

Introduzione

Il tema della “crisi” del sistema delle fonti è uno dei più dibattuti nella letteratura costituzionalistica italiana (e non solo) degli ultimi due decenni¹.

La principale incarnazione della crisi è indicata nella frantumazione dell’ordinazione gerarchica delle fonti stesse: persa per sempre (con rammarico o con compiacimento, a seconda dei casi²) l’aspirazione, tipica della modernità, all’introduzione di una razionalità verticale nelle fonti del diritto presieduta dalla legge (quale presupposto “formale”, seppure da solo non sufficiente, di una più complessiva opera di razionalizzazione del diritto³), si prende atto che i mutevoli rapporti di forza tra gli attori politici in una democrazia pluralista, il fluire incessante e incontrollabile delle relazioni di mercato nell’era della globalizzazione, il pluralismo e la complessità delle società contemporanee sono altrettanti fattori che si ripercuotono tutti – disgregandolo – sull’ordine delle fonti del diritto. Così, alla tradizionale rappresentazione ordinata e monolitica del sistema delle fonti, compendiata nella familiare figura della piramide, si sostituiscono ora figure più complesse e disarmoniche, come la rete, l’arcipelago, o l’edificio barocco⁴.

In questo lavoro mi pongo un duplice obiettivo. In primo luogo, intendo difendere

l'idea che i rapporti tra le norme e le fonti all'interno di un ordinamento siano essenzialmente regolati da meccanismi di tipo gerarchico – l'idea, cioè, che abbia (ancora) senso parlare di gerarchia delle fonti del diritto e di gerarchia delle norme giuridiche. Da questo punto di vista questo studio andrà decisamente controcorrente, se è vero che nella letteratura costituzionalistica è «ormai [...] un luogo comune» sottolineare l'insufficienza e/o l'inadeguatezza del criterio di gerarchia per rendere conto dell'ordinamento giuridico italiano attuale⁵. Condizione di ciò, tuttavia, è che si definisca accuratamente la nozione rilevante di gerarchia normativa, ad esempio depurandola da fuorvianti metafore di tipo “spaziale” (§§ 2-2.2).

In secondo luogo, intendo mostrare che le relazioni gerarchiche tra fonti o tra norme, e l'individuazione stessa di un atto come “fonte”, sono determinate in maniera preponderante dalle attività interpretative (in senso lato) dei giuristi e degli organi dell'applicazione (§§ 3-3.2.4).

Questo mi porterà, infine, a formulare una conclusione paradossale sul rapporto tra fonti del diritto e interpretazione giuridica (§ 4): resterà poi da stabilire se si tratti di un paradosso reale, o solo apparente.

Prima di sviluppare questi punti, comunque, sarà necessario introdurre brevemente la

nozione di fonte del diritto, e alcune idee ad essa abitualmente associate (§§ 1-1.2).

Un ultimo *caveat*: in questa sede mi occuperò delle fonti, della costruzione, decostruzione e ricostruzione delle fonti stesse e delle loro relazioni, assumendo specificamente come punto di vista il ruolo dei giuristi in generale e degli organi dell'applicazione in particolare. Non ignoro, ovviamente, che un elemento importante nella costruzione (e decostruzione, e ricostruzione...) del sistema delle fonti sia l'attività stessa di produzione del diritto in senso stretto, e che dunque l'ordine del sistema delle fonti dipenda, in questo senso, non da attività di interpretazione e applicazione del diritto, ma dalla distribuzione e dalla continua negoziazione del potere di produzione normativa in un ordinamento giuridico (e dunque in ultima analisi dai rapporti di forza tra le forze politiche operanti in quell'ordinamento); non è quest'ultimo, comunque, il punto di osservazione che mi interessa in questo lavoro.

Il punto di osservazione adottato, ripeto, sarà pressoché esclusivamente quello dei giuristi e degli organi dell'applicazione. Questo per due ordini di ragioni: uno di carattere affatto generale, e uno relativo specificamente al tema di questo saggio. La ragione di carattere generale rimanda all'assunzione, che qui faccio mia senza ulteriormen-

te approfondirla⁶, che una dimensione centrale del funzionamento dei sistemi normativi istituzionalizzati (come paradigmaticamente sono i sistemi giuridici) sia rappresentata dalla dimensione in senso ampio “applicativa”: il lavoro delle istituzioni dell’applicazione (*law-applying institutions*) è essenziale al fine di determinare l’identità di un sistema normativo istituzionalizzato quale è un sistema giuridico. La ragione relativa specificamente all’oggetto di questo lavoro è che intendo mostrare come, in alcuni modi non banali, l’individuazione delle fonti, e la loro ordinazione gerarchica, dipendano in maniera determinante da varie attività degli interpreti, degli applicatori del diritto. Le fonti del diritto, e il sistema delle fonti, in ultima analisi non sono un “dato” per gli interpreti, ma almeno in parte sono da essi stessi determinati.

1. “*Fonti del diritto*”

In prima approssimazione, per fonti del diritto si intendono con espressione metaforica tutti quei fatti (intesi qui in senso ampio, ad includere sia gli “atti” che i “fatti” giuridici) ai quali, in un dato contesto culturale o ordinamentale, è riconosciuta la capacità di modificare, innovare l’ordinamento stesso⁷. Questa definizione è ovviamente incom-

pleta, perché tra le altre cose non chiarisce: a) quali siano i fatti qualificabili come fonti del diritto (ossia, a quali condizioni un certo fatto è considerato produttivo di diritto); e b) in cosa consista la produzione di diritto, ossia cos'è che viene prodotto dalle fonti. Una definizione completa e non apodittica di fonte del diritto dovrà includere anche questi elementi (su cui tornerò tra breve).

La locuzione "fonte del diritto" è, oltre che metaforica, ambigua, perché può indicare cose diverse tra loro, anche se collegate. (Una precisazione importante: tutti i sensi di fonte che illustrerò possono essere intesi in una accezione puramente descrittiva, oppure in una accezione normativa: nel primo caso, si fa riferimento al contesto di scoperta, a ciò che di fatto è usato dagli interpreti come fonte; nel secondo caso si fa riferimento al contesto di giustificazione, a ciò che gli interpreti sono, o si considerano, giustificati ad utilizzare come fonte. Io assumerò il secondo senso, normativo, di fonte).

a) In un primo senso, "fonte del diritto" può indicare un *testo*, un documento, che è stato prodotto secondo determinate modalità e al quale è riconosciuta la capacità di esprimere norme (a seguito di interpretazione); questo sembra il significato più comune, ed è il significato veicolato quando si dice che la legge o la costituzione sono fonti del

diritto. Questa prima accezione di fonte può peraltro essere intesa, a sua volta, in due varianti che è opportuno distinguere⁸:

a₁) in una prima variante, “fonte del diritto” si riferisce *ad un tipo di documento o di atto normativo*. Questo è ciò che si intende quando si afferma che “la legge”, o “la Costituzione”, “il codice”, o “i precedenti” sono o meno fonti del diritto;

a₂) in una seconda variante, “fonte del diritto” si riferisce *ad uno specifico documento o di atto normativo* (che verosimilmente è *prima facie* riconoscibile come fonte in quanto possiede le caratteristiche di una certa categoria di atti o documenti). Questo è ciò che si intende quando si dice, ad esempio, che una certa legge XY è la fonte di una certa disciplina. Quest’ultima accezione rende intellegibile la possibilità che gli interpreti, pur riconoscendo che un certo tipo di atto normativo, di documento, è astrattamente qualificabile come fonte del diritto, ritengono tuttavia che per certe ragioni quel documento non possa essere propriamente qualificato come fonte del diritto. In ipotesi: mentre gli interpreti certamente concordano che la legge sia, astrattamente, una fonte del diritto, è possibile che quegli stessi interpreti non considerino propriamente come fonte del diritto una certa legge che (con un esempio di Crisafulli, ripreso anche da Guastini) contenga «un’in-

vocazione alla divinità, una formula dedicatoria un'enunciazione di motivi, una dichiarazione didascalica ed esortativa»⁹. E lo stesso discorso può farsi, ad esempio, per una legge considerata tacitamente abrogata. Ovviamente, per attribuire o meno ad un atto la qualifica di fonte in questo senso, è necessario esperire su tale atto un'attività interpretativa, poiché la qualificazione di fonte in questo senso è condizionata dal contenuto dell'atto stesso, e non solo dalle sue caratteristiche estrinseche che, in ipotesi, possono essere apprese senza indagare sul contenuto dell'atto stesso (ad es. il *nomen juris*, la pubblicazione in *Gazzetta ufficiale*, ecc.). Su ciò tornerò più volte nel seguito di questo lavoro.

b) In un secondo senso, nel linguaggio giuridico "fonte" è talvolta utilizzato per designare anche il tipo di *procedimento* o di attività che può produrre i testi o documenti di cui sopra. In questo senso, si dice ad esempio che la legislazione è fonte del diritto: è una attività che produce documenti normativi¹⁰.

c) In un terzo senso, come fonti del diritto sono talvolta indicate anche le *norme* che autorizzano la produzione di altre norme: così, la fonte dell'attività legislativa è la costituzione (*id est*, le norme costituzionali sul procedimento legislativo), ecc.¹¹.

d) Infine, in un quarto senso sono "fonti del diritto" tutti i fattori che influiscono sul

processo di attribuzione di significato da parte degli interpreti ai documenti giuridici¹². Potremmo qualificare quest'ultimo come l'insieme delle fonti "sostanziali" del diritto, distinte dalle fonti "formali" individuate principalmente dal senso a_1 , a_2), e forse anche c) visti sopra. In tal senso (e si ricordi che assumo un significato normativo, e non puramente descrittivo, di fonte), vi saranno fonti sostanziali tipicamente interne al, e specifiche del, discorso giuridico, mentre altre sono comuni ad altri tipi di discorso, e altre ancora sono mutate da altri universi di discorso. Così, i metodi interpretativi (in senso ampio) sono fonti sostanziali interne al discorso giuridico, anche se solo in piccola parte esplicitamente disciplinati dal diritto positivo stesso¹³; mentre le convenzioni sintattiche e semantiche sono comuni al linguaggio giuridico e al linguaggio ordinario (salvi i termini tecnici e tecnicizzati), e ad es. le regole matematiche sono mutate da un discorso specialistico del tutto estraneo a quello giuridico.

Qui di seguito, utilizzerò "fonte del diritto" principalmente nel senso a_1) e a_2): fonte del diritto sono documenti normativi, testi idonei ad esprimere norme giuridiche a seguito di interpretazione. Si noti comunque che in uno stato di diritto, e comunque nell'ambito di una concezione nomodinamica del diritto, in cui ogni attività di produzione del drit-

to è anche allo stesso tempo un'attività di applicazione del diritto, il soggetto che produce documenti normativi lo fa solitamente in base ad un potere attribuito da norme giuridiche, le quali norme sono (solitamente) il prodotto dell'interpretazione di altri documenti normativi; in questo senso, un documento normativo DN_1 (una fonte) è prodotto in base a quanto previsto da un altro documento normativo DN_2 (così come interpretato dal soggetto che produce DN_1). Da questo punto di vista, dunque, non è una forzatura affermare, kelsenianamente, che DN_2 è fonte di DN_1 . (Si noti però che Kelsen non distingue tra norma e documento normativo: usa "norma" per riferirsi ad entrambe le cose.)

1.1. *Questioni di metodo*

È evidente l'importanza del problema dell'individuazione delle fonti del diritto, sia sul piano teorico, sia sul piano pratico. Sul piano teorico, l'individuazione delle fonti è ciò che marca la distinzione tra diritto e non diritto: è diritto solo ciò che è riconoscibile come tale in base ad una fonte del diritto. Sul piano pratico, l'individuazione delle fonti è essenziale come guida all'attività di applicazione del diritto: normalmente, gli organi dell'applicazione sono vincolati ad applicare le norme identificate sulla base delle fonti: