

SALVATORE MAZZAMUTO

Trattato del Diritto Privato

Volume I

Introduzione al diritto privato

Tomo I

Federico Sorrentino - Giorgio Pino

Le fonti in generale e l'interpretazione



G. Giappichelli Editore

PARTE I
LE FONTI DEL DIRITTO IN GENERALE

Federico Sorrentino

CAPITOLO I

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La natura costituzionale delle norme sulle fonti. – 3. Le norme sull'interpretazione. – 4. La rilevanza delle norme interne. – 5. La rilevanza delle fonti europee. – 6. La produzione normativa mediante rinvio. – 7. L'adattamento al diritto internazionale. – 8. Il diritto straniero richiamato dalle norme del diritto internazionale privato.

1. *Premessa*

La riflessione teorico-scientifica sulle fonti del diritto in Italia risente in modo evidente di premesse risalenti alla cultura germanica dell'Ottocento e della prima metà del Novecento, che identificano nello Stato il principale, se non l'unico, soggetto di aggregazione politica e di produzione normativa.

Invero, nella giuspubblicistica tra l'Ottocento e il Novecento si è fatta strada e si è affermata la concezione della legge come suprema manifestazione di volontà dello Stato, cui poi si riconnetteva la speciale efficacia, designata con la ben nota formula della forza di legge: forza materiale per identificare il vincolo obbligatorio che essa genera a carico dei consociati, forza formale per identificare la posizione dell'atto legislativo in un sistema gerarchico delle fonti, che individuava appunto nella legge l'atto supremo¹.

Se, in un sistema concepito come monocentrico, l'introduzione dell'idea della costituzione quale suprema decisione sull'assetto politico dello Stato² non alterava sostanzialmente la costruzione gerarchica delle fonti, la creazione, soprattutto nel secondo dopoguerra, di sistemi costituzionali policentrici, insieme con la garanzia giurisdizionale della costituzionalità delle leggi e del

¹ Cfr., sinteticamente, D. DONATI, *I caratteri della legge in senso materiale* (1910), ora in *Scritti di diritto pubblico*, II, Padova, 1966, 45-83; e ID., *La forza formale della legge* (1910), anch'esso in *Scritti*, II, cit., 87-102.

² C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928, ora nella trad. it. a cura di A. CARACCILO, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984.

rispetto delle competenze costituzionalmente affidate ad enti diversi dallo Stato, hanno finito coll'incrinare la solidità e la linearità della sistemazione tradizionale.

Così, con il tramonto della concezione mistica della legge a causa della sua subordinazione alla costituzione e con la sua soggezione al controllo di costituzionalità, si è venuto affiancando (e talora sostituendo) alla gerarchia, come criterio ordinatore delle fonti, quello della competenza, maggiormente rispondente al pluralismo istituzionale della produzione normativa³.

Tuttavia le prime elaborazioni del tema delle fonti, anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, continuavano a muovere dalla medesima premessa culturale: essere le fonti diretta emanazione dello Stato, pur concepito come complesso ed articolato organismo, Stato-ordinamento e non più soltanto Stato-persona.

Quando però, come è avvenuto negli ultimi anni, per effetto di spinte disgregatrici interne ed esterne agli Stati, che non hanno risparmiato le strutture, apparentemente più solide e compatte, degli Stati totalitari, è venuto meno il modello stesso dello Stato come ordinamento politico – esclusivo o dominante – di una collettività stanziata su un determinato territorio⁴, senza che ad esso fosse sostituito un diverso modello di aggregazione politica, si è determinata insieme la crisi dello Stato e la crisi delle fonti o, per meglio dire, del modello ricevuto di fonte del diritto⁵.

Né può dirsi che il tramonto di quel modello sia stato in qualche modo compensato dall'emergere, per lo meno in ambito europeo, di istituzioni "sovranazionali" la cui missione sembrerebbe essere quella di sostituire gli Stati nazionali, dal momento che l'aspirazione di dette istituzioni ed in particolare dell'Unione europea a trasformarsi in entità propriamente federali è ben lungi dall'essersi realizzata, mentre le forme in cui essa si manifesta sembrano più quelle di un "costituzionalismo multilivello" che di un vero e proprio assetto statale⁶.

La crisi di tale modello, sebbene strettamente collegata ed implicata dalla crisi dello Stato, si svolge però attraverso tappe autonome, che conviene qui rapidamente richiamare, con specifico riferimento all'ordinamento italiano⁷.

³ Su questo aspetto, v. per tutti e da ultimo, F. MODUGNO, voce *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 561 ss.

⁴ Al riguardo v. L. ELIA-G. BUSIA, voce *Stato democratico*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1999, 76 ss.

⁵ Sul tema v. ora diffusamente A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008; ID., *Le fonti del diritto, Disposizioni sulla legge in generale*. Artt. 1-9, Bologna, 2011.

⁶ *Infra*, cap. VII.

⁷ Per un tentativo di rivisitazione e di ricostruzione del sistema v. ora G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 767 ss.

In ordine storico, ma anche logico-giuridico, viene subito in considerazione, come già accennato, il passaggio da un sistema a costituzione flessibile ad uno a costituzione rigida⁸, garantita da un efficiente controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi. Questo determina, come è stato subito sottolineato in dottrina⁹, una vera e propria “rivoluzione culturale” nel modo di concepire la legge (e conseguentemente le altre fonti), trasformandola da suprema volizione dello Stato in atto giuridico soggetto a giudizio d’invalidità¹⁰ e passibile di dichiarazione di nullità ovvero di annullamento.

Se già la sottoposizione della legge alla costituzione e la sua soggezione al controllo di validità della Corte costituiscono il punto di partenza della nuova riflessione dottrinale, il dato più vistoso è stato però quello della pluralità delle fonti primarie istituite dalla Costituzione repubblicana, con le quali la legge del Parlamento deve in qualche modo misurarsi. La rivoluzione culturale diventa allora una rivoluzione copernicana, dal momento che la legge cessa di essere il centro dell’universo delle fonti, ma rappresenta una delle stelle – anche se ancora la più fulgida – di una complessa costellazione, che ha il suo centro motore nella nuova carta costituzionale.

La pluralità delle fonti, conseguenza del pluralismo istituzionale stabilito dalla Costituzione, determina quindi la rottura del monolitismo della legge, il superamento del principio di gerarchia come criterio unico o fondamentale del sistema e l’affiancarsi ad esso del criterio della competenza; determina, infine, la soggezione della legge e degli atti equiparati ad un controllo di costituzionalità del giudice costituzionale, che, nel tempo, si fa sempre più pervasivo – in quanto finisce coll’investire, direttamente o indirettamente, attraverso la legge, tutte le fonti dell’ordinamento – ed invasivo – in quanto, soprattutto attraverso il giudizio di ragionevolezza, finisce coll’attingere alla

⁸Sulla distinzione, fatta risalire a J. BRYCE, *Costituzioni rigide e costituzioni flessibili*, trad. it. a cura di A. PACE, Milano, 1998, v., da ultimo, le persuasive considerazioni di A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 2002, 22 (anche per ulteriori indicazioni). L’A. evidenzia la “non essenzialità” di uno speciale procedimento di revisione costituzionale per la configurazione di una costituzione rigida, al contrario sottolineando quali caratteristiche peculiari l’unitarietà legislativo-documentale e l’incidenza sulla forma di Stato e di governo con conseguente superiorità gerarchica della costituzione sulle leggi ordinarie.

⁹A partire dai notissimi studi di V. CRISAFULLI sulle fonti, tra i quali v. soprattutto *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 3 ss.; ID., voce *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1968, 925 ss.

¹⁰Naturalmente le premesse per la considerazione della legge come atto sottoposto a condizioni di validità e quindi sindacabile in via giurisdizionale erano state poste in precedenza, anche in regime di costituzione flessibile; v., al riguardo, SANTI ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1902, 229 ss., ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1950, 217-243, e soprattutto C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova, 1934, rist. 1964.

coerenza delle scelte politiche del legislatore ed alla razionalità complessiva dell'ordinamento.

La modifica del titolo V della parte II della Costituzione, effettuata con la l. cost. n. 3/2001, conferma questa tendenza, non soltanto perché assegna alle regioni una più ampia potestà legislativa, ma soprattutto perché, rimettendo alla loro potestà legislativa c.d. residuale (art. 117, co. 4) «ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato», sembra voler fare della legge regionale – entro i limiti che più avanti si vedranno – la fonte a competenza generale.

Un secondo fattore di crisi del sistema delle fonti è dato dall'irrompere nell'ordinamento interno delle fonti comunitarie (ora, più semplicemente, europee). Tra gli aspetti fondamentali di questo fenomeno, che formerà oggetto di specifico approfondimento, è, in primo luogo, l'introduzione stessa di tali fonti (non previste all'inizio dal testo della Costituzione), attraverso un atto di legislazione ordinaria (tali le leggi di esecuzione dei Trattati istitutivi e delle loro successive modifiche), che infrange il monopolio costituzionale della disciplina delle fonti primarie; in secondo luogo, l'affermazione, prima della parità, ma poi della prevalenza delle fonti europee su quelle interne anche di grado costituzionale (con il solo limite dei principi costituzionali supremi); infine la sottrazione al giudice costituzionale, non solo del giudizio sulla costituzionalità delle fonti europee, ma anche della cognizione del rapporto tra queste e le fonti interne e la sua devoluzione, nelle forme dell'interpretazione pregiudiziale, al giudice sovranazionale. Quest'ultimo aspetto determina, soprattutto con riferimento alla competenza pregiudiziale della Corte di giustizia, un potere di questa, attraverso il dialogo con i giudici interni, d'intervenire nel processo d'interpretazione del diritto europeo¹¹, ma anche di quelli interni, emarginando, insieme con gli organi legislativi nazionali, anche quelli giudiziari, nella misura in cui si afferma il principio dell'interpretazione conforme del diritto interno rispetto a quello europeo.

Su questo punto il nuovo testo dell'art. 117 Cost., per un verso, conferma e, per altro verso, giustifica l'evoluzione determinatasi nei rapporti tra fonti europee e fonti interne, in quanto stabilisce che la potestà legislativa dello Stato e delle regioni è esercitata «nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario»¹².

¹¹ V. F. SORRENTINO, *Lo sviluppo della forma di governo italiana nella giurisprudenza della Corte in materia comunitaria*, in P. BARILE-E. CHELI-S. GRASSI, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 417; ID., *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, 1996, 42; ID., *L'art. 177 del Trattato di Roma nel rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamenti interni*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, II, Padova, 1995, 737 ss.

¹² V. F. SORRENTINO, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, Relazione alla Tavola rotonda di diritto comunitario "Regioni,

La preminenza delle fonti europee su quelle interne, affermata dal giudice comunitario e poi dal giudice costituzionale italiano, contemporaneamente ad analoghe affermazioni delle corrispondenti giurisdizioni degli altri Stati membri, prima ancora che il legislatore costituzionale del 2001 intervenisse a sancirla, finisce così in buona sostanza per condurre alla preminenza del giudice europeo su quelli nazionali: di qui l'esigenza avvertita da tale giudice, che ha assunto il ruolo di una Corte suprema federale¹³, di costruire l'identità costituzionale del proprio ordinamento, attraverso la creazione di principi e valori costituzionali, comuni agli Stati membri, della cui osservanza esso stesso si propone come garante¹⁴.

Tali principi, inizialmente ricavati dalla Corte di giustizia attraverso una considerazione comparata delle costituzioni degli Stati membri, finiscono poi per essere calati, nel dialogo con i giudici nazionali, proprio sul terreno degli ordinamenti interni, condizionando, grazie alla loro affermata *primauté*, l'interpretazione delle loro norme, costituzionali e legislative¹⁵.

L'elaborazione da parte della Corte di giustizia di principi costituzionali comuni, insieme con il richiamo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, prima ancora che detti principi venissero codificati nella Carta europea dei diritti fondamentali (c.d. Carta di Nizza), resa vincolante dal Trattato di Lisbona del 13/12/2007 (entrato in vigore nel 2009), è manifesta espressione, per un verso, del graduale formarsi di un tessuto costituzionale europeo¹⁶ e, per altro verso, dell'inarrestabile tendenza al ridimensionamento del ruolo delle fonti nazionali.

diritto internazionale e diritto comunitario", Genova 23/3/2002, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, 1355 ss.

¹³ V, già S.M. CARBONE-F. SORRENTINO, *Corte di giustizia o Corte federale delle Comunità europee?*, in *Giur. cost.*, 1978, I, 654, ss., a commento della fondamentale sentenza della Corte giust. 9/3/1978, C-106/77, Simmenthal.

¹⁴ Sul punto v. F. SORRENTINO, *La Costituzione italiana di fronte al processo di integrazione europea*, in AA. VV., *Le prospettive dell'Unione europea e la Costituzione*, Atti del Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti svoltosi a Milano il 4-5/12/1992, Padova, 1995, 41 ss.; ID., *L'influenza del diritto comunitario sulla Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, II, Milano, 1999, 1635 ss.

¹⁵ Cfr. F. SORRENTINO, *Ai limiti dell'integrazione europea: primato delle fonti o delle istituzioni comunitarie?*, in "Scintillae Iuris", *Studi in memoria di Gino Gorla*, I, Milano, 1994, 357-370; ID., *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e in quello italiano*, in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982, 35-65; ID., *L'art. 177 del Trattato di Roma*, cit., nt. 7; ID., *La partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, in AA. VV., *La riforma costituzionale*, Milano, 1999, 117-128.

¹⁶ Sul punto il dibattito dottrinale in Italia e all'estero è estremamente vivace. Si rinvia agli Atti del Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, in *Annuario 1999. La Costituzione europea*, Padova, 2000. Cfr., più recentemente, anche con riguardo alla Carta di Nizza e alla Convenzione di Laecken, F. SORRENTINO, *La nascita della costituzione euro-*

Il Trattato di Lisbona, pur avendo abbandonato il riferimento all'idea di una Costituzione per l'Europa, ha ulteriormente proiettato in avanti l'anzidetto processo di costituzionalizzazione, avendo posto alla base dell'Unione europea il principio dello Stato di diritto e la garanzia dei diritti fondamentali e attribuito alla Carta di Nizza il valore primario dei trattati.

Le conseguenze di quanto sinora detto stanno, non soltanto nella rilevanza che, anche al di fuori delle stesse indicazioni costituzionali, hanno ormai assunto le fonti europee, ma, com'è divenuto evidente negli sviluppi più recenti del processo d'integrazione, nella coesistenza, nel medesimo ambito territoriale e personale, di due diversi ordinamenti.

Questa circostanza può determinare e determina tensioni ed antinomie fra i due ordinamenti, la cui composizione ha visto emergere il ruolo quasi federale¹⁷ della Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale, soprattutto con riferimento all'elaborazione di principi e di valori costituzionali comuni, ha esercitato un'importante funzione di unificazione.

In particolare deve essere qui sottolineato che, attraverso la soluzione delle questioni pregiudiziali (in base all'art. 267 TFUE), alla Corte europea è stato possibile, per un verso, stabilire in modo vincolante per i giudici nazionali la premessa maggiore del loro sillogismo, in tutti i casi in cui venivano in considerazione norme europee, e, per altro verso, introdurre nei circuiti nazionali i valori costituzionali europei che essa andava via via elaborando.

Tra questi il principio di eguaglianza – inizialmente ricavato da disposizioni dei trattati, riferite a singoli settori d'intervento, ma ricondotto poi dalla Corte di giustizia alla consistenza e soprattutto alla generalità che esso ha acquisito nelle costituzioni degli Stati membri¹⁸ – ha assunto nel confronto e nei rapporti con gli ordinamenti nazionali uno specifico ruolo unificante.

Invero tale principio, per come è stato inteso nell'esperienza costituzionale del mondo occidentale (ed in quella delle principali organizzazioni internazionali), costituisce un modo di rappresentazione dell'ordinamento giuridico, del quale si suppone la razionalità e la completezza: il divieto di distinzioni irragionevoli postula, infatti, la razionalità interna del sistema (ed insieme la sua capacità qualificatoria di ogni rapporto giuridicamente rilevante), sì che la distinzione non corrispondente a quella razionalità costituisce

pea. *Un'istantanea*, in *The Spanish Constitution in the European constitutional context*, a cura di F.F. SEGADO, Madrid, 2003, 221 ss.; ID., *La Costituzione europea*, in *Tratt. dir. amm. europeo*, diretto da M.P. CHITI-G. GRECO, Parte generale, I, Milano, 2007, 15 ss., ed *ivi* ulteriori indicazioni.

¹⁷ Al riguardo v. ora R. CALVANO, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Padova, 2004.

¹⁸ Su questa vicenda v. F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003, ed *ivi* ulteriori ed ampie indicazioni.

l'eccezione (ed è per questa ragione colpita da un giudizio d'invalidità); postula altresì la completezza del sistema e l'autointegrazione delle lacune attraverso il richiamo dei principi generali espressione di quella razionalità.

Il confronto che il giudizio di eguaglianza impone tra diverse discipline e tra le loro *rationes* ispiratrici non può non rimandare, direttamente o indirettamente, alla *ratio* ultima del sistema ed ai suoi valori di fondo, alla stregua dei quali la distinzione oggetto di quel giudizio può essere ritenuta legittima oppure invalida.

Ora, quando, com'è avvenuto in più di un'occasione¹⁹, il principio di eguaglianza del sistema europeo viene calato nei sistemi nazionali, esso finisce con l'introdurre, in modo vincolante all'interno di questi, parametri di valutazione, *rationes* e valori oggetto di bilanciamento, estranei a quei sistemi.

Conclusivamente, il riferimento ad un principio di eguaglianza europeo scardina e modifica la razionalità interna degli ordinamenti degli Stati membri, imponendo ad essi una razionalità diversa alla quale le norme nazionali devono essere ricondotte.

L'attività normativa delle istituzioni europee e la correlata espansione del loro ordinamento non sono però la sola ragione di crisi dell'impostazione tradizionale delle fonti del diritto. A questa si affianca – come ben ha mostrato M.S. Giannini²⁰ – la frammentazione e la distribuzione del pubblico potere secondo regole e schemi, non solo non previsti dalle norme costituzionali di organizzazione, ma ad esse del tutto estranei, come nei casi delle amministrazioni internazionali, delle associazioni internazionali di carattere professionale e, nell'era attuale della globalizzazione, delle istituzioni che governano i c.d. mercati e ne condizionano l'attività.

A tale distribuzione corrisponde, poi, non soltanto una diversa articolazione del sistema delle fonti, ma soprattutto la creazione di centri di produzione normativa non previsti ed estranei al testo costituzionale e tuttavia efficaci e suscettibili di condizionare il comportamento di soggetti pubblici e privati.

In particolare l'internazionalizzazione e la globalizzazione dell'economia, non solo trascende le dimensioni del mercato (e quindi dell'ordinamento) nazionale e di quello europeo, ma soprattutto crea a favore dei suoi protagonisti regole commerciali considerate vincolanti e talvolta giustiziabili alla stessa stregua di quelle statali.

La *lex mercatoria*, intesa oggi come «diritto creato dal ceto imprenditoria-

¹⁹Per indicazioni v. F. SORRENTINO, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Pol. dir.*, 2001, 179 ss.; ID., *La costituzione europea*, cit., 39 ss.

²⁰M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986.

le, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme [...] i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati»²¹, finisce, invero, anche per il tramite dei contratti che la richiamano e dei lodi arbitrali che la applicano, con l'essere riconosciuta nell'ambito interno, quasi come una fonte autonoma proveniente da un ordinamento separato. Sicché il confine tra «interno ed esterno»²², grazie al quale si afferma e si postula la sovranità degli Stati, tende anche per questa via a fluidificarsi.

La disciplina della moneta, il governo dell'economia, la regolazione del mercato dei beni e dei capitali e conseguentemente della domanda interna sfuggono sempre di più alle istituzioni nazionali e spesso anche a quelle internazionali, che vedono le loro possibilità d'intervento condizionate da operatori capaci di trasferire con sorprendente rapidità risorse economiche e finanziarie da un'area geografica ad un'altra, con tutto quello che ne può discendere in termini di ricchezza e di povertà, cioè di benessere dei soggetti radicati in tali aree²³.

La globalizzazione, come è stato osservato, cessa di essere un mero fenomeno economico, ma coinvolge gli stessi istituti giuridici, dando luogo ad un diritto globale che incide profondamente sul diritto nazionale e le sue fonti²⁴

²¹ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1990, 86; ID., *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1993. Si veda ancora come Galgano costruisca la *lex mercatoria* come espressione di un ordinamento diffuso, che peraltro deve ricorrere alla forza cogente di ordinamenti sovrani per realizzare la propria effettività (in ID., *Diritto civile e commerciale*, I, cit., 88 s., dove in nota si richiama la sentenza della Corte di cassazione 8/2/1982, n. 722); nonché ID., *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 313 ss., dove con efficace chiarezza è dimostrato «il declino dei tradizionali dogmi, quale il dogma della statualità del diritto civile e quello della sua nazionalità» (315), anche con riferimento al potere delle parti di un contratto di scegliere il diritto applicabile (c.d. *shopping* del diritto) (*ivi*, 321 ss.). V. anche F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria*, Padova, 2006. Sulla configurazione della *lex mercatoria* come sistema giuridico «più o meno autosufficiente», che manifesta «una capacità normativa enormemente superiore a quella tradizionalmente detenuta dal legislatore statale, sia per il suo raggio di azione, sia per il numero di persone che riesce a toccare, sia per la sua indifferenza ai confini statali» v. ora lucidamente M.R. FERRARESE, *Lex mercatoria: istituzione senza costituzionalizzazione*, in AA. VV., *Diritti sociali e mercato globale*, a cura di G. BRONZINI, Soveria Mannelli (CZ), 2007, 53 ss.

²² Sul punto v. diffusamente, sia con riferimento alla *lex mercatoria*, sia ad altri aspetti di attenuazione della sovranità degli Stati, C. PINELLI, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Bologna, 2002, 94 ss., ed *ivi* ulteriori indicazioni, e *passim*.

²³ Cfr. G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, 21 ss.

²⁴ Cfr. per tutti S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006; ID., *Nel labirinto della globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 921 ss.; PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, cit., *passim*.

ed evidenziando la forza normativa del contratto, che tende ad imporsi con efficacia pari a quella della legge, mettendo in crisi lo stesso “contratto sociale” che è alla base della convivenza negli Stati²⁵.

Coerente con questo quadro, in cui il momento “esterno” tende sempre di più a fondersi con i procedimenti nazionali di produzione normativa, appare dunque la modifica del 2001 del titolo V della parte II della Costituzione italiana, in cui, allo scopo di parificare la posizione della legge regionale a quella statale, anche la potestà legislativa dello Stato viene sottoposta al limite del rispetto degli obblighi internazionali (art. 117, co. 1, Cost.). In tal modo, non solo le norme internazionali generalmente riconosciute di cui al co. 1 dell’art. 10 Cost., rappresentano limite sostanziale delle fonti primarie, ma anche quelle di origine pattizia, quale che sia il procedimento con il quale i trattati che le esprimono siano venuti in essere.

Invero nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale si è alterata, come si riconosce, la stessa funzione della legge. All’idea della legge generale ed astratta, canone universale di comportamento e limite negativo dell’attività dei singoli, si è venuta affiancando l’idea della legge, come mezzo per l’eliminazione delle diseguaglianze economico-sociali, per la redistribuzione delle risorse, per l’attuazione della politica economica del governo, ecc., con la conseguenza della sua frammentazione in leggi di settore, leggi speciali, eccezionali, temporanee, interpretative, di sanatoria, sino alla discussa, ma sempre più frequente categoria delle leggi-provvedimento.

Se ed in qual misura tale frammentazione della funzione legislativa, la quale sembra così aver smarrito la sua naturale vocazione “ordinante”²⁶, sia conseguenza necessaria dei principi dello Stato sociale e se sia compatibile con il testo della Costituzione, si dirà più avanti. Qui è sufficiente registrare un fenomeno, che mostra un’evidente tendenza all’“amministrativizzazione” della legge ed alla dissoluzione dei contenuti tipici (generalità ed astrattezza) dell’atto normativo²⁷.

Diventa allora, in un panorama siffatto, ancor più difficile “riconoscere” in base alle sue caratteristiche sostanziali l’atto fonte²⁸, dal momento che il

²⁵ Cfr. G. FERRARA, *Sulle fonti del diritto. Qualche premessa*, in *Costituzionalismo.it*, 2006.

²⁶ Insiste su questo profilo dell’attività legislativa A.A. CERVATI, *La formazione delle leggi*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna, 1985, 40 ss.

²⁷ Sul punto v. F. MODUGNO-D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989, 411 ss.; F. MODUGNO, *A mo’ d’introduzione. Considerazioni sulla “crisi” della legge*, in *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, a cura di F. MODUGNO, Milano, 2000, 1 ss.; S. SPUNTARELLI, *L’amministrazione per legge*, Milano, 2007.

²⁸ La relativa problematica è ampiamente sviluppata in L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 15 ss. e 27 ss., e in G.U. RESCIGNO, *L’atto normativo*, Bologna, 1998,

modello su cui esso è costruito (la legge) si identifica nella forma dell'atto; conseguentemente la distinzione dell'atto normativo da quello amministrativo è basata su connotati formali, che possono, per gli atti adottati dall'esecutivo, risolversi anche nella mera autoqualificazione.

La problematica emersa di recente dei decreti ministeriali definiti dalla legge «non regolamentari», eppure suscettibili di produrre vere e proprie norme giuridiche, come pure dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e quella delle ordinanze di protezione civile, considerate dalla stessa Corte costituzionale provvedimenti amministrativi, eppure dotate di una notevole stabilità nel tempo, tale da costituire “fonte” di successive attività amministrative, mostrano all'evidenza come l'incertezza sulla qualificazione degli atti fonte sia destinata ad estendersi senza che essa possa essere superata da una loro qualificazione formale.

La confusione tra modelli di atto normativo e modelli di atto amministrativo che ne è derivata non può non disvelare una confusione tra il terreno politico e quello amministrativo, onde viene messa in discussione la capacità del potere politico (del Governo e del Parlamento, in primo luogo) di esprimere un indirizzo generale che rappresenti la sintesi delle spinte e delle tensioni che emergono dalla società civile²⁹.

Dalla rilevata confusione della politica con l'amministrazione non traggono giovamento né l'una né l'altra: non la prima, che perde l'attitudine ai progetti di largo respiro, non la seconda che ne risulta, per un verso, deresponsabilizzata e, per altro verso, legata a logiche di partito e quindi non imparziale, in violazione del precetto relativo all'imparzialità dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost.

Di questa commistione finiscono poi col pagare le conseguenze gli amministratori ed in genere gli operatori giuridici, che non trovano nella legge i punti cardinali per il loro orientamento, mentre diviene sempre più arduo per gli interpreti ed in particolare per i giudici, lo svolgimento del loro compito di razionalizzare e di ordinare (allo scopo di elevarlo ad un impossibile sistema) il materiale normativo che impetuosamente e disordinatamente il potere politico riversa sulle loro spalle³⁰.

La crisi della legge come atto normativo ha, negli ultimi tempi, finito col'esaltare la c.d. creatività del giudice. Questi, invero, chiamato ad interpre-

10 ss. Al riguardo v. ora L. CARLASSARE, voce *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Ann. II, Milano, 2008, 536 ss.

²⁹ V. già SANTI ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi* (1910), ora nella raccolta di saggi dal medesimo titolo, Milano, 1969, 23 ss.

³⁰ Cfr. F. SORRENTINO, *Crisi dei diritti e della legalità costituzionale*, in AA.VV., *Tornare alla costituzione*, Torino, 2000, 27-45. Sui problemi politico-costituzionali connessi all'oscurità delle leggi v. particolarmente M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Bari, 1997.

tare la legge ai fini della sua applicazione alle controversie che si sono poste dinanzi a lui, ha visto enormemente dilatarsi gli spazi interpretativi a sua disposizione.

Più che l'oscurità delle leggi, il loro carattere frammentario e l'impetuoso e il ripetuto sopraggiungere di modifiche normative (c.d. *novelle*), che hanno reso sempre più difficile la stessa comprensione linguistica dei testi legislativi, hanno prodotto un clima di incertezza dal quale è scaturita una sostanziale imprevedibilità (o "incalcolabilità") del tessuto normativo³¹.

A parte la questione (non secondaria, per vero) che codesta caotica produzione legislativa ha finito per esaltare il ruolo delle banche dati private alle quali fanno ormai pacificamente riferimento gli interpreti (giudici, avvocati e consulenti) per ricostruire i testi legislativi, ma quello che sembra più significativo è che, una volta ricostruito il testo, il più delle volte esso appare muto e quindi abbisognevole di un'ampia e difficile opera di ricostruzione e d'interpretazione.

In tale quadro, non solo si dimostra fallace l'idea, risalente al Montesquieu, secondo la quale il giudice sarebbe né più né meno che "la bocca della legge", date le molteplici soluzioni interpretative che il testo stesso delle leggi gli offre, ma comincia ad affiorare – presso alcuni studiosi³² – l'idea del carattere creativo e non solo interpretativo dell'attività dei giudici, le cui decisioni finiscono coll'essere considerate alla stregua di fonti del diritto.

Il tema è troppo grande per poter essere adeguatamente affrontato in questa sede, ma è evidente come la deprecata "incalcolabilità" del diritto³³ tocchi la stessa configurazione delle fonti nella contrapposizione, mai risolta, tra atti volontari (le leggi, appunto) e atti di conoscenza (quali le sentenze): invero, nella misura in cui il contenuto di queste ultime non sia predeterminabile sulla base della semplice conoscenza di testi legislativi, si porrà non solo il dubbio sulla loro natura, ma anche il problema circa il carattere nomopoietico delle sentenze stesse³⁴.

Le riflessioni che precedono sul rapporto tra la crisi dello Stato e la crisi delle fonti trovano ulteriore conferma, ove si considerino le vicende che hanno investito le istituzioni italiane negli ultimi anni.

La perdita di credibilità – e quindi di legittimazione – dei principali partiti politici sul cui "patto" era fondata la c.d. costituzione materiale³⁵ dal 1948

³¹ Cfr. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

³² A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto, Disposizioni sulla legge in generale: artt. 1-9*, Bologna-Roma, 2011, *passim*.

³³ Cfr. ancora IRTI, *op. cit.*, *passim*.

³⁴ Cfr. al riguardo L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018.

³⁵ Nell'accezione sviluppata da C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, e ripresa in ID., voce *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, 139 ss.

in poi, emersa in tutta la sua importanza nel *referendum* del 18/4/1993³⁶, ha condotto, per un verso, all'abbandono (eccezion fatta per le elezioni del Parlamento europeo³⁷) del sistema elettorale proporzionale³⁸, che di quel patto era stata la prima sanzione istituzionale, con conseguenze immediate sul "sistema dei partiti" e, per altro verso, ad una rilettura (o a un tentativo di rilettura) della rappresentanza politica, del rapporto tra popolo ed istituzioni governanti, la quale, a sua volta, ha aperto la strada all'idea di un nuovo "patto costituzionale" e di una nuova "costituzione materiale" (se non addirittura di una nuova Carta costituzionale). La sbandierata (e discutibilissima) distinzione tra "prima" e "seconda" Repubblica è chiaramente la conseguenza di queste vicende³⁹.

Né, dopo la dichiarazione d'incostituzionalità della l. elettorale n. 270/2005 e della successiva l. n. 52/2015, ad opera della Corte costituzionale⁴⁰, si può dire che con il recupero di un sistema elettorale proporzionale con la l. n. 205/2017, sia stato ripristinato il c.d. arco costituzionale su cui poggiava sino al 1993 il patto costituente tra i partiti che lo componevano, da un lato per l'avvenuta dissoluzione di quei partiti, dall'altro perché la nuova legislazione elettorale, nonostante la sua ispirazione proporzionale, tende a valorizzare il ruolo delle segreterie di partito, già nella formazione delle liste elettorali, e soprattutto la figura del *leader* in nome ed in virtù della quale si costruiscono le campagne ed i risultati elettorali.

³⁶ Che determinò l'abrogazione parziale della legge elettorale del Senato trasformando il relativo sistema elettorale da proporzionale in maggioritario (almeno per l'elezione del 75% dei senatori), cui poi seguì la riforma elettorale del 1993.

³⁷ In cui, anche per ragioni collegate alla sua diversa posizione nella forma di governo europea, vige ancora il principio proporzionale oggetto, peraltro, di una recente revisione (l. n. 10/2009), che ha portato all'introduzione di una clausola di sbarramento del 4%; cfr. in generale CERVATI, *La forma di governo europea*, in *Annuario 1999. La Costituzione europea*, cit., 73 ss.

³⁸ La successiva modifica delle leggi elettorali della Camera e del Senato (l. n. 270/2005), pur avendo stabilito un meccanismo proporzionale per l'assegnazione dei seggi, non ha peraltro ripristinato un sistema proporzionale, a causa del premio di maggioranza (55% di seggi) previsto a favore delle liste o delle coalizioni di liste che raggiungano, alla Camera su base nazionale, al Senato su base regionale, la maggioranza anche soltanto relativa di voti, con conseguenze molto gravi di sovrarappresentanza – e di sotto rappresentanza – dei diversi partiti. Va inoltre sottolineato come l'abolizione delle preferenze, con cui gli elettori potrebbero concorrere a designare gli eletti, ha, per un verso, rafforzato la *leadership* dei dirigenti dei partiti politici cui spetta la formazione delle liste, con la relativa collocazione dei diversi candidati, ma, per altro verso, ha inaridito il rapporto di rappresentanza politica, essendo rimasto agli elettori il solo potere di designare la lista, ma non quello di selezionare i candidati.

³⁹ Cfr., per tutti, G.U. RESCIGNO, *A proposito di prima e seconda repubblica*, in *Studi parl. pol. cost.*, 1994, 5 ss.

⁴⁰ Corte cost. nn. 1/2014 e 35/2017.

Conseguenza di tutto ciò, è stato l'attenuarsi del rapporto di rappresentanza politica tra eletti ed elettori, soprattutto nella XVII legislatura, al cui inizio è intervenuta la sentenza n. 1/2014 della Corte che ha dichiarato illegittima la l. n. 270/2005, sulla base della quale i deputati e i senatori erano stati da poco eletti, senza che dalle forze politiche allora dominanti né dal Capo dello Stato sia stata avvertita l'urgente necessità di azzerare le Camere appena elette e di riprendere da capo una nuova legislatura con una nuova e non incostituzionale legge elettorale in grado di ripristinare una sana rappresentanza politica.

Per tutta la XVII legislatura, quindi, rappresentanti del popolo nient'affatto rappresentativi hanno legiferato su temi assai rilevanti, tentando addirittura un'importante riforma costituzionale, naufragata peraltro con il significativo voto del 4/12/2016⁴¹.

La sfiducia nelle istituzioni si è manifestata, non solo nella scarsa partecipazione popolare alle consultazioni elettorali di ogni tipo, ma anche nel tentativo di scavalcare con lo strumento del *referendum* la rappresentanza politica.

Invero si è assistito, a partire dagli ultimi anni del secolo passato, ad un'enorme proliferazione di richieste di *referendum* abrogativo con riferimento spesso a principi e valori politici di grande momento, ma anche, non infrequentemente, a scelte legislative di dettaglio; ciò che costituisce sintomo evidente di disagio nei rapporti politici e d'incapacità delle istituzioni di dare risposte convincenti alle istanze che via via emergono dalla società civile. La circostanza che, dopo le "fiammate" seguite ai *referendum* dei primi anni '90, la stagione referendaria abbia registrato un sensibile calo d'interesse degli elettori nelle fallite tornate successive per poi riprendere forza sia nei *referendum* costituzionali del 2006, del 2016 e del 2020 sia nei *referendum* abrogativi del 2011, non ha certo testimoniato una rinnovata fiducia dei cittadini negli strumenti della rappresentanza politica, ma piuttosto un diffuso senso di apatia e d'indifferenza⁴². Tanto è ciò vero che la ripresa d'interesse per le partecipazioni referendarie sembra essere stata espressione tanto nel 2006,

⁴¹ Si tratta del d.d.l. cost. Renzi-Boschi, approvato dalle Camere il 12/4/2016, ma rigettato con *referendum* costituzionale il 4/12/2016.

⁴² Sulle richiamate vicende v. A. CHIMENTI, *Storia dei referendum*, Bari-Roma, 1999; A. BARBERA-A. MORRONE, *La repubblica dei referendum*, Bologna, 2003. Ad esse devono aggiungersi la tornata referendaria del 2003 (sull'art. 18 dello Statuto dei lavoratori e sulla servitù di elettrodomestico) e quella del 2005 sulla fecondazione assistita (l. n. 40/2004), che hanno visto una partecipazione elettorale di poco superiore al 25%. Su queste vicende ha invero, inciso la propaganda astensionistica dei vari movimenti contrari al *referendum*, che ha trovato più sicuro aggiungere l'astensione dei propri seguaci a quella ormai "fisiologica" degli indifferenti piuttosto che misurarsi nella competizione politica con gli elettori favorevoli all'abrogazione.

quanto nel 2011 e nel 2016 (ma soprattutto nel *referendum* del 2020 sulla riduzione del numero dei parlamentari) di una contestazione delle scelte di politica costituzionale e dell'azione di governo espresse dalle talvolta amplissime maggioranze parlamentari come quelle uscite dalle elezioni politiche del 2001 e del 2008; ed è confermato da una deriva fortemente astensionistica del corpo elettorale nelle consultazioni elettorali, locali e nazionali, successive.

Invero alle iniziative di *referendum* abrogativo non ha quasi mai fatto seguito, negli ultimi anni, una risposta in sede politica che incanalasse nella naturale via parlamentare le istanze ad esse sottese, preferendosi, dalle stesse forze politiche al loro interno divise ed in debito di legittimazione, affidarsi al compiacente filtro di ammissibilità della Corte⁴³ o rimettersi al responso popolare, quale che ne sarebbe stato l'esito. L'invito, spesso formulato dalle forze politiche contrarie al *referendum*, a disertare le urne, più che una variante di tale atteggiamento, sembra collocarsi nell'ambito degli strumenti di competizione referendaria, essendo diretto a provocare l'invalidità della consultazione per mancanza di *quorum* strutturale.

Il *referendum*, la cui natura di fonte del diritto era stata già da tempo, non solo in sede teorica⁴⁴, riconosciuta, si è visto così caricare di sempre più rilevanti significati politici, potenzialmente eversivi dell'assetto costituzionale ricevuto, sino ad apparire ad alcuni «manifestazione di potere costituente»⁴⁵. Che, poi, lo strumento del *referendum* abbia potuto atteggiarsi, nella maggior parte dei casi, anziché come atto di legislazione negativa, come vero e proprio atto innovativo, rappresenta più la conseguenza che la causa del ruolo acquisito da quest'istituto di democrazia diretta.

Si è poi assistito, inizialmente sotto il distratto sguardo della Corte, ad un fenomeno di massiccia espropriazione da parte del Governo della potestà

⁴³ Sul quale v. A. CARIOLA, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale*, Milano, 1994.

⁴⁴ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *Le fonti normative*, aggiornato da F. CRISAFULLI, Padova, 1993, 94 ss., il quale chiarisce che abrogare significa «disporre diversamente»; A.M. SANDULLI, voce *Fonti del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1961, ora in *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990, 102; F. SORRENTINO, *Effetti dell'abrogazione legislativa delle norme sottoposte a referendum*, in *Studi parl. pol. cost.*, 1971, 31 ss. Cfr. Corte cost. n. 69/1978, che parla di «potestà normativa diretta, anche se limitata all'abrogazione»; Corte cost. n. 29/1987, che afferma che «l'atto-fonte» *referendum* ha «lo stesso rango della legge ordinaria», e quindi «come il legislatore coordina la sua volontà ad un oggetto puntuale così la volontà popolare deve potersi ispirare ad una *ratio* altrettanto puntuale, occorrendo al riguardo che nel quesito referendatario sia incorporata l'evidenza del fine intrinseco dell'atto abrogativo».

⁴⁵ C. MEZZANOTTE, *Referendum e legislazione*, Relazione al Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti su «Democrazia maggioritaria e referendum», svoltosi a Siena il 3-4/12/1993 (ined.).