

IL SISTEMA DELLE FONTI COME VARIABILE “DIPENDENTE”\*

**ANTONIO D’ATENA** \*\*

**Sommario**

1. Fonti, forma di Stato e forma di Governo. – 2. Forma, forza e gerarchia a base formale. – 3. Dallo Stato liberale-censitario all’irruzione del pluralismo. – 4. La Costituzione repubblicana, il criterio della competenza e l’erosione della gerarchia a base formale: la gerarchia dei contenuti. – 5. Costituzionalismo multilivello e criterio della preferenza. – 6. Le autorità indipendenti e l’elaborazione di canoni non normativi. – 7. Una conclusione interlocutoria.

**Abstract**

*Sources of law organization reflects the genuine essence of the entire constitutional system. With the 1948 Constitution, Italy took note of the failure of the 19th century idea of statutory law and, after the collapse of the fascist organization of law, embraced constitutional pluralism. This fundamental choice produced very important effects concerning sources of law. First of all, hierarchy is no more the only criterion to solve conflict between norms because competence was originally introduced by the Constituent Assembly and, after adhesion to the European Community, the Constitutional Court has recognized the preference of EU law. Secondly, statutory law is no more the most relevant source because law is also produced by local and regional authorities.*

**Suggerimento di citazione**

A. D’ATENA, *Il sistema delle fonti come variabile “dipendente”*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Il presente contributo è la rielaborazione dell’intervento svolto in occasione del convegno su “Crisi della rappresentanza e nuove dinamiche della regolazione. Le prospettive della democrazia pluralista in Europa”, Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali, Catania, 4 aprile 2017.

\*\* Professore emerito di Diritto costituzionale nell’Università di Roma “Tor Vergata”.  
Contatto: [datena@uniroma2.it](mailto:datena@uniroma2.it)

### **1. Fonti, forma di Stato e forma di Governo**

Considero molto felice il taglio del convegno, il quale mette in rapporto il sistema delle fonti (o, più in generale, le tecniche della regolazione giuridica) con altre variabili istituzionali, quali la crisi della rappresentanza e gli attuali connotati della democrazia pluralista.

Da costituzionalista, sono, infatti, convinto che sul sistema delle fonti si rifletta l'intero ordinamento.

Questa percezione è stata inaugurata da studi pionieristici di Vincenzo Guelli, il quale ha, per primo, esplorato un terreno sul quale si sarebbero successivamente impegnati altri grandi maestri della scienza costituzionalistica italiana del novecento, come Serio Galeotti e Leopoldo Elia. Si tratta del tema del rapporto tra il procedimento legislativo e la forma di governo. Secondo la prospettiva da lui aperta, il procedimento legislativo andrebbe considerato come espressione dinamica della forma di governo. Le sue articolazioni e il ruolo in esso riservato ai diversi attori costituzionali sarebbero, infatti, riflesso ed espressione del generale sistema di equilibri di cui essi sono parte.

Ma non si tratta soltanto di questo. Anche la forma di Stato si riflette nel procedimento legislativo (si pensi al ruolo in esso riconosciuto, negli ordinamenti federali, alla seconda camera). Anzi, può, più in generale, dirsi che l'intero ordinamento si rifletta sul procedimento legislativo e sul sistema delle fonti (nonché, più in generale, sulle modalità mediante le quali sono prodotte le regole della convivenza).

È sufficiente una rapida periodizzazione, per constatare in qual misura sul sistema delle regole, si ritrova il DNA dell'intero ordinamento.

### **2. Forma, forza e gerarchia a base formale**

Risalendo alle origini, possiamo ricordare che ancora oggi facciamo uso di concetti elaborati in Germania alla fine del secolo 19°. Quando, ad esempio, parliamo della “forza di legge”, alludiamo ad un sistema in cui le relazioni tra le norme giuridiche sono costruite sulla base della rispettiva forza formale, la quale è legata al procedimento di formazione. Onde, un sistema gerarchico degli atti normativi (e, di conseguenza, delle regole da essi prodotte), che, facendo riferimento ai differenziati processi formativi positivamente previsti, riflette le relazioni tra gli organi e tra gli enti che a questi, in varia guisa, partecipano. Per conoscere il ruolo che ogni singola norma è chiamata a rivestire nell'ordinamento, occorre, pertanto, fare riferimento al modo in cui essa è stata prodotta (e, quindi, al corrispondente procedimento).

È significativo che, in quella stagione istituzionale, il criterio a base gerarchico-formale fosse utilizzato anche per risolvere problemi che noi oggi risolviamo facendo uso di criteri diversi. Basti considerare che esso ha fatto la sua prima apparizione in uno Stato di tipo federale: la Germania della Costitu-

zione bismarckiana del 1871. In quell'ordinamento, il rapporto tra le leggi dell'entità che allora si denominava *Reich* (l'Impero, la Federazione) e le leggi degli Stati membri (i *Länder*) era retto da una regola gerarchico-formale: la regola, in forza della quale “il diritto dell'Impero rompe il diritto del Land” (*Reichsrecht bricht Landesrecht*). Una regola, per essere più precisi, che quella Costituzione esprimeva con formula diversa (“Le leggi del *Reich* prevalgono su quelle dei *Länder*”), e che assunse la più incisiva formulazione prima riportata nella Costituzione di Weimar del 1919, successivamente ripresa, salvo che per il riferimento all'Impero, dal *Grundgesetz* di Bonn.

### 3. Dallo Stato liberale-censitario all'irruzione del pluralismo

La costruzione del sistema delle fonti in chiave esclusivamente gerarchico-formale si lega ad un altro elemento, ad un'altra variabile del sistema: lo Stato liberale ottocentesco (uno Stato di tipo censitario), nel quale, da un lato, la rappresentanza parlamentare rispecchiava un elettorato ridotto e sociologicamente omogeneo, d'altro lato, la disciplina normativa copriva un ambito estremamente limitato. Lo Stato, infatti, disinteressandosi del destino economico dei propri cittadini, non interferiva con i processi di produzione, né pretendeva di incidere sui rapporti sociali. Esso corrispondeva al paradigma lassalliano dello Stato guardiano notturno, i cui compiti erano fondamentalmente concentrati sulla tutela dell'ordine pubblico e la difesa esterna.

In questo quadro, l'impianto a base formale era in grado di dare risposta a tutti i problemi.

Come noto, tuttavia, la situazione ha registrato una radicale trasformazione con l'avvento del 20° secolo, per effetto del fenomeno che Santi Romano, nella prolusione pisana del 1909, avrebbe qualificato *la crisi dello Stato*. Una crisi, la quale affondava le sue radici nelle tumultuose pressioni che una società sempre più plurale esercitava nei confronti di uno Stato il quale, asfittico nelle sue strutture, non riusciva a rappresentarne la complessità. I nuovi attori erano costituiti – per riprendere le parole dello stesso Santi Romano – da “federazioni o sindacati di operai, sindacati patronali, industriali, mercantili, di agrari, di funzionari”, nonché, da “società cooperative, istituzioni di mutualità, camere del lavoro, leghe di resistenza o di previdenza”.

Non è, d'altra parte, un caso che a Santi Romano si debba la teorizzazione del pluralismo che Angelo Ermanno Cammarata avrebbe qualificato “politico”, dovuto non più soltanto alla pluralità degli Stati, ma alla variegata pluralità di ordinamenti differenziati espressi dalla società.

Questa nuova realtà ha, anzitutto, indotto la trasformazione sociologica della rappresentanza politica, scandita dal progressivo allargamento del suffragio, culminato, nel 1912, nell'introduzione del suffragio universale maschile. Essa, inoltre – ciò che interessa maggiormente in questa sede – ha intro-

dotto un elemento di complicazione del sistema delle fonti. Illuminante, in proposito, è la risposta data alle domande sociali dal fascismo, che ha dotato il mondo del lavoro e della produzione di fonti differenziate, riconducibili al pluralismo corporativo: le norme corporative. Le quali, a loro modo, hanno costituito un forte elemento di novità, tanto da rappresentare il terreno su cui l'allora giovane Vezio Crisafulli ha iniziato a elaborare un criterio di risoluzione delle antinomie che sarebbe diventato dominante dopo l'avvento della Costituzione repubblicana: il criterio della competenza, che si aggiungeva, senza sostituirlo, all'originario criterio gerarchico.

#### **4. La Costituzione repubblicana, il criterio della competenza e l'erosione della gerarchia a base formale: la gerarchia dei contenuti**

Com'è noto, tale nuovo criterio ha ricevuto un'applicazione estensiva da parte della Costituzione repubblicana, nel quadro di un pluralismo dotato di ben altro respiro.

Mi riferisco, anzitutto, al decentramento territoriale di rilevanti quote di potere politico, realizzato attraverso l'istituzione delle Regioni, le quali, essendo dotate del potere di adottare leggi, rompono il tradizionale monopolio legislativo del Parlamento statale.

Ma non è tutto.

Espressione del pluralismo, infatti, sono i poteri riconosciuti alle confessioni religiose (art. 8), quelli riconosciuti alle rappresentanze sindacali (in base all'art. 39, peraltro non attuato), l'autonomia ordinamentale garantita alle università ed alle altre istituzioni di alta cultura (art. 33 u.c.), che – sia consentito aggiungere – tanto poca comprensione riceve dal ceto politico del nostro Paese, le prerogative della famiglia (artt. 29 e 30), le amplissime garanzie assicurate al diritto di associarsi (artt. 18 e 20) ...

Di qui, un cambiamento, oltre che dei modi della produzione normativa, delle chiavi di lettura utilizzate per governarne la complessità. Onde, la necessità di aggiornare gli strumenti concettuali, superando la forza inerziale di abitudini mentali consolidate in precedenza, le quali non consentivano di cogliere elementi di novità, anche profonde. Si pensi, ad esempio, che uno studioso del rilievo di Guido Zanolini tendeva a leggere il rapporto tra le fonti statali e le fonti regionali, seguitando a far uso esclusivo del vecchio criterio gerarchico.

Ci vorrà il Crisafulli della prolusione patavina del 1960 per teorizzare e sviluppare il nuovo criterio della competenza.

Tale criterio, o si affianca al criterio gerarchico, risolvendo i conflitti tra fonti chiamate ad operare in ambiti distinti, in regime di esclusività (si pensi, ad esempio, al rapporto tra la legge e il regolamento parlamentare), o reagisce su esso, modificandolo dall'interno. La seconda ipotesi ricorre, come ci ha

insegnato Vezio Crisafulli, per i casi in cui la prevalenza non è ricondotta alla fonte, in quanto tale, ma al contenuto che assumano le norme da essa prodotte. Si pensi al riparto verticale di competenza tra la legge-cornice statale e la legge regionale. La prima s'impone al rispetto della seconda, non per la sua natura di legge statale (non, cioè, in base a un criterio esclusivamente formale), ma solo se, ed in quanto, ponga "principi fondamentali". Qualora questo non accada ed essa si renda portatrice di norme di dettaglio, queste ultime, non solo non sono in grado di imporsi al rispetto del legislatore regionale, ma vanno, a stretto rigore, considerate illegittime.

### **5. Costituzionalismo multilivello e criterio della preferenza**

L'altra grande novità destinata a ripercuotersi con forza sul sistema delle fonti è costituita dal processo di integrazione europea. Ad esso si deve l'avvento di un sistema multilivello, il quale, per un verso, comporta l'affermazione di nuove fonti del diritto che entrano in concorrenza con quelle nazionali, per altro verso, richiede l'applicazione di diversi criteri di risoluzione delle antinomie. Mi riferisco, in particolare, il criterio della preferenza. Stando al quale, in sede di risoluzione di un conflitto normativo, la norma soccombente non si considera invalida, né espunta definitivamente dall'ordinamento, ma semplicemente inefficace, inapplicabile, essendone preferita un'altra. È questo, ad esempio, il caso dei rapporti tra il regolamento comunitario e la legge.

Vale, a questo punto, la pena di aggiungere che questo stesso criterio trova applicazione in un diverso assetto multilivello. Mi riferisco ai rapporti tra le leggi statali e le leggi adottate dalle Regioni ad autonomia differenziata nelle materie contemplate dagli statuti speciali. La legge statale, infatti, è potenzialmente applicabile sull'intero territorio nazionale. Non c'è, ad esempio, bisogno – come inizialmente pretendeva la Regione siciliana – che essa venga recepita dal legislatore regionale (che essa, in altri termini, arrestandosi a Villa San Giovanni attenda il legislatore regionale per essere traghettata sul territorio dell'isola). In conseguenza di ciò, in caso di conflitto con una diversa disciplina di fonte regionale, essa è da considerare inefficace, non illegittima, risultando semplicemente recessiva nei confronti della norma sub-statale, che le va preferita (e destinata ad espandersi, qualora questa venga meno).

Un'interessante ipotesi di combinazione tra l'applicazione del criterio della preferenza e la gerarchia base sostanziale è oggi ravvisabile in materia di diritti fondamentali, nei rapporti tra le Carte internazionali e sovranazionali dei diritti e le discipline costituzionali nazionali. Infatti, in base all'articolo 53 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dell'articolo 53 della Carta dei diritti dell'Unione europea, le discipline dei diritti contenute in tali atti non possono abbassare il livello di protezione assicurato dalle Costituzioni degli Stati membri. Con la conseguenza che il crite-

rio della preferenza si applica a vantaggio della disciplina, di volta in volta, più favorevole (statale, internazionale o sovranazionale che sia). Si tratta – può rilevarsi per inciso – della stessa logica di cui si fa, in genere, applicazione, negli ordinamenti federali, con riferimento al rapporto tra la disciplina dei diritti contenuta nella Costituzione della Federazione e quelle contenute nelle Costituzioni degli Stati membri, nonché – può aggiungersi – nell’Italia contemporanea, riguardo alla relazione sussistente tra le norme adottate dal legislatore statale nell’esercizio delle proprie competenze finalistiche e le confliggenti norme regionali, qualora queste realizzino più pienamente gli scopi cui le predette competenze finalistiche sono, rispettivamente, preordinate.

#### **6. Le autorità indipendenti e l’elaborazione di canoni non normativi**

Passando in rapida rassegna le novità da cui è interessato il sistema delle regole, non può non menzionarsi il caso delle Autorità indipendenti. Personalmente nutro delle riserve sulla tendenza del legislatore a dotare tali Autorità di poteri propriamente normativi a rilevanza esterna. A me sembra, infatti, che esse possano svolgere un ruolo di tutto rilievo, senza bisogno di valersi degli strumenti della normazione. In proposito, ho trovato molto istruttiva l’esperienza da me fatta come membro e successivamente Presidente della Commissione di garanzia sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali.

Stando alla disciplina originariamente posta dal legislatore del 1990, in attesa di accordi tra le parti, muniti del parere degli utenti e “validati” dall’Autorità di garanzia, quest’ultima, per avviare la trattativa (o per riavviarla, qualora fosse fallita), indirizzava delle proposte alle parti sociali. Tali proposte non avevano una portata normativa. Tuttavia, poiché la Commissione era chiamata a valutare gli scioperi anche in difetto di accordi sulle prestazioni indispensabili, e poiché, in tal caso, essa usava come parametro proprio le proposte di cui sopra, queste ultime finivano per diventare elementi sintomatici privilegiati, utilizzabili dal giudice, qualora fosse chiamato a valutare la legittimità dell’astensione collettiva dal lavoro.

A mio avviso, non dissimile può considerarsi la posizione degli stessi accordi sulle prestazioni indispensabili, a seguito della valutazione di “idoneità” espressa dalla Commissione di garanzia. Anch’essi, infatti, non dovrebbero essere considerati alla stregua di autentiche fonti del diritto. La loro capacità persuasiva poggia su due pilastri: da un lato, sul procedimento, il quale dà voce a quel pezzo di società in cui gli interessi contrapposti si esprimono – le parti sociali, che sottoscrivono l’accordo, e le associazioni degli utenti dei servizi, chiamate a formulare il proprio parere sulle prestazioni da questo individuate –, d’altro lato, sulla particolare qualificazione dell’organo, cui spetta verificare l’idoneità dell’accordo stesso a realizzare il ragionevole contempera-

mento tra le ragioni delle parti sociali e le esigenze degli utenti dei singoli servizi.

Si tratta, d'altra parte, di una situazione non totalmente priva di precedenti. In parte analoga è la condizione dei contratti collettivi di lavoro di diritto comune ai quali, per effetto della mancata attuazione dell'articolo 39 Costituzione, il giudice fa riferimento, ai fini dell'identificazione della retribuzione proporzionata alla qualità e quantità del lavoro, da utilizzare in sede di applicazione diretta dell'articolo 36 Cost. A mio giudizio, infatti, la tesi preferibile è quella che a tali atti nega la natura di autentiche fonti del diritto, marcandone la differenza dai contratti efficaci "erga omnes" di cui all'articolo 39 Costituzione. Anch'essi, quindi, si configurano come elementi sintomatici privilegiati cui ricorre il giudice per riempire di un contenuto non arbitrario l'imperativo espresso dall'art. 36 Cost.

### **7. Una conclusione interlocutoria**

Non è qui, ovviamente, possibile approfondire ulteriormente il discorso, considerando, ad esempio, l'incidenza, sulle riflessioni che siamo venuti sin qui sviluppando, del principio di sussidiarietà. Il quale rafforza l'impianto pluralistico accolto dalla Costituzione, facendo leva sulla "decisione di preferenza" in favore del livello più vicino agli interessati. Si badi: del livello "territorialmente e funzionalmente" più vicino, come precisa la prima legge Bassanini. Con il che s'introduce il tema delle autonomie funzionali: un tema affascinante e ricco di implicazioni.

Ma questo sarebbe l'oggetto di un altro convegno.