

## ***Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*** **di Roberto Bin**

### *1. La crisi del sistema delle fonti e le sue cause*

La letteratura giuridica degli ultimi lustri abbonda di perplessità, preoccupazioni e ripensamenti che traggono origine dalla presunta crisi del «sistema delle fonti». Le crepe che si sarebbero prodotte nel sistema tracciano però rotte diverse e denunciano cause differenti.

Alcune sembrerebbero imputabili a fenomeni “locali”, come la riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione: essa avrebbe sconvolto non soltanto il riparto delle competenze tra legge statale a competenza generale e legge regionale, ma anche il rapporto tra fonti primarie italiane e fonti prodotte nell’ordinamento europeo o in quello internazionale<sup>1</sup>. Viene però il sospetto che la causa di questi fenomeni non intacchi tanto la impalcatura teorica del sistema delle fonti, ma sia provocata piuttosto dalla cattiva scrittura delle disposizioni inserite di recente in Costituzione. In attesa di un provvidenziale intervento del legislatore costituzionale, spetta allora alla Corte costituzionale ricomporre il quadro delle competenze, compito che non sempre riesce però ad assolvere in modo del tutto convincente. Malgrado lo sforzo della Corte, non solo il fronte del riparto delle funzioni legislative tra Stato e regioni resta alquanto mobile e incerto, ma anche il comportamento dei giudici comuni nell’applicazione delle norme che derivano dalle istituzioni europee o da organismi internazionali (la Corte EDU in particolare) appare piuttosto imprevedibile: «la “riduzione” dell’ordinamento statale entro quello internazionale ed europeo»<sup>2</sup> sembra compiersi senza regole e criteri espressi. La carenza di un intervento legislativo serio fa avvertire il suo peso e rende cronico un problema che altrimenti potrebbe essere, se non del tutto superato, almeno attenuato nell’effetto di destabilizzazione del sistema italiano delle fonti. Non credo perciò che per il momento meriti approfondire le ragioni e i rimedi di questa causa di crisi.

Ben più complesso sotto il profilo teorico è l’effetto destabilizzante provocato da alcuni fenomeni di portata più generale, che però, a ben guardare, non hanno origini recentissime. Molto risalente nel tempo, per esempio, è il fenomeno della c.d. consuetudine costituzionale, quella «norma senza fonte» che corroderebbe il sistema normativo sia imponendo «trasformazioni di fatto» della Costituzione, sia facendo affiorare e affermare «di fatto» e «per forza propria» una produzione normativa non prevista dalle norme sulle fonti<sup>3</sup>. Mentre il primo profilo non riguarda, a ben vedere, il sistema delle fonti, ma si colloca a cavallo tra l’effettività delle regole costituzionali e il rapporto tra esse e la loro interpretazione, il secondo profilo investe in pieno la teoria delle fonti. Anche qui bisogna distinguere però due diversi versanti del

---

<sup>1</sup> Cfr. L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir., Annali*, II,II, 536 ss.

<sup>2</sup> M. PEDRAZZA GORLERO, *Le fonti del diritto. Lezioni*, Padova 1995, 1.

<sup>3</sup> Cfr. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Padova 2009, II, 343.

problema. C'è chi, come Modugno<sup>4</sup>, ha dedicato buona parte della sua ricerca alla critica del sistema "chiuso" delle fonti e ai tradizionali criteri ordinatori, imperniando proprio sulla consuetudine costituzionale, nonché sulla giurisprudenza, le leve per liberare «la costruzione del sistema delle norme dal rigido condizionamento da un preteso sistema 'chiuso' delle fonti»<sup>5</sup>. E chi, all'opposto, tende a circoscrivere il ruolo della consuetudine costituzionale e delle fonti non tipiche «all'opera di chi procede all'applicazione del diritto» e quindi in sede di interpretazione, nel cui corso ci si propone «una più approfondita opera di ricostruzione del precetto da applicare alla fattispecie concreta»<sup>6</sup>.

Della c.d. consuetudine costituzionale mi sono già occupato in occasioni precedenti e non mi pare necessario aggiungere altre considerazioni. Buona parte delle c.d. consuetudini costituzionali che la dottrina ha additato ad esempio in passato oggi non esistono più, sono svanite come «barchette di carta pronte a essere affondate e, se del caso, criminalizzate e ridicolizzate»<sup>7</sup>. È solo uno espediente retorico con cui l'interprete cerca di "oggettivizzare" il frutto del proprio lavoro<sup>8</sup>: si cela la propria interpretazione dietro ai "fatti" che ci offre la prassi e si conferiscono ad essi il crisma della giuridicità e della prescrittività, sicché è la "prescrittività del fattuale", e non più le proprie convinzioni, la fonte della norma che si viene avvalorando: «è un'ideologia la cui funzione consiste nel dissimulare la libertà del giudice e la sua attività creativa di diritto»<sup>9</sup>. Un vecchio stratagemma che spiega (come rilevava già von Bülow<sup>10</sup>) perché «la creazione giurisprudenziale del diritto sia rimasta tanto a lungo nascosta e celata sotto l'ingannevole involucro del diritto consuetudinario».

Ciò non significa affatto che i "fatti" e le prassi non incidano nel processo entropico che si chiama interpretazione e non si trasformino così in fattori che influenzano la giurisprudenza<sup>11</sup>. Ma questo comporta che essi siano qualificabili come 'fonte del diritto'? Sarebbe quantomeno necessario collocare la stessa giurisprudenza tra le fonti, come infatti tende a fare chi vuole porre in risalto la crisi del sistema delle fonti. È questo il tema su cui ora vorrei concentrare l'attenzione, perché varie linee di destrutturazione del sistema delle fonti appaiono ricondurre proprio all'opera dei giudici e alla teoria dell'interpretazione.

---

<sup>4</sup> Di cui si veda in particolare *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir., Agg.*, I, 1997, 561 ss.

<sup>5</sup> F. MODUGNO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in *Archivio Rivista AIC*.

<sup>6</sup> A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino 2008, 35.

<sup>7</sup> A. DI GIOVINE, *Dieci anni di presidenza della Repubblica*, in *Il Presidente della Repubblica*, a cura di M. Luciani e M. Volpi, Bologna 1997, 29.

<sup>8</sup> Resto fermamente convinto dell'opinione che ho già sostenuto in *L'ultima fortezza*, cit., 55 ss. e più di recente, *Il fatto nel diritto costituzionale*, in *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, Napoli 2015, 45 ss.

<sup>9</sup> A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino 1965, 92.

<sup>10</sup> *Op. cit.*, 41.

<sup>11</sup> Rinvio a *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Milano 2013, 62 ss.

## 2. Il mondo delle cose e il mondo delle idee

La dottrina consolidata ci offre due supporti su cui cercare di consolidare la teoria delle fonti: la definizione tradizionale di 'fonte del diritto' e la distinzione fondamentale tra 'disposizione' e 'norma'.

Per la definizione "classica", sono fonti del diritto «gli *atti* ed i *fatti normativi*, abilitati a costituire l'ordinamento stesso»<sup>12</sup>. Il pregio di questa definizione<sup>13</sup> è di mettere in luce la natura "oggettiva" della fonte, l'elemento materiale, fattuale. Come precisa Crisafulli, «sono fonti i fatti (ivi inclusi gli atti) che l'ordinamento così qualifica, legittimandoli a porre norme costitutive di se medesimo come "diritto oggettivo"»<sup>14</sup>. Le fonti servono a "porre norme", ma non vanno confuse con le norme. Netta è la distinzione - «le fonti non sono le norme, ma il fatto presupposto o la condizione o "la causa" delle norme»<sup>15</sup> - trattandosi di una distinzione per così dire ontologica: le fonti sono "cose", documenti o comportamenti empiricamente accertabili; le norme, frutto del procedimento intellettuale chiamato 'interpretazione', appartengono invece al mondo delle idee.

Il linguaggio corrente non dà sufficiente risalto a questa distinzione, sovrapponendo sistematicamente i piani<sup>16</sup>. Si parla comunemente della «applicazione della legge», come se fosse possibile applicare un documento o un fatto, mentre è evidente che quello che si applica è la norma che l'interprete ne ricava<sup>17</sup>; così come essa non viene applicata al "fatto", a qualcosa che esiste nel mondo delle cose, ma al "caso", che è la rappresentazione ideale del fatto, la sua qualificazione giuridica<sup>18</sup>.

'Applicare' significa «accostare o apporre un oggetto ad un altro, per modo che si tocchino (come avviene dei lati di una cosa che si pieghi)»<sup>19</sup>: che senso ha allora la frase 'si applica la legge al caso concreto'? Nella metafora dell'«applicazione della legge» si cela un doppio *transfer* dal fuori al dentro, ossia dal mondo reale (in cui esistono i documenti normativi e le loro proposizioni, ma anche l'evento «dedotto» davanti al giudice) al mondo ideale: l'applicazione è un processo intellettuale che pone in relazione due «costruzioni», quella della norma e quella del caso («che pertanto viene anch'esso concettualizzato o astrattizzato»<sup>20</sup>); non fa meraviglia

---

<sup>12</sup> Così L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova 1998<sup>3</sup>, 117.

<sup>13</sup> Che nella classificazione proposta da R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, I.1, Milano 1998, 57 ss. si qualificerebbe probabilmente come «nozione formale di fonte».

<sup>14</sup> V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)* in *Encicl.dir.* XVII, 1968, ??

<sup>15</sup> *Ibidem* ??

<sup>16</sup> Ho già sviluppato questo ragionamento in *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantitativa delle fonti del diritto*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite del potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare, I (Le fonti del diritto)*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli 2009, 35 ss., di cui riprendo qui alcuni passi.

<sup>17</sup> Cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto privato*, Milano 1993, 18.

<sup>18</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008, il quale giustamente insiste sulla differenza tra il «fatto» (o l'evento, nella terminologia qui adottata) e il "caso" (179), definendo il caso come «fatto interpretato» (197).

<sup>19</sup> *Vocabolario Etimologico della Lingua Italiana* di Ottorino Pianigiani, alla voce *Applicare*

<sup>20</sup> G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, 15.

perciò che questo processo sia riassunto nella forma logica del sillogismo, quintessenza del ragionamento giuridico.

Il linguaggio allegorico della “applicazione della legge” non crea alcun problema pratico, almeno sino al punto in cui non finisca con indurre a confondere i due piani anche in sede teorica: a quel punto si genera un cortocircuito che provoca l’esplosione delle categorie. Se invece i piani restano distinti, possiamo separare i fenomeni che vengono additati come “crisi delle fonti” secondo l’appartenenza a ciascuno di essi. Per esempio, la pessima scrittura degli *atti* normativi italiani genera sì gravi complicazioni nel processo di *interpretazione di essi* e di applicazione delle norme derivate, ma la causa di queste complicazioni risiede nel mondo delle “cose”, ossia della formulazione tecnica degli atti. Questo vale anche per le conseguenze della incerta scrittura delle disposizioni costituzionali relative al riparto delle funzioni legislative; oppure per il “rinvio”, contenuto nelle leggi ordinarie, ad atti successivi di attuazione, variamente denominati, ma comunque «privi di valore regolamentare»<sup>21</sup>.

Il fatto è che le *fonti* sono fenomeni del mondo delle *cose*, ma l’*idea di sistema (delle fonti)* è – appunto – un’idea, il cui svolgimento è affidato agli interpreti. Così come i c.d. *criteri di soluzione delle antinomie*, che costituiscono gli strumenti tradizionali per comporre il “sistema”, sono operazioni condotte dagli interpreti, anche la pretesa «normatività del fattuale» penetra - sempre attraverso la interpretazione - nella teoria delle fonti, esprimendo una serie di figure più o meno consolidate di *qualificazione giuridica* di alcuni fenomeni reali. Le prassi costituzionali, gli accordi politici e istituzionali, il *softlaw* e le regole derivanti da fenomeni di produzione non statutale di norme - come la *lex mercatoria*, i codici di autoregolamentazione, le *best practices* ecc. - sono «fatti» o «documenti» che entrano talvolta nell’argomentazione dei giudici e, attraverso queste, sembrano accreditarsi di un certo valore normativo e spingono perciò ad essere incluse nel sistema delle fonti.

È chiaro allora che i principali fattori di “crisi” del sistema delle fonti emergono da prassi proprie dell’interpretazione. La «normatività del fattuale», la ipostatizzazione di consuetudini costituzionali, l’apertura a modelli giuridici di importazione, anche la sopravvalutazione della portata delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo o di clausole contenute in trattati internazionali non direttamente obbligatori: questi e altri sono fenomeni “critici” che sorgono nell’ambito dell’attività interpretativa dei giudici, si collocano dunque nel mondo delle “idee” e sono scelte la cui responsabilità cade sugli interpreti. Parimenti, tutte sul piano dell’interpretazione stanno le operazioni che portano a distinguere regole e principi, oppure che sostengono forme di “interpretazione conforme” alla Costituzione, al diritto comunitario, alla giurisprudenza EDU.

---

<sup>21</sup> Sui quali cfr., in questo fascicolo, M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*.

Tutta e solo degli interpreti è dunque la responsabilità della crisi? Certamente no, la manutenzione delle leggi è pessima e pessima, come si diceva, la qualità del *drafting* degli atti normativi<sup>22</sup>. Quando il legislatore, autorizzando la ratifica di trattati internazionali che comportano conseguenze operative enormi – si pensi ai trattati istitutivi delle organizzazioni europee – ritiene di poter assolvere il suo compito inserendo nella legge di autorizzazione il solito *cliché* dell'ordine di esecuzione («*Piena ed intera esecuzione è data al Trattato di cui all'articolo 1*») è la frase riprodotta nella autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona<sup>23</sup>), è chiaro che l'opera di ricostruzione del "sistema" delle fonti ricadrà tutta sugli interpreti.

### 3. La sovrapposizione dei piani

Certe volte sembra proprio che le leggi siano scritte per aprire il varco attraverso il quale l'interpretazione può svincolarsi dal testo.

Si prenda ad esempio la tecnica del rinvio normativo che una determinata legge fa a disposizioni di altro atto normativo. Un caso esemplare ce lo offre la c.d. "legge Severino", il testo unico (d.lgs. 235/2012) che regola la delicatissima materia dell'incandidabilità dei politici condannati per reati particolarmente scandalosi. Dispone l'art. 1 che non sono candidabili coloro che hanno subito condanne per gli articoli 51, commi 3 bis e quater, del codice di procedura penale: ma se si consultano le disposizioni richiamate, si scopre che le norme a cui si rinvia riguardano le funzioni del PM e servono a individuare l'ufficio competente, e che per farlo rinviano a loro volta a una serie di articoli del codice penale e di leggi speciali che anche loro rinviano ad altri atti legislativi. Che cosa può accadere se una delle norme rinviate o delle norme rinviate dalle norme rinviate subisce una modificazione o un'abrogazione? Spetterebbe all'interprete decidere se, nell'uno e nell'altro caso di rinvio, ci si trovi davanti a un rinvio recettizio o formale.

Non è un'ipotesi di scuola, tutt'altro: un esempio tra i tanti ci è offerto da una pronuncia della Cassazione in merito al delitto di falsità nella revisione legale<sup>24</sup>: se la disciplina vigente al momento del fatto commesso viene "sostituita" da una nuova disciplina, recante «nuove norme, incidenti sulla medesima materia ed assai prossime nella lettera a quelle abrogate», è configurabile l'ipotesi di un rinvio "mobile" che faccia sopravvivere e mantenga applicabile la norma abrogata? No, hanno risposto le sezioni unite della Cassazione alla fine di un lungo percorso argomentativo, perché si violerebbe il principio di legalità in materia penale. In altri casi di abrogazione della disposizione incriminatrice, però, la Corte ha invece ritenuto di trovarsi davanti a "continuità normativa" e quindi a un rinvio mobile<sup>25</sup>. Non è difficile prevedere quanti

---

<sup>22</sup> Per una puntuale analisi del degrado della qualità degli atti legislativi, cfr. E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino 2017.

<sup>23</sup> Legge 2 agosto 2008, n. 130.

<sup>24</sup> Cassaz., S.U. penali, sent. 34476 del 23 giugno 2011 (dep. 22/09/2011)

<sup>25</sup> Cassaz., Sez. I pen., sent. 52181 dell'8 novembre 2016 (dep. 07/12/2016 ); Sez. 4, sent. 37884 del 13 luglio 2007 (dep. 15/10/2007 ); Sez. 6, sent. 6889 del 17 maggio 1994 (dep. 14/06/1994); Sez. 5, sent. 2943 del 24

problemi interpretativi potranno sorgere a seguito della «attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni», disposta dall'art. 1, comma 84, lett. q (già la numerazione testimonia l'accuratezza della tecnica legislativa), a cui ha dato seguito il d. lgs. 21/2018. Il decreto "delegato" abroga una serie di fattispecie penali contenute in leggi speciali inserendo le medesime fattispecie in altrettanti articoli del codice penale: ma se qualche disposizione dell'ordinamento fa rinvio specifico ad una norma abrogata e "trasposta" nel codice, che cosa dovrà ritenere l'interprete, che anche il rinvio cambi recapito? Lo consentirà il principio di legalità penale?

Una certa sciatteria nella redazione degli atti legislativi espande il potere dell'interprete ben al di là della distinzione di sapore cartesiano tra "cose" e "idee", che però sembra offuscarsi ad un'analisi più approfondita, rivelandosi forse troppo rigida. In altre occasioni ho avanzato una lettura "quantistica" del processo di interpretazione del diritto che mira ad accendere i riflettori sulle prassi degli interpreti che "manipolano" gli oggetti di cui intendono proporre l'interpretazione – nelle quali, cioè, l'oggetto e il soggetto dell'osservazione tendono a sovrapporsi e confondersi<sup>26</sup>. Sono prassi ben note: il riconoscimento o meno del valore normativo (o, all'opposto, della funzione meramente "dichiarativa") delle disposizioni scritte dal legislatore<sup>27</sup>; l'abrogazione implicita o tacita delle disposizioni stesse, perché superate dalla legislazione più recente; l'argomento della *sedes materiae*, per distinguere l'ambito di applicazione delle leggi (ed anche degli ordinamenti), in modo da poter scegliere quale disciplina applicare al caso; il meccanismo dell'effetto diretto che porta il giudice a disapplicare le leggi nazionali in contrasto con le norme europee accreditate come *self executing*; l'applicazione della gerarchia delle fonti per togliere di mezzo (direttamente o tramite il soccorso della Corte costituzionale) atti o disposizioni in vigore, ma invalide perché non conformi alle norme superiori. Tutte queste sono strategie che producono un risultato: che, se gli atti e le disposizioni appartengono al mondo delle "cose", l'interpretazione, che starebbe sull'opposto piano delle "idee", incide profondamente nella selezione delle "cose" da cui si devono trarre le norme che servono per il caso che si ha di fronte: sono "idee" che qualificano gli *atti* come *fonti*, in quanto tali capaci di generare la norma del caso, saggiandone l'astratta prescrittività, la vigenza, la competenza, la pertinenza alla materia ecc.

Qualcosa di simile accade anche per la distinzione, di cui siamo debitori a Crisafulli, tra *disposizione* e *norma* – che è l'altro "supporto" che la letteratura

---

settembre 1987 (dep. 04/03/1988). Per l'innovativa figura del "rinvio recettizio permanente", che sarebbe però a tutti gli effetti un rinvio mobile, per il quale si applica automaticamente ogni modifica apportata alla disposizione richiamata, Sez. 1, sent. 429 del 25 gennaio 1994 (dep. 18/06/1994).

<sup>26</sup> A *discrezione del giudice*, cit.

<sup>27</sup> Basti menzionare ad esempio il "trattamento" a cui sono state sottoposte dagli interpreti le disposizioni delle *Preleggi* che vorrebbero disciplinare l'interpretazione della legge, ma «partecipano più del consiglio che del comando»: cfr. la *Relazione della Commissione Reale al Codice civile* (in G. Pandolfi, G. Scarpello, M. Stella Richter, G. Dallari, *Codice civile* (illustrato con i lavori preparatori), I, Milano, 1939, 24 ss.) 21.

costituzionalistica ci fornisce per orientarci nella teoria delle fonti. Apparentemente riproduciamo in questo modo il dualismo, potremmo dire ontologico, tra segno e significato, tra “cose” e “idee”. Ma forse non è esattamente così. Già Crisafulli presenta qualche esitazione nel configurare la disposizione come semplice “oggetto” dell’interpretazione: mi riferisco agli accenni ai «frammenti di norma», enunciati «formalmente autonomi» ma «insuscettibili, in sé e per sé, di esprimere un significato normativo (relativamente) compiuto»; d’altra parte, avverte Crisafulli, se si insistesse sulla necessaria compiutezza di significato della disposizione, si finirebbe con concludere che, per aversi disposizione, sia richiesto «il ricorrere di tutti gli elementi che, alla stregua delle diverse concezioni possibili, si ritengono elementi costitutivi della norma giuridica»<sup>28</sup>. Disposizione e norma si confonderebbero.

Bisogna accettare perciò che la disposizione non sia un mero «dato», ma il frutto di una selezione<sup>29</sup>: e che questa selezione sia operata dall’interprete e guidata in larga parte da una teoria delle fonti, comprensiva dei tradizionali «criteri di soluzione delle antinomie», che aiuta l’interpretazione a scegliere il suo «oggetto», ossia la «disposizione» da interpretare.

Eppure tutto ciò non autorizza a confondere le fonti del diritto con l’interpretazione. Giustamente Lorenza Carlassare<sup>30</sup> stigmatizza le tesi che sostengono addirittura la «conversione» della teoria delle fonti nella teoria dell’interpretazione<sup>31</sup>. Una distinzione tra i piani deve essere mantenuta. È vero che l’interprete concorre a qualificare determinati atti – intesi come documenti o comportamenti, cioè come “cose” – erigendoli a fonti normative, vigenti e rilevanti per il caso che si trova ad affrontare, ma è anche vero che questa operazione preliminare serve per selezionare il materiale da cui ricavare la “norma” da applicare, attraverso un’attività interpretativa successiva<sup>32</sup>. Non si tratta di sfumature secondarie, ma di una distinzione del tutto centrale, indispensabile a capire a cosa serve la teoria delle fonti.

#### 4. Teoria delle fonti e teoria dei poteri

L’opera attraverso la quale l’interprete accredita la fonte normativa vigente e rilevante per il caso da affrontare non ha l’obiettivo di ricavare la “norma” da

---

<sup>28</sup> *Disposizione e norma*, in *Enc. dir.*, XIII, 195

<sup>29</sup> Il tema è sfiorato anche da R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino 1990, laddove distingue tra ‘enunciati’ e ‘proposizioni’, riferendo il primo termine a «ogni enunciato che sia parte di un documento normativo, ossia ogni enunciato del discorso delle fonti». Ma altrove la distinzione – e il problema sottostante – appare dimenticata (cfr. per es. *Le fonti del diritto cit.*, 18; *L’interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano 2004,99).

<sup>30</sup> *Fonti del diritto*, cit. 538.

<sup>31</sup> Il riferimento critico è agli scritti di A. Ruggeri di cui si darà conto nel paragrafo seguente.

<sup>32</sup> La dottrina 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 tratta»: A. ROSS, *Diritto e giustizia cit.*, 72.

applicare nel suo giudizio, ma quello preliminare di individuare la “disposizione” da cui prendere le mosse. È l’appartenenza della disposizione al sistema delle fonti a conferire legittimità all’operazione che l’interprete si accinge a compiere<sup>33</sup>: infatti, solo se la disposizione appartiene alle fonti del diritto, si potrà ricavarne interpretazioni munite di autorità giuridica tali da essere qualificate come “applicazione del diritto”. Potrà trattarsi della autorità solo persuasiva che è propria dell’interpretazione dottrinale oppure dell’autorità di ben maggiore intensità che caratterizza l’interpretazione compiuta dal giudice o dalla pubblica amministrazione, cioè dai soggetti della «applicazione del diritto». Comunque il «dover essere» discende dalla premessa che la norma sia tratta da una «fonte del diritto»: l’autorità di chi applica deriva dall’autorità della fonte.

Il che significa che il “sistema delle fonti” si riflette sul sistema dei poteri e che la distinzione tra il sistema delle fonti, da un lato, e l’interpretazione e la sua teoria, dall’altro, costituisce un tassello indispensabile dell’organizzazione dei poteri in uno Stato costituzionale di diritto<sup>34</sup>. Al contrario, la «conversione» della teoria delle fonti nella teoria dell’interpretazione, da tempo auspicata per esempio da Antonio Ruggeri<sup>35</sup>, appare una proposta sovversiva, perché propugna come risultato la demolizione di uno degli argini fondamentali dell’assetto costituzionale. Se in nome dei “valori” si ritiene superabile il vincolo derivante dal diritto positivo e quindi si applaude a «un momento di svolta irreversibile nella struttura del sistema (e, dunque, pure – così, quanto meno, dovrebbe essere – del modo con cui concepirlo), con un conseguente spostamento di piano al quale se ne possono apprezzare le più salienti ed espressive movenze: dalle fonti alle norme»<sup>36</sup>, si propugna un sovvertimento dei “valori” – o forse meglio, dei principi - che sono posti alla base stessa dell’architettura costituzionale<sup>37</sup>.

In un suo recente scritto, Alessandro Mangia<sup>38</sup> sottolinea proprio questo aspetto della teoria delle fonti: essa è stata edificata come un limite al potere degli interpreti, e segnatamente dei giudici. Il principio fissato dall’art. 101.2 Cost., che

---

<sup>33</sup> Nel saggio raccolto in questo fascicolo, Omar Chessa, rileggendo Dworkin, sembra classificare questo tipo di operazione come selezione dei *grounds of law*, cioè le disposizioni che – collocate, aggiungerei io, nel mondo delle “cose” – sono suscettibili di accertamento empirico: cfr. O. CHESSA, *Concetto e tipologie di norma giuridica*, in questa Rivista.

<sup>34</sup> “*The legislature makes, the executive executes, and the judiciary construes the law*” sono le icastiche parole di John Marshall in *Wayman v. Southard*, 23 U.S. (1825), p. 46.

<sup>35</sup> *Quale “sistema” delle fonti dopo la riforma del Titolo V?*, in *federalismi.it* n. 2/2006, p. 19.

<sup>36</sup> A. RUGGERI, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in *Rivista AIC* 2008, 19.

<sup>37</sup> Ruggeri – rispondendo alle critiche di Carlassare (vedi *supra*) - la pone come una preferenza metodologica, che fa scegliere tra «un’opzione d’ispirazione assiologico-sostanziale ed una formale-astratta, nelle loro applicazioni alle vicende della normazione ed in vista di una fedele rappresentazione dei modi con cui si compone e senza sosta rinnova il sistema»: *Il “posto” delle norme internazionali e comunitarie in ambito interno: una questione di punti di vista*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 2/2009, 9 (in nota). Ma è un’opzione densa di conseguenze, come poi apparirà con chiarezza negli scritti successivi.

<sup>38</sup> *L’interruzione della Grande Opera. Brevi note sul dialogo tra le Corti*, in *Dir.pubbl.com.eu*. 2018 (in corso di stampa).

rende l'opera del giudice libera nel suo svolgersi ma vincolata al rispetto della legge, segna con chiarezza la preminenza del diritto positivo e delle sue fonti sull'attività dell'interprete. Si potrà discutere sulle modalità dell'attività dell'interprete, ma non si può revocare in dubbio il vincolo costituzionale che su di essa grava<sup>39</sup>. Per questo motivo la confusione tra le fonti e la loro interpretazione è allarmante: perché sgretola uno dei capisaldi dello Stato di diritto, di cui il nostro Stato costituzionale è l'erede e sulle cui basi è stato edificato.

Perché si giunge a un risultato così allarmante? Il ragionamento è semplice: si sposta l'attenzione dalla considerazione delle fonti al piano dei "valori", si assume come «"metapprincipio" sull'interpretazione» il principio della tutela più «intensa» dei diritti usandolo come leva per superare i limiti dell'ordinamento costituzionale, così da eliminare qualsiasi «differenza di trattamento» tra le Carte dei diritti, e quindi sviluppare «una sana competizione al rialzo» tra di esse, in modo da stabilire «dove si situi la tutela maggiormente avanzata e idonea a far fronte nel modo più adeguato alle complessive esigenze del caso». È evidente che questo indirizzo metodologico fa refluire in secondo piano qualsiasi considerazione del "sistema delle fonti" e le ingessature che ne derivano: «vi sono solo norme che richiedono di essere composte in sistema alla luce del "metapprincipio"». Che ruolo svolge la teoria delle fonti? Nessuno: «ogni riferimento alla normale teoria delle fonti e alla lettura dei testi normativi di cui si pretende di dare 'applicazione' è da ritenersi ormai confinato in un passato definitivamente trascorso»<sup>40</sup>.

Che questo sia il punto di vista avanzato in dottrina per cercare di risolvere la concorrenza tra ordinamenti, carte dei diritti e corti "costituzionali" non allarma più che tanto. Che davvero possa essere accreditata «un'autentica *Grundnorm*» posta a base dell'ordinamento, «data dalla ricerca della massimizzazione della tutela dei beni della vita costituzionalmente protetti, visti nel loro fare "sistema"»: «un "metapprincipio" che sta a base, più (e prima ancora) che della selezione della norma o del sistema di norme adeguati al caso, quale che ne sia la fonte o la provenienza, dello stesso orientamento (o, meglio, del preorientamento) interpretativo che guida questa ricerca»<sup>41</sup>, sembra una tesi troppo forte nelle pretese e troppo criticabile negli argomenti<sup>42</sup> per divenire un indirizzo maggioritario. Molto più allarmante è che ad esso aderiscano porzioni significative della magistratura.

---

<sup>39</sup> Si veda in tal senso Cassaz. Civ. sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, citata adesivamente, con ampi stralci della motivazione, da M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur.cost.* 2012, 3829 s.

<sup>40</sup> La prima delle citazioni è tratta da *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Pol. Dir.* 2010, 12, le altre dal più recente *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, in *Osservatorio AIC* 2/2018, 8, ma passaggi argomentati di questo tenore si possono trovare in tutta la copiosa produzione più recente di Antonio Ruggieri.

<sup>41</sup> Ancora A. RUGGERI, *Trasformazioni della costituzione e trasformazioni della giustizia costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2018, 28 s.

<sup>42</sup> Ho dedicato alla critica di queste tesi *Critica della teoria dei diritti*, Milano 2018, in particolare 63 ss.

Ciò sta avvenendo in modo esplicito negli scritti “teorici” di alcuni magistrati. Vi si legge che il giudice deve orientarsi fra le Carte dei diritti fondamentali «in una prospettiva che, attraverso il ricorso all’interpretazione dei diversi strumenti non governati da logiche di primato, riuscisse ad alimentare incessantemente i contenuti dei rispettivi documenti in un gioco al rialzo rivolto al perseguimento della miglior tutela possibile dei diritti fondamentali»<sup>43</sup>. L’idea – esplicita – è che il giudice debba operare «in una prospettiva di vero e proprio dovere, al servizio dei diritti e delle persone»<sup>44</sup>, avendo come obiettivo la «tutela più intensa dei diritti». Ma è davvero questo il compito che la Costituzione assegna ai giudici?

Il dubbio è consistente: l’immagine del giudice si accredita e si legittima per la sua funzione, che – come ripete la giurisprudenza costituzionale da sempre<sup>45</sup> - è «l’applicazione obiettiva del diritto»; la sua indipendenza lo protegge da qualsiasi altra volontà che non sia quella obiettiva della legge<sup>46</sup>. In ciò la giurisdizione si distingue dall’amministrazione, che è “finalizzata” al perseguimento dell’interesse pubblico, dello specifico interesse pubblico alla cui cura ogni ramo e ogni ufficio è preposto: in ciò l’attività amministrativa si pone come “funzione” in senso proprio, ossia come *deputatio ad finem*<sup>47</sup>. Alla giurisdizione, invece, il conferimento dei poteri «non avviene mai secondo il criterio della definizione di un interesse specifico da perseguire, ma soltanto in funzione del raggiungimento dell’interesse generale obiettivo della giustizia»<sup>48</sup>.

Assegnare ai giudici il compito di massimizzare la tutela dei diritti degli individui è, al tempo stesso, un’ideologia relativa ai compiti della magistratura, che sfonda l’impalcatura dello Stato di diritto e della Costituzione, e una visione sbagliata del quadro teorico dei diritti. Infatti, che la tutela di un determinato diritto debba essere “massimizzata” significa soltanto che non bisogna badare a quali diritti o interessi vengano sacrificati, posto che – come la Corte costituzionale ha sempre ripetuto – nessun diritto è assoluto, ma incontra i limiti imposti dal rispetto, appunto, di altri diritti e interessi<sup>49</sup>. Quindi, “massimizzare” un diritto significa negare la funzione della legge come regola del bilanciamento tra interessi, sostituendola con la libera valutazione del giudice. Questo del resto è affermato a chiare lettere negli scritti teorici che fanno da cornice a questa ideologia della funzione giudiziaria: «va allora valutato con favore un sistema nel quale il giudice possa esercitare le funzioni

---

<sup>43</sup> R.G. CONTI, *La giurisdizione del giudice ordinario e il diritto Ue*, in *Le trasformazioni istituzionali a sessant’anni dai trattati di Roma*, a cura di A. Ciancio, Torino 2017, 99, in cui il debito culturale nei confronti di Ruggeri è apertamente riconosciuto.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> A partire dalla sent. 83/1966.

<sup>46</sup> Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova 1975<sup>9</sup>, 378.

<sup>47</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc.dir.* III, 1958, 989.

<sup>48</sup> G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova 1987, 265.

<sup>49</sup> Ho spesso sostenuto la tesi che i diritti sono “a somma zero”: cfr. da ultimo *Critica della teoria dei diritti* cit.

decisorie sulla base di modelli normativi minimi, quanto più elastici, in modo che il prodotto del suo agire sia capace di offrire la miglior tutela possibile alla persona, in relazione al complesso di interessi, valori e principi che vengono al suo esame e che appaiono “nelle loro singolarità irriducibili”»<sup>50</sup>.

Come si può notare, si vorrebbe modificare il rapporto tra legislazione e giurisdizione, lasciando alla prima il compito di una normazione minima e di principi, alla seconda la missione di fissare il punto di bilanciamento tra interessi, garantendo la mitologica «massimizzazione della tutela dei diritti».

Come si diceva, è un progetto autenticamente sovversivo, che sostituendo la teoria delle norme alla teoria dei diritti mira a sradicare la giurisprudenza dal vincolo fissato dall'art. 101.2 Cost. Oltretutto la ricerca del *maximum standard* di tutela si muoverebbe mettendo da parte la carta dei diritti scritta dalla nostra Costituzione e interpretata da decenni di giurisprudenza costituzionale per esaltare invece le carte della CEDU e di Nizza, e quindi il ruolo delle rispettive Corti: dimenticando che, mentre la nostra Costituzione nasce dalle rivendicazioni “sociali” che hanno segnato la nostra storia e che si sono progressivamente “inverate” nella legislazione e nella giurisprudenza costituzionale, quelle carte (e quelle corti) sono accentuatamente ancorate ad una visione paleolibérale e liberista dei diritti<sup>51</sup>: per cui, il presunto carattere “progressista” di questa diversa funzione della giurisdizione (che non a caso è stata messa in rapporto con la teoria dell'uso alternativo del diritto di mezzo secolo fa<sup>52</sup>) sembra il frutto di una svista incomprensibile anche sotto il profilo della “politica del diritto”. Per non parlare poi dei costi della giustizia e quindi nell'insanabile ingiustizia che caratterizzerebbe l'affidare ai giudici, e non alla legge, di individuare il bilanciamento degli interessi in concorrenza.

### 5. La giurisprudenza non è fonte del diritto

La separazione netta della teoria delle fonti dalla teoria dell'interpretazione esalta dunque i tratti fondamentali del sistema costituzionale. Le fonti sono atti prodotti da organi dotati di una legittimazione politica e prodotti attraverso procedimenti garantiti. La giurisprudenza non condivide queste caratteristiche, anzi l'ordinamento costituzionale è tutto teso a proteggere gelosamente l'autonomia della magistratura e l'indipendenza dagli organi politici.

Il vantaggio di adottare una concezione “formale” di fonte<sup>53</sup>, dunque, non è soltanto di offrire un criterio utile ad identificare *a priori* le fonti di un ordinamento<sup>54</sup>. Si tratta di far corrispondere la teoria delle fonti alla divisione dei poteri, e quindi ad uno dei tratti fondamentali del disegno costituzionale. Da tempo è posta in dubbio la

---

<sup>50</sup> R.G. CONTI, *La giurisdizione cit.*, 39.

<sup>51</sup> Sul punto rinvio ancora a *Critica della teoria dei diritti cit.*, 69-112.

<sup>52</sup> Cfr. A. MANGIA, *L'interruzione cit.*, 5 s. (del dattiloscritto).

<sup>53</sup> Vedi *supra, nota* 12.

<sup>54</sup> Cfr. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica cit.*, 65.

“tenuta” della divisione dei poteri laddove pretenda di separare con un taglio netto la funzione legislativa da quella esecutiva, ragionando sulla comune derivazione e legittimazione politica del Parlamento e del Governo e quindi scolorando la linea di separazione tra la legge e il regolamento<sup>55</sup>. Ma questo non offusca affatto la linea di separazione tra la funzione legislativa (sia pure largamente intesa) e la funzione giurisdizionale, linea che è posta a presidio dello Stato di diritto<sup>56</sup> e riassume il principio di legalità e il vincolo del giudice alla legge, fissati dall’art. 101.2 Cost.: disposizione che non solo garantisce «l’indipendenza “istituzionale” e quella “funzionale”» del giudice, ma si rivolge alla «“stessa funzione del giudicare”, e quindi in particolare esig(e) che il giudice, nell’esercizio della sua funzione tipica, debba basarsi solo su ciò che sia voluto o consentito dalla legge»<sup>57</sup>.

Ora, non c’è dubbio che il processo interpretativo condotto dal giudice generi “norme”, ossia precetti generali e astratti che – nel modellino tradizionale del sillogismo giudiziario - funzioneranno da premessa maggiore della decisione. Sono il prodotto di un processo più o meno tormentato di interpretazione delle disposizioni considerate vigenti, processo che si conclude con la formulazione di una norma generale<sup>58</sup>. In questo senso generico la giurisprudenza viene spesso e comprensibilmente annoverata tra le “fonti del diritto”. Ma si deve distinguere la nozione generica e allargata di ‘fonte del diritto’, che comprende sia la giurisprudenza che tutte le forme in cui le pubbliche amministrazioni offrono interpretazione delle disposizioni legislative per guidarne l’applicazione (le circolari, per esempio<sup>59</sup>), da una nozione più esatta, teoricamente fondata e compatibile con la Costituzione, che stacca la fonte del diritto dall’interpretazione delle sue disposizioni.

Si deve considerare anche che, in materia di diritti fondamentali, è alla legge – intesa nel senso stretto di fonte primaria - che la Costituzione riserva il compito di fissare il punto di bilanciamento tra il singolo diritto, i diritti degli altri, gli altri diritti e gli interessi della comunità. Alla Corte costituzionale è attribuito il compito di verificare che tale bilanciamento sia ragionevole e equilibrato in relazione ai casi specifici dedotti dal giudice remittente, mai di surrogarsi però alle valutazioni del legislatore (il che, oltretutto, le sarebbe precluso in forza dell’art. 28 della legge 87/1953). Che in questo contesto il giudice ordinario possa sentirsi investito del compito di assicurare la “tutela più intensa” di un diritto navigando nelle carte dei diritti e ispirandosi alla giurisprudenza delle diverse Corti è ovviamente da escludere

---

<sup>55</sup> Cfr., proseguendo sui percorsi tracciati da Mortati, E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano 1967, 207 ss.

<sup>56</sup> In ciò l’art. 101.2 Cost. svolge un compito simile all’art. 20 § III del *Grundgesetz* che, stabilendo espressamente il vincolo del potere esecutivo e della magistratura alla legge, segna la caratteristica fondamentale della forma di Stato tedesca.

<sup>57</sup> S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc.dir.* XXIII, 1973, 683.

<sup>58</sup> Una *rule* nel lessico di Dworkin: cfr. ancora O. CHESSA, *Concetto e tipologie di norma giuridica* cit.

<sup>59</sup> Che, come chiariva M.S. GIANNINI, *Circolare*, in *Enc.dir.* VII, 1960, 1 ss., non sono atti normativi, nel senso che non possono vincolare i giudici (§ 4).

in principio. È comprensibile che si cerchi di avvalorare questa strategia attraverso la sostituzione della teoria delle fonti con la teoria delle norme. Ma è proprio l'inaccettabilità del risultato a cui vorrebbe pervenire questa visione ideologica del ruolo del giudice a dimostrare che la decostruzione della teoria delle fonti è un passo fatale.

#### 6. Vincolo alla legge e leggi che non vincolano

Gli schemi che sono venuto tracciando possono apparire talvolta inadatti a rappresentare la realtà. Ci sono casi in cui, soprattutto in presenza dei c.d. nuovi diritti, mancano atti normativi capaci di fondare la decisione del giudice. Siccome non è ammesso il *non liquet* - anzi, al contrario, il “diniego di giustizia” è sanzionato<sup>60</sup> - negli *hard cases*, che sono tali perché la legislazione vigente non fornisce un'espressa “norma del caso”, spetterà al giudice elaborarla. Che sia positiva o negativa la risposta del giudice alla domanda di riconoscimento del diritto, la sua conclusione sarà una “buona sentenza” se gli argomenti impiegati si fonderanno sui principi costituzionali e della legislazione ordinaria.

Talvolta può sembrare che il giudice sia indotto ad uscire dal perimetro della semplice “applicazione della legge”, dato che in ipotesi non c'è una disciplina legislativa specifica. La domanda però, puntando sempre al riconoscimento di un diritto o all'allargamento della sua tutela (dove starebbe altrimenti l'«interesse al ricorso?»), deve richiamare qualche principio costituzionale o qualche altra norma a proprio sostegno. Il più delle volte si indica qualche disposizione di legge che appare rilevante per la disciplina della materia: di essa si può chiedere un'interpretazione estensiva («costituzionalmente orientata», con riferimento al principio costituzionale invocato), oppure proporre l'impugnazione “additiva” («nella parte in cui» non sia possibile adeguarne in via interpretativa la previsione alla tutela promessa dal principio costituzionale). In ogni caso però le strade che si aprono alla decisione del giudice iniziano comunque dal dato oggettivo, dalle disposizioni, dalle fonti.

È raro, se non impossibile, che non ci sia una fonte primaria rilevante a cui fare riferimento, sicché la domanda di riconoscimento e tutela del diritto non possa suggerire al giudice di imboccare una strada precisa, che abbia nella interpretazione “adeguatrice” della legge o nella sua impugnazione il suo percorso strategico. Ma può capitare, e il “caso Englaro” ne è un esempio emblematico.

La Cassazione<sup>61</sup> ha riconosciuto che il diritto individuale a rifiutare qualsiasi trattamento medico possa essere esercitato dal tutore se la persona direttamente interessata non sia in grado di esprimere la propria volontà e sia incapace di esercitare il diritto di scelta. Siccome non esisteva una disposizione di legge che impedisse di raggiungere questo risultato in via interpretativa - altrimenti avrebbe potuto impugnarla davanti alla Corte costituzionale - la Cassazione “derivò” la norma del

---

<sup>60</sup> Art. 3 della legge 117/1988 sulla responsabilità civile dei magistrati.

<sup>61</sup> Corte di Cassazione, sez. I civ., sent. 21748/2007.

caso direttamente dai principi costituzionali, formulando una regola circostanziata che avrebbe dovuto essere applicata in seguito. La complessità della norma elaborata dalla Cassazione può senz'altro impressionare, ma il punto di partenza del lungo e complesso percorso interpretativo che l'ha generata è pur sempre una disposizione, l'art. 32.2 Cost.

Il sistema costituzionale di tutela dei diritti<sup>62</sup> vorrebbe che fosse riservato al legislatore il compito di individuare i diritti da tutelare e definire i modi della loro tutela, tracciando il bilanciamento con gli altri diritti e interessi. Il «*political constitutionalism*», che trova notevole consenso nel mondo anglosassone<sup>63</sup>, fonda proprio su questa premessa i suoi argomenti contro la creazione giurisprudenziale dei diritti: sono le istituzioni della democrazia rappresentativa, non i giudici, a dover regolare i diritti, perché solo esse godono della legittimazione politica e dispongono delle conoscenze fattuali necessarie a fissare i punti in cui diritti, interessi, principi trovano un bilanciamento ottimale<sup>64</sup>. È una tesi che – ancorché non molto condivisibile nel merito – può godere di qualche credito in un sistema ideale in cui i canali della rappresentanza e le procedure della legislazione funzionino a dovere. In Italia il sistema è invece molto carente e la domanda di riconoscimento e di tutela dei diritti trova molti ostacoli se affidata al canale politico-rappresentativo; spesso perciò si dirige verso i giudici, chiedendo loro di provvedere “in supplenza” a colmare una lacuna che provoca un *vulnus* alla Costituzione. Indubbiamente nel caso Englaro la Cassazione ha svolto una funzione di supplenza del legislatore, suscitando lo sdegno impudico del Parlamento, che non era riuscito a approvare una legge in materia<sup>65</sup>.

Il giudice, riconoscendo la fondatezza della pretesa dell'individuo, risponde nei termini della domanda, ossia in relazione al caso concreto e lo fa sulla base di una fonte normativa posta, una disposizione, della cui esistenza deve dare conto e della cui interpretazione si deve fare carico (motivando). Il dispositivo della sua sentenza non potrà contenere una completa disciplina delle modalità e dei limiti di garanzia del diritto in questione, ma dirà soltanto se in quelle determinate condizioni fattuali il

---

<sup>62</sup> Per il quale rinvio al mio *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC* 2018,

<sup>63</sup> La letteratura che dà corpo a questa teoria è oggetto delle ottime analisi di M. GOLDONI, *Che cos'è il costituzionalismo politico?*, in *Diritto e questioni pubbliche* 2011, 336 ss.; *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il "Political" e il "Popular" Constitutionalism*, in *Quad. cost.* 2010, 733 ss.; *Political Constitutionalism and the Question of Constitution-Making*, in *Ratio Juris* 2014, 387 ss. ed altre ancora.

<sup>64</sup> Le tesi di questa corrente di pensiero sono sviluppate in alcune fortunate monografie, tra cui in particolare cfr.: J. WALDRON, *Law as disagreement*, Oxford – New York 1999; L.D. KRAMER, *The People Themselves - Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York 2004; R. BELLAMY, *Political Constitutionalism*, Cambridge 2007.

<sup>65</sup> Come è noto, le Camere fecero ricorso alla Corte costituzionale per conflitto di attribuzione, lamentando che il giudice aveva invaso la funzione legislativa emanando una regola generale e quindi sostituendosi al legislatore. La Corte costituzionale lo dichiarò inammissibile (ord. 334/2008), perché nulla impediva al parlamento di approvare - finalmente - una legge in materia, mentre, al contrario, al parlamento non era consentito di interferire con la funzione giurisdizionale e sindacare il modo con cui i giudici svolgono i propri compiti.

diritto è o meno riconosciuto e tutelato. Ogni affermazione del giudice – anche del giudice delle leggi, in fondo – è corredata dalla clausola implicita *rebus sic stantibus*, che non chiude mai lo spazio all'intervento futuro del legislatore.

Il procedimento legislativo, proprio per le garanzie di dibattito che esso dovrebbe tutelare, serve a individuare i punti di bilanciamento tra interessi contrastanti nella definizione della tutela dei diritti. Le *disposizioni* sono frutto di una mediazione politica tra istanze contrastanti; se questa mediazione funziona male, anche la scrittura delle leggi ne risente. Spesso la legislazione si rivela incapace di soddisfare la “domanda sociale” di riconoscimento dei diritti, per mancanza di una volontà maggioritaria che converga a fissare il punto di bilanciamento tra gli interessi in competizione<sup>66</sup>; spesso la scrittura tecnica delle leggi ne risente, perché è oscuro ciò che si vorrebbe scrivere nelle disposizioni di legge o perché si preferisce formulare disposizioni “aperte”, che non introducono vincoli precisi ma rinviano la loro fissazione a una miriade di atti successivi; spesso perciò è una scelta del legislatore trasferire ai soggetti dell'applicazione della legge il compito di precisare ciò che nella legge preciso non è. La domanda sociale di riconoscimento dei diritti pertanto esonda dal canale principale in cui dovrebbe trovare riconoscimento – la rappresentanza politica - e si riversa sull'altro, quello della giurisdizione, ponendo ai giudici – e spesso, tramite loro, alla Corte costituzionale<sup>67</sup> - quella istanza di riconoscimento a cui il circuito politico-rappresentativo non è stato in grado di rispondere. Cattivo funzionamento di questo circuito e pessima tecnica nella costruzione delle disposizioni sono il vero problema che offusca qualsiasi discorso teorico sul sistema delle fonti. Anche la confusione tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione trae origine da questo problema: in fondo non è che la traslazione della crisi delle istituzioni parlamentari e della tecnica legislativa, e del correlato fenomeno della supplenza dei giudici<sup>68</sup>, su un diverso piano teorico. Anche la crisi della teoria delle fonti è causata in fondo dalla crisi della politica.

---

<sup>66</sup> Che vi sia una consapevole intenzione del legislatore «di affidare alla magistratura lo scioglimento di nodi problematici che, per problemi di consenso o di equilibrio di maggioranza, non si volevano dipanare in sede parlamentare», è sostenuto da M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità cit.*, 3827.

<sup>67</sup> Per questa ragione la Corte costituzionale e il *judicial review* sono stati letti, non come estensione del principio di legalità, ma come fattore della sua crisi, essendo la Corte vista piuttosto come «un erogatore di legittimazione» politica, in quanto interprete dei “valori” costituzionali: cfr. C. MEZZANOTTE, *le fonti tra legittimazione e legalità*, in *Queste istituzioni* 1991, 52.

<sup>68</sup> «La ragione prima del nuovo rapporto fra la giurisdizione e la politica è da cercare, tutta, proprio nella crisi della politica»: M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Pol. Dir.* 1998, 367.