

Le fonti del diritto nelle dinamiche delle forme di governo.

Riflessioni di sintesi

di Alfonso Di Giovine

Abstract: Sources of law in the context of the dynamics of the forms of government. Concluding remarks – This contribution summarises the main indications that emerged during the panel, highlighting the most innovative or most significant aspects of the different papers presented by the several speakers.

Keywords: Post-Westphalian legal systems; Sources of law; Legal integration; Comparative law.

Dopo aver letto le oltre 170 cartelle di cui si compongono le relazioni di Sciannella, Nicolini, Rosa e D'Orlando e aver ascoltato le rispettive sintesi, credo che a chi è affidato il compito di concludere la sessione possa risultare redditizio provare a schematizzare il suo intervento intorno ad alcuni *focus* che costituiscono, a suo parere, il basso continuo che le accomuna: si tratta della perdita di centralità della legge, dell'irresistibile ascesa dell'esecutivo (diventata dirompente in periodo di Covid), della dequotazione del legislativo (anche se a quest'ultimo proposito permane una certa validità nella distinzione di Polsby fra parlamenti-arena (Regno Unito) e parlamenti di trasformazione (USA)).

Sono ovviamente temi ferreamente saldati fra di loro e difficili da tenere distinti: quel che è pacifico è che sono tutti fenomeni che affondano le loro radici non certo nel breve periodo, ma che possono farsi risalire ad almeno un secolo fa, anche se in tempi più vicini a noi sono stati pantografati dalla globalizzazione e dalla sovranazionalizzazione, le quali hanno fatto schizzare in alto l'assoluta centralità dei governi nei vari sistemi nazionali, come unanimemente notato dalle quattro relazioni.

Ritornando al passato, quando negli anni '30 René Capitant affermava che "gouverner c'est légiférer", già adombrava una sintesi dei tre fenomeni: la legge è considerata uno strumento dell'indirizzo politico del governo, mentre il parlamento è visto nella sua dimensione maggioritaria, funzionale a sostenere il governo. In linea con questa visione (che troverà sbocco nella tematizzazione del *continuum* maggioritario) o, se si vuole, parallelamente ad essa, si sviluppava negli stessi anni la riflessione di Mirkine-Guetzévich, per

il quale il fine della campagna elettorale non è la determinazione della composizione del parlamento ma l'individuazione della maggioranza di governo e qualche anno più tardi sarà Schumpeter a teorizzare che compito del popolo è quello di produrre un governo: è questo l'esito di una evoluzione che – come ha mostrato Sciannella – muove da tutt'altro contesto per chiudere la sua parabola negli anni Venti. La nostra collega ha infatti ricordato che Dicey nella seconda metà dell'800 celebrava in qualche modo l'onnipotenza del parlamento anche se poi il suo prodotto principale – la legge – una volta emanata, è interamente affidata all'interpretazione del giudice. Poi con Kelsen, a partire dagli anni Venti, la legge viene inserita in uno schema piramidale che la detronizza, essendo posta la costituzione al vertice della piramide. Di più: Kelsen inserisce nel sistema un "legislatore negativo" – la Corte costituzionale – che ha il compito di sindacare la legittimità costituzionale della legge. Una volta che essa è diventata oggetto di misurazione (Zagrebelsky), è chiaro che la tesi della *puissance législative illimitée* perde inevitabilmente di consistenza: è in questo contesto che si inseriscono le specifiche analisi che emergono dalle varie relazioni.

Paradossalmente – come fa notare Sciannella – la crisi della legge coincide con la sua sovrapproduzione e la sua polverizzazione. Affermandosi lo Stato sociale, infatti, viene prodotta una legislazione caotica e "a generalità ridotta ... o a basso grado astrattezza", dal carattere accentuatamente compromissorio e spesso oscuro, la cui approvazione piuttosto che un esito finale costituisce l'inizio della lotta per la sua interpretazione. Ne consegue che il giudice interprete di questo tipo di legislazione, lungi dal potersi atteggiare, di fronte al "muro di oscurità normativa" che si trova di fronte, come inanimata *bouche de la loi*, assume un ruolo attivo nella determinazione della norma da applicare al caso concreto, investito com'è "della formidabile funzione di «rimettere ordine», attraverso le sue decisioni, negli sparsi elementi del compromesso legislativo, e di ridare così unità al diritto": la sottoposizione del giudice alla legge quasi si converte in una sottoposizione della legge al giudice.

Il giudice, del resto, viene a trovarsi spesso in posizione di strutturale vantaggio rispetto al legislatore, grazie alla capacità di essere più molecolarmente e agilmente in sintonia rispetto ai sempre nuovi scenari che la realtà economica, sociale, della scienza e della tecnica pone: il punto estremo di tale tendenza è rinvenibile – al di là della sua effettiva applicazione – nell'art. 1, II co., del codice civile svizzero a norma del quale nei "casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore".

Sciannella, consapevole com'è di questo scenario, ne offre un ricco spaccato: fa riferimento alla sterminata tipologia di fonti atipiche e alla presenza in vari ordinamenti (Francia, Spagna, Portogallo) di fonti superlegislative quali sono le leggi organiche. Soprattutto la Francia appare il luogo paradigmatico della dequotazione della legge, stretta com'è dalla

morsa costituita dalle *ordonnances* governative e dalla riserva di regolamento, con l'aggiunta di due formidabili strumenti quali il *vote bloqué* e il meccanismo dell'art. 49, terzo comma: e naturalmente, ma questo riguarda tutti gli stati dell'Ue, sul tutto si innesta la normativa dell'Unione che restringe vieppiù il tasso di creatività della legislazione interna.

Correttamente Nicolini allarga lo sguardo oltre l'Unione europea e ricorda, per un verso, la situazione russa, nella quale la previsione degli *ukaze* dà luogo a una vera e propria normativa parallela; per un altro, la situazione nordamericana, dove gli *executive orders* (divenuti atti con effetti legislativi) da una parte, e il potere di veto presidenziale (in particolare nella forma del *pocket veto*) dall'altra, illustrano bene quanto siano incisivi i poteri normativi dell'esecutivo, indipendentemente dalla forma di governo e, direi, dalla forma di Stato.

Naturalmente tutti i relatori – Nicolini compreso – dedicano attenzione alla pandemia, in quanto stato d'emergenza che ha influito moltissimo sul sistema delle fonti, nel senso di quasi annichilimento del ruolo della legge e del parlamento. A questo punto bisogna chiedersi – come giustamente osserva Nicola Lupo citato da Sciannella – “se l'effetto dell'emergenza pandemica sarà quello di aver accelerato e portato alle sue ultime conseguenze questo processo, spingendo cioè verso un equilibrio che vede il Governo stabilmente collocato come principale produttore di norme, anche di rango primario”.

Ma forse il fatto più rilevante in tema di rimescolamento della gerarchia delle fonti è quello che attiene al rapporto tra fonti costituzionali nazionali e fonti dell'Unione. Nicolini mette in rilievo un elemento ben conosciuto, che cioè le limitazioni alla sovranità nazionale da parte delle fonti Ue hanno indotto mutamenti importanti negli ordinamenti costituzionali nazionali, il più delle volte senza ricorrere a formale revisione della costituzione. Dietro all'elegante formula di Nicolini (“il formante costituzionale è sottoposto a notevoli stress”) c'è in realtà, a mio parere, un fenomeno di grande rilievo: in Italia, ad esempio, la modifica di fatto della “costituzione economica”, pur rimanendo intatti gli articoli costituzionali che la disciplinano; in altre parole, facendo leva sull'art. 10 Cost., si è aggirato l'art. 138. Del resto, già parecchi anni fa – prima che s'introducesse per sovramerco un articolo di rottura degli equilibri costituzionali come quello che ha modificato l'art. 81 – giuristi come Cassese ed Irti parlavano di “nuova costituzione economica” con una impassibilità inquietante, appiattita sulla realtà eversiva che si è venuta materializzando.

Passando alla relazione di Rosa, essa arricchisce il quadro finora delineato da un punto di vista essenziale per la comprensione del diritto costituzionale: ci invita, infatti, a soffermarci su un'altra dimensione del diritto, quello non scritto, cioè sulle cd. convenzioni della costituzione, sulle quali impianta una comparazione fra il Regno Unito – la patria delle *conventions of constitution* – e l'Italia, dove certo le convenzioni non hanno la

stessa importanza di quelle inglesi.

Rosa richiama la classica posizione di Dicey secondo il quale oltre le leggi scritte esistono “convenzioni, intese, usanze e pratiche le quali, per quanto possano disciplinare le condotte dei titolari del potere politico non sono leggi perché non giustiziabili dalle corti”, ma ricorda anche che tale non giustiziabilità ha incontrato dure critiche in Inghilterra da parte di quanti, considerando l'importanza che le convenzioni hanno nella *living constitution*, non ammettono l'esistenza di un'ampia zona franca dal *judicial review*: resta il fatto che la Corte suprema canadese in una nota sentenza del 1981 ha sostenuto la differenza fra regole giuridiche e regole convenzionali proprio in forza della non giustiziabilità delle seconde. Del resto le convenzioni, secondo una corrente dottrinale, non avrebbero altra forza che quella dell'adesione dei soggetti politici, in mancanza della quale entrano in un cono d'ombra: in termini a noi familiari si potrebbe dire che perché si stabilizzi una convenzione occorre l'*opinio iuris ac necessitatis*. Rosa conclude la discussione schiudendo la porta alla giustiziabilità, ma sottolinea però che si tratta di casi eccezionali.

Passando all'osservazione del nostro sistema, Rosa delinea con precisione le posizioni di maggior rilievo in argomento: quelle di G. U. Rescigno, di Zagrebelsky e di Bartole. Rinviando alla relazione per l'analisi, mi limito a dire che, a mio giudizio, l'opinione di Bartole appare la più interessante, come mi sembra giudiziosa anche la posizione della relatrice, in quanto consente di cogliere il carattere integrativo e suppletivo che le regole convenzionali hanno rispetto a quelle giuridiche, siano le prime di natura giurisprudenziale che politica. Quando poi arriva alla comparazione fra Italia e Regno Unito, Rosa non può che prendere atto della grande differenza del ruolo che le convenzioni giocano nei due ordinamenti, a tutto vantaggio dell'*habitat* inglese: il che non toglie che anche da noi esse debbano essere prese in considerazione al fine di una comprensione non puramente formalistica del sistema. Rosa ricorda in proposito che anche in Italia si sono affermati la categoria del diritto vivente, l'attività pretoria dei presidenti d'assemblea, le regole non scritte che disciplinano l'attività del governo e del Presidente della Repubblica. Conclude facendo riferimento a una brillante riflessione: da una parte c'è un'irresistibile attrazione delle convenzioni costituzionali per la scrittura (una sorta di ossimoro), dall'altra si percepisce un'irresistibile attrazione delle costituzioni per le convenzioni.

Fin dal titolo la riflessione di Elena D'Orlando fa intendere di volersi addentrare in un territorio bisognoso di approfondimenti al di là di quanto già acquisito dalla dottrina.

Per lei la crisi della legge è ben visualizzata dall'immagine proposta da Ruggeri della piramide rovesciata, nel senso che – cito dalla sua relazione – “in taluni casi la normazione viene attratta sempre più verso il basso, con l'effetto complessivo di configurare il sistema medesimo come una «piramide rovesciata», in cui una porzione consistente – per qualità e per quantità –

della produzione normativa, anche se avente a oggetto beni di rilievo costituzionale, risulta da atti non considerati di rango primario o nemmeno contemplati nel sistema delle fonti (quali linee guida, direttive, circolari, ecc.) – quantunque di straordinario rilievo nella pratica giuridica d'ogni giorno – , connotati da una significativa componente tecnica. D'altro canto, le fonti teoricamente competenti perdono la natura e la funzione loro tipica e qualificante, recando prescrizioni fin troppo dettagliate – la cui posizione invece competerebbe ad atti inferiori – e parimenti con ampi richiami a discipline di matrice tecnica estranee al circuito normativo politico. In altri casi, invece, la normazione viene attratta verso orbite eccentriche rispetto ai tradizionali schemi di produzione, sino a giungere a veri e propri fenomeni di concorso di politica e tecnica nella normazione o addirittura di riserva di competenza tecnica, qualificati (e valorizzati) soprattutto dai c.d. *Science and Technology Studies* in termini di co-produzione. Quindi, non più solo fuga dalla legge e dal regolamento, ma dal diritto politico *tout court*, quello che aveva mantenuto la sua supremazia non oltre la metà del '900.

Nell'ambito di queste coordinate culturali, D'Orlando passa in rassegna i principali strumenti di supporto tecnico alla legislazione che si sono venuti affermando nel secondo dopoguerra. Comincia con gli strumenti funzionali a migliorare la qualità della legislazione sia sul piano del *drafting* che su quello della valutazione di fattibilità, che godono di un solido radicamento nel diritto comparato e sono presenti anche in Italia. Passa ad esaminare gli organismi tecnico-scientifici (tipo le audizioni, che però servono a poco) in funzione di ausiliari del legislatore; i cd. *fiscal councils*, sul modello del nostro Ufficio parlamentare di bilancio, i quali controllano le stime economiche che soggiacciono alla decisione finanziaria; e, infine, gli organismi tecnico-scientifici di supporto alla normazione sanitaria (si pensi alla pandemia) che condizionano fino all'annichilimento la discrezionalità politica.

Un discorso a parte trovano nella relazione di D'Orlando le Autorità amministrative indipendenti: esse – come si sa – sottraggono porzioni di regolazione alla politica, trovano la loro origine storica nelle *independent regulatory commissions* statunitensi, e poi proliferano largamente nel nostro paese e nel diritto comparato. Il fatto che siano dotate di potestà normativa secondaria costituisce un punto di emersione importante del fenomeno abitualmente denotato come “crisi della legge” e ovviamente si deve misurare con il problema della sua legittimazione democratica. D'Orlando, dopo aver approfondito la tematica, la risolve in un senso che a me pare convincente: trovandoci di fronte a una democrazia diversa da quella che si concretizza nelle elezioni, il deficit sul versante della rappresentatività dell'organo è colmato dalla sua *accountability* nei confronti della comunità dei cittadini, una volta che siano assicurate ad esso le garanzie di imparzialità, terzietà, trasparenza; a rafforzare, del resto, tale *accountability* si erge la giustiziabilità degli atti normativi delle autorità indipendenti, giustiziabilità che ancora

quegli atti al rispetto del *rule of law*.

Nella seconda parte della sua relazione introduce la suggestione del costituzionalismo oltre lo Stato, di recente proposta da Luigi Ferrajoli, nell'ambito della quale passa in rassegna le norme tecniche (per loro natura aventi efficacia transnazionale e ovviamente adottate al di fuori di procedimenti riconducibili alla democrazia rappresentativa); il biodiritto, caratterizzato da vere e proprie "riserve di scienza", precluse all'intervento del legislatore, che non per questo viene espropriato della propria discrezionalità politica, trattandosi di materie sensibili su cui la politica non può rimanere muta; per chiudere con pagine sull'intelligenza artificiale, ostiche per me, ma certamente molto utili per gli addetti ai lavori.

Concludo dicendo che l'intera sessione dimostra che non sempre la forza di una fonte è lo specchio della legittimazione politica, tradizionalmente intesa, dell'organo che la emana.

Alfonso Di Giovine
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Torino
alfonso.digiovine@unito.it