

CRISI DELLA RAPPRESENTANZA PARLAMENTARE E MOLTIPLICAZIONE DELLE FONTI*

GIOVANNI SERGES**

Sommario

1. Crisi della cultura della rappresentanza e funzione legislativa. - 2. Il ruolo dominante del Governo nella produzione normativa e la posizione della giurisprudenza costituzionale. - 3. Le ragioni del declino della rappresentanza: a) la legge elettorale. - 4. b) crisi dei partiti politici. - 5. Le trasformazioni dei meccanismi di produzione del diritto: i decreti di natura “non regolamentare”. - 6. La comparsa di nuove figure: a) le linee guida dell’ANAC. - 7.b) le linee guida in materia sanitaria e i processi di “giuridificazione”. - 8. Il ruolo nomopietico della giurisprudenza dinanzi alle trasformazioni della funzione legislativa.

Abstract

The crisis of parliamentary representation, produced by the change in the role of political parties and of election law, has caused a progressive strengthening of the Executive. New forms of lawmaking have thus emerged, such as “guidelines,” and the system of sources of law is therefore becoming more complex and difficult to interpret. The position of judges as “law makers” is thereby also reinforced.

Suggerimento di citazione

G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, 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 ordinario di Diritto costituzionale presso l’Università degli Studi “Roma Tre”.

1. Crisi della cultura della rappresentanza e funzione legislativa

Separazione delle funzioni e delle competenze rappresentano i pilastri sui quali dovrebbe essere costruito il rapporto tra le fonti di produzione e la stessa garanzia dei diritti costituzionali. In una delle decisioni costituzionali che si soffermano proprio su questo profilo essenziale del nostro sistema il quadro è così delineato: «è opinione largamente condivisa che l'assetto delle fonti normative sia uno dei principali elementi che caratterizzano la forma di governo nel sistema costituzionale. Esso è correlato alla tutela dei valori e dei diritti fondamentali. Negli Stati che s'ispirano al principio della separazione dei poteri e della soggezione della giurisdizione e dell'amministrazione alla legge, l'adozione delle norme primarie spetta agli organi o all'organo il cui potere deriva direttamente dal popolo. A questi principi si conforma la nostra Costituzione laddove stabilisce che "la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere"¹».

Eppure è difficile negare che il modello così rigorosamente determinato appaia oggi per molti versi sbiadito, non corrisponda più alla realtà di un ordinamento che assiste, per un verso, ad una autentica destrutturazione del sistema di produzione normativa, ad una sorta di disarticolazione dei modi di produzione del diritto ormai percorso da una pluralità di fonti di diversa natura e non sempre armonizzate, e dall'altro ad una profonda crisi della rappresentanza parlamentare. L'organo "il cui potere deriva direttamente dal popolo" - il Parlamento - ha finito per molti aspetti per rinunciare al ruolo centrale che la Costituzione gli assegnava operando di fatto una cessione a favore di altri organi (ed in particolare una cessione a favore del Governo) dei propri poteri così compromettendo, in primo luogo, il ruolo della legge come fonte per eccellenza, come strumento privilegiato di sintesi politica per la produzione di regole adeguate a rispondere alle esigenze di una società frantumata ed i cui bisogni ed interessi appaiono non solo sempre più difficili da decifrare ma anche caratterizzati da una situazione di perenne conflittualità. Si è esattamente osservato che "assieme al parlamentarismo compromissorio, considerato il peccato capitale della cosiddetta prima Repubblica e anzi della stessa Costituzione, è affondata la cultura stessa della rappresentanza"², una rappresentanza, dunque, che sembra aver perso consapevolezza del proprio ruolo trasformandosi, sovente, in un mero strumento di ratifica di decisioni prese altrove, incapace di svolgere quella mediazione qualificata nella quale dovrebbe risiedere, in primo luogo, il nucleo forte, l'essenza, della funzione di raccordo con il corpo elettorale.

¹ Così, Corte cost., sent. n. 171 del 2007

² Così, M. MANETTI, *Regolamenti e compromesso parlamentare*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2 del 2017

2. Il ruolo dominante del Governo nella produzione normativa e la posizione della giurisprudenza costituzionale

Si assiste così nella produzione normativa ad un ribaltamento di posizioni che vede il Governo assumere una posizione nettamente dominante. Più ancora che nell'uso spregiudicato della decretazione d'urgenza³, solo in parte attenuato dalle dure prese di posizione del Giudice delle leggi, è la delegazione legislativa ad aver subito un incremento che ha finito per trasformare questo delicatissimo strumento in un mezzo di produzione ordinaria di scelte politiche che in fin dei conti relegano la rappresentanza parlamentare in una posizione marginale.

Partendo dalla impropria iniziativa della delega che è lo stesso Governo, in larga misura, a promuovere, le leggi di delegazione vengono costruite intorno a principi e criteri di carattere talmente elastico e generico che finiscono per configurare una vera e propria delega in bianco, rispetto alla quale i margini di manovra del Governo risultano talmente estesi che, di fatto la scelta politica di fondo resta per intero affidata all'esecutivo. E ciò avviene all'esito di un procedimento legislativo nel quale, ancora una volta, è il Governo a dominare la scena. Il ricorso ormai cronico alla "questione di fiducia" accoppiato alla presentazione di maxi emendamenti⁴ di fatto costituisce lo strumento non solo per marginalizzare l'opposizione parlamentare, il cui atteggiamento esasperatamente ostruzionistico mira a sopperire alla inadeguatezza di altri strumenti di garanzia del proprio ruolo⁵, ma anche a condizionare la stessa maggioranza che sostiene il Governo, posta di fronte alla secca alternativa tra l'approvazione di un testo non sempre condiviso e la crisi governativa (con il conseguente rischio di scioglimento anticipato delle Assemblee).

Certo, sulla distorsione dello strumento della delega incide fortemente l'indulgente atteggiamento della Corte costituzionale⁶. La Corte continua a giustificare la fissazione di principi e criteri quasi evanescenti, se non

³ V., in argomento, R. CALVANO (a cura di) *"Legislazione governativa d'urgenza" e crisi*. Napoli, 2015

⁴ In argomento v. N. LUPO, *Emendamenti, maxi emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in E. GIANFRANCESCO - N. LUPO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza ed opposizione*, Roma, 2007, p. 41

⁵ Su problemi dell'opposizione parlamentare, con particolare riferimento, ai rapporti con la crisi del sistema politico e della democrazia maggioritaria v. l'ampio studio di V. CASAMASSIMA, *L'opposizione in Parlamento*, Torino, 2013.

⁶ Sul punto è sufficiente rinviare ai contributi di A. ANZON, *I problemi attuali del sindacato della Corte Costituzionale sulla delega legislativa*, di M. RUOTOLO, *I limiti della legislazione delegata integrativa e correttiva* e di G. TARLI BARBIERI, *La delega legislativa nei più recenti sviluppi*, tutti nel volume *La delega legislativa*, Milano, 2009, rispettivamente, pp.3 ss., 41 ss., 93 ss.

addirittura intimamente contraddittori, giudicandoli idonei a circoscrivere la discrezionalità del Governo delegato, così sostanzialmente assecondando un vero e proprio trasferimento di poteri in capo all'esecutivo ed un abuso del potere di delega ad opera della stessa maggioranza parlamentare che finisce per ritorcersi a danno dello stesso Parlamento e, in ultima analisi, a danno dello stesso principio di rappresentanza nel suo complesso.

Non meno rilevanti, in questa direzione, risultano, in fondo, le posizioni della Corte in ordine alla interpretazione dei limiti procedurali alla delega ed alla insindacabilità dei regolamenti parlamentari. Sotto il primo profilo, la interpretazione dell'art. 72, ultimo comma, che vuole soddisfatta per le leggi di delega la c.d. riserva di assemblea, o meglio la riserva di "procedura normale", all'unica condizione che il procedimento non si sia svolto in commissione (nella sede redigente o in quella deliberante) lascia il campo libero al Governo per quell'ampia utilizzazione della questione di fiducia nell'approvazione delle leggi di delega, divenuta, paradossalmente, massiccia con l'avvento dei sistemi maggioritari (ed ancor più con i sistemi elettorali che favoriscono coalizioni meramente elettorali destinate e sfaldarsi in seno al Parlamento), la cui convivenza con il limite costituzionale è più che sospetta⁷. Difficile pensare che uno strumento procedurale quale è quello della "questione di fiducia", che la stessa Corte definisce "speciale", possa conciliarsi con l'idea della procedura "normale" imposta dalla Costituzione proprio nei confronti di quelle leggi (come la delega) nelle quali è il Parlamento a esercitare una funzione di controllo nei confronti del Governo. Sotto il secondo profilo la piena libertà di strutturazione del procedimento legislativo che la Corte riconosce ai regolamenti parlamentari comporta, però, che anche i procedimenti speciali, in quanto disciplinati dai regolamenti parlamentari, si possano ricondurre, secondo la Corte, a quelli inquadrabili nell'ambito del procedimento ordinario, e che dunque sia sufficiente il rispetto dei regolamenti perché possa dirsi rispettato il dettato costituzionale.

La rigida posizione intorno alla assoluta insindacabilità dei regolamenti parlamentari in sede di giudizio di legittimità costituzionale è stata, peraltro, di recente ribadita con la decisione n. 262 del 2017⁸ a conferma che

⁷ Si veda sul punto l'ampia analisi svolta da T. GUARNIER, *Legge di delega e questione di fiducia. Appunti su una convivenza sospetta*, in *Dir. e soc.*, 2015, pp 51 e ss.

⁸ Si tratta della nota decisione in tema di "autodichia" delle Camere che, dopo lunga attesa, risolve un conflitto di attribuzioni promosso dal potere giurisdizionale (nella specie le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione). La Corte ricorda in motivazione che i regolamenti "sono fonti non sindacabili nel giudizio di legittimità costituzionale" e ribadisce poi come "l'autonomia normativa assegnata dalla Costituzione alle Camere "non attiene alla sola disciplina del procedimento legislativo ma riguarda anche l'organizzazione interna". Sul punto v. N. LUPO, *Sull'autodichia la Corte costituzionale, dopo una lunga attesa, opta per la continuità* (nota a Corte Cost., n. 262 del 2017) in *Forum di Quad. cost.*, 21.12.2017

l'autonomia del Parlamento, o forse, più adeguatamente, "l'autogaranzia delle forze politiche rispetto a tutte le regole del procedimento parlamentare"⁹ non sembra potersi ritenere in alcun modo attaccabile, neanche quando a farne le spese sia proprio, paradossalmente, la stessa funzione del Parlamento

D'altra parte anche sul versante della decretazione d'urgenza se, come si è sopra ricordato, gli interventi della Corte sono stati più incisivi¹⁰, specie sotto il profilo dell'omogeneità della legge di conversione rispetto al contenuto originario del decreto, resta il fatto che il limite della omogeneità non sembra configurarsi nei confronti del contenuto del decreto-legge. La produzione di norme nei più svariati settori attraverso la misura governativa d'urgenza rimane pur sempre una forma privilegiata di normazione e decreti-legge contenenti le più svariate disposizioni, sovente prive di ogni carattere della straordinaria necessità ed urgenza, continuano a caratterizzare la produzione normativa. Emblematica, ma non isolata, può essere considerata la vicenda del decreto legge 20 giugno 2017 n. 91 in materia di *Disposizioni urgenti per la crescita del Mezzogiorno*, convertito in maniera rapidissima dalle Camere (con la legge 3 agosto 2017, n. 123), nel quale il Governo inseriva una disposizione, del tutto disomogenea rispetto alla materia disciplinata, relativa alla questione del costo standard per il sistema universitario. Tutto ciò per porre rimedio ad una dichiarazione di incostituzionalità di un decreto legislativo frutto di una, potrebbe dirsi, macroscopica violazione della delega perpetrata dallo stesso Governo. In altri termini una necessità di intervento urgente per rimediare ad un atto illegittimo dello stesso Governo con una misura disinvoltamente inserita in decreto concepito per scopi del tutto diversi¹¹.

In buona sostanza la giurisprudenza costituzionale circoscrive opportunamente i poteri parlamentari di conversione ma ciò non si traduce in una analoga limitazione in capo al Governo che rimane così libero di approntare decreti caratterizzati da larghi margini di discrezionalità nell'introdurre, con un unico atto, misure del tutto slegate dal vincolo di omogeneità.

⁹ L'espressione è di M. MANETTI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nella formazione degli atti legislativi*, in *Decisione conflitti controlli: procedure costituzionali e sistema politico*, Napoli, 2012. - p. 5

¹⁰ Per una ricostruzione critica degli interventi della Corte in materia di decreto-legge si veda il contributo di D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Napoli, 2014, 151 ss. cui si rinvia anche per ulteriori richiami di dottrina.

¹¹ Sul punto sia consentito rinviare a G. SERGES, *Delegazione legislativa, legislazione regionale e ruolo del potere regolamentare*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 1082 ss.

3. Le ragioni della crisi della rappresentanza: la legge elettorale

Sarebbe tuttavia errato individuare nella sola posizione della Corte costituzionale le ragioni della progressiva alterazione della forma di governo e del correlativo declino della rappresentanza. Esse vanno ricercate, in primo luogo, per un verso nella legislazione elettorale che è al tempo stesso, prodotto della dinamica delle forze politiche e condizione perché quella dinamica possa dispiegarsi, e, per altro verso, e forse prima ancora, nel sistema dei partiti.

Ora è noto che la questione della legislazione elettorale è ormai da oltre un decennio una questione sostanzialmente irrisolta rispetto alla quale le forze politiche presenti in parlamento hanno dimostrato, nel loro complesso, una generale incapacità di pervenire ad una accettabile soluzione di compromesso che tenesse conto, al tempo stesso, delle esigenze di un adeguato grado di stabilità e di un altrettanto grado di armonica rappresentanza di una società largamente frammentata. Confidando, verosimilmente, nella impossibilità che la legge elettorale potesse essere oggetto del sindacato di costituzionalità si è così assistito, con la legge 270 del 2005, alla trasformazione del precedente sistema elettorale, introdotto nel 1993 con le leggi 276 e 277, di stampo prevalentemente maggioritario-uninomiale, ad un meccanismo di assegnazione proporzionale a liste o a coalizioni di liste con soglie di sbarramento e con un correttivo maggioritario tale da assicurare alla forza politica (o alla coalizione) che avesse ottenuto (alla Camera) il maggior numero di voti la maggioranza assoluta. Il sistema, replicato per l'elezione del Senato, ma con il condizionamento imposto dall'art. 57, 1° c. Cost., secondo cui il Senato era eletto su base regionale, finiva poi per consentire che in questa Assemblea si potesse giungere a risultati diversi per via del possibile bilanciamento dei premi di maggioranza assegnati in sede regionale.

La inattesa (ma provvidenziale) dichiarazione di parziale incostituzionalità di questa legge ad opera della sentenza n. 1 del 2014¹² ha chiarito alcuni punti ritenuti essenziali dalla Corte perché il sistema potesse essere considerato compatibile con la Costituzione. Spicca tra questi il principio secondo cui la mancanza di una soglia minima per l'assegnazione di un premio di maggioranza “determina una compressione della funzione rappresentativa dell'assemblea, nonché dell'eguale diritto al voto, eccessiva e tale da produrre un'alterazione profonda della composizione della rappresentanza democratica, sulla quale si fonda l'intera architettura dell'ordinamento costituzionale vigente”. Nonostante questa sonora bocciatura – che consegue

¹² Sulla quale, riassuntivamente, si veda il contributo di G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2959 ss.

ad una decisione con la quale veniva definitivamente sepolta l'idea che la legge elettorale potesse costituire una zona franca sottratta al giudizio di legittimità – lo stesso Parlamento eletto in virtù della legge dichiarata incostituzionale, tenuto in vita dalla (quanto meno) impropria affermazione della Corte circa l'inidoneità di quella decisione ad incidere anche *pro futuro* sui poteri delle due Camere, produceva ben due successive leggi elettorali.

La prima (legge 52 del 2015), concepita addirittura in stretta connessione con la riforma costituzionale respinta con il noto referendum del 4 dicembre 2016, incorreva ancora una volta nella dichiarazione di incostituzionalità con la sentenza n. 35 del 2017 nella quale si sottolineava lo “sproporzionato sacrificio dei principi costituzionali di rappresentatività e di uguaglianza del voto” che essa conteneva, mentre la seconda (la legge 162 del 2017), approvata nella imminenza della fine della legislatura, troverà, di qui a tra poco, applicazione per la formazione del nuovo Parlamento.

Ma anche su quest'ultima, ispirata ad un sistema “misto” nel quale convivono un meccanismo uninominale-maggioritario accanto ad un sistema sostanzialmente proporzionale, gravano rilevanti incognite circa la sua piena compatibilità con i principi costituzionali. La previsione di un voto non disgiungibile, senza possibilità di esprimere voti diversi per un candidato nel collegio uninominale e per la lista plurinominale diversa da quella che lo sostiene, la mancata previsione della possibilità di esprimere la preferenza nei collegi plurinominali nei quali compaiono solo liste bloccate, la estesa possibilità di pluricandidature in molteplici collegi plurinominali, prestano il fianco a possibili eccezioni di legittimità costituzionale, con il rischio che anche durante la prossima legislatura si sia costretti ad assistere ad una declaratoria d'incostituzionalità della legge che determinerà la composizione delle nuove Camere.

La complessiva (e, forse, non ancora conclusa) vicenda della legge elettorale rappresenta emblematicamente la caduta della cultura della rappresentanza di cui si diceva. Dietro l'approvazione delle quattro ultime leggi elettorali – un numero, sia detto per inciso, incredibilmente elevato se rapportato alle esperienze delle altre democrazie occidentali – affiora con chiarezza una visione miope del ruolo che assume la legge elettorale, una visione lontana dalla consapevolezza che quella legge riveste, più d'ogni altra, una posizione fondamentale nell'ordinamento costituzionale, costituisce la legge politica per eccellenza intorno alla quale dovrebbero prevalere le esigenze di una democrazia inclusiva ed aperta alla più ampia partecipazione dei diversi orientamenti nella formazione degli organi rappresentativi.

Tutto all'inverso, proprio la forzatura evidente del diritto di voto, vigorosamente sottolineata dalle due decisioni costituzionali, testimonia che l'ispirazione di fondo è stata (ed è) di segno opposto, preoccupata soprattutto

di assicurare vantaggi immediati (spesso molto fragili) in termini di risultato alle forze politiche che hanno concorso all'approvazione, più che diretta ad assicurare nel tempo una dinamica della rappresentanza coerente con i valori costituzionali. La conferma di quest'atteggiamento la si rinviene, del resto, proprio nell'ambito del procedimento di approvazione della legge 162 del 2017.

Un'approvazione, proprio alla vigilia dello scioglimento della Camere, conseguenza di una scelta che se pur, ovviamente, imputabile al Parlamento, che ne conserva la esclusiva responsabilità, appare, ancora una volta, frutto della imposizione governativa con il ricorso forzato alla questione di fiducia dietro la quale si intravede con evidenza – nel confuso accoppiamento tra logiche diverse (quella proporzionale, prevalente, e quella maggioritaria), nella scelta di escludere il voto di preferenza, nel ricorso a coalizioni solo di stampo elettorale – soprattutto il tentativo di conseguire un risultato che mantenga inalterato il ruolo dominante del Governo.

4. Declino della rappresentanza e crisi dei partiti politici

Dietro questa vicenda, affiora a sua volta, la questione più ampia della crisi di cui soffre ormai da tempo l'intero sistema dei partiti. Si tratta di un tema di grande ampiezza che qui può solo essere sfiorato.

Tramontate, in larga misura, le grandi ideologie che avevano caratterizzato il secolo scorso si è determinato un forte "indebolimento delle organizzazioni partitiche tradizionali" ed i partiti, ormai trasformati in "poli di organizzazione delle rappresentanze elette e in macchine elettorali"¹³, hanno perso in buona parte quella funzione "di anello di congiunzione tra la società civile e le istituzioni"¹⁴ con conseguente inadeguatezza a svolgere il ruolo di influenza e di mediazione politica che dovrebbe costituire la loro funzione primaria.

La disaffezione nei confronti dei partiti di una larga parte della società, in cui la crescita di grandi diseguaglianze e di fratture profonde tra le sue parti non trova che un minimo riscontro nella sensibilità delle formazioni politiche

¹³ In questi termini, di recente, G. VECCHIO, *I partiti – Autonomia associativa e regime europeo di democraticità nella partecipazione politica*, in *Trattato di diritto civile* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2016, II 4, rispettivamente pagg. 244 e 75, cui si deve un ampio studio sulla funzione e la struttura dei partiti politici nella evoluzione della forma di governo svolto anche in prospettiva europea

¹⁴ Così, I. CIOLLI, *Ascesa e declino dell'attività di mediazione politica. Dai governi di coalizione all'espansione dei poteri monocratici del Presidente del Consiglio*, in *Costituzionalismo. it.*, n. 2 del 2017, la quale sottolinea la «progressiva perdita di legittimazione dei partiti politici, che hanno assunto una dimensione "liquida" e svolgono, ormai a fatica, il ruolo di raccordo che la Costituzione aveva loro assegnato che consisteva nella capacità di tessere una trama tra la società civile e lo Stato e di costruire un dialogo tra i partiti politici stessi»

nella sede parlamentare, ha acuito la crisi del sistema partitico ed a loro volta, i partiti stessi, privi di una forte legittimazione e guidati dalla ingannevole bussola dei sondaggi e dell'*audience*, hanno inseguito il consenso, anziché promuoverlo e indirizzarlo intorno a forti scelte ideali nella selezione e individuazione degli interessi, per mantenere un potere che appare sempre più fine a sé stesso¹⁵.

La forma di governo, plasmata intorno alla idea che il sistema maggioritario potesse restituire in termini di “governabilità” ciò che si perdeva in termini di partecipazione dell’elettorato e di mediazione tra le forze politiche, si è così, rapidamente trasformata in un meccanismo che ha sostituito in larga misura la “centralità del parlamento” con una sorta di dominio dell’esecutivo, emblematicamente sottolineato – sia consentito ricordarlo ancora una volta – dall’uso della questione di fiducia nel forzare la volontà parlamentare, utilizzando la duttilità di uno strumento coniato dalla prassi e dai regolamenti parlamentari¹⁶, per sostituire alla dialettica parlamentare un confronto meramente divisivo nel quale le formazioni politiche appaiono sempre più distanti e insensibili agli interessi che dovrebbero interpretare.

A sua volta lo stesso ruolo del Governo è, in qualche misura, mutato perché quella assenza di luoghi di mediazione e composizione dei grandi interessi ha finito per riflettersi anche all’interno delle compagini governative che appaiono sempre più condizionate dal taumaturgico ruolo del *Premier* e solo di una ristretta cerchia di ministri, in una attenuazione di quella collegialità dell’azione di Governo che sembra confermare in pieno i timori di chi, guardando nel complesso all’evoluzione delle forme di governo tradizionali, afferma drasticamente (ma, forse, realisticamente), che “*nos régimes peuvent être dits démocratiques, mais nous ne sommes pas gouvernés démocratiquement*”¹⁷.

¹⁵ V., sul punto, N. URBINATI, *La democrazia dell’audience*, in *La Repubblica*, 30 dicembre 2017, la quale, a proposito della recente vicenda della mancata approvazione della legge sul c.d. *ius soli*, rileva come al riguardo non si dovrebbe parlare di una fuga dei parlamentari dai diritti quanto piuttosto “di corteggiamento del pubblico da parte dei parlamentari (e dei loro partiti)” perché i partiti “non più organizzazioni di consenso ma macchine elettorali, sensibili ai mutamenti di opinione, desiderosi di seguire (e inseguire) il dio pubblico, senza rischiare troppo” appaiono tutti “in perdita di legittimità, forza organizzativa e persuasiva”.

¹⁶ Sul punto si vedano le riflessioni di G. PICCIRILLI, *I paradossi della questione di fiducia ai tempi del maggioritario*, in *Quad. cost.*, 2008, 789 ss

¹⁷ Così, P. ROSANVALLON, *Le bon gouvernement*, Paris, 2015, p. 9

5. Le trasformazioni dei meccanismi di produzione del diritto: i decreti di natura “non regolamentare”

Se si guarda ai riflessi di questa trasformazione sulla produzione del diritto si percepisce immediatamente che le conseguenze investono una pluralità di profili.

Alla centralità del ruolo assunto dal Governo corrisponde – come si è detto – la netta preminenza dei suoi atti normativi. Decreti legge e deleghe legislative seguite da una, sovente assai lunga, sequenza di decreti legislativi hanno assunto il ruolo di forma di produzione ordinaria senza però che a questo trasferimento di poteri sia seguita in alcun modo una produzione normativa idonea a rispondere alle esigenze della società complessa e percorsa da tensioni profonde ed, al tempo stesso, di offrire regole dotate di un sufficiente grado di chiarezza, di conoscibilità, di omogeneità e di stabilità.

Pensare che il sacrificio della meditata, sofferta e dialettica ricerca della mediazione nella sede parlamentare potesse essere compensata attraverso la riconduzione al solo esecutivo delle grandi scelte affidate alla sua maggiore capacità ed efficienza tecnica si è rivelato del tutto illusorio.

Così la produzione di norme assume il carattere della frammentarietà ed episodicità: si susseguono decreti-legge, recanti nel titolo la sempre più abusata formula delle “misure urgenti”, che si rivelano contenitori delle più svariate misure in campi materiali tra loro sconnessi, privi non solo del carattere della straordinarietà ma anche di un minimo di condizioni di urgenza, ed il cui contenuto viene spesso stravolto dallo stesso Governo, in sede di conversione, con il ricorso alla tecnica del maxi emendamento; il Governo ottiene (ma in realtà promuove) leggi di delega al cui interno sono presenti disposizioni di immediata applicazione accanto a deleghe ampie in materie di grande rilievo ordinamentale con conseguenze non sempre decifrabili sul piano dell'interpretazione¹⁸; ed ancora la tecnica dell'inserimento nella delega di una disposizione che consente la successiva correzione o integrazione trasforma la produzione dei decreti delegati in una attività che si svolge in progressione, per successivi adattamenti, con esiti spesso devastanti sia sulla effettiva conoscibilità che, soprattutto, sul piano interpretativo-applicativo.

Anche quando la legge parlamentare trova lo spazio per imporsi, specie nelle questioni relative alle grandi scelte che investono i diritti e riguardano, dunque, l'assetto dell'intera società, nelle quali essa dovrebbe continuare a

¹⁸ Si pensi, ad esempio, alla recente legge 23 giugno 2017, n. 103 di (parziale) riforma del sistema penale nella quale convivono norme immediatamente innovative a fianco di una delega che investe sia il diritto penale, in alcuni snodi essenziali, sia il diritto processuale penale, sia infine il diritto penitenziario

svolgere un ruolo irrinunciabile, si assiste alla mortificante conclusione di un prodotto legislativo qualitativamente scadente e comunque influenzato nettamente dal ruolo dominante del Governo nel processo di produzione. È il caso, come è noto, della sofferta approvazione della legge 76 del 2016 sulle “unioni civili” che si caratterizza per essere redatta in un articolo unico composto da ben 69 commi, frutto della ormai consueta apposizione della questione di fiducia su un maxi emendamento resosi necessario, in quel caso, dalla paralisi nella quale le forze politiche della stessa maggioranza si erano arenate di fronte ad un intervento che rappresentava ormai una svolta ineludibile, specie al cospetto della condanna inflitta dalla Corte Edu e delle sollecitazioni della nostra Corte costituzionale¹⁹.

Ma la destrutturazione del sistema di produzione del diritto diretta ad un improprio potenziamento del ruolo governativo si manifesta anche per altre strade. Significativo in questa direzione è l’ormai frequente ricorso ai decreti ministeriali di natura “non regolamentare”, una tipologia di atti non espressamente prevista dalla legge n. 400 del 1988, la quale, come è noto, aveva assunto il compito di razionalizzare la produzione normativa a livello secondario in particolare creando una chiara cornice entro la quale orientare la formazione ed il ruolo dei regolamenti governativi.

Se, per un verso, la legge n. 400/88 – una legge che assume un particolare valore ordinamentale²⁰ – ha certamente prodotto effetti nella efficiente razionalizzazione dello strumento regolamentare, specie nel largo uso che questa fonte ha subito nei processi di “delegificazione”, per altro verso la sua interpretazione nel senso del suo carattere meramente descrittivo e non già precettivo ne ha consentito una “sfacciata”²¹ utilizzazione in una direzione diversa.

Si è così permesso al legislatore di inserire un rinvio ad atti ministeriali, espressamente definiti di natura non regolamentare, per lasciare spazi di manovra e di implementazione della disciplina al solo Governo (o, addirittura, al solo Presidente del Consiglio, quando il rinvio è ad un suo decreto) libero di utilizzare questo strumento senza i vincoli procedurali imposti ai regolamenti (in particolare al parere del Consiglio di Stato). In

¹⁹ V. sent. della Corte EDU del 21 luglio 2015, *Oliari c. Italia*, e sent. della Corte costituzionale n. 170 del 2014.

²⁰ Di particolare valore ordinamentale della legge 400/88 parlò il Presidente Ciampi nel messaggio del 29 marzo 2002 di rinvio alle Camere di una legge di conversione di decreto legge. Sul punto v. D. Galliani, *Il Capo dello Stato e le leggi*, vol II, Milano, 2011, p. 545 ss.

²¹ L’efficace espressione è mutuata da V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in *Osservatoriosullefonti.it.*, n. 3 del 2011

realtà la formula “non regolamentare”²² dovrebbe essere intesa nel senso che simili atti non dovrebbero assumere valenza normativa, non dovrebbero contenere disposizioni generali, astratte e ripetibili, mentre nella realtà essi assolvono proprio questo compito, specie in alcune materie (quali ad esempio la materia finanziaria) ove si continua a farne un largo uso.

6. La comparsa di nuove figure: a) le linee guida dell'ANAC

Il processo di trasformazione e, se vogliamo, di moltiplicazione delle fonti è però un fenomeno più ampio che solo in parte, a mio avviso, può essere ricondotto alla crisi della rappresentanza e, in particolare, alla crisi della rappresentanza parlamentare e al ruolo “dominante” del Governo nella produzione normativa.

Un primo aspetto di questo fenomeno può essere rintracciato nel “rinvio” che la stessa legislazione compie a favore di atti di ancora incerta configurazione che intenderebbe assolvere ad una funzione in qualche misura integrativa del dettato legislativo. Mi riferisco in particolare alle “*linee guida*” che affiorano con sempre maggiore frequenza nella legislazione con ruoli e significati difficili da ricondurre ad unità.

Credo siano qui sufficienti due esempi per sottolineare la difficoltà di inquadramento sistematico cui questi atti vanno incontro.

Si può ricordare in primo luogo la previsione contenuta nel decreto legislativo n. 50 del 2016 (recante il Codice dei contratti pubblici di appalto, approvato in forza della delega prevista dalla legge n. 11 del 2016) con il quale vengono previste ben tre diverse “tipologie” di linee guida (alcune proposte dall'ANAC e poi approvate con decreto ministeriale, altre approvate dalla stessa ANAC con carattere “vincolante”, altre ancora approvate dalla stessa ANAC ma di carattere non vincolante) destinate ad integrare la disciplina dei contratti di appalto e concessione dei lavori, servizi e forniture in attuazione di direttive europee. Siffatto tipo di atti, mira a sostituire il precedente regolamento di attuazione del codice dei contratti con strumenti di *regolazione flessibile* (così espressamente li definisce il predetto

²² Osserva su punto V. MARCENÒ, *op. cit.*, p.4, che la formula “non regolamentare” «si contrappone in modo esplicito alla stessa definizione strutturale di regolamento: il regolamento governativo è tale sulla base del carattere normativo dei suoi enunciati; gli altri decreti si caratterizzano per espressa definizione dello stesso legislatore, per il carattere *non* normativo del suo contenuto». Si vedano sul punto anche le considerazioni di I. CIOLLI, *op. cit.*, p. 217, la quale sottolinea che relativamente a questi atti, previsti di volta in volta da singole disposizioni legislative «il principio di legalità è soddisfatto, almeno formalmente, ma quel che preoccupa è l'effetto di proliferazione di questi speciali DPCM, che consiste in una disseminazione nell'ordinamento di atti di diversa natura, sfuggenti ai controlli e non armonizzati con il resto della normativa» e ricorda poi la ambigua posizione assunta dalla Corte su questi atti con la sentenza n. 141 del 2016.

Codice all'art. 213) che vanno ad incidere proprio negli ambiti materiale prima disciplinati dalla fonte regolamentare.

Si tratta, con evidenza, di profili di importanza centrale nella disciplina della contrattazione pubblica che si riflettono in maniera massiccia sulle posizioni giuridiche soggettive dei privati coinvolti mediante uno strumento la cui forza vincolante è addirittura rimessa al maggiore o minore dettaglio del loro contenuto anziché ad un chiaro elemento di carattere formale²³.

Il compito affidato a questi “strumenti flessibili” viene perfino esteso (secondo la previsione dell'art. 214, comma 12) a dettare linee guida di indirizzo e interpretazione con le quali assicurare l'uniformità nell'applicazione e nell'interpretazione della normativa primaria contenuta nel Codice, con una previsione che sembra (inammissibilmente) volersi indirizzare ai giudici più che guidare la stessa azione della amministrazione pubblica.

Se si assume come punto di riferimento la loro vincolatività è difficile negare che esse non finiscano per rivestire carattere normativo ma risultino, al tempo stesso, prive di un sicuro fondamento legislativo, sia perché si muovono del tutto al di fuori della disciplina dell'art. 17 della legge 400/88, sia perché la delega e il decreto legislativo che ne consente l'adozione si esprime in termini assolutamente generici, con la conseguenza che lo stesso principio di legalità sembra largamente violato²⁴.

D'altra parte, anche la loro assimilazione a quelle forme con le quali viene affidata ad Autorità indipendenti la emanazione di indicazioni di carattere tecnico, specifiche per un settore in cui si manifestano esigenze peculiari di regolazione per mezzo di “garanti” svincolati dal potere esecutivo, non sembra possibile. Non solo, infatti, la circostanza che talvolta esse sono emanate con un decreto ministeriale milita in una direzione contraria, perché è evidente in questo caso la loro riconduzione ai poteri governativi, ma anche la constatazione che il capo materiale in cui si muovono è quello dei contratti pubblici (si pensi ad esempio alla individuazione dei requisiti di partecipazione ai procedimenti di aggiudicazione) in cui non sembrano potersi individuare esigenze di regolazione esterna e “indipendente”.

²³ Sul punto, v., di recente le notazioni critiche di G.A. GIUFFRÈ, *Le “nuove” dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in *Federalismi.it*, 27 novembre 2017, p. 6, cui si rinvia anche per ulteriori richiami di dottrina in argomento, il quale sottolinea la loro forza “integrativa e progressivamente sostitutiva delle disposizioni regolamentari abrogate per effetto della loro approvazione”.

²⁴ V., sul punto le considerazioni di C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016 e di G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 216, 3, p. 273 ss

Mentre, in larga misura, l'inquadramento sistematico di simili atti rimane, in fin dei conti, affidato alla interpretazione dei giudici con larghi margini di indeterminazione, e con le conseguenti ricadute in termini di certezza del diritto, il loro utilizzo segna una sorta di arretramento, di autolimitazione, da parte del legislatore e del potere regolamentare dell'esecutivo in favore di strumenti diversi e adattabili nel tempo alle esigenze che via, via si manifesteranno nel sistema.

Il rischio è che con simili strumenti, di fatto posti ai margini del circuito democratico, prevalgano, nella *flessibile* individuazione di queste esigenze, logiche connesse alle dinamiche del grande mercato e alle sole ragioni dell'economia piuttosto che a quelle della tutela dei diritti coinvolti.

7.b) le linee guida in materia sanitaria e i processi di giuridificazione

Il secondo, rilevante, esempio è quello delle linee guida in materia di buone pratiche clinico-assistenziali previste, dalla legge 8 marzo 2017, n. 24, in particolare dall'art. 5, che detta una disciplina che mira a vincolare tutti gli i soggetti coinvolti nell'esercizio dell'attività sanitaria, e fatte salve le specificità del caso concreto, al contenuto di raccomandazioni provenienti dal mondo della scienza (enti e istituzioni pubblici e privati, società scientifiche, associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie).

Si tratta di uno strumento destinato ad incidere su grandi temi quale quello della responsabilità civile, della stessa responsabilità penale e di quella amministrativo-contabile cui il legislatore ha inteso ricorrere mosso, verosimilmente, dall'intento di offrire, in primo, luogo, un aggancio più sicuro, sul piano processuale, a tutte le decisioni giudiziali nelle quali entrano in gioco profili di responsabilità sanitaria. Una spinta che certamente proveniva in primo luogo da tutti soggetti coinvolti nella gestione del complicato universo sanitario (dai medici alle aziende sanitarie pubbliche, dalle cliniche di cura private ai laboratori scientifici specialistici) ma alla quale certamente non erano estranee le stesse esigenze degli utenti e nella quale, dunque, rimangono coinvolti profili non marginali del diritto costituzionale alla salute.

Non è questo, naturalmente, il luogo per approfondire l'impatto della nuova disciplina né per esaminare puntualmente le sue disposizioni.

Il punto che merita di essere ricordato ai nostri, limitati fini, è quello del ruolo che sono chiamate a svolgere le predette linee guida, la misura e le ricadute che il richiamo a questo tipo di atti può comportare sul sistema normativo²⁵.

²⁵ Sul punto v., di recente G. CARPANI- G. FARES, *Guida alle nuove norme sulle responsabilità nelle professioni sanitarie. Commento alla legge 8 marzo 2017, n. 24*

Un primo profilo riguarda la veste formale che esse assumono che è quella di un decreto ministeriale destinato a contenere l'elenco dei soggetti (pubblici e privati) cui è affidato il compito di elaborare le linee guida, cui segue la pubblicazione a cura dell'Istituto superiore di Sanità. Se, dunque, dal punto di vista formale il ruolo del Ministro è quello della sola individuazione dei soggetti abilitati, le linee guida vengono di fatto rese pubbliche attraverso un ente di ricerca di particolare qualificazione ma la loro elaborazione rimane per intero affidata ad una concorrenza tra soggetti pubblici e privati che operano nel settore scientifico.

Il secondo più rilevante profilo è quello che vede l'attribuzione di rilevanza giuridica a nozioni, concetti, figure che provengono esclusivamente dal mondo delle scienze. Si è parlato, al riguardo di un aspetto del processo di "giuridificazione" cioè del passaggio, in ampi e rilevanti settori dei fenomeni sociali, dalla sfera del giuridicamente irrilevante o scarsamente disciplinato, ad una disciplina che accoglie criteri, principi, tecniche di protezione provenienti dai più svariati settori della società.

Quello della c.d. "giuridificazione"²⁶ è, peraltro, un fenomeno multiforme, difficilmente riconducibile ad unità, che segue percorsi largamente differenziati. In alcuni casi, quali ad esempio, le scelte bioetiche, la sicurezza alimentare, il diritto d'autore, l'esigenza di seguire lo sviluppo delle evoluzioni scientifiche e tecnologiche, di meglio garantire la rilevanza economica dei beni o di tutelare concorrenza e mercato, ha reso palesemente insufficienti discipline già esistenti ma limitate ed ha prodotto una spinta ad una diversa regolamentazione, capace di accogliere istanze e strumenti che di fatto si erano in qualche misura affermati nella realtà, ora attraverso l'opera della giurisprudenza, ora mediante il contributo di organismi privati o para-pubblici.

In altri casi – si pensi ai codici deontologici – si è assistito alla "sostituzione della fonte privata a quella pubblica" ed al successivo rinvio che fonti di natura pubblica hanno poi operato ad organismi rappresentativi di interessi collettivi²⁷.

Ma questo ampio e pluriforme orizzonte si è caratterizzato soprattutto per due decisive forme di influenza ossia quella discendente dal diritto europeo ed internazionale e quella, forse in qualche misura prevalente, del ruolo della giurisprudenza. In altri termini i canali della rappresentanza per così dire tradizionali sono rimasti estranei a siffatti processi di *nomopoiesi* ed hanno

²⁶ Si veda il volume a cura di B. MARCHETTI – M. RENNA, *La giuridificazione*, Firenze, 2016, che contiene oltre alla ampia introduzione dei curatori sugli aspetti generali di questo fenomeno, una lunga serie di contributi di diversi autori sui singoli campi materiali esaminati.

²⁷ In questi termini, A. MOSCARINI, *Fonti dei privati e globalizzazione*, Roma, 2015, p. 63 ss.

spesso finito per dover inseguire scelte, principi e misure già elaborate in altra sede²⁸.

È ciò che, in fondo, è avvenuto con la recentissima approvazione della legge in materia di autodeterminazione terapeutica e di disposizioni anticipate di trattamento, con la quale si finiscono, in buona parte, per consacrare principi largamente consolidati nell'esperienza giurisprudenziale.

Tornando, per concludere, alla questione delle *linee guida* in materia sanitaria non può che sottolinearsi un certo disorientamento sia nei contributi di dottrina, sia nella stessa giurisprudenza.

Alla posizione di chi individua in simili strumenti una vera e propria nuova fonte del diritto compatibile con il nostro sistema costituzionale²⁹ si contrappone quella di chi, più prudentemente, almeno con riferimento a quelle che rispondono all'esigenza di ridurre l'incertezza e la variabilità delle opzioni diagnostiche, ne sottolinea il loro ruolo di possibile, ma non esaustiva, integrazione delle disposizioni legislative³⁰.

D'altra parte, la stessa legge 24/2017, quando fa salve le "specificità del caso concreto" ammette che le linee guida, per quanto rilevanti nell'indirizzare una attività nella quale entrano in gioco diritti fondamentali (primo fra tutti, ovviamente, quella alla salute) non esauriscono la ricognizione delle conoscenze tecnico-scientifiche, riferendosi ad un campo in perenne evoluzione, e non sempre sono in grado di svolgere quel ruolo di guida dell'azione del singolo ed incidere, quindi, sulle conseguenze giuridiche che si producono³¹.

Un analogo disorientamento sembra percorrere la stessa giurisprudenza testimoniato da contrastanti indirizzi proprio sul ruolo delle linee guida in tema di responsabilità penale.

²⁸ Osservano, al riguardo, B. Marchetti e M. RENNA, *op. cit.*, p. 21 che «raramente, insomma, il legislatore nazionale, che pur avrebbe potuto in più occasioni muoversi autonomamente in attuazione dei valori e dei principi costituzionali, è stato il motore dei processi di giuridificazione»

²⁹ In questo senso G. FARES, *op. cit.*, p. 100, il quale afferma che «sul piano qualificatorio ci si trova di fronte ad una fonte-atto, tale in quanto imputa ad un soggetto (le società scientifiche accreditate) il relativo potere normativo e prefigura un procedimento di formazione e contenuto dell'atto, inteso nell'accezione di documento contenete le prescrizioni che vincolano l'operato dell'esercente la professione sanitaria»

³⁰ In questo senso, A. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 111, la quale, riconducendo il fenomeno delle linee guida alla normazione tecnica di fonte privata rileva che «il criterio di collegamento di queste linee guida con l'ordinamento generale è più sfumato di quello delle regole tecniche *tout court*. Mentre, infatti, la regola tecnica può integrare ma più spesso sostituire, per mezzo del rinvio, la norma giuridica, nel caso delle linee guida sulla responsabilità del medico esse possono integrare ma non sostituire il precetto giuridico»

³¹ Va ricordato al riguardo che la Corte cost., con la sent. 282/2000 ha sottolineato che «di norma non è il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni»

Rilevando, infatti, che le linee guida assolvono al ruolo di “*direttive di massima, che devono confrontarsi con la peculiarità di ciascuna situazione concreta*” e che esse hanno un “*rilevante impatto sul professionista, che è tenuto ad attenersi alle raccomandazioni, sia pure con gli adattamenti propri di ciascuna fattispecie concreta*” la Cassazione ha sottolineato come il professionista ha la “*legittima pretesa a vedere giudicato il proprio comportamento alla stregua delle medesime direttive impostegli*”³². Tuttavia, più di recente, proprio le Sezioni unite, nel tentativo di sciogliere il contrasto insorto sulla interpretazione della legge 24/2017, sembrano voler circoscrivere ancora di più il ruolo delle linee guida, quanto meno nei loro riflessi sulla responsabilità penale. Si è così ritenuto che il medico risponderà per imperizia (sia grave che lieve) quando siano state individuate erroneamente linee guida inadeguate alla specificità del caso, fermo restando l’obbligo del sanitario di disattenderle quando si rivelino inidonee di fronte alla peculiarità della singola vicenda, e sarà altresì responsabile (per imperizia grave o lieve) quando il caso non sia regolato da linee guida o buone pratiche³³. Una guida – quella delle linee guida – che può dunque rivelarsi fallace o incompleta e che esige, comunque, una ricostruzione della responsabilità in relazione alla consueta cornice legislativa.

Forse il ruolo più esatto che può attribuirsi alle linee guida in parola è quello di rappresentare un importante, ma non sempre decisivo, né tanto meno esaustivo, criterio sussidiario di interpretazione e di qualificazione delle conseguenze giuridiche prodotte da norme primarie, un criterio la cui introduzione risultava forse ormai ineludibile, di fronte alla costante evoluzione tecnico-scientifica. L’apporto di soggetti estranei e diversi rispetto all’universo delle scelte politiche può rivelarsi insomma fruttuoso ma a condizione che non si traduca in elemento di confusione di un sistema – quello delle fonti – percorso da una moltiplicazione ed una frammentazione, forse inevitabile di fronte ad una società complessa ed al più ampio e sfuggente fenomeno della globalizzazione, che mette in crisi l’idea stessa del sistema³⁴ ed i cui esiti tuttavia non appaiono oggi del tutto decifrabili.

³² Cass. pen, 20 aprile 2017, n. 28187

³³ Traggio queste considerazioni dal contributo di C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco nell’interpretazione delle Sezioni Unite: torna la gradazione della colpa e si riaffaccia l’art. 2236 c.c.*, in *Dir. pen. contemporaneo*, n. 12 del 2017, p. 135 a commento della decisione delle Sezioni unite del 21 dicembre 2017.

³⁴ In realtà, secondo un’impostazione da tempo elaborata in vari contributi da F. MODUGNO e, oggi, sinteticamente racchiusa nel capito dedicato alla “fonti del diritto” del volume *Diritto pubblico*, terza ed., Torino, 2017, spec. p. 128, lo stesso uso del sintagma “sistema delle fonti” diviene «problematico, anche perché nuovi atti normativi (fonti comunitarie, contratti collettivi del pubblico impiego, sentenze costituzionali aggiuntive o sostitutive) vengono emergendo accanto a quelli già conosciuti non solo dall’ordinamento nella sua continuità storica, ma perfino dal costituente: essi si

Ciò che, invece, colpisce in senso negativo è l'uso che il legislatore fa della qualificazione in termini di linee guida.

Le brevi riflessioni fin qui svolte sembrano dimostrare che sotto questa etichetta si muovono figure tra loro molto eterogenee, con ruoli e significati diversi, e la disinvolta utilizzazione operata da una legislazione che sempre più frequentemente ad esse rinvia rischia, anche con riferimento a questo solo profilo, di creare elementi di incertezza e di affidare, in ultima analisi, in capo al potere giudiziario il compito, difficile, di sciogliere i nodi.

8. Il ruolo nomopoietico della giurisprudenza dinanzi alle trasformazioni della funzione legislativa

Proprio al ruolo nomopoietico della giurisprudenza appare utile dedicare in chiusura di queste brevi e sommarie riflessioni qualche, sia pur sintetica, considerazione.

La moltiplicazione delle fonti è frutto di una pluralità di elementi che si muovono in diverse direzioni. Si va così dalla ricerca ad opera degli organi cui spetta istituzionalmente la produzione del diritto (Parlamento e Governo, sia pure con il vistoso sbilanciamento a favore del secondo) di strumenti più duttili e malleabili posti spesso ai margini del circuito della rappresentanza, quale il ricorso ai c.d. decreti di natura non regolamentare, al rinvio ad altri soggetti (istituzioni private, enti pubblici, autorità di regolazione) per quello che, con larga approssimazione ed in misura non omogenea, può considerarsi una sorta di completamento di disciplina fondato sulla convinzione che tali soggetti, per il ruolo che rivestono, risultino più idonei a rispondere, ora alle necessità di adattamento continuo, ora alle esigenze di conoscenza di regole tecniche e di elaborazione e monitoraggio di risultati scientifici. L'esempio delle linee guida, pur con le incertezze che ne derivano, è emblematico ed è verosimile pensare che a tali strumenti si finisca per ricorrere con sempre maggiore frequenza.

Ma deve riconoscersi che la sede della problematica produzione del diritto è da individuare ormai anche in altri luoghi. Si è di recente osservato, con riferimento ai rapporti tra "privati", che alla progressiva destrutturazione del sistema normativo fondato sulla centralità del codice civile «si è venuta sommando la concorrenza di una molteplicità di normative *hard e soft law* di varia natura e provenienza, l'incidenza sempre meno marginale della c.d. *lex mercatoria*, una serie di regole imposte ai mercanti dalle grandi multinazionali al di fuori di qualunque persistenza radicata nell'uso, e soprattutto il progressivo stemperarsi dei confini formali dell'ordinamento nel panorama

affermano nella realtà dell'ordinamento con efficacia pur, volta a volta, differenziata, ma sempre, in definitiva, commisurata allo scopo che si prefiggono le forze che vi hanno dato origine»

giuridico internazionale e segnatamente in quello europeo»³⁵. Alla rottura della centralità del codice civile corrisponde, in una certa misura, la perdita di centralità della legge nel sistema di produzione del diritto di cui, forse, il codice, con la sua pretesa razionale di disciplinare l'intero universo dei rapporti tra privati, costituiva l'espressione più alta e coerente.

Da qui la concreta affermazione anche di poteri privati, il riconoscimento «dell'inerenza della produzione del diritto non soltanto ad un regime di sovranità ma anche ad un regime di autonomia, ferma restando la possibilità, per lo Stato, in ogni tempo, di delegittimare le fonti di autonomia, o di tornare a legiferare sui medesimi oggetti come produttori del diritto»³⁶. Ma si tratta, di una eventualità – quella riappropriazione da parte dello Stato di ambiti nei quali le fonti di origine privatistica hanno finito con l'imporsi – che appare invero assai remota se non del tutto illusoria. Se si considera come taluni spazi occupati da simili tipi di “fonti” – da quelle che concernono il rinvio a norme tecniche, a quelle che riguardano modelli contrattuali, sorti nei rapporti commerciali ormai indipendenti dagli ambiti territoriali nazionali e divenuti standard internazionali – sono intimamente connessi ed assorbiti dal fenomeno della globalizzazione, ci si rende conto che la via di un ritorno al passato è difficilmente praticabile. Altro discorso è, evidentemente, valutare se questo fenomeno, nel quale sovente si cela una straordinaria sproporzione tra la tutela delle libertà economiche e della sola concorrenza a danno di taluni diritti fondamentali, non richieda l'auspicio di una diversa valutazione nell'ambito dei poteri dello Stato nazionale.

Ma ciò che preme sottolineare ai nostri fini è che un rilievo delle c.d. fonti di origine privata, in tanto si è reso possibile in quanto esso è stato filtrato, per così dire, attraverso l'opera dei giudici ai quali si deve anche la ricerca di quel sofferto punto di equilibrio tra interessi e diritti divergenti che spesso la proliferazione della normazione di origine privata rendeva difficile.

Quella della giurisprudenza è però un'opera che va ampiamente al di là del rilievo che hanno assunto talune fonti di origine privata ed investe invece, nel suo complesso, fenomeni di produzione normativa ben più ampi ed estesi.

Se si guarda, ad esempio, al grande tema delle bioetica ci si rende conto che il ruolo della giurisprudenza – sia di quella interna che delle Corti europee – ha avuto un effetto preminente e decisivo nell'affermazione di principi che hanno poi (tardivamente) trovato accoglimento nell'opera del legislatore. Quando il giudice, soggetto alla legge, ha dovuto decidere in

³⁵ Così, N. LIPARI, *Il diritto civile fra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 180-181

³⁶ In questi termini A. MOSCARINI, *Fonti dei privati...*, cit., p. 26

assenza della legge³⁷, si è mosso sulla spinta di esigenze che venivano dal mondo della scienza e da richieste pressanti della società che imponevano una diversa considerazione e valutazione dei diritti, ha operato attraverso principi elaborati, a sua volta, dalle giurisdizioni convenzionali (in particolare la Corte Edu) coniugandoli con i criteri di integrazione dell'ordinamento, ha insomma rimediato a lacune e insensibilità del legislatore rappresentativo che apparivano insostenibili, facendosi al tempo stesso, in qualche misura, creatore di diritti e costruttore di cornici normative.

Specie in riferimento al diritto europeo ed a quello internazionale convenzionale (in particolare alla CEDU) il dialogo tra i giudici nazionali ed europei, favorito anche da strumenti quali il rinvio pregiudiziale (ed ora dal simile strumento previsto in sede convenzionale dal protocollo addizionale) ha consentito certamente una reciproca, fruttuosa interazione concorrendo sia alla giuridificazione di fenomeni privi disciplina, come nel già ricordato caso delle unioni civili, sia a provocare una risposta sul piano del diritto nazionale a sollecitazioni provenienti dal diritto europeo e convenzionale di fronte all'inerzia del legislatore nazionale.

Il giudice, insomma, ha dimostrato una sensibilità spesso più ampia ed adeguata di quella dimostrata dal legislatore rispetto a spinte che provenivano dalla società, dalla evoluzione delle concezioni etiche, dal bisogno di protezione di posizioni sociali ed economiche deboli, e muovendosi ora sulla scorta dei principi costituzionali, frequentemente filtrati ed arricchiti dal confronto e dalle sollecitazioni delle giurisdizioni internazionali, ora negli spazi liberi lasciati dal legislatore, ha di fatto delineato un quadro normativo nel quale le varie pronunzie hanno finito per saldarsi l'una con l'altra «convergenndo nella produzione di un effetto (solo formalmente frazionabile tra i singoli atti ma) sostanzialmente unitario»³⁸.

Fermo restando che una simile evoluzione della funzione giurisdizionale appare per molti versi ormai ineludibile, perché l'opera dei giudici possa dispiegarsi compiutamente e nel rispetto dei ruoli dovrebbe correlativamente mutare la posizione del legislatore. Un legislatore autenticamente capace di rispondere alle esigenze della composizione degli interessi di una società pluralista in costante mutazione dovrebbe riconquistare gli ambiti di una legislazione per principio coerente e razionale, abbandonare l'idea che la

³⁷ Sul punto si veda il recente contributo di G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in www.gruppodipisa.it, 24 novembre 2017, p. 41 la quale sottolinea come «l'attività con cui il giudice colma le lacune non conosce "zone franche" predeterminabili in astratto, per categorie di diritti o tipologie di intervento»

³⁸ Così A. RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale : la riscrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in *Forumcostituzionale*, 29 novembre 2014, p. 21

disseminazione di norme della più varia natura, di un diritto non solo iper-dettagliato ma anche largamente frammentato, possa assolvere alla sua funzione e garantire al tempo stesso certezza³⁹ e risposta alla complessità sociale.

Una cosa è, insomma, il ruolo insostituibile del giudice che agisce in un quadro coerente di normazione e intermedia tra scelte di principio e peculiarità del caso, altro è il giudice costretto a muoversi in un quadro normativo incoerente e sfilacciato in cui la richiesta di giustizia si traduce – pur con tutti i proficui sforzi interpretativi – in un ruolo di supplenza non sempre esente da incertezze e contraddizioni.

Difficile pensare, tuttavia, che un simile auspicio possa trovare oggi un qualche sbocco.

Una legislazione sempre più precaria⁴⁰ e disordinata, figlia in larga misura di quella crisi della rappresentanza da cui abbiamo preso le mosse, appare il tratto caratteristico dell'attuale produzione normativa. Quando la funzione del Parlamento non si sostanzia più nelle grandi scelte e si concentra soprattutto nella approvazione della “illeggibile” legge di stabilità, con il correlativo seguito di misure “milleproroghe”, le speranze di un cambio di rotta diventano largamente illusorie.

³⁹ Sul rapporto tra certezza del diritto e riduzione degli spazi affidati alla normazione istituzionale v. l'ampio contributo di F. RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti*, ora in L. MENGONI-F. MODUGNO - F. RIMOLI, *Sistema e problema - Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2017, spec., p. 193 ss.

⁴⁰ Sulla precarizzazione della legge e, più in generale, sulle attuali trasformazioni della funzione legislativa, si veda il recente studio di E. LONGO, *La legge precaria – Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017.