

Le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio di legalità

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Per una teoria prescrittiva delle fonti. – 3. Disposizione e norma. – 4. L'interpretazione come potere. – 5. Zone oscure. – 6. Dentro e fuori l'ordinamento giuridico. – 7. Del potere dell'interprete, cioè del giudice.

1. Premessa

«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 nel 1991¹. Dopo trent'anni le considerazioni di Mezzanotte mantengono tutta la loro attualità. Anzi, la situazione è ulteriormente aggravata dal diffondersi di un atteggiamento sostanzialmente nichilista, che tende a negare la stessa utilità – e forse la possibilità stessa – di una teoria del sistema delle fonti. Tale atteggiamento è stato sostenuto da chi oggi occupa un seggio della Corte costituzionale: «non può dirsi esistente oggi un sistema delle fonti configurabile (come dovrebbe per essere veramente “sistema”) a priori e in generale, ma forse sono concepibili (e costruibili) piuttosto, al più, tanti diversi sistemi (o microsistemi), in relazione alle singole materie (gruppi o insiemi di fattispecie) che vengono in osservazione o in ordine alle quali l'ordinamento normativo offre, a volta a volta, un diverso panorama quantitativo e qualitativo di norme primarie»². È un atteggiamento che muove nell'intento di inquadrare l'argomento nel contesto della teoria generale, ma alimenta conseguenze anche operative che vanno radicalmente respinte, a mio modo di vedere: e per sostenere le tesi opposte ho pubblicato di recente un piccolo volume³ da cui ho tratto molti passi di questa relazione.

¹ C. MEZZANOTTE, *Quale sistema delle fonti? Le fonti tra legittimazione e legalità*, in *Queste istituzioni*, 1991, 56.

² F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in Enc. dir., Agg. I (1998), 575 ss., 586.

³ R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, Franco Angeli 2021.

L'atteggiamento criticato nasce da una lettura "sociologica" delle fonti attualmente in vigore in Italia, ossia da una *descrizione* di quello che appare la realtà estremamente complessa e disarticolata del "sistema" delle fonti applicate in Italia: è un sistema che appare fortemente in crisi se paragonato al "modello" di sistema normativo ereditato dal passato. Le leggi di allora ponevano una disciplina "generale e astratta" delle fattispecie sociali; la sovranità impediva l'ingresso di fonti prodotte fuori dei confini nazionali e non "importate" da specifici atti normativi italiani; non vi erano autorità normative che non fossero inserite nel sistema politico-rappresentativo, cioè nel *continuum* Parlamento-Governo. Il fatto è che questo "modello" non ha mai corrisposto alla realtà: è una sorta di *madeleine* proustiana che segna la nostalgia per un mondo che probabilmente non è mai esistito. Il fenomeno delle "leggi provvedimento" era stato già segnalato dalla dottrina più avveduta (la «legislazione motorizzata» di C. Schmitt) sin dal 1919, come prodotto di uno Stato che inseguiva obiettivi sociali ed economici invece di fissare stabilmente i rapporti tra interessi confliggenti. Ma già allora la legislazione era cosa affatto diversa: basta consultare l'elenco delle leggi abrogate espressamente dalla folkloristica operazione della decretazione "taglia-leggi" del 2009, avviata in nome della semplificazione dell'ordinamento giuridico, per avere la riprova che la nostalgia per la produzione di leggi "ordinamentali" del bel tempo passato è un ricordo che non ha riscontro con la realtà: migliaia di atti legislativi non erano mai state abrogate espressamente per la semplice ragione che quelle leggi, per il loro carattere provvedimentale, erano destinate ad esaurire gli effetti giuridici in se stesse, nel loro disporre, non lasciando dietro di sé alcun reale impatto ordinamentale⁴. Per lo più si trattava di atti concernenti l'economia, ampiamente intesa, in larga parte rivolti a sostenere la gigantesca opera di costruzione della rete ferroviaria, del sistema idrico, della rete stradale ecc. Vincenzo Miceli, all'inizio del secolo scorso, denunciava «la poca attitudine dei Parlamenti alla complicata opera legislativa, la tendenza a formulare le leggi in maniera molto generica», mentre incalza «la molteplicità dei bisogni ai quali il Governo è chiamato a provvedere nella complessa e mobile vita del grande Stato moderno»: novità che stimolavano già allora «lo sviluppo del parlamentarismo e della burocrazia, due fenomeni che stanno fra di loro in un rapporto di mutua dipendenza»⁵.

Non c'è però dubbio che il sistema normativo d'oggi sia enormemente più complesso di quello di una volta, non fosse altro che per le ben note implica-

⁴ P. CARNEVALE, *Abrogare il già abrogato ovvero l'abrogazione al quadrato*, in *Diritto e società*, 2012, 119 ss.

⁵ V. MICELI, *Diritto costituzionale*, Milano, Società editrice libraria 1913, 883.

zioni dell'appartenenza all'Unione europea, che in qualche modo favoriscono la perdita di cogenza della legge e delle fonti italiane. Il moltiplicarsi degli "atti" normativi e delle "disposizioni" che l'interprete deve considerare per svolgere la sua opera sembra spostare il compito della creazione del diritto dalla legislazione all'interpretazione. Questo è il punto da approfondire.

2. Per una teoria prescrittiva delle fonti

I giuristi non possono accontentarsi di una teoria descrittiva delle fonti, che rappresenti la crisi della produzione del diritto e le difficoltà di riportare la normazione a sistema. Distinguere ciò che è fonte del diritto da ciò che non lo è rappresenta la premessa necessaria per comprendere quali siano i contorni dei diritti e delle libertà dei cittadini. La "dommatica delle fonti" – cioè una teoria prescrittiva che consenta di individuare "gli atti e fatti" abilitati dall'ordinamento a incidere sui nostri diritti – si pone perciò come la premessa del lavoro dei giuristi in un sistema costituzionale basato sulla divisione dei poteri e sul principio di legalità.

Il fatto è che l'attività del giurista ha natura essenzialmente pratica e si svolge per lo più senza attendere la risposta alle domande di fondo. Ma è indubbio che la frequenza con cui la sua attività inciampa nel dubbio su come qualificare un determinato atto è divenuta piuttosto alta. Si forma spesso una sorta di cortocircuito: definire le fonti del diritto serve a indicare quali siano le premesse, le basi su cui deve fondarsi la decisione del giudice (e degli altri soggetti dell'applicazione del diritto): e quindi si è tentati di includere nella categoria tutto ciò che *di fatto* può influire su di essa. Che cosa deve essere presa in considerazione dal giudice nel caso prospettatoogli è una domanda a cui è necessario rispondere in termini di *dover essere*, e non di semplice registrazione delle regolarità. L'incertezza su questo primo quesito genera gravi difficoltà per i soggetti dell'applicazione del diritto: per i giudici anzitutto, che non possono esimersi dal risolvere il rebus delle fonti quando si tratti di reperire la «norma del caso», navigando – per esempio – tra fonti appartenenti a diversi ordinamenti giuridici. Se si smarrisce la chiarezza concettuale su cosa sia "fonte del diritto", diventa quasi inevitabile la sovrapposizione dei due diversi piani, quello della produzione di *atti normativi* e quello della produzione delle *norme* da applicare al caso concreto. La *teoria delle fonti* si confonde allora con la *teoria dell'interpretazione* (per es. Ruggeri⁶

⁶ A. RUGGERI, *Quale "sistema" delle fonti dopo la riforma del Titolo V?*, in *federalismi.it* 25 gennaio 2006, 16

parla di «conversione» della teoria delle fonti nella teoria dell'interpretazione) e, di conseguenza, si legittima l'ingresso della giurisprudenza nel novero delle fonti del diritto. Questa è una delle cause più spesso citate della “crisi” del sistema delle fonti⁷. Ma sono davvero due piani separabili con un tratto netto?

È una questione cruciale, perché il nostro sistema costituzionale si basa sulla separazione dei due piani. Quando l'art. 101.2 Cost. dispone che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» pone un principio cardine della separazione dei poteri, che si impenna proprio sulla distinzione tra *legis-latio* e *legis-executio*. Come è evidente, una nozione di “fonte”, prodotto di legislazione, ben separata dall'interpretazione, che è l'opera dei giudici, è il presupposto di questo disegno, in cui anche l'autonomia del giudice è preservata.

Naturalmente si potrebbe ritenere che proprio il sistema costituzionale, così come è fissato da un concetto “chiuso”, nazionale, di fonte e dalla separazione tra fonte del diritto e sua interpretazione, sia invecchiato e non regga più le innovazioni introdotte dalla globalizzazione, dall'integrazione europea e dalla contaminazione con altri ordinamenti giuridici. Un sistema “multilivello” crea una interconnessione tra ordinamenti che non fa più perno sulla esclusività delle fonti statali e affida al giudice il compito di individuare, prima ancora che la norma, l'ordinamento da utilizzare nel suo giudizio. È un'idea diffusa con cui bisognerebbe fare i conti. Ma c'è un nodo teorico da sciogliere che appare pregiudiziale: riguarda l'intima natura del ‘legiferare’ e dell'‘interpretare’ e la tenuta della loro distinzione. Su di essa, infatti, sembra far perno qualsiasi altro discorso attorno la norma da applicare svolto dai giudici nazionali, dato che lo schema della distinzione tra *legis-latio* e *legis-executio* deve essere applicato anche al materiale normativo che viene importato dall'ordinamento dell'Unione europea e da altri ordinamenti esterni.

3. Disposizione e norma

Dobbiamo a Vezio Crisafulli molti dei concetti basilari che aiutano a porre ordine nella teoria delle fonti. 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»⁸. È una distinzione – per così dire – ontologica: le fonti sono “cose”, documenti (come le leggi) o comportamenti empiricamente accertabili (come le consuetudini); le norme,

⁷ L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.* Annali, vol. II, t. 2 (2008), 544 ss.

⁸ V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)* in *Enc. dir.* XVII, 1968, 926.

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 due piani. 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; 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 «concettualizzato o astrattizzato»⁹, la sua qualificazione giuridica¹⁰, un'"idea" quindi. Nella metafora dell'«applicazione della legge» si cela un doppio *transfer* dal fuori al dentro, ossia dal mondo reale (in cui esistono i fatti e i documenti normativi articolati in 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; non fa meraviglia perciò che questo processo sia riassunto nella forma logica del sillogismo, quintessenza del ragionamento giuridico, basato sulla "sussunzione" di una costruzione nell'altra.

Il linguaggio allegorico della «applicazione della legge» non crea alcun problema pratico nel lavoro quotidiano del giurista. La disposizione dell'art. 1576 c.c., per esempio, può sollevare qualche dubbio di interpretazione (cosa siano, nel rapporto di locazione, le riparazioni «necessarie» e quali «quelle di piccola manutenzione»), ma la "disposizione" e la "norma" non sono divise da una distanza tale da ostacolare l'allegoria dell'«applicazione della legge»; questa distanza non può più essere trascurata invece – pur restando nell'ambito di un diritto altamente codificato come il diritto civile – di fronte a disposizioni in cui si fa impiego di clausole come il «danno ingiusto» (art. 2043 c.c.), la «la diligenza del buon padre di famiglia» o la «buona fede» (che ricorrono in dozzine di disposizioni del codice civile). Qui – come di fronte ai tanti principi di cui è ricca la Costituzione – l'"applicazione" della disposizione richiede quantomeno un'attenta lettura della giurisprudenza formatasi su di essa, la ricerca quindi della "norma".

La distinzione tra *disposizione* e *norma* non riproduce soltanto il dualismo essenziale tra segno e significato, tra "cose" e "idee". Essa è la proiezione sul piano analitico della distinzione costituzionale tra poteri dello Stato segnata dall'art. 101.2 Cost.: che esprime infatti l'autonomia del giudice nell'interpretare la legge, nel creare la norma da applicare, ma anche il suo vincolo alla legge stessa, alla *disposizione*. La grande divisione non separa soltanto il mondo dei *fatti* dal mondo delle *idee*: si confrontano anche il mondo degli atti di potere e

⁹ G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, Giuffrè, 1941, 15.

¹⁰ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Mulino, 2008, 197.

il mondo degli atti retorici, ognuno forte dei propri canali di legittimazione. Le disposizioni sono espressione di *atti di potere*: sono imposte dal legislatore ('disposizione' e 'comando' sono sinonimi) non perché "vere", ma perché buone e opportune. Saranno gli elettori a giudicarle. Le norme, invece, sono frutto di *atti retorici*, sono "accreditate" dall'interprete e s'impongono agli altri interpreti solo grazie alla loro forza persuasiva, al credito che esse si guadagnano presso la «comunità degli interpreti» come "vere" interpretazioni delle disposizioni. Perciò le leggi – veicolo archetipico di emanazione delle disposizioni – di regola non sono motivate; perciò lo sono, invece, le sentenze, che sull'interpretazione (delle disposizioni e dei fatti accaduti) si fondano. La motivazione serve alla giustificazione dell'interpretazione: nei tre gradi di giudizio viene saggiata la qualità della motivazione di una sentenza, corroborata o cassata l'interpretazione che essa propone. E per di più ogni sentenza è offerta al pubblico dibattito, perché la sua motivazione sia sottoposta a critiche e commenti. La cultura giuridica di cui siamo debitori ha organizzato in modo semplice e coerente la spiegazione del problema, proprio fondandola sulla distinzione tra disposizione e norma. Il *dispositivo* pronunciato dal giudice («in nome del popolo italiano», prescrive l'art. 101.1 Cost.) è accettabile (ossia *valido*) se è basato su una *norma* che rappresenti un'interpretazione accettabile (ossia *condivisa*) della *disposizione* posta dal legislatore. L'opera del legislatore si giustifica grazie al mandato elettorale di cui egli gode; l'opera del giudice si giustifica grazie al corretto uso degli strumenti interpretativi, su cui vigilano le corti d'appello e la "comunità degli interpreti".

Come si vede, la distinzione tra *disposizione* e *norma* costituisce uno schema appagante che sembra facilitare notevolmente il compito di definire le "fonti" normative in uno Stato di diritto che pratici con coerenza la divisione dei poteri. È una spiegazione lineare, in sé coerente ed esaustiva. Salvo un punto.

4. L'interpretazione come potere

Lo stesso Crisafulli avvertiva però che non proprio ogni aspetto risultava chiarito, e che la configurazione della disposizione come semplice "oggetto" dell'interpretazione trascurava un particolare: si trattava di quelli che Crisafulli chiamava «frammenti di norma», enunciati formalmente autonomi ma «insuscettabili, in sé e per sé, di esprimere un significato normativo (relativamente) compiuto»¹¹. Non tutto ciò che è fornito dal legislatore può essere classificato come 'disposizione', né ciò che si assume come disposizione è direttamente offerto

¹¹ V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 201.

dal legislatore senza alcun intervento dell'interprete. È richiesta un'opera di ricomposizione del materiale linguistico fornito dal legislatore perché si possa ottenere un testo qualificabile come disposizione. Però – avvertiva 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». La conclusione inevitabile sarebbe allora che la disposizione non sia un mero “dato”, ma il frutto di una selezione e una qualificazione, operate dall'interprete con l'impiego degli strumenti forniti dalla teoria delle fonti, attraverso i quali gli è possibile distinguere e catalogare le “disposizioni” separandole da altre espressioni impiegate dal legislatore. Tra gli strumenti utilizzabili, in primo piano stanno i tradizionali «criteri di soluzione delle antinomie», il cui impiego aiuta l'interpretazione a “scegliere” l'oggetto da interpretare, ossia la “disposizione”. Disposizione e norma tendono a sovrapporsi.

Altrove ho proposto 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 – prassi nelle quali, cioè, l'oggetto e il soggetto dell'osservazione tendono a sovrapporsi e confondersi¹². Sono prassi ben note. Quella che produce gli effetti più drastici riguarda il riconoscimento o meno del valore normativo delle disposizioni scritte dal legislatore o, all'opposto, della loro funzione “meramente dichiarativa”. Tarello la chiamava «*interpretazione abrogante*»: una strategia argomentativa «che consiste nel diniego che a un particolare enunciato del discorso legislativo sia attribuibile un qualche significato precettivo, cioè che l'esito dell'attività dell'interprete consista nell'asserzione che quel particolare enunciato del discorso legislativo non esprime alcuna norma»¹³. Praticare questo tipo di interpretazione significa ovviamente potenziare il ruolo degli organi dell'interpretazione, che si possono sbarazzare dal vincolo posto dal legislatore¹⁴. È ciò che è accaduto nel caso storico (a cui per altro Tarello si riferisce) della radicale svalutazione del significato normativo delle disposizioni delle *Preleggi* che vorrebbero disciplinare l'interpretazione della legge. Più di recente, lo stesso è avvenuto nella nota giurisprudenza della Corte costituzionale che ha destituito di significato normativo i principi programmatici contenuti degli Statuti regionali (sentt. 372, 378 e 379/2004).

¹² R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Milano, Franco Angeli, 2013.

¹³ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 37.

¹⁴ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 305.

Non vi può essere dimostrazione più evidente di come l'interprete selezioni il "dato" legislativo: se è vero che ogni proposizione contenuta in «atti autorizzati – in astratto – a creare diritto», per cui «le disposizioni in essi contenute è da presumere che siano, e di regola saranno, normative», non tutte le «singole proposizioni linguistiche contenute nell'atto, in quanto dotate di una propria autonomia anche solo formale ed estrinseca» sono in grado «di esprimere un significato normativo (relativamente) compiuto»¹⁵. Va però aggiunto che, come lo stesso Tarello suggeriva, l'attribuire significativo normativo ad un enunciato legislativo non è operazione che dipenda dal tipo di scrittura dell'enunciato, quanto piuttosto dalla cultura giuridica accreditata dagli interpreti. Sono loro a qualificare l'oggetto dell'interpretazione come 'disposizione' in senso proprio, oppure a retrocederla a enunciato meramente programmatico o dichiarativo. In fin dei conti, il diritto al lavoro sancito dall'art. 4 Cost. («La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro») non è espresso con formule meno impegnative di quelle usate per altri diritti (per esempio dall'art. 16: «Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale»); eppure il loro "trattamento" da parte degli interpreti è stato molto diverso, come è noto, giacché sembra incrollabile l'interpretazione per cui «la garanzia del diritto al lavoro apprestata dagli artt. 4 e 35 Cost. è... affidata alla discrezionalità del legislatore quanto alla scelta dei tempi e dei modi di attuazione e non comporta una diretta ed incondizionata tutela del posto di lavoro» (Corte cost., sent. 419/2000); anche se nella giurisprudenza costituzionale più recente pare affermarsi un «indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 Cost.», che conduce alla «affermazione sempre più netta del "diritto al lavoro"» (Corte cost., sent. 194/2018). La cultura giuridica è destinata ad evolversi e questo potrebbe esserne un segno.

La «interpretazione abrogante» non c'entra nulla con l'abrogazione, che non serve a negare la potenziale efficacia normativa intrinseca di una disposizione, ma soltanto a delimitarne gli effetti nel tempo. In un recente caso, risulta evidente come l'«interpretazione abrogante» e l'abrogazione operino in modo differente producendo conseguenze giuridiche diverse: problema di grande rilevanza in materia penale (Corte cost., sent. 25/2019, che interviene nella nota giurisprudenza *De Tommaso*). Ma anche l'abrogazione – e in particolare la c.d. *abrogazione implicita* "per incompatibilità" – è uno strumento con cui l'interprete si libera del vincolo alla legge negandone la vigenza attuale: l'esigenza è di risolvere il conflitto tra due norme incompatibili; la scelta comporta una selezione tra le disposizioni volute dal legislatore; ed è ancora una volta la cul-

¹⁵ V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 195.

tura giuridica a suggerire le strategie argomentative con cui rendere *accettabile* il potere dell'interprete di scegliere il testo in vigore, e quindi l'oggetto della sua interpretazione.

L'*interpretatio abrogans* contesta la *normatività* del testo legislativo: la disposizione resta al suo posto, ma l'interprete non le attribuisce il grado di precettività necessario per condizionare il suo lavoro. Con l'*abrogazione tacita* l'interprete si libera della disposizione contestandone l'efficacia attuale, e quindi la obbligatorietà della sua applicazione nel caso che ha di fronte. Vi è poi un altro modo più sottile con cui l'interprete può sottrarsi all'obbligo di applicare una norma valida: gli basta dimostrare che il suo caso non rientra nell'*ambito di applicazione* della norma in questione. A ciò serve l'impiego del *criterio di specialità*, uno dei classici strumenti con cui si risolvono le antinomie, decidendo in merito all'applicazione o meno di una norma al caso in giudizio. Avverte però la Corte costituzionale che i tradizionali brocardi in tema di rapporti tra *lex generalis* e *lex specialis* non hanno alcuna copertura costituzionale e neppure valgono in assoluto: possono generare un «mero criterio interpretativo, destinato a cedere di fronte ad una precisa *voluntas legis* in senso contrario» (Corte cost., sent. 2/2008); resta perciò affidata all'interprete la valutazione «caso per caso» in merito a quali norme far prevalere, facendosi forte – se è il caso – di una sua libera ricostruzione della *voluntas legis*.

Così si aggiunge uno strumento in più alla ricca scatola di arnesi di cui dispone l'interprete per selezionare la norma da applicare. Egli può compiere la scelta riconoscendo la specificità dell'argomento regolato, distinguendo tra norme generali e norme speciali, collegando le norme in conflitto a diverse *sedes materiae*; oppure ancora distinguendo i campi di applicazione delle leggi sulla base della competenza dei diversi legislatori, come avviene nei sistemi federali o regionali. E soprattutto come avviene nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea, in cui la definizione dell'*ambito di applicazione* delle fonti e del diritto europeo è una delle questioni decisive e, tuttavia, più equivocate¹⁶.

5. Zone oscure

Nella teoria delle fonti non mancano zone oscure alquanto estese. Ma proprio per affrontarle occorre munirsi di una teoria prescrittiva delle fonti.

¹⁶ M.E. BARTOLONI, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, ESI 2018.

Mi limito solo ad accennare alle zone oscure più tradizionali. Ho in mente in particolare la grande massa delle circolari, che una volta segnavano il punto più esposto della frontiera tra il dentro e il fuori del sistema delle fonti. La *circolare amministrativa* serve all'applicazione amministrativa della legge, alla sua *effettività*; può anche (ma raramente) essere prevista dalla legge, ma non appartiene alle fonti del diritto. Non perché non sia un "atto normativo" e perché non veicola precetti vincolanti e sanzionati; ma perché non opera *direttamente* nell'ordinamento generale. Secondo la dogmatica più risalente, la circolare appartiene alla «attività interna» della pubblica amministrazione: agisce per lo più nell'ambito della gerarchia amministrativa; produce quindi quegli effetti obbligatori che sono tipici delle «istruzioni dell'autorità superiore ai suoi dipendenti, le quali si fondano soltanto sulla supremazia gerarchica», come testimonia la sua origine nell'amministrazione militare. Essa però non crea obblighi o diritti per i consociati: «siffatte norme non sono in nessun caso obbligatorie per i cittadini, né ad essi attribuiscono dei diritti». Per il dipendente pubblico la circolare è però la regola da applicare, il vincolo da rispettare; le circolari «sono leggi per l'ordinamento... della gerarchia amministrativa»¹⁷. Esse fanno da intercapedine tra le fonti del diritto in senso stretto e il loro momento applicativo. Sono frutto di *interpretazione* delle leggi e degli altri atti normativi e semplificano i compiti applicativi dei sottoposti, in quanto li esonerano da ulteriori approfondimenti interpretativi. Riducendo allo schema minimo, la circolare è per gli uffici pubblici ciò che la legge e le altre fonti del diritto dicono di fare.

La conseguenza è che, per i cittadini che entrano in contatto con l'amministrazione pubblica, la circolare, che pur non contiene prescrizioni obbligatorie dirette a loro, verrà a loro applicata dall'ufficio, perché questo è tenuto a rispettarne le prescrizioni. Naturalmente, in quanto strumento di interpretazione della legge e non espressione di una volontà politica legittimata a creare diritti e obblighi, la circolare è solo uno strumento di interpretazione e, in quanto tale, può essere sbagliata: il cittadino che se la vede opporre dall'ufficio pubblico può impugnare il provvedimento conseguente e chiederne l'annullamento per errore di diritto. Lo stesso ufficio a cui è diretta potrebbe disattendere le indicazioni, se frutto di un errore di interpretazione. In ogni caso i giudici possono non tenerne conto senza che ci sia bisogno di dichiararne l'illegittimità.

Questo è il quadro classico che la dogmatica giuridica ha mantenuto inalterato o quasi sino ad oggi. È il quadro dei principi, e quindi del *dover essere*. In esso non è consentito lo sconfinamento dal sistema dell'organizzazione burocratica al

¹⁷ S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1946, 76 e 83.

sistema delle fonti. Su questa linea è assestata la giurisprudenza amministrativa¹⁸ e civile¹⁹. Purtroppo però non è anche il quadro dell'*essere*, ossia dell'esperienza pratica. Questo è assai più complesso, e la dottrina non manca di metterlo in luce, e non da oggi. La causa principale della complicazione è da imputare in primo luogo alla sciattezza della legislazione. C'è uno stretto rapporto tra la cattiva scrittura delle leggi e lo straripamento della burocrazia. «In molti casi la legge si limita a porre i principi fondamentali della disciplina di una determinata materia e delega agli apparati amministrativi il compito di stabilire in via sublegislativa, con atti normativi e con altri tipi di atti (linee guida, circolari, norme tecniche, ecc.), le regole di dettaglio volte a disciplinare anche i comportamenti dei privati»: è così che introduce il problema un noto e attento manuale di diritto amministrativo²⁰. E se guardiamo più da vicino il fenomeno, il rapporto tra legge e circolare si intorbidisce ancora di più. Ma non è questa la sede per approfondire un tema di tanto peso.

Accanto alle circolari prospera un fitto sottobosco di atti, variamente denominati (linee guida, protocolli, codici di condotta, *best practices*, criteri generali, piani ecc.) generalmente riassunti sotto l'equivoca etichetta di *soft law*: tra essi nel periodo della pandemia hanno acquisito grande popolarità i *decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (dPCM)*, che per altro sono sempre esistiti.

Questi atti sono il prodotto di un fenomeno vistoso, da tempo annunciato in sede teorica e spiegato con chiarezza da Michel Foucault: le sue radici risalgono all'emersione del mercato e dell'economia come «luogo di verifica-falsificazione per la pratica di governo»; essa ha sostituito la tradizionale equazione tra buon governo e governo giusto, che intrecciava diritto e «veridificazione» – intesa tradizionalmente come legittimazione – dell'esercizio del potere. Mentre dal punto di vista del giurista rileva solo il tema della *validità*, si è imposto come prevalente quello dell'*efficacia*. Il problema non è se intervenire o meno, ma sapere come

¹⁸ Cfr. la sent. 986/2017 della VI Sez. del Consiglio di Stato: «la circolare non è una fonte normativa, ma rappresenta soltanto l'opinione di una delle due parti del rapporto fra cittadino e amministrazione, e come tale ha valore soltanto se conforme alla legge. In altri termini, l'interpretazione di cui alla circolare o è legittima o non lo è, e non sussiste una terza possibilità; non si può invece sostenere che un dato provvedimento è legittimo o illegittimo perché conforme o difforme da una circolare».

¹⁹ Un noto precedente delle Sezioni unite della Cassazione (sentenza 23031/2007) afferma lapidariamente che le circolari «non possono né contenere disposizioni derogative di norme di legge, né essere considerate alla stregua di norme regolamentari vere e proprie, che, come tali vincolano tutti i soggetti dell'ordinamento, essendo dotate di efficacia esclusivamente interna nell'ambito dell'amministrazione all'interno della quale sono emesse».

²⁰ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Mulino, 2015, 57.

farlo, come realizzare il quadro delle condizioni in cui il mercato può funzionare. La competenza tecnica diviene quindi il fulcro della legislazione, intesa nel senso più ampio; la stessa scrittura delle norme cambia, si specializza e spesso passa anche di mano, essendo secondario il ruolo dei giuristi rispetto a quello dei “tecnici”. Di questa trasformazione l’Unione europea è un propulsore efficiente, avendo eretto a suo compito fondamentale la realizzazione delle condizioni ottimali in cui si svolgono l’«economia sociale di mercato» e la concorrenza.

Anche questo fenomeno non è certo nuovo. Gli atti che sono caratteristici dell’emersione della competenza tecnica, che oggi è centrale nella regolazione dell’economia, sono quelli che, anche sotto la spinta del diritto dell’Unione europea, si pongono come espressione dell’autonomia del “mercato” e si oppongono a qualsiasi tentativo di “regolazione pubblica”, ritenuta ormai illegittima: «è il mercato che impone le sue leggi anche quando il legislatore vorrebbe ignorarle o imporne altre incompatibili con la sua logica interna»²¹. Interi segmenti della regolazione (e dell’organizzazione) pubblica sono arretrati per lasciare il campo a fenomeni regolatori la cui natura non è sempre agevole determinare. È un fenomeno in continua crescita: lo Stato tende a ritrarsi dall’intervento diretto e affida i compiti di regolazione a soggetti – in particolare alle Autorità amministrative indipendenti – che la legge è attenta a collocare fuori del circuito della rappresentanza e della responsabilità politica, rompendo il rapporto, tradizionalmente considerato imprescindibile, tra rappresentanza politica, garanzie procedurali e collocazione degli atti nella gerarchia delle fonti. Il potere normativo di queste Autorità sembra trarre legittimazione “dal basso”, cioè dalla loro efficienza nel rispondere alle esigenze che emergono dal settore da regolare: è perciò coerente ritenere che le discipline emanate «ricavino le regole dall’oggetto da regolare»²². Se è questa la premessa, conseguente è la affermazione che la legittimazione di esse non deriva dalle condizioni di validità degli atti proprie dell’impostazione kelseniana, ma dalla *accountability by results*, dai buoni risultati ottenuti: «Il successo, dunque, prenderà il posto della legittimità», profetizzava M. Foucault²³.

L’osmosi tra pubblico e privato è dunque un tratto caratteristico, anzi programmatico, di queste regolazioni. C’è un’osmosi anche personale: gli “esperti” inseriti nel processo legislativo, che guidano le scelte dello stesso legislatore “politico” che dal loro sapere si trova a dipendere, si avvalgono dei «buoni rap-

²¹ F. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, Mulino, 2002, 7.

²² F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2011, 10 e 98.

²³ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, 28 – trad. it. di M. Bertani e V. Zini, Milano, Feltrinelli, 2017.

porti» che intrattengono con lo specifico settore che andrebbe regolato e rispetto al quale si sentono in primo luogo responsabili²⁴ ne condividono conoscenze, visioni del mondo, valori e – soprattutto, direi – ciò che incarna tutto questo, il linguaggio. Se – come scriveva Umberto Eco²⁵ – l'autore di un testo impiega segni letterari che «anziché servire a designare un oggetto, designano istruzioni per la produzione di un significato», il linguaggio impiegato da chi scrive i testi normativi si adegua a quello degli apparati tecnici che dovranno applicarli. Il che comporta che le regole siano spesso scritte in un linguaggio che il giurista (il giudice o il pubblico funzionario) ignora, per cui per capirle e applicarle deve ricorrere ad un'intermediazione linguistica di qualche consulente. Anche l'«esperto» però soffre di limiti linguistici, è insofferente al linguaggio giuridico, che gli appare inutilmente complesso: siccome le leggi *devono* essere scritte secondo gli schemi del diritto, e quindi non possono essere scritte se non con le tecniche del giurista, l'«esperto» tende a rifuggire dalla legge e propende per impiegare atti diversi: dall'allegato tecnico della legge o del regolamento, ad atti amministrativi o para-amministrativi variamente denominati, al *soft law*.

Di fronte a questi atti si impone una domanda preliminare: si tratta pur sempre di fonti del diritto? È un quesito cruciale, cui non è semplice rispondere. Ragionando secondo gli schemi usuali della teoria del diritto pubblico, potremmo riconoscere in essi la qualità di «atti tipici», proprio perché il loro «tipo» è fissato dalle leggi: è nelle leggi che risiede il potere di definire la tipologia degli atti destinati alla loro attuazione, l'interesse pubblico che essi devono avere in cura e le procedure per porli in essere. In genere, per questi atti sono quindi preservate le garanzie minime di legalità e, inoltre, nei loro confronti vengono garantiti i meccanismi ordinari di tutela giurisdizionale²⁶. Ma è anche vero che i poteri regolativi di questi soggetti sono delimitati in modo abbastanza generico sia per estensione che per grado di discrezionalità esercitabile. Le norme che essi emanano derivano molto spesso da «regole» di comportamento imposte dagli stessi soggetti che devono essere disciplinati, in particolare dagli stessi mercati alla cui regolazione dovrebbero essere rivolte (le stesse direttive europee sono frequentemente ispirate ad esse). L'apertura internazionale dell'ordinamento facilita l'ingresso di questo tipo di regolazioni, e rafforza le difficoltà derivanti dalla scrittura dei documenti che le recano. Sono figure di non esatta qualificazione, per le quali la collocazione dentro o fuori le fonti del diritto non è operazione scontata. Anche qui è evidente la necessità di un atteggiamento non meramente

²⁴ M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994, 151 ss.

²⁵ U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, Bompiani, 1990, 21.

²⁶ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2019, 280 ss.

“sociologico”, propenso a descrivere il decadimento delle forme normative: è necessaria invece una teoria normativa che faccia perno sulla Costituzione e l'ordine che essa costruisce.

6. Dentro e fuori l'ordinamento giuridico

Sicuramente l'aspetto più rilevante della “crisi” del sistema delle fonti tanto spesso denunciata è conseguente all'interazione giuridica con l'Unione europea e alla costruzione, tutta giurisprudenziale, della prevalenza del diritto europeo su quello nazionale. Fenomeno troppo noto per essere qui riassunto, esso si sviluppa a partire dalla storica giurisprudenza della Corte di giustizia degli anni '60 e con il concorso delle giurisdizioni nazionali, sempre più propense a produrre, tramite il ricorso pregiudiziale alla Corte europea, sentenze direttamente applicabili, con conseguente disapplicazione della legge italiana con esse incompatibili.

Il giudice nazionale deve dirimere il contrasto tra le norme dell'ordinamento italiano, perché questo è il suo mestiere; può portare al giudizio della Corte costituzionale eventuali casi di incompatibilità tra le norme italiane e quelle comunitarie, ma solo se queste non hanno l'*effetto diretto*: perché, in questo caso, il principio della supremazia del diritto comunitario comporta che il giudice italiano se la sbrighi da solo, decidendo qual è l'ordinamento competente e agendo di conseguenza, applicando la norma competente. Nel dubbio si rivolge alla interpretazione della Corte di giustizia: la Corte costituzionale italiana non ha avuto remore a riconoscere che anche le sentenze “interpretative” della Corte di giustizia possono produrre effetti diretti (sent. 113/1985). Quindi è scaricata sul giudice comune la responsabilità di coordinare le norme dei due ordinamenti. Il che ha fatto esplodere lo strumento del rinvio pregiudiziale, con cui i giudici comuni riescono a raggiungere un risultato che altrimenti sarebbe loro precluso: liberarsi dal vincolo della legge.

Come già si è sottolineato, l'art. 101.2 Cost. («*I giudici sono soggetti soltanto alla legge*») è un pilastro del modello costituzionale. Esso tutela l'autonomia del giudice nell'interpretazione della legge, ma indica anche il vincolo che dalla legge gli deriva. Rappresenta quindi il presupposto e il corollario del monopolio della Corte costituzionale nel *judicial review* delle leggi; leggi che mai il giudice potrebbe disapplicare ritenendole contrarie alla Costituzione senza percorrere – appunto – la strada della impugnazione alla Corte. Se invece il giudice s'imbatte in una norma europea munita di effetto diretto, può applicarla mettendo da parte la norma italiana contraria. Che una norma europea abbia effetto diretto può essere una convinzione che il giudice raggiunge in via di interpretazione, o interrogando a proposito la Corte di giustizia. Basta che proponga alla Corte

di giustizia una questione pregiudiziale di interpretazione in cui si prospetta in termini astratti – come una questione di interpretazione di una determinata disposizione europea, anche di un principio del Trattato, per esempio – il dubbio se una determinata norma nazionale – quella che il giudice sarebbe tenuto ad applicare – sia compatibile con essa. Non è tecnicamente un’impugnazione della legge italiana, che esulerebbe dalle competenze della Corte di giustizia, ma la conseguenza è molto simile. Il giudice fornisce gli elementi della fattispecie astratta che la Corte di giustizia valuta alla luce della norma europea: la conclusione – quando la Corte dichiara che la fattispecie presa in considerazione «osta» con la norma europea, vietandone perciò l’applicazione – è che si è prodotta una norma “chiara, precisa e incondizionata”, che il giudice italiano può ritenere (anche quando la Corte di giustizia non lo dicesse espressamente) munita di effetto diretto, liberandosi di conseguenza dal vincolo della legge. Non c’è alcun giudizio sulla *validità* della legge italiana (che sarebbe pur sempre riservato alla Corte costituzionale), perché il meccanismo opera sul piano dell’*applicazione*, e quindi dell’*efficacia*. Questioni di validità si porrebbero solo se il giudice avvertisse un contrasto interno ad uno dei due ordinamenti: la norma europea gli sembra in contrasto con le norme europee di grado superiore (il Trattato, di solito); oppure la norma italiana gli sembra in contrasto con la Costituzione e con l’obbligo che essa fissa di rispettare gli adempimenti comunitari (art. 117.1)²⁷. Per il resto l’opera di coordinare l’ordinamento interno con quello europeo si svolge tutta sul piano dell’*efficacia* e dell’*interpretazione*, cioè della *collaborazione tra giudici*, quelli interni e quelli dell’UE.

7. Del potere dell’interprete, cioè del giudice

La collaborazione tra le corti generalmente viene esaltata come un “motore” dell’integrazione europea: un’integrazione «attraverso il diritto» che va oltre a quanto è voluto dalla politica. Può essere un esito apprezzabile da parte di chi ha a cuore l’integrazione europea: ma questa è a sua volta un’opzione politica, uno spostamento dei ruoli e dei “pesi” dei soggetti. La volontà della politica, in qualsiasi sistema che si ispiri al costituzionalismo liberale, deve prevalere se e soltanto se si esprime attraverso la legge: per questo la legge costituisce il vincolo, l’unico vincolo a cui sono soggetti i giudici. Se la cooperazione tra le corti produce come risultato la produzione di un “diritto” scisso dalle leggi, frutto di una qualche forma di *interpretatio abrogans* (della quale anche l’“effetto diretto”

²⁷ E poi c’è il caso del c.d. *controlimiti*, da cui qui si prescinde.

è in fondo manifestazione) ecco che si produce un vulnus nella teoria delle fonti e al “dogma” della prevalenza della volontà politica fattasi “legge”.

La lotta per il potere segna i rapporti tra giudici e legislatori in tutta la storia del diritto come ci ha insegnato, tra i tanti, Gino Gorla²⁸. Non si può comprendere il valore che è riconosciuto al *precedente giudiziario* nella *common law* britannica se non si guarda alla storica difesa della “corporazione dei giuristi” contro il potere politico: e sembra perciò minata da una certa ironia la pretesa di ristabilire un qualcosa che assomigli al precedente attraverso l’enfasi con cui si guarda alle innovazioni legislative che sperano di riportare nell’alveo della funzione nomofilattica una Cassazione che produce 80.000 sentenze all’anno, estraendo da esse principi e massime. Ma su questo – sulla distanza che separa un “precedente” da queste elaborazioni giurisprudenziali – ha già detto tutto Michele Taruffo²⁹.

Sia chiaro: che ci sia tensione tra il potere che pone le leggi e i soggetti che le interpretano e le applicano – insomma, tra politica e diritto – è fisiologico in un sistema costituzionale ispirato alla divisione dei poteri, cioè in uno Stato di diritto³⁰. Ma è una tensione che deve essere costante e non ammette cedimento dei punti fermi di ancoraggio³¹. La soggezione del giudice alla legge è un punto fermo, che non può essere scardinato. Non c’è ideologia che giustifichi la liberazione da questo vincolo, benché non manchino in dottrina tesi, che poi vengono riecheggiate anche in giurisprudenza, che suggeriscono di liberare il giudice da ciò che lo ostacolerebbe nell’esercizio della sua “funzione”, che sarebbe quella di massimizzare la tutela dei diritti³² o di individuare sempre è comunque il “rimedio” equilibrato che risolve un conflitto sociale non debitamente regolato dalla legge³³. L’immagine del giudice si accredita e il suo potere si legittima se svolge il suo compito, che – come ripete la giurisprudenza costituzionale da sempre (vedi

²⁸ G. GORLA, *L’interpretazione del diritto*, Milano, Giuffrè, 1941; *I precedenti storici dell’ art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.* 1969, V, 112 ss.

²⁹ M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, ES, 2007; *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, 111 ss.

³⁰ R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, Il Mulino, 2017, 50 ss.

³¹ Un esempio eclatante di “disancoraggio” e di esplosione della tensione è dato dal recente caso *Randstad* sollevato dalla Corte di cassazione in via pregiudiziale, su cui rinvio a R. BIN, *È scoppiata la terza “guerra tra le Corti”? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *federalismi.it (paper)*, 18 novembre 2020, tensione che è stata allentata dalla sentenza della Corte di giustizia C-497/20.

³² Contra R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Franco Angeli, Milano 2018, 63 ss.

³³ Contra M. BARCELLONA, *Norme e prassi giuridiche: giurisprudenza usurpativa e interpretazione funzionale*, Modena, Mucchi 2022.

già sent. 83/1966) – è «l'applicazione obiettiva del diritto»; la sua indipendenza lo protegge da qualsiasi altra volontà che non sia quella obiettiva della legge. 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 pubblico ufficio è preposto: per questo l'attività amministrativa si pone come "funzione" in senso proprio, ossia come *deputatio ad finem*³⁴. Alla giurisdizione, invece, il conferimento dei poteri non è mai legato ad un interesse specifico da perseguire, per nobile che esso sia, ma soltanto al «raggiungimento dell'interesse generale obiettivo della giustizia»³⁵. Restando nei limiti del compito assegnatole la giurisdizione legittima se stessa e giustifica l'autonomia e l'indipendenza che la Costituzione le garantisce.

³⁴ M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc.dir.* III (1958), 989.

³⁵ G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1987, 265.