Vi sono parti del diritto costituzionale che sembrano troppo tecniche per essere attraenti. Ma le *fonti del diritto* non devono ingannare: esse parlano del potere e dei modi in cui al potere è consentito di limitare la nostra vita e i nostri diritti.

Perciò il luogo comune della cosiddetta *crisi del sistema delle fonti* deve preoccuparci: se le fonti sono in crisi, se il linguaggio della tecnica sembra aver sostituito quello del diritto, a rimetterci è la certezza delle nostre libertà.

Vi sono zone in cui il sistema mostra difficoltà, e il versante europeo è senz'altro una delle aree più delicate. Ad esse queste pagine sono dedicate, nella convinzione che non sia possibile rinunciare a criteri precisi per distinguere ciò che può limitare i nostri diritti e ciò che invece non lo può fare.

Roberto Bin ha insegnato Diritto costituzionale nelle Università di Trieste, Macerata, Ferrara. È coautore di alcuni fortunati testi per la didattica universitaria. Per i nostri tipi co-dirige la collana *Studi di diritto pubblico*, la rivista scientifica *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale* e ha pubblicato *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva "quantistica"* (2013) e *Critica della teoria dei diritti* (2018). La sua bibliografia si può consultare in *www.robertobin.it/bibliografia.htm*.

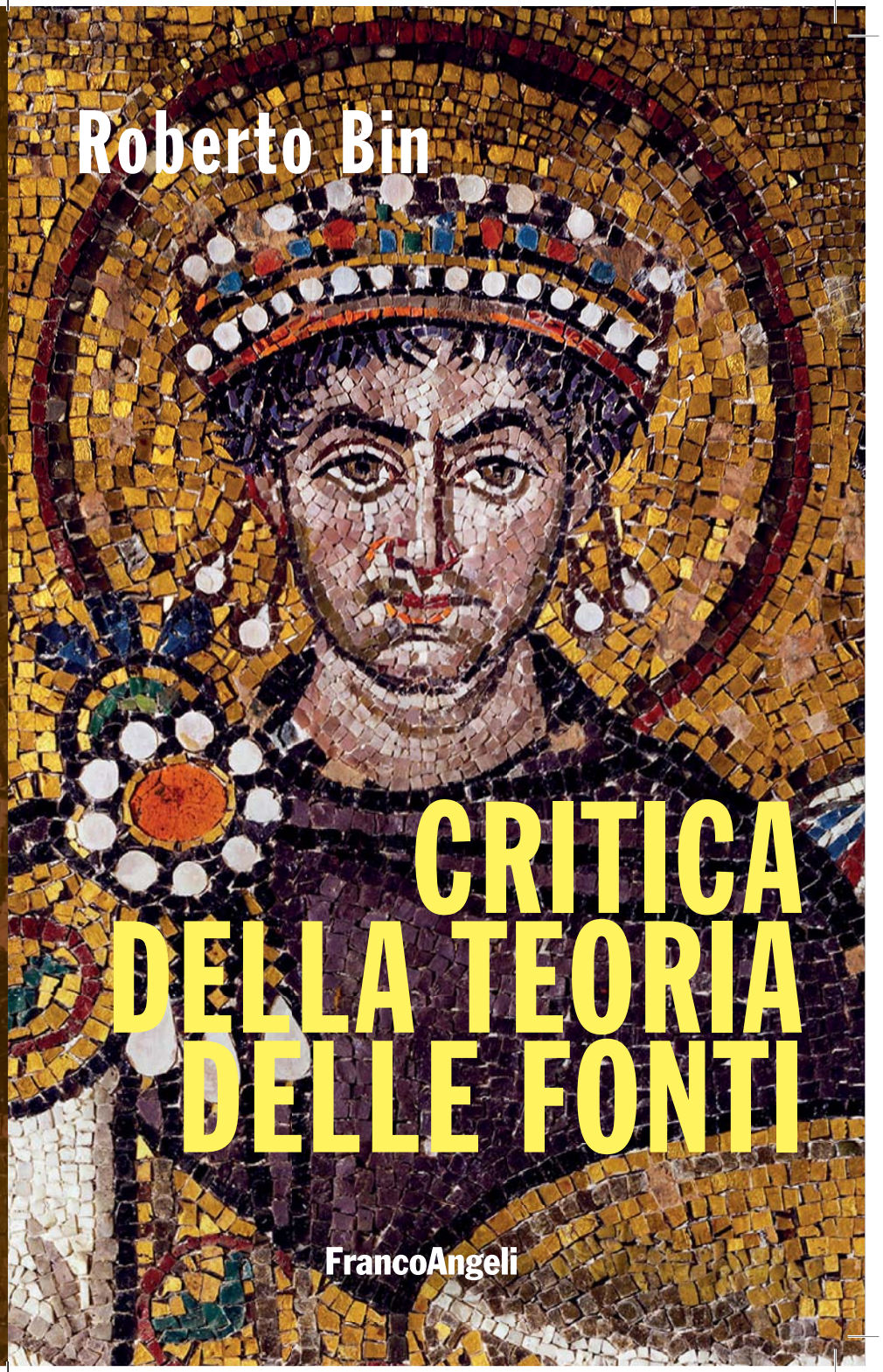
FrancoAngeli
La passione per le conoscenze

€ 20,00 (V)

ISBN 978-88-351-1876-3
9 788835 118763

1590.1.10

Roberto Bin CRITICA DELLA TEORIA DELLE FONTI



Roberto Bin

CRITICA DELLA TEORIA DELLE FONTI

FrancoAngeli

Roberto Bin

CRITICA DELLA TEORIA DELLE FONTI

FrancoAngeli

STUDI DI DIRITTO PUBBLICO

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

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

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

La Collana promuove la rivisitazione dei paradigmi disciplinari delle materie pubblicistiche e l'approfondimento critico delle nozioni teoriche che ne sono il fondamento, anche per verificarne la persistente adeguatezza.
A tal fine la Collana intende favorire la dialettica interdisciplinare, la contaminazione stilistica, lo scambio di approcci e di vedute: poiché il diritto costituzionale non può estraniarsi dall'approfondimento delle questioni delle amministrazioni pubbliche, né l'organizzazione e il funzionamento di queste ultime possono ancora essere adeguatamente indagati senza considerare l'espansione e i modi di interpretazione e di garanzia dell'effettività dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali. In entrambe le materie, poi, il punto di vista interno deve integrarsi nel contesto europeo e internazionale.
La Collana, oltre a pubblicare monografie scientifiche di giovani o affermati studiosi (**STUDI E RICERCHE**), presenta una sezione (**MINIMA GIURIDICA**) di saggi brevi destinata ad approfondimenti agili e trasversali, di carattere propriamente teorico o storico-culturale con l'obiettivo di sollecitare anche gli interpreti più maturi ad illustrare le specificità che il ragionamento giuridico manifesta nello studio del diritto pubblico e le sue più recenti evoluzioni.
La Collana, inoltre, ospita volumi collettanei (sezione **SCRITTI DI DIRITTO PUBBLICO**) volti a soddisfare l'esigenza, sempre più avvertita, di confronto tra differenti saperi e di orientamento alla lettura critica di problemi attuali e cruciali delle discipline pubblicistiche.
La Collana, inoltre, si propone di assecondare l'innovazione su cui si è ormai incamminata la valutazione della ricerca universitaria. La comunità scientifica, infatti, sente oggi l'esigenza che la valutazione non sia più soltanto un compito riservato al sistema dei concorsi universitari, ma si diffonda come responsabilità dell'intero corpo accademico.
Tutti i volumi, pertanto, saranno soggetti ad un'accurata procedura di valutazione, adeguata ai criteri fissati dalle discipline di riferimento.

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

Roberto Bin

CRITICA DELLA TEORIA DELLE FONTI

FrancoAngeli

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

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

Ristampa	Anno
0 1 2 3 4 5 6 7 8 9	2021 2022 2023 2024 2025 2026 2027 2028 2029 2030

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sui diritti d'autore.
Sono vietate e sanzionate (se non espressamente autorizzate) la riproduzione in ogni modo e forma (comprese le fotocopie, la scansione, la memorizzazione elettronica) e la comunicazione (ivi inclusi a titolo esemplificativo ma non esaustivo: la distribuzione, l'adattamento, la traduzione e la rielaborazione, anche a mezzo di canali digitali interattivi e con qualsiasi modalità attualmente nota od in futuro sviluppata).

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale, possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni
Editoriali (www.clearedi.org; e-mail autorizzazioni@clearedi.org).

Stampa: Geca Industrie Grafiche, Via Monferrato 54, 20098 San Giuliano Milanese.

Indice

Prefazione pag. 7

Introduzione » 9
1. Serve davvero una teoria delle fonti? » 9
2. Per iniziare. Gli equivoci di una metafora » 14

I. La crisi del sistema delle fonti e le sue cause » 19
1. Proust e la crisi della legge » 19
2. Leggi motorizzate » 22
3. Legittimità *vs.* validazione economica » 26
4. Tecniche normative che non sono giuridiche » 32
5. Fonti. Elogio della dommatica » 35

II. Il mondo delle cose e il mondo delle idee » 39
1. Disposizione e norma » 39
2. Cose e idee: un approccio quantistico » 43
3. Abrogazione e sovrapposizione tra disposizione e norma » 49
4. *Lex specialis* e *sedes materiae* » 54
5. Una conclusione. Elogio del testo » 57

III. Fonti della burocrazia, fonti della politica, fonti corporative » 63
1. Una domanda oziosa ma inevitabile: esiste ancora un "sistema" delle fonti? » 63
2. Dentro e fuori il sistema delle fonti. La burocrazia » 67

3. Interludio. Le fonti tra forma e potere pag. 74
4. Dentro e fuori la separazione politica-diritto » 79
5. Interludio. Il falso problema dell'«atto politico» » 91
6. Dentro e fuori la separazione diritto e società. Gli atti normativi delle Autorità » 94
7. Interludio. Il ritorno delle norme corporative » 105

IV. Esiste un ordinamento giuridico "multilivello"? » 113
1. Teorie e ideologie del diritto internazionale » 113
2. Interludio. La «apertura internazionalistica» come ideologia » 117
3. La CEDU e la sua trasformazione » 122
4. Interludio. Interpretazione *vs.* bilanciamento » 130
5. Regole e infrazioni » 138
6. Teorie e ideologie dell'Unione europea » 142
7. Interludio. Gli effetti indiretti dell'«effetto diretto» » 149
8. L'Unione europea come *civitas maxima*, ordinamento senza dogmatica? » 154
9. Interludio. A che serve la Carta dei diritti dell'Unione europea? » 161
10. La Corte costituzionale e la difesa della Costituzione » 169
11. Epilogo. Elogio della Corte costituzionale » 175

V. La «normatività del fattuale» e la giurisprudenza » 183
1. *Ex facto oritur ius* » 183
2. La consuetudine come fenomeno psicologico » 187
3. Fatti e fattispecie » 191
4. Interludio. Interpretazione ed entropia » 194
5. I dati della scienza » 198
6. Interludio. Scienza prescrittiva? » 204
7. La giurisprudenza è fonte del diritto? In conclusione » 208

Tesi conclusive » 213

Prefazione

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

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

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

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

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

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

Introduzione

1. Serve davvero una teoria delle fonti?

> Ma soprattutto è compito – e compito altissimo – della dottrina la costruzione dommatica del sistema, allo stesso tempo complesso ed unitario, dell'ordinamento giuridico[1].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Sent. 180/2018.

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

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

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

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

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

Tesi conclusive

Leggere un libro è un lavoro impegnativo, non sempre ripagato. Per rendere più agevole questo lavoro, e valutarne preventivamente l'utilità, riassumo qui le tesi che vi sono sostenute.

I. La letteratura giuridica italiana è ricca di scritti che denunciano la crisi del "sistema delle fonti" e addirittura contestano l'utilità dei tentativi di ricostruirlo. L'ambizione di questo volumetto (annunciata nell'*Introduzione*) non è aggiungere ulteriori pennellate al quadro della crisi della legge e delle fonti, ma di abbozzare un tentativo di revisione dogmatica delle fonti italiane. Non è l'*essere* del sistema delle fonti il suo oggetto, ma il *dover essere*, cioè un'immagine del sistema che possa servire da guida al lavoro del giurista. E che non può perdere di vista quanto prescrive la Costituzione, non solo in riferimento alle fonti, ma anzitutto nella divisione dei poteri.

II. Troppo si è scritto sulla crisi della legge senza cogliere il punto: che la crisi è del diritto come sistema di "veridificazione" dell'esercizio del potere (Foucault), più che delle forme in cui il diritto si produce. Ciò ha mutato i modi di regolazione dell'agire umano, il linguaggio, le competenze, la tipologia degli atti. Ma ha anche rafforzato l'esigenza di ridefinire il perimetro di ciò che produce diritto, cioè delle «fonti», per distinguerlo da ciò che è invece attuazione, applicazione, interpretazione (cap. I). È proprio l'avanzare di forme non giuridiche di regolazione a rafforzare l'esigenza di preservare i lineamenti e i confini delle fonti che possono creare diritti e obblighi in capo alle persone (§ I.5).

III. Un punto critico da superare preliminarmente è la scarsa tenuta analitica della distinzione tra legiferare e interpretare, tra disposizione e norma, dovuta alla autonomia dell'interprete di scegliere l'oggetto della sua interpretazione (§§ II.1-4). È un modo inedito di guardare all'antica lotta per il potere che ha tradizionalmente opposto il legislatore politico al mondo dei giuristi. La proposta (§ II.5) è di ricondurla nel quadro fissato dalla Costituzione.

IV. Se un "sistema delle fonti" deve essere necessariamente "chiuso" (§ III.1), è inevitabile che la sua ricostruzione "dogmatica" debba ispezionare alcune zone in cui la chiusura non sembra ermetica. Il primo punto è il confine con gli atti prodotti dalla burocrazia (§§ III.2-3), dalla politica (§§ III.4-5) e dalle forze sociali (§§ III.6-7) senza rispettare le forme che la Costituzione prevede per la produzione di norme giuridiche obbligatorie per tutti. La tesi è che è sempre possibile individuare il confine tra gli atti che sono "fonte" e quelli che non lo sono, non hanno "valore normativo" nel senso che non creano obblighi e divieti per i consociati.

V. Oggi la linea più debole di tenuta del sistema delle fonti è senz'altro quella "esterna", che separa l'ordinamento nazionale dal diritto internazionale (la CEDU in particolare: §§ IV.1-5) e soprattutto dal diritto dell'Unione europea (§§ IV.6-11). Si esaminano criticamente i malcelati presupposti "ideologici" che stanno alla base della forza espansionistica delle giurisdizioni europee (§§ IV.1 e 6) e si lodano gli sforzi compiuti dalla Corte costituzionale per tenere assieme il quadro costituzionale delle fonti (§§ IV.5 e 10-11). In particolare, si contesta la giurisprudenza della CEDU laddove esercita un giudizio di bilanciamento degli interessi, che non sembra appartenere ai suoi compiti interpretativi (§ IV.4).

VI. Forti dubbi vengono manifestati sulla fondatezza della giurisprudenza della Corte di giustizia sulla *primauté* e le sue conseguenze, soprattutto laddove esse si spingono a sovvertire l'ordine fissato in Costituzione sulla distribuzione dei poteri tra legislazione, giudici comuni e Corte costituzionale (§§ IV.7-8). L'interpretazione delle norme del trattato sull'applicazione della Carta dei diritti mostra di aver seguito linee di sviluppo poco accettabili, che opportunamente la Corte costituzionale cerca di contrastare

svolgendo il compito davvero arduo di difendere un assetto dogmatico coerente (§§ IV.9-11).

VII. L'ultimo fronte in cui il sistema delle fonti denuncia incrinature è quello dei "fatti". Il vecchio tema della «normatività del fattuale» si rigenera soprattutto nella letteratura sulla «forma di governo», dove le consuetudini e le prassi sono richiamate di continuo per "integrare" il testo della Costituzione (§§ V.1-2); e si rinnova sul fronte aperto dal c.d. bio-diritto, che pone il problema, oggi molto sentito, della supposta "normatività" della scienza (§§ V.5-6).

VIII. Il ruolo che i "fatti" esercitano nel processo entropico dell'interpretazione consente alla fine di rispondere alla domanda che si è posta sin dall'inizio: se la giurisprudenza sia a sua volta una "fonte del diritto", come spesso si dice. La risposta è negativa, e il sistema delle fonti viene chiuso proprio laddove esso è sottoposto a maggior attacco: sul terreno della separazione dei poteri (§§ 3-4, 7).