

Editoriale

Roberto Bin*
Omar Chessa**

Per definizione i numeri monografici sono dedicati a uno specifico tema o a uno specifico gruppo omogeneo di temi. Ma le fonti del diritto non sono un vero tema, che in qualche modo si possa ragionevolmente circoscrivere: sono quasi sinonimo di “diritto” *tout court*, non fosse altro perché hanno a che fare con la sua origine, col fenomeno complesso della sua scaturigine. Per questa ragione le questioni relative a *come si genera il diritto* e a *cosa è generato come diritto* sono inesauribili e una raccolta di saggi, per quanto ampia e accurata, non potrà mai dirsi esaustiva.

Consapevoli di questo limite strutturale, si è optato per un approccio fortemente selettivo, che provasse a mediare tra tematiche generali, di taglio teorico, e problematiche particolari, legate a questo o quell’istituto specifico (ma il cui inquadramento implicasse comunque profili teorici nodali).

I lavori dei due curatori del numero, Roberto Bin e Omar Chessa, indagano rispettivamente l’inizio e il punto d’arrivo del processo gius-genetico, quasi aprendo e chiudendo idealmente la raccolta di scritti. In particolare, il saggio di Bin (*Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*) si focalizza sui “materiali”, da cui gli operatori giuridici traggono le regole da applicare ai casi, mostrando come la ricostruzione del diritto vigente muova sia da «cose» che da «idee». Il saggio di Chessa (*Concetto e tipologie di norma giuridica*), invece, si focalizza sul prodotto finale di quest’opera ricostruttiva – le norme – per descriverne la struttura invariante. Entrambi, in qualche misura, sono mossi dall’intento di difendere alcune tesi, per così dire, “tradizionali” dalla furia iconoclasta che negli ultimi decenni ha pervaso una buona parte della dottrina e che ha preteso, per un verso, di ridurre la teoria delle fonti alla teoria dell’interpretazione, con ciò svalutando oltre il consentito il ruolo svolto dalle «cose», ossia dagli atti fonte, nella gius-genesi, e che per

* Università degli Studi di Ferrara.

** Università degli Studi di Sassari.

l'altro verso ha creduto di poter superare la teoria kelseniana della norma giuridica come giudizio ipotetico e condizionato, ritenendo di avere scoperto tipologie normative non riconducibili a questo schema (ad esempio, le norme di principio e programmatiche, le norme di competenza e autorizzative, le norme tetiche, ecc.).

Orbene, posto che un sistema di produzione normativa si compone sia di «cose» che di «idee» e che c'è quindi *qualcosa* che riconosciamo come produttivo di diritto sulla base di criteri elaborati concettualmente secondo indicazioni fornite dallo stesso ordinamento e in primo luogo dalla Costituzione, il saggio di Michela Manetti (*Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle Linee-Guida Anac*) affronta la questione se tra le «cose» produttive di diritto si possano annoverare «fonti senza forma» come il *soft law* in genere e le linee guida dell'Anac in particolare. L'Autrice ricollega l'annebbiamento della distinzione tra fonti e non-fonti, tra fonti formali e informali, alla «de-sacralizzazione e smitizzazione della forza del diritto statale» che è seguita ai processi di globalizzazione (economica, culturale, giuridica) degli ultimi decenni, alla pervasività del diritto europeo, alla dinamica maggioritaria del governo parlamentare, a una certa visione dei rapporti tra decisione politica e imperativi tecnici: tutti fenomeni che hanno indotto la sostanziale indistinguibilità tra atti legislativi e atti amministrativi. Volendo riprendere lo schema generale di prima, è come se talune «idee», *sub specie* di «ideologie» (circa il ruolo asseritamente recessivo dello Stato, della politica, dei parlamenti, dei partiti, ecc., a fronte dei mercati e dei saperi tecnici), avessero preso il sopravvento sulle «cose» (gli atti fonte), inducendo una profonda confusione in ordine alla loro qualificazione e classificazione.

Che debba esserci una differenza di piani tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione fa da premessa implicita anche al saggio di Nicola Canzian (*Un'opera senza autore: l'abrogazione tacita*), focalizzato sul problema dei limiti all'attività giudiziale di riconoscimento delle abrogazioni tacite. Poiché abrogare equivale a innovare al diritto, tale effetto deve essere anch'esso riconducibile alla volontà del legislatore anziché a quella del giudice, nel rispetto dei ruoli fissati dall'ordinamento. Indubbiamente è espressivo di quest'assunto l'orientamento largamente maggioritario che condiziona l'abrogazione tacita all'«incompatibilità assoluta» tra norme, che sorge allorché sul piano logico si ravvisa «l'impossibilità di un'applicazione contestuale di entrambe»: in effetti, non è pensabile che il legislatore voglia qualcosa e il suo contrario, sicché il fatto che abbia posto la disciplina X è ragio-

ne sufficiente per ritenere che abbia altresì disposto il venir meno della disciplina non-X. Invece, fuori dai casi di contraddizione logica stringente la dichiarazione giudiziale di abrogazione tacita rischia di sovrapporsi indebitamente al potere legislativo, poiché in tali casi non è certo che l'effetto abrogativo sia ciò che il legislatore volesse.

E tuttavia, come l'Autore rileva, nel contesto attuale l'imputazione di ogni fenomeno abrogativo alla volontà legislativa sembra avere assunto un «carattere eminentemente formale». Diversi indizi vanno in tal senso: a) nelle pronunce che dichiarano l'abrogazione tacita non ricorre più con frequenza il riferimento alla volontà del legislatore; b) peraltro tali dichiarazioni, da ipotesi eccezionali relegate ai soli casi di incompatibilità logica assoluta, sono sempre più frequenti; c) ci sono inoltre le incertezze legate all'uso del criterio di specialità quale alternativa alla dichiarazione di abrogazione tacita; d) c'è poi il rapporto problematico con l'abrogazione implicita, la quale opera a prescindere dalla sussistenza di un'inequivocabile contraddizione logica tra discipline; a tutto questo si aggiunge e) l'emersione di forme miste tra l'abrogazione espressa e tacita. Di qui l'impressione, manifestata da Canzian, che ormai le abrogazioni tacite siano spesso «opere senza autore», formalmente riferite al legislatore ma disposte materialmente dal giudice, che assurge così al rango di vero autore dell'innovazione normativa, contro l'idea di una doverosa separazione tra *legis latio* e *legis executio*. Il rimedio contro il trascinare del fenomeno non può però essere l'auto-vincolo legislativo che condiziona il venir meno della disciplina ai soli casi di abrogazione espressa (come Canzian giustamente argomenta): occorre invece che il potere legislativo si faccia veramente carico delle sue «responsabilità autoriali», che certo non possono delegarsi al potere giudiziario. Detto diversamente: ciò che spetta alle fonti (e ai relativi processi politico-decisionali) non va confuso con ciò che spetta all'interpretazione (giudiziale).

Il saggio di Fabio Ferrari (*Leggi rinforzate e Costituzione rigida*) muove dalla premessa generale che la tipologia delle leggi rinforzate sia concretamente possibile soltanto nel quadro di una costituzione rigida, sottratta alle modifiche introdotte dalla legge ordinaria. Nel senso che in tanto si possono prevedere molteplici procedimenti rinforzati in quanto sia previsto, affianco a essi, un procedimento di revisione costituzionale da cui dipenda la rigidità costituzionale. Un *Leitmotiv* ricorrente in tutti i saggi è la specularità/simmetria tra assetto delle fonti e organizzazione dei poteri: uno schema generale che è fatto proprio anche da Ferrari, laddove sottolinea come la previsione costituzionale di leggi rinforzate risponde all'esigenza di sot-

trarre la disciplina di talune materie e oggetti alla maggioranza parlamentare, per includere nel relativo processo decisionale interessi e “poteri” esterni rispetto al perimetro parlamentare maggioritario. Risponde, cioè, all’esigenza che a una ricca organizzazione del potere pubblico e degli interessi corrisponda un sistema della produzione normativa altrettanto riccamente articolato: al pluralismo dei centri di potere deve fare da *pendant* il pluralismo dei procedimenti decisionali coi relativi atti normativi.

Premesso che il «dato comune che accompagna i diversi casi di rinforzo presi in esame» è «l’insufficienza della maggioranza», il lavoro passa in rassegna le varie ipotesi di legge rinforzata esaminando nel dettaglio le peculiarità di ciascuna e i problemi di inquadramento dogmatico che ne derivano. In particolare, sono prese in considerazione le ipotesi previste dagli artt. 7, secondo comma, 8, terzo comma, 10, comma secondo, 42, secondo comma, 79, 81, sesto comma, della Costituzione.

Tra tutte le tipologie esaminate, un cenno particolare merita la legge rinforzata prevista dall’art. 81, sesto comma. Mediante un tipico «rinforzo endo-procedimentale» essa mira a integrare nel processo della decisione nazionale di bilancio i vincoli “esterni” che discendono dall’UE. Tuttavia, diversamente dalle altre figure di legge rinforzata, in questo caso sembra che il potere decisionale effettivo sia sostanzialmente traslato dall’organo legislativo verso istanze decisionali esterne, le quali non si limitano a statuire limiti sostanziali che comprimono la potestà decisionale interna, ma assumono ormai direttamente le linee essenziali della decisione di bilancio. Difatti, per l’Autore «risulta difficile negare come la definizione dei principi fondamentali in materia non sia più nella piena disponibilità del legislatore nazionale, posto il cronico rinvio operato proprio dalla legge rinforzata a parametri definiti in ambito UE». Ci troviamo, quindi, di fronte a «una sorta di *switch* di competenza: quest’ultima rimane in materia di bilancio del legislatore nazionale, ma esso è ora vincolato a parametri altrove stabiliti, nella determinazione dei quali l’Esecutivo nazionale preserva nella migliore delle ipotesi una variabile forza contrattuale». Ciò prova che nel caso della fonte *de qua* si è andati ben oltre lo schema classico, secondo cui le Camere, pur dovendosi aprire ad apporti esterni, devono tuttavia rimanere la sede decisionale principale, conservando il *core* della scelta politica fondamentale con riguardo all’oggetto o materia che sostanzia la competenza della fonte rinforzata. La categoria delle leggi rinforzate esprime, insomma, l’esigenza di una integrazione pluralistica del processo decisionale parlamentare e non, invece, di una sua traslazione o abdicazione.

Last but not least, il saggio di Stefania Parisi (*Ai confini tra gerarchia e competenza: concorso vincolato, cedevolezza e non applicazione delle norme*) si occupa dei tre criteri ordinatori delle fonti, la gerarchia, la competenza e il criterio cronologico, e del loro intreccio con riguardo al fenomeno particolare, ma paradigmatico, del rapporto tra leggi statali e leggi regionali nelle materie di competenza concorrente, con specifico riguardo al fenomeno della cedevolezza normativa delle norme statali di dettaglio. La premessa da cui muove l'Autrice è che tale fenomeno «sembra aver a che fare con tutti e tre (i criteri ordinatori) contemporaneamente, ma con nessuno in particolare», sicché l'investigazione che lo assume a oggetto può essere l'occasione per una riflessione più generale sui confini e limiti dei criteri di gerarchia, competenza e cronologico. Un rilievo particolare è dato all'analisi della «preferenza di legge», che trova applicazione sia nei casi di concorso libero tra fonti (ad esempio, tra legge e regolamento), sia in quelli di concorso vincolato (ad esempio, tra leggi statali e regionali), con ciò manifestando una sorta di doppia natura, poiché per un verso si lega al principio di gerarchia e per l'altro alla logica della competenza per modo di disciplina. Ebbene, la conclusione di Parisi (che giunge dopo un'estesa disamina, preceduta dalla ricostruzione di un «glossario» essenziale, di una «grammatica comune» in tema di gerarchia, competenza, concorsi tra fonti e relativi effetti) è che finora la dottrina e la giurisprudenza non siano riuscite ad «accordare criterio della competenza, concorso vincolato e rapporto tra nuove norme principio che intervengono a disciplinare una materia e norme di dettaglio (precedenti e successive)». E ciò perché «la contingenza ha guidato la soluzione dei casi, autorizzando (...) una *descrizione* dei rapporti tra principio e dettaglio in termini gerarchici più che di competenza».

Come si vede, dal vasto repertorio di temi e problemi riconducibili al sistema delle fonti si è attinto un campione limitato quantitativamente ma il cui rilievo qualitativo è fuori dubbio, non foss'altro perché tutti i lavori qui ospitati hanno a che fare con gli snodi centrali della riflessione scientifica in tema di produzione normativa. Alcuni saggi, infatti, prendono di petto la questione, parecchio dibattuta, se si possa ancora parlare di sistema e teoria delle fonti e la questione se veramente le norme giuridiche – il prodotto dell'operare delle fonti – non siano più descrivibili in termini concettuali unitari (i saggi di Bin e Chessa). Altri saggi prendono in esame i criteri ordinatori del sistema, sottolineando quei problemi applicativi degli stessi che pongono sotto stress la tenuta delle categorie generali (in particolare i saggi di Canzian e Parisi). Altri ancora propongono una ricognizione di quelle

tipologie di fonti che si pongono, per così dire, “ai confini del sistema”, quasi come sue eccezioni rivelatrici (il saggio di Ferrari), ovvero offrono l’analisi di fenomeni di normazione la cui riconducibilità nel novero delle fonti propriamente dette appare assai dubbia e che, per questa ragione, finiscono per indubbiare la stessa nozione teorica di fonte (il saggio di Manetti).

Non sarà certo questo l’unico fascicolo monografico che la Rivista dedicherà al tema delle fonti. È uno dei temi portanti di qualsiasi corso e di qualunque manuale di diritto costituzionale: tema che ha subito negli ultimi decenni trasformazioni importanti, sino al punto di aver alimentato una vigorosa letteratura sulla crisi del “sistema”. Ma non è sulla crisi che questo fascicolo ha inteso indugiare: tutto all’opposto, i contributi raccolti, ciascuno per la sua strada, cercano di consolidare il “nuovo” che l’esperienza ha proposto in un quadro teorico che con il “sistema” sente l’esigenza di fare i conti.