materiale di redazione legislativa, che infici il testo della disposizione, pregiudicando, nella misura e nei modi che ricorrono nel caso in esame, la riconoscibilità e l'intelligibilità del precetto penale con essa disposto.

80. Cfr. ad esempio A. Celotto, *Le sentenze della Corte costituzionale sono fonti del diritto?*, in "Giurisprudenza Costituzionale", 1, 2003, p. 27, che definisce «risibile» l'elenco delle fonti indicato dall'art. 1 delle preleggi.

81. Sul punto cfr. in generale Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 103-5. In particolare sul valore giuridico delle definizioni legislative cfr. A. Belvedere, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Giuffrè, Milano 1977; Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., cap. IV.

82. In merito, Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 299 ss.

83. Per un'introduzione a queste tematiche, P. Chiassouli, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano 1999, spec. pp. 147-51, 210-20 e in generale il cap. III; Id., *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*, in "Analisi e Diritto", 2004, pp. 75-101; Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, cit., pp. 54-7.

84. Una simile posizione è stata adottata ad esempio dalla Corte costituzionale a proposito di certe dichiarazioni "di principio" contenute in statuti regionali: secondo Corte costituzionale 3781/2004, infatti, a tali disposizioni «anche se materialmente inserite in un atto-fonte, non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, collocandosi esse precipuamente sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale») (tali

ta in sede interpretativa, tra norme precettive e norme programmatiche: le prime sarebbero vere e proprie norme giuridiche, immediatamente applicabili in giudizio; le seconde sono più simili a raccomandazioni, a programmi, non sono suscettibili di applicazione giudiziaria in assenza di una apposita *interpositio legislatoris*, e rappresentano delle guide per il legislatore futuro. Come è noto, questa distinzione fu elaborata e utilizzata dalla giurisprudenza italiana all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione del 1948, con l'effetto di neutralizzare la portata innovativa dei principi costituzionali rispetto alla legislazione previgente: qualificate come programmatiche la maggior parte delle norme costituzionali (in particolare quelle relative ai principi fondamentali), se ne deduceva l'impossibilità di un loro utilizzo giudiziale⁸⁵. Tale distinzione e peraltro ancora usata, sempre a proposito di norme costituzionali, ad esempio quando si nega che la violazione di un principio costituzionale, a causa della sua natura solo programmatica, possa integrare il requisito della "violazione di legge" richiamato da talune norme penali⁸⁶.

Infine, un ultimo esempio di azzeramento in sede interpretativa del valore precettivo di un testo normativo (formalmente valido) proviene dai rapporti tra diritto comunitario e diritto interno alla luce della giurisprudenza costituzionale italiana: dopo aver esplorato varie soluzioni alternative, infatti, la Corte costituzionale ha stabilito che in caso di contrasto tra diritto interno e normativa comunitaria direttamente applicabile (regolamenti, direttive *self-executing*, sentenze interpretative della Corte di Giustizia) il giudice ordinario dovrà applicare la normativa comunitaria e "non applicare" il diritto interno⁸⁷.

enunciazioni, di ((caratterenonprescrittivo e non vincolante [...] esplicano una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa (corsivi aggiunti). In merito cfr. A. Anzon, *L'inefficacia giuridica di norme "programmatiche"*, in "Costituzionalismo.it", 2, 2004; S. Bartole, *Norme programmatiche e Statuti regionali*, in "Le Regioni", 1, 2005, pp. 11-4.

85. Cfr. ad esempio Corte di Cassazione, ss.uv. pen., 7 febbraio 1948, in "Il Foro Italiano", II, 1948, c. 57; cfr. anche G. Azzariti, *La nuova Costituzione e le leggi anteriori*, in "Il Foro Italiano", IV, 1948, c. 81; la Corte costituzionale, sin dalla sua prima sentenza (1/1956), ha precisato che la distinzione, pur descrittivamente plausibile, «non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche». Ha escluso, in altre parole, che da quella distinzione si dovesse inferire una gerarchia assiologica tra tipi di norme costituzionali (cfr. V. Angiolini, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, CEDAM, Padova 1995, pp. 191-4; V. Zagrebelsky, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, in L. Violante, a cura di, *Storia d'Italia. Annali 14. Legge diritto giustizia*, Einaudi, Torino 1998, t. 2, pp. 713-90, spec. 723 ss.).

86. Cfr. il quadro giurisprudenziale riassunto in A. Tesaurò, *I rapporti tra art. 323 c.p. e 97 Cost. tra disposizioni programmatiche e norme precettive*, in "Il Foro italiano", II, 2003, cc. 483-494.

87. La soluzione attuale è cristallizzata in Corte costituzionale 170/1984 (che si vuole ispirata al criterio della distinzione della "competenza" tra ordinamento interno e ordinamento comunitario); la medesima soluzione è stata estesa anche alle sentenze della Corte di Giustizia con la sentenza 1131/1985. In precedenza, la Corte costituzionale aveva invece impostato la questione in

In casi simili, ciò che accade può essere anche descritto come una interpretazione abrogante, condotta dai giuristi, che ha l'effetto di rendere di fatto inesistente una disposizione (una fonte) che però, in ipotesi, può essere del tutto valida in senso formale⁸⁸.

4.2.4. Sovrapposizione di una gerarchia assiologica a una gerarchia materiale di segno inverso

Può accadere che l'interprete si trovi davanti a una gerarchia materiale tra due norme N, e N₁, tale che N, è sovraordinata in senso materiale a N₁, e tuttavia ritenga che N, sia sovraordinata in senso assiologico a N₁. In altre parole, può accadere che l'interprete sovrapponga, a una gerarchia materiale tra due norme, una gerarchia assiologica di segno diverso tra le stesse norme: la norma N₁, subordinata in senso materiale alla norma N,, risulterà così sovraordinata in senso assiologico alla norma N,. La conseguenza di un'operazione di questo tipo, sul piano applicativo, è che mentre alla luce della gerarchia materiale l'eventuale contrasto tra N, e N₁ si sarebbe dovuto risolvere dichiarando invalida N₁, facendo prevalere la gerarchia assiologica lo stesso contrasto si risolverà disapplicando N₁.

Di seguito alcuni esempi di gerarchia assiologica di questo tipo.

a) L'interpretazione delle disposizioni costituzionali alla luce della terminologia impiegata dalla legge ordinaria, e della concettualità e delle categorie dogmatiche relative a materie disciplinate dalla legge, o l'individuazione di limiti di un diritto costituzionale ricavandoli dalla disciplina legislativa di quel diritto⁸⁹: così, l'art. 25 Cost., che enuncia la riserva di legge in materia penale, viene interpretato alla luce dell'art. 1 c.p., che formula il principio di determinatezza delle leggi penali, in modo tale che il principio di determinatezza del reato, previsto dal Codice penale, viene considerato un principio costituzionale⁹⁰.

termini di criterio cronologico nella sentenza 141/1964, e poi in termini di criterio gerarchico (con possibilità di dichiarazione di incostituzionalità del diritto interno contrastante con il diritto comunitario) nella sentenza 2321/1975.

88. Cfr. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 305: l'interpretazione abrogante «equivale alla decisione di non fare uso degli enunciati legislativi in questione». Cfr. anche P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, il Mulino, Bologna 2007, pp. 135-6.

89. Cfr. ad esempio Corte costituzionale 91/1956, con riferimento alla disciplina legislativa della libertà di associazione; e, più recentemente, 1381/2010, con riferimento al problema dell'ammissibilità del matrimonio omosessuale nell'ordinamento costituzionale italiano (in particolare, la determinazione del concetto costituzionalmente rilevante di "famiglia" è stata condotta sulla base della disciplina del Codice civile). Cfr. ulteriori esempi in Bin, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, cit., pp. 380-1.

90. Per questa linea di argomentazione, Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 40-1. Ulteriori esempi di interpretazione della Costituzione alla luce della legge in R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè,

b) L'interpretazione della Costituzione condotta utilizzando i criteri stabiliti dall'art. 12 delle preleggi per l'interpretazione della legge in generale⁹¹.

c) Il bilanciamento tra principi costituzionali e principi non costituzionali, se si conclude con esito favorevole a questi ultimi⁹².

In questi casi, dunque, una gerarchia assiologica viene sovrapposta dagli interpreti a una gerarchia materiale di segno diverso, la quale ultima viene così aggirata e, in definitiva, svuotata di contenuto⁹³.

4.2.5. Uso di fonti estranee all'ordinamento

A volte gli interpreti utilizzano come fonti (permissive) del diritto documenti normativi che non possono essere considerati, in alcun senso plausibile, come appartenenti all'ordinamento giuridico. Questa prassi è considerata un elemento del sempre maggiore pluralismo delle fonti del diritto, e della disgregazione del paradigma delle fonti della modernità, improntato ai criteri dell'ordinazione verticale, della tipicità e della funzione di chiusura delle fonti stesse (l'idea che una funzione delle fonti consiste nel delimitare il perimetro di un ordinamento giuridico).

Esempi di questa prassi sono il ricorso degli organi dell'applicazione (in Italia e altrove) al diritto straniero (e in particolare a decisioni giurisdizionali straniere)⁹⁴ e a documenti come codici deontologici, buone pratiche, prassi commerciali internazionali ecc. (il cosiddetto *soft law*⁹⁵) al fine di ricavarne norme e criteri interpretativi. (Si noti inoltre che, adottando una prospettiva

Milano 1992, pp. 18-28. Questa metodologia è criticata da G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna 2008, p. 265 («se la legge potesse dare essa stessa una definizione della nozione costituzionale di tali concetti, si determinerebbe un'inversione o, meglio, un'invasione di campo tra le due fonti e la legge si impadronirebbe della Costituzione»).

91. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 309-11, considera questa metodologia come una modalità di svuotamento della rigidità costituzionale.

92. Questa possibilità è accertata sul piano descrittivo, e valutata positivamente da Bin, *Diritti e argomenti*, cit., spec. pp. 72-81, 93.

93. Una gerarchia materiale può essere aggirata in via argomentativa anche equiparando sul piano assiologico norme tra cui intercorrerebbe una gerarchia materiale: ciò è implicato, ad esempio, nella proposta di risolvere le antinomie tra legge e Costituzione in base al criterio cronologico; notoriamente, si tratta del modo in cui in Italia la magistratura ordinaria, prima dell'entrata in funzione della Corte costituzionale, ha configurato il rapporto tra la Costituzione repubblicana e la legislazione previgente; cfr. in proposito Zagrebelsky, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, cit., spec. pp. 723 ss.

94. P. G. Monateri, A. Somma, «*Alien in Rome*», *L'uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 preleggi*, in «Il Foro Italiano», v. 1999, cc. 47 ss.

95. Cfr. in proposito B. Pastore, *Il soft law nella teoria delle fonti*, in A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino 2010, pp. 117-31.

"dualistica", la Corte costituzionale ha sempre ritenuto che le norme comunitarie fossero fonti esterne all'ordinamento⁹⁶.)

Questa prassi è motivata in modi diversi: l'uso del diritto straniero, infatti, si verifica specialmente in materia di diritti umani⁹⁷, e sembra essere motivato da una prospettiva spiccatamente sostanzialista, secondo la quale le Corti si autorappresentano come partecipanti a un dialogo trasversale ai vari ordinamenti condotto sulla falsariga di un nuovo *ius commune* dei diritti umani – in questa prospettiva viene legittimato anche l'uso di documenti privi di qualunque valore giuridico formale, come è avvenuto con la Carta di Nizza, prima ancora che il Trattato di Lisbona le attribuisse lo stesso valore giuridico dei Trattati⁹⁸. Il ricorso al *soft law* viene invece motivato sulla base di argomenti di efficienza o di sussidiarietà (cercare la regolamentazione più vicina all'ambito da regolare).

In entrambi i casi, la decisione dell'organo dell'applicazione risulta basata, almeno in parte, su fonti la cui giuridicità o rilevanza giuridica è totalmente rimessa a una decisione dell'interprete stesso.

5. IN CONCLUSIONE

Dal quadro appena tracciato sembra delinearsi una conclusione sconcertante: le fonti del diritto non sono, per l'interprete, un dato di cui prendere semplicemente atto; al contrario, gli interpreti hanno a disposizione numerosi strumenti con i quali non solo selezionano le fonti rilevanti rispetto al tipo di caso da decidere, ma altresì accertano la validità e l'applicabilità di una fonte, e in definitiva decidono sul suo carattere precettivo (decidono se un documento giuridico abbia valore precettivo, e quanto ne abbia)⁹⁹.

96. Cfr. ad esempio Corte costituzionale 170/1984, 389/1989.

97. Corte di Cassazione sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748. Cfr. in proposito S. Bartole, *Il ricorso al diritto comparato in tema di diritti umani, fra vincoli giuridici e mediazioni culturali*, in «Diritti Umani e Diritto Internazionale» 2, 2007, pp. 229-44; M. Rosenfeld, *Principle or Ideology? A Comparatist Perspective on the US Controversy over the Supreme Court Citations to Foreign Authorities*, in «Analisi e Diritto»: 2009; S. Romano, *Interpretazione, comparazione e diritti fondamentali*, tesi presentata al Dottorato di ricerca in Diritti umani, XXI ciclo, Università di Palermo, 2011.

98. A. Celotto, *Giudici nazionali e Carta di Nizza: disapplicazione o interpretazione conforme?*, in «Questione Giustizia», 3, 2006, pp. 503-17.

99. Curiosamente, un cultore dello scetticismo interpretativo e della caccia alle ideologie come Giovanni Tarello afferma a chiare lettere che la gerarchia delle fonti del diritto è sottratta alla disponibilità dell'interprete (*L'interpretazione della legge*, cit., pp. 318, 322). Credo che Tarello avesse in mente, qui, "fonte del diritto" intesa come tipo astratto (cfr. *supra*, PAR. 2); e in questo senso sosteneva che la gerarchia tra tipi astratti di fonti (il rapporto gerarchico tra Costituzione e legge, ad es.) è per l'interprete, un dato. Come ho cercato di mostrare nel testo, ritengo al contrario che anche questa gerarchia sia in definitiva soggetta alla variabile interpretativa: le vicende

In linea generale, gli interpreti sembrano dunque avere buoni margini di manovra (più estesi in alcuni casi e per alcuni tipi di interpreti, meno estesi in altri casi e per altri tipi di interpreti) nella determinazione del valore precettivo dei testi normativi: in altre parole, nell'attribuzione stessa della qualifica di fonte del diritto a un certo documento.

La conclusione di questo discorso ci porta dunque in una direzione diametralmente opposta rispetto a quella da cui il nostro discorso sulle fonti era partito: avevamo notato in apertura che la teoria delle fonti e la loro ordinazione gerarchica sono fattori essenziali per guidare il processo di applicazione del diritto¹⁰⁰, ora invece dobbiamo concludere che non solo il contenuto delle fonti dipende dall'interpretazione, ma che anche la loro ordinazione gerarchica, e la qualifica stessa di fonte del diritto, dipendono dagli interpreti.

Esiste una via d'uscita da questo paradosso, da questo circolo vizioso? Una prima possibile conclusione, sconcertante, potrebbe essere che quando gli interpreti parlano di fonti del diritto (della loro gerarchia, del loro ruolo di vincolo alle attività applicative ecc.) siano vittime di un abbaglio collettivo, oppure stiano coprendo con una mossa puramente retorica la loro sfrenata discrezionalità. Trovo però questa impostazione del tutto insoddisfacente e inidonea a rendere conto in maniera adeguata dei processi di interpretazione e applicazione del diritto come si presentano negli ordinamenti attuali. Ovviamente non è impossibile, concettualmente ed empiricamente, che migliaia di operatori giuridici e studiosi del diritto siano vittime di un autoinganno collettivo quando parlano di fonti del diritto. Tuttavia il principio di carità interpretativa richiede di esplorare anche altre possibilità, e in particolare la possibilità che l'uso delle fonti del diritto abbia per gli interpreti qualche forma di "oggettività" (nonostante tali fonti, e la loro gerarchia, siano in ultima analisi determinate dagli interpreti stessi). E peraltro, nell'argomentazione giuridica e nella pratica giuridica in generale, c'è certamente spazio per i comportamenti strategici e insinceri; ma tuttavia sono proprio questi comportamenti che testimoniano dell'esistenza di una struttura in qualche modo "oggettiva"¹⁰¹.

Una seconda possibile conclusione dunque, che qui mi limito ad accennare, è invece la seguente: gli interpreti, e in primo luogo gli organi dell'applicazione, sono effettivamente coloro che controllano, in ultima analisi, l'identificazione delle fonti e la loro ordinazione gerarchica. Tuttavia lo possono fare solo all'interno di vari vincoli, alcuni dei quali possono anche essere molto stringenti.

della costituzionalizzazione dell'ordinamento italiano, e della penetrazione del diritto comunitario nel diritto interno, entrambe condotte pressoché esclusivamente dagli interpreti e dagli organi dell'applicazione, stanno a dimostrarlo.

100. Cfr. *supra*, PAR. 2.1, spec. nota 17 e testo corrispondente.

101. Cfr. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford 1978, pp. 14-5, 17 (in questi casi «insincerity is even more revealing than sincerity», p. 15).

Un primo vincolo e l'ideologia delle fonti del diritto personale del singolo interprete: possedendo una certa ideologia delle fonti (anche inconsapevolmente), il giurista sarà portato a "vedere" le fonti e la loro ordinazione in un certo modo, sarà guidato (anche inconsapevolmente) in certe direzioni anziché in altre.

Un secondo vincolo e l'ideologia delle fonti del diritto dominante in un certo contesto giuspolitico: ciascun giurista, e soprattutto ciascun organo dell'applicazione, e inserito in una più ampia "comunità" (utilizzando questo termine in senso del tutto valutativo) di operatori giuridici, comunità che è peraltro strutturata in maniera gerarchica (corti superiori che possono annullare le decisioni di corti inferiori, organi di mera esecuzione ecc.); e allora, in fin dei conti, *parte* almeno delle ragioni per cui un giurista adotta una ideologia delle fonti del diritto sarà rappresentata dalla circostanza che anche altri giuristi la condividono – e che dunque il giurista preferisce in ultima analisi giocare allo stesso gioco degli altri giuristi¹⁰². Più precisamente, è probabile che ciascun giurista negozierà una sorta di "overlapping consensus" tra la propria ideologia delle fonti e quella dominante – e spesso questa convergenza "tiene" fino a che (e proprio perché) non è tematizzata¹⁰³. Il giurista preferirà che le sue decisioni e argomentazioni risultino convincenti, condivisibili, al suo uditorio (le parti di un giudizio, i giudici di grado successivo, la comunità dei giuristi accademici ecc.) e per questo dovrà condividere con loro un lessico di base: la possibilità del disaccordo presuppone necessariamente uno sfondo condiviso. Probabilmente, un accordo di massima tra i giuristi sull'individuazione delle fonti applicabili, quanto meno *prima facie*, e una condizione imprescindibile, necessaria e minimale, per la stessa sopravvivenza e continuità di un sistema giuridico¹⁰⁴.

Un terzo vincolo, infine, deriva dai rapporti di forza intercorrenti, in un ordinamento dato, tra organi dell'applicazione e organi della produzione giuridica (distinzione che comunque è relativa e graduale, perché ogni organo di produzione e anche di applicazione, e viceversa): è possibile che una prassi

102. Un argomento di questo tipo è adombrato in H. L. A. Hart, *Postscript* (1994), in Id., *The Concept of Law*, cit., 1994², pp. 255, 266-7; cfr. anche J. Waldron, *Law*, in F. Jackson, M. Smith (eds.), *The Oxford Handbook of Contemporary Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 2005, pp. 181-207 (spec. pp. 185-6); G. Pino, *Farewell to the Rule of Recognition?*, in "Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho", 5, 2011 (in corso di stampa).

103. Cfr. Bin, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, cit., p. 371; ritengo si tratti di una situazione ascrivibile agli «incompletely theorized agreements» di cui parla C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, Oxford 1996.

104. Spunti analoghi in U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965, pp. 109 ss.; M. Jori, *Uberto Scarpelli e il giuspositivismo*, in U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, esi, Napoli 1997, pp. 23-43, spec. pp. 25-6.

costante di sovversione, da parte degli organi dell'applicazione, dell'ordinamento delle fonti progettato dagli organi della produzione finisca per determinare una reazione da parte di questi ultimi, che quantomeno può consistere in una elencazione più tassativa e stringente (più difficile da eludere, in un regime di legalità) dell'ordine delle fonti, oppure portare a forme di responsabilità per l'organo dell'applicazione "recalcitrante" ecc.

Vincoli di questo tipo assicurano un certo grado sia di continuità sia di cambiamento nell'organizzazione giuridica, e bilanciano la libertà che in astratto ha l'interprete di individuare le fonti del diritto.