

19 maggio 2006

## Sulle fonti del diritto. Qualche premessa.\*

di Gianni Ferrara

I. Pensare alle fonti del diritto, per poi, eventualmente, trattarne, comporta che qualche idea sul diritto la si abbia. Che, ad esempio, si sia constatato che ci si riferisce a qualcosa di estraneo al mondo fisico-chimico, che perciò non la si trova in qualche anfratto emerso o sommerso del pianeta terra, né nell'atmosfera, né nell'iperuranio. Che, insomma, in natura, il diritto non c'è, e non si può far finta che ci sia, come desidererebbero quei filosofi che ne scrivono come se lo avessero intravisto, evidentemente ... in sogno, quando le umane pulsioni, se nobili, indulgono a disegnare creature esemplari in regni ordinati. L'esperienza umana, commista a ragione, sa invece che è irrefutabile la deduzione che il diritto è da includere nel mondo dell'artificiale, e va considerandolo per quello che è: un dato non naturale della realtà, perciò un prodotto culturale, storico, tutto e solo umano e, come tale, storicamente determinato, conformato, manipolabile, manipolato. Sia quando si presenta aggettivandosi come 'oggettivo', sia nel suo significato 'soggettivo' - i diritti reali attengono in ogni caso a rapporti inter/individuali su cose - il diritto emerge nella storia come un portato del processo di civilizzazione, meglio: di umanizzazione della specie.

II. Non potendo essere visibile, l'esistenza del diritto è, infatti, solo percepibile. La si ricava osservando i comportamenti umani visto che la norma giuridica ha come 'proprio suo scopo fungere da causa, influire in maniera motivante sulla volontà degli esseri umani, determinare questa volontà'<sup>[1]</sup>. E dai comportamenti umani, infatti, si ricava: (a) la reiterazione delle azioni della stragrande maggioranza di quanti compongono ciascuna delle varie aggregazioni della nostra specie, a fronte di certe circostanze o esigenze; (b) l'astensione generalizzata da altre azioni; (c) l'esistenza di rapporti inter/soggettivi variegati ma definiti; (d) la reazione negativa che determinano le deviazioni dai, e le contraddizioni rispetto ai, comportamenti maggiormente diffusi, nei confronti dei devianti o dei contraddicenti.

III. C'è da chiedersi come vengano a modellarsi i comportamenti conformi al diritto ed in che modo si diffonda tra i destinatari la tendenza ad uniformarsi ai modelli definiti. Spontaneamente, o come conseguenza di qualche previsione, calcolo, minaccia? Porsi questa domanda è lo stesso che chiedersi quali siano le forme di produzione e quali quelle di conoscenza del diritto. Per queste seconde, si sa che esistono quelle che si denominano fonti di cognizione, modi attraverso i quali si manifesta il diritto, e si sa anche che è possibile averne notizia usando l'udito o la vista, poiché alla cognizione provvede il racconto o lo scritto. Per quelle di produzione il discorso è più complicato. Ma lo è anche per le fonti di cognizione se si considera che quelle non scritte si devono dedurre dai comportamenti sociali, da

individuare ed accertare come rivelatori ed insieme produttori di norme che sono insite alla loro esecuzione, mentre quelle scritte, essendo tali, vanno interpretate. E sono due le interpretazioni possibili e praticate, quelle operate dalla dottrina e quelle usate dalla giurisprudenza. Le prime, perseguendo solo fini scientifici, deducono dagli enunciati i denotati plausibili, li definiscono concettualmente, li inquadrano in sistema e li giudicano culturalmente per trarre il senso specifico e complessivo delle norme. Le seconde, invece, attengono alla soluzione concreta di casi concreti che vengono sussunti come tali nell'ambito della norme per essere valutati alla stregua di queste, tengono conto delle interpretazioni dottrinali, specie se confortate dal riscontro dei precedenti giurisprudenziali, e sono tanto condizionate dalla forza delle connotazioni particolari del fatto da indurre ad adottare, tra i significati plausibili degli enunciati normativi, quello più adeguato a tali connotazioni, una volta individuata la fonte specifica per il caso specifico.

IV. Appaiono spontanee le fonti raccontate (*opinio juris ac necessitatis*). Ma non ne possiamo essere certi. Non sapremo mai se la *opinio* si sia formata per libera e comune convinzione dell'aderenza della regola giuridica al fatto, al rapporto, all'evento cui si applica, o invece, come sembra più probabile, sia stato dettata da qualcuno che fosse dotato di autorità - non importa se morale, o sociale, o politica - e la avesse esercitata. Ben sappiamo però che all'origine tra *mos* e *jus* non c'era grande differenza. Mosé, Ammurabi, Numa erano già solo legislatori o ancora moralisti e legislatori insieme? Solone, Clistene, Licurgo non erano certo costituenti nel senso attuale del termine ma legiferarono sui poteri, sugli obblighi, sulle istituzioni delle città. Per le norme che si apprendono leggendo, è invece più sicura la risposta. Sono imposte da qualcuno, si vedrà di qui a poco che cosa implica questa constatazione.

V. Per rispondere alla domanda centrale su che cosa siano le fonti del diritto è però necessario rapportare innanzitutto l'artificiosità dei modelli di condotta, cioè l'artificiosità del diritto, con la naturalità (cioè con l'esistenza in natura) dei soggetti la cui azione, i cui comportamenti e i cui rapporti sono modellati, definiti, regolati in modo certo ed efficace, in modo cioè da assicurarne la loro corrispondenza effettiva al modello. Il che può solo avvenire munendo il modello, meglio, la regola, di un attributo che la renda vincolante e che chiamiamo sanzione, per esprimere la previsione che, violando la regola, si incorra in una afflizione estremamente probabile, quella comminata dalla norma e che l'ordinamento persegue, mediante uno o più apparati predisposti all'esercizio adeguato del potere coercitivo.

VI. La questione, così configurata, si apre ad una serie di altre. Come si rende possibile l'accettazione generale della regola e dell'esecuzione della sanzione che vi è connessa? Come si assicura, con l'esecutorietà complessiva delle regole, l'effettività dell'ordinamento? La regola, che già possiamo chiamare norma giuridica, dove trova la leva per sollevare la naturalità degli umani alla stessa altezza del comando giuridico?

A domande del genere sembra che sia possibile una sola risposta, questa: la leva al comando giuridico la offre quanto di più naturale è insito negli umani, il bisogno, l'insieme dei bisogni, dai più elementari, come quello di alimentarsi, di addormentarsi, di difendersi, di riprodursi, di comunicare. Ai quali si aggiunse, ad un certo stadio dell'evoluzione della specie, forse insieme all'abbandono del crudo ed all'opzione per il cotto, il bisogno di cooperare, la cui utilità si congiungeva a ciascuno degli altri bisogni primigeni, rendendoli perseguibili con maggiore facilità e/o sicurezza. È la scoperta della cooperazione come utilità fondamentale e non rinunciabile che produce i rapporti umani, che determina la fuga dall'isolamento ed impone la socialità. Cooperazione e socialità che suppongono, di certo, l'immaginazione di un progetto di cooperazione, la determinazione di un disegno di società, volizione dell'una e dell'altra, perciò comportamenti conseguenti, volti al fine congiunto di ambedue gli obiettivi. Si è già nella dimensione della previsione e dell'esecuzione, dei termini, cioè, entro i quali si dispiega l'intera dimensione della dinamica giuridica.

VII. Si badi, tale dimensione è stata raggiunta partendo dai bisogni umani. Sono essi i fattori che producono la cooperazione e, con essa, i rapporti. È quindi la naturalità dei bisogni e dei rapporti

congiunta alla utilità irrinunciabile della cooperazione che realizza la socialità umana. Che già implica una stabilizzazione della cooperazione e dei rapporti come presupposti della soddisfazione dei bisogni emersi e come esigenza, ragione, fonte delle regole della socialità, delle regole giuridiche. Che non soltanto originano dai bisogni ma li riconoscono come degni di tutela e quindi da soddisfare da parte degli individui singoli o dall'intera aggregazione umana o, invece, da reprimere definendoli incompatibili o contrastanti con la cooperazione e con le ragioni della stabilizzazione della socialità conseguita. Stabilizzazione che permette l'incremento dei bisogni ed è utilizzata per la diffusione di quelli indotti dallo sviluppo dei modi di produzione, dei quali, quello capitalistico è quanto mai idoneo a produrne in misura precedentemente sconosciuta.

VIII. Porre in connessione diritto e bisogni umani è lo stesso che porre il fondamento materiale del diritto, è lo stesso che prendere atto del rapporto non scindibile e non eludibile tra diritto ed economia. Può immaginarsi che qualcosa che abbia a che fare con vita umana, con i rapporti tra gli uomini, possa ignorare i bisogni umani? Si può mai credere che, in nome di una fantasticata purezza di metodo e di merito, si possa prescindere dalla economia, e pretendere di regolarla? Dimenticando che è da νόμος che deriva νόμισμα, e se sappiamo che cosa significa νόμος, non possiamo ignorare che νόμισμα significa moneta. Lo segnalò Aristotele [2], ce lo ricorda Giambattista Vico [3].

Ma affrontare tale questione, stante il suo spessore, porterebbe lontano dalle premesse specifiche al tema delle fonti del diritto, che è già molto complesso richiamando così da vicino la connessione tra diritto e bisogni umani. Che fa emergere la domanda cruciale, una volta prevalsa (con i codici federiciano, teresiano e, finalmente, col Code Napoleon, 1804) la preminenza del diritto scritto: chi provvede, o come si provvede a individuare il comportamento ed il rapporto adeguato a soddisfare i bisogni umani? Chi individua i bisogni, chi li riconosce, li classifica, li ordina, li sistema? Il problema primigenio del diritto è quello della scelta di chi adempie a questo compito, di chi è investito di tale funzione, di chi può, chi deve produrre diritto. Che scelta è? Di quale natura? Può essere operata dal diritto stesso? È scelta definibile come 'giuridica'?

IX. Perché la si possa concepire come operata dal diritto, questa scelta dovrebbe essere stata compiuta da, o in base a ... un diritto preesistente, già posto, sarebbe quindi una scelta di secondo grado, non sarebbe una scelta originaria, ma una prosecuzione, una propaggine di un diritto pretérito. Interessa invece l'inizio. E l'inizio non può che essere bisogno, propensione, tensione, progetto, pretesa, ma non ancora diritto.

X. È politica, infatti, la scelta primigenia, e non può che essere tale. Non a caso la produzione del diritto, anche se in modo conforme al diritto, una volta che questo sia stato posto, è l'anello di congiunzione della politica col diritto. È politico sia l'atto con cui si assume il potere di dettare le norme giuridiche, è politica la scelta di conferire il potere di dettare diritto. Ma dire che la scelta primigenia è politica significa certo coinvolgere nella scelta tutto il denotato complesso ed anche tumultuoso che il termine 'politica' si trascina. Di questo denotato tuttavia primeggia la derivazione originaria del termine, la derivazione dalla πολις, e la radice 'pol' è la stessa di pluralità. Solo come pluralità possono configurarsi e si configurano i destinatari dell'ordinamento.

XI. Si deve però rilevare che il diritto è uno di quegli oggetti non indifferenti al modo in cui lo si produce. Il diritto ha vocazione pervasiva. Lo si è scoperto, in verità, allorché il 'giuridico', cioè l'esperienza giuridica maturata e consolidata, ha raggiunto quel grado di sviluppo per il quale non ogni enunciato dell'autorità sarebbe stato considerato come normativo, ma soltanto quello espresso in una forma specifica a seguito di una serie di operazioni note a tutti, perché preventivamente stabilite, soltanto cioè quando si è convenuto che solo a mezzo di norme può aversi produzione di norme.

XII. Il che dimostra l'intervento di un fattore volto a sottrarre la produzione del diritto all'arbitrio, alla mera volontà del detentore del potere politico occasionale. Dimostra quindi l'intervento della ragione, e

del soggetto che la incarna, che ha innanzitutto separato il potere politico che ha operato la scelta primigenia sulle fonti di produzione da quello che userà dette fonti, ed ha poi vincolato chi può usare dette fonti ad usarle conformemente a norme giuridiche. Questo fattore di diritto e di storia, di ragione e di civiltà, ha un nome. Si chiama costituzionalismo. Ed è ad esso che si deve la recessione della consuetudine, cioè della tradizione, e l'egemonia del diritto scritto identificatosi con la ragione. Iniziò così una nuova era del 'giuridico'. Il produttore primario del diritto uscì dall'ombra densa del passato, fu identificato, denominato, voluto.

XIII. Identificarlo, denominarlo, sceglierlo, apre la possibilità di una rivelazione. Quella che assumere il potere di dettare norme giuridiche, di creare diritto, comporti anche la possibilità di poterlo imporre, la previsione cioè della efficacia generale che ne dovrà derivare, la certezza dell'effettività dell'ordinamento che verrà a porsi. C'è una implicazione da segnalare: conferire il compito di prescrivere le forme di produzione del diritto significa impegnarsi ad eseguirne le prescrizioni, a fornire effettività al sistema di norme che verrà prodotto. È del tutto evidente che non basterebbe, non potrebbe bastare, a chi usa la fonte, di aggiungere all'enunciato che detta l'indicazione della relativa sanzione per assicurare all'enunciato l'efficacia cui aspira, cioè di tradursi in obbedienza, di realizzare effettività. È del tutto evidente che l'effettività è fenomeno complesso, massiccio, poliedrico. Vi si può alludere con la formula: sanzione + apparato repressivo + ideologia dominante racchiusa negli enunciati + adesione dei destinatari dell'ordinamento.

XIV. Locke, il filosofo che teorizza i risultati della Rivoluzione liberale inglese, la 'gloriosa' del 1688, rivela tutta la forza di un'ideologia come fondamento di un ideal-tipo di ordinamento assegnando allo stato il compito di garantire il diritto alla proprietà privata, con tutta la costellazione istituzionale che comporta. Lo fa ricostruendo il processo di appropriazione che si concretizza con il prelievo dalla disponibilità generale dei beni, prelievo realizzato individualmente con azione personale (o del proprio servo) senza consenso altrui, ma non perciò commettendo un furto in quanto la ricerca di tale consenso avrebbe implicato la morte per fame di chi, affamato, si fosse trovato innanzi all'albero carico di frutti.<sup>[4]</sup> Locke omette però di distinguere i frutti dall'albero e di domandarsi se impossessarsi dell'albero, dopo essersi sfamato, non implicasse il consenso generale. Anche perché tale appropriazione comporta un'acquisizione di potere non soltanto economico, ma anche politico, sociale e anche giuridico, ma senza presupposto giuridico.

Scrisse, invece, Rousseau: 'Il primo che, avendo cinto un terreno, pensò di affermare: questo è mio, e trovò persone abbastanza semplici per crederlo, fu il vero fondatore della società civile. Quanti delitti, guerre, omicidi, quante miserie ed orrori, non avrebbe risparmiato al genere umano colui che, strappando i pioli, e colmando il fossato, avesse gridato ai suoi simili: "Guardatevi dall'ascoltare questo impostore: siete perduti se dimenticate che i frutti sono di tutti, e che la terra non è di nessuno!"<sup>[5]</sup> Ma l'oppositore tacque, forse non c'era, forse fu ucciso e, per paura di fare la stessa fine, nessuno degli astanti contraddisse l'impostore. E la società civile che nacque fu quella teorizzata da Locke.

XV. Tuttavia, anche se solo come ipotesi, quella immaginata da Rousseau resta. Sono quindi due le possibilità astratte che il potere fondamentale di scelta della fonte suprema di un ordinamento ha a sua disposizione. Ambedue partono dal bisogno, il bisogno umano primario di nutrirsi, visto però come bisogno individuale o collettivo, produttivo ciascuno di una distinta e complessa serie di declinazioni razionalizzanti e astraenti, di mediazioni estensive delle due visioni del bisogno, configurabili come ideologie e quindi come strumenti di adesione dei destinatari dell'ordinamento a sistemi diversi di fonti normative. In astratto, ambedue i sistemi avrebbero potuto dotarsi di forza prescrittiva quindi di potere conformativo della società, dello stato e della condizione umana. Ma solo la prima delle due ipotesi si è realizzata stabilmente. Era quella che esprimeva un potere consolidato. La seconda è stata tentata all'inizio del Ventesimo secolo e fu perseguita, mai forse con sufficiente coerenza, ma senza che sussistessero le condizioni oggettive che la potessero realizzare. Non fu accompagnata da adeguato consenso, quello vasto e profondo che solo avrebbe potuto sostenerla conferendole potere adeguato,

perciò finì col rivelarsi via via diversa dal suo progetto, ad esso addirittura opposta.

XVI. È sicuramente ipotizzabile che la società civile sia stata quindi fondata dal, e sul potere, quello derivante dalla proprietà. Si può supporre che a cingere il terreno cui Rousseau voleva strappare i pioli e a colmare il terreno che lo delimitavano, ad appropriarsi sia dei frutti che dell'albero di Locke, fosse un uomo dotato di molta forza fisica o capace di intimidire i suoi simili, raccontando che il terreno o l'albero gli erano stati consegnati da chi deteneva il potere di scagliare fulmini o altre frottole del genere. È molto probabile, cioè, che al potere derivante dalla forza fisica si accompagnasse anche un potere di suggestione e di intimidazione. Non sono passati molti secoli da quando in tutta Europa si credeva che il potere dei re fosse derivato da una concessione celeste, che era la grazia di Dio la fonte del potere dei Borboni, degli Asburgo, dei Romanoff, degli Hohenzollern, dei Savoia. E che la fonte del potere normativo risiedesse nella sovranità regia.

XVII. E c'è traccia, e che traccia di questa origine! La maggiore traccia è nella concezione delle fonti come parti di un sistema, e dell'ordinamento come sistema di prodotti dalle fonti normative, come sistema di norme. Sistema di che tipo? Gli artt. 10 e 11 della Costituzione dimostrano, ad esempio, che l'ordinamento costituzionale italiano configura un sistema, più che poroso, aperto. Aperto all'esterno, cioè all'ordinamento internazionale, alla produzione internazionale delle norme giuridiche operata dalle fonti del diritto internazionale, mediante quel trasformatore permanente di energia normativa che è l'articolo 10, ma anche alla produzione sovranazionale delle norme mediante quel vettore di prodotti normativi che è diventato l'articolo 11 secondo l'interpretazione datane dalla Corte costituzionale con la sentenza La Pergola. Aperto all'interno e non soltanto riconoscendo l'autonomia negoziale di cui all'articolo 2 della Costituzione, ma attribuendo con l'articolo 39 ai contratti collettivi l'efficacia *erga omnes* delle normative stipulate sui rapporti e sulle condizioni del lavoro dipendente.

XVIII. È bene però cercare di descrivere le fonti come appaiono ai destinatari, cioè come risultati del processo produttivo che le confeziona. La dottrina prevalente le studia e le concepisce soprattutto come dati dell'esperienza giuridica, e le distingue come fonti di produzione e come fonti di cognizione. Le tratta come atti già confezionati, disponibili per l'applicazione dei loro contenuti, cioè dei precetti che contengono e delle sanzioni che prevedono in caso di violazione. Tralascia quasi del tutto il collegamento tra fonti e procedimento di formazione delle fonti, lasciando lo studio di tali procedimenti ad altre sezioni della materia del diritto costituzionale. In tal modo si perde di vista il collegamento tra fonti e titolari del potere di produrle, con tutte le conseguenze che ne derivano quanto a visione delle fonti dal punto di vista dei destinatari del potere normativo, come se tali destinatari non fossero gli stessi cui sarebbe intestata la sovranità.

XIX. Seguendo la stessa tecnica espositiva, delle fonti va rilevata innanzitutto la pluralità (Costituzione, leggi costituzionali, leggi ordinarie statali e regionali, regolamenti, etc.). Pluralità che alla denominazione ed alla derivazione dei produttori accompagna una peculiarità di effetti, una gradualità di efficacia, maggiore o minore a seconda dei gradi di dipendenza di una fonte nei confronti di una o di più altre. Dipendenza che si rivela anche precludendo la possibilità legale che alcune fonti assumano determinate oggetti o materie, riservando detti oggetti e materie ad altre fonti in modo esclusivo.

Questa gradualità di efficacia deriva, di certo, dalla misura della potestà attribuita ai singoli detentori del potere normativo, ma anche dalla densità della forza precettiva che la fonte sa esprimere e riesce ad emanare. Emanare come? Attraverso quali strumenti?

XX. Non ce n'è che uno di strumenti disponibili per produrre fonti scritte: il linguaggio. È attraverso il linguaggio che si formulano gli enunciati normativi, contengano essi una o anche più norme o solo frammenti di norme, siano queste norme di condotta o di competenza, primarie o secondarie, costitutive o procedurali, imperative o permissive, generali o individuali. Ed è sempre attraverso il linguaggio che si manifesta la forza precettiva. Fare diritto è fare cose con parole, ed è con parole che si può manifestare

forza precettiva, che è tale se sostenuta da consenso sociale alle scelte politiche che concernono la misura del potere conferito alla fonte, come si dirà tra poco.

XXI. Mutuando la formula di Einstein sulla 'relatività speciale' ( $E = mc^2$ ) si può proporre la formula  $F_n = ce^2$ : la forza normativa è uguale alla concisione dell'enunciato, per cui alla massima concisione dell'enunciato dovrebbe corrispondere la massima energia normativa. Disporre che 'la libertà personale è inviolabile' è un enunciato provvisto di autonoma ed incontestabile energia prescrittiva, certamente maggiore di qualsiasi enunciato volto ad individuare, ad esempio, i casi nei quali è legittimo limitarla ed i modi attraverso i quali la si può. Tanti altri esempi possono essere adottati. Ma una comparazione sembra illuminante. L'articolo 70 della Costituzione della Repubblica italiana, ancora in vigore nel mentre si scrive, dispone: 'La funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere'. L'enunciato consta di sole nove parole. È netto, chiaro ed univoco. La sua forza è indubbia. La 'riforma della II Parte della Costituzione' approvata nella forma di revisione costituzionale nell'autunno del 2005 pretende di sostituire l'enunciato suddetto con cinquecentosettantanove parole. Alla chiarezza, all'univocità del significato della proposizione normativa dell'articolo come voluto dal Costituente, subentrerebbe una serie di espressioni normative dirette a distribuire l'attività legislativa tra una molteplicità di procedure, a frantumare la funzione, ed in ultima istanza, a sottrarla sostanzialmente alla rappresentanza sia a quella politica che a quella territoriale per conferirla ad un organo diverso dalle assemblee, al governo, anzi, al suo Primo ministro. Il profluvio di parole, l'esatto contrario della concisione, è funzionale all'obiettivo mistificatorio di un'attribuzione di funzioni trasformandola in sottrazione (alla rappresentanza parlamentare del potere legislativo).

XXII. L'esempio riferito rivela una forma abnorme di perversione della e nella normazione. Non va taciuto però che è nella fisiologia della dinamica giuridica l'esposizione del precetto normativo supremo ed anche primario, in quanto conciso, alla possibilità di manipolazioni anche multiple nel corso del suo dispiegarsi nel mentre consegue il momento (atto) applicativo, che è il suo specifico destino esecutorio.

Se ne può trarre qualche conseguenza di ordine generale. Declinare, dispiegare il significato di un enunciato avente carattere assoluto, generale ed astratto, e che si pone come supremo, specificandolo normativamente, comporta quasi fatalmente la possibilità di dubbi, di incertezze, di incomprensioni, di manipolazioni da cui possono originare contestazioni, rilievi, eccezioni che mettono in discussione la coerenza del disposto attuativo dell'enunciato rispetto alla denotazione derivante dalla formulazione operata in via assoluta e prioritaria come suprema. Le tappe del processo che si conclude con l'atto esecutivo che si susseguono configurando quella che si denomina gerarchia delle fonti permette, e spesso impone, il controllo di ciascuna e di tutte le fonti che dilungano il denotato della formulazione della norma operata in via assoluta. Il dispiegarsi di tale denotato si manifesta, d'altronde, in due modi. Uno comporta una sola declinazione-specificazione dell'enunciato normativo prioritario. Questo è risulta perciò affidato ad una sola fonte, dotata di un grado considerevole di autonomia, limitata, certo dall'enunciato da attuare, ma entro margini non molto stretti poiché senza tale declinazione-specificazione, detto enunciato resterebbe privo della possibilità di attuarsi (è l'ipotesi della riserva assoluta di legge). L'altro modo è quello che si snoda attraverso una serie di declinazioni-specificazioni, ciascuna delle quali è controllabile quanto a conformità alle fonti di grado immediatamente superiori (è l'ipotesi della riserva relativa di legge).

XXIII. È ora il caso di rilevare che il controllo si configura come quanto mai compatibile con la concisione dell'enunciato normativo, supremo e primario. Parrebbe, anzi, che quello di legalità (l'unico da considerare a proposito di fonti) sia predisposto a confermare la relazione di maggiore o minore autonomia nella attività di produzione delle norme determinative del significato della norma primaria a seconda della minore o maggiore distanza dal titolare supremo del potere normativo, che fosse il principe, l'imperatore, il re, che sia oggi la rappresentanza della nazione, rispetto agli organi dell'esecutivo e della pubblica amministrazione, competenti a dettagliare la norma o, se organo giudiziario, ad applicarla. Non diversamente opera il meccanismo cosiddetto della competenza, che

utilizza la pluralità delle fonti per realizzare il pluralismo politico istituzionale. Alla gradualità nel disporre del meccanismo della gerarchia, corrisponde la specificità del disporre sulla base della competenza.

XXIV. Ma, come è del tutto evidente, autonomia suppone potere, e potere suppone titolarità del potere. Autonomia, gerarchia, competenza, specificità sono termini che implicano sempre la scelta degli attributari di potere autonomo, di potere sovra- o subordinato più o meno rigidamente, di potere vincolato all'ambito, al se, al quando, al come. La fonte, quindi, si viene a configurare come strumento di attribuzione e di collocazione operata da norme nei confronti di soggetti o di organi.

Quale criterio si adotta per detta attribuzione? Di che tipo può essere detto criterio? La risposta è quanto mai prevedibile: solo di tipo politico può essere detto criterio. Solo politica è infatti la scelta di attribuire ad un organo rappresentativo, quindi a composizione plurima, collegiale, la potestà insita nella funzione che, una volta esercitata, produce un atto appartenente alla fonte primaria di produzione del diritto oggettivo. Attribuirlo ad un organo così caratterizzato significa infatti aver preferito detto organo ad un altro diversamente caratterizzato, perché monocratico, a titolarità ristretta o addirittura singola, selezionata tale titolarità in ragione del collegamento ad una parte sola dell'entità rappresentativa o anche in ragione di altre qualificazioni istituzionalmente rilevanti (direzione dell'apparato esecutivo amministrativo, comando delle forze armate, protezione della comunità organizzata a stato, dell'ordinamento giuridico complessivo).

XXV. Solo politica può essere la scelta di attribuire agli organi esecutivi la competenza a declinare, dispiegare le norme primarie per attuarle in via amministrativa attraverso atti normativi secondari. Solo politica può essere la scelta di attribuire agli organi giudiziari ordinari, perché dotati, oltre che di adeguata preparazione tecnica, di indipendenza e collocati in posizione di terzietà, la competenza ad attuare attraverso sentenze le norme primarie, senza mediazioni ulteriori, trattandosi di norme riconosciute di diritti. Così come politica è la scelta di attuare le norme primarie, declinate e specificate con atti normativi posti in essere da organi dell'esecutivo, della pubblica amministrazione, attraverso provvedimenti amministrativi in quanto volti a perseguire, mediando tra vari interessi pubblici canonizzati, quello che è nella specie prevalente.

XXVI. Solo politica è, ovviamente, anche la decisione di attribuire al contratto di diritto privato nientemeno che l'efficacia normativa più alta degli ordinamenti a *civil law*, elevandolo così a fonte che, nei rapporti tra i contraenti, ha la stessa efficacia della legge (come stabilisce, ad esempio, l'art. 1372 del codice civile italiano). Del contratto come fonte del diritto i manuali di diritto costituzionale parlano poco. Eppure si tratta della fonte del diritto più usata e, da qualche decennio, in modo inedito. Se è stato sempre incalcolabile il numero dei contratti che si stipulano ogni giorno in Italia e in ciascun altro ordinamento statale contemporaneo, immaginando solo quelli di compravendita ad effetto istantaneo, con la globalizzazione dell'economia è diventato infinitamente maggiore il numero di contratti che vengono posti in essere nel mondo. Sono atti che, configurandosi, quanto a struttura essenziale, come omologhi a quelli previsti dal codice civile italiano, entrano certamente nell'ambito della sfera giuridica dell'ordinamento della nostra Repubblica come di tutti gli altri stati e vi entrano in assoluta autonomia. Si immagini quindi l'enormità delle conseguenze che derivano, per l'ordinamento italiano e per ogni ordinamento statale, o meglio, per la condizione umana nei territori sottoposti alla sovranità dei singoli stati, dalla enorme flessibilità del contratto e della sua attitudine a modellarsi secondo le esigenze, le più diverse e pervasive, dell'economia capitalistica. Sono tante, infatti, le modulazioni concrete dell'atto che si può produrre usando questo tipo di fonte. E tante risultano essere le difficoltà che rendono arduo se non impossibile per l'ordinamento italiano, e per ogni ordinamento, la valutazione di tali atti normativi alla stregua di qualche standard che tenga conto di interessi che non siano esattamente coincidenti con quello dell'economia globalizzata. Incontrollati finiscono con l'essere (e sono già) gli effetti che dette modulazioni producono, quanto a qualità delle obbligazioni dei contraenti, alla varietà degli oggetti dei

contratti, all'andamento del mercato, poiché le convenzioni e i trattati internazionali riescono solo ad inseguire senza mai raggiungere le 'invenzioni' dell'autonomia privata nell'economia capitalistica. Si pensi anche all'ideologia indotta dal riconoscimento alle singole persone del diritto alla titolarità di un potere normativo pari a quello delle leggi statali sempre che dette persone riescano ad esercitarlo congiuntamente ad altre con contratti bilaterali e multilaterali. Un potere questo che vincola direttamente i contraenti, ma, indirettamente, condiziona tutti coloro che entrano in rapporto con le parti bilaterali e multilaterali dei contratti se dette parti sono congiunte in contratto ed agiscono sul mercato, disponendo della più ampia facoltà di estensione dell'ambito spaziale della loro azione, specie poi se dai contratti sono derivate quelle particolari istituzioni che si denominano imprese.

XXVII. Si consideri però che tra gli elementi del contratto, definibile e definito da ogni codice di diritto privato come accordo di due o più parti per costituire, regolare od estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale (cfr. in proposito l'art. 1321 del c. c. italiano) rileva soprattutto quello che attiene al ruolo che svolge questo atto, alla sua funzione economica. Che non è nominata come tale ma come 'causa' di questo istituto-principe del diritto privato. Ne identifica l'essenza, quella dello scambio, uno scambio che dovendo compiersi nell'ambito dell'economia capitalistica comporta la riduzione a merce di qualunque oggetto dello scambio che assume la forma di contratto. Ma ridurre a forma di merce qualunque oggetto di scambio comporta la produzione del rapporto capitalistico, mascherato dalla eguaglianza giuridica delle parti contraenti del contratto ma riproduttivo del dominio capitalistico o al suo interno nei confronti almeno di una delle parti, o all'esterno di queste, cioè nei confronti dell'universo dei rapporti che intesseranno dette parti. Si consideri inoltre che, in aggiunta alla imponenza quantitativa dei contratti, si va affermando, e con estrema rapidità, la diffusione di atti negoziali privati, elaborati dai grandi studi professionali, che all'accordo tra le parti hanno sostituito il mero assenso o che si traducono in mere dichiarazioni unilaterali.

XXVIII. È del tutto evidente che l'ideologia indotta dall'autonomia normativa privata, esercitata mediante contratti o mediante altre, nuove forme, svincolatasi dai limiti posti dai confini territoriali degli ordinamenti statali e non incontrando più limiti di materia, una volta sfondate le riserve originarie o successive già spettanti all'iniziativa pubblica, se incentiva il processo di *deregulation*, erode contemporaneamente il fondamento legittimante la sua espansione. L'abdicazione degli stati a favore dell'autonomia privata, nel mercato globale, si ritorce sul fondamento dell'attribuzione alla autonomia privata della fonte provvista della più alta dignità normativa e dell'efficacia giuridica più intensa quale quella riservata alla legge in ciascuno degli ordinamenti statali da cui traggono la loro legittimazione sia l'attribuzione di potestà normativa, sia l'efficacia giuridica. Si ritorce perché l'abdicazione priva il *pactum subiectionis* del suo carattere sinallagmatico. Lo priva perché alla 'soggezione' non corrisponde più la controprestazione, non corrisponde più la sicurezza garantita dal soggetto-stato a chi gli si è assoggettato, e, non corrispondendo più tale controprestazione, si dissolve il fondamento della partecipazione al patto dell'altro termine del patto, si scioglie il sinallagma. Quale soggezione può pretendere più uno stato ridottosi a solo potere coercitivo dell'efficacia dei contratti stipulati senza che possa controllarne l'oggetto, le condizioni specifiche, senza che possa giudicare in tema di responsabilità per le obbligazioni di un ente il cui procedimento di costituzione si sia perfezionato in un altro stato (art. 25, lettera h, della Legge 218/1995, recante la *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*)?

XXIX. La distribuzione secondo scelte politiche delle fonti tra diversi organi e soggetti caratterizzati diversamente quanto a composizione politica, già negava, da sola, la pretesa purezza della teoria kelseniana del diritto[6]. Ma smaschera anche l'altra pretesa di tale teoria, quella di definire la distribuzione delle fonti come sistema oggettivo di legittimazione. Pretesa che ne implicava un'altra, cioè quella di legittimare l'intero ordinamento giuridico, cioè ogni ordinamento giuridico fondandolo sulla norma fondamentale. Norma che nel 1925 e ancora nel 1945 (e solo dopo viene identificata con la costituzione, ma in quanto questa sia posta, comunque sia posta e qualunque sia il suo contenuto) si



poneva, per Kelsen, priva di contenuto, perché mera 'fattispecie produttiva di norma, l'autorizzazione di un'autorità legiferante' traducendosi nel postulato: 'bisogna comportarsi così come prescrive la costituzione', sempre che non intervenga una rivoluzione e con essa non intervenga un nuovo principio di legittimità che muta la norma fondamentale, cioè il presupposto in presenza del quale l'atto costituente e la fattispecie prevista conformemente alla costituzione si possono interpretare come fatti in cui si creano o si applicano norme giuridiche' [7]. Fatti, quindi, non norme, a meno che non sia quella 'fondamentale' ignota ed imperscrutabile e che si traduce però sempre e comunque nel prescrivere l'ubbidienza alle norme senza spiegarne il perché.

XXX. Mai postulato però fu più nettamente espressivo di una ideologia politica. E quella di Kelsen si iscrive inconfutabilmente tra quelle della tradizione preilluministica, opposta alla ragione e alla storia del costituzionalismo e a favore di chi detiene il potere, comunque lo abbia acquisito. Infatti, non risponde la teoria di Kelsen alla domanda più spontanea che possa mai essere posta a questo riguardo: perché bisogna ubbidire alle norme, a queste norme?

La verità è che la tesi della legittimazione di un ordinamento basata sulla autoreferenzialità 'della produzione di norme a mezzo di norme' occulta il reale fondamento di ogni ordinamento giuridico, fondamento che si evince dalla constatazione della sua effettività. E la sua effettività è, in ultima istanza, nella sua accettazione da parte dei destinatari. Accettazione permanente e generale, spontanea in massima parte. Soprattutto inconsapevole della sua forza immensa.

XXXI. Quella stessa forza è stata assunta negli enunciati normativi espressi nella formulazione più concisa. Ma non resta racchiusa nelle formulazioni (norme) supreme (costituzionali) ed in quelle in norme primarie (legislative). Via via che si dilunga producendo norme primarie e altre ancora, sia quelle che declinano detti enunciati e li specificano, e che si denominano secondarie, terziarie, sia quelle ultime della serie che Kelsen chiamava individuali, cioè le sentenze, i provvedimenti amministrativi, tale forza si affievolisce e può deviare. È perciò che se ne prevede il controllo di conformità a quelle superiori ed infine a quelle supreme (controlli di costituzionalità e di legalità, autotutela della p. a. eccetera). È in quelle supreme che risiede la forza sociale inconsapevolmente prestata all'ordinamento e da cui si è inconsapevolmente dominati.

XXXII. Solo quando i destinatari delle norme dell'ordinamento acquisiranno la consapevolezza che l'ordinamento vige in quanto la sua esecutorietà è rispettata e la sua effettività è, con plebiscito quotidiano, garantita dagli stessi destinatari, la democrazia potrà affermarsi ed il diritto avrà riconosciuto il suo autentico produttore. Un produttore che oggi si trova ad essere espropriato non soltanto del potere di produrre diritto. Ma anche della garanzia della sicurezza sia fisica che giuridica, che aveva scambiato con lo stato riconoscendogli il monopolio della forza legittima e della produzione del diritto, ma ottenendo la tutela dei suoi interessi generali mediante un ordinamento giuridico volto a quest'obiettivo. Con la cessione al contratto dei privati della massima parte dello spazio della normazione, lo stato ha abdicato al suo ruolo di garante attivo degli interessi generali dei suoi sottoposti, riducendosi a mero prestatore della forza coattiva per l'esecuzione delle norme dei contratti. Il *pactum subiectionis* è stato rotto perché non fu stipulato per assicurare *subiectio* al mercato e a chi lo dominasse. Con esso è stato rotto il *pactum societatis*, che non fu pensato né formulato come di diritto privato ma come '*contrat social*'.

XXXIII. Sia l'obbedienza alle norme di diritto, sia la garanzia degli interessi generali dei sottoposti al diritto, abbisognano dunque di una novazione, soggettiva ed oggettiva, quindi di due nuovi patti. È la fonte primigenia del diritto che va ricercata, individuata, riscritta nei suoi contenuti, negli obiettivi, primi ed ultimi della convivenza. Sarà necessario lo sforzo dei singoli popoli per redigere il nuovo contratto sociale che dovrà riguardare ciascuno dei popoli, ma non sarà sufficiente per restituire al titolare la sua potestà né per garantirne gli interessi generali. Se ciascun popolo è immerso nella convivenza globale, è la convivenza globale che va restituita alla potestà di ciascuno dei popoli e, nell'ambito di questi, a

ciascuno e a tutti gli esseri umani.

\* È il testo, rivisto e integrato, della lezione che ho tenuto il 17 gennaio 2006, nell'ambito del corso ufficiale di diritto costituzionale del professor Federico Sorrentino della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università 'La Sapienza' di Roma che ringrazio vivamente per l'onore concessomi.

[1] Così H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, (1911, 1923) tr. it. Id., *Problemi fondamentali della Dottrina del diritto pubblico*, (a cura di A. Carrino) Napoli, 1997, p. 52.

[2] *Etica Nicomachea*, V, 5, (8) 1133a, 30.

[3] *La Scienza Nuova*, (con introduzione e note di P. Rossi), Rizzoli, Milano, 9<sup>a</sup> ed. 204, p. 303.

[4] in *Trattato sul governo* (a cura di L. Formigoni) tr. it., Roma, 1974, p.72.

[5] in *Discorso sull'origine della diseguaglianza tra gli uomini*, tr. it., Milano, 1968, p 54.

[6] Si veda, infatti, la critica della teoria gradualistica kelseniana operata da R. Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec le idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation* (1933) tr. it. Id. *La teoria gradualistica del diritto. Confronto con le idee e le istituzioni del diritto positivo francese*, (a cura di A. Chimenti) Milano 2003, spec. 39 e ss.

[7] cfr. *Reine Rechtslehre* (II ed. 1960) tr. it. (con saggio introduttivo di M. G. Losano) H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966. pp. 226 e ss. spec. 236 e s.