

SUL DISORDINE
DELLE FONTI
DEL DIRITTO
(INTER)NAZIONALE

BALDASSARE **PASTORE**



Sul disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale

On the Disorder of Sources of (Inter)National Law

BALDASSARE PASTORE

Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Ferrara
Email: psb@unife.it

ABSTRACT

L'articolo tratta della crisi del sistema delle fonti del diritto. Il diritto contemporaneo si caratterizza per la sua complessità. La pluralità delle fonti oscura il loro ordine gerarchico. I processi di produzione giuridica dipendono sempre più dalla presenza di soggetti, pubblici e privati, che entrano nel "gioco giuridico" e che sono dislocati in un *continuum* che va dal locale al globale. Si realizza, riguardo alle decisioni giuridiche, un'interazione tra il livello statale, quello sovranazionale e quello transnazionale. Il diritto si fa costantemente a partire da materiali vari e non coordinati, attraverso l'articolazione di fonti di origine e autoritatività differenziate, in un contesto destrutturato, frammentato, fluido, reticolare. Le fonti si pongono come risorse ufficiali dalle quali gli interpreti traggono le norme da applicare ai casi concreti. Individuazione delle fonti e interpretazione sono connesse all'interno delle dinamiche della positivizzazione giuridica.

The paper deals with the crisis of the system of legal sources. Complexity characterizes contemporary law. The plurality of sources obscures their hierarchical order. The law-making process depends ever more on the presence of public and private subjects that participate in the "legal game" within a *continuum* that runs from the local to the global. There is an interaction between the state-level, the supranational-level, the transnational-level of legal decisions. Law forms and transforms itself by means of various and disjointed materials. It works through the articulation of sources of several origins and authoritativeness, in an unstructured, fragmentary, fluid context with a network frame. The sources are official resources from which interpreters draw rules to apply to concrete cases. Identification of legal sources and interpretation are linked in an on-going dynamic of positivization.

KEYWORDS

Fonti del diritto, rete, complessità del diritto, positivizzazione giuridica, interpretazione

Sources of law, network, complexity of law, legal positivization, interpretation

Sul disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale

BALDASSARE PASTORE

1. *La destrutturazione del sistema* – 2. *Un assetto reticolare* – 3. *L'individuazione delle fonti*.

1. *La destrutturazione del sistema*

Le trasformazioni da tempo intervenute nello scenario giuridico richiedono un ripensamento del tema delle fonti. Tale scenario si caratterizza per il venir meno del sistema delle fonti: un sistema avente proprie regole, una sua geometria, punti sicuri, una differenziazione di efficacia formale, costituente un dato indiscusso per i giudici e, in generale, per gli applicatori del diritto¹.

Il paesaggio giuridico è segnato da fenomeni di moltiplicazione e de-tipizzazione delle fonti² che disarticolano l'edificio "neoclassico" costruito sulle linee semplici e regolari di un insieme normativo fondato sulla legge³. L'introduzione di costituzioni rigide rappresenta uno dei fattori più rilevanti di crisi del sistema delle fonti⁴.

Guardando al diritto italiano, quello costituzionale si pone come un nuovo livello che riscrive la gerarchia delle fonti consegnataci dall'art. 1 disp. prel. cod. civ.⁵. Ma la Costituzione è anche disciplina delle fonti: le produce, le conferma e le condiziona, mettendone in crisi la tradizionale configurazione lineare. Determina rapporti tra gli atti normativi che non possono essere letti attraverso la sola visuale gerarchica.

La Costituzione italiana configura plessi normativi policentrici e reca con sé il germe dello sgretolamento della gerarchia, affiancando (ma anche sostituendo) ad essa, come criterio ordinatore delle fonti, la competenza, che meglio sembra rispondere al pluralismo istituzionale dei centri di produzione giuridica, in quanto idonea a tutelare un atto normativo nei confronti delle "invasioni" di altri atti normativi⁶.

¹ CARLASSARE 2008, 536 s.

² GROSSI 2015, 79-81.

³ SILVESTRI 1987, 149.

⁴ BIN, PITRUZZELLA 2012, 17 ss. e 21 ss.

⁵ MODUGNO 1997, 564 s.; PALADIN 1996, 30 ss.; PIZZORUSSO 2011, 315-352.

⁶ MODUGNO 1997, 567; SORRENTINO 2004, 2. Come è noto, l'istituzione di una serie di atti collocati accanto alla legge formale è all'origine della comparsa, ad opera della dottrina costituzionalistica italiana, dell'idea di competenza, che invero non esclude quella di gerarchia. Cfr. CRISAFULLI 1993, 232-234. Sugli intrecci fra gerarchia e competenza cfr. CARLASSARE 2008, 559-561.

Si assiste ad una disarticolazione dei “tipi” di atti normativi in una varietà di figure aventi caratteri peculiari, non riconducibili ad uno schema generale omogeneo quanto a forma, efficacia attiva, resistenza passiva⁷.

Il “livello costituzionale” vede la presenza: a) di principi “supremi”, fondamentali e inderogabili, che operano come limite alla revisione costituzionale e come parametro di legittimità ordinamentale⁸; b) del testo della Costituzione, modificabile, laddove non esprime alcun principio supremo, con legge di revisione; c) di leggi costituzionali previste dalla Costituzione stessa o a cui essa fa espresso rinvio.

Al “livello primario”, il fenomeno della pluralizzazione delle fonti introdotta dalla Costituzione riguarda: a) le leggi formali del Parlamento; b) le fonti a competenza costituzionalmente riservata (regolamenti parlamentari, regolamenti degli altri organi costituzionali); c) gli atti legislativi dell’Esecutivo (decreti legislativi delegati, decreti-legge). Alla pluralizzazione delle figure normative, in astratto collocate sullo stesso livello, si aggiunge la “scissione”, la rottura dell’unitarietà della stessa figura della legge in tipi caratterizzati da varianti sia formali sia sostanziali⁹. Non vanno dimenticate, inoltre, a seguito della creazione della garanzia giurisdizionale della costituzionalità delle leggi, le sentenze abrogative della Corte costituzionale, il cui effetto normativo è pari a quello di una norma imposta dalla legge ordinaria, ma anche quelle “additive” e “sostitutive”¹⁰. Si ha a che fare, inoltre, con altre fonti “nuove”, istituite dalla Costituzione, quali il referendum abrogativo e le leggi regionali¹¹.

Il “livello secondario”, all’interno dell’impianto gerarchico del sistema delle fonti, accoglie i regolamenti del Governo e delle “altre autorità”¹². Tali fonti sarebbero dotate di forza attiva e forza passiva minori di quelle della legge, trovando la loro qualificazione in un rapporto con la legge riassunto nella formula del principio di legalità, che rinvia alla necessità di una attribuzione legislativa di potere normativo e alla configurazione della legge come parametro di legittimità del regolamento, in quanto atto subordinato. Invero, però, le fonti secondarie presentano una tipologia assai variegata e complessa. Anche qui si assiste ad una loro pluralizzazione; ad una dissociazione dell’efficacia normativa attiva e passiva; ad una specializzazione del singolo atto, con riferimento alla materia su cui incide, e che ne mette in crisi l’unitarietà.

⁷ MODUGNO 1997, 571 ss.; BOMBARDELLI 2015, 998 ss.

⁸ Si tratta, propriamente, di principi di costruzione giurisprudenziale. Cfr., in proposito, la sentenza della Corte costituzionale italiana n. 1146/1988.

⁹ MODUGNO 1997, 575-579. Cfr. anche CARLASSARE 2008, 555; BIN, PITRUZZELLA 2012, 18-21.

¹⁰ Cfr. GUASTINI 1998, 494-511; LIPARI 2008, 78-85. Sull’ascrivibilità delle decisioni di incostituzionalità al novero delle fonti v. PARODI 2012, 389-393.

¹¹ Riguardo agli effetti provocati sul sistema delle fonti dall’introduzione dell’autonomia regionale cfr. BIN, PITRUZZELLA 2012, 21 s.

¹² Cfr. gli artt. 3 e 4 delle disp. prel. cod. civ., relativi ai regolamenti e ai limiti della disciplina regolamentare.

rietà tipologica¹³; ad una differenziazione qualitativa ed espansione quantitativa; ad una crescente differenziazione formale e sostanziale; ad un operare a livelli normativi precedentemente affidati in modo ampio a fonti primarie¹⁴. La stessa legge, talvolta, attribuisce a tali fonti il compito di completare la regolamentazione da essa prodotta, configurando un rinvio, mancando il quale, la stessa legge è incompleta e inapplicabile. Alcuni regolamenti, poi, sono atti espressivi di poteri normativi per nulla armonizzati con gli atti governativi e, spesso, neppure con la legge, come nel caso dei regolamenti delle autorità indipendenti¹⁵. Tali regolamenti spesso sono adottati in assenza di chiari indirizzi legislativi e acquistano la natura di fonti di rango primario, produttivi di modifiche delle norme legislative e idonei a disciplinare materie non trattate dalla legge¹⁶.

La gerarchia, dunque, si mostra incapace di rendere conto dell'articolazione pluralistica delle fonti (interne), sempre più caratterizzate da ambiti di competenza propri. Anche l'emergere di altre fonti (esterne), però, erode l'ordine gerarchico. Il riferimento va all'ingresso di norme di centri di produzione normativa "altri": sovranazionali e transnazionali¹⁷.

L'irrompere delle fonti del diritto dell'Unione europea infrange il monopolio costituzionale della disciplina delle fonti primarie e produce effetti sull'intero diritto nazionale, fornendo discipline che, in vaste aree e sempre più, sostituiscono la legislazione nazionale o la vincolano a fini imposti¹⁸. Laddove il diritto dell'Unione europea, entrando nel nostro diritto, diventa direttamente applicabile, esso prevale sulle fonti interne confliggenti (anche quelle di rango costituzionale), derogandole, a meno che non sia in contrasto con i principi supremi (in primo luogo quelli che vertono sui diritti inviolabili). In tal modo, le norme UE, che vengono ad essere configurate quali norme di rango para-costituzionale, innestandosi sul diritto interno, determinano una significativa alterazione nella struttura gerarchica delle fonti, in base a condizioni di validità ed efficacia che lo stesso diritto dell'Unione europea predefinisce. Esse derogano alle norme sulla produzione legislativa che la Costituzione fissa. Trova, qui, una significativa applicazione il criterio di competenza¹⁹. In più, il controllo sulla retta interpretazione e applicazione delle norme europee, attribuito alla Corte di giustizia ed effettuato in sede di rinvio pregiudiziale

¹³ MODUGNO 1997, 580.

¹⁴ IACOVELLI 2004, 193 ss.

¹⁵ MODUGNO 1997, 580-583. Sui cambiamenti intervenuti nelle fonti regolamentari, in connessione con il più generale processo di trasformazione del sistema di produzione giuridica, che determina, non raramente, l'allentarsi fino all'estremo del vincolo della legge, cfr. CARLASSARE, VERONESI, 2001, 951-984.

¹⁶ Si veda, in proposito, LIPARI 2008, 162 s.

¹⁷ Cfr. PASTORE 2014, 23-25.

¹⁸ Invero, come è noto, è la stessa Costituzione italiana (con l'art. 11, prima ancora che con il novellato primo comma dell'art. 117) che prevede esplicitamente l'apertura al diritto comunitario, oggi dell'Unione europea.

¹⁹ GUASTINI 2011, 300 s.

ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'UE (ex art. 234 del Trattato CE), ha ricadute rilevanti sul diritto interno, che, da un lato, deve essere interpretato in conformità al diritto UE, dall'altro è sottoposto al controllo diretto di tale Corte, chiamata a verificare la compatibilità delle norme interne alla stregua del diritto europeo, con il vincolo del giudice nazionale a disapplicare il diritto interno ritenuto dalla Corte incompatibile con quello europeo²⁰.

Un ulteriore fattore mette in crisi l'impostazione tradizionale delle fonti del diritto. Si tratta della creazione di centri di produzione normativa non previsti ed estranei al testo costituzionale e tuttavia efficaci e suscettibili di condizionare il comportamento di soggetti pubblici e privati²¹. Il fenomeno rinvia ai processi di internazionalizzazione e globalizzazione, che fanno emergere un diritto transnazionale completamente estraneo alla *ratio* della sovranità e sostanzialmente indifferente nei confronti dei confini statali²². Tale diritto è prodotto privatamente ed è privo di radicamenti territoriali. Ne è esempio peculiare la nuova *lex mercatoria* quale assetto di regole commerciali, insieme di misure giuridiche prevalentemente contrattuali, decisioni prodotte dai grandi arbitrati internazionali attraverso cui viene risolta la gran parte dei conflitti che insorgono con riguardo agli atti negoziali transnazionali²³. La *lex mercatoria* trova riconoscimento nell'ambito interno, quasi come una fonte autonoma proveniente da un plesso normativo separato²⁴, sicché il momento "esterno" viene vieppiù a fondersi con i procedimenti nazionali di produzione giuridica²⁵. Il quadro normativo interno, così, è il risultato *in fieri* di continue combinazioni e integrazioni normative. In esso si afferma un *corpus* giuridico legato all'intensificarsi delle interdipendenze connesse a processi di "destatualizzazione", che escludono (e rendono impossibile) ogni chiusura autoreferenziale del diritto.

In questa prospettiva, va segnalata anche la *lex informatica*, come esempio di diritto che non insiste su un territorio ma agisce su una rete di relazioni che copre l'intero pianeta. Le nuove tecnologie informatiche e la "svolta digitale" fanno emergere un quadro, incerto, instabile e dunque disordinato, che vede la presenza di molteplici fonti regolatorie operanti in un contesto "globale", le cui ricadute, però, interessano gli specifici ambiti "locali"²⁶.

I diritti nazionali si aprono inevitabilmente, con sempre maggiore frequenza, ad un diritto di formazione transnazionale che incide direttamente nei singoli ambienti nazionali. La sfera di competenza esclusiva degli Stati risulta ridotta e ciò per effetto

²⁰ LIPARI 2008, 112 s.; SORRENTINO 2013, 48 s. In generale v. CELOTTO 2003. Cfr. inoltre CANNIZZARO 2015; RUGGERI 2015.

²¹ SORRENTINO 2004, 9.

²² BESSON, TASIOLAS 2010, 2-13; RICHARDS 2012.

²³ Cfr. FERRARESE 2008, 60-65. Si veda altresì PIZZORUSSO 2011, 32-34, 739-746, 764-766.

²⁴ GALGANO 2001, 229-245.

²⁵ SORRENTINO 2004, 10.

²⁶ Per un'analisi di tale fenomeno, invero complicato, si veda MAESTRI 2015.

dell'esercizio reale di funzioni di regolazione da parte delle istituzioni internazionali e transnazionali in molti campi prima caratterizzati dal dominio riservato statale. Tale dinamica si connette al declino dell'impenetrabilità delle frontiere degli Stati, superando il dogma della loro sovranità.

Va detto, comunque, che la soluzione del problema riguardante la capacità a ricevere concreta e stabile attuazione del diritto "oltre lo Stato" non può non passare attraverso gli operatori giuridici interni, in primo luogo i giudici²⁷.

Si va disegnando, dunque, un complesso giuridico poroso, pluralistico, dotato di una inerente polinormatività: un *pluriverso*, caratterizzato da coesistenze, interferenze, condizionamenti reciproci tra settori e livelli normativi di diversa origine, che possono generare sia una stratificazione virtuosa, nella direzione del dialogo, del coordinamento e dell'armonizzazione, sia il rischio di conflitti e contraddittorietà²⁸. In ogni caso, entro questa complessa dinamica, «prendono corpo e si svolgono processi di mutua alimentazione semantica (e, perciò, di *paritaria* integrazione interordinamentale)» che, a doppio verso, vanno dal diritto interno al diritto sovranazionale (ed internazionale), e viceversa²⁹.

Il confronto tra plessi normativi, nel *continuum* tra diritto *infranzionale* e diritto *ultranazionale*, mette in moto meccanismi in forza dei quali l'operatore si trova ad applicare la regola tratta da una o l'altra fonte considerata maggiormente idonea a soddisfare le esigenze avanzate dal caso.

2. Un assetto reticolare

L'insieme delle fonti, dunque, risulta caratterizzato in senso altamente plurale e complesso³⁰; non più espressione di un fluire normativo uniforme che parte da un unico centro di autorità³¹, ma risultato di interrelazioni instabili fra molteplici tipi di autorità, o pretese di autorità, situati in differenti luoghi o in differenti processi all'esterno e all'interno dello Stato stesso³².

²⁷ Con riferimento specifico al diritto internazionale, cfr. CONFORTI 1997, 8 ss. La questione si lega, tra l'altro, ad una caratteristica dell'ordinamento internazionale, consistente nella carenza di esecutività delle sentenze internazionali. Sul punto v. CONDORELLI 2011, 174-176.

²⁸ Cfr. BIN 2015, 21-32; RUGGERI 2015, 180-186; SORRENTINO 2013, 487-493, 495-497.

²⁹ RUGGERI 2001, 559 (nota 36).

³⁰ GUASTINI 1998, 163-167; FERRAJOLI 2007, 458-461; PERLINGIERI 2005, 189-196. Sulla complessificazione della produzione normativa e delle relative fonti nel settore del diritto privato italiano cfr. SCALISI 2009, 56 ss., 62 ss., 69 ss., 75 ss. Con riferimento al diritto penale, v. BERNARDI 2011, 547 ss., 552 ss.; PALIERO 2014, 1104 ss., 1109 ss., 1112-1116. In rapporto al diritto amministrativo, si veda BOMBARDELLI 2015, 992 ss., 1003 ss., 1017 ss.

³¹ Una rassegna dei più significativi fatti critici che interessano il sistema delle fonti in Italia è fornita da GENINATTI SATÈ 2005, 885-944.

³² VIOLA 2011, 144.

Si ha a che fare con un arcipelago mobile di fonti in competizione tra loro³³; condizionato da percorsi di regolazione impressi da punti diversi, che vedono la partecipazione di soggetti plurimi, esterni ed interni al diritto nazionale; caratterizzato da grande fluidità, variabilità, instabilità; che consegue equilibri provvisori³⁴. L'interprete è chiamato a svolgere il suo ruolo in un contesto spesso caotico, disordinato, che può presentare antinomie tra fonti provenienti da centri di produzione diversi e dove vari organi concorrono alla creazione della norma. Sono all'opera, qui, sistemi regolatori diversi, spesso giustapposti, non sottoposti ad alcuna gerarchia, che rendono impossibile determinare in modo netto il confine tra le fonti, ma che necessitano tuttavia di coordinamento, al fine di risolvere i conflitti. Entrano in gioco, pertanto, regole di coesistenza, raccordi, mancando criteri stabiliti che disciplinino i loro rapporti reciproci. Tale vuoto è riempito dagli interpreti³⁵.

Inoltre, talvolta, si è in presenza di “gerarchie aggrovigliate”, nelle quali «l'organo inferiore, che secondo la logica gerarchica dovrebbe svolgere una funzione meramente passiva, contribuisce, insieme con l'organo superiore, alla creazione della norma»³⁶.

Invero, il sistema delle fonti, con la sua ordinazione gerarchica, serve tipicamente a evitare e, qualora emergano, a risolvere i contrasti tra norme. Però, la gerarchia delle fonti, collocata a pilastro portante dell'edificio della modernità giuridica ed espressione di una configurazione verticale centrata sulla legge (presupposto *formale* della razionalizzazione del diritto), perde i suoi riscontri sul piano dell'effettività. Le relazioni gerarchiche tra fonti e/o tra norme sono determinate in misura preponderante dalle attività interpretative dei giuristi e degli organi dell'applicazione³⁷.

Lo scenario che abbiamo di fronte revoca in dubbio ogni visione verticistica del diritto, incentrata sulla volontà del produttore della norma e sul suo atto di produzione, che si lega alla supremazia della legge. Viene meno la centralità di quel principio ordinatore, per cui una fonte ha prevalenza su un'altra, che produce una rappresentazione del sistema come una “piramide”: metafora di quella “verticalità gerarchica” che ha sicuramente avuto una preminenza storica e culturale, conferendo organicità e compattezza al sistema delle fonti, ma che oggi, in presenza di scalini della piramide affollati e sconnessi, appare sempre meno esauriente e neppure possibile³⁸. Le trasformazioni delle organizzazioni giuridiche travolgono la piramide, simbolo architettonico di un ordine che colloca i rapporti tra gli atti normativi lungo linee ascendenti e discendenti³⁹.

³³ La metafora dell'arcipelago è utilizzata da TIMSIT 1997.

³⁴ BERTI 2003, 461-477; BRECCIA 2006, 372, 376, 380 s.; ZACCARIA 2012, 46, 48-50, 56 s.

³⁵ Si rinvia, sul tema, a CASSESE 2009.

³⁶ Così OST 2008, 32.

³⁷ PARISI 2012, 9-11, 255 s., 261-266; PINO 2014, 7-10, 61-64.

³⁸ MODUGNO 1997, 563; BIN 2013, 8-12, 16 s.

³⁹ L'immagine della piramide definisce la struttura dell'ordine giuridico e trova nella teorizzazione

La proliferazione e la frammentazione delle fonti, il policentrismo normativo⁴⁰ e l'osmosi tra insiemi normativi (nazionale, sovranazionale, internazionale) impediscono ogni lettura del fenomeno giuridico secondo schemi gerarchici. La piramide tende a sgretolarsi. Solo una parte del diritto odierno trova spiegazione sulla base di tale modello. Si sente l'esigenza di cambiare paradigma. Assume consistenza quello della "rete"⁴¹, che rinvia ad una realtà caratterizzata dalla interconnessione tra vari soggetti e posizioni, in un gioco di reciproci intrecci, condizionamenti e integrazioni⁴². L'emersione di tale paradigma, invero, non implica la sparizione del vecchio modello: entrambi sono compresenti e complementari. La rete, però, consente di evidenziare nuove dinamiche di funzionamento delle organizzazioni giuridiche, caratterizzate da una condizione di relatività generalizzata. Lo Stato non è più la fonte esclusiva della sovranità, che, peraltro, si dispiega su vari livelli, in relazione ai poteri pubblici (infrastatali, statali e sovrastatali), e si redistribuisce anche tra poteri privati; la volontà del legislatore non è più assunta come un dogma; le frontiere del fatto e del diritto si confondono; i poteri interagiscono; le delegazioni del potere normativo si moltiplicano; si amplia il ruolo creativo della giurisprudenza; la giustizia si coglie sempre più in termini di bilanciamento di interessi e valori, diversi e variabili; emergono nuovi soggetti e nuovi "oggetti" giuridici; la positivizzazione giuridica risulta dall'attività di una pluralità di autori-interpreti intenti ad adattare i testi giuridici alla particolarità dei vari contesti applicativi.

La rete implica la presenza di una trama costituita da fili e da nodi, uniti tra di loro da legami, che assicurano interconnessioni. Si tratta di "strutture aperte", caratterizzate da intrecci di relazioni intercorrenti tra gli elementi, senza che si possa stabilire un punto di partenza obbligato o un'unica via d'accesso. Il movimento interno alla struttura assume una dimensione non lineare e interrelata. La coordinazione tra nodi si affianca ad una certa instabilità di questi stessi nodi, dal momento che si determinano cambiamenti continui ed equilibri provvisori, che richiedono apprendimento permanente e aggiustamenti parziali. Questa precarietà e duttilità della struttura rende nel complesso più incerto e imprevedibile il quadro normativo⁴³. Si va disegnando, dunque, un quadro giuridico transnazionale fluido, poroso, elastico, pluralistico, dotato di una inerente polinormatività.

La metafora della rete invita a spostare l'accento sul concetto di relazione. Il diritto appare come complesso di modalità relazionali e organizzative che *si fa* costantemente, nell'intreccio delle interdipendenze, attraverso flussi ermeneutici

gradualistica kelseniana la sua più chiara configurazione. Cfr. KELSEN 1945, III ss., 125 ss., 133 ss.; 1960, 217 ss., 251 ss.

⁴⁰ Su questo tema v. HIRVONEN (ed.) 1998. Cfr. altresì BOMBARDELLI 2015, 1003 ss.

⁴¹ OST, VAN DE KERCHOVE 2002, 43 ss., 49 ss.; LOSANO 2005, 427-429.

⁴² CASSESE 2003, 21-25.

⁴³ CATANIA 2008, 79.

generati da attori connessi alla rete⁴⁴. I processi giuridici sono visti nell'ottica di un'interazione complessa e fluida di associazioni e dissociazioni di diverso grado e intensità. Il diritto, in quanto rete di flussi interpretativi e decisionali, richiede un'opera di tessitura tra i materiali giuridici, capace di individuare le relazioni significative, nel reciproco sostegno tra premesse e conseguenze.

La complessità del diritto odierno⁴⁵ conduce a ridisegnare la configurazione delle fonti. Viene in evidenza, a questo proposito, la non esaustività di ogni loro classificazione e delle modalità di produzione. Se il panorama giuridico assume sempre più una articolazione reticolare, dove interagiscono tutte le norme (di diversa provenienza), si può ben dire che la distinzione tra fonte in senso materiale e fonte in senso formale (peraltro utile a fini analitici) risulta superata. Appare estremamente difficile ricondurre le fonti a schematiche elencazioni, basate, ad esempio, sul *nomen iuris* e/o sul procedimento di formazione, ossia su un inquadramento preciso. Si è in presenza di una molteplicità di atti e fatti per mezzo dei quali vengono create, modificate, estinte norme generali e astratte e/o norme individuali e concrete⁴⁶. Vi sono fonti “di fatto” che resistono a farsi collocare esaustivamente in un qualunque grado della gerarchia. Si ha a che fare con fonti *extra ordinem*⁴⁷, non disciplinate da disposizioni sulla produzione giuridica ma operanti sulla base del principio di effettività (funzionante esso stesso, invero, come norma sulla produzione). Il diritto può nascere non solo nelle forme prescritte, ma anche in forme diverse⁴⁸ (si tratta, appunto, delle fonti in senso materiale) rinviati al momento decisionale-riconoscimentale connesso ai processi di positivizzazione giuridica⁴⁹, con la conseguenza che «gli atti e i comportamenti tendenti alla creazione del diritto quando raggiungono l'effetto normativo sono in ciò tutti pari e parimenti vincolanti»⁵⁰. Nuovi atti normativi, pertanto, emergono accanto a quelli già conosciuti e considerati. Tra questi rientrano i vari tipi e le varie forme di *soft law*.

“Soft law” è espressione generalmente usata, da qualche tempo, per indicare una serie di atti, non omogenei quanto ad origine e natura, che, benché privi di effetti giuridici vincolanti, risultano comunque, in vario modo, giuridicamente rilevanti, potendosi trasformare, grazie al loro uso da parte di organi dotati di competenza normativa, in diritto immediatamente precettivo⁵¹. Entra in gioco, qui, un'idea di

⁴⁴ VOGLIOTTI 2007, 206-208.

⁴⁵ RUHL 2008; BOMBARDELLI 2015, 1017 ss., 1025 ss.

⁴⁶ PIZZORUSSO 2011, 171-173. Sull'utilità di una nozione ampia di “fonte del diritto”, capace di render conto della molteplicità di forme che la produzione giuridica può assumere, v. MAZZARESE 2008, 219, 223.

⁴⁷ Sulle fonti *extra ordinem* v. PALADIN 1996, 447-463.

⁴⁸ SORRENTINO 2009, 24.

⁴⁹ CATANIA 2006, II s., 27-29, 31.

⁵⁰ Così ESPOSITO 1961, 468.

⁵¹ Per una panoramica degli strumenti di *soft law* utilizzati negli ordinamenti giuridici contemporanei, a livello internazionale, in quello europeo e nei contesti nazionali, si rinvia a: DISTEFANO 2003; SENDEN

giuridicità che non dipende solo dalla riconoscibilità formale/procedurale della norma, ma anche dal suo essere effettiva.

All'interno della dinamica che contraddistingue il diritto contemporaneo, con la crisi del monopolio statale (più specificamente legislativo) della produzione giuridica, con la conseguente incertezza della gerarchia delle fonti, accentuata dai processi di globalizzazione⁵², che instaurano rapporti multiformi e dialettici tra diversi produttori di diritto (pubblici e privati) e tra componenti formali ed informali, la giuridicità perde i connotati *hard*, propri della tradizione statualistico-positivistica, i cui tratti caratterizzanti sono rappresentati dal nesso esclusivo con la sovranità e dalla verticalità del suo assetto⁵³. All'indebolimento della capacità regolativa della legislazione fa riscontro l'aumento della rilevanza di strumenti giuridici *soft*, morbidi, "fluidi", capaci di adattarsi a contesti diversi e di influenzare gli assetti presenti e futuri, restando pronti ad accogliere apporti e input che arrivano *in itinere*⁵⁴. Si amplia, così, il concetto di regolazione sul versante della vincolatività, della determinatezza e della competenza normativa⁵⁵.

In contesti caratterizzati da pluralismo normativo, policentrismo, comunicazione osmotica e ibridazione tra ordinamenti, le tecniche di regolazione *hard* e *soft* sono utilizzate tenendo conto delle particolarità delle situazioni, e ciò rispecchia una complessa articolazione sotto il profilo della teoria delle fonti⁵⁶. La positivizzazione giuridica, dunque, si realizza nel concorso di una varietà di tipi di regole, dotate di differenti gradi di "durezza"⁵⁷; appare come un mosaico dinamico, costituito da molteplici tasselli, nella continua interazione tra i diversi elementi che lo compongono. Si configura come fenomeno *multiverso*, che necessita di costanti riordinamenti.

Il *soft law* entra nel processo di positivizzazione. È una fonte del diritto, nel senso che è ritenuta capace di generare, in qualche modo, regole giuridiche. È, però, una fonte "atipica".

La normatività risulta, così, non monolitica, bensì caratterizzata da un notevole tasso di gradualità. Essa si colloca lungo un *continuum*, configurato dalle diverse possibili relazioni riguardanti la vigenza e la validità dei materiali giuridici, la loro effettività, la valenza che questi assumono in sede interpretativo-applicativa, la loro cogenza, il loro indice di ottemperanza. I gradi di normatività, pertanto, sono differenti, sia nel peso sia nel valore, e ciò rinvia all'uso, all'applicabilità, all'accettazione e all'osservanza delle regole giuridiche⁵⁸. *Soft law* e *hard law* convivono come

2004; MOSTACCI 2008; PASTORE 2014, 103-119; 2016, 167-176.

⁵² CATANIA 2008, 25, 34, 83, 147, 150; ZACCARIA 2012, 48 ss., 56 ss.

⁵³ DI ROBILANT 2006, 499-501.

⁵⁴ FERRARESE 2002, 150, 176.

⁵⁵ Cfr. SCOTT 2006, 115-116; FERRARESE 2002, 199-200.

⁵⁶ DI ROBILANT 2006, 504 ss., 545 ss.

⁵⁷ SCOTT 2006, 109 ss., 116 s., 140 s.

⁵⁸ Sui criteri di applicabilità, la cui differenza è graduale (o, meglio, sfumata) e dipendente dalle pratiche

plexi normativi spesso intrecciati nel processo di articolazione progressiva del materiale giuridico.

3. *L'individuazione delle fonti*

In presenza di un *corpus* normativo disordinato, composto da una pluralità frastagliata ed eterogenea di fonti, diventa centrale la questione della loro individuazione, che assume una peculiare dimensione interpretativa⁵⁹. La teoria delle fonti, così, si integra con la teoria dell'interpretazione.

Gli interpreti, di fronte ad una molteplicità di fonti, formali (consistenti in atti o fatti soggetti a condizioni definite di validità) e informali (consistenti in atti o fatti privi di forme giuridiche normativamente predisposte, dotate di un qualche grado di effettività)⁶⁰, e al loro flusso continuo e incontrollato, devono previamente individuare il “dato” cui riferire il lavoro di attribuzione dei significati. Qui il momento della scelta è rilevante e l'oggetto su cui si dirige il compito ermeneutico si afferma con efficacia di volta in volta differenziata⁶¹. I materiali giuridici, dunque, presentano diversi livelli di elaborazione e determinazione, che testimoniano il funzionamento “plurale”, nonché “graduale”, della positività⁶². La complessità dell'organizzazione giuridica, risultante da una pluralità di fonti e componenti, strutturati a più livelli tra loro connessi, flessibile nelle sue articolazioni, secondo competenze riconosciute in relazione a specifiche materie, richiede che l'interprete, chiamato a risolvere un caso concreto, scelga a quale normativa la soluzione deve ispirarsi, combinando e collegando disposizioni varie, di rango e provenienza diversi⁶³.

Al tradizionale compito di trarre la norma dalla fonte si affianca, dunque, quello del reperimento della fonte stessa, che va costruita⁶⁴. Tale determinazione non sempre si esprime in termini di perentoria univocità e prescindendo dall'individuazione dello scopo che si intende perseguire. La configurazione delle fonti subisce un processo di revisione verso un contesto “aperto” alle pratiche sociali di reperimento del diritto. Si assiste ad una dissociazione tra l'insieme delle fonti formali e quello (più ampio, comprensivo di fonti informali) accettato dalla comunità giuridica.

“Fonte”, allora, è termine che rimanda all'insieme dei fattori che influiscono sulla produzione delle norme e questa influenza può variare: vi sono fonti che forniscono all'operatore giuridico immediatamente una norma valida e fonti che offrono soltanto

di riconoscimento e uso degli organi dell'applicazione, cfr. PINO 2011, 837-841.

⁵⁹ ZACCARIA 2012, 58; PASTORE 2014, 32-35.

⁶⁰ FERRAJOLI 2007, 418, 919-922.

⁶¹ PINO 2014, 37-61.

⁶² GIANFORMAGGIO 1995, 31; VIOLA 2011, 99 s.

⁶³ Cfr. SILVESTRI 2007, 28 s.; LIPARI 2009, 484 s., 488 s.

⁶⁴ VOGLIOTTI 2007, 271.

idee, ispirazioni, orientamenti, effetti d'indirizzo, dai quali gli operatori devono trarre le norme⁶⁵. Le fonti, pertanto, presentano gradi diversi di oggettivazione, ma si pongono, tutte, come risorse ufficiali da cui trarre la regola del caso⁶⁶. Esse svolgono, in tal modo, una eminente funzione autoritativa, indicando che cosa gli interpreti possono usare per costruire un argomento giuridico. Forniscono, pertanto, un essenziale sostegno per giustificare la soluzione⁶⁷. L'individuazione/identificazione delle fonti presuppone che, tra i partecipanti a quella pratica sociale che è il diritto, vi sia un consenso, un accordo di massima, tendenzialmente stabile e prolungato⁶⁸, pur non escludendo i conflitti.

Il diritto positivo appare come un complesso di materiali che interagiscono tra loro combinandosi in modo mai definitivo. È un'impresa di più soggetti, istituzionali e non-istituzionali, i quali, con la loro attività ermeneutica, individuano e articolano il discorso delle fonti all'interno di una prassi in cui la normatività giuridica si pone come risultato di fattori complessi che – guardando soprattutto alla giurisdizione – vanno coordinati al fine di garantire una ricomposizione unitaria.

In questa prospettiva, la constatazione dello stato di disordine che caratterizza le odierne organizzazioni giuridiche non può condurre ad abbandonare l'impegno degli interpreti a prendere sul serio, nella loro attività ricostruttiva e ordinatrice volta all'integrazione tra materiali normativi nell'ottica della ricerca di armonizzazione, il principio di legalità⁶⁹, riguardante l'adeguatezza delle singole fonti ai criteri procedurali e contenutistici rilevanti nella positivizzazione giuridica, con l'idea regolativa che lo sostanzia e che consiste nel limitare l'arbitrio, sottoponendo a controllo le attività e gli esiti decisionali.

Il principio di legalità attiene all'esercizio del potere *under law* e, richiamando l'attenzione sulle condizioni di possibilità del procedimento interpretativo-applicativo all'interno di una serie di vincoli normativi e istituzionali⁷⁰, si connette al rispetto delle regole alla cui stregua si valuta la correttezza delle decisioni.

⁶⁵ ROSS 1958, 74.

⁶⁶ ZACCARIA 2012, 46.

⁶⁷ SCHAUER 2009, 119, 128, 130.

⁶⁸ Cfr. PINO 2014, 20-21, 63-66.

⁶⁹ LUZZATI 2005, 15-17, 106 s., 113, 119, 294; PASTORE 2014, 37-41.

⁷⁰ Invero, il principio di legalità nella giurisdizione si articola in una serie di criteri concernenti le modalità di esercizio del potere, e i suoi contenuti, e che riguardano la predeterminazione dei criteri decisionali, l'imparzialità, il rispetto del contraddittorio, la non arbitrarietà, la motivazione, l'eguaglianza, la ragionevolezza: VOGLIOTTI 2013, 412 s.

Riferimenti bibliografici

- BERNARDI A. 2011. *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 54, 2011, 536 ss.
- BERTI G. 2003. *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in «Rivista di diritto privato», 3, 2003, 461 ss.
- BESSON S., TASIIOULAS J. 2010. *Introduction*, in IDD. (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 1 ss.
- BIN R. 2013. *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva “quantistica”*, Milano, Franco Angeli, 2013.
- BIN R. 2015. *L’interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in BERNARDI A. (ed.), *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, Jovene, 2015, 17 ss.
- BIN R., PITRUZZELLA G. 2012. *Le fonti del diritto*, seconda edizione, Torino, Giappichelli, 2012.
- BOMBARDELLI M. 2015. *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in «Diritto pubblico», 3, 2015, 985 ss.
- BRECCIA U. 2006. *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in «Politica del diritto», 37, 3, 2006, 361 ss.
- CANNIZZARO E. 2015. *Interpretazione conforme fra tecniche ermeneutiche ed effetti normativi*, in BERNARDI A. (ed.), *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, Jovene, 2015, 3 ss.
- CARLASSARE L. 2008. *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, II, t. 2, Milano, Giuffrè, 2008, 536 ss.
- CARLASSARE L., VERONESI P. 2001. *Regolamento (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento*, V, Milano, Giuffrè, 2001, 951 ss.
- CASSESE S. 2003. *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003.
- CASSESE S. 2009. *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009.
- CATANIA A. 2006. *Teoria e filosofia del diritto. Temi problemi figure*, Torino, Giappichelli, 2006.
- CATANIA A. 2008. *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell’era globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008.
- CELOTTO A. 2003. *L’efficacia delle fonti comunitarie nell’ordinamento italiano. Normativa, giurisprudenza e prassi*, Torino, Utet, 2003.

- CONDORELLI L. 2011. *Crisi dello Stato e diritto internazionale: simul stabunt simul cadent?*, in «Ars Interpretandi», 16, 2011, 173 ss.
- CONFORTI B. 1997. *Diritto internazionale*, quinta edizione, Napoli, Editoriale Scientifica, 1997.
- CRISAFULLI V. 1993. *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1. *L'ordinamento costituzionale italiano (le fonti normative)*, sesta edizione aggiornata, CRISAFULLI F. (ed.), Padova, Cedam, 1993.
- DI ROBILANT A. 2006. *Genealogies of Soft Law*, in «The American Journal of Comparative Law», 54, 2006, 499 ss.
- DISTEFANO M. 2003. *Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale*, in «Lavoro e diritto», 17, 1, 2003, 17 ss.
- ESPOSITO C. 1961. *Consuetudine (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, 456 ss.
- FERRAJOLI L. 2007. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. 1. *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007.
- FERRARESE M.R. 2002. *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2002.
- FERRARESE M.R. 2008. *La globalizzazione del diritto: dalla "teologia politica" al diritto "utile"*, in VOGLIOTTI M. (ed.), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2008, 49 ss.
- GALGANO F. 2001. *Lex mercatoria*, Bologna, il Mulino, 2001.
- GENINATTI SATÈ L. 2005. *I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità*, in «Diritto pubblico», 3, 2005, 885 ss.
- GIANFORMAGGIO L. 1995. *Filosofia e critica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995.
- GROSSI P. 2015. *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015.
- GUASTINI R. 1998. *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998.
- GUASTINI R. 2011. *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011.
- HIRVONEN A. (ed.) 1998. *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*, London, Pluto Press, 1998.
- IACOVELLI D. 2004. *I regolamenti nel disordine delle fonti*, in «Jus», 51, 2, 2004, 189 ss.
- KELSEN H. 1945. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas, 1994 (ed. or. *General Theory of Law and State*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press, 1945, trad. it. di S. Cotta e G. Treves).
- KELSEN H. 1960. *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1990 (ed. or. *Reine Rechtslehre*, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1960, trad. it. di M.G. Losano).
- LIPARI N. 2008. *Le fonti del diritto*, Milano, Giuffrè, 2008.

- LIPARI N. 2009. *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 63, 2, 2009, 479 ss.
- LOSANO M.G. 2005. *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovranazionali*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 82, 3, 2005, 403 ss.
- LUZZATI C. 2005. *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Bologna, il Mulino, 2005.
- MAESTRI E. 2015. *Lex informatica. Diritto, persona e potere nell'età del cyberspazio*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.
- MAZZARESE T. 2008. *Interpretazione della costituzione. Quali i pregiudizi ideologici?*, in «Ars Interpretandi», 13, 2008, 213 ss.
- MODUGNO F. 1997. *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento*, I, Milano, Giuffrè, 1997, 561 ss.
- MOSTACCI E. 2008. *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, Cedam, 2008.
- OST F. 2008. *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, in VOGLIOTTI M. (ed.), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2008, 29 ss.
- OST F., VAN DE KERCHOVE M. 2002. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.
- PALADIN L. 1996. *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino, 1996.
- PALIERO C.E. 2014. *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 57, 2014, 1099 ss.
- PARISI S. 2012. *La gerarchia delle fonti. Ascesa, declino, mutazioni*, Napoli, Jovene, 2012.
- PARODI G. 2012. *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, Milano, Giuffrè, 2012.
- PASTORE B. 2014. *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 2014.
- PASTORE B. 2016. *Principio di legalità, positivizzazione giuridica, soft law*, in PINO G., VILLA V. (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, 153 ss.
- PERLINGIERI P. 2005. *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in «Rassegna di diritto civile», 1, 2005, 188 ss.
- PINO G. 2011. *L'applicabilità delle norme giuridiche*, in «Diritto e questioni pubbliche», 11, 2011, 797 ss.
- PINO G. 2014. *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, Mucchi Editore, 2014.

- PIZZORUSSO A. 2011. *Fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale. Art. 1-9*, seconda edizione, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 2011.
- RICHARDS S. 2012. *Globalization as a Factor in General Jurisprudence*, in «Netherlands Journal of Legal Philosophy», 41, 2, 2012, 129 ss.
- ROSS A. 1958. *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1965 (ed. or. *On Law and Justice*, London, Steven & Sons, 1958, trad. it. di G. Gavazzi).
- RUGGERI A. 2001. *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 2, 2001, 544 ss.
- RUGGERI A. 2015. *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in BERNARDI A. (ed.), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, Jovene, 2015, 153 ss.
- RUHL J.B. 2008. *Law's Complexity: a Primer*, in «Georgia State University Law Review», 24, 4, 2008, 885 ss.
- SCALISI V. 2009. *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in LOBUONO M. (ed.), *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*, Bari, Cacucci, 2009, 47 ss.
- SCHAUER F. 2009. *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Roma, Carocci, 2016 (ed. or. *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press, 2009, trad. it. di G.B. Ratti).
- SCOTT C. 2006. *Regolazione gerarchica, pluralismo giuridico e rule of law*, in «Ars Interpretandi», 11, 2006, 101 ss.
- SENDEN L. 2004. *Soft Law in European Community Law*, Oxford and Portland (Oregon), Hart Publishing, 2004.
- SILVESTRI G. 1987. *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in «Politica del diritto», 18, 1, 1987, 149 ss.
- SILVESTRI G. 2007. *Il ruolo del giudice in un'epoca di crisi delle fonti del diritto*, in PALAZZO F., ROSELLI O. (eds.), *I professionisti della giustizia. La formazione degli operatori dell'amministrazione della giustizia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, 25 ss.
- SORRENTINO F. 2004. *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2004.
- SORRENTINO F. 2009. *Le fonti del diritto italiano*, Padova, Cedam, 2009.
- SORRENTINO F. 2013. *Principi costituzionali e complessità delle fonti*, in «Diritto e società», 3, 2013, 483 ss.
- TIMSIT G. 1997. *Archipel de la norme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997.
- VIOLA F. 2011. *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, Giappichelli, 2011.
- VOGLIOTTI M. 2007. *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007.

VOGLIOTTI M. 2013. *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, VI, Milano, Giuffrè, 2013, 371 ss.

ZACCARIA G. 2012. *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012.