

F. Dal Canto, P. Passaglia, A. Pertici, R. Romboli

Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo

Volume II

*Le fonti del diritto, i diritti e i doveri costituzionali
e gli organi di garanzia giurisdizionale*

a cura di Roberto Romboli

QUARTA EDIZIONE



Giappichelli

Capitolo I

*Le fonti del diritto**

SOMMARIO: Sezione I. *Concetti generali*. – 1. La nozione di “fonte del diritto”. – 1.1. Le fonti legali e le norme sulla produzione. – 1.2. I tipi di fonti legali: fonti-atto e fonti-fatto. – 1.3. Le forme di produzione giuridica. – 1.3.1. Il diritto politico. – 1.3.2. Il diritto giurisprudenziale. – 1.3.3. Il diritto consuetudinario. – 1.3.4. Il diritto convenzionale. – 1.3.5. Il diritto divino. – 1.3.6. Il diritto dei privati. – 1.4. Le tecniche di produzione normativa. – 1.5. Le fonti *extra ordinem*. – 1.6. *Hard Law* e *Soft Law*. – 1.7. La produzione normativa e l'emergenza. – 1.8. Le fonti di cognizione. – 1.8.1. Le norme prodotte da atti. – 1.8.2. Le norme prodotte da fatti. – 1.9. La certezza del diritto. – 2. Le fonti del diritto nella fase applicativa. – 2.1. I criteri di risoluzione delle antinomie normative. – 2.1.1. Il criterio di gerarchia. – 2.1.2. Il criterio di competenza. – 2.1.3. Le “riserve”. – 2.1.4. Il criterio cronologico. – 2.1.5. *Excursus*: l'efficacia delle norme nel tempo. – 2.1.6. Il criterio di specialità. – 2.2. L'interpretazione. – 2.2.1. I soggetti che interpretano. – 2.2.2. I tipi di interpretazione. – 2.2.3. L'interpretazione ed il difetto di previsioni normative. – Sezione II. *Sistema delle fonti e micro-sistemi*. – 1. La pluralità dei centri di produzione normativa e l'unitarietà di fondo del sistema. – 2. I principi supremi. – 3. I rapporti tra gli ordinamenti dotati di potere normativo. – 3.1. Stato ed ordinamento internazionale. – 3.1.1. L'adattamento al diritto internazionale generale. – 3.1.2. L'adattamento al diritto internazionale particolare. – 3.2. Stato ed Unione europea. – 3.2.1. La copertura costituzionale della partecipazione dell'Italia al processo di integrazione europea. – 3.2.2. Il principio degli effetti diretti. – 3.2.3. Il principio del primato del diritto dell'Unione europea. – 3.2.4. Il riparto di competenze tra Unione europea ed ordinamenti nazionali. – 3.3. Lo Stato italiano e gli altri Stati (il diritto internazionale privato). – 3.4. Stato e Regioni. – 3.4.1. I rapporti tra Stato e Regioni a statuto ordinario: *a*) il riconoscimento costituzionale dell'autonomia. – 3.4.2. (Segue): *b*) la potestà statutaria. – 3.4.3. (Segue): *c*) la potestà legislativa. – 3.4.4. (Segue): *d*) la potestà regolamentare. – 3.4.5. I rapporti tra Stato e Regioni a statuto speciale (e Province autonome): *a*) il riconoscimento statutario dell'autonomia. – 3.4.6. (Segue): *b*) le leggi statutarie. – 3.4.7. (Segue): *c*) le (altre) potestà normative. – 3.5. Stato (e Regioni) ed Enti locali. – 3.6. Il potere sostitutivo dello Stato (e delle Regioni) nei confronti degli enti territoriali *sub-statali* (e *sub-regionali*). – Sezione III. *Le fonti di provenienza statale*. – 1. Premessa. – 2. Le fonti costituzionali. – 2.1. Le leggi di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali. – 2.1.1. La collocazione nel sistema delle fonti. – 2.1.2. Il procedimento di approvazione. – 2.1.3. Le leggi costituzionali “atipiche”. – 2.2. Le decisioni di annullamento di fonti costituzionali. – 2.3. Le consuetudini costituzionali. – 2.4. Le convenzioni costituzionali e le mere prassi. – 3. Le fonti primarie. – 3.1. La legge ordinaria. –

* Di Paolo Passaglia.

3.1.1. La legge come fonte primaria. – 3.1.2. I contenuti della legge. – 3.1.3. Il procedimento legislativo. – 3.1.4. Le leggi atipiche. – 3.2. La delegazione legislativa. – 3.2.1. La legge di delega. – 3.2.2. Il decreto legislativo delegato. – 3.3. La decretazione d'urgenza. – 3.3.1. Il decreto legge. – 3.3.2. La conversione in legge. – 3.3.3. La mancata conversione. – 3.4. Il conferimento al Governo dei poteri necessari nello stato di guerra. – 3.5. I decreti di attuazione degli statuti speciali. – 3.6. I regolamenti degli organi di vertice del sistema. – 3.6.1. I regolamenti parlamentari. – 3.6.2. I regolamenti della Presidenza della Repubblica. – 3.6.3. Il regolamento interno della Presidenza del Consiglio dei ministri. – 3.6.4. Le norme adottate dalla Corte costituzionale. – 3.6.5. Il regolamento interno del Consiglio superiore della magistratura. – 3.7. Il *referendum* abrogativo. – 3.8. Le sentenze dichiarative dell'incostituzionalità di atti o norme legislativi o di atti aventi forza di legge. – 4. Le fonti secondarie. – 4.1. I regolamenti dell'esecutivo. – 4.1.1. I regolamenti governativi. – 4.1.2. I regolamenti ministeriali, del Presidente del Consiglio ed interministeriali. – 4.1.3. I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti. – 4.2. Le decisioni di annullamento di atti normativi di rango secondario. – 4.3. L'attività c.d. "paranormativa" del Consiglio superiore della magistratura. – 4.4. I contratti collettivi di lavoro. – 4.5. I codici di condotta pubblicati. – 5. Le fonti terziarie. – Sezione IV. *Le fonti di provenienza internazionale*. – 1. Premessa. – 2. Le fonti del diritto internazionale generale. – 2.1. Le consuetudini. – 2.2. I principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili. – 3. Le fonti del diritto internazionale particolare. – 3.1. I trattati. – 3.2. Le fonti previste all'interno di trattati. – 4. La gerarchia tra le fonti di diritto internazionale. – Sezione V. *Le fonti di provenienza dell'Unione europea*. – 1. Premessa. – 2. Le fonti primarie. – 2.1. I trattati istitutivi ed i trattati di modifica. – 2.2. I principi generali del diritto dell'Unione. – 3. Le fonti derivate. – 3.1. Gli accordi internazionali sottoscritti dall'Unione europea. – 3.2. Gli atti tipici. – 3.2.1. I regolamenti. – 3.2.2. Le direttive. – 3.2.3. Le decisioni. – 3.2.4. Le raccomandazioni ed i pareri. – 3.3. Le fonti giurisprudenziali. – 3.4. Gli atti atipici. – Sezione VI. *Le fonti di provenienza regionale*. – 1. Premessa. – 2. Il micro-sistema delle fonti delle Regioni ordinarie. – 2.1. Gli statuti regionali. – 2.1.1. Il procedimento di approvazione. – 2.1.2. Contenuti e limiti (rinvio). – 2.2. Le altre fonti primarie. – 2.2.1. Le leggi regionali. – 2.2.2. I *referendum* (abrogativi) su leggi regionali. – 2.2.3. I casi problematici: *a*) l'esclusione della primarietà del regolamento interno del Consiglio regionale. – 2.2.4. (Segue): *b*) la non configurabilità di atti con forza di legge di provenienza della Giunta. – 2.3. I regolamenti regionali. – 2.3.1. La titolarità del potere. – 2.3.2. La tipologia dei regolamenti. – 3. Le peculiarità del micro-sistema delle fonti delle Regioni speciali. – Sezione VII. *Le fonti di provenienza degli Enti locali*. – 1. Premessa. – 2. Gli statuti. – 3. I regolamenti. – 4. I *referendum*.

Sezione I

Concetti generali

1. La nozione di "fonte del diritto"

Il concetto di "fonte" richiama quello di causa, di origine. È in questa accezione che viene impiegato anche in ambito giuridico, allorché, con la

locuzione “fonte del diritto”, si designa un atto o un fatto idoneo a produrre diritto, e dunque ad incidere, innovandolo, sull’ordinamento giuridico.

Questa definizione, nella sua ampiezza, è tale da ricomprendere *qualunque* fattispecie che vada ad integrare una regola di comportamento cui i consociati siano (o, almeno, si sentano) soggetti. Si impone, tuttavia, una distinzione tra quelle fattispecie che sono contemplate dall’ordinamento giuridico e quelle che, invece, non lo sono. Viene all’uopo in rilievo la *summa divisio* tra fonti legali e fonti *extra ordinem natae*.

1.1. Le fonti legali e le norme sulla produzione

Tra tutti gli atti o fatti potenzialmente in grado di produrre diritto, soltanto alcuni – quelli che si definiscono fonti legali – sono configurati come idonei allo scopo da parte dell’ordinamento giuridico, che li riconosce e li disciplina. Esistono, in altri termini, norme il cui oggetto è precipuamente quello di disciplinare le modalità attraverso le quali il diritto viene prodotto. Le c.d. “norme sulla produzione (del diritto)” si distinguono in due grandi categorie: le norme attributive di potere normativo e le norme regolative dell’esercizio dello stesso. Le prime – sovente definite “norme di riconoscimento” – identificano le fonti abilitate a produrre diritto (le quali sono dette, dunque, “fonti di produzione”), tracciando eventualmente i confini entro cui l’abilitazione è efficace; le seconde specificano le prime, andando a disciplinare il procedimento attraverso il quale il diritto viene concretamente prodotto.

Le fonti legali

Le norme sulla produzione

Le norme sulla produzione presentano contenuti affatto particolari, dal momento che mirano, non già a regolare direttamente rapporti sociali, bensì a delineare le modalità attraverso le quali i rapporti sociali dovranno essere disciplinati.

Peraltro, le norme sulla produzione, preordinate alla estrinsecazione delle fonti di produzione, sono, esse stesse, norme che producono diritto, e dunque fonti di produzione, nella misura in cui selezionano i soggetti e gli atti abilitati ad innovare l’ordinamento e le modalità attraverso cui l’innovazione deve avvenire. Nei rapporti con le (altre) fonti di produzione, le norme sulla produzione si configurano però come norme “strumentali”, essendo concepite in funzione di una attività normativa ulteriore.

Siffatta strumentalità si traduce in una collocazione peculiare delle norme sulla produzione rispetto alle altre norme che compongono l’ordinamento giuridico. Il loro contenuto è infatti tale da renderle privilegiate, se è vero che, onde produrre diritto, si impone il loro rispetto.

La sovraordinazione concettuale delle norme sulla produzione

In tal senso, può dirsi esistente, tra le norme sulla produzione e le altre norme, un rapporto di sovraordinazione concettuale delle prime sulle seconde. A rigor di logica, l’ordinamento dovrebbe dunque collocare le

norme attributive di potere normativo e quelle regolative del suo esercizio in posizione apicale, al fine di coniugare la sovraordinazione concettuale con una maggior forza sul piano prettamente giuridico. Altrimenti detto, le norme sulla produzione concernenti un ordinamento quale quello italiano (prescindendo, per il momento, dalle fonti provenienti da altri ordinamenti) dovrebbero trovar sede all'interno della Costituzione.

La Costituzione contiene, effettivamente, un buon numero di norme che sono qualificabili alla stregua di norme sulla produzione; essa manca, tuttavia, di una disciplina organica ed esaustiva del sistema delle fonti del diritto, specie per quanto attiene alle fonti di produzione di minor portata.

Per disegnare i contorni del sistema delle fonti si rende quindi necessario il ricorso anche ad altri atti: si pensi, ad esempio, alla l. 23 agosto 1988, n. 400 (per quanto attiene alle fonti di provenienza governativa), o alle disposizioni concernenti la pubblicazione degli atti normativi, per non parlare delle Disposizioni preliminari al codice civile (c.d. preleggi) e di molti altri testi.

Anche da questa scarna, ed estremamente lacunosa, esemplificazione emerge chiaramente che molte norme sulla produzione non si collocano in posizione giuridicamente superiore rispetto alle fonti di produzione che disciplinano (ad esempio, la pubblicazione delle leggi è contenuta in un atto che, come si vedrà, è equiparato alla legge): ne discende che la sovraordinazione concettuale delle norme sulla produzione non sempre è assistita dalla maggior forza sul piano formale, ciò che può porre alcuni problemi di ordine pratico, oltre che teorico. Salvo tornare sul tema in seguito, può comunque sin d'ora rilevarsi che *di fatto*, in questi casi, la sovraordinazione logica viene generalmente rispettata essenzialmente in ragione del principio di effettività: le norme sulla produzione, in ultima analisi, si impongono semplicemente perché – e fintantoché – gli operatori giuridici prestano loro osservanza.

1.2. I tipi di fonti legali: fonti-atto e fonti-fatto

Nell'ambito delle fonti di produzione si distingue tra fonti-atto e fonti-fatto. La bipartizione riecheggia quella corrente nel diritto privato tra atti e fatti giuridici; ne è anzi – in larga misura – una applicazione.

Le fonti-atto

Caratteristica fondamentale delle fonti-atto è, infatti, la volontarietà, da intendersi nel senso che la produzione di diritto è il frutto di una attività che è prevista dalle norme sulla produzione come specificamente finalizzata a questo scopo. Le fonti-atto sono quindi atti volontari, imputabili a soggetti o ad organi determinati, che costituiscono l'esercizio di una specifica attribuzione di potere normativo operata da norme presenti nell'ordinamento giuridico. Ne è un esempio tipico la legge, che è atto

imputabile al Parlamento, prodotto a seguito di un atto di volontà manifestato con l'approvazione del testo da parte delle Camere.

Nella definizione delle fonti-fatto, di contro, elemento decisivo è la involontarietà, o meglio l'ininfluenza della volontà. Le fonti-fatto sono dunque assunte nella loro materialità, senza alcun riferimento a circostanze soggettive e volontaristiche (che possono magari sussistere, ma che non sono comunque determinanti). A titolo esemplificativo, può citarsi la consuetudine, fonte-fatto per antonomasia, che deriva dal ripetersi di un certo comportamento, senza che rilevi la volontarietà né del comportamento né della sua ripetizione, entrambi da valutarsi su un piano unicamente oggettivo.

Le fonti-fatto

I due esempi appena ricordati potrebbero suggerire un parallelismo tra fonti-atto e fonti di diritto scritto e tra fonti-fatto e fonti di diritto non scritto. Il parallelismo è tuttavia meramente indicativo.

Con riferimento al legame tra fonti-atto e scrittura, esso può valere sul piano empirico, ma non su quello teorico. Dall'osservazione dei sistemi democratici contemporanei si trae, in effetti, la regola secondo cui un atto di volontà che produce diritto è invariabilmente trasfuso in un testo scritto; allargando lo sguardo alle esperienze del passato o comunque a quelle di stampo non democratico, ben possono incontrarsi esempi di fonti-atto espresse in forma orale, come comandi impartiti dal capo, non di rado tenuti segreti ai destinatari (un caso emblematico è l'ordine con il quale Hitler dette avvio alla "soluzione finale" nei confronti degli ebrei).

Le fonti di diritto scritto

Il parallelismo è ancor più patentemente smentito allorché si faccia riferimento alle fonti-fatto come fonti di diritto non scritto. È vero che la consuetudine è fonte di diritto non scritto (non ostando a tale configurazione le raccolte di cui si dirà *infra*, par. 1.8.2), ma non può dimenticarsi che si annoverano tra le fonti-fatto anche le fonti c.d. esterne, cioè quelle provenienti da ordinamenti altri rispetto a quello di riferimento (in questa sede, *scil.*, quello nazionale). A prescindere dalla qualificazione che hanno, in termini di fonte-atto o di fonte-fatto, all'interno dell'ordinamento nel quale vengono in essere, una volta che acquistino efficacia all'interno dell'ordinamento italiano ciò avviene come fonti-fatto, giacché tali fonti sono prodotte da soggetti o da organi cui l'ordinamento italiano non attribuisce direttamente potere normativo (dove l'inevitabile irrilevanza della volontà eventualmente espressa).

Le fonti di diritto non scritto

1.3. Le forme di produzione giuridica

Nell'ambito di un ordinamento giuridico, le norme sulla produzione possono prevedere l'attribuzione del potere normativo a soggetti o ad organi diversi ed il riconoscimento alla stregua di fonti di molteplici fat-

ti. L'osservazione degli ordinamenti che si sono succeduti nel corso dei secoli, ma anche di quelli attualmente esistenti, mostra una certa varietà nell'individuazione di ciò che si definisce fonte del diritto.

Onde operare una schematizzazione puramente orientativa, possono individuarsi sei categorie di forme di produzione giuridica, alle quali pare possano ricondursi, tendenzialmente, tutte le fonti del diritto: le fonti politiche, le fonti giurisprudenziali, le fonti consuetudinarie, le fonti convenzionali, le fonti divine e le fonti dei privati.

I criteri che presiedono all'affermazione delle diverse categorie di fonti si combinano, creando un mosaico che completa l'insieme delle norme sulla produzione presenti nei singoli ordinamenti. Come è naturale, il mosaico cambia a seconda dell'ordinamento cui si faccia riferimento, ben potendo – ad esempio – riscontrarsi sistemi nei quali si accentua il peso delle fonti politiche (si pensi all'Italia, ma, in generale, all'Europa continentale) ovvero di quello delle fonti giurisprudenziali (come nel caso degli ordinamenti anglosassoni); non mancano, però, ordinamenti maggiormente orientati verso le fonti consuetudinarie e/o convenzionali (il paradigma, al riguardo, è l'ordinamento internazionale). La preponderanza delle fonti divine è invece tendenzialmente assente nella tradizione giuridica invalsa nell'Occidente, là dove al diritto di ispirazione sovranaturale viene assegnato, al più, un ruolo assolutamente marginale (con l'eccezione, evidente, dello Stato di Città del Vaticano). Per quel che concerne le fonti dei privati, esse non hanno in alcun ordinamento una preponderanza, tuttavia la tendenza abbastanza generalizzata in atto è chiaramente verso un loro rafforzamento.

1.3.1. Il diritto politico

Definizione

Le fonti politiche sono quelle che vengono prodotte da organi investiti del potere pubblico, e che per questo traggono la loro legittimazione direttamente dall'organo che le pone in essere. La caratteristica identificativa è rappresentata da ciò che muove il *conditor juris*, e cioè obiettivi *lato sensu* politici: il diritto che viene prodotto si pone, dunque, in consonanza con il disegno che l'autorità persegue nella regolazione della società. Ovviamente, una volta affermata l'autorità dell'organo che pone le norme, queste si impongono quale che sia il disegno perseguito e quale che sia il grado di corrispondenza con i principi ispiratori, con il consenso dei consociati o con le esigenze della società: a produrre diritto è, infatti, la semplice manifestazione di volontà.

Tipologie

In concreto, le modalità in cui queste fonti vengono create variano considerevolmente a seconda dell'ordinamento e dell'organo agente.

Così, in un ordinamento democratico, il diritto politico è espressione

diretta del popolo (si pensi ad alcuni istituti di democrazia diretta) e, ben più comunemente, degli organi dotati di potere normativo in conseguenza del loro essere direttamente o indirettamente rappresentativi del popolo. E, tendenzialmente (ma le eccezioni sono molte), le norme prodotte dal popolo o dagli organi direttamente rappresentativi prevalgono su quelle che sono espressione degli altri organi.

In uno stato a struttura pluralista, il diritto politico viene prodotto, non solo a livello statale, ma anche a livelli di governo infra-statali.

Le forme che le fonti assumono sono anch'esse molto varie. Un elemento tendenzialmente costante è, però, che, almeno negli ordinamenti democratici, il diritto politico è diritto scritto.

1.3.2. Il diritto giurisprudenziale

Le fonti giurisprudenziali si configurano come fonti di matrice essenzialmente culturale, nel senso che a fondare l'attribuzione del potere normativo non è l'argomento di autorità, ma il riconoscimento della validità di argomentazioni razionali, espresse da giuristi (la dottrina) o da giudici (diritto giurisprudenziale in senso stretto).

Definizione

Se il diritto politico nasce "libero", nel senso che l'autorità che lo produce può (quanto meno in teoria) prescindere da principi e valori, e dunque "crea", il diritto giurisprudenziale postula l'avvenuto svolgimento di operazioni logiche, tali da consentire di "dedurre" quali siano le norme di cui fare applicazione. I giuristi o i giudici, quindi, non creano, ma "trovano" il diritto: altrimenti detto, esplicitano ciò che, pur se inespreso, è già presente nell'ordinamento giuridico.

Questo tipo di diritto può valere per forza propria oppure in ragione di un riconoscimento proveniente da un'autorità altra. È solo nel primo caso che le argomentazioni razionali, coagulando un consenso sociale sufficiente, si impongono in quanto tali; nel secondo, invece, le argomentazioni razionali sono il modo attraverso cui la fonte viene in essere, mentre la capacità di produrre diritto viene garantita da altre fonti. Per chiarire la differenza può evocarsi, facendo riferimento anche ad esperienze straniere, la differenza tra le sentenze che creano precedenti vincolanti per i casi futuri e le sentenze che annullano atti normativi: le prime si impongono come fonti (in ordinamenti diversi dal nostro) per forza propria, mentre le seconde sono fonti perché altre fonti (per lo più politiche: la Costituzione o una legge) hanno attribuito a determinati giudici il potere di annullare atti e, quindi, di innovare l'ordinamento giuridico, *ergo* di produrre diritto.

Tipologie

1.3.3. Il diritto consuetudinario

Le fonti consuetudinarie sono la risultante della valenza che si assegna alla tradizione, e, più in generale, il portato dell'idea che i modelli di comportamento elaborati nel passato possano essere idonei a regolare i rapporti (o determinati rapporti) anche nel futuro.

Più in particolare, la consuetudine si compone di due elementi, l'uno *a*) materiale (l'*usus*) e l'altro *b*) psicologico (l'*opinio juris ac necessitatis*).

L'elemento
materiale

a) L'elemento materiale consiste nella ripetizione di un determinato comportamento (*diuturnitas*). Come è chiaro, non qualunque ripetizione è sufficiente ad integrare una consuetudine, richiedendosi che essa sia connotata da alcune caratteristiche qualificanti.

La ripetizione deve essere, innanzi tutto, abbastanza *frequente* da poter collegare i vari comportamenti concretamente assunti: non deve intercorrere, dunque, un lasso di tempo eccessivo tra i comportamenti, lasso di tempo che, però, non è quantificabile in astratto, ma che si apprezza in relazione all'ambito nel quale la ripetizione deve avvenire (ad esempio, al crescere del numero di soggetti potenziali autori del comportamento è presumibile che la frequenza si debba intensificare).

In secondo luogo, la ripetizione deve essere *continua*, cioè non interrotta: questo carattere non osta, ovviamente, a che esistano comportamenti difformi; l'elemento materiale della consuetudine, tuttavia, potrà dirsi integrato soltanto quando i comportamenti difformi dal modello di comportamento siano episodici o comunque isolati, tali, quindi, da non tradursi in una contestazione della validità del modello o, magari, nella proposizione di un modello diverso. La continuità deve essere calibrata anche in relazione al tipo di norma consuetudinaria, poiché, in ipotesi, comportamenti contrari ad una norma prescrittiva si traducono in possibili contestazioni della consuetudine, contestazioni che, invece, potrebbero non riscontrarsi in caso di difformità da norme semplicemente facoltizzanti.

La ripetizione del comportamento deve essere, in terzo luogo, *consolidata*, vale a dire radicata in un passato non troppo recente. Nell'ordinamento italiano, a differenza di quanto avviene in altri, non si stabiliscono termini precisi alla luce dei quali misurare l'esistenza, la validità o la forza della consuetudine: la qualificazione della ripetizione del comportamento come *sufficientemente* consolidata dovrà quindi avvenire attraverso accertamenti da svolgersi caso per caso.

Infine, il comportamento iterato, perché possa fondare una consuetudine, deve essere *conoscibile* da parte di tutti coloro che sono, territorialmente e/o personalmente (*id est*, in ragione dell'appartenenza ad un determinato gruppo), destinatari della norma consuetudinaria. L'assenza di forme di pubblicità ufficiale (cfr. *infra*, par. 1.8.2) rende la pubblicità

dei comportamenti l'unico veicolo di conoscibilità (e, dunque, di possibilità di osservanza) da parte di coloro che non lo pongono in essere, ma che saranno chiamati a farlo o potranno essere chiamati a farlo.

b) L'elemento psicologico è quello che qualifica la ripetizione dei comportamenti in termini di creazione di diritto oggettivo. È, infatti, definibile come la percezione, da parte dei consociati, dell'obbligo giuridico di tenere una condotta conforme al modello di comportamento che integra l'elemento materiale. In sostanza, si segue il comportamento, non per libera determinazione o per abitudine (come avviene per le regole sociali), ma per la giuridica doverosità dello stesso.

*L'elemento
psicologico*

Da una siffatta definizione parrebbe, *prima facie*, di doversi dedurre che la consuetudine nasce sempre "per errore": l'obbligo giuridico, infatti, si crea soltanto quando l'elemento materiale è integrato, ma i comportamenti che lo integrano (come tali anteriori al formarsi della consuetudine) debbono essere mossi comunque dalla (inizialmente erronea) consapevolezza di adempiere ad un dovere giuridico (se così non fosse, potrebbe formarsi, al massimo, una prassi). Questo paradosso può però essere superato evidenziando che, nelle fonti-fatto (quale indiscutibilmente è la consuetudine), l'elemento volontaristico è irrilevante, di talché il prodursi della norma è riconducibile essenzialmente alla ripetizione dei comportamenti, che solo *ex post* (quando, cioè, la ripetizione abbia assunto tutte le caratteristiche sopra passate in rassegna) acquistano una valenza giuridica percepibile – e percepita – dai consociati. Come dire che, nel momento in cui la consuetudine si va formando, gli autori dei comportamenti si conformano al modello senza esservi obbligati (se non, al più, da un senso generico di giustizia), mentre, una volta che la consuetudine si è affermata, chi agisce lo fa ottemperando ad un preciso obbligo percepito come giuridicamente rilevante.

In ultima analisi, dunque, i due elementi costitutivi della consuetudine non possono essere posti sullo stesso piano, giacché è quello materiale ad essere originario e determinante, mentre quello psicologico è successivo e meramente qualificante.

1.3.4. Il diritto convenzionale

Le fonti convenzionali si basano sull'idea che una regola può venire in essere anche attraverso un accordo tra coloro i quali della regola medesima sono i destinatari. Si tratta dell'applicazione a livello ordinamentale della regola secondo cui il contratto è "legge tra le parti" (art. 1321 c.c.).

Definizione

Il diritto convenzionale è, come il diritto politico, "creatore" di norme, giacché i contraenti agiscono secondo criteri di reciproco interesse e

non sono astretti, come nel caso del diritto giurisprudenziale, dall'esperimento di procedimenti razionali.

La posizione di parità tra le parti, con la conseguente assenza di una autorità che imponga il proprio diritto, è alla base della maggiore peculiarità del diritto convenzionale, e cioè la necessaria applicazione del principio di unanimità (il diritto politico, invece, è prodotto – salvi casi eccezionali – attraverso l'adozione del principio di maggioranza).

Diritto
convenzionale
e diritto politico

Al diritto convenzionale si fa sovente riferimento anche in una accezione piuttosto lata, ad indicare quelle fonti che siano prodotte mediante le forme tipiche del diritto politico, ma che abbiano alla loro base precedenti accordi tra i soggetti direttamente interessati (si pensi alle leggi che recepiscono le intese tra lo Stato e le confessioni acattoliche oppure ad eventuali atti-fonte che recepiscono contratti collettivi ecc.): trattasi, tuttavia, in questo caso, di una utilizzazione atecnica dell'espressione.

1.3.5. *Il diritto divino*

Le fonti divine sono il frutto di un ente sovranaturale, e vincolano gli esseri umani sul presupposto della obbedienza dovuta a questo ente.

Come nel diritto politico, il diritto è “creato”; la differenza è che il diritto divino non è creato da una autorità interna all'ordinamento giuridico (e dunque da esso regolata), ma si impone dall'esterno, veicolato da una “rivelazione”. Da ciò l'ulteriore caratteristica distintiva delle fonti divine, che producono un diritto svincolato dalla dimensione storica, in quanto eterno ed immutabile (si noti che quest'ultimo aggettivo vale, peraltro, solo per il comando in sé e per sé, giacché la necessaria interposizione umana può condurre a diverse letture dei precetti divini, in parte assecondando, in tal modo, anche il mutare delle esigenze storiche).

Concretamente, le fonti divine possono informare l'intero ordinamento, come avviene negli stati confessionali, ovvero essere riconosciute dagli ordinamenti laici, in certi settori, come produttrici di regole valide, su base volontaria, per i fedeli (un esempio classico è quello del matrimonio celebrato di fronte ai ministri di culto: artt. 82 e 83 c.c.).

1.3.6. *Il diritto dei privati*

Negli ordinamenti contemporanei, uno spazio sempre maggiore è riservato al diritto espressione dell'autonomia privata. Le fonti legali, in sostanza, demandano ai privati compiti di (auto)regolamentazione, talora conferendo ai prodotti di tale attività finanche valore ufficiale. Non si tratta, nella specie, di diritto convenzionale, facendo difetto l'accordo dei destinatari (v. *supra*, par. 1.3.4): l'autonomia privata, in questo caso,

viene riconosciuta a tutti gli effetti come una fonte idonea a vincolare, non solo coloro che hanno partecipato alla produzione dell'atto, ma anche coloro che ne sono rimasti estranei. Emblematici, al riguardo, sono i codici di buona condotta nell'ambito della protezione dei dati personali, che vengono elaborati dalle associazioni rappresentative, ma che poi, a seguito di una "validazione" da parte dell'Autorità garante, vengono pubblicati sui fogli ufficiali ed integrati alla stregua di allegati all'interno della normativa in materia (espressione di diritto politico). Le associazioni rappresentative, che sono soggetti privati, esercitano quindi un potere normativo che, grazie all'*interpositio* dei pubblici poteri, risulta idoneo ad imporsi a tutti i soggetti che rientrano nel novero dei potenziali destinatari. L'"ufficializzazione" che discende da tale *interpositio* consente di distinguere questi codici di condotta dagli altri, che sono più propriamente annoverabili tra le fonti di *Soft Law* (sulle quali, v. *infra*, par. 1.6).

1.4. Le tecniche di produzione normativa

Si è in precedenza accennato alla distinzione tra diritto scritto e diritto non scritto: essa costituisce la *summa divisio* nell'ambito delle tecniche attraverso le quali il diritto viene prodotto.

Il diritto non scritto è tipico delle società preletterate, nelle quali la tradizione – e con essa le regole, non a caso di matrice consuetudinaria o divina – veniva tramandata oralmente. Non mancano, ancora oggi, fonti di diritto non scritto, ma la loro diffusione è ridotta a casi sempre più marginali, e comunque (come si dirà a proposito delle consuetudini) l'origine orale di una fonte non impedisce che il diritto da essa prodotto venga trasfuso, in tutto o in parte, in atti scritti.

Un ruolo assolutamente preponderante spetta dunque al diritto scritto. La scrittura, peraltro, viene declinata in varie forme, a seconda del tipo di diritto cui si faccia riferimento.

Il diritto giurisprudenziale si estrinseca principalmente attraverso testi nei quali vengono esposte le argomentazioni razionali, per solito in forma di dissertazione. Di contro, il diritto scritto espressione di fonti politiche si sostanzia in enunciati normativi che si definiscono "disposizioni" (una struttura non dissimile caratterizza anche il diritto prodotto da fonti convenzionali). Sul piano formale, molti atti si suddividono in articoli ed in commi; le disposizioni possono coincidere con un articolo o un comma, ma possono anche costituirne una parte, allorché, ad esempio, un comma rechi una molteplicità di enunciati logicamente scindibili; per converso, può darsi il caso (del c.d. "combinato disposto") in cui un enunciato normativo si componga di più commi, che debbono leggersi

unitariamente, rendendo così la suddivisione sostanziale (la disposizione) più ampia di quella formale (il comma o l'articolo).

*L'enunciazione
di principi e
di regole*

Con precipuo riguardo ai contenuti degli enunciati giuridici, si tende ad operare una differenziazione tra enunciati che pongono principi ed enunciati che pongono regole, in relazione al grado di genericità ed astrattezza che caratterizza i primi (suscettibili, dunque, di incidere su un più ampio ambito) e di concretezza che connota le seconde e che le rende, in certa misura, una sorta di implementazione dei primi (si noti che, per lo stesso carattere di genericità ed astrattezza dei principi, non è infrequente che essi siano privi di un riscontro testuale immediato, restando impliciti e dovendo quindi essere desunti in via interpretativa dal sistema).

I rinvii

Una tecnica affatto peculiare di redazione di testi normativi è quella che si sostanzia nell'inserimento all'interno dell'articolato di rinvii, attraverso i quali, anziché dettare una disciplina di determinati rapporti, si opera un richiamo alla disciplina della materia che è contenuta in un diverso testo normativo, oppure che è prodotta da un'altra fonte, oppure che fa parte di un diverso ordinamento.

Il rinvio ha natura ed effetti variabili. Tre tipologie possono, in proposito, essere individuate: il rinvio formale (detto anche rinvio alla fonte, rinvio mobile o rinvio non recettizio), il rinvio materiale (o rinvio alle disposizioni, rinvio fisso o rinvio recettizio) ed il rinvio per presupposizione.

Il rinvio formale

Il rinvio formale ha l'effetto di creare tra il testo rinviante e la fonte (o l'insieme di fonti) oggetto di rinvio un collegamento tale da dare rilevanza in termini giuridici a tutte le norme che la fonte (o l'insieme di fonti) produce. Il rinvio formale non è quindi un rinvio ad una determinata disciplina, quanto piuttosto l'individuazione di una modalità di disciplina di una determinata materia: non a caso, esso si riferisce, non soltanto alle norme esistenti nel momento in cui al rinvio si procede, ma anche alle norme che in futuro verranno prodotte dalle fonti oggetto di rinvio, vuoi per la modifica di norme preesistenti, vuoi per l'introduzione di nuove.

Un esempio particolarmente eloquente di rinvio formale è quello contenuto all'art. 10, 1° comma, Cost., là dove si stabilisce che "l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute": il rinvio viene operato, in questo caso, a tutto l'insieme delle norme indicate, considerate, non solo per il momento in cui il rinvio è stato operato (quello dell'approvazione della Costituzione), ma anche per il futuro.

*Il rinvio
materiale*

Anche se in concreto non sempre è agevole distinguere il rinvio formale da quello materiale, in linea teorica i due si appalesano chiaramente distinti. Il rinvio materiale, infatti, non ha ad oggetto una fonte o un insieme di fonti, bensì una disposizione o un insieme di disposizioni ben determinato. Trattasi, dunque, dell'incorporazione di un testo normativo

in altra sede prodotto, che avviene, anziché mediante la “copiatura” del suo contenuto, semplicemente attraverso il richiamo alla sede in cui il testo è rintracciabile. La clausola di rinvio sostituisce, in altri termini, la pura riproduzione della disposizione o delle disposizioni richiamate.

La struttura del rinvio materiale è tale per cui il richiamo non è da intendersi “aperto”, per così dire, anche all’evoluzione che la disposizione richiamata possa conoscere: ciò implica che il rinvio ipostatizza il contenuto della disposizione, rendendo ininfluenti eventuali future innovazioni, perché le vicende della disposizione oggetto di rinvio non possono ripercuotersi sulla disposizione rinviante. Così, ad esempio, l’ordine di esecuzione di un trattato internazionale fa entrare in vigore, nell’ordinamento italiano, *quel* trattato in *quel* testo: eventuali modifiche che il trattato dovesse subire richiederebbero, ai fini dell’entrata in vigore in Italia, un nuovo ordine di esecuzione.

Al di là delle differenze sul piano della teoria, possono darsi casi – come accennato – nei quali è arduo stabilire aprioristicamente se si tratti di un rinvio formale o di un rinvio materiale. Emblematico, al riguardo, è il rinvio operato dall’art. 3, 2° comma, l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1, all’art. 68, 2° comma, Cost. A seguito della revisione costituzionale operata con l. cost. 29 ottobre 1993, n. 3, di modifica dell’art. 68, si è posto il problema di chiarire se il rinvio contenuto nella legge costituzionale del 1948 fosse da intendersi di tipo formale ovvero materiale. Nel primo senso, il rinvio avrebbe mutato oggetto, conducendo ad una innovazione nella disciplina di cui all’art. 3, l. cost. n. 1/1948 (parallelamente alla modifica del 2° comma dell’art. 68); nel secondo senso (accolto poi dalla dottrina) la revisione costituzionale sarebbe stata, invece, ininfluenta sulla disciplina del precitato art. 3, che avrebbe continuato ad essere integrata dal testo del 2° comma dell’art. 68 nella versione vigente nel 1948, cioè al momento del rinvio.

Un terzo tipo di rinvio, per presupposizione, si ha in tutti quei casi in cui una disposizione fa impiego di concetti che trovano in altri atti la propria definizione. Ad esempio, gli enunciati che si riferiscono ai “cittadini” presuppongono una certa definizione di cittadino, e dunque operano un rinvio per presupposizione alle disposizioni che regolano l’acquisto, la perdita ed il riacquisto della cittadinanza. Questo tipo di rinvio è di gran lunga il più frequente fra i tre menzionati; ma è anche un rinvio del tutto particolare, dal momento che, a differenza degli altri due, non può avere riflessi sul sistema delle fonti, in quanto non implica un collegamento tra fonti o tra disposizioni tale da essere potenzialmente in grado di introdurre, all’interno dell’ordinamento giuridico di riferimento, nuove disposizioni (come, viceversa, accade generalmente per i rinvii formali e per quelli materiali).

*Il rinvio per
presupposizione*

1.5. *Le fonti extra ordinem*

Le fonti legali, come definite in precedenza, non esauriscono o possono non esaurire lo spettro delle fonti individuabili all'interno di un ordinamento. È ben possibile, infatti, che si riscontri l'esistenza di regole che vengono osservate pur senza essere state prodotte da una fonte legale. Ricorrendo una siffatta evenienza, si è in presenza di norme *extra ordinem natae*, cioè di norme prodotte da fonti che non sono previste come tali dall'ordinamento giuridico, perché non prese in considerazione da norme sulla produzione. Ciò nondimeno, le fonti *extra ordinem* non possono essere pregiudizialmente neglette, dal momento che le regole da esse create hanno in concreto uno spazio (più o meno ampio) nella dinamica dei rapporti sociali.

Fonti extra ordinem e principio di effettività

Difettando di base legale (la previsione in norme sulla produzione), questo spazio discende essenzialmente dal principio di effettività, alla luce del quale l'efficacia si misura in relazione, non già a criteri di ordine formale, bensì al rispetto in concreto prestato ad una determinata regola. Altrimenti detto, le fonti *extra ordinem* sono fatti normativi (non è dato, ovviamente, qualificare una fonte di tal genere come una fonte-atto, difettando il riconoscimento ordinamentale della idoneità della volontà produttiva di diritto) che si affermano in virtù della loro capacità di essere accettati ed osservati come norme da parte dei consociati. Corollario di questa affermazione è che l'idoneità di questo tipo di fonti a produrre diritto non può affermarsi *ex ante* (come avviene per le fonti legali), ma soltanto *ex post*, una volta, cioè, valutata in concreto l'effettività che le connota.

Da quanto precede si evince, tra l'altro, che non è possibile redigere un elenco di fonti *extra ordinem*, né è possibile operarne una sistematizzazione *a priori*, essendo questa una categoria di fatti tra loro assolutamente eterogenei. In linea generalissima, possono comunque essere individuate due tipologie di fonti.

Le fonti che creano nuovi ordinamenti

La prima corrisponde alle fonti creative di nuovi ordinamenti, cioè ai fatti instaurativi di nuovi assetti costituzionali (si pensi ad una rivoluzione) o anche di nuovi ordinamenti statali (è il caso della secessione di un territorio che va a costituire uno Stato indipendente). A ben vedere, pressoché qualunque processo storico e politico che dà luogo ad un nuovo Stato o ad un nuovo ordinamento costituzionale è, di per sé, una fonte *extra ordinem*, perché non prevista dall'ordinamento precedente, che si imporrà – divenendo la base dell'ordinamento futuro – soltanto se sarà assistita dall'effettività.

Le fonti extra ordinem che innovano ...

La seconda categoria di fonti *extra ordinem* corrisponde a quelle che hanno una portata più limitata, inserendosi in un ordinamento esistente senza produrne la fine, ma semplicemente una innovazione più o meno

limitata. L'esempio più tipico è quello dell'assunzione di un comportamento in violazione di regole prodotte da fonti legali, un'assunzione che, reiterata, viene ad un certo punto percepita come obbligatoria per i consociati, creando in tal modo una consuetudine *contra legem*, la cui effettività si impone sul rispetto dell'ordine delle fonti, che esclude – come si vedrà – la legittimità di una consuetudine contrastante con il diritto oggettivo posto da fonti sovraordinate (come, tra le altre, la legge).

... gli
ordinamenti
esistenti

1.6. Hard Law e Soft Law

Alla distinzione tradizionale tra fonti legali e fonti *extra ordinem* è andata aggiungendosi, negli ultimi anni, un'altra bipartizione, tra *Hard Law* e *Soft Law*, alla prima solo apparentemente prossima.

Il concetto di *Soft Law* (traducibile come “diritto attenuato”) si sviluppa nel diritto internazionale e poi in quello europeo, al fine di designare quegli atti e fatti che, formalmente privi del carattere di fonte (*ergo*, non abilitati a produrre norme giuridiche), nondimeno producono regole che assumono, di fatto, un carattere quasi-giuridico in ragione del loro essere generalmente osservate dagli operatori, contribuendo a dar corpo a prassi da cui (non teoricamente, ma) concretamente risulta arduo discostarsi. In questa accezione, il *Soft Law* funge da completamento dell'*Hard Law* (“diritto rigido”), cioè dell'insieme delle regole propriamente giuridiche, ed in quanto tali dotate di un carattere vincolante.

Il Soft Law
nel diritto
internazionale
ed europeo

Nel diritto internazionale e nel diritto europeo, il *Soft Law* è composto da tutta una serie di principi, di codici di condotta, di deliberazioni, di piani d'azione che non sono rintracciabili in fonti del diritto vere e proprie (si pensi alla c.d. *lex mercatoria*, composta da regole non giuridicamente vincolanti ma largamente utilizzate nel commercio internazionale): di particolare rilievo sono quelle discipline uniformi che organismi privi del relativo potere normativo formale redigono al fine di orientare i comportamenti degli operatori di determinati settori (è il caso, ad esempio, dei documenti predisposti dall'*International Institute for the Unification of Private Law* – UNIDROIT – diretti alla modernizzazione, all'armonizzazione ed al coordinamento del diritto privato degli Stati nazionali). La diffusione di questo tipo di para-normazione, sicuramente agevolata anche dallo sviluppo tecnologico e dai paradigmi normativi che guidano le condotte sulla rete, tende a prescindere dai confini nazionali, per imporsi come nuova forma di transnazionalizzazione di modelli di comportamento.

La crescente complessità delle società contemporanee, del resto, ha reso sempre più difficile, da parte dei tradizionali detentori del potere normativo, il garantire una corrispondenza tra il diritto positivo e le esigenze socialmente avvertite. Ciò ha aperto la strada, anche in ambito na-

Il Soft Law in
ambito nazionale

zionale, alla diffusione di strumenti più duttili, capaci – se non di vincolare formalmente, almeno – di orientare le condotte degli operatori, ovviamente entro la cornice tracciata dalle norme giuridiche in senso proprio, che restano a presidiare il confine tra la legittimità e l'illegittimità. All'interno della categoria della legittimità (delineata dall'*Hard Law*), gli strumenti di *Soft Law* acquisiscono un margine di manovra nell'indirizzare gli operatori, solitamente identificati sulla base dell'appartenenza a determinate categorie professionali (il riferimento va, in particolare, ai codici di condotta predisposti da ordini e da associazioni professionali: si pensi al Codice di deontologia medica).

Alla luce di quanto precede, è evidente che lo studio delle fonti non può non essere circoscritto, sul piano formale, all'*Hard Law*; ciò nondimeno, le dimensioni e l'importanza assunta dalle non-fonti che rientrano nel *Soft Law* sono tali da rendere indispensabile il tenerne conto ogni qual volta si vadano a ricostruire le regole che presidiano i singoli settori dell'ordinamento. Donde, si ritiene, la giustificazione per questi pochi cenni dedicati ad un argomento che, *a rigori*, nell'analisi delle fonti del diritto non dovrebbe trovare cittadinanza.

1.7. La produzione normativa e l'emergenza

Le declinazioni
dell'emergenza

Una tematica classica del diritto costituzionale, che periodicamente torna ad affacciarsi nel dibattito dottrinale (e non solo), attiene all'incidenza dell'"emergenza" sulla produzione normativa, incidenza che può essere declinata, in buona sostanza, alla luce di due diversi paradigmi: secondo una visione più radicale, l'emergenza è configurabile alla stregua di un vero e proprio fondamento di poteri normativi, tale per cui, di fronte ad essa, il sistema delle fonti legali viene a cedere in favore del ricorso a strumenti che garantiscano una effettività nel perseguimento della *salus rei publicae*; una lettura meno incisiva (e dirompente) vede, invece, nell'emergenza una situazione che giustifica l'alterazione dei canali ordinari della produzione normativa e la connessa strutturazione (sempre, comunque, *ex ante*) di forme peculiari – solitamente semplificate – per introdurre regole giuridiche all'interno dell'ordinamento.

Se la prima impostazione, che trovava ampi riscontri nella dottrina tradizionale (specie pre-repubblicana), può ormai dirsi tendenzialmente superata, la seconda declinazione del concetto di emergenza ha mantenuto costante la propria attualità, non foss'altro per il suo essere oggetto di precipua attenzione in occasione di situazioni che hanno mostrato come l'eccezionalità delle contingenze possa rappresentare, almeno in astratto, una giustificazione non trascurabile per la predisposizione di procedure speciali di produzione normativa.