

MOLTIPLICAZIONE, FRAMMENTAZIONE, DESTRUTTURAZIONE E
DELOCALIZZAZIONE DELLE FONTI DEL DIRITTO

CHIARA INGENITO *

Sommario

1. Inquadramento del tema. - 2. Moltiplicazione. - 3. Frammentazione. - 4. Destrutturazione. - 5. Delocalizzazione.

Suggerimento di citazione

C. INGENITO, *Moltiplicazione, frammentazione, destrutturazione e delocalizzazione delle fonti del diritto*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, Comparato e Internazionale, presso l'Università "La Sapienza" di Roma.

Contatto: chiara.ingenito@uniroma1.it

1. Inquadramento del tema

Secondo una parte significativa della dottrina¹ ragionare in tema di fonti del diritto oggi² è ancora più difficile che in passato e ciò per diverse ragioni.

Innanzitutto, il nostro - come altri ordinamenti³ - è stato investito da una rivoluzione tale per cui, non solo è problematico formulare delle riflessioni su questo tema, ma è anche in dubbio la qualificazione delle fonti quali pilastri su cui far poggiare l'intero ordinamento, nel senso che *“se ci si indulgia ad osservare come sono fatti i pilastri vuol dire che l'edificio vacilla ed ha bisogno di una revisione che cominci dal basso”*⁴.

Questo lavoro ha come oggetto centrale la ricostruzione dell'attuale crisi del nostro sistema delle fonti del diritto, che sembra irreversibilmente influenzato da quattro diverse concause ovvero la loro moltiplicazione, frammentazione, destrutturazione e delocalizzazione. Obiettivo del presente scritto è quello di enucleare i quattro fenomeni richiamati evidenziandone le caratteristiche specifiche e, in tal modo, osservare come hanno inciso, con moti ondulatori di intensità diversa e al contempo concorrente, sulla crisi delle fonti.

Per inquadrare meglio l'argomento dovremmo procedere, nel descrivere ciascuno dei quattro fenomeni, ad un'analisi delle fonti e del sistema all'interno del quale sono poste da un'angolazione storica e al tempo stesso giuridica.

2. Moltiplicazione

Negli ultimi anni si assiste sempre di più al fenomeno della moltiplicazione delle fonti⁵, causata dall'accrescimento del numero dei suoi significati e dall'abbandono dell'idea di fonte esclusivamente intesa quale fatto idoneo a creare diritto oggettivo nell'ordinamento⁶.

¹ L. CARLASSARE, Voce *“fonti del diritto”* (dir. cost.) in *Enciclopedia del Diritto*, Annali II-2, 2008, 536 e ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, Cedam, 2009, cap. I; F. MODUGNO, Voce *Fonti del diritto* (gerarchia delle); A. RUGGERI, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*; Relazione al Convegno su Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione, Università degli Studi di Roma tre 27-28 novembre 2008 e R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa)*, in *Studi in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, Jovene, 2009.

² Secondo una parte della dottrina, Bobbio, *“quando il problema delle fonti acquista onore di riflessioni e dibattiti... è segno che il mondo giuridico sta attraversando una fase di trasformazione e non ha ancora trovato il suo assetamento”* N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Torino, Giappichelli, 2010, 13.

³ Si richiama l'ordinamento europeo in cui in numerosi ambiti, come ad es. in quello finanziario, la produzione e applicazione del diritto si presentano come risultato di un dialogo fra centri di potere reticolari, non gerarchicamente ordinati che conduce il sistema delle fonti ad entrare in crisi.

⁴ N. BOBBIO, op.cit., 14.

⁵ Di moltiplicazione e destrutturazione della produzione normativa riferisce Serges. Vedi sul punto G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2017, 2 e ss.

⁶ Per tutti si richiama V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova Cedam, 1984, 2, il quale per primo si era domandato quali sono le fonti *“legali”* nell'ordinamento precisando che tale

Relativamente al primo profilo, ovvero suoi i diversi significati⁷, secondo la dottrina tradizionale⁸, per fonte si intendeva solo quella integrata dai fatti reali della vita sociale che si poneva al di fuori dell'ordinamento tradizionalmente inteso.

Mediante la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, venne valorizzata⁹ la pluralità e la varietà delle fonti e così, anche il loro significato, divenne sempre più variegato e relativo.

Successivamente, per fonti si iniziarono ad intendere i fatti e gli atti qualificati come tali¹⁰ nell'ordinamento, o, più nello specifico, i fatti “*creativi di diritto*”¹¹, ovvero da cui scaturisce, come da una sorgente, il diritto. Si trattava delle fonti di produzione¹² ovvero atti e fatti abilitati dall'ordinamento stesso a creare diritto oggettivo, definiti come «normativi» perché riguardanti appunto la produzione e modificazione di norme che costituiscono il diritto positivo¹³.

Secondo la dottrina¹⁴, si distinsero numerosi significati che può assumere il termine fonte: espressione metaforica del fenomeno di produzione del diritto inteso in senso oggettivo come “*insieme di norme costitutive di un dato ordinamento*”, ma anche fattispecie di altre norme sulla produzione delle norme stesse.

quesito non è solo teorico, in quanto vi sono delle precise conseguenze pratiche che discendono dall'appartenenza di determinate norme al diritto oggettivo.

⁷ È ormai universale l'utilizzo della metafora della fonte, intesa quale sorgente intesa come il complesso processo da cui scaturiscono le norme giuridiche. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996, 15. Per quanto concerne le origini romanistiche della nozione di fonte del diritto, si rimanda a L. MOSSINI, *Contributo alla storia di una metafora giuridica*, in *Studi senesi*, 1962.

⁸ Si richiama il dibattito avvenuto tra gli studiosi del primo novecento i quali ritenevano che le fonti fossero prima di tutto da intendersi quali i fatti della vita sociale, in aperta contrapposizione alla legge formale, ovvero il diritto era prima di tutto dato “*dalle forze fisiche, economiche, storiche, morali che agiscono sulla società*”. Sul punto ci si riferisce in particolare al pensiero di V. MICELI, *Le fonti del diritto*, Palermo, 1905, 4 e ss., F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello stato nel campo del diritto amministrativo*, 1901, 13-14, J. GOLDSCHMIDT, *Problemi generali del diritto*, 1950, Padova, Cedam, 64-65, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 1951, 47 e ss.

⁹ V. CRISAFULLI, op.cit., 930 e ss.

¹⁰ La definizione si deve a V. CRISAFULLI, op.cit., 4.

¹¹ Si deve tale espressione a Sandulli nella voce da lui curata. A.M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, Novissimo Digesto Italiano, VII, 1961, 525 ss.

¹² F. MODUGNO, op.cit., 192

¹³ In merito al legame tra fonte e norma, Crisafulli precisa che “*l'idea di fonte non può essere disgiunta dall'idea di norma*”, nel senso che “*tra l'una e l'altra sussiste correlazione logica necessaria, poiché chi parla delle fonti, con ciò stesso evoca immancabilmente l'idea di diritto o di norme del diritto, così come chi parla del diritto (in senso oggettivo) o dell'ordinamento normativo, parla anche delle sue fonti*” V. CRISAFULLI, op.cit., 4 e ss. Inoltre, tra norma e fonte risulta esserci anche una presupposizione logica, nel senso che “*il concetto di norma, costitutivo dell'ordinamento, preceda il concetto di fonte*”. sebbene la corrispondenza biunivoca tra fonti e norme non è sempre certa laddove solo alcune producono norme ma vi sono anche norme senza la loro fonte rispettiva di riferimento.

¹⁴ F. MODUGNO, op.cit., 192

Nel primo significato, sempre secondo la medesima dottrina, si ha un'accezione teoretica di fonte che si attualizza nella produzione di norme; nel secondo, invece, una nozione dogmatica relativa ad un ordinamento in cui per fonti sono intesi tutti i fatti che producono norme nell'ordinamento.

Non solo gli interpreti hanno enucleato diversi significati di fonte, ma è possibile rinvenirne alcuni esempi.

Si richiamano le c.d. fonti di regolazione, che fanno parte della famiglia della *soft law*¹⁵ e sono sempre più diffuse nel nostro ordinamento¹⁶, frutto del c.d. *regulatory process*¹⁷, ovvero della produzione del diritto – che assume variegati significati nei diversi livelli, centri e modi in cui le fonti si producono.

Sempre in tema di moltiplicazione dei significati di fonte, si richiama ancora la tripartizione prospettata da Senden¹⁸ secondo cui la *soft law* può assumere diversi significati, ovvero “*pre-law*”, “*para-law*” e “*post-law*”, tripartizione che oggi, con la sempre più significativa presenza degli strumenti di *soft law*, sembra essere valida anche nel nostro ordinamento.

Nel primo significato, “*pre-law*”, si tratta degli gli strumenti preparatori di atti giuridici vincolanti con funzione propedeutica alla formazione di nuove regole giuridiche vincolanti che colmano i vuoti normativi e pongono le basi per la creazione di obblighi giuridici nella materia in esame. Nel secondo significato, “*post law*”, si tratta di strumenti di interpretazione di atti vincolati (linee guida, codici di condotta, direttive) che mirano a integrare, specificare ed interpretare il contenuto di altre norme. Ed infine nell'ultimo significato, “*para law*”, essa comprende gli strumenti alternativi ad atti vincolanti ovvero dichiarazioni, raccomandazioni, pareri.

¹⁵L'espressione *soft law* nasce in seno alla dottrina internazionalistica di matrice anglosassone e costituisce il fenomeno in cui alcuni tipi di atti e fatti (definiti anche «regole morbide»), *lato sensu* normativi, sono accomunati dall'assenza dei caratteri propri delle norme giuridiche ovvero dalla mancanza di un'efficacia immediatamente vincolante e non sono portatori di comportamenti aventi carattere autoritativo. Sui rapporti tra *soft law* e *soft regulation* vedi M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari* in Rivista della regolazione dei mercati, 2/2016.

¹⁶Sul punto si richiama la trattazione di Bin che mette in luce proprio il fenomeno del proliferarsi degli atti regolativi, soprattutto anomali, quali quelli derivanti da “metodi consensuali e “partecipati” di produzione normativa”. R. BIN, *Il sistema delle fonti. Un'introduzione*, in <http://www.forumcostituzionale.it>.

¹⁷F. BIGNAMI, *Introduzione a F. Bignami-E. Zaring, Comparative Law and Regulation*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK-Northampton MA (US), 2016.

¹⁸Si richiama la classificazione elaborata da Senden che per prima ha teorizzato le tre possibili sottocategorie della *soft law*: *pre-law*, *post law* e *para law*. Per un'ampia trattazione sul tema vedi L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Modern Studies in European Law (Book 1), 457 e ss.

Rispetto al secondo aspetto da trattare in tema di moltiplicazione, ovvero se per fonti si intendono solamente i fatti idonei a creare diritto oggettivo nell'ordinamento o se invece è la "famiglia"¹⁹ delle fonti che sta cambiando, bisogna partire dall'idea che la fonte oggi non si identifica più un'unica figura giuridica, ma comprende più atti e fatti che concorrono a formare, modificare ed innovare l'ordinamento giuridico²⁰, e non solo quelli idonei a creare diritto oggettivo, dei quali fatti non sono più enucleabili, come in passato, gli indici idonei a comprendere se si è in presenza di una fonte del diritto o meno.

Non è più possibile infatti enumerare in modo esplicito, completo e tassativo le fonti legali né definire gli elementi specifici che le contrassegnano, tenuto conto che sempre più "le fonti immediate o dirette, delle norme giuridiche presuppongono le fonti mediate, intese come cause originarie delle continue rinnovazioni dell'ordinamento"²¹ e quindi enucleare i loro elementi differenziali diventa un'operazione assai ardua.

Ormai le fonti non sono più solo veicoli idonei a creare diritto oggettivo e per questo è sempre più difficile distinguerle da atti da essere dissimili²².

Si assiste sempre di più alla nascita di atti normativi di diversa natura, non sempre armonizzati²³ ed anzi atipici poiché nell'ordinamento esistono sempre più spazi giuridici in cui è possibile che si svolgano processi di creazione di nuove fonti²⁴.

Il concetto unitario di fonte è stato quindi messo in crisi in una prospettiva c.d. funzionale con la valorizzazione del carattere dell'imperatività, intendendola solo quale "regola efficace per tutti coloro che sono soggetti all'ordinamento dello Stato italiano" e quindi ricomprendendo nel concetto di fonti numerosi

¹⁹ Bobbio nella propria trattazione afferma che oggi non si può più abbracciare né l'idea dell'ordinamento inteso come "una famiglia numerosa che si accresce di giorno in giorno, e purché si accresca, non importa se i figli siano tutti legittimi, onde avviene talora che l'elenco delle fonti si accresca di voci spurie" ma neppure l'idea secondo cui "l'ordinamento è come un albero genealogico in cui risalendo di figlio in padre si giunge al capostipite; ma come di ogni capostipite esiste, a saperlo trovare, un padre, un nonno, un antenato insomma, così della norma assunta come fondamentale si può sempre scoprire una norma che la fonda" N. BOBBIO, op.cit., 16.

²⁰ Si richiamano, tra gli altri, T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Padova, Cedam, 1967, 5-46; N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Cedam, 1960; A.M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, in Nuovissimo digesto italiano, VII, 1961, PP. 524-533.525; V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto* (diritto costituzionale) in Enciclopedia del diritto, vol. XVII, 1968, 925-966; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto. Articoli 1-9*, Zanichelli- Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1977, 14, F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto* in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico* vol. I, *Diritto pubblico generale*, Bologna, Il Mulino, 1997, 117- 221, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010, 45. In particolare L. PALADIN, op. cit., 17 il quale, riprendendo l'impostazione di Perassi, precisa che "sono fonti quei fatti giuridici largamente intesi, cui l'ordinamento giuridico connette la nascita oppure la modificazione o l'estinzione di una norma giuridica".

²¹ L. PALADIN, op.cit., 15.

²² V. CRISAFULLI, op.cit., 17.

²³ G. SERGES, op.cit., 2.

²⁴ G. ZAGREBELSKY, op.cit., 15 ss.

atti eterogenei, tra cui, secondo una parte della dottrina²⁵, anche gli atti amministrativi generali, le circolari, i testi unici e i nuovi strumenti di normazione c.d. terziaria tra cui si richiamano le linee guida²⁶.

Inoltre coloro che valorizzano i caratteri della “*generalità ed astrattezza*”²⁷ e coloro che (come Crisafulli) escludono dal novero delle fonti quelle norme non generali e non astratte²⁸, non consentono di pervenire ad un’identificazione univoca del concetto di fonte. Correlativamente, altra dottrina precisa che accanto ad atti certamente normativi (perché generali ed astratti) ed atti certamente non normativi (assenza, in negativo quindi, di generalità ed astrattezza), vi sono degli atti di cui si dubita del carattere normativo, di cui sono incerte le linee di confine con gli atti certamente normativi e certamente non normativi²⁹.

La moltiplicazione delle fonti pertanto risente soprattutto della moltiplicazione dei significati di fonte e, al contempo, del suo disarticolarsi in modi diversi di produzione del diritto, non più identificabile dagli interpreti solo ed unicamente nella definizione di “*fatto idoneo a produrre diritto oggettivo*”.

Pertanto si realizza “*un processo di trasformazione*” inteso appunto quale “*moltiplicazione delle fonti*”³⁰ di cui, sulla base di quanto fin d’ora richiamato, una delle conseguenze più macroscopiche, consiste nel rinvio, da parte della legislazione, ad atti di incerta configurazione con funzione integrativa del dettato legislativo, come ad es. le linee guida.

²⁵ L. PALADIN, op.cit., 23.

²⁶ Sul punto si richiama il pensiero di Cintioli il quale riconduce le linee guida nell’ambito delle fonti atipiche ed in particolare terziarie del diritto amministrativo, ovvero quali contenitori «*di regole generali e astratte, idonee a disciplinare la materia in oggetto sostituendosi, nell’intento del Legislatore, ad atti regolamentari ed assumendo così una forza innovativa nell’ordinamento*» F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del cd. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. n.2/2017. Per una trattazione diffusa in tema di linee guida, si richiama V. ITALIA, *Le “linee guida” e le leggi*, Milano, Giuffrè, 2016.

²⁷ I rischi connessi alla definizione delle fonti sulla base della positiva caratterizzazione come generali e astratte, riguardano, per la generalità, il fatto che essa spetta a molti gruppi di atti, riferibili ad una pluralità di soggetti. Pertanto il limite principale del carattere della generalità è proprio l’essere “*elastica*” e sul punto si richiama C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1975-1976, 306 e ss. Relativamente all’astrattezza, si evidenzia ancora una volta il concetto di ripetibilità, ovvero la norma astratta è quella che può essere applicata in un innumerevole numero di casi.

²⁸ Richiamando la trattazione del Crisafulli sul concetto di norma generale ed astratta ovvero suscettibile di infinita applicazione ove per l’autore generale-abstracta va inteso nel senso di ripetibile. Viene inoltre evidenziato che la generalità rappresenta un carattere “*naturale*” delle norme costituenti il diritto oggettivo ed inoltre la legge deve essere generale nel rivolgersi a tutti i consociati (collegando generalità ed esigenza politica del rispetto dell’eguaglianza. V. CRISAFULLI, op.cit., 27 e ss. Anche Rescigno precisa il ricorso al criterio della “*generalità ed astrattezza*” della norma in negativo, nel senso che la loro assenza è sufficiente per negare la natura di atto normativo all’atto preso in considerazione. G.U. RESCIGNO, *L’atto normativo*, Roma, Zanichelli, 1998.

²⁹ G.U. RESCIGNO, op.cit.

³⁰ È Serges che ritiene che la trasformazione delle fonti si declini nella loro moltiplicazione, ovvero focalizza l’attenzione sulla sola moltiplicazione come conseguenza della trasformazione. G. SERGES, op.cit., 12.

Sul punto è interessante notare come queste ultime si stanno imponendo nel sistema con un'efficacia modulata funzionale alla norma primaria cui rinviano, cui fanno da ausilio tecnico ed integrativo³¹. Le linee guida costituiscono, assieme ad altri atti di incerta natura come codici di comportamento, best practices e raccomandazioni, esempi, sempre più diffusi, della moltiplicazione del quadro normativo che appare così sempre più sfilacciato e ricco di incertezze e contraddizioni.

3. Frammentazione

La frammentazione³² delle fonti coincide con la perdita, da parte della legge, del ruolo di “*fonte delle fonti*”³³ e con suo spezzettarsi in tanti diversi atti normativi.

In origine³⁴ la legge costituiva la suprema manifestazione della volontà dello Stato e ad essa veniva riconnessa la speciale efficacia designata appunto quale “*forza di legge*”, sia *materiale*, quale vincolo obbligatorio verso i sudditi, sia *formale* quale posizione della legge all'interno del sistema delle fonti³⁵.

È emblematico ricordare che con le tre dichiarazioni dei diritti (1789, 1793 e 1795), la legge assunse un ruolo protagonista e diviene strumento di rinnovamento del sistema del diritto allora vigente. Inoltre, con l'esaltazione dei caratteri dell'uniformità e della generalità, essa si differenziò dagli altri atti di governo.

Tuttavia, già nell'esperienza liberale, la legge non corrispondeva più all'immagine che se ne aveva tra il '700 e l'800: non era più infatti ritenuta “*esaustiva di ogni esigenza di produzione normativa*”³⁶, poiché si stavano cominciando a potenziare altre fonti, anche esse dotate di forza di legge, ma facenti capo al Governo.

Con il costituzionalismo³⁷, sebbene in un primo momento la legge venne concepita come la fonte per eccellenza (prova ne è il contenuto dell'art. 70 della

³¹ Sulla funzione integrativa e tecnica propria delle linee guida si richiama la trattazione di V. ITALIA, *Le linee guida e le leggi*, Milano, Giuffrè, 2016.

³² Sorrentino riferisce proprio della “frammentazione” dell'impostazione tradizionale delle fonti del diritto, riferendo come fattori scatenanti di tale frammentazione, la creazione di diversi centri di distribuzione del pubblico potere, il fenomeno dell'internazionalizzazione e quello della globalizzazione. F. SORRENTINO, op.cit., 11.

³³ Si richiama il pensiero di Sorrentino il quale afferma che “*nella giuspubblicistica tra l'otto e il Novecento si fa strada e si afferma la concezione della legge come suprema manifestazione della volontà dello Stato*” in F. SORRENTINO, op.cit., 2.

³⁴ Per una trattazione completa sull'evoluzione della legge nel tempo e sulle metamorfosi del suo significato, si rimanda a A. CELOTTO, E. CONTE, *La legge dalle origini alla crisi*, Revista Brasileira de Dereito Constitucional-RBDC n.10-jul./dez. 2007.

³⁵ F. SORRENTINO op.cit., 2.

³⁶ P. CARETTI, *La crisi della legge parlamentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 1/2010.

³⁷ La Costituzione repubblicana sposa l'idea della “*loi, expression de la volonté generale*” che emerge dalla generale attribuzione di potestà legislativa al Parlamento (art. 70 Cost.) e dal ricorso

Costituzione), tuttavia, ciò era solo apparente, in quanto nella Costituzione “*la figura della legge aveva perduto la precedente posizione di assoluta supremazia*”, essendo venuto meno il tradizionale divieto della sua sottoposizione a sindacato e rivisto il suo controllo da parte di organi diversi dal Parlamento, oltre che sancita la sua rigidità³⁸.

La Costituzione inoltre conteneva il sindacato di legittimità costituzionale e quindi la legge veniva controllata nel suo contenuto e annullata dalla Corte costituzionale, quale organo a rilevanza costituzionale. Inoltre, all’art. 75 della Costituzione veniva disciplinato il referendum abrogativo, con cui il popolo poteva esprimersi sulla permanenza di vigore di un atto legislativo.

La Costituzione diventa così “*il centro motore tra le fonti*”³⁹ e la legge viene subordinata ad essa e deve osservare il *principio di legalità c.d. costituzionale*, presidiato da un apposito giudice, dotato di un forte controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi, in cui la legge inizia ad essere intesa non più quale suprema volizione dello stato, ma quale atto giuridico soggetto ad un giudizio di invalidità.

In tal senso la legge non può più costituire la fonte primaria per eccellenza, laddove da un lato è affiancata e sempre più sostituita dalla decretazione d’urgenza⁴⁰, dall’altra sempre più integrata da fonti secondarie.

Si assiste al contempo ad un’altra forma di frammentazione, data dal fenomeno dei c.d. rinvii che la legge compie in favore di atti di incerta configurazione, riflesso del pluralismo istituzionale e sociale che conduce alla creazione di “*un tessuto di fonti normative più ricco che in passato*”⁴¹.

costante ai rinvii alla legge, dalle riserve di legge, mediante le quali si attribuisce la disciplina di determinate materie alla sola legge, sottraendole alla disciplina di altre fonti. A. CELOTTO, op.cit., 136 e R. CARRE DE MALERG, *La loi expression de la volonté générale*. Paris: Sirey, 1931 e L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*. Bologna, Il Mulino, 1996, 89 ss e 175.

³⁸ A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, Cedam, 2002, 22, in cui l’autore sottolinea anche come la rigidità costituzionale ha inciso direttamente sulla superiorità gerarchica della costituzione sulle leggi ordinarie.

³⁹ Sorrentino, op.cit., 4, il quale osserva come “*la legge cessa di essere il centro dell’universo delle fonti, ma rappresenta una delle stelle- anche se ancora la più fulgida- di una complessa costellazione, che ha il suo centro motore nella nuova carta costituzionale*”.

⁴⁰ Sulla perdita da parte della legge del monopolio della primarietà tra le fonti laddove la Costituzione “*assegna ad altri atti legislativi la medesima idoneità normativa, come tali assimilati alla legge, in ragione della forza (o valore) di legge*”, si veda A. CELOTTO, op.cit., 138.

⁴¹ Per i problemi connessi da un lato all’abbandono progressivo della legge parlamentare e la correlativa esplosione di atti governativi ed atipici, vedi per tutti, R. ZACCARIA, (a cura di), *Fuga dalla legge?* cit., 1 ss.; M. DOGLIANI, (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino, Giappichelli, 2012, 1 ss.; V. PIERGIGLI, *Le regole della produzione normativa*, Torino, Giappichelli, 2012, 1 ss.; V. ITALIA, *Il disordine delle leggi e l’interpretazione*, Milano, Giuffrè, 2010, 1 ss.

La legge perde anche la propria unitarietà nel momento in cui, con la previsione di “*nicchie di competenza riservata ad atti prodotti con procedimenti specifici, caratterizzati da contenuti vincolati oppure dotati di una forza diversa da quella tipica*”⁴², essa si frammenta.

Quindi, nel momento in cui la legge non è più ritenuta “*espressione unica della volontà generale e perciò della sovranità dello stato*”⁴³, si impongono sempre di più fonti che derivavano dalla complessità dell’ordinamento stesso, ovvero dalle diverse istituzioni. Si tratta dei decreti, dei regolamenti per l’esecuzione delle leggi, dei regolamenti delle Camere ed infine degli gli statuti.

Accanto, vanno ricordati anche gli atti delle persone giuridiche pubbliche, quali i Comuni e le province ed ancora la consuetudine⁴⁴, non espressa in un atto di volontà, ma fondata dalla condotta spontanea degli individui.

Pertanto è evidente che la legge da atto normativo primario per eccellenza è divenuta la fonte “*a competenza residuale*”⁴⁵, sostituita dalla molteplicità di atti che sono ad essa concorrenti ed al contempo prevalenti, come ad es. le fonti UE.

Per frammentazione della tradizionale costruzione del modello classico delle fonti, si intende anche la frammentazione della funzione della legge⁴⁶, che taluna dottrina inquadra nella perdita della naturale vocazione ordinante, in cui essa perde i propri contenuti tipici (astrattezza e generalità), lasciando spazio all’ingresso di altre fonti normative e quasi normative.

Rispetto a queste ultime, si registra la loro proliferazione quali atti di incerta natura, dichiarazioni aventi valore programmatico o dichiarativo che rinviano ad altri e successivi provvedimenti attuativi⁴⁷.

La legge quindi cambia la propria funzione, in quanto non è più solo fonte “*sulla produzione legislativa e fonte di principi*”, ma sempre più “*guida e governo*”

⁴² R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, Jovene, 2009, 7 e ss.

⁴³ Nella Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789 all’art. 6 e nelle Costituzioni francesi del 1793 (art. 4) e del 1795 (art. 6) si precisa che la sola legge è espressione della volontà generale e che “*tutti i cittadini hanno diritto di concorrere, personalmente o per mezzo dei loro rappresentanti, alla sua formazione. Essa è uguale per tutti sia che protegga sia che punisca*”.

⁴⁴ L’aumento dei vari atti che concorrono alla formazione dell’ordinamento, viene messo in luce, nel corso del tempo, da numerosi esponenti della dottrina. Si richiama V.E. ORLANDO, “*Le fonti del diritto amministrativo*”, Trattato diretto da Orlando, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1897, 1043 e ss.; F. FILOMUSI-GUELF, “*Enciclopedia giuridica*, 7 ed., Gale, Making of Modern Law, Napoli, 1917, 52 e ss.; S. ROMANO, “*Corso di diritto costituzionale*”, Padova, Giappichelli, 1927, 217 e ss.

⁴⁵ F. SORRENTINO, op.cit., 44.

⁴⁶ Sul punto si richiama il pensiero di F. SORRENTINO, op.cit., 14 e la trattazione di *La formazione delle leggi* in A.A. CERVATI, *Commentario della Costituzione diretto da Giuseppe Branca*, Bologna, Il Mulino, 1985, 40 e ss.

⁴⁷ R. ZACCARIA, op.cit., 16, riferisce, a questo proposito, di produzione normativa “*a cannocchiale*”, intendendo con tale espressione “*il fenomeno che vede la legge parlamentare (oppure gli stessi atti aventi forza di legge, magari delegati a propria volta dalla legge, come nel caso del decreto legislativo) demandare e rimandare parti della scelta politica ad altri atti, inevitabilmente del Governo*”.

*di una rete complessiva di processi regolativi*⁴⁸ e ciò in quanto essa “*resta comunque al centro del sistema delle fonti, perché è fondamentale rispetto ad essa che può determinarsi la posizione*” di tutte le altre fonti⁴⁹.

4. Destrutturazione

Relativamente al terzo fenomeno, ovvero la destrutturazione del sistema unitario delle fonti⁵⁰, bisogna preliminarmente capire se esiste ancora un regime comune⁵¹, ovvero un unico ed unitario sistema delle fonti.

Bisogna partire dall’idea che un sistema in cui inquadrare le fonti è indispensabile per non degradare l’ordinamento ad un indecifrabile caos normativo.

In altre parole bisogna chiedersi se vale ancora l’utilizzo del sintagma “sistema delle fonti”⁵² e se esso comprende anche gli atti che in sé non presentano i caratteri tradizionali che hanno connotato le fonti del diritto fino ad ora, ovvero gli altri atti normativi, le fonti extra ordinem⁵³ ovvero atti “*di un nuovo diritto per vie non segnate dai canoni formali della produzione normativa*”⁵⁴.

Nell’ambito della dottrina tradizionale si sono da sempre contrapposte due posizioni.

Da un lato, la posizione di Sandulli secondo cui “*vanno considerati come fonti del diritto soltanto i fatti e gli atti... ai quali l’ordinamento collega la nascita di precetti operanti nei confronti di tutti i possibili soggetti che si trovino nelle condizioni in essi ipotizzate (e per ciò meritevoli di essere considerati precetti*

⁴⁸ P. CARETTI, op.cit., 4.

⁴⁹ A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto italiano* 1) Le fonti scritte. In: Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, Torino, Utet, 1998, 89 ss.

⁵⁰ Di destrutturazione del sistema di produzione normativa parla Serges a proposito della crisi delle fonti che sfocia nella “*disarticolazione dei modi di produzione del diritto ormai percorso da una pluralità di fonti di diversa natura non sempre armonizzate*” G. SERGES, op.cit., 2.

⁵¹ Sull’esistenza di un unico regime comune, la dottrina appare divisa: se da una parte alcuni esponenti quali Esposito, Crisafulli e Pizzorusso hanno un approccio affermativo, diversamente Zagrebelsky ritiene che sia impossibile che esista un regime unitario idoneo a contenere tutte le fonti poiché esse sono troppo varie. G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino 1984, V. CRISAFULLI, op.cit., 8 e ss. e A. PIZZORUSSO, op.cit., 18.

⁵² Sull’uso del sintagma “*sistema delle fonti*” si è interrogata la dottrina, Modugno, affermando che esso diviene problematico, laddove “*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 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*”, F. MODUGNO, *Diritto pubblico*, Terza ed. Torino, Giappichelli, 128.

⁵³ Sulle fonti extra-ordinem, si richiama A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, 314, ed anche L. PALADIN, op.cit., 21 e 541, secondo il quale “*mentre le fonti legali formano un sistema, le fonti extra-ordinem non sono previste da disposizioni o norme, ma rappresentano un prodotto immediato del principio di effettività*”.

⁵⁴ L. PALADIN, op.cit., 15.

general) e, a un tempo, in relazione a tutti i possibili casi che si determinino durante il periodo di loro vigenza (e perciò meritevoli di essere considerati precetti astratti)⁵⁵ ed inoltre “la costituzione non esclude che venga attribuita identica forza ad altri atti giuridici perché nella costituzione non esiste alcuna disposizione la quale limiti il potere della legge in ordine alla determinazione della forza giuridica di fonti secondarie”⁵⁶, allora le fonti vanno ritenute una categoria ampia ed aperta, riempibile di diverse tipologie di atti eterogenei, difficilmente inquadrabili all’interno di un sistema chiuso.

Dall’altro la posizione di altri esponenti della dottrina⁵⁷ i quali ritengono che sicuramente il sistema delle fonti primarie non possa che essere chiuso avendo solo le norme primarie forza e valore di legge.

Quindi il principale problema riguarda l’esistenza del sistema e la sua legittimazione sia rispetto ci alle fonti primarie, inquadrabili in tipi normativi, sia a quelle c.d. secondarie e c.d. terziarie⁵⁸, che, come già detto, sono ormai sempre più atipiche ed anomale, soprattutto nello spazio lasciato libero dalla partecipazione dello Stato alla direzione politica dell’economia e delle imprese.

Bisogna chiedersi se l’insieme delle fonti primarie, secondarie e terziarie formano un sistema⁵⁹ o quest’ultimo è costituito solo da fonti primarie.

⁵⁵ A.M. SANDULLI, op.cit., 525.

⁵⁶ A.M. SANDULLI op.cit., 530.

⁵⁷ Zagrebelsky Paladin e Sorrentino ritengono che il sistema delle fonti, quantomeno primarie, debba essere chiuso laddove “la forza e/o il valore di legge è attribuito solo agli atti primari”. In particolare, F. SORRENTINO, op.cit., 185.

⁵⁸ Secondo una parte degli interpreti le linee guida non sono fonti secondarie, bensì terziarie. Sia per le fonti c.d. secondarie sia per quelle c.d. terziarie, si tratta di atti che derivano dal rafforzamento di organi para-costituzionali come le Autorità Indipendenti e dalla valorizzazione della negoziazione politica e normativa in cui l’attitudine autoritaria e dirigistica dello Stato è stata fortemente temperata a causa della scelta di metodi più consensuali e partecipati della produzione normativa, come avviene anche rispetto a moltissimi atti di *soft law*.

⁵⁹ La nozione di sistema ha una derivazione antica, avendo origine nel pensiero filosofico degli antichi, quale rappresentazione e riproduzione della totalità del reale inteso come organismo. *Species* del sistema in generale, è il sistema giuridico e viene definito proprio come “*sistema della scienza giuridica*”. Per una trattazione completa sull’evoluzione del concetto di sistema giuridico, si rimanda a L. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 2017.

Ciò perché i contorni delle fonti⁶⁰ risultano sempre più vaghi ed indistinti, soprattutto perché sono influenzati dall'ingresso dall'esterno di norme provenienti da altri ordinamenti in particolare da quello sovranazionale⁶¹ ed anche dall'ingresso di una serie di atti e strumenti normativi⁶² che stanno mettendo in discussione proprio le fondamenta del sistema stesso.

Pertanto nell'ambito della dottrina, sorge il dubbio se si possa ancora parlare di sistema delle fonti solo primarie e se sia compatibile con la nuova realtà normativa⁶³.

Per sistema⁶⁴ in generale si intende la rappresentazione e la riproduzione della totalità del reale e, per sistema delle fonti, la rappresentazione e riproduzione della loro totalità. Già Aristotele faceva riferimento ad un'organizzazione sistematica di tutte le scienze nel complesso dello scibile e successivamente il sistema viene, con Kant, caratterizzato dalla coerenza interna e logica. Con le trattazioni istituzionali di Gaio e di Giustiniano⁶⁵ si inizia a riferire di un vero sistema delle fonti e con il Digesto già si intravede, seppur ancora embrionale, un sistema formato dai principali tipi di diritto (il diritto consuetudinario, il diritto legislativo, il diritto giurisprudenziale).

Pertanto in origine era inconcepibile un sistema non unico e non unitario⁶⁶. Infatti, fin dall'antichità⁶⁷, all'epoca delle grandi scoperte geografiche dei secoli

⁶⁰ La scelta del termine fonte deriva dal fatto che si presume che l'idoneità dei documenti e dei comportamenti alla produzione di norme e regole e quindi del diritto, sia "un'idoneità continua ed inesauribile". Per questo appare funzionale la metafora della fonte. Sul punto si richiama la trattazione di F. MODUGNO in "Fonti del diritto e sistema normativo", Relazione tenuta al Seminario metodologico sulle fonti del diritto, Università degli Studi di Ferrara, 25 giugno 2009, disponibile su www.robertobin.it. Bin afferma che è la metafora della fonte quella che meglio spiega cosa sia il diritto. Sul punto si veda R. BIN, "Il sistema delle fonti" in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, Jovene, 27 ss., 1.

⁶¹ Infatti, le fonti provenienti da altri ordinamenti concorrono a formare il diritto positivo poiché vengono richiamate e riconosciute da determinate norme interne. L. PALADIN, op.cit., 74 e poi 414.

⁶² Si fa riferimento, a mero titolo esemplificativo ai codici di condotta e di comportamento, alle linee guida, alle best practice.

⁶³ Come noto, Crisafulli riferiva di un sistema chiuso a livello costituzionale e primario e di un sistema aperto per i rapporti tra legge e regolamento, confermando quindi l'esistenza di più sistemi che dialogano tra loro. V. CRISAFULLI, op.cit., 126.

⁶⁴ Relativamente ad una disamina completa in tema di sistema, si rinvia ad A. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI, op.cit., 4 e ss.

⁶⁵ *Gai, Inst.*, I, 1-7; *Iustiniani Inst.*, II, 1-12.

⁶⁶ Nell'impostazione classica, il sistema viene qualificato secondo indici di unità, autosufficienza e armonia o coerenza. Si veda sul punto, S. MANGIAMELI, *Ordinamento giuridico*, in AA. VV., *Diritto Costituzionale*, a cura dello stesso M., Milano, Giuffrè, 2008, 97 e 110 ss.

⁶⁷ Già gli antichi romani concepirono uno *jus gentium*, comune anche ai peregrini, cioè agli stranieri, (diverso dallo *jus civile*), valido soltanto per i cittadini, e l'evoluzione dell'idea del diritto naturale, specialmente durante il Medioevo, si fondò su medesimi presupposti. Logicamente, rispetto ad oggi l'idea dell'unità del diritto era relativa, ma fu capace di influenzare le vicende di carattere politico che si verificarono allora, ad esempio, per quanto riguarda la concezione del potere imperiale. M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998; J. CHEVALLIER, *La mondialisation de l'état de droit*, in *Mélanges Philippe Ardant*, Paris, 1999, 325 ss.; A. MORAND, (a cura di), *Le droit*

XV e XVI, era stata generalmente accettata l'idea dell'unità del diritto, cioè dell'esistenza di un unico sistema di norme valide per tutti gli uomini, quindi di un sistema autosufficiente di fonti poiché essendoci un sistema di relazioni politico-sociali formalmente e stabilmente organizzato, il sistema di conseguenza era chiuso, non ammettendosi eventi normativi extra-ordinem che distruggessero l'ordine esistente. Si fa risalire all'epoca dei trattati di Westfalia la svolta con cui si realizzò la presa coscienza della reciproca titolarità di poteri sovrani, da parte dei vari monarchi, sui territori dei loro regni e sugli abitanti di essi, i sudditi, fondandosi in tal modo le basi del diritto internazionale, concepito come un ordinamento giuridico distinto da quelli degli Stati, ma collegato ad essi per il fatto che solo gli Stati (ma non gli individui) potevano essere titolari dei diritti e degli obblighi da esso derivanti. Questa svolta ebbe come conseguenza la necessaria e sostanziale rinuncia all'unità del diritto⁶⁸ e la progressiva trasformazione dei sistemi delle fonti del diritto.

Tuttavia, la crisi del sistema non fu immediata, poiché del periodo pre-Repubblicano proprio dello Statuto Albertino, era ancora un sistema unitario che ruotava intorno alla forza di legge formale che, da un lato abrogava le fonti subordinate e precedenti qualora incompatibili e dall'altro resisteva all'abrogazione da parte di regolamenti e consuetudini e nei rapporti tra le leggi formali prevaleva la *lex posterior*⁶⁹. Quindi lo Statuto si limitava a istituire e regolare le fonti atto, le leggi a loro volta disponevano degli atti subordinati e i regolamenti non erano derogabili dai provvedimenti amministrativi. Si trattava quindi di un sistema di stampo kelseniano⁷⁰, ovvero un sistema basato sull'unità di una pluralità di norme, la cui validità va ricondotta ad un'unica norma (*Grundnorm*) posta a fondamento. Ovverosia la norma fondamentale si impone come regola per cui sono prodotte le norme giuridiche ove la formazione delle norme particolari avviene conformemente alla *Grundnorm*. Tale sistema

saisi par la mondialisation, Bruxelles, Bruylant, 2001; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005; M. PONTTHOUREAU, *Trois interprétations de la globalisation juridique*, in *AJDA*, 2006, 20 ss.

⁶⁸ Mentre infatti, fin dall'epoca tardo-medievale e rinascimentale, in assenza di strutture come lo Stato moderno, l'idea dell'unità del diritto era generalmente accettata, quanto meno come ordinamento della *Respublica christiana*, nonostante le difficoltà derivanti dall'aumento delle fonti tra cui si richiamano ad es. *i responsa prudentium* desunti dal *Corpus juris* dopo il suo recupero, le consuetudini, dagli editti, le ordinanze e altri provvedimenti, i principi, i precetti del diritto canonico, ecc..

Con l'organizzazione dello Stato moderno, e soprattutto dopo la sua tendenziale identificazione all'interno del concetto di Nazione, ciascun ordinamento riconobbe, a se stesso, il potere esclusivo di determinare le proprie fonti e queste pertanto si vennero progressivamente concentrando nella legge dello Stato, soprattutto dopo che, con l'avvento dei principi del costituzionalismo, la sovranità fu trasferita dal monarca al popolo e la legge poté essere concepita come "*expression de la volonté générale*". Per approfondimenti, si veda la trattazione di A. PIZZORUSSO, *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI secolo*, in *Foro It.*, Vol. 130, n.2, 2007.

⁶⁹ L. PALADIN, op.cit., 75.

⁷⁰ H. KELSEN, "*lineamenti di dottrina pura del diritto*", 1933, 95 e ss.

tuttavia mostrava un primissimo limite nel fatto che non considerava le forme di produzione del diritto che si originavano *extra-ordinem*, ossia quelle che la dottrina ha definito “*le più rilevanti dell’esperienza costituzionale perché ne dimostrano la vitalità*”⁷¹.

Tale impostazione venne messa in discussione quando emerse che lo Statuto non poteva continuare ad avere preminenza sulle leggi comuni (come con l’avvento di atti governativi con forza di legge, decreti legislativi di prerogativa regia; delegazioni legislative che derogavano allo Statuto stesso ed infine con i decreti istitutivi dello stato d’assedio e alcuni decreti legge adottati dal Governo). Nonostante ciò il sistema continuava a funzionare grazie alla centralità mantenuta dalla legge formale che veniva ancora concepita come la fonte primaria in assoluto e all’applicazione rigida del criterio gerarchico che orientava il funzionamento del sistema.

Con l’avvento della Costituzione Repubblicana, il sistema delle fonti legali fino a qui richiamato, venne alterato nel senso che non poteva essere più inteso quale sistema chiuso, perché variegata e multiformi erano diventate le tipologie di atti, non più riconducibili al quadro fissato dalle preleggi ed inoltre si imponevano nuovi atti normativi come la Costituzione, le leggi Costituzionali, i referendum abrogativi, le leggi regionali e successivamente gli atti di diritto derivato provenienti dall’Europa, le consuetudini internazionali contemplate dall’art. 10 della Costituzione.

La crisi del concetto di sistema è stata condizionata fortemente dalla Costituzione. In essa infatti, viene proposto un modello c.d. plurale di fonti il quale rappresenta quella che una parte della dottrina, Sorrentino, definisce una rivoluzione copernicana in cui “*la legge cessa di essere il centro dell’universo delle fonti, ma rappresenta una delle stelle, anche se ancora la più fulgida, di una complessa costellazione che ha il suo centro motore nella nuova carta costituzionale*”.

Da una parte dalla posizione che nel tempo ha assunto, al suo interno, la stessa Costituzione, ovvero una Costituzione rigida, che si pone al di sopra della legge che ha generato relazioni tra diversi atti normativi rispetto al normale rapporto di gerarchia, anche esso messo in crisi.

Inoltre, l’elencazione delle fonti contenuta nelle disp. Prel. c.c., non risultava più rispondente alla realtà, essendo essa anteriore rispetto all’ordinamento costituzionale e priva di forza costituzionale (essendo contenuta in un testo, come il codice civile cui accedono, con decreto legislativo dietro legge di delegazione).

Nella scienza giuridica Occidentale si distinguono due tipologie di sistema rispetto a cui è la seconda, quella di c.d. sistema esterno, che qui ci interessa. Infatti, per sistema esterno, si intende “*la convenzionale rappresentazione degli*

⁷¹ G. ZAGREBELSKY, op.cit., 26.

*oggetti di una scienza*⁷² e il sistema delle fonti sembra rientrare in tale tipologia, poiché esso funge da strumento di determinazione di un ordine delle norme in ragione della loro derivazione (validità) più che di coerenza dei contenuti.

Nell'evoluzione del concetto di sistema, gli interpreti ne hanno evidenziato il carattere sempre più "dinamico", soggetto a mutamenti, avendo esso la capacità di produrre, indefinitamente, in modo "continuo ed inesauribile"⁷³ norme giuridiche ed al contempo assorbire quelle provenienti dall'esterno⁷⁴.

Pertanto, tale sistema è stato qualificato come "l'insieme o il complesso di norme o regole sulla produzione delle norme o regole che insieme costituiscono un ordinamento normativo"⁷⁵, come un sistema di "regole su regole" o "un sistema di meta regole o metanorme"⁷⁶.

Rispetto all'idea di definirlo "un sistema di meta regole e metanorme" intese come norme proprie di un certo ordinamento, la dottrina⁷⁷ si è spinta più avanti, asserendo che saranno così possibili tanti sistemi delle fonti e delle regole sulla produzione delle norme quanti sono gli ordinamenti giuridici possibili.

Infatti, secondo una parte della dottrina si assiste proprio al passaggio da un sistema delle fonti a un "sistema degli ordinamenti", nel senso che accanto al nostro ordinamento si sono imposti altri ordinamenti dando vita ad una pluralità di ordinamenti aventi competenze normative interconnesse creando una c.d. rete di ordinamenti collegati tra loro e con l'ordinamento statale da diversi raccordi e quindi per ciascun ordinamento vi è poi un sistema che risulterà da più atti normativi che quindi possono essere tanto primari quanto secondari e terziari, connessi a quelli degli altri ordinamenti.⁷⁸

Si inizia così a ragionare di sistemi integrati in senso moderno, ovvero sistemi di fonti degli stati moderni e sistemi degli altri ordinamenti⁷⁹ (quali quello internazionale e poi successivamente quello Europeo, considerando anche quello della Chiesa Cattolica e di altre confessioni religiose; gli ordinamenti degli enti pubblici territoriali e funzionali).

⁷² Esempi di sistema esterno sono il sistema delle Dodici Tavole, dello jus civile muciano, il sistema edittole, l'ordinamento legale giustiniano.

⁷³ F. MODUGNO, op.cit. 199

⁷⁴ L. CARLASSARE, op.cit. 536

⁷⁵ F. MODUGNO, op.cit. 3.

⁷⁶ F. MODUGNO, op.cit. 3.

⁷⁷ F. MODUGNO, op.cit. 3.

⁷⁸ Tale teorizzazione si deve a Pizzorusso in A. PIZZORUSSO, *Le fonti scritte* in (a cura di), *Trattato di diritto civile. Le fonti del diritto italiano*, I, Torino, Utet, 1998, 173 ss e anche A. PIZZORUSSO, *Sistematica giuridica e sistema delle fonti del diritto*, in *Studi in onore di Lorenza Carlassare*, op.cit., 121 e ss.

⁷⁹ Come affermato dalla dottrina, Pizzorusso "quello che però è ormai assolutamente necessario è che si tenga conto che ciascun ordinamento giuridico statale non può più essere considerato come una monade isolabile da ogni altra entità di questo tipo" A. PIZZORUSSO, "La produzione normativa in tempi di globalizzazione", Torino, Giappichelli, 2008, 15-16.

Quindi, se è vero che vi sono più sistemi che interagiscono tra loro⁸⁰, allora ci sono fonti (primarie, secondarie e terziarie) che producono una molteplicità di norme, allora è evidente come ormai è sempre più difficile condividere l'antica idea di un solo sistema ordinato, coerente e completo.

Quindi non è più attuale l'idea di un sistema ordinato⁸¹ ed unitario quale insieme delle regole⁸² ma prevale la concezione di diversi sottosistemi che tra loro dialogano. Sul punto è interessante richiamare le osservazioni di una parte della dottrina, Ruggeri, secondo cui l'articolazione del sistema in sottosistemi non equivale a negare il sistema: anzi, è una sfumatura diversa di concepire un nuovo concetto di unità che si rinnova e muta mediante la valorizzazione delle risorse dell'ordinamento pluralista⁸³.

Si tratta di una rappresentazione realistica dell'attuale configurazione, quella formata da sottosistemi che legano le fonti "a grappolo"⁸⁴, realizzando le congiunzioni tra i loro diversi livelli mediante l'incontro di quelle apicali (proprie dei vari sistemi) o mediante diversi atti normativi che creano catene sia orizzontali sia verticali.

La destrutturazione del sistema e la nascita "dei sistemi" risente di due fattori ulteriori.

⁸⁰ Per la definizione dei rapporti tra fonti dei diversi sistemi e quindi per la positiva esistenza di più sistemi, si veda specificamente P. PINNA, *Il diritto costituzionale della Sardegna*, Torino, Giappichelli, 2007, spec. 117 ss. ma espressioni analoghe, implicanti l'esistenza di più sistemi delle fonti interagenti, si trovano in A. RUGGERI, *Le fonti del diritto regionale: ieri, oggi, domani*, Torino, Giappichelli, 2001, che pure rielabora un lessico di ascendenza luhmanniana (v. N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin 1965, trad. it. (a cura di G. Palombella – L. Pannarale) *I diritti fondamentali come istituzione*, 2002).

⁸¹ Secondo l'impostazione tradizionale, Crisafulli, si tratterebbe di un sistema chiuso a livello primario, che consentirebbe di garantire, almeno le fonti primarie dal caos che ha ormai permeato il sistema delle fonti. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, Cedam, 1984, 126.

⁸² Infatti, con la perdita di consistenza del sistema delle norme, si è messo in discussione il rapporto tra il sistema delle fonti ed il sistema delle norme. Come noto, i due sistemi sono su un piano logico-linguistico diverso, pur essendo i due sistemi "funzionalmente collegati ed interdipendenti", laddove il sistema delle fonti costituisce la condizione di esistenza del sistema delle norme. Quindi nel momento in cui il sistema delle fonti ha perso la propria consistenza di sistema, non è più un sistema condizionante il sistema delle norme. Prima infatti vi era un collegamento logico di presupposizione tra il sistema delle fonti e il sistema delle norme. Il sistema delle fonti infatti era condizionante rispetto al sistema delle norme: le norme in quanto elementi di quest'ultimo in quanto prodotte dalle fonti già ordinate in sistema. Il venir meno del concetto di sistema, ha fatto venir meno anche tale rapporto di presupposizione. Sul punto si richiama F. MODUGNO, op.cit. 2.

⁸³ A. RUGGERI, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?* Relazione al Convegno su *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, Università degli Studi di Roma tre 27-28 novembre 2008.

⁸⁴ A. RUGGERI, *Dinamiche della normazione e valori, nella prospettiva di una ricomposizione "multilivello" del sistema delle fonti*, Relazione al Convegno su *Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati: 'nuove' frontiere per 'nuovi' diritti* Cosenza 19 ottobre 2007 in www.forumcostituzionale.it

Il primo riguarda la molteplicità delle nuove fonti che si sta imponendo nell'ordinamento sia interno sia internazionale sia euro-unitario, aggiunge nuovi e diversi interrogativi soprattutto in relazione al rapporto di dipendenza della Costituzione dai documenti normativi confezionati a livello Europeo⁸⁵, rendendo con ciò, il sistema sempre meno stabile e sempre più in movimento.

Il secondo riguarda l'evoluzione, all'interno del sistema, della nozione stessa di fonte del diritto. Infatti, oggi con la moltiplicazione della normazione atipica secondaria e terziaria si pone il problema della giustificazione normativa di tali atti. Infatti, manca una norma sulla produzione giuridica che ne legittimi con certezza l'appartenenza al sistema⁸⁶ o ai sistemi o che addirittura ne consenta l'ingresso nell'ordinamento in quanto si tratta di nuovi modi della normazione basati su principi diversi rispetto a quelli che hanno orientato il sistema tradizionale, ovvero i principi di partecipazione, apertura ed inclusione che quindi valorizzano una regolamentazione ed una normazione negoziata ed atipica⁸⁷.

Pertanto, alla luce di quanto evidenziato, ormai è propria della maggior parte degli interpreti l'idea di dubitare dell'esistenza di un vero e proprio sistema in senso classico poiché il nostro attuale sistema è aperto e sfaccettato in più sottosistemi integrati in cui le regole sulla individuazione delle fonti sono prodotte da fonti esterne al sistema e per questo esso non può proprio ritenersi chiuso⁸⁸.

Tuttavia, come teorizzato da una parte della dottrina, Carllassare, l'avvento di nuovi atti normativi e quindi la convivenza con un diverso assetto normativo, non significa *“mettere in causa le costruzioni teoriche generali così perfette da rendere difficile persino riproporne l'essenza, che non richiedono rielaborazioni e fanno quasi da premessa al tema. Da esse, anzi ogni indagine deve partire per tentare la comprensione e la sistemazione del “nuovo” cercando di discernere la parte stabile da quella in movimento”*⁸⁹.

In altre parole, nel pluralismo delle fonti, i principi devono mantenere, ancora di più che in passato, il ruolo ordinante e unificante. I principi infatti costituiscono l'unico mezzo per *“navigare nell'arcipelago giuridico”*⁹⁰, orientandosi tra i numerosi plessi normativi, poiché essi riescono a ricondurre tutte le

⁸⁵ Si richiama il pensiero di A. RUGGERI, op.cit., 6, il quale afferma appunto che la sovranità della Costituzione è stata messa in discussione dal fatto che *“gli stessi enunciati maggiormente espressivi dell'identità costituzionale richiedono di attingere in corposa misura ed in modo incessante ai documenti normativi confezionati in seno alla Comunità internazionale e all'Unione europea.*

⁸⁶ Sul punto si richiama il pensiero di F. MODUGNO, *“fonti del diritto: I) Diritto costituzionale,”* in Enc. Giur., XIV, 1989, 2 ss.

⁸⁷ A. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI, op.cit., 196 e ss.

⁸⁸ Infatti, *“una serie di rapporti sono ormai di fatto regolati da sistemi normativi esterni”* A. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI, op.cit., 196.

⁸⁹ L. CARLASSARE, op.cit. 537

⁹⁰ F. PASTORE, op.cit., 41.

fonti, anche quelle atipiche ad una *ratio* unitaria sottesa a tale magma normativo⁹¹.

Quanto detto rileva poiché siamo al cospetto di una Costituzione pluralista, fatta di principi che vanno ritenuti quali punti di partenza per generare nuove norme (la c.d. *dimensione nomogenetica dei principi*).

In tal senso dunque per ovviare alla crisi e alle crisi che hanno investito il tema delle fonti, il sistema pre-costituzionale, non andrebbe messo da parte, ma ne andrebbero utilizzate le basi⁹² come fondamento per accogliere i nuovi atti normativi e consentire che essi dialoghino tra loro superando antinomie e contrasti⁹³, accettando come parte ormai integrante del sistema e dei sistemi, i moduli negoziati e la riduzione drastica degli spazi affidati alla normazione istituzionale, acconsentendo al fatto che ormai siamo dinnanzi alla revisione sostanziale del concetto stesso di fonte normativa⁹⁴.

Infatti, oggi il sistema⁹⁵ incontra, ancora più che in passato, due problemi di difficile soluzione: da una parte quello del rapporto tra i diversi tipi di fonti e dall'altro quello della successione temporale di atti e fatti. Ormai i principi di sopra-sotto-ordinazione, di riserva di competenza, di contenuto della norma così come i classici criteri di risoluzione delle antinomie quali quello gerarchico, della competenza, cronologico e di specialità non sembrano più risolutivi delle problematiche che si pongono concretamente nell'ordinamento. Pertanto è incontestabile che un sistema idoneo a ricomprendere, in modo ordinato e coerente, tutte le fonti, come era il sistema nel periodo statutario- fascista, oggi non è pensabile.

⁹¹ S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, Giuffrè, 1986 524.

⁹² in un'ottica resiliente, ovvero adattando al presente le strutture e i principi universali che possono continuare a funzionare da struttura portante. Sulla capacità, in senso critico, del sistema ad essere "resiliente" M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*. Bologna, Il Mulino, 2002, 5.

⁹³ In tal senso infatti, negli anni 40 e 50 del 1900, per cercare di rispondere alle nuove esigenze connesse alla varietà di nuove fonti normative, gli interpreti hanno tentato di fondare i rapporti tra le norme sui criteri fino ad ora imperanti, prima ricorrendo al criterio della gerarchia e della parità reciproca e poi anche al criterio della competenza. L. PALADIN, *op.cit.*, 82 e ss.

⁹⁴ Rispetto a questa impostazione è opportuno richiamare le parole di Calamandrei che invitano ad adeguarsi alle evoluzioni-involuzioni anche e soprattutto per comprendere e sistemare "il nuovo": P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, pp. 598 ss cit., p. 599, dove si afferma testualmente: «*Il diritto non declina: il diritto si adegua. Nella storia della civiltà umana si avvicendano periodi di lenta evoluzione, che possono sembrare di stasi, a periodi di precipitose trasformazioni sociali; e solo nei primi può sembrare che imperi il diritto, perchè in quel ristagno sociale le concezioni giuridiche sono limpide e taglienti: mentre nei periodi di rapido trapasso la certezza del diritto si appanna e i dogmi appaiono come sfocati da una vibrazione che ne annebbia i contorni. Ma questa incertezza può essere preludio di rinascita (...)*».

⁹⁵ Nell'impostazione classica, il sistema viene qualificato secondo indici di unità, autosufficienza e armonia o coerenza. Si veda sul punto, S. MANGIAMELI, *Ordinamento giuridico*, in AAVV, *Diritto Costituzionale*, a cura dello stesso M., Milano, Giuffrè, 2008, 97 e 110 ss.

5. Delocalizzazione

Infine il quarto ed ultimo fenomeno di crisi delle fonti è dato dalla loro delocalizzazione che ormai, a causa dei confini “*sempre più mobili*”⁹⁶, vanno nelle più diverse direzioni.

Si individuano tre direzioni principali: la prima, secondo cui le fonti sono prodotte sempre più al livello locale e regionale, la seconda che registra il ruolo sempre più dominante, nel nostro ordinamento, delle fonti europee⁹⁷ e la terza che vede la nascita di centri di produzione normativa diversi da quelli previsti in Costituzione⁹⁸.

Negli ultimi anni, per effetto di “*spinte disgregatrici nazionali ed internazionali*”⁹⁹ è venuto a mancare il modello di Stato come ordinamento politico dominante. Ciò ha posto le basi per una crisi dello Stato e quindi anche delle fonti o meglio, come la dottrina¹⁰⁰ precisa, del modello ricevuto di fonte del diritto.

Si segnala, al riguardo, il ruolo sempre più preponderante delle fonti provenienti dalle Regioni e dalle Autonomie Locali, soprattutto dopo la riforma del Titolo V della Costituzione¹⁰¹.

Secondo la dottrina, ciò trova la propria *ratio* nell’intento di dotare il governo locale di autonomia, conferendogli un potere normativo che operi sullo stesso livello della legge formale ordinaria¹⁰². In tal modo la delocalizzazione porta alla creazione di un “*legislatore totalmente indipendente*”¹⁰³ e potenzialmente divergente con il Parlamento, con tutte le conseguenze che ciò comporta, prima fra tutte il riflesso, sul sistema delle fonti, dei rapporti tra le fonti primarie statali e la legge regionale.

⁹⁶ A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, Il Mulino, 2018, 72.

⁹⁷ Sul punto viene precisato proprio che “*i procedimenti di formazione normativa si collocano fuori dall’ambito nazionale*”. F. SORRENTINO, op.cit., 13.

⁹⁸ Pastore individua questa terza direzione verso cui si spinge la produzione normativa. PASTORE, op.cit., 118.

⁹⁹ F. SORRENTINO, op.cit., 3.

¹⁰⁰ F. SORRENTINO, op.cit., 3.

¹⁰¹ Per un approfondimento sulle questioni legate alle fonti regionali e alla riforma del titolo V, si veda P. CAVALIERI, *L’evoluzione dello Stato regionale in Italia: lezioni di diritto regionale*, Padova, Cedam, 1997; AA.VV., *Regione e governo locale fra decentramento istituzionale e riforme: esperienze e culture a confronto*, Firenze, Maggioli, 1997; L. PALADIN, *Diritto regionale*, Padova, Cedam, 2000; A. RUGGERI, *Le fonti di diritto regionale: ieri, oggi, domani*, Torino, Giappichelli, 2001; A. PAOLETTI, *Leggi-cornice e Regioni: crisi di un modello*, Milano, Giuffrè, 2001; G. ROLLA, *Diritto regionale e degli enti locali*, Milano, Giuffrè, 2002; T. MARTINES, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, Giuffrè, 2002; P. CAVALIERI, *Diritto regionale*, Padova, Cedam, 2003; AA. VV., *Diritto regionale e degli enti locali*, Milano, Giuffrè, 2003; T. TESSARO, *Manuale di diritto regionale: natura, ruoli, funzioni di Regioni, Province, Comuni: aggiornato con legge 5 giugno 2003, n. 131 (c.d. Legge La Loggia)*, Firenze, Maggioli, 2004.

¹⁰² R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, 2009, 13.

¹⁰³ *Ivi*, 14.

Infatti, dotando le regioni di un potere normativo si è infranta la competenza generale della legge statale¹⁰⁴ e il fenomeno della delocalizzazione ha condotto alla necessaria revisione del rapporto tra legislatore nazionale e legislatori locali¹⁰⁵ e quindi ai rapporti tra le fonti primarie statali e la legge regionale, rapporti orientati al criterio della competenza, maggiormente idoneo a garantire l'esercizio del potere legislativo all'interno di un ordinamento dotato di un maggior numero di centri di legislazione come appunto il nostro.

Infatti, con la ridefinizione delle materie di competenza esclusiva, concorrente e residuale, accanto all'individuazione, all'art. 117 comma 6 Cost., della potestà regolamentare in capo agli enti locali in ordine alla disciplina della loro organizzazione e delle loro funzioni, viene messa in discussione la visione monolitica delle fonti che vedeva al centro la legge e un'unica amministrazione pubblica centrale.

Risulta evidente che il confine tra la competenza legislativa statale e quella regionale è sempre più mobile in un processo evolutivo in cui i protagonisti saranno prevalentemente le forze politiche centrali e quelle locali¹⁰⁶.

Correlativamente, con il rovesciamento del criterio di enumerazione delle materie prima vigente, la legge regionale diventa quella che, in via di fatto, ha competenza generale (o precisamente *residuale*)¹⁰⁷.

¹⁰⁴ R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, 2009 in www.robertobin.it.

¹⁰⁵ Al fine di sistemare le fonti di un ordinamento come quello regionale, dotato cioè di più centri di legislazione ordinaria, viene introdotto il criterio della competenza, essendo chiara l'impossibilità di affidarsi al solo criterio gerarchico: tuttavia, anche il criterio della competenza sembra atteggiarsi in modo assai diverso da come avrebbe dovuto, poiché secondo la dottrina, le leggi dello Stato “*ignorano il loro limite di competenza e si occupano dell'intera disciplina della materia considerata, superando una reale distinzione tra principi e dettagli*”. Sul punto si richiama R. BIN, op.cit., 10 e F. MODUGNO, *Fonti cit.*, 4. Sui diversi sviluppi teorici del criterio della competenza, S. NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, Padova, Cedam, 2001, 70 ss. Inoltre si richiama anche Crisafulli, che aveva contribuito al tentativo di introdurre il criterio della competenza come nuovo criterio di soluzione delle antinomie che, aggiungendosi ai due criteri precedenti, può concorrere a ordinare il “sistema delle fonti” così come emergere dalla Costituzione (*Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 775 ss.), riconosce, alla fine, che quella teoria non regge alla prova dei fatti, perché all'idea della separazione delle competenze tra legge statale e legge regionale si sia sostituita una (quasi) completa concorrenza, mitigata da un principio di preferenza per la legge regionale di dettaglio (*Vicende della “questione regionale”*, in *Le Regioni*, 1982, 495, 502-507).

¹⁰⁶ F. SORRENTINO, op.cit., 2552

¹⁰⁷ F. SORRENTINO, op.cit., 5.

La seconda spinta verso la delocalizzazione riguarda l'irrompere nell'ordinamento interno delle norme internazionali di origine pattizia¹⁰⁸ e poi delle fonti europee¹⁰⁹.

Infatti, la pluralità delle fonti che caratterizza la realtà giuridica contemporanea ha indebolito l'esclusività dell'ordinamento statale¹¹⁰, da sempre concepito come necessariamente ordinato e concluso¹¹¹.

Come noto, la Corte costituzionale con sent. n. 14 del 1964¹¹² ha sancito che il rapporto tra fonti interne ed europee è retto dall'art. 11 Cost. e dalle limitazioni di sovranità in esso previste. La successiva giurisprudenza costituzionale

¹⁰⁸ B. BONAFÈ, *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, 98-111; Sul ruolo della giurisprudenza vedi E. D'ATENA, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione europea*, in *Rass. Parl.*, 2002, 915 e 923; E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Milano, Giuffrè, 2010, 97. ss., disponibile online all'indirizzo www.cortecostituzionale.it; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, 206, ma anche C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, 194 e E. CANNIZZARO, *La riforma federalista della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Riv. dir. int.*, 2001, 921.

¹⁰⁹ Per una diffusa trattazione del tema F. SORRENTINO op. cit., 140 e ss. e sempre ID., *“Ai limiti dell'integrazione europea: primato delle fonti o delle istituzioni comunitarie?”* in *“Scintillae iuris”*, Studi in memoria di G. Gorla, I, Milano, Giuffrè, 1994, 357-370.

¹¹⁰ N. MACCORMICK, *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, Bologna, Il Mulino, 2003, cap. VII.

¹¹¹ Osserva Bin che la *“sovranità è un elemento della costruzione teorica dello Stato. Quando noi parliamo di Stato, difficilmente facciamo a meno della parola sovranità, perché riassume alcune prerogative... che possono essere riassunte nel cosiddetto principio di esclusività”* in base al quale *“lo Stato pretende di essere l'unico a comandare e nega che vi sia un'autorità che gli si possa contrapporre all'interno o all'esterno”*. R. BIN, *La sovranità nazionale e la sua erosione*, in A. PUGIOTTO, (a cura di) *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, Napoli, Jovene, 2013, 369 - 381.

¹¹² la Corte costituzionale interpreta per la prima volta la relazione tra l'art. 11 Cost. (*«per la parte nella quale si enuncia che l'Italia consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni e promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo»*) e i Trattati istitutivi Europei, in base alla quale *«la norma (significherebbe) che, quando ricorrono certi presupposti, è possibile stipulare trattati con cui si assumano limitazioni della sovranità ed è consentito darvi esecuzione con legge ordinaria; tuttavia, «ciò non (importerebbe) alcuna deviazione dalle regole vigenti in ordine alla efficacia nel diritto interno degli obblighi assunti dallo Stato nei rapporti con gli altri Stati, non avendo l'art. 11 conferito alla legge ordinaria, che rende esecutivo il trattato, un'efficacia superiore a quella propria di tale fonte di diritto»*. Di conseguenza, non potrebbe dirsi possibile una interpretazione, per la quale *«la legge che contenga disposizioni difformi da quei patti sarebbe incostituzionale per violazione indiretta dell'art. 11 attraverso il contrasto con la legge esecutiva del trattato»*. Sicchè, *«la violazione del trattato, se importa responsabilità dello Stato sul piano internazionale, non toglie alla legge con esso in contrasto la sua piena efficacia»*, dal momento che *«deve rimanere saldo l'impero delle leggi posteriori a quest'ultima, secondo i principi della successione delle leggi nel tempo, ne consegue che ogni ipotesi di conflitto fra l'una e le altre non può dar luogo a questioni di costituzionalità»* M. BON VANSALSSINA, *Considerazioni sulla sent. n. 14 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1964, 133 ss.; L. PALADIN, *Il sindacato della Corte costituzionale sull'utilità delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1964, 145 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Appunti sulla sentenza della Corte costituzionale riguardante la legge istitutiva dell'ENEL*, in *Giur. cost.*, 1964, 443 ss.; M. CATALANO, *Portata dell'art. 11 della Costituzione in relazione ai Trattati istitutivi della*

teorizzava poi, sempre mediante l'art. 11 Cost., una riserva di competenza intangibile per le fonti europee poi definita in rapporto di gerarchica sovraordinazione delle fonti europee rispetto a quelle interne, con il limite dei principi supremi e dei diritti inviolabili della persona¹¹³.

L'ingresso di norme e di centri di produzione normativa sovranazionali infrange così il monopolio costituzionale delle fonti primarie producendo direttamente effetti sul diritto nazionale, arrivando a sostituire quest'ultimo (salvo il ricorso alla c.d. teoria dei controlimiti)¹¹⁴, poiché tali norme sono dotate di rango para-costituzionale, alterando così la struttura gerarchica delle fonti¹¹⁵.

Infatti, proprio nell'ottica di un sistema "aperto" nei propri confini¹¹⁶, determinate fonti, pur non espressamente previste in Costituzione, sono riconosciute come appartenenti all'ordinamento. Si tratta non solo delle fonti del diritto dell'Unione europea (legittimate mediante la lettura estensiva dell'art. 11 Cost. e poi dal nuovo 117 comma 1 Cost.), ma anche delle norme derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo aventi "forza normativa sovra-legislativa"¹¹⁷ grazie all'esegesi dell'art. 117 comma 1 Cost¹¹⁸.

Comunità europea, in *Foro it.*, 1964, 465 ss.; R. MONACO, *Diritto comunitario e diritto interno davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1964, I, 1312 ss.

¹¹³ Sul ruolo della Corte di Giustizia e della giurisprudenza si rimanda a F. SORRENTINO, voce *Fonti (dir. Cost.)*, *Dizionario di diritto pubblico*, S. CASSESE (a cura di), Milano, Giuffrè, 2004, 2543 e ss.

¹¹⁴ Come noto quando il diritto Ue entra nel nostro ordinamento e diventa applicabile, prevale sulle fonti interne confliggenti, derogando anche le fonti di rango costituzionale, salvo che il contrasto sia con i principi supremi. Si tratta della c.d. teoria dei contro-limiti, che è imperniata sull'esistenza di un 'nucleo duro' di principi supremi che forgianno l'identità costituzionale e che, perciò, devono essere salvaguardati ogni volta che l'interferenza di fonti esterne provi a scalfirne il carattere assiologicamente inderogabile. Si rinvia a A. BERNARDI, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, Jovene, 2016 e G. PINO, *La «lotta per i diritti fondamentali in Europa». Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, in I. TRUJILLO, F. VIOLA, (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2007, 109-141 ed ancora M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 15 aprile 2016.

¹¹⁵ F. PASTORE, op.cit., 116-117.

¹¹⁶ Secondo Sorrentino "il confine tra interno ed esterno, grazie al quale si afferma e postula la sovranità degli stati, tende... a fluidificarsi", F. SORRENTINO op.cit., 11.

¹¹⁷ Sul punto vedi la trattazione di D. TEGA, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in M. CARTABIA, (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, il Mulino, 2007, 69-70; A. BARBERA, "Nuovi diritti": attenzione ai confini, in L. CALIFANO, (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2004. Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte Costituzionale si rinvia a D. TRABUCCO, *Tutela multilivello dei diritti e sistema delle fonti nei rapporti tra la Cedu e l'ordinamento italiano. Verso un ritorno ai criteri formalizzati a garanzia della superiorità della Costituzione?*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fasc. 3/2018.

¹¹⁸ A. MORRONE, op.cit., 73 e per una diffusa disamina anche R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano* in <http://www.giurcost.org/studi/romboli6.pdf>, fasc. 3, 2018.

L'introduzione di tali fonti "esterne"¹¹⁹ nel nostro ordinamento, infrange il monopolio della Costituzione laddove esse, pur non previste da essa in modo esplicito, entrano nel sistema mediante un atto di legislazione ordinaria. Diviene evidente che, con l'appartenenza del nostro ordinamento a quello sovranazionale, non è più possibile riferire solo di fonti interne senza considerare i loro legami con quelle esterne all'ordinamento¹²⁰.

Infatti, la prevalenza delle fonti europee su quelle interne anche di grado costituzionale (salvo i principi supremi)¹²¹, l'evidente unificazione delle fonti nazionali con quelle europee, assieme alla devoluzione al giudice europeo, con l'interpretazione pregiudiziale della cognizione del rapporto tra fonti interne e fonti UE, contribuisce a delocalizzare le fonti verso l'esterno¹²².

La terza spinta,¹²³ infine, concerne la nascita di nuovi centri di produzione normativa (estranei al testo costituzionale), ma efficaci ed idonei a creare un nuovo diritto, estraneo alla *ratio* della sovranità, ai confini statali e ai radicamenti territoriali, ma fondato su regole commerciali, decisioni prese all'interno di arbitrati internazionali ect. Si tratta della c.d. *lex mercatoria*, la quale viene ritenuta una fonte autonoma "*proveniente da un plesso normativo separato*",¹²⁴ che si fonde con i procedimenti interni di produzione giuridica.¹²⁵ Tale

¹¹⁹ L'ingresso delle fonti esterne nel nostro ordinamento, implica "*la consapevolezza del legislatore costituzionale delle peculiarità dell'ordinamento comunitario in quanto tale e la sua volontà di accettarlo nella sua attuale consistenza. Ciò significa, non soltanto superiorità delle norme comunitarie su quelle interne, ma accettazione di un aquis comunitarie che comprende la diretta applicabilità di alcune fonti comunitarie, l'idoneità delle fonti comunitarie a derogare a norme costituzionali, con il limite dei principi supremi, la soggezione degli interpreti alle pronunce della Corte di giustizia*" F. SORRENTINO, op.cit., 144. Sul punto anche ID., *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *Rivista A.I.C.*, 2002 e R. LUZZATTO, *Il diritto europeo e la Costituzione italiana dopo la riforma dell'art. 117 in Il diritto dell'Unione europea*, 2008, 1 e ss.

¹²⁰ L'introduzione stessa di fonti, provenienti da un "*sovraordinamento*" costituisce in sé una rivoluzione che delocalizza il sistema delle fonti "fuori" dalla Costituzione, laddove tali fonti non sono espressamente ed esplicitamente previste in Costituzione, ed in tal modo, mediante un atto di legislazione ordinaria, "*infrange il monopolio costituzionale della disciplina delle fonti primarie*". Si richiama F. SORRENTINO, op.cit., 6.

¹²¹ Sulla capacità delle fonti europee, entro i limiti dei principi supremi, di derogare alla Costituzione si veda ID., op.cit., 140.

¹²² È interessante richiamare una posizione per certi versi estrema, secondo cui "*la Costituzione, non è più legata alla concezione gerarchica-verticale del sistema delle fonti di produzione del diritto, una Costituzione "parziale" nella misura in cui si presta a "farsi fecondare dalle altre Carte" laddove queste si dimostrino idonee ad una tutela più intensa dei diritti fondamentali in gioco*". D. TRABUCCO, op.cit., 14 e A. RUGGERI, *CEDU, diritto "eurounitario" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi"*, www.diritticomparati.it, 19 aprile 2013, 1 e ss.

¹²³ S. BESSON, J. TASIOLAS 2010. *Introduction*, in IDD. (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, 2010, 1 ss. e F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2004.

¹²⁴ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, il Mulino, 2001.

¹²⁵ F. SORRENTINO, op.cit. 10.

fenomeno contribuisce a creare un sistema sempre più *polinormativo* fatto di livelli normativi di diversa origine.

Dall'analisi dei quattro fenomeni che pongono in crisi il sistema delle fonti si evince, in conclusione, che essi costituiscono lo specchio dell'attuale rapporto tra i poteri dello Stato, in cui viene sempre più demandata a fonti *extraordinem*, ad atti di incerta configurazione e a fonti secondarie del Governo, la disciplina di numerose materie e settori, facendo andare in crisi l'idea classica del sistema basato sulla centralità della legge, come ingranaggio principale del funzionamento del sistema.