

Prefazione alla III edizione

Le fonti del diritto non è una semplice riedizione del volume pubblicato nel 2009 e riedito nel 2012. Oltre ai molti, inevitabili aggiornamenti, sono state totalmente riscritte alcune parti, anche per offrire un maggiore sviluppo analitico ai singoli temi e, al tempo stesso, proporre qualche suggerimento per il pratico.

Sicuramente le modifiche più estese sono state apportate alla parte dedicata alle fonti dell'Unione europea (cap. III) e ai rapporti tra diritto internazionale e diritto interno (cap. IV). Ma anche il capitolo iniziale, che ha carattere introduttivo, è stato ampiamente modificato, soprattutto per calcare l'accento sul carattere "culturale" che caratterizza la teoria delle fonti del diritto, così profondamente intrisa delle esperienze e delle opzioni degli operatori del diritto. Lo stesso problema di che cosa sia "fonte del diritto" trova una risposta solo al prezzo di effettuare scelte impegnative, per esempio sul fronte dell'uso giudiziale della Costituzione per ricavarne la "norma del caso" (cap. II), dell'importazione di norme e modelli di giudizio dagli altri ordinamenti (cap. IV), oppure di decidere del valore giuridico di quella nebulosa fatta di linee guide, codici di autoregolamentazione, direttive vincolanti delle autorità amministrative, dell'Anac, degli ordini professionali: di tutti quegli atti che vengono spesso ricompresi nell'equivoca categoria di *soft-law* (cap. VIII). Ed anche quando si affrontano i terreni più consolidati, quali le "classiche" fonti costituite da leggi (cap. IV) e regolamenti (cap. V), i cambiamenti sono tali da legittimare più di un dubbio circa la regola da applicare e le stesse condizioni di validità degli atti normativi: e ciò vale a maggior ragione nel quadro dei rapporti tra legge dello Stato e legge della Regione, che è divenuto un terreno su cui è sempre più difficile orientarsi quando si tratti di capire quale sia la norma da applicare (cap. VI).

L'ambizione è di offrire un testo chiaro e sistematico, adatto alla didattica nei corsi avanzati di diritto costituzionale e alla preparazione dei concorsi in cui è richiesta una solida preparazione giuridica. E di aggiungere anche qualche orientamento a chi si trovi a dover affrontare nella pratica il classico compito del giurista: quello di individuare la regola da applicare al caso concreto.

Roberto Bin e Giovanni Pitruzzella

28 gennaio 2019

SOMMARIO: 1. Definizioni e inquadramento di base. – 2. “Ordinamento giuridico” e “sistema delle fonti” come esigenze dell’interprete. – *Eterogenesi dei fini: un caso storico.* – 3. I criteri di soluzione delle antinomie come prodotto culturale. – *Disposizione e norma: una distinzione basilare.* – 4. Il criterio cronologico e l’abrogazione. – *La “naturale” retroattività delle leggi di interpretazione autentica.* – *Mi abroga o non mi abroga? Casi di dubbia abrogazione implicita.* – *Dichiarazione di incostituzionalità e reviviscenza.* – 5. Il criterio gerarchico e l’annullamento. – *L’illegittimità delle leggi.* – *Abrogazione o annullamento?* – 6. La Costituzione come fattore di crisi del “sistema delle fonti”. – 6.1. Riserva di legge e “specializzazione” degli atti normativi. – *Sovranità e principio di esclusività.* – *L’atipicità della legge di bilancio, prima e dopo la riforma.* – 6.2. Il pluricentrismo “interno” e le “fonti delle autonomie”. – *Il criterio della specialità e la deroga.* – 6.3. Il criterio della competenza e gli altri criteri. – 6.4. Il pluricentrismo “esterno”. – 6.5. La giurisprudenza delle Corti costituzionale, comunitaria e Cedu. – 6.6. La produzione “sociale” di norme. – 7. Qual è il “diritto” dello Stato di diritto? – 8. Teorie delle fonti e cultura giuridica.

1. Definizioni e inquadramento di base

Sono **fonti del diritto** gli atti e i fatti cui l’ordinamento giuridico attribuisce il compito di produrre nuove norme giuridiche. Questa la definizione tradizionale¹.

Gli **atti normativi** sono documenti scritti, provvisti di una particolare veste formale e di un nome tipico (*nomen juris*), frutto di un procedimento disciplinato da altre norme dell’ordinamento. Il che significa che nell’ordinamento giuridico vi sono delle apposite norme che individuano gli atti e i procedimenti per produrli (c.d. **norme sulla produzione** o **norme di riconoscimento**). In linea di principio, un ordinamento complesso come il nostro differenzia

Atti e fatti normativi

¹Le note bibliografiche in questo volume sono molto contenute, e si limitano a riferimenti essenziali con preferenza per gli scritti più recenti, dove disponibili. In genere non vi sono riferimenti specifici alle altre trattazioni manualistiche delle fonti, che pure non mancano. Si possono citare in particolare, trascurando le parti dei diversi trattati dedicate al tema, le “lezioni” dedicate alla didattica e limitandoci ai testi più diffusi: V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale II – Fonti normative*, Padova 1984⁵; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino 1987; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996; S.M. CICONETTI, *Le fonti del diritto*, Torino 2017³; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova 2019³; A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna 2018.

gli atti normativi attribuendo loro una diversa *posizione gerarchica* (sulla gerarchia vedi § I.5): le norme sulla produzione stanno su un gradino gerarchico più elevato rispetto agli atti normativi che esse disciplinano. Perciò – anticipando temi che saranno sviluppati in seguito – nella Costituzione troviamo le norme sulla produzione degli atti di *legislazione ordinaria* (art. 70 ss.: vedi § V), nelle leggi ordinarie troviamo le norme sulla produzione degli atti regolamentari (vedi § VII).

La consuetudine

Più complessa la definizione dei **fatti normativi**. La categoria è stata costruita in passato sul modello della *consuetudine*. Essa era effettivamente costituita da “fatti”, ossia da comportamenti ripetuti dai consociati che progressivamente, e senza l'intervento di uno specifico atto di volontà di qualche autorità, venivano percepiti dalla collettività come giuridicamente obbligatori. Interi settori della vita sociale (si pensi alla compravendita di animali o al fidanzamento e alla promessa di matrimonio) erano retti da usanze fortemente sentite dalla comunità come doverose (per un approfondimento sulla consuetudine, vedi § VIII.2).

Di tutto questo nella nostra società resta ben poco, perché passo dopo passo la legge scritta ha sostituito le usanze in nome di una maggiore certezza dei rapporti sociali. Tuttavia ancora oggi nelle definizioni delle fonti-fatto ricorrono di frequente espressioni come “fenomeni normativi non volontari”, “comportamenti sociali”, “produzione sociale spontanea di norme”, “diritto non scritto”. Ciò che più conta, siccome nella consuetudine è il “fatto” che crea la norma, si attenua in relazione al suo accertamento la regola “*iura novit curia*” (vedi § IV.2), essendo onere della parte “allegare” i fatti, se non sono notori.

Le norme “importate”
come fonti-fatto

Tuttavia non sono affatto scomparse le altre **fonti-fatto**. Si tratta di tutte quelle norme giuridiche che l'ordinamento nazionale “importa” a seguito dell'internazionalizzazione dell'economia, della società e del diritto. Fonti-fatto sono perciò qualificati gli atti normativi dell'Unione europea, i trattati internazionali, la *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (nell'interpretazione quotidiana che di essa fornisce la Corte di Strasburgo: vedi § IV.3), le stesse leggi degli ordinamenti stranieri richiamate dalle norme di diritto internazionale privato: però nessuna di queste fonti è “involontaria” o “spontanea”, nessuna è “non scritta”. Siccome esse non provengono da “organi abilitati dal nostro ordinamento”, ciò non consente di annoverarle tra le “fonti-atto”, e dovrebbe impedire al giudice italiano di rilevarne gli eventuali vizi di legittimità, ostacolare talvolta l'accertamento giudiziale della vigenza della norma, escludere la possibilità del ricorso in Cassazione per la loro violazione o falsa applicazione.

Anche questi però sono dogmi vacillanti, corollari del concetto tradizionale di “fatto normativo”, che non si adattano affatto a tutti i fenomeni che vengono imputati a questa categoria: che il giudice non possa rilevare i vizi formali o sostanziali delle fonti-fatto è un'affermazione che non vale affatto per le **norme dell'Unione europea**; anzi, il trattato legittima il giudice nazionale a investire in via pregiudiziale la Corte di giustizia con questioni relative alla validità, oltre che

all'interpretazione, degli atti compiuti dalle istituzioni della Unione europea e della BCE² (vedi § III.1.4). Certo, se in base alle **norme di diritto internazionale privato** il giudice si trova ad applicare la legge di uno Stato straniero, non può rilevarne i vizi impugnandola di fronte alla giurisdizione di quel paese; ma dopo la riforma intervenuta con la legge 218/1995 spetta al giudice italiano "accertare" la legge straniera e interpretarla "secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo"³ e persino, se quell'ordinamento prevede un *controllo diffuso* di costituzionalità, disapplicarla qualora la ritenga in contrasto con la Costituzione di *quel* paese⁴. Inoltre è pacifico che la violazione della norma di diritto straniero sia deducibile come motivo di ricorso in Cassazione⁵.

Le norme straniere dopo la riforma del diritto internazionale privato

La categoria delle fonti-fatto, che costituisce uno degli elementi portanti del sistema delle fonti, ha ormai perso ogni tenuta concettuale ed è definibile solo in negativo, come "tutto ciò che genera norme giuridiche ma non è iscrivibile tra le fonti-atto". Siccome però non si tratta più di fenomeni periferici del diritto applicato nelle aule giudiziarie, ma ne costituiscono anzi una parte cospicua (e spesso connesso a questioni di elevato significato economico), la debolezza dei concetti ordinatori si riflette sulla difficoltà operativa che incontrano gli interpreti nel determinare quale sia il diritto applicabile e come debba essere applicato.

Le fonti-fatto come categoria residuale

² Art. 267.1, lett. b), TFUE.

³ Così, rispettivamente, gli artt. 14 e 15 della legge 218/1995.

Precisa la Corte di cassazione (sez. III civ., 24/06/2009, n. 14777) che "l'obbligo del giudice di ricercare le fonti del diritto deve intendersi posto anche con riferimento alle norme giuridiche dell'ordinamento straniero e, in virtù dell'art. 14 l. 31 maggio 1995 n. 218 ... egli, ai fini della conoscenza della legge straniera (in funzione dell'applicabilità dell'art. 16 preleggi), può avvalersi, oltre che degli strumenti indicati nelle convenzioni internazionali e delle informazioni acquisite tramite il Ministero della giustizia, anche di quelle assunte mediante esperti o istituzioni specializzate, potendo ricorrere, onde garantire effettività al diritto straniero applicabile, a qualsiasi mezzo, anche informale, valorizzando il ruolo attivo delle parti come strumento utile per la relativa acquisizione" (in *Giust. civ.*, 2010, 12, I, 2850).

⁴ Come è chiarito dalla Relazione ministeriale: cfr. N. BOSCHIERO, *Commento all'art. 15*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, 1045. La Cassazione (sez. I civ., 26/02/2002, n. 2791, in *Foro it.*, 2002, I, 1712) ha affermato che "il diritto straniero, operante nell'ordinamento italiano secondo le norme di diritto internazionale privato, deve essere applicato dal giudice italiano avvalendosi di tutti gli strumenti interpretativi posti dall'ordinamento straniero, e quindi nella sua globalità e nella dimensione in cui esso si fa diritto vivente, senza tuttavia che ciò implichi un obbligo per il giudice di acquisire fonti giurisprudenziali o dottrinarie che corroborino l'una o l'altra delle possibili letture del testo normativo".

⁵ Così ha ritenuto la Cassazione anche prima dell'entrata in vigore della legge 218/1995: cfr. sez. II, 29 gennaio 1993 n. 1127. Ora Cass. civ., sez. I, 26 ottobre 2015, n. 21712 (in *Mass. Giust. civ.*, 2015).

2. "Ordinamento giuridico" e "sistema delle fonti" come esigenze dell'interprete

Nella definizione di "fonte del diritto" ricorrono termini come **ordinamento giuridico** e **diritto** che richiedono un chiarimento.

Diritto o non diritto?

Che cosa sia il diritto è una domanda che il giurista non affronta volentieri. Se ne libera di solito delegandolo al filosofo del diritto. Il problema però c'è, e lo si avverte soprattutto in momento di grande trasformazione della società come l'attuale. Magari non lo si avverte nel lavoro di tutti i giorni, che per lo più richiede di capire quale sia la norma da applicare, non quello di definire se essa appartenga o meno al diritto. Ciò che è o non è diritto appare per lo più come un problema "metagiuridico", come tale non interessante per la professione del giurista.

Per dire che cosa sia il diritto si ricorre ad una metafora, quella della "fonte". Queste "fonti" generano norme giuridiche e queste concorrono a formare l'"**ordinamento giuridico**". Il teorico dirà che questa è una visione ultrasemplificata del problema, ma è grazie a questa semplificazione che il giurista (l'avvocato, l'interprete, il giudice) può procedere nel suo lavoro quotidiano senza troppi affanni teorici.

Coerenza e completezza

Per comodità il giurista attribuisce all'ordinamento giuridico alcune caratteristiche, in primo luogo le caratteristiche della **coerenza** e della **completezza**: "*si dice «coerente» quell'ordinamento in cui non esistono norme incompatibili: si dice, invece, «completo» quello in cui esiste sempre una norma o la norma con questa incompatibile*"⁶.

È fin troppo evidente che non esistono "in natura" ordinamenti giuridici privi di "incoerenze" e di lacune normative: forse non sono esistiti mai, ma certamente non esistono nel mondo odierno, in cui il sistema delle fonti è particolarmente complesso e le norme sono soggette a continui mutamenti. Tuttavia i "miti" della coerenza e della completezza appartengono ai presupposti con cui opera il giurista, chiamato ad *interpretare* il diritto e ad *applicarlo* ai casi concreti. Anzi, si potrebbe sostenere che tanto più un ordinamento giuridico è – come il nostro – complesso, frastagliato e in continuo mutamento, tanto più forti si fanno sentire le esigenze di "coerenza" e di "completezza": negli ordinamenti moderni, infatti, ad un contrasto tra regole giuridiche o di fronte ad una "lacuna" di disciplina, non è ammesso né "denegare giustizia", ossia rinunciare al giudizio per mancanza della regola da applicare (il c.d. *non liquet*), né rivolgersi al "principio" per chiedere e ottenere un chiarimento e un'integrazione della norma (il c.d. *rescriptum principis*).

Non liquet

Appartiene infatti ai principi dello Stato di diritto la netta separazione tra il momento della scelta politica che, guidata dal sistema rappresentativo, si trasfor-

⁶ N. BOBBIO, *Lacune del diritto*, in *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino 1994, 89; R. GUA-
STINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano 2010, 355 ss.

ma in “legge”, e il momento della sua applicazione al caso concreto, nel corso di un giudizio che si svolge davanti ad un giudice, qualificato e selezionato in base a requisiti tecnici e attentamente sottratto al circuito politico – rappresentativo. Non solo al giudice – e all’interprete più in generale – è vietato il ricorso al responso del principe, ma è fortemente svalutato persino l’impiego dell’argomento della “**volontà del legislatore**” per interpretare gli atti legislativi e ricavarne “la regola del caso”. L’atto legislativo si stacca, si “estranea” dalle intenzioni soggettive dell’organo che l’ha emanato, per assumere un significato “oggettivo” nel sistema giuridico⁷.

Il distacco dell’atto normativo dalla volontà politica segna la condizione perché sia possibile tracciare la linea di separazione tra i poteri, tra il momento della “legislazione” e il momento della “applicazione” delle leggi. L’interprete deve “costruire” il significato della disposizione da applicare, e per farlo deve individuare la *ratio legis*, il principio o “lo spirito” della legge, “da individuarsi tenuto conto dell’evoluzione della normativa e della coscienza sociale”⁸; quale potesse essere l’intenzione originale del legislatore (l’*intentio legis*, spesso assai difficile da accertare in modo univoco), quel che serve è comprendere come la norma si colloca *oggettivamente* nel “sistema”, a quale esigenza di normazione risponda (per es., rimediando ad una possibile “lacuna”) o a quali esigenze di coerenza sistematica (per es., rimediando ad una potenziale contraddizione). Le intenzioni soggettive del legislatore cedono il campo alle finalità “oggettive” cui assolve la norma *oggi*, che possono essere ben diverse da quelle che aveva ispirato il legislatore a suo tempo (“**eterogenesi dei fini**” è la locuzione che esprime questo mutamento di prospettiva)⁹.

✓ ETEROGENESI DEI FINI: UN CASO STORICO

La sent. 5/1962 della Corte costituzionale rappresenta un caso esplicito di utilizzazione dell’eterogenesi dei fini. Oggetto della sentenza era un decreto legislativo del 1947 che imponeva ai produttori di conferire il risone all’ammasso, riservandone la distribuzione all’Ente nazionale risi. Una misura – dice la Corte – chiaramente dettata dalle esigenze alimentari del dopoguerra: ma, “se è vero che nelle condizioni attuali più non sussistono – come è di comune nozione, e come riconoscono le stesse autorità governative (a quanto risulta dai documenti della causa) – le ragioni che sollecitarono

⁷ Cfr. G.U. RESCIGNO, *L’atto normativo*, Bologna 1998, spec. 51-57. Sulla funzione dei lavori preparatori nella giurisprudenza costituzionale si veda M. DOGLIANI, *Il “posto” del diritto costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, 525 ss. e il volume collettaneo *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Torino 2008.

⁸ Cass. civ., sez. I, 14 dicembre 2018, n. 32524.

⁹ Per tutti cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1972², 261 ss.; G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu e F. Messineo, I.2, Milano 1980, 364 ss.; R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e P. Schlesinger, Milano 2004, 150 ss.

l'adozione del decreto legislativo impugnato, emanato nell'immediato dopoguerra in collegamento con la preesistente legislazione vincolistica, e ispirato (come si legge nell'art. 1) alla necessità, allora impellente, di far fronte alle «esigenze generali dell'alimentazione nazionale», ciò non è sufficiente a far considerare illegittima la conservazione per alcuni prodotti agricoli del regime di vincolo e di ammasso. Non può esser negata, infatti, la legittimità della conservazione in vita, per nuove esigenze di interesse generale (nella specie, di tutela della produzione di certe derrate), di una disciplina giuridica particolare, originariamente introdotta in funzione di esigenze diverse (nella specie, di assicurazione della alimentazione nazionale): ciò perché è da riconoscere al legislatore la possibilità di valutare (sempre che ciò non avvenga in modo arbitrario) se sopravvivano ragioni di interesse generale per la conservazione, nell'ordinamento, di istituti in esso presenti, indipendentemente dai motivi che dettero loro origine». Se «di per sé sole, e date le finalità che – venute meno quelle originarie – ne ispirano oggi il mantenimento in vita» le disposizioni non appaiono in contrasto con la Costituzione, esse però sono state dichiarate illegittime per violazione della riserva di legge contenuta nell'art. 41 Cost.

È solo grazie a questa “estraneazione” dell'atto dal suo autore che la disposizione legislativa può entrare nell'ordinamento giuridico ed assumere tutta la pienezza di significato che il “sistema” le conferisce. Il legislatore esaurisce il suo compito (e il suo potere) nello scrivere regole generali e astratte, destinate perciò ad essere applicate ad una quantità indeterminabile di casi. Spetta ai soggetti dell'*interpretazione* e dell'*applicazione* del diritto ricostruire ogni singolo caso concreto ed elaborare la regola giuridica che ad esso va applicata. Il Codice napoleonico – e tutti i codici che ne sono derivati – si preoccupa che questo lavoro di elaborazione della “regola del caso” venga sempre eseguito dal giudice: “il giudice che si rifiuterà di giudicare con il pretesto del silenzio, dell'oscurità o dell'insufficienza della legge, potrà essere perseguito per denegata giustizia”. Viene così definitivamente chiarito che è posto a carico del giudice – e perciò dell'interprete – il compito di riportare la legislazione a un sistema coerente e completo¹⁰.

“Estraneazione” dell'atto e divisione dei poteri

... “coerenza” e “completezza” come premesse deontologiche dell'interpretazione, in un ordinamento di fatto incoerente

La “completezza”, la “coerenza”, la “razionalità” di un legislatore che non può essere né “contraddittorio” né “ridondante”, sono spesso richiamate dagli interpreti come caratteristiche necessarie della legislazione, su quali è possibile fondare tutta una serie di argomenti utili all'interpretazione. Ma non sono certo qualità che possano essere seriamente attribuite al “legislatore”, che è un conglomerato di corpi politi-

¹⁰ È noto, per altro, che le norme sull'interpretazione, quali l'art. 4 del *Code Napoléon* (appena citato nel testo) o l'art. 12 delle nostre “*Preleggi*” (di cui si tratterà in seguito), nascono non dalla pretesa dell'ordinamento statale ad essere completo, ma appunto dal tentativo di regolare i poteri-doveri dei giudici: cfr. G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 1969, V, 112 ss. Per una rilettura critica dei paradigmi culturali su cui si basa la codificazione, cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2007, 137 ss.

ci complessi, eterogenei, che mutano indirizzi nel tempo e non rispondono della qualità tecnica dei propri atti: se dovessimo fare la fotografia dell'insieme di atti normativi che vigono in Italia – leggi e decreti che risalgono al 1865, la legislazione spesso importante (tre dei quattro codici, per fare un solo esempio) sopravvissuta al fascismo (vedi § II.1), tutto ciò che ha prodotto il Parlamento e il Governo in sessant'anni di Repubblica, le leggi e i regolamenti delle Regioni, i regolamenti delle autonomie locali, la valanga di norme di provenienza comunitaria ed altro ancora – dovremmo accettare la premessa diametralmente opposta, se non dell'incompletezza, quantomeno della strutturale incoerenza, contraddittorietà e ridondanza della legislazione. Quelle, dunque, sono convenzioni che vigono nella comunità degli interpreti, e che vi sono accreditate perché ritenute premesse utili, anzi indispensabili, per il lavoro che la comunità deve svolgere. Perché è sull'interprete che grava per intero il compito di riportare a coerenza l'insieme delle disposizioni legislative, onde ricavarne la norma del caso, norma che deve *necessariamente* essere reperita (nonostante le “lacune” della legislazione) e deve essere *necessariamente* univoca e non smentita da altre norme concorrenti.

Per l'interprete, di conseguenza, che l'“**ordinamento giuridico**” sia un “sistema” coerente e completo è un paradigma della sua “scienza”, il presupposto necessario del suo lavoro, la condizione per ottemperare ad una vera e propria regola deontologica che gli prescrive di trarre, da un materiale incoerente e spesso contraddittorio, la soluzione univoca del “caso” che si trova di fronte. In presenza, com'è del tutto normale, di un insieme di testi non riducibili ad unità di senso, l'interprete si arma degli strumenti con cui selezionare la norma da applicare. Insomma, la coerenza e la completezza sono per l'interprete il risultato dell'opera di interpretazione e applicazione del diritto. È l'interprete che “anticipa” le qualità di completezza e di coerenza del testo su cui lavora.

L'ordinamento giuridico come “sistema”

3. I criteri di soluzione delle antinomie come prodotto culturale

Il “**sistema delle fonti**” non è dunque il punto di partenza, ma il risultato del lavoro dell'interprete. Per raggiungerlo, egli impiega una vasta gamma di strumenti consolidati da un'esperienza che ha attraversato i secoli che ci separano dal diritto romano. Sono i canoni dell'“ermeneutica giuridica”, ossia gli argomenti che vengono accreditati per ricavare dai testi normativi (la “**disposizione**”) il loro “significato normativo” e quindi la regola da applicare al caso concreto (la “**norma**”) ¹¹.

¹¹ Ovviamente la letteratura sull'interpretazione giuridica è sterminata. In quella di lingua italiana classici sono i testi di E. BETTI, *Interpretazione*, cit. e G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit. Ora si vedano inoltre di R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato*

✓ DISPOSIZIONE E NORMA: UNA DISTINZIONE BASILARE

La distinzione concettuale tra *disposizione* e *norma* è determinante per comprendere le pagine che seguono¹². Con ‘disposizione’ si indica la proposizione scritta dal legislatore, il *testo* normativo licenziato da chi detiene il potere legislativo; con ‘norma’ ci si riferisce invece al *significato* ricavato attraverso l’interpretazione del testo. Il testo normativo può essere interpretato *in astratto*, come quando si legge un atto normativo appena pubblicato per coglierne la portata innovativa. Ma l’interpretazione giuridica guarda soprattutto all’*applicazione* della legge al caso concreto¹³: questo significa ricavare dalla *disposizione* individuata la *norma* del caso, ossia la regola generale sotto la quale il caso particolare è *sussumibile*. Sicché ciò che il giudice si trova ad applicare nel giudizio del caso concreto non è, a ben vedere, né l’atto normativo né la *disposizione*, bensì la *norma*, ossia la regola generale che egli ricava dall’interpretazione delle disposizioni (ritenute) vigenti e considera l’*unica* da applicare al caso concreto: “la norma giuridica vive come ‘norma’ solo nel momento nel quale viene applicata e perciò appunto ogni applicazione di una norma richiede l’interpretazione di un testo ... e cioè la formulazione (ai fini dell’applicazione) della norma”¹⁴.

Quando i testi normativi in vigore sono incoerenti, ossia producono “norme” tra loro incompatibili, allora si ricorre ad un complesso di argomenti predisposto alla soluzione delle c.d. **antinomie**, ossia alla scelta della norma da privilegiare nel caso specifico. Il *criterio cronologico* (*lex posterior derogat priori*), la cui applicazione porta a dichiarare l’*abrogazione* della legge meno recente; il *criterio gerarchico* (*lex superior derogat legi inferiori*), che conduce invece a dichiarare l’*invalidità* della norma di grado inferiore; il *criterio delle specialità* (*lex specialis derogat legi generali*), che conduce a privilegiare nel contrasto la norma particolare rispetto a quella più generale; il *criterio della competenza*, che porta a risolvere il contrasto normativo decidendo quale sia l’atto o l’ordinamento competente a disciplinare la materia: questi sono appunto gli strumenti di base con cui l’interprete seleziona la norma da applicare al caso concreto, così da riportare a coerenza, a “sistema”, un insieme di norme che è realistico attendersi altamente contraddittorio.

Questi criteri sono il frutto dell’incessante riflessione dei giuristi – e soprattutto della dottrina – attorno alle modalità con cui il “sistema” si costruisce. È un

Antinomie e criteri di soluzione

di diritto privato, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano 1993; *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., I.1, Milano 1998; *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit.

¹²Fondamentale a proposito è V. CRISAFULLI, *Disposizione e norma*, in *Enc. dir.*, XIII.

¹³“Non si tratta di un giudizio con funzione meramente conoscitiva (per es. di un giudizio storico), ma di uno strumento foggato per disciplinare la vita di relazione”: E. BETTI, *Interpretazione*, cit., 284.

¹⁴T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 351 ss., 352.

processo lento e costante, frutto di stratificazioni successive (non è un caso che il più recente di questi criteri, quello della competenza¹⁵, non abbia trovato un broccardo latino che lo esprima), che rielaborano in forma teorica le modificazioni che di fatto subisce l'ordinamento giuridico "storico". È un processo segnato da dibattiti teorici talvolta molto accesi che però si è sviluppato con una continuità che spesso maschera le svolte e le fratture che hanno segnato gli eventi storici e i mutamenti nello stesso diritto positivo.

Si potrebbe obiettare che sono le norme positive a "costruire" il sistema giuridico, a partire dalle c.d. **Preleggi**, le *Disposizioni sulla legge in generale* che precedono il Codice civile, le quali si occupano di disciplinare sia le modalità con cui la legge va interpretata (art. 12) sia gli stessi criteri di soluzione delle antinomie, qual è per esempio l'abrogazione (art. 15). Ma non è così. Le "Preleggi" riproducono senza variazioni apprezzabili, le analoghe disposizioni con cui esordiva il *Codice civile* del 1865, almeno per ciò che riguarda le "regole sull'interpretazione" (art. 12, che è *quasi* identico all'art. 3 del codice 1865) e l'abrogazione (art. 15, identico all'art. 5 del vecchio codice). Nei lavori preparatori del nuovo codice si era anche dubitato dell'opportunità di mantenere in vita tali disposizioni: delle norme sull'interpretazione si era anzi proposta la soppressione, perché apparivano "*più di danno che di utilità*", dato che erano necessariamente incomplete, si ingerivano "*nel campo della dottrina*" piuttosto che in quello "*della legislazione*", e finivano quindi con apparire regole spurie che "*partecipano più del consiglio che del comando*"¹⁶; mentre della norma sull'abrogazione si convenne di lasciarla in vigore solo perché "*non ha dato luogo ad alcun serio dubbio*" e poteva comunque servire a chiarire che la consuetudine non può mai avere "*virtù abrogativa*" della legge¹⁷.

Preleggi

4. Il criterio cronologico e l'abrogazione

Il **criterio cronologico** è lo strumento di composizione delle antinomie che si è consolidato da più tempo: nel nostro ordi-

Criterio cronologico.
Definizione

¹⁵ La cui teorizzazione si può far risalire a V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 775 ss. Va però ricordato che anche in seguito si sono proposti criteri nuovi di sistemazione delle fonti, ritenendoli più adeguati alla realtà determinata dalla Costituzione: si veda in particolare, per il criterio di "pregevolezza normativa", A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano 1977. Dopo la riforma del Titolo V è frequente invece il riferimento al principio di sussidiarietà come criterio ordinatore (cfr. S. PARISI, *La gerarchia delle fonti. Ascesa declino mutazioni*, Napoli 2012), come si accennerà in conclusione di questo capitolo.

¹⁶ Così nella *Relazione della Commissione Reale*, in G. PANDOLFI, G. SCARPELLO, M. STELLA RICHTER, G. DALLARI, *Codice civile (illustrato con i lavori preparatori)*, I, Milano 1939, 24 ss.

¹⁷ *Ibidem*, 29.

namento trova nell'art. 15 delle *Preleggi* una formulazione conforme a tradizione¹⁸. È un criterio tipico di tutti gli ordinamenti giuridici dinamici in cui, nella regolazione dei rapporti sociali, le fonti-atto prevalgono sulla consuetudine (vedi § I.5). In essi è ovvio che la “legge” non può essere dettata una volta per sempre, ma deve adeguarsi al continuo cambiamento della realtà. Al contrario, negli ordinamenti statici, è la tradizione a conferire valore alle regole, che più sono risalenti nel tempo più valgono e quindi resistono al mutamento.

Lex posterior derogat priori:
l'effetto abrogativo

Il criterio cronologico dice che, in caso di contrasto tra due norme, si deve preferire quella più recente a quella più antica (*lex posterior derogat priori*). La prevalenza della norma nuova sulla vecchia si esprime attraverso

l'abrogazione. L'abrogazione è l'effetto che la norma più recente produce nei confronti di quella meno recente: provoca la cessazione dell'efficacia della norma giuridica precedente, che non sarà più idonea a produrre effetti giuridici e quindi a disciplinare nuovi rapporti giuridici.

Il principio di irretroattività

Per il **principio di irretroattività** degli atti normativi, l'abrogazione opera solo per il futuro, *ex nunc* (da ora). Il principio di irretroattività delle leggi – codificato nell'art.

11 delle “Preleggi” (“La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo”) – è considerato un pilastro dello Stato di diritto, perché costituisce la garanzia minima di certezza dei rapporti giuridici: chi agisce deve poter conoscere in anticipo quale qualificazione giuridica è data dall'ordinamento al suo comportamento. Però l'irretroattività delle leggi non è anche un principio costituzionale. La Costituzione lo riconosce espressamente solo per la *norma penale* (“Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”: art. 25.2), ma fuori da questo ambito è ammesso che le leggi dispongano anche per il passato.

✓ LA “NATURALE” RETROATTIVITÀ DELLE LEGGI DI INTERPRETAZIONE AUTENTICA

Ci sono delle leggi che sono fatte per operare retroattivamente, sono le c.d. **leggi “di interpretazione autentica”** (su cui si veda più diffusamente il § VIII.3). Ad esse il legislatore può ricorrere quando sia necessario chiarire il significato di qualche disposizione legislativa precedente, in modo da risolvere dubbi interpretativi (“è di interpretazione autentica quella disposizione che, si riferisca e si saldi con quella da interpretare ed intervenga esclusivamente sul significato normativo di quest'ultima senza, però, intaccare o integrare il dato testuale ma solo chiarendone o esplicandone il contenuto

¹⁸ Lo stesso codice del 1865, che il nostro ricalca, ne aveva ereditato la scrittura dai codici preunitari, sia pure con una significativa modificazione: cfr. G. GORLA, *I precedenti storici* cit. e, ora, F. RIGANO, *Sull'abrogazione. Materiali per la storia dell'istituto: le Preleggi del codice civile del 1865*, in *Lo Stato*, 2017, 49 ss.

ovvero escludendo o enucleando uno dei significati possibili; e ciò al fine di imporre poi all'interprete un determinato significato normativo": Corte cost. 39/1993). Siccome queste leggi non "aggiungerebbero" nuove disposizioni, ma semplicemente chiarirebbero il "vero" ("autentico", appunto) significato di disposizioni già in vigore, i loro effetti retroagiscono alla data di entrata in vigore di quest'ultime. In questi termini la Corte costituzionale da sempre le considera non contrarie a Costituzione, purché non mutino le disposizioni "interpretate" e non siano direttamente rivolte ad incidere su giudizi in corso o a sovvertire un giudicato (si veda per es., tra le tante, la sent. 155/1990). Le leggi di interpretazione autentica, radicate nella prassi legislativa, sono fortemente contestate in dottrina¹⁹ e sottoposte ad un controllo severo da parte della Corte costituzionale, che è attenta a bloccare ogni tentativo del legislatore di emanare disposizioni retroattive "mascherate" da interpretazione autentica e prive di una ragionevole giustificazione (si veda ad es. sent. 271/2011).

Tuttavia una legge che disponga per il passato è sempre soggetta ad un controllo "stretto" di legittimità costituzionale. Anche se solo per la materia penale c'è un esplicito divieto costituzionale di aggravare retroattivamente il trattamento (nuove norme incriminatrici o che aggravano la sanzione operano solo per il futuro, mentre, per il principio del *favor rei*, operano sempre retroattivamente le norme che abrogano o alleggeriscono la fattispecie punitiva: questa l'interpretazione corrente dell'art. 25.2 Cost.), altre norme costituzionali possono opporsi alla retroattività di una legge: per esempio, il *principio di capacità contributiva*, la *tutela dell'affidamento* e il *principio di eguaglianza* (per approfondimenti su tutti questi aspetti, vedi § VIII.3).

Per effetto della nuova legge – e salvi i rari casi di retroattività – la vecchia norma perde efficacia dal giorno dell'entrata in vigore del nuovo atto, e questo significa non solo che non sarà più la regola dei rapporti giuridici sorti dopo quella data, ma anche che tutti i rapporti precedenti restano in piedi e rimangono regolati da essa. La vecchia norma, benché abrogata, sarà quindi pur sempre la norma che il giudice dovrà applicare ai vecchi rapporti (salvo che il legislatore non predisponga una disciplina transitoria: vedi § VIII.4).

L'effetto abrogativo può essere prodotto da fenomeni assai diversi (a parte esamineremo il caso del tutto particolare dell'abrogazione a seguito di *referendum ex art. 75 Cost.*: vedi § V.6). L'art. 15 delle "Preleggi" elenca tre ipotesi di abrogazione: a) "per dichiarazione espressa del legislatore" (c.d. *abrogazione espressa*); b) "per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti" (c.d. *abrogazione tacita*); c) "perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore" (c.d. *abrogazione implicita*).

L'**abrogazione espressa** è il contenuto di una disposizione (di solito si tratta di uno degli articoli finali della legge tutti) ed opera perciò *erga omnes* – ossia nei confronti di tutti i consociati – esattamente come operava la legge. L'**abrogazione tacita**, invece, è

Forme di abrogazione

¹⁹ Cfr. A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, Milano 2003.

rilevata dal giudice (o più generalmente dall'interprete) che, di fronte a un'antinomia, deve ritenere che prevalga la norma successiva²⁰: essa quindi opera sul piano dell'interpretazione e vale perciò solo nel singolo giudizio (*inter partes*), non potendo vincolare gli altri giudici. Anche il terzo tipo di abrogazione, la c.d. **abrogazione implicita**, opera sul piano dell'interpretazione (e quindi *inter partes*): non essendoci una disposizione esplicita che dichiari l'abrogazione della legge precedente, l'interprete trae dal fatto che il legislatore ha riformato la materia un argomento per sostenere che la vecchia legge debba ritenersi abrogata e le sue norme non debbano più essere applicate. Non sempre il risultato dell'abrogazione implicita è così netto, perché, ad es., la nuova legge può riformare solo parte della materia disciplinata dalla legge precedente, sicché sta all'interprete valutare se la vecchia disciplina resti in vigore o sia stata abrogata senza la produzione di norme nuove.

✓ MI ABROGA O NON MI ABROGA?
CASI DI DUBBIA ABROGAZIONE IMPLICITA

Buona parte del lavoro del giurista – e del giudice in particolare – non consiste nell'interpretare e applicare la legge, ma nel decidere quale sia la legge da interpretare e applicare e, in particolare, se una certa norma sia o meno in vigore. Per es., tra il 2011 e il 2012 la sesta sezione della Cassazione ha emanato una lunga sequenza di sentenze con cui ha deciso decine e decine di vertenze tra la Fiat e diversi suoi dipendenti. La questione di diritto (in realtà già decisa da Cass., sez. lav., 28-11-2008, n. 28464) era sempre la stessa: se (come pensava Fiat) il d.P.R. 218/2000, che aveva ridisciplinato il procedimento di concessione della Cigs (Cassa integrazione straordinaria) – procedimento che la legge 59/1997 aveva inserito tra quelli “delegificati”: vedi § VII.2) – avesse implicitamente abrogato anche l'obbligo del datore di lavoro di comunicare in avvio della procedura alle organizzazioni sindacali i criteri di individuazione dei lavoratori da sospendere, oppure no (come ritenevano i sindacati). La Cassazione dà ragione a quest'ultimi in quanto la nuova disciplina “attiene unicamente alla fase propriamente amministrativa del procedimento”, mentre l'obbligo di comunicazione “tutela, nella gestione della cassa integrazione, i diritti dei singoli lavoratori e le prerogative delle Organizzazioni sindacali”. La “riforma della materia” non aveva abrogato questa norma.

Vi sono esempi anche più vistosi. È il caso della legge 443/1985 – legge quadro sull'artigianato – che introdusse una definizione di impresa artigiana molto diversa da quella contenuta nell'art. 2083 del codice civile, da quella dell'art. 1 della legge fallimentare e da quella contenuta nella precedente legge 860/1956. Una abrogazione implicita per riforma della materia? No, hanno risposto la Cassazione e la stessa Corte costituzionale (sent. 307/1996), perché diversi sono gli ambiti di applicazione, e per ognuno vale la definizione appropriata predisposta dalla specifica legge (per l'argomento della *sedes materiae* si veda il § I.6.2).

²⁰ Cfr. ora N. CANZIAN, *Un'opera senza autore: l'abrogazione tacita*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, 1/2019.

“L’abrogazione non tanto estingue le norme, quanto piuttosto ne delimita la sfera materiale di efficacia, e quindi l’applicabilità, ai fatti verificatisi sino ad un certo momento del tempo” (Corte cost. 49/1970)²¹. L’abrogazione perciò non impedisce affatto che la norma abrogata continui ad essere applicata ai rapporti sorti prima della nuova legge: “l’abrogazione, limitando ai fatti verificatisi fino ad un certo momento la sfera di operatività della legge abrogata, incide su questa nel senso che, originariamente fonte di una norma riferibile ad una serie indefinita di fatti futuri, essa è ormai fonte di una norma riferibile solo ad una serie definita di fatti passati” (Corte cost. 63/1970). La data di entrata in vigore della nuova legge segna il momento di cambiamento della disciplina: i rapporti giuridici sorti prima restano soggetti alla vecchia disciplina abrogata, quelli che sorgeranno in seguito saranno soggetti alla nuova disciplina. In ciò sta – come spiega ancora la sent. 49/1970 – la profonda differenza tra l’effetto dell’abrogazione, che opera solo *ex tunc* (salvi i casi di retroattività o quando siano emanate norme transitorie: vedi § VIII.4) e gli effetti delle sentenze che dichiarano l’illegittimità costituzionale di una legge (per cui si rinvia al § successivo).

L’effetto abrogativo

Siccome l’abrogazione delimita l’ambito temporale dell’efficacia di una norma, l’abrogazione della legge abrogante può produrre **reviviscenza** della vecchia disciplina, togliendo il limite che quella aveva posto alla sua operatività²². Che l’abrogazione della norma abrogatrice faccia rivivere la norma abrogata non è affatto una conseguenza automatica né l’effetto “normale” dell’abrogazione della norma abrogatrice: può essere solo il risultato di un più o meno complesso processo d’interpretazione della nuova legge, in cui indubbiamente avrà peso l’argomento dell’intenzione del legislatore.

Il problema della reviviscenza

Infatti la giurisprudenza è propensa a ritenere che la riviviscenza di norme precedenti abrogate possa aversi solo per espresso disposto della nuova legge: “se il legislatore vuole far rivivere una disposizione abrogata, non basta quindi che abroghi la disposizione abrogativa, ma è necessario disponga la sua riviviscenza in modo espresso e non equivoco, in quanto ciò costituisce una deroga alla regola che, in linea di principio, l’abrogazione degli atti normativi ha carattere di definitività” (Cons. St., sez. VI, sent. 836/2007; cfr. anche Cass. civ., sez. III, sent. 3019/1968). Mentre la Corte costituzionale ha dichiarato “dubbia” l’ammissibilità della riviviscenza di norme abrogate da disposizioni dichiarate costituzionalmen-

²¹ In dottrina, cfr. F. SORRENTINO, *L’abrogazione nel quadro dell’unità dell’ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 3 ss.; R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino 1990, 251 ss.; F. MODUGNO, *Abrogazione*, in *Enc. giur.*, 1990, 1 ss.; V. MARCENÒ, *La legge abrogata. Esistenza, validità, efficacia*, Torino 2013.

²² Sul tema cfr. ora G. BARCELLONA, *Votare contro. Il referendum come opposizione e norma*, Milano 2016, 20 ss.; N. CANZIAN, *La riviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, Torino 2017.

te illegittime (sent. 294/2011, che cita i precedenti) e ha rigorosamente escluso la reviviscenza a seguito di *referendum* abrogativo (vedi § V.6) della legge abrogatrice (da ultimo sent. 13 e 62/2012)²³.

✓ DICHIARAZIONE DI INCOSTITUZIONALITÀ E REVIVISCENZA

Un profilo ulteriore rispetto a quello della reviviscenza a seguito di una legge abrogatrice è quello della reviviscenza della disposizione abrogata a seguito di dichiarazione di incostituzionalità della disposizione abrogante. Ipotesi raramente ammessa dalla giurisprudenza costituzionale, come nella sent. 107/1974, in cui la Corte ha dichiarato la incostituzionalità di un articolo unico che abrogava espressamente una precedente disposizione legislativa. La Corte dichiarava la incostituzionalità di tale abrogazione e “quindi” (con affermazione apodittica) “ridiventano operanti le norme abrogate dalle disposizioni dichiarate illegittime”. La Corte non afferma che la dichiarazione di incostituzionalità di una disposizione abrogatrice determina sempre il ritorno di operatività di quella abrogata. Nel caso di specie l'effetto è ricollegato alla circostanza che l'incostituzionalità riguarda una disposizione meramente abrogatrice di precedente disposizione. Come ha puntualizzato la dottrina, “la parola reviviscenza non è del tutto appropriata ... La parola reviviscenza segnala che in ipotesi una legge per un certo tempo non è stata applicata perché apparentemente abrogata, e torna ad essere applicata perché la presunta abrogazione viene dichiarata mai accaduta, come conseguenza di una decisione della Corte costituzionale” (che obbliga tutti a non applicare più la disposizione incostituzionale e ha, pertanto, “effetto retroattivo”)²⁴.

5. Il criterio gerarchico e l'annullamento

Criterio gerarchico.
Definizione

Il **criterio gerarchico** è invece stato introdotto nella cultura giuridica più di recente. Esso afferma che in caso di contrasto tra due norme si deve preferire quella che nella **gerarchia delle fonti** occupa il posto più elevato (*lex superior derogat legi inferiori*). Anche questo è un criterio indiscutibile, almeno negli ordinamenti moderni, che sono sempre strutturati secondo una pluralità di fonti disposte sui diversi gradini di una scala ge-

²³ Cfr. G. SERGES, *Usi e abusi della reviviscenza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2/2015.

²⁴ G.U. RESCIGNO, *Reviviscenza di disposizioni giuridiche e referendum abrogativo*, in *Diritto pubblico*, 2011, 741. Lo stesso Autore prospetta un'altra ipotesi di reviviscenza quando la Corte dichiara l'incostituzionalità di una disposizione che aveva determinato l'abrogazione di una precedente ritenuta dagli interpreti abrogata per incompatibilità (un caso di abrogazione “tacita”). In questa ipotesi potrebbe sostenersi che la sentenza della Corte togliendo, con una decisione vincolante per tutti, le disposizioni incompatibili con le precedenti rende oggettivamente possibile (ma non sempre, spetta agli interpreti stabilirlo) la conclusione che le precedenti disposizioni non siano mai state abrogate. V. anche le sentenze nn. 43/1960 e n. 108/1986, e in dottrina P.A. CAPOTOSTI, *Reviviscenza di norme abrogate e dichiarazione di illegittimità consequenziale*, in *Giur. cost.*, 1974 e A. CELOTTO, *Reviviscenza degli atti normativi*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVII, Roma 1998. In generale sulla reviviscenza di norme abrogate v. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., 311 ss.

rarchica. Quando la Costituzione dispone che la Corte costituzionale giudica della “legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge” (art. 134), disegna implicitamente una gerarchia, per cui in caso di contrasto la Costituzione prevale sulla legge e sugli atti a questa equiparati. Analogamente, le “Preleggi” disegnano una gerarchia, ancora valida, tra la legge, i regolamenti e le consuetudini (art. 1), dicendo che la legge prevale sul regolamento (art. 4) e questo sulla consuetudine (art. 8).

La prevalenza della norma superiore su quella inferiore si esprime attraverso l'**annullamento**. L'annullamento è l'effetto di una *dichiarazione di illegittimità* che un giudice pronuncia nei confronti di un atto, di una disposizione o di una norma. A seguito della dichiarazione di illegittimità, l'atto, la disposizione o la norma perdono validità. L'atto invalido è un atto “viziato” che va rimosso ripristinando la legalità dell'ordinamento: l'annullamento perciò ha effetti generali (*erga omnes*) e tende ad operare retroattivamente (*ex tunc*). Quando un giudice dichiara l'illegittimità di un atto normativo, l'atto annullato non può essere più applicato ad alcun rapporto giuridico, anche se sorto in precedenza all'annullamento. Al contrario dell'abrogazione, dunque, l'annullamento non opera solo per il futuro, ma anche per il passato, ma solo per quei rapporti giuridici “pendenti”, che possono cioè essere ancora sottoposti a un giudice. Prescrizione, decadenza, acquiescenza, rinuncia o il giudicato impediscono perciò all'annullamento di far sentire i suoi effetti sul rapporto giudico.

L'annullamento

✓ L'ILLEGITTIMITÀ DELLE LEGGI

L'art. 136.1 Cost. dispone che, a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale, “la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”. L'art. 30.3 della legge 87/1953 precisa che “le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione”. La dichiarazione d'illegittimità si traduce, pertanto, in un ordine rivolto ai soggetti dell'applicazione (giudici e amministrazione) di non applicare più la norma illegittima. Ciò significa che gli effetti della sentenza di accoglimento non riguardano solo i rapporti che sorgono in futuro, ma anche quelli che sono sorti in passato, purché non si tratti di rapporti giuridici ormai chiusi, esauriti, e quindi non più sottoponibili ad un giudice.

La sentenza ha valore costitutivo, nel senso che, benché il contrasto con la Costituzione sia certamente sorto in precedenza, è solo con la sentenza che esso è accertato e la legge viene invalidata. Perciò i rapporti sorti in precedenza sulla base di quella legge non cadono *ipso jure*, perché sono sorti in forza di una legge che in quel tempo era valida; altrettanto si può dire degli atti amministrativi emanati sulla base di quella legge, atti che non “cadono” automaticamente in conseguenza della dichiarazione di illegittimità, ma possono solo essere a loro volta annullati a seguito di impugnazione. Tuttavia si dice comunemente che gli effetti della sentenza di accoglimento operino *ex tunc*, ossia siano retroattivi, perché l'effetto della dichiarazione di illegittimità è di vietare l'applicazione della norma invalidata: ogni qual volta il giudice si trovasse di fronte ad un rapporto giuridico al quale deve essere applicata la norma dichiarata illegittima, è tenuto ad astenersi dall'applicarla, e a basare il proprio giudizio su altre disposizioni. Può trattarsi di rapporti sorti anni prima della dichiarazione di illegittimità: perciò si suole dire che le sentenze di accoglimento hanno effetti “retroattivi”, che ri-

guardano anche le situazioni sorte in passato, pur aggiungendo che esse possono influenzare solo i rapporti ancora pendenti.

Un'eccezione (forse solo apparente) alla regola per cui la sentenza di accoglimento non "travolge" il giudicato è prevista dall'art. 30.4 della legge 87/1953: "Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali". Questa norma, generalmente riferita alle sole condanne penali, è un'applicazione del principio di legalità delle pene, enunciato in via generale dall'art. 25.2 Cost.

Il codice civile del 1942 delinea la gerarchia delle fonti nell'art. 1 delle *Preleggi*²⁵. Questa disposizione usa il criterio gerarchico come strumento ordinatore delle relazioni tra *legge* e *regolamento* (che è poi il rapporto su cui si è inizialmente sviluppata la costruzione gerarchica) e tra questi e la *consuetudine* (oltre che le norme corporative): assente è invece il livello costituzionale della gerarchia, essendo ormai stato sostanzialmente pretermesso dalle fonti del diritto lo Statuto del 1848.

Ma l'impianto concettuale è ormai consolidato: entrando in vigore solo pochi anni dopo, la Costituzione repubblicana trova nella gerarchia delle fonti un criterio ordinatore del "sistema delle fonti" che le assegna immediatamente la collocazione²⁶, ponendola al livello più elevato. Se l'art. 1 delle *Preleggi* perde così la sua capacità di "descrivere" l'intera struttura gerarchica del sistema delle fonti, il criterio gerarchico sembra invece trovare nell'introduzione della costituzione rigida il suo completamento. La neonata Carta costituzionale non ha neppure il bisogno di ribadire il suo ruolo nel "sistema" (né la natura essenzialmente gerarchica di questo), riproducendo un nuovo catalogo in cui – come aveva inteso fare l'art. 1 delle *Preleggi* – vengano enumerate le fonti e indicato il loro rispettivo rango. Perfettamente assimilato il modello kelseniano, essa si preoccupa esclusivamente di disciplinare i modi di produzione delle "fonti primarie", definendole come una categoria chiusa composta dalle legge formale e dagli "atti con forza di legge" specificamente enumerati (vedi § V.1): e poi istituisce la Corte costituzionale come giudice della conformità di esse con la Costituzione, e quindi dell'ordine gerarchico delle fonti. Nulla ha invece da dire sui regolamenti amministrativi e

Costituzione e gerarchia

Le fonti primarie
come categoria "chiusa"

²⁵ Assente nel *Progetto preliminare*, tale disposizione recepisce a sua volta l'elaborazione della dottrina, che aveva raggiunto la sua maturazione nella costruzione gradualistica di Kelsen e della Scuola di Vienna (sull'evoluzione storica e teorica del principio di gerarchia, cfr. F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, 561, 563 ss.) e si era imposta anche in Italia, pur faticando a superare forti contestazioni teoriche (cfr. per tutti C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano 1934). Sulle vicende del principio di gerarchia come criterio ordinatore delle fonti, cfr. ora l'attenta ricostruzione di S. PARISI, *La gerarchia delle fonti*, cit.

²⁶ Cfr. per es. la ricostruzione tracciata da G. ZANOBINI, *La gerarchia delle fonti nel nostro ordinamento*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei e A. Levi, Firenze 1950, 47 ss. (ripubblicato in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano 1955, 367 ss.).

sulle fonti subordinate, perché la loro disciplina sarebbe spettata alle fonti primarie (vedi § VII.1), poste immediatamente sopra ad essi nella gerarchia.

✓ ABROGAZIONE O ANNULLAMENTO?

Cosa accade se nel rapporto conflittuale tra due norme il criterio cronologico e quello gerarchico si sommano, cioè se la norma superiore è anche la norma più recente? Opera l'abrogazione o l'annullamento? Il problema si è posto quando la nuova Costituzione del 1948 entrò in vigore, sovrapponendosi all'ordinamento precedente, largamente ispirato dal fascismo: e fu risolto con la prima sentenza della Corte costituzionale (su cui vedi § II.1). Ma esso si ripropone frequentemente quando, per es., la nuova legge si mostra in contrasto con regolamenti emanati sulla base della legge precedente, ormai abrogata. La risposta che danno i giudici amministrativi è analoga a quella data a suo tempo dalla Corte costituzionale: dipende. Non vi è un effetto immediato di abrogazione, salvo che la nuova disciplina, gerarchicamente superiore, non presenti "un rapporto di assoluta incompatibilità, esclusivamente configurabile nell'ipotesi in cui la seconda regoli la medesima situazione disciplinata dalla prima in modo che il nuovo regime e quello previgente non possano coesistere – in quanto non armonizzabili tra di loro – a causa della radicale difformità degli elementi essenziali delle regolamentazioni recate dalle due previsioni" (Cons. St., sez. VI, sent. 3228/2008), oppure tolga la competenza regolamentare all'organo che ha emanato l'atto. Altrimenti dovrà operare il criterio gerarchico, con conseguente dichiarazione di illegittimità (o disapplicazione) del regolamento (vedi § VII.4).

6. La Costituzione come fattore di crisi del "sistema delle fonti"

6.1. Riserva di legge e "specializzazione" degli atti normativi

La gerarchia delle fonti è dunque il presupposto implicito che caratterizza il sistema delle fonti al momento dell'introduzione della nuova Costituzione; ma essa ne segna però anche la crisi²⁷.

La gerarchia degli atti normativi si regge infatti a sua volta su due presupposti: l'unicità dell'ordinamento giuridico statale, inteso come sistema unitario, e il perfetto parallelismo che in esso vige tra gerarchia di *atti*, gerarchia di *procedimenti* di produzione normativa e gerarchia di *organi* dotati di poteri normativi.

Gerarchia di atti,
di procedimenti e di organi

Il sistema gerarchico rispecchiato dall'art. 1 delle *Preleggi* è infatti un sistema monolitico: alla sua base c'è l'idea della *sovranità indivisa* dello Stato e il suo corollario, il **principio di esclu-**

Sovranità indivisa
dello Stato

²⁷ Sul fenomeno cfr. F. MODUGNO, *Fonti*, cit., 564 ss.; L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir., Annali*, II.2, 2007, 536 ss.; A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino 2008; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Padova 2009, 3 ss.; S. PARISI, *Ascesa, declino e mutazioni della gerarchia delle fonti*, cit.

sività, ossia l'esclusione dal territorio nazionale di ogni altra autorità dotata di potere normativo, sia essa "esterna" (autorità straniera o derivanti dall'ordinamento internazionale) o "interna" (ordinamenti "autonomi" non sottoposti al diritto dello Stato).

✓ SOVRANITÀ E PRINCIPIO DI ESCLUSIVITÀ

Il *principio di esclusività* è espressione della sovranità dello Stato perché attribuisce a questo il potere esclusivo di riconoscere le proprie fonti, cioè indicare i "fatti" e gli "atti" che possono produrre norme nell'ordinamento. Le norme degli altri ordinamenti possono valere all'interno dell'ordinamento dello Stato soltanto se le disposizioni di questo lo consentono. Ciò vale per qualsiasi altro ordinamento: quindi, da un lato, sia per l'ordinamento degli altri Stati che per gli ordinamenti "tra gli stati" a carattere generale, cioè il diritto internazionale, o particolare, come l'Unione europea ("sovranità esterna"); dall'altro ("sovranità interna") per gli ordinamenti non statuali, "interni" allo Stato da cui deriva la loro autorità.

Per consentire alle norme prodotte da fonti di altri ordinamenti di operare all'interno dell'ordinamento statale, si opera attraverso la tecnica del "rinvio" (vedi § IV.1).

Nella visione tradizionale, l'ordinamento ha una struttura piramidale, il cui vertice è occupato dalla *legge*, in memoria del mito ottocentesco della "sovranità parlamentare": la legge ne rappresenta l'apice perché è il prodotto del consenso delle Camere e del Capo dello Stato; essa prevale sul regolamento governativo perché "il Re in Parlamento" prevale sul "suo" Governo.

Questa relazione è interamente recepita nella nuova Costituzione, nella quale il regime parlamentare non può che condividere la "dipendenza" del Governo dal Parlamento (ben rappresentata dalla disciplina del rapporto di fiducia) e la prevalenza della procedura deliberativa parlamentare – connotata dalla solennità e dalla pubblicità del dibattito in cui è garantito il confronto tra maggioranza e opposizione – sulla procedura decisionale del Governo, che non può vantare nessuna di queste caratteristiche. Ma il "rapporto gerarchico" si esaurisce qui, perché tutti gli altri presupposti della concezione piramidale dell'ordinamento giuridico vengono incrinati dalle stesse norme costituzionali.

Rottura dell'unitarietà
della legge

Viene anzitutto a rompersi l'unitarietà della "legge". Essa perde la caratteristica ottocentesca di fonte normativa per eccellenza, espressione diretta della sovranità. La tecnica impiegata dalla Costituzione italiana è chiara: l'art. 70 attribuisce alle Camere la "funzione legislativa", intesa come generica potestà di legiferare, secondo le modalità fissate dagli artt. 71-74. Gli articoli successivi individuano gli altri atti che, derogando alla generale attribuzione legislativa al parlamento, "concorrono" con la legge, ossia sono dotati della sua stessa "forza": il *referendum* abrogativo (art. 75), il decreto delegato (art. 76), il decreto-legge (art.

77), gli atti emanati dal Governo in caso di guerra (art. 78)²⁸. La “forza di legge” comporta che questi atti siano posti sullo stesso piano *gerarchico* della legge formale, con cui competono secondo il criterio *cronologico*. Ma la loro “concorrenza” non è totale, perché la Costituzione introduce un meccanismo che la limita e la regola: la **riserva di legge** (su cui vedi anche § V.1).

La riserva di legge è lo strumento con cui la Costituzione regola il concorso delle fonti nella disciplina di una determinata materia: è quindi una regola circa l’esercizio della

Riserva di legge

funzione legislativa. La sua funzione tradizionale è di evitare che, in materie particolarmente delicate, manchi una disciplina legislativa capace di vincolare il comportamento degli organi del potere esecutivo e, quindi, di tutelare le prerogative parlamentari dall’invadenza di atti normativi provenienti dall’esecutivo. Perciò la riserva di legge impone che la disciplina di una determinata materia sia riservata totalmente (c.d. *riserva assoluta*) o almeno per le norme “di principio” (c.d. *riserva relativa*) alla legge ordinaria (e quindi non solo alla legge formale, approvata con il procedimento parlamentare, ma anche agli atti con forza di legge: vedi § V.1), escludendo o limitando pertanto la possibilità che la disciplina sia integrata da atti regolamentari del Governo (vedi § VII.2).

Per certi particolari argomenti, che devono necessariamente essere riservati al parlamento, la Costituzione richiede che siano le Camere, con legge formale, a provvedere (c.d. *riserva formale*), così togliendo al Governo la possibilità di intervenire con un regolamento o con un atto con forza di legge. Sono leggi con cui il Parlamento esercita il controllo politico sul Governo – per es., bilancio (art. 81), trattati internazionali (art. 80), delega legislativa (art. 76) e conversione dei decreti-legge (art. 77) – oppure leggi la cui approvazione è soggetta ad un procedimento aggravato (vedi § V.1).

In certi casi, infine, la Costituzione, introduce particolari riserve di legge, che “specializzano” le fonti primarie, dando luogo a “**leggi rinforzate**”²⁹, ossia leggi prodotte con procedimenti aggravati (c.d. *riserve rinforzate per procedimento*) oppure ad atti ai quali la Costituzione stessa impone specifici vincoli di contenuto (c.d. *riserve rinforzate per contenuto*). Per un approfondimento sulle tipologie delle riserve di legge si rinvia ai § V.1 e 2.

La “specializzazione” delle leggi è un aspetto decisamente interessante:

a) vi sono “materie” che possono essere regolate soltanto con un procedimento

²⁸ Prima della revisione dell’art.79 Cost., apportata dalla legge cost. 1/1992, anche l’amnistia e l’indulto erano decretati con un “atto con forza di legge”, emanato dal Presidente della Repubblica su delega votata con legge dalle Camere.

²⁹ Cfr. ora F. FERRARI, *Leggi rinforzate e Costituzione rigida*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, 1/2019.

Leggi rinforzate
per procedimento

particolare (gli “accordi concordatari” per la modifica delle norme di esecuzione del Concordato: art. 7; le “intese” per la regolazione dei rapporti con i c.d. “culti acattolici”: art. 8; i *referendum* consultivi per la modificazione delle circoscrizioni degli enti territoriali; la legge che riconosce maggiori autonomie ad alcune regioni ordinarie: art. 116.3 ecc.: vedi § V.1). La *ratio* di queste *riserve di legge rinforzate* è di limitare il potere della maggioranza politica di regolare argomenti “sensibili” per le minoranze, siano esse comunità religiose o comunità locali: la maggioranza può fare la legge solo al “costo” di ottenere il consenso dei soggetti che rappresentano la comunità particolare direttamente interessata. Se la legge è la fonte normativa per eccellenza, in quanto espressione della “*volontà generale*” espressa dal sistema della rappresentanza parlamentare, in queste materie essa è *incompetente* ad intervenire, se nel procedimento non si acquisisce anche il consenso della “*volontà particolare*” espressa dai rappresentanti delle specifiche comunità;

Leggi rinforzate
per contenuto

b) vi sono casi (le c.d. riserve *rinforzate per contenuto*: vedi anche § V.1) in cui la Costituzione prevede che la *legge ordinaria* possa disciplinare la materia solo rispettando specifiche limitazioni di contenuto. Per esempio, l’art. 14.3 consente al legislatore di dettare regole speciali per le perquisizioni domiciliari, meno rigide della disciplina generale, ma soltanto per “*motivi di sanità e di incolumità pubblica*”, oppure per “*fini economici e fiscali*”; mentre l’art. 16.1 consente al legislatore di limitare la libertà di circolazione ma solo con regole che dispongano “*in generale*” e “*per motivi di sanità o di sicurezza*”³⁰. La *ratio* di queste riserve è di limitare il potere del legislatore, che può comprimere la sfera di libertà degli individui soltanto a condizione che le misure normative siano razionalmente giustificabili in relazione ai fini o ai criteri indicati dalla Costituzione stessa;

Leggi atipiche

c) vi sono infine dei casi in cui la Costituzione modella determinate leggi in modo così pervasivo da “staccarle” dal “tipo” a cui appartengono: sono sì, formalmente, delle comuni leggi approvate dal Parlamento, ma la loro “forza” è diversa da quella normale.

Il caso più emblematico di legge atipica è la legge di approvazione del bilancio di previsione.

³⁰ Altri casi di riserve “rinforzate per contenuto” si ritrovano in molte norme costituzionali: per es., negli artt. 21.5, 42.2, 43.