

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

3

2012



JOVENE EDITORE

RECENSIONI

A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano. Disposizioni sulla legge in generale art. 1-9*, Seconda edizione, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 2011.

La seconda edizione del commento di Alessandro Pizzorusso alle «preleggi» compare a trentaquattro anni di distanza dalla prima, e fin dall'impianto fondamentale costituisce un'opera integralmente nuova.

Nella Prefazione l'Autore illustra le ragioni della scelta, muovendo dalla premessa che nell'intervallo fra le due edizioni si è avuto un «accentuato incremento dei rapporti internazionali, sopranazionali e transnazionali» unitamente a «un altrettanto importante sviluppo delle autonomie, sia territoriali (federali, regionali e locali), sia funzionali, sia pubbliche, sia private», con «una diffusa proliferazione di attività normative, di efficacia sotto vari profili circoscritta, ma praticamente tali da invadere ogni campo regolato dal diritto» (LXV). Sebbene la trattazione del 1977 potesse perciò apparire «per molti versi superata», egli ha ritenuto di non abbandonare il genere letterario del commento, sostituendo però all'analisi articolo per articolo quella incentrata sulla distinzione «tra le fonti direttamente produttive del diritto costitutivo dell'ordinamento giuridico dello Stato italiano ed il diritto imputabile ad altri ordinamenti, anche se recepito, in virtù di una serie di raccordi con gli ordinamenti di altri Stati ovvero di istituzioni autonome, a carattere pubblico o privato», nonché, nell'ambito delle prime, tra «fonti di disposizioni» e «fonti senza disposizione», le quali non comportano la produzione di testi di tipo legislativo pur presentandosi talora come atti scritti (LXVI-LXVIII).

Il volume viene articolato in cinque Parti, rispettivamente intitolate «Preleggi, fonti del diritto, ordinamenti giuridici», «Basi teoriche per lo studio delle fonti», «L'evoluzione del sistema delle fonti del diritto italiano dall'unità ad oggi», «Le fonti dell'ordinamento giuridico italiano» e «Le fonti derivanti da raccordi dell'ordinamento giuridico dello Stato italiano con altri ordinamenti giuridici».

Si può così avere una prima idea di un'opera di grande respiro, la quale raccoglie la sfida di poter mantenere una continuità di lunghissimo periodo senza per ciò sottovalutare o circoscrivere innovazioni anche molto recenti. Una questione che torna a più riprese è infatti la tenuta della divisione territoriale del mondo in Stati quale strato profondo, si potrebbe dire, dell'organizzazione giuridica della convivenza avviata dal Trattato di Westfalia. Al riguardo l'A. dichiara di aderire «alla concezione che configura il diritto moderno come comprensivo di una serie di 'livelli' sui quali esso si sviluppa, anche se la gerarchia che ne deriva appare incompleta, in quanto manca di un vero e proprio vertice, pur continuando ad attribuire

agli ordinamenti giuridici statali un ruolo per molti versi più intenso di quelli degli altri cui essi sono raccordati» (LXVII).

La registrazione delle implicazioni giuridiche, e in particolare normative, della globalizzazione, dell'ascesa di ordinamenti sovranazionali a partire dall'Unione europea, dell'accelerazione delle dinamiche autonomistiche all'interno degli Stati, se per un verso impedisce di conservare un impianto concettuale incentrato sulla esclusività-impenetrabilità dell'ordinamento statale, non è ritenuta tale da affermare l'eclisse di questo ordinamento, nella misura in cui è ad esso che fanno capo i raccordi con quelli corrispondenti ai 'livelli' sovrastatali e substatati.

La premessa, frutto di convinzioni a lungo maturate, presenta consistenti implicazioni metodologiche. Riconosciuta la necessità di immettere nella trattazione delle fonti la dinamica dei rapporti con gli ordinamenti coi quali quello statale si raccorda, e abbandonato così ogni tentativo di ricondurre allo Stato fonti non qualificate come tali da norme statali sulla produzione, e tuttavia costituzionalmente abilitate a dispiegarsi efficacia diretta, l'individuazione della fonte applicabile diventa ben più problematica, oltre che preliminare, rispetto alla questione degli eventuali conflitti con le fonti-atto nazionali, arbitrabili con ricorso ai consueti criteri di risoluzione delle antinomie. Venuta meno per questa ragione l'ascrizione di autosufficienza al diritto statale, cade pure quell'ambizione sistematica che per almeno un secolo aveva caratterizzato la «dommatica delle fonti» all'ombra della tradizionale versione del principio di esclusività. Ciò non significa, tuttavia, che lo studio delle fonti non possa muovere dalla prospettiva di un certo ordinamento statale, anzitutto in ragione del fondamento costituzionale dei raccordi anzidetti, e non possa ambire a un ordine, sia pure provvisorio. Pizzorusso evita le fughe in avanti di coloro che danno per scontata la fine dell'esperienza dello Stato, confondendola col tramonto, esso sì irreversibile, dell'ideologia statualistica. Come dimostrano i *caveat* che costellano le pagine del commento, egli si misura così fino in fondo con le incertezze che avvolgono processi di produzione normativa in parte sottratti alla disponibilità degli ordini statali, senza per questo rinunciare alle possibilità di un discorso razionale sulle fonti, pur svolto con un gusto per l'*understatement* che esclude un'ansia sistematica troppo marcata.

L'A. rivela la stessa attitudine verso l'espansione del diritto giurisprudenziale, realizzatasi nel trentennio trascorso fra le due edizioni del commento soprattutto grazie al consolidarsi dell'esperienza del controllo di costituzionalità. Essa ha determinato «un contesto favorevole al riesame teorico dell'opinione tradizionale che nega alla giurisprudenza, con riferimento agli ordinamenti continentali, valore di fonte del diritto», portando al riconoscimento anche in quegli ordinamenti del principio *stare decisis* quale riflesso del principio di eguaglianza (724-725). In effetti, come osserva fra gli altri Neil Mc Cormick, proprio in quanto fondata su tale prin-

cipio, la funzione giurisdizionale richiede che le decisioni delle corti siano giustificate perlomeno da *rationes* universalizzabili o da ragionamenti giuridici capaci di ‘coprire’ quella particolare decisione (*Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, 2005, 119): ed è appena necessario ricordare il ruolo cruciale del canone di ragionevolezza nello sviluppo della nostra giurisprudenza costituzionale per cogliere il senso di un’evoluzione che muovendo dal principio costituzionale di eguaglianza ha portato a risultati convergenti con l’esperienza degli ordinamenti di *common law*.

Rimane da chiedersi se il riconoscimento del diritto giurisprudenziale, motivo risalente nel pensiero di Pizzorusso, venga da lui inteso come una sorta di rivincita rispetto all’«assolutismo giuridico» di matrice illuministica, per usare la nota formula di Paolo Grossi, o come un «riequilibrio» col diritto legislativo, nel segno di un «recupero» della tendenza, comune all’intera tradizione giuridica occidentale, a considerare il ricorso ai precedenti un metodo di ricerca della soluzione da adottare per decidere il caso in esame (709 e 725). Il diritto giurisprudenziale, osserva, non avrebbe ostacolato la realizzazione dei principi del costituzionalismo e della democrazia, e sarebbe casomai il «diritto politico-legislativo» a rischiare la sclerosi «ove si determinino forme di condizionamento delle procedure proprie della politica a causa del prevalere di interessi particolari» (66). Più oltre, distinte le fonti «politiche» dalle fonti «culturali», l’A. aggiunge che le seconde presuppongono che «il diritto non costituisca soltanto l’attuazione della mutevole volontà di un sovrano – si tratti di un tiranno ovvero anche di una maggioranza democraticamente verificata – ma risponda ad un bisogno di giustizia riconducibile a schemi essenzialmente razionali e fondamentalmente costanti, pur nella varietà delle loro applicazioni» (166).

A me pare che occorra in proposito distinguere il dover essere dall’essere, tanto più quando ci riferiamo a una forma di convivenza, quale lo Stato costituzionale, che può radicarsi solo sul rispetto e sullo sviluppo contestuale del principio democratico e dei diritti fondamentali, e che per questa ragione non può fare a meno di un minimo di equilibrio fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale. Non ne può fare a meno, anche se sul piano storico-effettuale tale equilibrio continua ad essere il sempre precario risultato della tensione fra di essi: di controversie spesso aspre intorno al titolo di legittimazione degli uni ad intervenire in ambiti rivendicati dagli altri, di successivi ma reversibili aggiustamenti, di rinunce alla deliberazione politica o di abdicazioni alla tutela giurisdizionale dei diritti, ed anche di denunce della prevalenza di interessi particolari nell’esercizio dello *ius dicere* non meno che nella legiferazione.

Se poi ci sforziamo di storicizzare gli esiti, e i problemi, di una vicenda che precede di qualche secolo l’affermazione dello Stato costituzionale, meno ancora diventa possibile fornirne una prospettiva unilaterale. In par-

ticolare, sebbene il predominio del diritto legislativo che abbiamo alle spalle in Europa continentale tenda a farcelo dimenticare, non si può eludere la dimensione di potere latente anche nell'esercizio della giurisdizione, attestata dai «*sinister interests*», dalle finzioni e dall'ottuso conservatorismo dei giuristi di *common law* su cui fecero leva in tempi diversi Jeremy Bentham e Oliver Wendell Holmes, fino alle notissime iniquità dei processi denunciate da Cesare Beccaria e alla stessa formulazione di Montesquieu del giudiziario come «*pouvoir en quelque façon nul*», da intendersi come auspicio per il futuro a fronte di risalenti abusi, anziché come prescrizione.

Tutto ciò fa parte di un 'essere' giunto fino a noi, e che va capitalizzato in forma di apprendimenti tanto quanto quelli concernenti i «pericoli di degenerazione dei regimi politici organizzati, almeno in linea teorica, secondo i principi della democrazia liberale e sociale» (373). E, in termini di 'dover essere', i bilanciamenti fra *gubernaculum* e *iurisdictio* vanno pur sempre ricercati, per quanto ci interessa, in contesti ordinamentali dove da un lato «la mutevole volontà del sovrano» è riferita a un'autorità temporaneamente investita del potere politico dal corpo elettorale, e dall'altro le modalità di soddisfacimento del «bisogno di giustizia», specie quando si tratti di giustizia sociale, difficilmente possono ritenersi un monopolio delle corti.

Né la controversia sulla qualificazione della giurisprudenza come fonte del diritto potrebbe prescindere da un raffronto con le procedure e con le modalità di esercizio del diritto legislativo, e più in generale delle tradizionali fonti-atto, che non si può impostare nei termini di una superiorità assiologica dell'uno sull'altro, ma solo guardando alle rispettive specificità. Il rifiuto di annettere qualunque potenziale creativo all'attività giurisprudenziale, che nella tradizione europeo-continentale tradiva l'idea, non di un semplice primato della fonte legislativa, ma di un'esclusiva ascrizione ad essa di capacità normativa, è stato bensì smentito definitivamente dall'esperienza degli ultimi decenni: e Pizzorusso è stato uno dei maggiori precursori italiani della nuova tendenza. Ma ciò è valso più a rimuovere un ostacolo teorico pregiudiziale alla tesi della giurisprudenza come fonte del diritto che ad assicurare una *communis opinio* ad essa favorevole, sia perché, rimosso l'ostacolo, sono inevitabilmente subito emerse le diverse accezioni in cui si può parlare di creatività per i legislatori e per i giudici – come dimostra l'accento di Pizzorusso sul precedente –, sia per le persistenti differenziazioni strutturali e procedurali concernenti la rispettiva attività, a cominciare dall'impulso del procedimento.

Nel commento si parla del procedimento legislativo «come procedimento ad impulso officioso» che il principio di officiosità fa avanzare attraverso le sue diverse fasi, e dove manca «qualunque forma di istituzionalizzazione del conflitto d'interessi», a differenza di quello scontro di parti che si realizza in altri tipi di procedimenti di formazione di atti giuridici e soprattutto di quelli di tipo giurisdizionale (446 e 205). I tentativi di stabilire

delle analogie fra i due tipi di procedimento, talvolta prospettati in passato anche nella dottrina italiana, vengono così giustamente respinti. Ma sono leciti ulteriori interrogativi, e non solo per il loro spessore storico-costituzionale. In particolare, il fatto che dietro il principio di officiosità che domina il procedimento legislativo sia agevole scorgere la libertà di iniziativa politica dei suoi titolari, mentre i procedimenti giurisdizionali sono retti dal principio della domanda, non corrisponde forse a una di quelle invarianti che consentono di spiegare il diverso atteggiarsi, nei due casi, del nesso potere/responsabilità? Non sono forse questi elementi da soppesare quando si tratta di qualificare o meno il precedente come fonte del diritto?

In ogni caso, dal commento risulta evidente come la questione imponga di tornare sulla nozione stessa di fonte del diritto, e soprattutto di chiarire da quale prospettiva la si riguardi. Nell'affermare la natura di fonte normativa del precedente giudiziario, l'A. lo inserisce tra le fonti-fatto, o meglio, nella sua formulazione, tra le «fonti senza disposizione» (705 ss.). La sostituzione della classica distinzione tra fonti-atto e fonti-fatto con quella tra «fonti di disposizioni» e «fonti senza disposizione» era già *in nuce* nella prima edizione del commento (24), e viene ora portata a compimento anche grazie al nuovo impianto dell'opera, che in luogo di un commento agli articoli delle preleggi si presenta come un compiuto libro sulle fonti del diritto.

Mentre si suole distinguere le fonti-atto dalle fonti-fatto in ragione della imputazione di volontà di produzione normativa a un certo atto quale risulta dalle norme sulla normazione, il criterio proposto dall'A. mira a distinguere i casi nei quali «viene fornito all'operatore giuridico un complesso di 'disposizioni' normative, cioè un materiale per la formazione delle norme, di tipo più perfezionato in quanto già costituito da proposizioni linguisticamente formulate in termini adatti ad essere tradotte in norme da applicare al caso concreto attraverso una mera operazione di sussunzione del fatto alla disposizione enunciata nella legge», dai casi nei quali all'operatore giuridico generalmente non si «forniscono 'disposizioni' già pronte ad essere convertite in 'norme', ma soltanto un materiale più grezzo quale è quello che risulta da uno o più modelli di comportamento», che pur potendo tradursi in disposizioni – come nei massimari di giurisprudenza e nelle raccolte degli usi – «è sempre suscettibile di verifica o di contestazione». Aggiunge Pizzorusso che mentre l'efficacia normativa delle disposizioni è presunta salva la prova dell'invalidità o dell'inefficacia dell'atto normativo che le contiene, quella delle norme va dimostrata sulla base «della correttezza (e fondatezza) dell'operazione interpretativa su cui si basano (cioè, per lo più su una adeguata motivazione)» (172-173).

Ora, che la fonte di disposizioni richieda al giudice di muovere da esse per desumerne la norma applicabile, equivale a dire che in tale ipotesi la produzione di disposizioni si distingue dall'interpretazione di esse, la quale

si traduce in norme. A sua volta la fonte senza disposizioni si caratterizza solo in via di prima approssimazione per il fatto di fornire «un materiale più grezzo» (rispetto alle fonti di disposizioni): ciò che conta è piuttosto che il momento dell'interpretazione di tale materiale vi assorbe quello della produzione del diritto, ricavabile solo a posteriori e in via induttiva. Nelle due ipotesi, produzione e interpretazione del diritto funzionano dunque a sequenze invertite. Il che, peraltro, solo *prima facie* addossa oneri più forti a quanti debbano ricavare norme da meri «modelli di comportamento». Intanto, la presunzione di efficacia normativa delle disposizioni appare povera cosa rispetto alla precarietà che strutturalmente le investe in regime di controllo di costituzionalità delle leggi. E l'interpretazione di disposizioni ben può presentare una latitudine maggiore di quella riguardante fonti sprovviste di disposizioni, né esclude in quanto tale contestazioni maggiori di quelle che possono colpire queste ultime. Del resto si riconosce che l'eventualità di «un diritto derivante dalle fonti-atto applicabile senza interpretazione ed un diritto derivante dalle fonti-fatto elaborato dall'interprete, non corrisponde altro che idealmente alla realtà, poiché è evidente che l'opera dell'interprete svolge un ruolo insopprimibile anche in relazione al testo legislativo più perfezionato e che d'altronde nulla esclude che la funzione delle fonti-fatto consista nel rendere operante rispetto ad una fattispecie diversa una regola già perfettamente elaborata» (182).

Il fatto è che tutta la distinzione tra fonti con e senza disposizioni viene impostata in vista dell'applicazione del diritto, ossia nella prospettiva del giudice: dire ad esempio che «l'efficacia delle norme» dipende dalla correttezza della motivazione, può valere per una sentenza, non per la consuetudine, altra «fonte senza disposizioni». Non solo. La stessa individuazione dei caratteri differenziali delle fonti rispetto agli altri fatti giuridici nella capacità di esercitare effetti *erga omnes* è ricavata rovesciando quella di produrre effetti *inter partes*, che il codice civile assegna alla cosa giudicata (169). Poiché la capacità di esercitare effetti *erga omnes* prescinde dal carattere generale o particolare, astratto o concreto, del precetto, in quanto atti e fatti idonei a produrre tali effetti debbono essere osservati dai cittadini indipendentemente dall'esserne i destinatari, l'iscrizione alle fonti di tale qualifica distintiva equivale a spostare l'accento dalla contrapposizione generale-astratto/particolare-concreto che, nell'ambito delle versioni sostanzialistiche della nozione teorica di fonte, era sorta per spiegare la differenza fra «manifestazioni della volontà dello Stato», quali la legge (ed altri atti normativi) e il provvedimento amministrativo, ad una contrapposizione, appunto, tra fatti normativi e decisioni giurisdizionali. Il tutto, per giunta, con l'obiettivo concreto di annoverare le sentenze di accoglimento della Corte costituzionale tra gli atti-fonte di grado primario sulla base di una lettura testuale dell'art. 136 Cost., nonché della riscontrata ricorrenza in esse dell'elemento della disposizione (204-205 e 537 ss.).

Riserve possono manifestarsi al riguardo anche a prescindere dal ricorso a criteri sostanziali, anziché formali, nella definizione degli atti-fonte. Questa appare in ogni caso operazione necessaria ma insufficiente ove si tratti di verificare il positivo inserimento del singolo atto nella categoria, dovendosi pure esaminare in quali termini sia prospettabile l'eventuale antinomia di esso con gli altri atti. A proposito del precedente, viene osservato che esso «si presenta come meta-fonte», non potendovi essere precedente che non sia interpretativo, con la conseguente insuscettibilità di assumere un determinato grado nella gerarchia delle fonti (727). E tanto la natura dichiarativa quanto l'efficacia persuasiva del precedente valgono altresì a distinguerlo nettamente dalle sentenze di accoglimento della Corte, aventi natura costitutiva ed efficacia normativa (539 ss.). Ma ove si consideri l'efficacia da essa dispiegata non in riferimento alla legge o all'atto avente forza di legge oggetto del giudizio, e quindi il divieto di ripristinare la norma dichiarata illegittima con effetto retroattivo, bensì a una legge di contenuto identico a quella dichiarata illegittima, non vi sarebbe violazione del giudicato *ex art. 136 Cost.*: la legge «urterebbe soltanto contro il precedente costituito da tale sentenza, sempre che non vi siano ragioni per distinguere la nuova situazione da quella cui essa si era riferita. È anche da notare che quest'ultima materia sottratta al legislatore non è determinata da una previsione astratta contenuta in una norma sulla produzione giuridica, per cui la limitazione in questione si risolve in una sorta di 'preferenza' accordata alle sentenze costituzionali nei confronti della legge ordinaria» (469). Ma una volta ritenuto per tali ragioni che la decisione di accoglimento acquisti valore di precedente rispetto alla legge successiva con essa confliggente, si esclude che il conflitto sia arbitrabile secondo i criteri di risoluzione delle antinomie tra gli atti-fonte: e ci si può chiedere se una simile eterogeneità non revochi in dubbio la possibilità di ricondurre le decisioni di accoglimento nel novero di tali atti.

Alcune delle soluzioni relative al trattamento degli atti giurisdizionali non sembrano dunque integralmente soddisfacenti. Ma tutte segnalano il percorso scientifico del loro autore: la cui lunga battaglia volta ad affermare la natura di fonte del precedente giudiziario deve a questo punto essere apprezzata nel quadro di un ripensamento dei presupposti dell'intero sistema, e in vista della proposizione di un approccio alternativo, che non consiste nel sostituire forzosamente schemi di *common law* alle categorie tradizionali, bensì nel guardare al funzionamento dei processi di produzione normativa per come si presentano a un giudice erede di una tradizione giuridica ora obiettivamente più vicina alle esperienze incentrate sulla regola dello *stare decisis*, ma nella quale la produzione normativa tradotta in disposizioni continua a giocare un ruolo decisivo.

In tal senso l'opera raggiunge compiutamente il proprio obiettivo. Ci si può nondimeno chiedere se il ripensamento dei presupposti sui quali aveva

poggiato per decenni la dommatica delle fonti possa così dirsi esaurito, e in particolare se la pur acquisita considerazione della Costituzione come norma sulla normazione non giuochi a tal fine una funzione più rilevante di quanto risulta dal commento. Grande spazio è dedicato alla vicenda della Costituzione repubblicana quale norma di produzione: agli sviluppi che soprattutto i suoi principi fondamentali hanno determinato nella strutturazione della convivenza rispetto al passato liberale e fascista del Regno d'Italia, al ruolo cruciale giuocato al riguardo dalla Corte costituzionale, come pure a perduranti difficoltà ricollegabili alla scarsa consapevolezza collettiva del significato della tradizione costituzionale (e, aggiungo, ai gravi fraintendimenti ai quali tale tradizione continua ad essere esposta nel dibattito pubblico corrente). Molto meno sviluppato risulta invece il discorso sulla Costituzione come norma sulla normazione: e singolarmente, vista la *sedes materiae*. Di seguito fornirò tre esempi di questa sottovalutazione, e delle conseguenze che deriverebbero da una maggiore attenzione prestata a tale aspetto sull'impostazione dei problemi di volta in volta in questione.

Il primo esempio riguarda proprio la definizione generale di norma sulla produzione. Osserva l'A. che «le norme sulle fonti si presentano come norme strumentali rispetto alle altre (ed anche a loro stesse ove siano viste dal lato 'passivo')», in quanto ad esse deve aversi riguardo per valutare se una determinata disposizione possa essere utilizzata come materiale normogeno, se possa essere considerata vigente, formalmente valida, nonché per rinvenire le regole procedurali di esercizio del controllo di costituzionalità sostanziale. Questa strumentalità fa sì che le norme sulle fonti siano gerarchicamente sopraordinate rispetto alle altre, gerarchia che non va confusa con la diversa efficacia giuridica o forza delle differenti fonti, col risultato che «le regole sulla produzione giuridica possono disciplinare fatti o atti normativi che occupano nella gerarchia delle fonti una posizione superiore a quella delle fonti da cui esse provengono». Solo in un caso, viene precisato, «le due gerarchie operano necessariamente in parallelo»: si tratta delle «norme istitutive delle singole fonti (che si differenziano in ciò dalle altre norme sulla produzione giuridica), le quali non possono assegnare agli atti normativi o alle norme derivanti dalla fonte che istituiscono un'efficacia superiore alla propria: esse possono tuttavia sdoppiare l'efficacia degli atti normativi e delle regole che ne derivano in più gradi (uno pari e gli altri inferiori a quello della propria) oppure consentire che sia declassata l'efficacia di singole disposizioni o di singoli atti normativi» (132-133).

Subito dopo l'A. torna senz'altro ad esaminare i problemi derivanti dalla «normale» disgiunzione fra l'una e l'altra gerarchia, anche in regime di costituzione flessibile. L'ipotesi di «istituzione delle singole fonti» resta così soltanto un accenno. Eppure solo muovendo da essa si può avviare l'intero discorso sulla Costituzione come norma sulla normazione, nella misura in cui si ritenga, come è ritenuto pacificamente dai costituzionalisti,

che sia proprio la Costituzione ad istituire in via esclusiva fonti di grado primario (il che non potrebbe aver senso senza, perlomeno, l'imputazione a un determinato soggetto del potere di produzione normativa, accompagnata o meno da requisiti di ordine procedimentale), e che sia proprio con essa che avvenga quello «sdoppiamento di efficacia» degli atti normativi in più gradi, non solo inferiori ma anche pari a quello della propria (leggi costituzionali e di revisione costituzionale), che non potrebbe viceversa avvenire con legge formale ordinaria.

Il divieto per la legge di istituire fonti concorrenziali a se medesima, rivolto della regola secondo cui il catalogo delle fonti di grado primario è a numero chiuso, modificabile solo con legge costituzionale (596), è condizione per assegnare alla Costituzione una supremazia gerarchica nel senso di «strumentalità» delle fonti sulla produzione rispetto alle fonti di produzione. Sotto il profilo sostanziale la regola si risolve nell'ascrivere alla sola Costituzione il potere di legittimare organi od enti alla formazione delle fonti-atto di grado primario, il che, unitamente alla del pari esclusiva attribuzione ad essa del potere di riconoscere il diritto prodotto o desumibile da altri ordinamenti, equivale a riferire alla Costituzione (anziché allo Stato) l'esclusiva organizzazione di base dei processi di produzione normativa traducibili in atti destinati a dispiegare efficacia nell'ordinamento repubblicano.

Non si tratta di un'ipotesi dogmatica, e non solo perché la regola dell'esclusiva attribuzione alla Costituzione del potere di istituire fonti di grado primario è sempre subordinata a una verifica circa la sua effettiva vigenza (185). Il fatto è che l'individuazione delle fonti costituzionalmente abilitate a produrre diritto a livello primario, ossia delle fonti concorrenziali rispetto alla legge, è essa stessa oggetto di interpretazione, la quale, visto il regime degli atti con forza di legge stabilito dall'art. 77, primo comma, Cost., si può esercitare solo in riferimento al criterio di competenza.

Nel libro sulle fonti di Pizzorusso tale criterio non sembra acquisire sufficienti potenzialità applicative, il che si risolve in un secondo fattore di sottovalutazione della portata ascrivibile alla Costituzione quale norma sulla normazione. Nell'enunciare i criteri per la risoluzione delle antinomie, l'A. osserva che «il principio di specialità, che normalmente opera con riferimento al contenuto di vari materiali normativi, funziona in modo parzialmente diverso nei casi in cui esiste una ripartizione di competenza fra fonti collocate sullo stesso grado gerarchico, per cui la selezione fra i materiali da applicare viene effettuata con riguardo alla loro provenienza dall'una o dall'altra fonte e non già al loro contenuto specifico», e che in tali casi si parla di principio di competenza, da intendersi però solo come «una particolare manifestazione del principio di specialità» (249). Per altro verso, tale principio varrebbe come «uno strumento ausiliario» rispetto al criterio gerarchico, che giocherebbe «a vantaggio dell'una o dell'altra fonte a seconda che ci troviamo nell'area di competenza dell'una o dell'altra» (250).

Si fornisce in proposito l'esempio di materie originariamente affidate alla disciplina statale e trasferite alla Regione, che in forza del principio di continuità rimangono regolate dalla legge dello Stato fino a quando la Regione non abbia provveduto. Ma il caso non basta da solo a dimostrare l'assunto, né basterebbe allo scopo la commistione tra gerarchia e competenza che si reputa verificarsi nei casi della potestà legislativa concorrente e del rapporto fra legge statale e statuti universitari nonché fra legge statale e regolamenti degli enti locali sull'organizzazione e lo svolgimento delle funzioni loro attribuite. Sia perché la preminenza della gerarchia appare al riguardo controversa, sia soprattutto per via del generale riconoscimento della piena operatività del solo criterio di competenza nella soluzione di altri conflitti: quelli della legge statale, perlomeno, con i regolamenti parlamentari, con gli statuti regionali, con le leggi regionali nelle ipotesi diverse dalla potestà legislativa concorrente Stato-Regioni. Qui, e in ogni altro caso in cui si ritenga che la Costituzione riservi esclusivamente a un determinato ente od organo od altro soggetto potere normativo su materie sufficientemente circoscritte, non si vede come poter ridurre il criterio di competenza a «strumento ausiliario» di quello gerarchico.

Si può di converso discutere se il criterio di specialità, proprio in quanto operante «con riferimento a vari materiali normativi» e non ai rapporti tra fonti, possa annoverarsi fra i criteri di risoluzione delle antinomie o non debba piuttosto considerarsi un'eccezione alla operatività del criterio cronologico, secondo quanto del resto suggeriscono notissimi brocardi. Che a tale criterio sia concettualmente riconducibile quello di competenza, lo si può sostenere solo a patto di ricostruire il rapporto tra le fonti costituzionalmente autorizzate a disciplinare determinate materie a livello primario e la legge ordinaria nei termini di un rapporto *species ad genus*, o meglio ancora a guisa di satelliti intorno a un pianeta, la fonte primaria esclusiva della tradizione scientifica europeo-continentale.

Questa era in effetti la convinzione che si poteva nutrire all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, quando un autorevole giurista, il quale pure aveva tra i primi fatto ricorso ad altro riguardo al criterio di competenza, poteva scrivere che, a parte l'eliminazione delle norme corporative dall'elenco dell'art. 1 delle preleggi, la Costituzione non aveva innovato l'assetto delle fonti in vigore: non a caso, egli negava la qualifica di leggi in senso formale alle leggi regionali e si conformava alla tradizionale veduta dei regolamenti parlamentari come *interna corporis acta* (Zanobini). Ma se è così, come si è potuti giungere, a Costituzione invariata (anche prima, dunque, della revisione del Titolo V della Seconda Parte), al ben più abbondante elenco di fonti che solitamente oggi si rinviene a livello primario? Vi si è giunti grazie a una quantità di ripensamenti, in parte solo scientifici e in parte indotti dall'attuazione di enunciati costituzionali sul pluralismo, e in definitiva riconducibili a un'interpretazione che in tal caso ha

agito non a partire da un quadro preconstituito di fonti di produzione ma lavorando sul testo costituzionale per ricavarne l'eventuale fondamento della loro individuazione. A questa condizione la regola del numero chiuso è stata rispettata, come si è visto quando, nel caso delle Autorità indipendenti, non si è riscontrato nel testo il fondamento dell'attribuzione con legge di potestà normative, talora di fatto concorrenziali con la legge, ad autorità pur chiamate alla tutela di diritti fondamentali (v. infatti 593 ss.).

Certo è che il percorso scientifico cui ho accennato ha potuto far leva sul criterio di competenza quale modalità di riconoscimento delle riserve di spazi di democrazia pluralista presenti nella nostra Costituzione. Viceversa, una versione restrittiva di tale criterio non impedisce forse di coglierne le potenzialità ai fini della ricostruzione dei processi di produzione normativa costituzionalmente autorizzati ad intervenire a livello primario?

Un terzo esempio di sottovalutazione del discorso sulla Costituzione come norma sulla normazione sembra potersi desumere, pur se più indirettamente, dalla ricostruzione in termini di ordinamento del complesso delle fonti di diritto regionale. Pizzorusso è consapevole della «precisa differenza» fra il caso del livello «superiore» a quello statale, nel quale le fonti internazionali e sovranazionali possono introdurre principi e regole sostitutive delle norme statali previgenti, e il caso degli ordinamenti delle autonomie territoriali, le cui fonti sono subordinate almeno alle fonti costituzionali statali. E ne desume la perdurante centralità dell'ordinamento statale pur nell'ambito di «un unico sistema di fonti multilivello» (768). Nel convenire con questa conclusione, sembra tuttavia necessario aggiungere un secondo elemento di differenziazione fra livelli «superiori», almeno quello dell'Unione europea, e «inferiore». Esso consiste nella circostanza che mentre l'ordinamento dell'Unione, e prima di esso della Comunità, è padrone fin dal 1957 del potere di normazione sulla normazione, l'altro non ne dispone nemmeno dopo le revisioni costituzionali del 1999 e del 2001.

Malgrado l'affermazione che a seguito di esse lo Statuto «dovrebbe esercitare un ruolo potenzialmente paragonabile a quello di una Costituzione» (775), peraltro riferita alla riduttiva giurisprudenza costituzionale sul c.d. contenuto eventuale degli Statuti, l'intero assetto delle fonti regionali continua a venire disegnato in via esclusiva dalla Costituzione. D'altra parte, non è nemmeno possibile considerare gli ordinamenti regionali come derivati da quello statale, dopo che l'art. 114 Cost., letto in combinazione con l'art. 117, primo comma, ha configurato gli uni e l'altro come ordinamenti parziali rispetto all'ordinamento generale della Repubblica. Pertanto è solo ad esso, e per esso alla Costituzione, che occorre guardare per individuare le modalità di distribuzione della normazione fra gli enti dotati di potere legislativo di cui la Repubblica si compone, e soddisfare così le istanze di temperamento tra unità e autonomia enunciate dall'art. 5.

Appare dunque arduo ragionare di «raccordi» fra ordinamento statale e regionale alla stessa stregua di quelli fra l'Unione europea e la Repubblica, al fine di far corrispondere ad ogni ordinamento un correlativo assetto delle fonti. Tale corrispondenza si verifica nel secondo caso ma non anche nel primo, dove è anzitutto la Costituzione, fonte dell'ordinamento repubblicano, a distribuire variamente i processi di produzione normativa fra gli enti di cui la Repubblica si compone, e a raccordarli gli uni con gli altri. Del resto, ove una tale corrispondenza potesse verificarsi anche nella prima ipotesi, i conflitti tra fonti statali e regionali dovrebbero ricondursi a conflitti tra i relativi ordinamenti, anziché presupporre, come presuppone ogni ipotesi di antinomia tra fonti, la loro appartenenza ad un medesimo ordinamento.

Qui sembra in definitiva doversi ravvisare un limite alla «opportunità di applicare al tema delle fonti assai più rigidamente di quanto avvenga tradizionalmente (...) l'impostazione romaniana della pluralità degli ordinamenti giuridici, e quindi dare maggior rilievo ai fattori di separazione fra gli ordinamenti stessi, piuttosto che cercare di inglobare nell'ordinamento di riferimento gli altri ordinamenti (o le parti di essi) che si presentano con esso più o meno strettamente raccordati» (344).

Il rischio paventato può scongiurarsi, ove si sia bensì preso congedo dalla impostazione centralistica che ha caratterizzato l'epoca del pluralismo monotipico incentrato sugli stati (346), ma si abbia pure presente il nesso fra i principi di convivenza e l'articolazione dei processi di produzione normativa ricavabile dalla Costituzione.

Ma è giusto tornare, in conclusione, su quanto più colpisce nell'opera, e più consente di riconoscerla nel panorama degli studi sulle fonti: una eccellente dimostrazione di come sia possibile dar conto delle profonde trasformazioni intervenute nei processi di produzione normativa attraverso una riutilizzazione di categorie concettuali e di tecniche di soluzione adoperate ad altri fini in un passato talora anche remoto. Il fatto che l'A. abbia rivisto acquisizioni presenti nella prima edizione, applicando la teoria della pluralità degli ordinamenti, o ne abbia confermate altre, come a proposito dell'efficacia del precedente, è segno di una medesima attitudine verso tali trasformazioni, che alcuni fingono di non vedere, altri si affannano ad inseguire. Uno sguardo composto, che aiuta a filtrare i mutamenti attraverso le griglie di orditi teorici consolidati, ma anche, ove necessario, a ripensare questi ultimi.

CESARE PINELLI