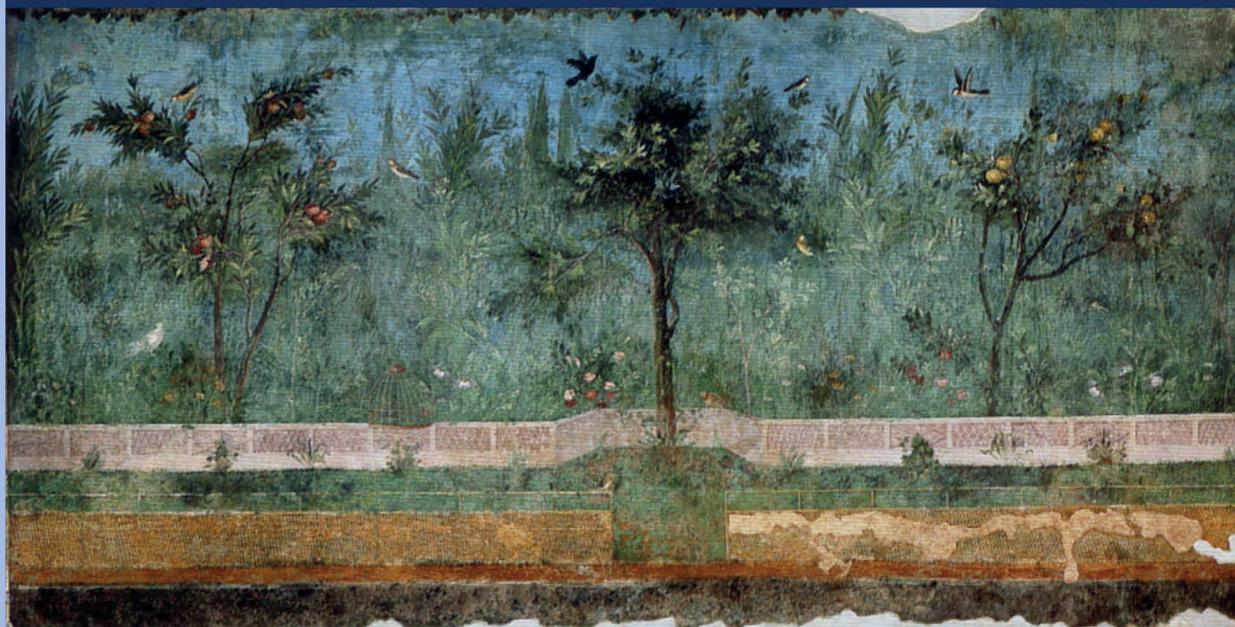


Trattato di diritto costituzionale

a cura di Marco Benvenuti, Raffaele Bifulco

Gli atti normativi

Volume V



Giappichelli

ABBREVIAZIONI

Abbreviazioni generali

§	paragrafo
AC	Assemblea costituente
AGCM	Autorità garante della concorrenza e del mercato
AGCOM	Autorità per le garanzie nelle comunicazioni
all.	allegato
ANAC	Autorità nazionale anticorruzione
a.p.	Adunanza plenaria
art.	articolo
Cass.	Corte di cassazione, sezione civile
Cass. pen.	Corte di cassazione, sezione penale
Cass., S.U.	Corte di cassazione, sezioni unite
Cass., uff. centr. ref.	Corte di cassazione, ufficio centrale per il referendum
c.c.	codice civile
c.comm.	codice del commercio
C. cost.	Corte costituzionale
c.c.p.	codice dei contratti pubblici
c.d.	cosiddetto
CDFUE	Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea
CEDU	Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali
CGCE	Corte di giustizia delle Comunità europee
CGUE	Corte di giustizia dell'Unione europea
circ.	circolare
CLN	Comitato di liberazione nazionale
CNEL	Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro
co.	comma
Comm.	Commissione
CONSOB	Commissione nazionale per le società e la borsa
conv.	convertito
Corte EDU	Corte europea dei diritti dell'uomo
Cost.	Costituzione
c.p.	codice penale
c.p.c.	codice di procedura civile
C. St.	Consiglio di Stato
C. St., a.p.	Consiglio di Stato, adunanza plenaria
C. St., comm. spec.	Consiglio di Stato, commissione speciale

C. St., sez. a.n.	Consiglio di Stato, sezione per gli atti normativi
DC	Democrazia cristiana
d.d.l.	disegno di legge
d.d.l.cost.	disegno di legge costituzionale
dec.	decisione
dir.P.C.m.	direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri
disp. prel. c.c.	disposizioni preliminari al codice civile
disp. trans. fin.	disposizioni transitorie e finali della Costituzione
d.l.	decreto-legge
d.lgs.	decreto legislativo
d.lgs.C.p.S.	decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato
d.lgs.lt.	decreto legislativo luogotenenziale
d.l.lt.	decreto-legge luogotenenziale
d.lt.	decreto luogotenenziale
d.m.	decreto ministeriale
d.P.C.m.	decreto del Presidente del Consiglio dei ministri
d.P.R.	decreto del Presidente della Repubblica
l.	legge
l.cost.	legge costituzionale
leg.	legislatura
lett.	lettera
l.fall.	legge fallimentare
l.r.	legge regionale
mod.	modificazioni
n.	numero
nt.	nota
ord.	ordinanza
par.	parere
PCI	Partito comunista italiano
PNRR	Piano nazionale di ripresa e resilienza
PSIUP	Partito socialista italiano di unità proletaria
R.d.	Regio decreto
R.d.lgs.	Regio decreto legislativo
Reg.C.	Regolamento della Camera dei deputati
Reg.S.	Regolamento del Senato della Repubblica
sed.	seduta
sed. ant.	seduta antimeridiana
sed. pom.	seduta pomeridiana
sent.	sentenza
sez.	sezione
Sott.	Sottocommissione
ss.	seguenti
st.	statuto regionale
St.alb.	Statuto albertino
TFUE	Trattato sul funzionamento dell'Unione europea
Trib.	Tribunale
TUE	Trattato sull'Unione europea
t.u.e.l.	testo unico degli enti locali
UE	Unione europea

Opere di carattere generale

<i>CBCBB</i>	Commentario breve alla Costituzione a cura di S. Bartole, R. Bin
<i>CCBCO</i>	Commentario alla Costituzione a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti
<i>CCBP</i>	Commentario della Costituzione fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso
<i>CCCSB</i>	Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja, G. Branca
<i>CICCRV</i>	La Costituzione italiana a cura di F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani
<i>DDP</i>	Digesto delle discipline pubblicistiche
<i>DDPA</i>	Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento
<i>DDPC</i>	Dizionario di diritto pubblico diretto da S. Cassese
<i>ED</i>	Enciclopedia del diritto
<i>EDAg</i>	Enciclopedia del diritto. Aggiornamenti
<i>EDAn</i>	Enciclopedia del diritto. Annali
<i>EG</i>	Enciclopedia giuridica
<i>NoDi</i>	Novissimo digesto italiano
<i>NuDI</i>	Nuovo digesto italiano
<i>PTDAO</i>	Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano a cura di V.E. Orlando
<i>TDAS</i>	Trattato di diritto amministrativo diretto da G. Santaniello
<i>TDCCCM</i>	Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicu, F. Messineo

Riviste

<i>ADP</i>	Archivio di diritto pubblico
<i>AGFS</i>	Archivio giuridico "Filippo Serafini"
<i>AI</i>	Ars interpretandi
<i>AsR</i>	Astrid rassegna
<i>BLJ</i>	BioLaw Journal
<i>CoO</i>	Consulta online
<i>CS</i>	Le carte e la storia
<i>DA</i>	Diritto amministrativo
<i>DC</i>	Diritto costituzionale
<i>DP</i>	Diritto pubblico
<i>DQP</i>	Diritto e questioni pubbliche
<i>DS</i>	Diritto e società
<i>F</i>	Federalismi.it
<i>Fi</i>	Il Filangieri
<i>FI</i>	Il foro italiano
<i>FQCR</i>	Forum di Quaderni costituzionali. Rassegna
<i>GC</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>GI</i>	Giurisprudenza italiana
<i>IF</i>	Le istituzioni del federalismo
<i>MSCG</i>	Materiali per una storia della cultura giuridica
<i>NAD</i>	Nomos. Le attualità del diritto
<i>O</i>	Osservatoriosullefonti.it

<i>PD</i>	Politica del diritto
<i>QC</i>	Quaderni costituzionali
<i>QG</i>	Questione giustizia
<i>R</i>	Le Regioni
<i>RAIC</i>	Rivista AIC
<i>RDC</i>	Rivista di diritto costituzionale
<i>RiDP</i>	Rivista di diritto pubblico
<i>RP</i>	Rassegna parlamentare
<i>RTDP</i>	Rivista trimestrale di diritto pubblico
<i>SEG</i>	Studi economico-giuridici
<i>Sse</i>	Studi senesi

V.1

INTRODUZIONE AGLI ATTI NORMATIVI

Giovanni Tarli Barbieri

SOMMARIO: V.1.1. Inquadramento storico. – V.1.1.1. Considerazioni introduttive. – V.1.1.2. Le fonti sulla produzione normativa in epoca statutaria. – V.1.1.3. Le fonti del diritto durante il periodo fascista. – V.1.1.3.1. Dalla l. 2263/1925 sul Capo del Governo alla l. 2693/1928 sul Gran consiglio del fascismo. – V.1.1.3.2. Le disposizioni preliminari al codice civile del 1942. – V.1.1.4. Le fonti del diritto nella Costituzione: inquadramento generale. – V.1.2. L'identificazione delle fonti del diritto. – V.1.2.1. Il carattere costituzionale delle norme sulle fonti del diritto. – V.1.2.2. Le fonti del diritto come materia regolabile anche in via legislativa? – V.1.2.3. Gli elementi identificativi delle fonti del diritto e le conseguenze della qualificazione di un atto come fonte. – V.1.3. I criteri ordinatori delle fonti del diritto. – V.1.3.1. La successione delle fonti del diritto nel tempo. – V.1.3.2. Il principio di irretroattività. – V.1.3.3. Il criterio gerarchico. – V.1.3.4. Il criterio della competenza. – V.1.4. Le fonti del diritto: dal modello alla prassi. – V.1.4.1. Le fonti del diritto nella Costituzione: il nuovo ruolo della legge. – V.1.4.2. Le fonti statali e il “pluricentrismo” esterno: le fonti di fronte al principio di apertura della Costituzione all'ordinamento sovranazionale. – V.1.4.3. I rapporti tra le fonti statali e le norme internazionali. – V.1.4.4. Le fonti statali e il “pluricentrismo” interno: il titolo V della parte II della Costituzione tra modello e prassi. – V.1.4.5. Il ruolo delle giurisdizioni in un assetto delle fonti complesso. – V.1.4.6. La dinamica delle fonti statali alla stregua della prassi: la crisi della legge e l'attività normativa del Governo. – V.1.4.7. Le leggi e gli “altri” fenomeni di delegificazione: gli atti normativi di soggetti titolari di una sfera di autonomia costituzionalmente garantita. – V.1.4.8. I poteri normativi delle c.d. autorità amministrative indipendenti. – V.1.4.9. I fenomeni di delegificazione in senso lato. – V.1.4.10. Le consuetudini. – V.1.4.11. Le trasformazioni del sistema delle fonti del diritto in un'epoca di globalizzazione. – V.1.4.12. Le problematiche della qualità della normazione. – V.1.5. Nota bibliografica.

V.1.1. *Inquadramento storico*

V.1.1.1. *Considerazioni introduttive*

La concreta dislocazione dei poteri normativi è influenzata dall'assetto della forma di governo e della forma di Stato (§ IV.1.3) concretamente sussisten-

te in un determinato ordinamento¹. All'evoluzione delle varie forme di Stato e di governo ha corrisposto un diverso modo di intendere e regolare i processi di produzione di norme giuridiche, il loro regime, la loro efficacia, i loro reciproci rapporti. Tuttavia, questa interrelazione deve fare i conti con il fatto che ogni sistema delle fonti è retto, oltre che da un complesso di regole adattabili e plasmabili in relazione alle esigenze proprie dell'attuazione di una o altra forma di Stato e di governo, anche da un insieme di regole essenzialmente tecniche sulle quali queste esigenze influiscono in misura solo limitata.

Ciò detto, di un vero e proprio sistema di fonti normative, inteso appunto come insieme di principi che valgono ad individuare, da un lato, gli atti o i fatti produttivi di regole giuridiche e, dall'altro, a disciplinarne le reciproche interrelazioni, si può cominciare a parlare solo a partire dal tramonto dello Stato assoluto e del principio di unità del potere statale, impersonato dal Sovrano. Con i rivolgimenti successivi alla Rivoluzione francese, con l'affermarsi dello Stato di diritto e con l'apparire sulla scena costituzionale di una pluralità di centri di esercizio del potere, in ossequio al principio della divisione dei poteri statuali, comincia ad emergere un sistema più articolato di fonti normative e nasce l'esigenza di definirne il rispettivo regime e i reciproci rapporti. Nelle costituzioni degli Stati liberali del secolo scorso si trova così la distinzione tra la legge del Parlamento e i decreti e i regolamenti del Sovrano, con l'attribuzione alla prima di un ruolo centrale e prevalente su ogni altra fonte normativa, in perfetta coerenza con l'assetto dualista che la forma di governo tende ad assumere in questo periodo. A questi principi si ispirò, com'è noto, lo Statuto albertino del 1848, che dal 1861 divenne, senza alcuna variazione, la Costituzione del Regno d'Italia (§ I.2.3.1).

In questo volume è già stata affrontata la questione della natura flessibile dello Statuto albertino del 1848 (§ V.2.1). Sul piano della produzione normativa, la flessibilità dello Statuto, unita alla vaghezza e alla genericità della gran parte delle sue disposizioni, determinò, da un lato, la sua incapacità di resistere a deroghe e modificazioni tacite da parte del legislatore successivo e, dall'altro, sul terreno della forma di governo, l'affermarsi di convenzioni e di consuetudini costituzionali non solo integrative, ma anche derogatorie e modificative dei suoi contenuti.

Sul primo punto, le previsioni statutarie non costituirono un limite all'onnipotenza della legge, che si atteggiò, quindi, come il fulcro del sistema delle fonti (§ V.3.1.2). Emblematica, al riguardo, fu l'evoluzione dell'istituto della riserva di legge, concepita con finalità garantistiche. Come le altre Costituzioni dell'Europa continentale dell'Ottocento, lo Statuto albertino del 1848 demandava, infatti, a leggi del Parlamento anche la disciplina dei diritti di li-

¹ Pizzorusso, 1986, 217 ss.

bertà, ivi compresa quella, cruciale, dei limiti agli stessi (§ III.1.9). La flessibilità dello Statuto e la vaghezza delle sue disposizioni contribuirono a trasfigurare la ratio della riserva di legge: la legge, infatti, spesso non si limitò ad attuare le previsioni statutarie, ma finì per atteggiarsi quale fonte derogatoria, discostandosi nella sostanza dai principi in esse contenuti, che pure rimanevano formalmente intatti; non solo, ma il Parlamento in non pochi casi si limitò a “trasferire” la disciplina in questione a successivi regolamenti governativi, con ciò vanificando la *ratio* stessa dell’istituto. Stante la vaghezza delle previsioni relative ai diritti di libertà, come fu sottolineato dalla dottrina dell’epoca, «la futura legislazione, lungi dal trovarsi condizionata dalle prescrizioni statutarie, come pur dovrebbe essere se l’avere una costituzione significa possedere una legge imperativa anche sugli organi pubblici, è rimasta altrettanto libera che se gli artt. 24-32 non esistessero» (Racioppi, Brunelli, 1909, II, 33).

Sul terreno della forma di governo, le previsioni statutarie, anche in questo caso generiche e non prive di ambiguità su aspetti essenziali, a cominciare dal tema, cruciale, della responsabilità ministeriale, furono assai presto integrate (o forse superate) dalla progressiva emersione di un modello di monarchia parlamentare che trovava nello Statuto albertino del 1848 un fondamento quantomeno incerto: in via di prassi si sviluppò l’istituto della fiducia parlamentare e sempre in via di prassi emerse la figura del Presidente del Consiglio dei ministri, che solo nel 1901 avrebbe trovato una codificazione stabile² (§ IV.3.1.2). È noto altresì che una parte della dottrina rinvenne in una consuetudine costituzionale il fondamento degli atti con forza di legge del Governo³. Viceversa, com’è noto, il regime fascista seguì la via del superamento delle disposizioni statutarie con una serie di leggi ordinarie (§§ V.1.1.3.1, V.1.1.3.2) che riguardarono anche la materia della produzione normativa.

V.1.1.2. *Le fonti sulla produzione normativa in epoca statutaria*

Lo Statuto albertino del 1848 non conteneva una compiuta elencazione delle fonti, dedicando al tema della produzione normativa poche e disorganiche disposizioni⁴: tra queste, le più importanti erano costituite dall’art. 3, che attribuiva congiuntamente al Re e alle due Camere l’esercizio del potere legislativo, e dall’art. 6, che sanciva l’inderogabilità delle leggi da parte delle fonti normative secondarie, *in primis* dei regolamenti. Altre disposizioni rilevanti

² R.d. 466/1901.

³ Orlando, 1889, 186.

⁴ Paladin, 1996, 27 ss.; Pizzorusso, 2011, 274 ss.

erano quelle relative al procedimento di formazione delle leggi⁵ e all'interpretazione autentica delle leggi stesse, attribuita in esclusiva al legislatore⁶. Il fatto poi che l'art. 5 St.alb. riconducesse al Sovrano in esclusiva il potere esecutivo fu inteso nel senso dell'attribuzione ad esso del potere di adottare altri tipi di norme giuridiche, la cui natura e collocazione furono oggetto di ampio dibattito: tra queste, vi erano le c.d. fonti di prerogativa regia, prefigurate da alcune disposizioni statutarie, che furono interpretate come espressive di una vera e propria riserva di regolamento⁷.

Il quadro costituzionale delle fonti risultava, quindi, appena abbozzato. Inoltre, la flessibilità dello Statuto albertino del 1848 consentì ampie (e potenzialmente illimitate) innovazioni e deroghe alle sue disposizioni. Esse riguardarono, in particolare, gli atti normativi del Governo⁸, a proposito dei quali lo Statuto era sostanzialmente reticente, fatta eccezione per il già ricordato art. 6. Se, quindi, tale disposizione sembrava escludere la possibilità per il Re (e dunque per l'Esecutivo) di adottare atti equiparati alla legge, consentendo solo l'emanaione di fonti regolamentari di esecuzione, la prassi normativa andò in tutt'altra direzione. Infatti, al di fuori di una disciplina esplicita, si affermarono, già nei primi anni di vigenza dello Statuto, atti con forza di legge del Governo, così come tipologie regolamentari diverse da quella di esecuzione testualmente prevista nell'art. 6. In particolare, la delegazione legislativa si radicò a partire dalla prassi del conferimento con legge dei "pieni poteri", legislativi ed esecutivi, in caso di guerra e sulla base dei quali nel 1859 fu completata l'unificazione amministrativa del Regno e varata un'imponente opera di codificazione (codice civile, di procedura civile, di commercio e della marina mercantile⁹). Su questa base, la delegazione legislativa si atteggiò nella prassi nella forma di meri conferimenti al Governo di una potestà normativa con forza di legge, senza pre-determinazione di principi e criteri e spesso con oggetti ampi e indeterminati.

Oltre alla delega, assai presto si sviluppò la prassi della decretazione d'urgenza, che fu considerata legittima dalla dottrina maggioritaria, per alcuni sul presupposto della necessità come fonte del diritto¹⁰, per altri sul presupposto della *salus rei publicae*¹¹ e per altri ancora sul presupposto di una consuetudine costituzionale che si sarebbe formata in materia¹². Non mancarono, peral-

⁵ Artt. 10, 55 e 56 St.alb.

⁶ Art. 73 St.alb.

⁷ C. cost., sent. 101/1967.

⁸ Palici di Suni, 1988, *passim*.

⁹ L. 3345/1859.

¹⁰ Romano, 1909, 251 ss.

¹¹ Morelli, 1899, 704 ss.

¹² Orlando, 1889, 186.

tro, autori che ritennero illegittima la decretazione d'urgenza, in quanto contrastante con lo Statuto albertino del 1848¹³. Una *species* della decretazione d'urgenza era costituita dallo stato d'assedio. Esso era dichiarato dal Governo in occasione di tumulti o insurrezioni e si riteneva non necessitasse della conversione in legge da parte delle Camere¹⁴. Nella prassi, fin dai primi anni dell'esperienza statutaria lo stato d'assedio costituì una misura attraverso la quale le libertà statutarie furono sistematicamente compresse nelle aree geografiche in cui esso era dichiarato.

Anche per quanto riguarda il potere regolamentare la prassi superò di gran lunga la previsione statutaria di cui all'art. 6. Un vasto dibattito dottrinale sorse intorno al suo fondamento: mentre, infatti, per alcuni esso era da rinvenirsi in un conferimento legislativo espresso¹⁵, per altri era dato dal potere discrezionale dell'amministrazione o dalla posizione costituzionale del Governo quale potere esecutivo¹⁶, quindi dotato di un potere normativo finalizzato istituzionalmente all'attuazione delle disposizioni legislative¹⁷. Anche in questo caso, la prassi, confortata dalla giurisprudenza, assecondò un'interpretazione della latitudine del potere regolamentare assai più vasta rispetto a quanto poteva desumersi dall'art. 6 St.alb. Si radicarono, quindi, ampie deroghe all'art. 6 St.alb. almeno sotto tre profili: *a*) l'affermazione di nuove fonti secondarie quali, ad esempio, i regolamenti ministeriali; *b*) il ridimensionamento delle riserve di legge che finirono per coincidere con il mero principio di legalità, tanto che in non poche materie, pure riservate al legislatore, quest'ultimo si limitò ad autorizzare "in bianco" l'esercizio della potestà regolamentare; *c*) l'espansione delle tipologie regolamentari ben al di là di quanto previsto dallo Statuto albertino del 1848, in particolare con l'affermazione dei regolamenti indipendenti e di quelli delegati, comprendenti una variegata tipologia di regolamenti abilitati dalla legge a «fare qualcosa di più di quel che può fare un comune regolamento» (Crisafulli, 1993, 151). Peraltro, i problemi relativi alla fonte regolamentare non si limitarono a quelli ora sinteticamente tratteggiati. In effetti, sia nello Statuto che nella legislazione successiva mancavano disposizioni relative all'identificazione di tale fonte, così come al procedimento di adozione. Così, ad esempio, rimase a lungo incerta l'applicabilità ai regolamenti del regime di pubblicità previsto per le leggi; non a caso, il regime giuridico proprio di essi fu esteso anche ad altri atti a contenuto normativo, quali le ordinanze.

¹³ Cammeo, 1901, 193 ss.; Racioppi, Brunelli, 1909, I, 314 ss.

¹⁴ Arangio-Ruiz, 1913, 593.

¹⁵ Zanobini, 1922, 17 ss.

¹⁶ Cammeo, 1901, 126 ss.

¹⁷ Palici di Suni, 1988, 177 ss.; Cerrone, 1991, 9 ss.

Per i suoi limiti ontologici lo Statuto albertino del 1848 non riuscì quindi a governare efficacemente il sistema delle fonti. Non a caso, alcune regole essenziali sulla produzione normativa, sui criteri per la risoluzione delle antinomie, nonché sull'interpretazione furono collocate nelle disposizioni preliminari al codice civile del 1865 e, ancor più, in quelle al codice civile del 1942. Com'è stato giustamente affermato, questa scelta di politica istituzionale non significò affatto l'attrazione della disciplina delle fonti normative nell'ambito del diritto privato; piuttosto, essa si spiega alla luce del rilievo sostanzialmente costituzionale dei codici in genere e, *in primis*, del codice civile, considerato come una sorta di carta fondamentale della borghesia¹⁸. In questo senso, le c.d. preleggi al codice civile del 1865, pur non recando, come quelle al codice civile del 1942, una disciplina tendenzialmente organica sulle fonti, contenevano, però, la disciplina della promulgazione, della pubblicazione e dell'entrata in vigore delle leggi¹⁹ e quella relativa all'efficacia nel tempo²⁰ e all'interpretazione²¹. Per quanto riguarda l'assetto delle fonti prefigurato dalle preleggi al codice civile del 1865, da esse emergeva con chiarezza la progressiva emarginazione del diritto consuetudinario in favore di una concezione "legicentrica" che, pur non pienamente accolta nel codice di commercio del 1882, il cui art. 1 sanciva la prevalenza del diritto consuetudinario sul diritto civile in tutti i casi in cui le leggi commerciali non disponessero espressamente, sarebbe giunta all'apice con le preleggi al codice civile del 1942.

V.1.1.3. *Le fonti del diritto durante il periodo fascista*

V.1.1.3.1. *Dalla l. 2263/1925 sul Capo del Governo alla l. 2693/1928 sul Gran consiglio del fascismo*

Il regime fascista introdusse innovazioni di grande importanza nel sistema delle fonti. Come si è accennato (§ V.1.1.1), tali novità furono introdotte attraverso una serie di leggi che riformarono in profondità la disciplina preesistente, in correlazione con la trasformazione della forma di governo e la progressiva instaurazione del regime autoritario.

In questo volume sono analizzati i contenuti più rilevanti della l. 2263/1925 (§ V.6.1.3) e, soprattutto, della l. 100/1926 (§ V.4.1) che disciplinò per la prima volta espressamente i poteri normativi del Governo. In questa sede, si deve

¹⁸ Irti, 1990, 5 ss.; Paladin, 1996, 29.

¹⁹ Art. 1 disp. prel. c.c. 1865.

²⁰ Artt. 2, 4 e 5 disp. prel. c.c. 1865.

²¹ Art. 3 disp. prel. c.c. 1865.

ricordare che la *ratio* di tale legge era quella di una razionalizzazione e di un rafforzamento di tali poteri e, in particolare, di quello regolamentare e della decretazione d'urgenza. Tuttavia, essa non realizzò pienamente tali obiettivi. Infatti, la l. 100/1926 non riuscì nell'intento di disciplinare l'universo dei poteri normativi dell'Esecutivo: rimasero fuori atti assai rilevanti che pure erano annoverati tra quelli con forza di legge, quali i decreti di stato d'assedio, che trovarono la loro disciplina nel testo unico delle leggi di pubblica sicurezza²², e i bandi militari previsti dalla legislazione di guerra²³.

Sul versante del potere regolamentare, l'art. 1 l. 100/1926 si limitò a disciplinare i soli regolamenti governativi, senza preoccuparsi dei regolamenti ministeriali o di autorità amministrative sottostanti ai Ministri, nonostante che il loro rilievo sul piano della prassi fosse indiscutibile; non solo, ma la vasta delegificazione in materia di organizzazione delle pubbliche amministrazioni non fu attuata e, anzi, in questa materia l'uso della legge continuò a risultare massiccio, tanto che la l. 1547/1940 estese la delegificazione anche alle leggi successive alla l. 100/1926. Più in generale, la "rivoluzione promessa" dalla l. 100/1926 a proposito del potere regolamentare non si realizzò nella prassi: infatti, come si è accennato, nonostante l'art. 1 in questione fosse ispirato a un chiaro *favor* nei confronti del potere regolamentare, la quantità di atti legislativi non diminuì in modo apprezzabile; e ciò probabilmente sia per le resistenze burocratiche rispetto all'utilizzazione del potere regolamentare, sia perché nel procedimento di adozione era previsto il parere del Consiglio di Stato, solo progressivamente fascistizzato, sia, infine, perché con un Parlamento ormai controllato da Mussolini il ricorso alle leggi e agli atti con forza di legge era assai agevole²⁴. Inoltre, la l. 100/1926 non contribuì certo a chiarire le non poche incertezze sussistenti riguardo all'individuazione degli atti normativi del Governo: i decreti-legge, i decreti legislativi e i regolamenti erano emanati e pubblicati come "Regi decreti", previa deliberazione del Consiglio dei ministri, e questo creava non pochi dubbi circa l'esatta identificazione degli atti. Come si dirà (§ V.1.3.1), tali incertezze sono rimaste in piedi anche nel periodo repubblicano fino all'entrata in vigore della l. 400/1988.

Il consolidamento del regime fascista fece balenare ad alcuni dei suoi esponenti l'idea di una "Costituzione fascista" che sostituisse lo Statuto albertino del 1848, ormai di fatto svuotato dei suoi contenuti dopo l'avvento della dittatura. Di tale progetto, che compiutamente non si realizzò anche per l'opposizione della Monarchia, vi è una traccia precisa nella l. 2693/1928 che disciplinò l'ordinamento e le attribuzioni del Gran consiglio del fascismo. In parti-

²² R.d. 773/1931.

²³ R.d. 1415/1938.

²⁴ Patroni Griffi, 2003, 17 ss.

colare, l'art. 12 l. 2693/1928 stabilisce che, per iniziativa del Capo del Governo *ex art.* 1 l. 2693/1928, dovesse essere acquisito il parere del Gran consiglio «su tutte le questioni aventi carattere costituzionale», espressamente elencate.

Nella dottrina si discute circa l'interpretazione di tale disposizione. Secondo alcuni, infatti, essa avrebbe introdotto una nuova fonte del diritto, la "legge costituzionale", ormai sovraordinata, in ragione del suo procedimento di adozione, alla legge ordinaria. Tale tesi si fondava, tra l'altro, sia sulla relazione ministeriale alla proposta di legge, laddove affermava che l'autorità giudiziaria avrebbe potuto disapplicare le leggi costituzionali adottate in violazione del procedimento di cui all'art. 12 l. 2693/1928, sia sulla l. 1696/1930 sulla promulgazione degli atti normativi, la quale imponeva che le leggi costituzionali dovessero menzionare nella formula di promulgazione l'avvenuta acquisizione del parere del Gran consiglio del fascismo²⁵. Secondo altri, invece l'art. 12 l. 2693/1928 non avrebbe alterato il sistema delle fonti fino ad allora vigente²⁶. Tale tesi si basava sul fatto che il parere del Gran consiglio era collocato all'interno della fase dell'iniziativa legislativa (e, anzi, a monte della stessa), per cui, com'è stato esattamente affermato, «non poteva in alcun caso assumere una portata direttamente determinante nei confronti del contenuto dell'atto normativo, non essendo vincolante, né per il Governo che doveva valutare se esercitare l'iniziativa, né per le Camere che successivamente avessero deliberato sul progetto di legge»; a ciò si aggiunga la circostanza «che nessun controllo che non fosse di tipo puramente politico era previsto per sanzionare l'eventuale inosservanza dell'obbligo di richiedere il parere» (Pizzorusso, 2011, 303). Nella prassi, l'interpretazione dell'art. 12 l. 2693/1928 non dette luogo a problemi di sorta fino alla caduta del fascismo e alla conseguente soppressione del Gran consiglio²⁷.

V.1.1.3.2. *Le disposizioni preliminari al codice civile del 1942*

Le disposizioni preliminari (o preleggi) al codice civile del 1942 rappresentano senza dubbio il principale testo normativo in materia di fonti del diritto prima dell'entrata in vigore della Costituzione. Le preleggi al codice civile del 1942 sono ancora formalmente vigenti, anche se ormai largamente superate dalla Costituzione e dalla legislazione successiva (si pensi, ad esempio, alla l. 400/1988). Oltre all'elenco delle fonti²⁸ e ad una serie di disposizioni relative ai rapporti tra le stesse²⁹ figurano disposizioni sull'efficacia delle leggi nel

²⁵ Esposito, 1934, 184 ss.

²⁶ Romano, 1932, 270-271; Biscaretti di Ruffia, 1940, 35 ss.

²⁷ Pizzorusso, 2011, 302.

²⁸ Art. 1 disp. prel. c.c.

²⁹ Artt. 2-9 disp. prel. c.c.

tempo³⁰ e sull'interpretazione degli atti normativi³¹. Nel complesso, come si è già accennato, il sistema delle fonti delineato dalle preleggi al codice civile appare ispirato alla supremazia della legge posta al vertice di un'ideale piramide che vede di seguito i regolamenti, le norme corporative e solo alla base, quindi ridotti a un ruolo marginale, gli usi³², senza attribuire ad essi una collocazione peculiare nemmeno nel settore del commercio, come invece si desumeva dall'art. 1 c.comm. (§ V.1.1.2).

Significativamente, le preleggi non richiamano affatto la Costituzione, stante la flessibilità dello Statuto albertino del 1848. I criteri ordinatori delle fonti sono quindi riconducibili a quello gerarchico e a quello di successione nel tempo. Manca, invece, ogni riferimento al criterio della competenza, sul piano formale per l'assenza della rigidità costituzionale – solo tale assetto può consentire, come si dirà (§ V.1.3.4), la riserva, in tutto o in parte, ad una fonte di un determinato ambito materiale – e sul piano sostanziale perché il principio di autonomia postula il riconoscimento e la valorizzazione del pluralismo istituzionale o sociale e, quindi, delle autonomie; e ciò, evidentemente, in controtendenza con la logica accentratrice del regime fascista. Espressione del principio gerarchico, oltre che l'art. 1, sono gli artt. 4, co. 1 («i regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni delle leggi»), 7 («le norme corporative non possono derogare alle disposizioni imperative delle leggi e dei regolamenti») e 8 («nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati») disp. prel. c.c. L'art. 7 disp. prel. c.c. collocava, quindi, le norme corporative in una posizione subordinata non solo alle norme imperative delle leggi, ma anche a quelle dei regolamenti. L'art. 5 disp. prel. c.c. qualificava come «norme corporative» le ordinanze corporative, gli accordi economici collettivi, i contratti collettivi di lavoro e le sentenze della magistratura del lavoro nelle controversie collettive. Le preleggi codificano, quindi, sul piano della produzione normativa, l'impianto dell'ordinamento corporativo introdotto con la l. 563/1926, completato con la l. 206/1930 e con la l. 163/1934, ma mai compiutamente realizzato: un ordinamento ispirato ad una logica autoritaria – con la negazione del pluralismo sindacale (§ III.5.8.1) e del diritto di sciopero (§ III.5.9.1) – che si proponeva di risolvere in radice la questione della natura e dell'efficacia dei contratti collettivi di lavoro, che si erano sviluppati, prima dell'avvento del regime fascista, in forme spontanee, a prescindere cioè da una disciplina giuridica.

Nemmeno le preleggi al codice civile si caratterizzarono per sistematicità ed esaustività. Si consideri, in primo luogo, il fatto che esse non considerava-

³⁰ Artt. 10, 11, 14 e 15 disp. prel. c.c.

³¹ Artt. 12 e 13 disp. prel. c.c.

³² Art. 1 disp. prel. c.c.

no affatto atti la cui riconducibilità alle fonti del diritto era ritenuta pacifica (così, solo per citare alcuni esempi, i regolamenti ministeriali, i bandi militari, le ordinanze normative o gli statuti di alcuni enti pubblici); in secondo luogo, si pensi al mero rinvio a leggi costituzionali con riguardo alla disciplina degli atti normativi del Governo, la cui importanza decisiva nella produzione normativa era evidente già prima dell'avvento del fascismo o, ancora, alla perdurante mancanza di ogni disposizione atta ad individuare gli atti normativi del Governo anche rispetto ad atti non normativi (quali gli atti amministrativi generali). Ciò detto, però, sul versante del potere regolamentare le preleggi risultarono rilevanti per alcune statuizioni che andavano a colmare alcune delle lacune della l. 100/1926 e in particolare: *a*) la distinzione tra il potere regolamentare del Governo (disciplinato da leggi di carattere costituzionale) e il potere regolamentare di altre autorità³³, con l'affermata prevalenza del primo sul secondo (nel quale era compreso il potere regolamentare degli enti locali, che risultava così ridimensionato, in omaggio ad una visione sostanzialmente centralistica dell'ordinamento fatta propria dal regime fascista)³⁴; *b*) la perdurante vigenza del principio di legalità e, quindi, il necessario fondamento del potere regolamentare nella legge³⁵; *c*) l'equiparazione, ai fini della *vacatio*, dell'inizio dell'efficacia dei regolamenti a quello delle leggi³⁶.

V.1.1.4. *Le fonti del diritto nella Costituzione: inquadramento generale*

La Costituzione ha indotto novità decisive nella disciplina delle fonti; novità tanto rilevanti da rendere quasi del tutto superate, come si è detto (§ V.1.1.3.2), le preleggi al codice civile e, segnatamente, l'elenco delle fonti di cui all'art. 1. In sintesi, la prima novità introdotta dalla Carta repubblicana del 1947 è data dalla sua rigidità, ciò che ha determinato l'instaurazione di una legalità costituzionale sovrastante rispetto al principio di legalità, che continua a descrivere i rapporti tra le fonti primarie e le fonti secondarie (§ V.2.2). A garanzia della rigidità costituzionale, è stata istituita la Corte costituzionale, le cui pronunce di accoglimento determinano la cessazione di efficacia di una legge o di un atto con forza di legge con effetti limitatamente retroattivi³⁷ (§ IV.8.3.2.1.4). Si è parlato, a tale proposito, sia di una «rivoluzione culturale» nel modo di concepire la legge, «trasformandola da suprema volizione del-

³³ Art. 3 disp. prel. c.c.

³⁴ Art. 4, co. 2, disp. prel. c.c.

³⁵ Art. 4, co. 1, disp. prel. c.c.

³⁶ Art. 10, co. 1, disp. prel. c.c.

³⁷ Art. 136, co. 1, Cost.; art. 30 l. 87/1953.

lo Stato in atto giuridico soggetto a giudizio d'invalidità e passibile di dichiarazione di nullità ovvero di annullamento», sia di una «rivoluzione copernicana, dal momento che la legge cessa di essere il centro dell'universo delle fonti, ma rappresenta una delle stelle – anche se ancora la più fulgida – di una complessa costellazione, che ha il suo centro motore nella nuova carta costituzionale» (Sorrentino, 2019, 4).

Quanto alle fonti primarie, la Costituzione ha rotto il “monopolio nazionale” di esse, con l'istituzione delle Regioni; da qui la previsione di un sistema di fonti regionali, articolato su vari livelli e destinato ad integrare le fonti statali. Attraverso poi l'apertura all'ordinamento internazionale di cui agli artt. 10, co. 1, e 11, la Costituzione ha consentito l'ingresso nell'ordinamento nazionale di fonti esterne ad esso³⁸ (§§ I.5.5.2, I.6.4.4.2). Sul piano delle fonti primarie statali, vengono costituzionalizzati gli atti normativi del Governo, ma se ne circoscrivono rigorosamente i presupposti per il loro legittimo esercizio³⁹ (§§ V.4.3.1, V.4.4.1). Un'ulteriore importante novità è costituita dal *referendum* abrogativo, la cui riconduzione alle fonti normative appare condivisa quantomeno da una parte della dottrina (§ V.5.2.2).

Com'è stato giustamente affermato, «se il sistema delle fonti – così come comunemente si pensa – è sempre destinato a rappresentare lo specchio diretto di una forma di Stato e di governo è indubbio che questa costruzione, risultante dall'impianto originario della nostra Carta repubblicana, veniva a rispecchiare con molta coerenza tanto la forma di Stato regionale quanto la forma di governo parlamentare che i costituenti avevano voluto adottare» (Cheli, 2013, 300). I corollari più significativi di questo nuovo impianto costituzionale sono i seguenti⁴⁰: *a*) l'introduzione del criterio della competenza, accanto a quello gerarchico e della successione delle fonti nel tempo, tra i criteri ordinatori delle stesse; *b*) il largo impiego della riserva di legge, quale strumento principale di attuazione della Costituzione e, in particolare, quale strumento di tutela della libertà fondamentali (§ III.1.8); *c*) il carattere tassativo delle fonti primarie, riconducibili solo a quelle espressamente previste e disciplinate dalla Costituzione, e, al contrario, il carattere aperto delle fonti secondarie.

³⁸ C. cost., sent. 170/1984.

³⁹ Artt. 76 e 77 Cost.

⁴⁰ Cheli, 2003, 128.

V.1.2. *L'identificazione delle fonti del diritto*

V.1.2.1. *Il carattere costituzionale delle norme sulle fonti del diritto*

La dottrina ha messo in evidenza il carattere costituzionale delle norme sulle fonti⁴¹. Nel caso italiano, se parte delle preleggi al codice civile è da ritenersi abrogata, è innanzitutto nella Costituzione che si ritrovano le disposizioni sulla produzione normativa. Si è parlato della Costituzione come di una «fonte “sulla produzione” e fonte “di produzione”, come si suol dire; e forse più esattamente, fonte di produzione così di norme strumentali (in particolare, norme sulla produzione giuridica, istitutive e regolatrici delle fonti subordinate), come di norme materiali, disciplinanti fatti e situazioni della vita reale» (Crisafulli, 1993, 70). Tuttavia, com'è stato giustamente evidenziato, anche la Carta repubblicana del 1947, così come lo Statuto albertino del 1848 e le stesse preleggi al codice civile, presenta lacune e ambiguità, non avendo «pienamente assolto – né ieri né oggi – il compito loro affidato» (Paladin, 1996, 28).

In particolare, la Costituzione disciplina, e non del tutto organicamente, le sole fonti primarie, rinunciando, come le altre costituzioni coeve, ad una tassativa e organica indicazione delle fonti normative e all'indicazione dei *nomen iuris* delle stesse, mentre i relativi procedimenti di adozione sono individuati in modo laconico e non sono affatto disciplinate le fonti secondarie. Tutto ciò comporta una prima conseguenza, deducibile anche dalla natura rigida della Costituzione stessa: la tassatività e la chiusura delle fonti primarie, con conseguente divieto per la legge di istituire fonti concorrenziali rispetto ad essa, mentre «non è vietato, viceversa, alla legge conferire attribuzioni normative di grado subordinato, né riconoscere fonti-fatto, purché, anche queste, non “concorrenziali” rispetto alle leggi formali» (Crisafulli, 1993, 144)⁴². I principi di tassatività e di chiusura delle fonti primarie importano il divieto di istituire con legge fonti che: *a*) siano capaci di abrogare, per forza propria, norme legislative; oppure *b*) siano sottoponibili al solo giudizio di legittimità costituzionale; oppure *c*) la cui validità non possa essere in astratto valutata, se non alla stregua delle disposizioni costituzionali (la primarietà come immediata sottoposizione alla Costituzione); oppure *d*) siano in rapporto di separazione costituzionale di competenza rispetto alla legge.

Tale assunto è stato criticato da una parte della dottrina sul presupposto che il principio di tassatività e di chiusura delle fonti primarie non avrebbe un sicuro fondamento nella Costituzione, poiché quest'ultima non impedirebbe

⁴¹ Mortati, 1991, 317.

⁴² Zagrebelsky, 1987, 5.

alla legge di autolimitarsi, né ad esso potrebbe riconoscersi un significato garantistico (assolto invece dall'istituto della riserva di legge); e ciò anche alla luce di alcune scelte fondamentali operate dai costituenti, quali sono la perdita di centralità di una concezione gerarchica della produzione normativa e della nozione di forza formale (costruita in epoca liberale sulla primarietà della legge), il radicamento del criterio della competenza e la specializzazione di molte fonti normative⁴³. Rimane il fatto che il principio di tassatività e di chiusura delle fonti primarie è stato richiamato dalla Corte costituzionale con riferimento ad una "legge regionale" adottata non dal Consiglio regionale, come si evince dall'art. 121, co. 2, Cost. (§ V.7.5.2), ma dal Presidente della Regione in qualità di Commissario *ad acta* del Governo, ai sensi dell'art. 120, co. 2, Cost.: nella sent. 361/2010 si sottolinea come «la disciplina del sistema delle fonti normative primarie sia caratterizzata nel nostro ordinamento costituzionale dalla necessaria individuazione sia delle fonti, che degli organi titolari delle diverse funzioni legislative... in considerazione della particolare efficacia delle fonti legislative, delle rilevanti materie ad esse riservate, della loro incidenza su molteplici situazioni soggettive, nonché del loro raccordo con il sistema rappresentativo, una siffatta individuazione può essere disposta solo da fonti di livello costituzionale». In tal modo, la Corte riconosce il necessario fondamento costituzionale delle fonti primarie, negando la possibilità di fondare sullo statuto ordinario, in quanto competente a disciplinare la forma di governo e i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento delle Regioni, un sistema regionale di fonti del diritto⁴⁴. Peraltro, anche la disciplina costituzionale delle fonti primarie è, per alcuni profili, approssimativa, per cui il ricorso a fonti infracostituzionali si è imposto comunque (si pensi, in particolare, agli artt. 14 ss. l. 400/1988 che integrano gli artt. 76 e 77 Cost., anche con riferimento all'individuazione dei *nomina iuris* degli atti con forza di legge del Governo).

Viceversa, poiché la Costituzione non disciplina espressamente le fonti secondarie che, almeno fino alla l.cost. 3/2001, erano solo presupposte, si è dedotta l'apertura delle fonti secondarie, con la conseguente possibilità per il legislatore di plasmarne di nuove. L'apertura delle fonti secondarie ha così finito per lasciare alla mutevole disponibilità del legislatore ordinario la configurazione del sistema normativo infraprimario; non solo, ma la reticenza del testo costituzionale su tali fonti ha contribuito a lasciare aperte questioni assai rilevanti, quali, solo per citare alcuni esempi, la *vexata quaestio* del fondamento del potere regolamentare del Governo e la conseguente ammissibilità o meno dei c.d. regolamenti indipendenti (§ V.6.3.1), l'ammissibilità delle consuetudini *praeter legem* (§ V.1.4.10) e così via.

⁴³ Modugno, 1997, 578 ss.

⁴⁴ C. cost., sent. 378/2004.

V.1.2.2. *Le fonti del diritto come materia regolabile anche in via legislativa?*

Come si è accennato (§ V.1.2.1), le lacune e le ambiguità del testo costituzionale sono state colmate attraverso una serie di interventi da parte del legislatore ordinario. Questa crescente importanza assunta dalla legislazione ordinaria sulle fonti – quasi una sorta di normazione “materialmente” costituzionale – ha posto il problema del regime giuridico della stessa. La legislazione sulle fonti, sul piano logico, appare sovraordinata rispetto agli atti che essa disciplina. Ma questa gerarchia logica è in questo caso anche una gerarchia formale, cosicché si può parlare di una sovraordinazione anche in termini giuridici della legislazione in questione⁴⁵? Il problema si pone, in particolare, nel caso in cui una fonte primaria sulla produzione si riferisca ad atti normativi formalmente equiordinati (si pensi, ancora una volta, agli artt. 14 ss. l. 400/1988), mentre non sussistono questioni di sorta nel caso in cui la fonte primaria in questione disciplini atti subordinati: così, ad esempio, un regolamento governativo non può violare quanto disposto dall’art. 17 l. 400/1988 innanzitutto per il rango gerarchico superiore di esso.

Ciò detto, in sintesi, appare corretto il rilievo secondo il quale la gerarchia logica che sussiste tra le fonti sulla produzione e le fonti prodotte in base alle prime dev’essere tenuta distinta dalla gerarchia formale, cosicché la prima può essere ritenuta operante ove non risulti chiaramente un’incompatibilità del risultato che ne deriva con una statuizione discendente da una fonte di grado superiore⁴⁶. Non sembra avere riscontri nella prassi la tesi dottrinale che riconosce alle leggi in questione una particolare collocazione nel sistema delle fonti, cosicché esse potrebbero essere modificate o abrogate in via legislativa ma solo in modo espresso, senza poter essere occasionalmente derogate⁴⁷; né, d’altra parte, ha avuto successo l’opposta tesi per cui le disposizioni legislative in questione, in quanto chiamate a disciplinare una materia tipicamente costituzionale, sarebbero di per sé incostituzionali⁴⁸.

La prassi sembra invece avere dimostrato l’intrinseca “fragilità” delle disposizioni in esame, che, in quanto contenute in una mera legge ordinaria, hanno dimostrato una scarsa capacità di imporsi ad atti equiordinati successivi, salvo quelle che siano meramente ripetitive di disposizioni costituzionali o esplicative di limiti costituzionalmente deducibili (si pensi all’art. 15, co. 2, l. 400/1988, laddove vieta al decreto-legge di conferire deleghe legislative); si è

⁴⁵ Guastini, 1998, 121 ss.

⁴⁶ Pizzorusso, 2011, 130 ss.

⁴⁷ Guastini, 1998, 558; Modugno, 2012, 35 ss.

⁴⁸ Ruggeri, 2009, 66 ss.

perciò parlato di un'efficacia "direttiva" solo "politica" di tali disposizioni⁴⁹. D'altra parte, neanche il tentativo di garantire la stabilità di alcune di tali leggi attraverso la procedura parlamentare si è rivelato produttivo: gli stessi pareri del Comitato per la legislazione, ai sensi degli artt. 16-*bis* e 96-*bis* reg.C., sono andati incontro a un tasso di "recepimento" piuttosto modesto. Da parte sua, sono stati sporadici i riferimenti alla l. 400/1988 contenuti nei messaggi di rinvio alle Camere da parte del Presidente della Repubblica, ai sensi dell'art. 74 Cost. Quanto alla Corte costituzionale, essa ha a più riprese escluso il rango costituzionale delle disposizioni in questione, valorizzando nella propria giurisprudenza solo quelle che costituiscono un'esplicitazione di previsioni desumibili dalla Costituzione⁵⁰.

L'insufficienza di un intervento a livello di legislazione ordinaria sulla produzione normativa ripropone, in definitiva, le ragioni di possibili interventi a livello costituzionale. Una prima prospettiva va nella direzione di "infiltrare" il tessuto costituzionale relativo all'attività normativa del Governo, quantomeno per alcuni profili e con specifico riferimento ai limiti di esercizio (in questo senso erano, le modifiche all'art. 77 Cost., contenute nel testo di revisione costituzionale c.d. Renzi-Boschi⁵¹). Una seconda tesi, non meno impegnativa, propone una legge costituzionale sulla disciplina delle fonti o, quantomeno, una legge organica adeguatamente "coperta" da una disposizione costituzionale⁵². Si tratta di una prospettiva divenuta maggiormente sostenibile da quando anche il nostro ordinamento sembra forse incamminarsi sul terreno di una legislazione organica, sull'esempio di altri Paesi⁵³: si pensi alla legge, approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale, prevista dall'art. 81, co. 6, Cost., come modificato dall'art. 1 l.cost. 1/2012. Evidentemente, solo attraverso l'introduzione di questa fonte potrebbe essere possibile sottrarre le leggi ordinarie sulla produzione normativa e, più in generale, le leggi ordinarie aventi un particolare rilievo istituzionale alla loro modifica, più o meno casuale, da parte del legislatore successivo, ovvero alla loro deroga tacita.

⁴⁹ Angiolini, 1996, 221.

⁵⁰ C. cost., sentt. 22/2012; 220/2013.

⁵¹ Silvestri, 2006, 176.

⁵² XVII leg., d.d.l.cost. AS2613-D; De Siervo, 2002, 423-424.

⁵³ Pegoraro, 1990, 17 ss.

V.1.2.3. *Gli elementi identificativi delle fonti del diritto e le conseguenze della qualificazione di un atto come fonte*

Un tessuto costituzionale non certo privo di lacune ha amplificato i problemi relativi all'identificazione delle fonti del diritto. Occorre infatti chiedersi se esistano elementi oggettivamente distintivi fra le norme e gli altri atti giuridici posti in essere dai pubblici poteri. Da ciò derivano due possibili ulteriori conseguenze: *a*) se l'eventuale insussistenza di questi elementi in atti, pur adottati nella forma prescritta per le fonti del diritto, possa impedire di fare assumere ai loro contenuti la forza giuridica tipica delle norme giuridiche; *b*) se la presenza delle suddette caratteristiche in un atto imponga di farlo adottare mediante un atto-fonte.

Appare largamente diffusa l'opinione secondo la quale le norme giuridiche del nostro ordinamento debbano possedere i requisiti della generalità (intesa come non aprioristica determinatezza dei destinatari), dell'astrattezza (intesa come ripetibilità della sua applicazione nel tempo), dell'innovatività (intesa come idoneità a modificare il preesistente sistema normativo) e dell'efficacia *erga omnes*. Non vi è dubbio che questi requisiti individuano alcune caratteristiche normali delle norme giuridiche, anche se non sono peraltro rari i casi nei quali norme giuridiche le posseggono solo in misura più o meno limitata. Nel volume sono ricostruite le problematiche delle leggi provvedimento (§ V.3.2.3.3), che si sono moltiplicate soprattutto nell'epoca contemporanea, caratterizzata da molteplici interventi legislativi alquanto puntuali nei diversi settori sociali ed economici.

Ciò detto, per quanto riguarda le fonti primarie, già in epoca statutaria l'identificazione delle fonti normative seguiva criteri formali, riferiti, in primo luogo, alla denominazione ufficiale dell'atto, al procedimento di formazione e al regime che si instaura in conseguenza della pubblicazione⁵⁴. Anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione le fonti di rango costituzionale e le fonti primarie sono state identificate mediante criteri formali. Particolarmente importanti sono, allora, le fonti che disciplinano le pubblicazioni ufficiali: i testi pubblicati secondo le regole della pubblicità legale costituiscono le fonti di conoscenza e dalla data della pubblicazione parte il calcolo della data da cui le fonti avranno efficacia giuridica (di regola, quindici giorni⁵⁵).

Con la l. 839/1984 – rifluita con la legislazione precedente in un apposito testo unico, il d.P.R. 1092/1985 – sono state aggiornate le formule di promulgazione delle leggi e di emanazione dei decreti presidenziali; al tempo stesso, sono indicate alcune possibili forme di documentazione da allegare ad alcuni

⁵⁴ Paladin, 1996, 35.

⁵⁵ Art. 73, co. 3, Cost.; art. 7 d.P.R. 1092/1985.