

STEFANIA PARISI, *La gerarchia delle fonti- Ascesa, declino, mutazioni*, Jovene, Napoli 2012, pp. 353 (Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Sassari).

Questo libro non è stato animato da alcun impulso iconoclasta: con esso, cioè, non si è inteso contestare in radice la possibilità che il criterio gerarchico sia ancora utilizzato (o utilizzabile) per comporre le antinomie normative né unirsi al coro teorico di chi lo ritiene interamente convertibile nel canone di competenza¹.

Piuttosto si è tentato, più modestamente, di individuare i luoghi in cui la gerarchia *non* è più possibile, perché è ormai inattuale la ricostruzione in termini gerarchici specie dei rapporti tra enti (lo Stato al centro e le Regioni come suoi satelliti) e, talora, dei rapporti tra poteri (la superiorità della legge come effetto di una presunta superiorità del Parlamento sul Governo).

Una prima puntualizzazione: nel lavoro, si discorre di gerarchia delle *norme* poste da *fonti* – quindi, di gerarchia basata su connotati eminentemente *formali* – e non già di gerarchia delle *norme tout court*. È pur vero che teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione si eteroimplicano², ma questa affermazione, portata al parossismo, costringerebbe a ripensare in termini eversivi la stessa possibilità di costruire un sistema delle fonti basato su connotati formali prediligendo il contenuto degli atti e il ruolo a questi conferito dalla giurisprudenza: non ci si è posti un intento così radicale.

Con questo lavoro, si è provato, innanzitutto, a scardinare l'idea per cui quello gerarchico sia qualcosa di più di un semplice criterio di risoluzione delle antinomie – un criterio di composizione delle fonti a sistema o, di più, un *principio*, con tutte le ambivalenze che una definizione così impegnativa comporta³.

Le riflessioni di grande parte della dottrina costituzionalistica sulle fonti, pur muovendosi con fare digressivo e affabulato, sono costellate dalla ripetizione di sintagmi come “crisi della legge”, “crisi del sistema delle fonti”, “crisi della legalità”⁴.

1 Il riferimento, lapalissiano, è alle teorie di F. MODUGNO (esposte in più lavori, di vario respiro e da ultimo racchiuse in *E' ancora possibile parlare di un sistema delle fonti?*, relazione al convegno *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, Università degli Studi di Roma tre 27-28 novembre 2008, in corso di pubblicazione) e S. NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, Padova 2001.

2 È noto quanto affermato da A. ROSS, *On Law and justice*, Londra 1958, trad. it *Diritto e giustizia*, a cura di G. Gavazzi, Torino 1965, secondo cui «se alle fonti del diritto si accede attraverso una dottrina delle fonti del diritto, allora è palese che la loro individuazione è il frutto di un'attività interpretativa». In relazione alle gerarchie normative si vedano anche le dense pagine di G. TARELLO, *Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi*, in *Politica del Diritto*, 1977 e ID., *L'interpretazione della legge*, Milano 1980. Sul rapporto tra sistema delle fonti e ruolo del giudici, cfr. altresì A. BARATTA, *Le fonti del diritto e il diritto giurisprudenziale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1990, 189 ss.

3 Distingue tra criterio (o principio) ordinatore del sistema delle fonti e criterio di risoluzione delle antinomie (e dunque criterio interpretativo) ancora G. TARELLO, *Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi*, cit., spec. 499 ss. secondo cui, mentre un criterio ordinatore *agisce* sull'attività dell'interprete, condizionandone gli esiti, il criterio di risoluzione delle antinomie è *agito* dall'interprete, nel senso che quest'ultimo lo crea, appunto, attraverso l'interpretazione.

4 Rileva questo fenomeno R. BIN, *Libertà dei mercati e crisi della legge*, relazione al Dottorato in “Diritto ed economia”, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Napoli “Federico II”, il quale sottolinea che l'auge della legge è durata circa sessant'anni, mentre di “crisi della legge” si è parlato per circa due secoli. In realtà, la “crisi” di cui parla la letteratura ha origini diverse a seconda delle varie epoche storiche e dei contesti geografico-culturali in cui ha preso forma: mi pare che questa visione sia diversa da quella esposta in M. RUOTOLO, *Crisi della legalità e forma di governo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2003, 140 ss., che presuppone una causa unitaria della crisi dovuta al «superamento dello Stato monoclasse e quindi della omogeneità sociale che trovava espressione nel modello liberale borghese». Se si pone mente alla letteratura del Ventennio, soprattutto a quella “militante”, è naturale che la «crisi della legge» parlamentare sia un *motiv* riconducibile all'emersione dell'Esecutivo come soggetto politico dominante. A titolo di esempio,

Ma questa letteratura del declino⁵, che esibisce una visione ischemica del fenomeno della gerarchia e della centralità della legge parlamentare, sembra poi ritrarsi di fronte alle soluzioni della giurisprudenza più tradizionalista, giungendo ad avallarne gli approdi.

La gerarchia e, in specie, la superiorità della legge ordinaria statale sia a livello infrasistemico che intersistemico⁶ non sembra subire flessioni degne di nota. Nonostante la dottrina denunci questa crisi, a cadenze periodicamente ravvicinate nel tempo, la giurisprudenza – e non solo quella costituzionale – non sempre sembra accorgersene: si prenda l'esempio del rapporto tra legge statale e regionale dopo la riforma del titolo V o dei rapporti (sempre intersistemici) tra leggi (statali e regionali) e fonti locali.

Insomma, si assiste a un curioso scollamento tra quello che la dottrina denuncia apertamente (crisi, declino,...) e l'atteggiamento della giurisprudenza che, in molti casi, sembra volersi liberare delle complicazioni preferendo sedersi su categorie pietrificate nel tempo, senza ridiscuterne i presupposti.

Sarebbe invece opportuno aprirsi a soluzioni che implementino gli strumenti interpretativi di cui già si dispone per comporre le antinomie normative tenendo conto dei mutamenti intervenuti nel sistema.

Per evitare, allora, che questo lavoro monografico possa essere percepito come un raduno male organizzato di luoghi comuni esausti, è bene procedere per problemi.

si veda W. CESARINI SFORZA, *La crisi delle fonti*, in *Archivio giur. "F. Serafini"*, 1936, 18 ss.: dopo aver premesso che la legge parlamentare è fonte preminente nel sistema e che «correlativamente il potere legislativo, con i suoi organi specifici (Parlamento e Sovrano), è la chiave di volta che regge tutta la struttura dello Stato», l'A. rileva che bisogna parlare di «rinnovamento e assestamento» sia nei riguardi della legge parlamentare che in relazione alla preminenza del Parlamento nel sistema. Tutto questo è messo in crisi dal potenziamento delle funzioni di governo e dall'instaurazione dell'ordinamento corporativo. Qualche anno prima, F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1930, 424 ss., parlava di crisi come di eccessiva produzione legislativa, scarsa conoscibilità delle leggi stesse e loro dubbia "qualità" dovuta alla quasi assente collaborazione dei "pratici" coi "tecnici" del diritto. Ancora diverso è il modo in cui parla di crisi della legge la letteratura francese degli anni '60. Si veda, ad esempio, G. BURDEAU, *Le decline de la loi*, in *Archives de philosophie du droit*, 1963 o, sempre per restare in Francia, F. TERRÉ, *La «crise de la loi»*, in *Archives de philosophie du droit*, 1980, 17 ss. O, da ultimo, si ascoltino le ragioni della crisi della legge esposte da F. MODUGNO- D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Diritto e società*, 1989, 411 ss., e, sul finire degli anni '90, da F. MODUGNO –A. CELOTTO –M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1999, 11 ss., legate, in parte, a specificità del caso italiano: l'inflazione normativa, la perdita di "qualità" degli atti normativi stessi, l'abdicazione a un ruolo centrale della legge nel sistema a causa della moltiplicazione dei "tipi" di fonti e della conseguente difficoltà di ordinarli a sistema. Tutto questo, per dire che, sì, la legge parlamentare è in crisi da tempo, ma questa agonia perpetua non sembra scalfirne in modo deciso la forza, intaccandone il ruolo nel sistema, almeno negli argomenti dei giudici e di grande parte della dottrina. Da ultimo, sul ruolo occupato dalla gerarchia nel sistema delle fonti, cfr. G. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, 2011, 19 ss.

5 Contro la dottrina che costruisce un «modello olimpico della legge» e che adopera, in modo scorretto, i giudizi di valore espressi in passato dai teorici dello Stato di diritto «non per comprovare la persistenza dei fenomeni denunciati (...) e per cercare di comprendere le ragioni e le esatte dimensioni di questo così risalente fenomeno, ma per utilizzare le sue parole al fine di rafforzare il fascino letterario di giudizi che si autopropongono come disvelamento e denuncia di un cattivo presente», cfr. M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Diritto pubblico*, 2008, 1 ss. spec. 26, laddove afferma «contro il degrado della legge non si può né continuare a parlare di patologia, né predicare la restaurazione della legge generale e astratta espressione dell'interesse generale e proiettato sul futuro: sarebbe ingenuo e, peggio ancora, mistificatorio».

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

Per questo motivo, l'andamento euristico che si è inteso imprimere al lavoro è strutturato in funzione delle risposte da riferire alle seguenti domande:

Cosa ha rappresentato la gerarchia delle fonti nella riflessione della dottrina costituzionalistica? Quale fortuna ha avuto e quali forme ha assunto il concetto?

Quale attualità conservano, oggi, le riflessioni della dottrina più illuminata che per prima, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, ha forgiato tassonomie e classificazioni ancora in uso?

Sono valide le teorie, successivamente elaborate, che risolvono le antinomie (e/o compongono le norme a sistema) mediante l'utilizzo del solo criterio della competenza?

E, di contrasto, quanto colgono la complessità del sistema delle fonti quelle teorie che riducono tutto al mero utilizzo del criterio gerarchico al fine di comporre le antinomie normative?

Ci sono luoghi nevralgici nei quali la gerarchia delle fonti *non può più* trovare applicazione perché inattuale nelle sue premesse teoriche e nelle conseguenze logiche?

Quali proposte ricostruttive si potrebbero avanzare per sopperire ad alcune -ormai anacronistiche- ricostruzioni gerarchiche dei rapporti tra fonti? E quale ruolo assume la sussidiarietà, ascesa alla ribalta, specie negli ultimi anni, come criterio ordinatore?

L'urgenza di queste domande si coglie *ictu oculi*, ma la proposta ricostruttiva avanzata nella monografia sarà a sua volta problematica: troppo viva è la consapevolezza che la (ri)costruzione del sistema delle fonti non è compito di un singolo, ma di una intera generazione di studiosi.

La prima macroarea di lavoro è consistita nella revisione critica, con atteggiamento di «cauto storicismo»⁷, del pensiero di quegli autori che hanno avuto un peso (in)diretto nella costruzione della sistematica delle fonti e del criterio gerarchico, al fine di capire quali esiti ricostruttivi conservino un'attualità e quali categorie già spese si possano ancora adoperare.

Successivamente, sono state individuate quelle aree nelle quali la ricostruzione dei rapporti tra fonti in termini di gerarchia risulta quantomeno problematica. Un'operazione di tal fatta ha implicato un certo margine di discrezionalità selettiva per evidenziare i problemi ritenuti più urgenti: naturalmente, ci si è assunti il rischio di una simile opzione.

È stato indagato, con accenti problematici, il pensiero di quegli autori che, invece, ritengono di poter assorbire senza residui la competenza nella gerarchia: gli apologeti. E, di contro, sono state esaminate le ragioni esposte da quegli autori -i critici- per i quali il criterio di competenza può sostituire interamente la portata prescrittiva del criterio gerarchico.

Da ultimo, è stata avanzata una proposta fondata sulla valorizzazione delle virtualità sottese al principio di sussidiarietà e alla possibilità che, nelle aree precedentemente individuate, questo principio possa spiegare, come e meglio della gerarchia, alcune dinamiche attuali dei rapporti tra fonti.

Per poi arrivare, attraverso un uso ragionato dei "procedimenti", a ripensare la gerarchia e la forza di legge. Destruendo entrambe.

⁷ È l'atteggiamento metodologico auspicato da M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, cit., spec.25, e in sostanza mutuato da D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in D. ZOLO - P. COSTA (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano 2002.