

CAPITOLO I

IL CODICE DI CORPORATE GOVERNANCE COME PROBLEMA NORMATIVO

Sommario: 1. Da una pagina di J. Habermas. *Power of Narrative, sistema e teoria delle fonti del diritto*. L'“interregno secolare” del sistema e della teoria delle fonti del diritto: la (preoccupante) assuefazione allo sgretolamento del *sistema* delle fonti del diritto e al disfacimento della *teoria* delle fonti del diritto. La diffusa confusione tra il piano della *produzione di atti normativi* e quello della *produzione delle norme* (della commistione tra *legislazione e interpretazione*). In difesa della permanente necessità e del carattere risolutivo (per il problema delle fonti del diritto) di una *teoria prescrittiva delle fonti del diritto*. – 2. (Segue): *concetto e oggetto di fonte del diritto* (parafrasando D. Grimm su *concetto e oggetto di sovranità*). – 3. Il Codice di *Corporate Governance* come *problema normativo*. La “fonte” del Codice di *Corporate Governance: Kollektivierung der Rechtsdurchsetzung e Regulation as Delegation*. – 4. (Segue): sul Codice di *Corporate Governance* come *fonte del diritto*. Codice di *Corporate Governance* come *atto di normatività sociale* contenente *nuove norme corporative* ed emersione di un *interesse collettivo* (tra *legittimità e legittimazione*, tra “*essere*” e “*dover essere*”). Il Codice di *Corporate Governance* quale “fonte” di un *ordinamento speciale o particolare?* – 5. Incidentalmente: sul Codice di *Corporate Governance* come *messaggio*, sul *significato* del termine *Codice* nell'espressione “*Codice di Corporate Governance*” e sul *significato* della complessiva espressione. Ancora sul Codice di *Corporate Governance* come *problema*.

La teoria delle fonti ... non è un elegante tema riservato agli studi dottrinali. Essa si pone al centro dell'organizzazione costituzionale di uno Stato, proprio là dove la tutela dei diritti costituzionali si incrocia con l'autonomia dei soggetti privati, la rappresentanza politica con la legittimazione a imporre obblighi e divieti, il potere politico con l'autonomia della magistratura. Senza non si può stare ...

R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, 13.

1. Da una pagina di J. Habermas. *Power of Narrative, sistema e teoria delle fonti del diritto*. L'“interregno secolare” del sistema e della teoria delle fonti del diritto: la (preoccupante) assuefazione allo sgretolamento del sistema delle fonti del diritto e al disfacimento della teoria delle fonti del diritto. La diffu-

sa confusione tra il piano della produzione di atti normativi e quello della produzione delle norme (della commistione tra legislazione e interpretazione). In difesa della permanente necessità e del carattere risolutivo (per il problema delle fonti del diritto) di una teoria prescrittiva delle fonti del diritto.

«Ciò su cui oggi si discute – nell'ambito di uno Stato gravato da compiti crescenti e qualitativamente nuovi – è la diminuita forza obbligante delle leggi emanate in parlamento e la crisi della divisione dei poteri. Finché la classica amministrazione liberale poteva limitarsi a mantenere l'ordine pubblico in una società economica capace di autoregolarsi, i suoi interventi si riducevano ai casi in cui tale ordine veniva disturbato (un ordine fissato in costituzione e garantito dallo Stato di diritto). A ciò serviva una legge generale e astratta, che definiva le fattispecie in concetti giuridici certi, collegandole a conseguenze giuridiche univoche ... Non appena, però, il legislatore dello Stato sociale si servì dell'amministrazione per compiti di pianificazione e controllo politico, la legge – nella sua forma classica – non poteva più bastare a programmare la prassi amministrativa. In aggiunta alla classica amministrazione autoritativa d'intervento ... sorsero presto amministrazioni di pianificazione e previdenza, caratterizzate da una prassi completamente diversa. La moderna amministrazione prestatrice di servizi ... opera rivolta al futuro abbracciando grandi spazi; inoltre queste prestazioni modificano i rapporti intercorrenti tra cittadini e gruppi sociali ... Il ventaglio delle forme giuridiche si allarga ad abbracciare leggi-provvedimento, leggi a termine di tipo sperimentale, leggi d'indirizzo poggianti su incerta prognosi. Nel linguaggio del diritto subentrano rinvii in bianco, clausole generali, concetti giuridicamente vaghi e indeterminati. Tutto ciò ha finito per scatenare quel dibattito sulla "incertezza del diritto" [Unbestimmtheit des Rechts] che preoccupa oggi sia la giurisprudenza americana, sia quella tedesca»⁸.

⁸J. HABERMAS, *Fakzität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a.M., 1994, 519 ss., con catalogazione del diritto moderno come «formato da un sistema di norme coercitive, positive e – in linea di principio – liberal-garantiste. Le due caratteristiche formali coercizione e positività sono sempre collegate a una pretesa di legittimità» (HABERMAS, 66). Illuminanti, ancora nei correnti tempi, le dense e nitide pagine di D. GRIMM, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1987; ID., *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats*, in ID., *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a.M., 1991, 159 ss. [nonché in ID. (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden, 1990, 291 ss.], cui, appunto, pure J. Habermas conferisce spiccata attenzione; e v. altresì dopo. Più prossimo a noi, e nella nostra esperienza, v., da subito, R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, 32 («... lo Stato tende a ritirarsi dall'intervento diretto e affida i compiti di regolazione a soggetti ... che la legge è attenta a collocare fuori dal circuito della rappresentanza e della responsabilità politica, rompendo il rapporto, tradizionalmente considerato imprescindibile, tra rappresentanza politica, garanzie procedurali e collocazione degli atti nella gerarchia delle fonti. Il

J. Habermas appunta la sua attenzione, tra l'altro, sulla «*carente prescrittività del diritto regolativo*» e rammenta le conseguenze⁹ che altri, allarmati, traggono¹⁰: «*[d]ove non c'è intervento autoritativo non c'è neppure riserva di legge. Dove non c'è riserva di legge non c'è neppure vincolo di legge. E dove l'amministrazione non è vincolata dalla legge, i tribunali non possono esercitare il controllo di legittimità. Questo deficit investe persino lo stesso settore dell'intervento autoritativo. In esso, la riserva di legge non può più tutelare i diritti fondamentali ... giacché l'amministrazione modifica direttamente relazioni e strutture sociali già preventivamente stabilite dal legislatore, incidendo su estesi gruppi sociali che hanno posizioni antagonistiche rispetto a quei diritti*».

La diagnosi di raffinati e profondi giuristi¹¹, come D. Grimm¹², cui J. Habermas tributa degna (seppure parzialmente critica) attenzione, si propone di stigmatizzare che «*l'espandersi dei compiti regolativi non determina soltanto un "farsi indipendente" del potere amministrativo nei confronti di un legislatore sempre più emarginato. Esso spinge anche lo Stato a entrare in trattativa¹³ con quei sottosistemi funzionali [mit gesellschaftlichen Funktionssystemen], grandi organizzazioni [großen Organisationen], gruppi di interesse [Verbänden], ecc., che sono in grado di sottrarsi al controllo imperativo di sanzioni, tassazioni o incentivi finanziari, e possono essere influenzati soltanto attraverso i mezzi persuasivi della comunicazione e della supervisione ... La sovranità statale¹⁴ viene minata nella misura in cui le corporazioni socialmente influenti – senza avere le legittimità e la responsabilità tipiche degli organi del-*

*potere normativo ... sembra trarre legittimazione "dal basso", cioè dalla loro efficienza nel rispondere alle esigenze che emergono dal settore da regolare: è perciò coerente ritenere che le discipline emanate "ricavano la regola dall'oggetto da regolare". Se questa è la premessa, conseguente è l'affermazione che la legittimazione ... non deriva dalle condizioni di validità degli atti proprie dell'impostazione kelseniana, ma dalla accountability by results, dai buoni risultati ottenuti. "Il successo, dunque, prenderà il posto della legittimità", profetizzava M. Foucault»; cfr. pure oltre). E, assai di recente, sempre D. GRIMM, *Verfassungsgeschichte und Geschichtswissenschaft. Grundgesetz und Verfassungsrechtsprechung in der Geschichtsschreibung der Bundesrepublik*, in I. AUSBERG-M.W. MÜLLER (Hrsg.), *Theorie der Verfassungsgeschichte. Geschichtswissenschaft – Philosophie – Rechtsdogmatik*, Tübingen, 2023, 27 ss.*

⁹J. HABERMAS, *Fakzität* (8), 521 s.

¹⁰Invero, nella citazione di J. Habermas, il riferimento all'opera collettanea di D. Grimm, non risulta conferente: giacché alla pagina 26, corrispondente a un saggio di H. SHULZE-FIELITZ, *Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung. Zur normativen Kraft der Verfassung für das Wachstum und die Begrenzung der Staatsaufgaben*, non si rintraccia la citazione cui rinvia J. Habermas (per inciso: il passo riprodotto non è reperibile in nessun altro saggio della collettanea).

¹¹Una delle cui doti scientifiche più riconosciute e celebrate risulta la trasversalità dell'approccio culturale praticato, in una circolarità tra diritto, filosofia, politologia, sociologia.

¹²Essenzialmente: D. GRIMM, *Recht* (8), *passim*; ID., *Die Zukunft* (8), *passim*.

¹³V. anche Capitolo III.

¹⁴Cfr. l'illuminante saggio di D. GRIMM, *Sovranità* (3), *passim*, su cui tornerò, seppur con la dovuta sintesi, soprattutto nel paragrafo 2 del corrente Capitolo.

lo Stato – sono coinvolte in una cogestione del potere pubblico ... [L']attribuire ad attori sociali un potere para-costituzionale di contrattazione fa saltare il quadro costituzionale»¹⁵; e anche una «perdita di sovranità conforme alla costituzione è pur sempre perdita di sovranità»¹⁶.

J. Habermas non concorda appieno con questa diagnosi estrema e quasi ultimativa¹⁷. Ammonisce, nondimeno, dal minimizzare e dall'acquietarsi (*rectius*, rassegnarsi) in una ormai immodificabile “situazione di fatto o di realtà”, determinata dall'inarrestabile svolgersi dei sistemi economici-politici e degli ordinamenti giuridici. Egli mette in guardia dall'accattivante e pernicioso tentazione di risolvere le questioni fatte risaltare dalle critiche risuscitando (e tentando di rivitalizzare) una concezione c.d. *liberale* dello Stato di diritto¹⁸. Si premura di avvertire, piuttosto, che «*il crescere della complessità non implica il passaggio dalla prospettiva normativa alla prospettiva cognitiva*»¹⁹; e come «*un'amministrazione indipendente non sia sganciabile senza conseguenze dalle normative dello Stato di diritto*»²⁰. J. Habermas non revoca in dubbio, in particolare, che «*la sintomatica erosione dello Stato di diritto segnali una crisi*», da leggere (interpretare) nel senso che i principi dello Stato di diritto «*non sono stati ancora istituzionalizzati in misura sufficiente*»²¹; che «*l'incontrollato trasferimento di competenze legislative a tribunali e amministrazioni è agevolato dall'attendismo di un legislatore che non sfrutta tutte le sue competenze ...*»²²; e che «*l'architettura dello Stato di diritto [viene] compromessa quando ... lo Stato si riduca ad essere un attore uguale agli altri ... Ciò che, in ultima istanza, può fungere da palladio della libertà ... è ancora e sempre una sfera pubblica diffidente, mobile, vigile e ben informata, che influenzi il sistema parlamentare e insista sulle condizioni genetiche (sulle fonti) del diritto legittimo*»²³.

Non si tarda a cogliere come gli scenari di rivolgimento tratteggiati dal filosofo, sociologo, politologo ed epistemologo tedesco (e, ovviamente, non solo da lui, in solitudine) s'intersechino con gli esistenziali – per ogni espe-

¹⁵ J. HABERMAS, *Fakzität* (8), 523 s.

¹⁶ D. GRIMM, *Sovranità* (3), 95. Ed è tanto più importante rimarcarlo, quanto più si acquisti consapevolezza [D. GRIMM, *Sovranità* (3), 128] che “sovranità” «significa oggi anche difesa della democrazia».

¹⁷ J. HABERMAS, *Fakzität* (8), 524 ss.

¹⁸ J. HABERMAS, *Fakzität* (8), 524; pur ammettendo che «*die sozialintegrative Kraft ders Rechts wäre nur dann strukturell überfordert, wenn sich die Krise des Rechtsstaat als ausweglos darstellte*».

¹⁹ J. HABERMAS, *Fakzität* (8), 525.

²⁰ J. HABERMAS, *Fakzität* (8), 526.

²¹ J. HABERMAS, *Fakzität* (8), 527.

²² J. HABERMAS, *Fakzität* (8), 529.

²³ J. HABERMAS, *Fakzität* (8), 532.

rienza giuridica – dibattiti sulla persistente adeguatezza delle Costituzioni e sulla loro c.d. corrispondenza alla realtà. E non diversamente (e forse, per certi versi, anche maggiormente) che altrove, pure in Italia attira consensi, più o meno ponderati, più o meno palesati, la tesi che vuole la Costituzione datata e inattuale, ormai non corrispondente alla c.d. realtà. Il suadente e scivoloso c.d. “argomento della realtà”, come si è acutamente ammonito, è però innervato da «una serie di suggestioni», tutte smascherabili con le fulminee constatazioni che la Costituzione fa parte della *realtà del fatto*²⁴ e che “... nessun discorso sulle costituzioni, sulla misura della loro prescrittività attuale, sulle loro prospettive storiche, insomma sui loro destini, può reggere se non è condotto da una molteplicità di prospettive e con l’ausilio dell’apporto di molte discipline. È forte, dunque, la sensazione che la tesi dell’inadeguatezza della Costituzione repubblicana rispetto alle sfide del presente e del prossimo futuro ... si appoggi su una serie di semplificazioni teoriche e su una povertà di acquisizioni probatorie che ne segnano negativamente la capacità esplicativa»²⁵. Altrettanto pura “suggestione”, argomento non giuridico (e, quindi, per nulla risolutivo, quando si tratti di riflettere su un tema in ultima analisi appunto precipuamente giuridico), è l’invocazione del c.d. adattamento al fatto: poiché dovrebbe essere parimenti scontato che «l’adattamento al fatto ... non può tradursi in un semplice cedimento ...»²⁶.

A loro volta, le stesse suggestioni che ambiscono a fare del c.d. argomento della realtà, talvolta abbinato ad apodittici “ragionamenti”²⁷ basati sull’*efficienza*²⁸ – di cui, ci rammenta F. Denozza, «il referente non è un valore, tanto

²⁴ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013, 17. Quel “fatto” non può, da sé – e a nessuno verrebbe in mente di profesarlo ovvero rivendicarlo –, dissolvere la Costituzione; cfr., altrove, con prospettive da valorizzare anche in esperienze costituzionali diverse da quella (per diversi aspetti, assai peculiare) statunitense, le raffinate pagine (con accattivante risalente retrospettiva storica) di W. BAUDE, *Constitutional Liquidation*, in 71 *Stanford L. Rev.*, 1 ss. (2019).

²⁵ M. LUCIANI, *Dottrina* (24), 18.

²⁶ M. LUCIANI, *Dottrina* (24), 2; “adattamento al fatto” il quale, nel dibattito sulle vicende della Costituzione, «[dovrebbe invero e piuttosto] essere inteso come uno strumento di salvaguardia del *quid che le costituzioni intendono preservare. E questo qualcosa è – specificamente – l’essenza di valore che è sottesa alle norme desumibili dal testo costituzionale*» [M. LUCIANI, *Dottrina* (24), *loc. ult. cit.*].

²⁷ In realtà, un *ragionamento*, se davvero è tale, non può, per definizione, mostrarsi apodittico.

²⁸ E – a rammentarlo è R. BIN, *Critica* (8), 38 – «come ci ammonisce Foucault, la nostra cultura [è] orientata più ai ragionamenti basati sull’efficienza dell’azione dei pubblici poteri che a quelli della legalità ...»; e i ragionamenti basati sull’efficienza – lo enfatizza sempre R. BIN, *Critica* (8), 60, citando di nuovo M. Foucault – non privilegiano le valutazioni in termini di legittimità: «il diritto, inteso come oggetto di interesse del giurista, non ha la descrizione come suo oggetto specifico ... È al dover essere che bisogna guardare, a quella valutazione in termini di legittimità che Foucault ci ha spiegato essere recessiva in un mondo dominato dalle ragioni dell’efficienza economica». Ma la constatazione che sia «recessiva di fatto», non implica di necessità, anzi è il contrario, che lo debba

meno il valore della libertà, ma è un assunto pratico»²⁹ –, il fondamento e il collante esplicativo e dimostrativo delle ricorrenti attestazioni della (presunta) attuale inadeguatezza della Costituzione, si ritrovano in chi, formalmente ovvero sostanzialmente, milita per una (formale ovvero sostanziale) *svalutazione del sistema e della teoria delle fonti del diritto*. Anche per quest'ultime, all'altare dei *valori pratici* si è disposti a sacrificare la *finalità epistemica* della scienza giuridica³⁰. Anche per il dibattito sulle fonti del diritto è accaduto e sta accadendo qualcosa di molto simile, se non consustanziale, a quanto notato nella recentissima analisi dedicata, sempre da Massimo Luciani, alle componenti che contribuirono al *«vacillare delle nitide strutture dello Stato di diritto»* nel tardo Novecento. Una non esigua, e robustamente accreditata parte della cultura giuridica ha talora ritenuto di fronteggiare il proliferare di *atti e fatti di produzione delle norme* comunque assecondandoli e integrandoli nel *sistema di produzione degli atti normativi*, invece che *«adattando i propri paradigmi, ... abbandonandoli»*, acquietandosi, appunto, *«nella registrazione della realtà, rinunciando al compito – che avrebbe dovuto essere il suo – di costruire ordine dal disordine e di recuperare certezza ancorché in un universo giuridico destabilizzato, discendendo la facile china dell'adeguamento»³¹.*

Quello del sistema delle fonti, così, è sempre di più un *«agitato terreno»³²*, sul quale si consuma un *appannamento*, tra l'altro, della distinzione tra *astratto disporre* e *concreto provvedere*³³. Non è agevole non convenire con Roberto Bin quando osserva che, in effetti, *«la contestazione della “nor-*

essere anche “di diritto”: R. BIN, *Critica* (8), *loc. ult. cit.* Sull'efficienza, v. anche successivi spunti di riflessione (taluni nel Capitolo III).

²⁹F. DENOZZA, *Conclusioni: lo stile giuridico neolibrale e il suo superamento*, in *Esiste* (1), 432.

³⁰Non con riferimento al dibattito sulle fonti del diritto, bensì al minacciato ruolo della scienza giuridica, denuncia il sacrificio A. VIGNUDELLI, *Il fantasma della legalità. Fatti e misfatti della Corte costituzionale tra legge e Costituzione*, in *Lo Stato*, n. 7/2016, 91; e in adesione, M. LUCIANI, *Ogni cosa a suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, 12.

³¹M. LUCIANI, *Ogni cosa* (30), 98. Ma quello *«che la cultura giuridica è chiamata a fare, in definitiva, è trovare il punto di equilibrio tra adeguata considerazione dei mutamenti storici che investono economia, società, politica, e consapevolezza della forza d'inerzia delle sovrastrutture giuridiche»* [M. LUCIANI, *Ogni cosa* (30), 253 s.]. V. pure, sempre di recente, S. STAIANO, *Stato Spazio Tempo*, in *Riv. AIC*, n. 4/2023, 127 ss. (e v. 127: *«si può constatare che lo Stato come forma politica veda erodere, o almeno conformarsi secondo linee radicalmente nuove, i capisaldi della propria ragion d'essere e le risultanti più avanzate dell'esperienza storica in cui esso si è collocato nella sua fase matura ...: il dominio delle fonti sulla produzione del diritto in posizione monopolistica, e la formazione della più larga parte delle fonti di produzione ...»*).

³²B. CARAVITA-M. LUCIANI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: note e materiali*, in *Pol. dir.*, 1986, 263.

³³Così, recuperando un lessico crisafulliano funzionale alla descrizione dell'alluvionale produzione legislativa tesa a *«comporre un'infinita serie di micro-interessi»*, M. LUCIANI, *Ogni cosa* (30), 96 s.

male teoria delle fonti” dichiara di alimentarsi di una visione “realistica” del sistema, della descrizione di come esso si sarebbe sviluppato negli intrecci tra ordinamenti diversi»³⁴. Anche la svalutazione delle fonti del diritto invoca, in prima e in ultima istanza, il suadente, ma traballante, c.d. argomento della realtà. Di esso ci si avvale per boicottare e neutralizzare gli opposti tentativi di una ri-valutazione (o ri-valorizzazione) del sistema e della teoria delle fonti del diritto, per decretare la “inattualità”, teorica e pratica – o peggio, l’astratto dogmatismo (derivante dal tributo a un “sistema delle fonti” che si giudica essenzialmente ispirato «ad un orientamento metodico di stampo [appunto] formale-astratto»³⁵) – di quanti, additati in definitiva quali fautori di un’idea del diritto come di «un sistema narcisisticamente chiuso in se stesso»³⁶, persistono nella condivisibile convinzione – è sempre R. Bin a rimarcarlo – che «distinguere ciò che è fonte del diritto da ciò che non lo è rappresenta la premessa necessaria per comprendere quali siano i contorni dei diritti e delle libertà dei cittadini [e non solo]. La “dommatica delle fonti” – cioè una teoria prescrittiva che consenta di individuare “gli atti e fatti” abilitati dall’ordinamento a incidere sui nostri diritti – si pone come la premessa del lavoro dei giuristi in un sistema costituzionale basato sulla divisione dei poteri e sul principio di legalità»³⁷.

Si ritorna, inesorabilmente, al c.d. argomento della realtà con l’obiettivo di contrastare coloro i quali non rinunciano ad ammonire, altrettanto persuasivamente, che «se si smarrisce la chiarezza concettuale su che cosa sia “fonte del diritto”, diventa quasi inevitabile la sovrapposizione dei due diversi piani, quello della produzione di atti normativi e quello della produzione delle norme da applicare nel caso concreto. La teoria delle fonti si confonde allora con la teoria dell’interpretazione»³⁸. È sempre il c.d. argomento della realtà a prestarsi a boicottare e confutare, non di rado con fastidio e irritazione, ma con ricorrenti argomentazioni che però si rivelano claudicanti, quanti continuano a non cedere alla c.d. realtà, la quale decreterebbe «non ... esistente oggi un sistema delle fonti configurabile (come dovrebbe per essere veramente “sistema”) a priori

³⁴ R. BIN, *Critica* (8), 211.

³⁵ A. RUGGERI, *Teoria delle fonti versus teoria dei diritti fondamentali? (Oscillazioni e aporie di una ricostruzione ordinamentale internamente sfilacciata)*, in *Consultaonline*, 2022, 1259.

³⁶ Così, parafrasando J. HABERMAS, *Fakzität* (8), 678 («[d]as Recht ist kein narzißtisch in sich abgeschlossenes System ...»).

³⁷ R. BIN, *Le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio di legalità*, in *Quaderno 26 della Scuola Superiore della Magistratura*, Roma, 2023, 73.

³⁸ R. BIN, *Le fonti* (37), *loc. cit.*; ma già ID., *Critica* (8), *passim* (in particolare, 9 ss., 34 ss.); v. *infra*. Si può seriamente dubitare che il principio di legalità meriti un ripensamento in radice, come invece mi pare propugni, ad esempio, N. LIPARI, *Il diritto civile tra passato e futuro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 341 ss.

e in generale», attestando come «concepibili (e costruibili) piuttosto, al più, tanti diversi sistemi (o microsistemi), in relazione alle singole materie (gruppi o insiemi di fattispecie) che vengono in osservazione o in ordine alle quali l'ordinamento normativo offre, a volta a volta, un diverso panorama quantitativo e qualitativo di norme primarie»³⁹. Un conto, però, è rilevare che il «riassetto del sistema delle fonti costituisca una necessità oggettiva del nostro ordinamento»⁴⁰ e che esistano “microsistemi disciplinari”; altro, come spesso si può osservare trasversalmente nella nostra dottrina giuridica, è propugnare tesi che quel sistema finiscono, nella sostanza, per minare e compromettere in suoi presupposti e in sue coordinate, da continuare a pensare e rivendicare come irrinunciabili⁴¹. Tesi che quei “microsistemi” fanno assurgere a “micro-ordinamenti” ovvero a ordinamenti “concorrenti” con l'ordinamento generale, con ulteriore confusione tra *ordinamento* e *sistema*⁴².

E allora, il giurista italiano può certo *comprendere*⁴³, ad esempio⁴⁴, che un «tempo, se si voleva fare un corso di lezioni in serenità, si sceglieva il sistema delle fonti ... Oggi non è più così, perché si ha la percezione di trasmettere cose

³⁹ F. MODUGNO, voce *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento I, Milano, 1997, 586 ss.

⁴⁰ B. CARAVITA-M. LUCIANI, *La ridefinizione* (32), 264.

⁴¹ B. CARAVITA-M. LUCIANI, *La ridefinizione* (32), *loc. cit.*: «non sempre ... questa necessità profonda ... viene affrontata correttamente: non sempre la rilevazione del problema assicura la sua soluzione».

⁴² Per la necessaria distinzione, di recente, con sferzanti critiche a diffusi atteggiamenti di riduzionismo concettuale, U. SCARPELLI, *Modelli di giudice*, in *Lo Stato*, 20 (2023), (in particolare) 205 ss.

⁴³ Così esprimendomi, intendo “comprensione” nel significato di “rendersi ragione”. Non, perciò, nel significato di una delle fasi dell'unitario processo ermeneutico. Non, quindi, come l'intende H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 2. Auf., Tübingen, 1965, XXV, 291 e 293 s.: l'applicazione costituisce, come comprensione e interpretazione (spiegazione), un aspetto costitutivo dell'atto interpretativo inteso come unità («[a]nwendung ein ebenso integrierender Bestandteil des hermeneutischen Vorgangs ist wie Verstehen und Auslegen»); «la conoscenza di un testo legale e la sua applicazione al caso giuridico concreto sono due atti separati, ma un processo unico» (invero, in parte delle contemporanee teorie generali del diritto/dell'interpretazione e filosofia del diritto tedesche, *Rechtsauslegung* e *Rechtsanwendung* sono talmente compenetrati da non comprendersi se avvinte da/in un'unità solo funzionale ovvero anche strutturale: cfr., ad esempio, J. BRAUN, *Aspekte der Rechtsanwendung*, in *ARSP*, 2019, 44 ss.; v. pure R. ZIMMERMANN, *Juristische Methodenlehre in Deutschland*, in *RabelsZ*, 2019, 256 ss.). A scanso di equivoci: questo non implica affatto che per H.G. Gadamer «comprendere e applicare coincidono in un unico atto [...]: non si tratta di unità (strutturale) di atto, ma di unità funzionale»: così, lucidamente, L. MENGONI, *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, in *Id.*, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 16, nt. 58.

⁴⁴ Giusto per passare in rassegna, nel nostro dibattito sul c.d. *sistema delle fonti*, alcune affermazioni assai reiterate e da molti assunte come non intaccabili.

*false»*⁴⁵. Può *comprendere* che l'espressione "fonte del diritto", quale espressione del c.d. linguaggio tecnico, sia sempre più, nell'uso che se ne fa", un'espressione *ambigua*, oggetto di dissidio, poiché a essa sono associati, in virtù di convenzioni linguistico-giuridiche, più significati plausibili⁴⁶. Può *comprendere*, il giurista, che assai alta si palesa la frequenza «*con cui la ... attività [di lui giurista] inciampa nel dubbio su come qualificare un determinato atto»*⁴⁷. Ancora, egli può *comprendere* che il tema della "crisi"⁴⁸ delle fonti del diritto" rappresenti tema secolare⁴⁹ e che, si potrebbe forse più specifica-

⁴⁵ C. MEZZANOTTE, *Quale sistema delle fonti? Le fonti tra legittimazione e legalità*, in *Queste istituzioni*, 1991, 56 (citato anche da) R. BIN, *Critica* (8), 7.

⁴⁶ V. oltre, in nota.

⁴⁷ R. BIN, *Critica* (8), 35.

⁴⁸ Mi preste a impiegare il termine "crisi" con consapevolezza degli insidiosi significati che esso possiede; e, in particolare, con avvedutezza che, per taluno, si tratterebbe di termine che «*nel lessico contemporaneo, è diventato così onnipresente e generico da risultare oggi scarsamente indicativo e, per certi aspetti, fuorviante. Almeno nella accezione più ordinaria, infatti, una "crisi" è uno squilibrio momentaneo, che non può durare a lungo e che deve sfociare, per forza di cose, nel ripristino dell'ordine*»: M. DE CAROLIS, *Convenzioni* (4), 31. Tuttavia, le significazioni lessicali e le risultanze dell'uso del termine (che, come noto, G. CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, in AA.VV., *La crisi del diritto*, Padova, 1953, 13, definiva concetto «*più di valore emozionale che logico*») mi sembra autorizzino a identificare la «*accezione più ordinaria*» in uno «*uno squilibrio momentaneo, che non può durare a lungo e che deve sfociare, per forza di cose, nel ripristino dell'ordine*» solo ove si ammetta, però, che (i) l'accezione "più ordinaria" del linguaggio comune non precluda le accezioni che il termine acquisisce e possiede in *specifici* ambiti di riferimento; (ii) lo "squilibrio momentaneo" non alluda a una necessaria repentinità di "soluzione" della crisi e a una breve transitorietà; e (iii) il "ripristino dell'ordine" non *significhi* necessariamente dell'ordine *pregresso, tale e quale era antecedente alla crisi*. Mi paiono forse maggiormente persuasive le osservazioni dedicate da M. De Carolis all'espressione "interregno secolare" (e v. dopo, anche Capitolo III), la quale giudico impiegabile non necessariamente in significato alternativo a (*id est*, non conciliabile con) quello di "crisi", sebbene quella possa agire da specificazione, in via di maggiore precisazione, di questa. Pur con queste cautele d'impiego, e pur rammentando il rilievo di G. Capograssi, non mi spingerei a bollare essere il termine "crisi" (semanticamente e/o ontologicamente) una di quelle formule che spesso non esprimono «*un giudizio di valore*», bensì denotano «*una sorta di inerzia e di deplorabile rassegnazione*»: così, invece, A. MIGNOLI, *Società e giurisprudenza*, in *Riv. soc.*, 1964, 520 (sembra che taluni «*non si siano resi conto, di fronte alla faticosa elaborazione di un diritto che risponda ai problemi posti dal nostro tempo, come sia vano parlare ancora di "crisi" o di "declino" del diritto privato, o addirittura di una sua "degenerazione", quando, con simili formule, senza spesso esprimere un giudizio di valore, si denota una sorta di inerzia e di deplorabile rassegnazione ...*»).

⁴⁹ Per tutti, R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, quarta edizione, Torino, 2023, 253; R. BIN, *Critica* (8), 19; S. PARISI, *La gerarchia delle fonti. Ascesa declino mutazioni*, Napoli, 2012; M. RUOTOLO, *Crisi della legalità e forme di governo*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 140 ss. "Crisi", di recente, certo complicatasi, e non solo nella nostra esperienza nazionale, in concomitanza con la c.d. produzione normativa pandemica: cfr., tra altri, A. CARDONE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nella crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, n. 2/2022, 509 ss.; A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto e fenomeni di delegificazione contemporanea*, in *Rivista AIC*, n. 2/2021, 143 ss.; R. CALVANO, *Appunti sulle fonti del diritto del periodo 2020-*

mente osservare, la “teoria delle fonti del diritto” e il “sistema delle fonti del diritto” siano temi sospesi in un *interregno secolare*⁵⁰.

Sempre il nostro giurista non avrà difficoltà a *comprendere*, ancora, come la trasformazione della funzione dello Stato abbia imposto un cambiamento degli strumenti di normazione, generando uno stravolgimento del sistema delle fonti⁵¹. *Comprenderà* di certo che la c.d. *molteplicità* (ovvero la *moltiplicazione*) delle fonti del diritto abbia messo in discussione “vecchi criteri” della funzione ordinante del diritto, forse davvero inaugurando un’era di “*post-diritto*” (tra c.d. *destrutturazione* e *pluralismo*)⁵². E *com-*

2023, *tra crisi, emergenze e squilibri della forma di governo*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2023, 58 ss.; M. SPECCHIA-A. LUCARELLI-F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, 400 ss.; G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, *ivi*, 384 ss.; P. CARNEVALE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza. Relazione finale*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2022, 15 ss.; D. CASANOVA-A. DE NICOLA-M.C. GIRARDI-P. VILLASCHI (a cura di), *Le fonti della crisi: prospettive di diritto comparato*, *Atti del seminario di diritto comparato del 25 marzo 2022 in memoria di Paolo Carrozza*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, n. 3/2022, 23 gennaio 2023. Per una rapidissima digressione terminologica, questa volta coinvolgente l’aggettivo “secolare”, v. la nt. successiva.

⁵⁰ Accolgo, con favore, le coordinate d’impiego di questa espressione quali suggerite da M. DE CAROLIS, *Convenzioni* (4), 31 s.: «... la sola ipotesi di un interregno secolare modifica alla radice la prospettiva con cui di solito guardiamo alla nostra epoca e alle tante crisi di cui sembra costellata. Prendendo sul serio l’ipotesi, infatti, molti di quelli che in genere cataloghiamo come squilibri, disfunzioni e ... “fenomeni morbosi” andranno letti come sintomi di un processo radicato e costante di trasformazione sociale. Proprio, quindi, in ciò che viene etichettato per lo più come incidente di percorso, crisi eccezionale o eccezione alla norma dovremmo sforzare di rintracciare la dinamica profonda della nostra epoca, che nel suo insieme è molto più che una parentesi destinata a chiudersi da un giorno all’altro ... Trasportata al mondo contemporaneo, la nostra ipotesi comporta un mutamento di prospettiva ... e l’aggettivo “secolare”, preso alla lettera, va letto precisamente in questo senso. Propriamente, infatti, saeculum non designa una durata di cento anni esatti ma quella di un ciclo vitale ... “Secolare” è l’orizzonte temporale di una vita effettiva ... che fa da sfondo a ogni concreta scelta pratica ... Assegnando una valenza secolare all’interregno, ci spingiamo a supporre che la soluzione “normale” abbia cessato di essere tale e che l’evoluzione storica, in una qualche misura, abbia generato (e stia tuttora generando) una diversa normalità».

⁵¹ R. BIN, *Critica* (8), 28; ben al di là della *frattura* (a suo tempo) provocata dal passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale di diritto: su cui v., per tutti, M. LUCIANI, *Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell’ordinamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Torino, 2005, 501 ss.; ID., *L’interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. e soc.*, 2009, 13; e cfr. pure, con osservazioni non analoghe ma complementari, nella nostra migliore giuscommercialistica, P. SPADA, *Regole e giurisdizioni in concorrenza: il crepuscolo della sovranità*, Napoli, 2009, 8 s. [vi sono «grandi sfide assiologiche che gravitano sul terreno delle fonti» e si può persistere nel domandarsi «se sia giusto o utile (efficiente, si direbbe oggi) superare il monopolio dello Stato e di altre istituzioni sovraordinate ... nella produzione delle regole e nell’esercizio della giurisdizione»].

⁵² G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, 2022, in particolare, 13-119. V. pure, tra altri, O. ROSSELLI, *Un problema di natura costituzionalistica: la ricerca di cos’è diritto oltre le sole disposizioni. Il contributo di scienze ed arti*, in *Rivista AIC*, n. 2/2022, 129 ss.

prenderà che tali cc.dd. *molteplicità* e *moltiplicazione* hanno revocato in dubbio «*la solidità indiscussa e la pretertorietà della triade Stato-sovranià-territorio*»⁵³ e che tutto ciò e altro confluiscano nella e defluiscano dalla «*crisi del paradigma costituzionale*», con il connesso ribaltamento dei «*rapporti tra società e rappresentanza politica, quelli tra parlamenti e governi e quelli tra politica ed economia*»⁵⁴.

Sempre il nostro giurista *comprenderà*, altresì, che, soprattutto da qualche tempo a questa parte, la *crisi del sistema delle fonti del diritto* si atteggia, appunto, quale conseguenza della *crisi del sistema dei poteri legittimi*⁵⁵ (e fors'anche riflesso e/o componente della crisi non tanto del *concetto*, bensì dell'*oggetto di sovranità*)⁵⁶, anche perché resta ancora valida la duplice osservazione⁵⁷ che vuole *l'ordine delle fonti* sempre riflettere *l'ordine delle legittimazioni politiche* e «*la forza giuridica di una fonte ... sempre un riflesso della intensità dei suoi processi di legittimazione politica*». Egli non farà alcuno sforzo a *comprendere* che, nella *teoria delle fonti del diritto*, non manchino zone oscure alquanto estese⁵⁸ e che lo “sfarinamento” della sovranità statale, intesa come monopolio della coercizione su un determinato territorio, proceda accoppiata con la perdita di riconoscibilità di “ciò che diritto è” e “ciò che non è e non può essere/diventare diritto”⁵⁹.

⁵³ G. ZACCARIA, *Postdiritto* (52), 14.

⁵⁴ L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena, 2017, 18 s., il quale rimarca (quello che oggi appare evidente e da più parti, in Italia e altrove, stigmatizzato) che «[n]on sono più le istituzioni di governo politicamente rappresentative che disciplinano l'economia e la finanza, ma sono sempre più i poteri globali economici e finanziari che impongono ai governi, in difesa dei loro interessi e in assenza di una sfera pubblica alla loro altezza, regole e politiche antisociali legittimate dalle leggi del mercato pur se incompatibili con i limiti e i vincoli costituzionali». Gli esiti esponenzialmente più preoccupanti di tale metamorfosi soggettiva dell'esercizio del potere dispositivo: «*la gerarchia democratica dei poteri*» è capovolta, nonché il «*cedimento delle funzioni di governo dalla politica al mercato ...*» (L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo*, 19 s.). Sempre L. Ferrajoli – 54 – avverte che, *preso atto* della necessità di *restauratione della gerarchia democratica dei poteri*, questi ultimi devono essere «*separati, a garanzia* [tra l'altro] ... *del ruolo di controllo dei poteri di governo sui poteri economici e finanziari*». Delle tre separazioni propugate, L. Ferrajoli indica questa essere, tuttavia, «*forse la più difficile*» (63).

⁵⁵ R. BIN, *Critica* (8), 61. Nella nostra civilistica, v., in particolare, S. MAZZAMUTO, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e diritto civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018 (soprattutto) 112 ss. (rimandando a Santi Romano; su cui v. i cenni oltre).

⁵⁶ V. dopo, paragrafo 2.

⁵⁷ C. MEZZANOTTE, *Quale sistema* (45), 50 ss.; ID., *Referendum e legislazione*. Relazione al Convegno dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, 1993, *paper*; A. MANGIA, *Emergenza* (49), 144; ID., *Moti della Costituzione o mutamento costituzionale?*, in *Diritto costituzionale*, n. 1/2020, 81 (d'altronde, la «*perdita di capacità normativa della Costituzione è anche perdita del carattere politico del testo costituzionale, e della sua capacità di esprimere una politicità originaria ... secondo gli schemi del costituzionalismo classico*»: A. MANGIA, *Moti*, 29).

⁵⁸ R. BIN, *Le fonti* (37), 79.

⁵⁹ R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Le fonti* (49), 35.

Giurista il quale *comprenderà* pure che il sintagma “fonte del diritto” contiene una *metafora*⁶⁰ e che il principio di tipicità e tassatività delle fonti, tra-

⁶⁰ V. CRISAFULLI, voce *Fonti del diritto (diritto cost.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 925. La qualificazione come *metafora* (H. Kelsen parlava di «*espressione figurata*») del sintagma “fonte del diritto” ha assunto ormai la veste di un *topos* linguistico (cfr., fra altri, N. LIPARI, *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1050; P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, in Paolo Grossi, a cura di G. Alpa, Roma-Bari, 2011, 23), della cui pertinenza d’impiego, però, non sempre ci si avvede presupponga avere dimostrato che il concetto di *fonte del diritto* abbia ormai dissolto ogni valore esplicativo (v. dopo, paragrafo 2). Citando N. Bobbio e L. Paladin, B. PASTORE, *Diritto complesso. Il contributo di Paolo Grossi alla teoria delle fonti*, in *Quaderni fior.* 52 (2023), *Il diritto come forma dell’esperienza. Per Paolo Grossi*, Tomo I, 176, osserva che la «*metafora della fonte allude all’immagine della sorgente da cui si assume scaturiscano le norme giuridiche in quanto componenti esclusive (o comunque essenziali) del diritto*». La reiterazione della qualificazione, ove praticata nel significato linguistico proprio del vocabolo, dovrebbe risultare supportata dalla consapevolezza che la metafora – di cui qui ovviamente non considero le polivalenti implicazioni ermeneutiche: e cfr., anche per ancora oggi imprescindibili riferimenti alla c.d. teoria moderna della metafora di lingua inglese, P. RICOEUR, *La metafora e il problema centrale dell’ermeneutica*, (ora in ID., *Ermeneutica*, Edizione italiana a cura di V. Busacchi, Milano, 2023, 81 ss. – è un *tropo*, tale per cui il termine ovvero la locuzione esprime un concetto diverso da quello che usualmente significa. Ancora diverso, anzitutto sul piano linguistico, è predicare che “fonte del diritto” sia espressione *polisensa* (geneticamente ovvero in ragione di successivi sviluppi di significato oppure di convenzioni linguistiche alternative: e sempre H. Kelsen ammoniva che la molteplicità dei significati del sintagma “fonte del diritto” avrebbe dovuto precluderne l’uso) o ancora divenuta o sempre stata *ambigua*. V., ad esempio, N. LIPARI, *Giurisprudenza*, loc. cit. [«*al di là del significato spesso ambiguo che la metafora “fonti del diritto” ha finito per assumere, certo è che, ove anche si superi il connotato ... che pone l’accento sul principio costitutivo e sulla genesi ideale del diritto, l’uso corrente dell’espressione tende necessariamente a mettere insieme i vari fattori storici, economici, sociali e politici che di volta in volta determinano il sorgere di particolari norme o di determinati istituti giudiziari. Si verifica, specie nel linguaggio corrente, una continua tras migrazione tra la fonte intesa come esito di quella vicenda storica e sociale che ha condotto al risultato di una determinata formalizzazione normativa e la fonte assunta invece come presupposto della vicenda dinamica in cui si estrinseca l’esperienza giuridica e quindi come riflesso di quei processi spirituali, sociali ed economici che conducono a rendere operanti i valori giuridici nella vita concreta dei singoli, delle esperienze giudiziali, della comunità nel suo complesso. La teoria delle fonti si è da sempre collocata lungo la linea di uno spartiacque che guarda da una versante alla scienza delle norme, dall’altra alla scienza dei processi produttivi del diritto. Il problema delle fonti del diritto segna dunque il confine tra i due fondamentali aspetti dell’esperienza giuridica e si identifica con il processo di giurisdificazione ...*”]; e sulla notevole rilevanza del confronto teorico sulla c.d. giurisdificazione v., per tutti, G. TEUBNER, *Das Regulatorische* (6), 109 ss.; N. LUHMANN, *L’auto produzione del diritto e i suoi limiti*, in *Pol. dir.*, 1987, 41 ss.; J. HABERMAS, *Diritto come “medium” e come istituzione*, ivi, 61 ss.; A. FEBBRAJO, *Tre interpretazioni della giurisdificazione*, ivi, 25 ss.; M. TARUFFO, *Note sui modi della giurisdificazione*, ivi, 581 ss.]. La non fissità di significazione, ma pure concettuale, del sintagma (o, forse meglio, la sua appartenenza a un linguaggio inevitabilmente convenzionale) sembra interiorizzata anche da chi rileva che “fonti” «*sono modi convenzionali di individuazione di quegli argomenti, di quelle entità, che possono essere legittimamente invocate per fondare una qualsiasi esperienza giuridica*»: M. LIBERTINI, *Le fonti private del diritto commerciale. Appunti per una discussione*, in ID., *Passato e presente del diritto commerciale*, Torino, 2023, 133 (aderendo a N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 21). Se «*il significato di una parola è il suo uso nel linguaggio*» (L. WITTGENSTEIN, *Ricerche filosofiche*, Torino, 1999, nonché la filosofia del linguaggio – le cc.dd. teorie dell’uso quali teorie non-vero condizionali – che si ispira al c.d. secondo L. Wittgenstein; e su tale accezione del *significato*, v. anche dopo),

dizionalmente additato quale garanzia di uno Stato di diritto, sembri «*seriamente scosso*»⁶¹. Più realisticamente, il giurista *comprende* che il quadripartito sistema kelseniano delle fonti (artt. 1-9 disp. prel.c.c.) sia stato «*travolto o sconvolto*»⁶² e che il problema delle fonti, *semplicemente*, vada ripensato⁶³. Non opporrà resistenza a *comprendere* che i criteri e le teorie che concorrono

l'espressione "fonte del diritto" non ne possiede uno solo, ma diversi. Essa è *divenuta ambigua* perché è *divenuta polisensa*. Ciò [anche se, ovviamente, non di per sé, in quanto espressione polisensa: e cfr., in generale, ora, D.J. HEMEL, *Polisemy and the Law*, in 79 *Vanderbilt L. Rev.*, in particolare, 1110 ss. (2023); su cui, v. anche dopo, Capitolo III] potrebbe determinare l'impossibilità di selezionare le *condizioni minimali di verità* dell'espressione "fonte del diritto", vale a dire ciò che deve sussistere perché l'espressione sia *vera*. In realtà, nell'alternativa, che l'uso dell'espressione rivela, tra più significati, l'espressione "fonte del diritto" necessita di recuperarne, nondimeno, uno "fisso" e costante, nonostante (ovvero proprio perché) si tratti di espressione *polieramatica* (per espressioni *polieramatiche* s'intendono «*unità lessicali formate da più parole, che possiedono una forte coesione strutturale e sono portatrici di un significato complessivo autonomo rispetto a quello dei singoli componenti*»: M.A. CORTELLAZZO, *Lingua e linguaggi tecnici*, in *Rivista AIC*, n. 3/2023, 103). Trattandosi di espressione di un linguaggio tecnico (seppure, è ovvio, il singolo termine "fonte" sia «*sia preso in prestito dal linguaggio comune*»: M. LUCIANI, voce *Fonti del diritto*, in *Il Diritto. Enc. giur. del Sole 24 Ore*, 6, Milano, 2007, 470), dovrebbe prevalere il principio della «*massima individuazione, in quanto la precisione denominativa è un'esigenza basilare della comunicazione specialistica*» (M.A. CORTELLAZZO, *Lingua*, 101).

⁶¹G. SILVESTRI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in *Pol. dir.*, 1987, 149, per il quale, nondimeno, sebbene «*il vecchio numerus clausus [sia] saltato ... ciò non significa però che non si possa ricostruire un sistema delle fonti aggiornato, ponendosi sul livello costituzionale, per creare le condizioni ... di una nuova e più efficiente tassatività*»: 157; cui adde tra altri, A. RUGGERI, *Norme e tecniche costituzionali sulla produzione giuridica (teoria generale, dogmatica, prospettive di riforma)*, ivi, 176, analizzando il fenomeno anche come conseguenza della *compenetrazione fra la "politica delle fonti" e la "politica delle istituzioni"*; più ampiamente, ID., *Gerarchia, competenza e qualità del sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977, 80 ss., 167 ss. La colpa di questo profondo scuotimento sarebbe anche della stessa Costituzione, attestata «*al di sotto di un livello accettabile in ordine alla definizione complessiva del "sistema" delle norme sulla produzione, non compiutamente né coerentemente svolta*»: G. SILVESTRI, *La ridefinizione*, 177 [citando a sostegno lo stroncante giudizio di C. ESPOSITO, *La consuetudine costituzionale*, in *Studi giuridici in onore di E. Betti*, I, Milano, 1962, 620: la Costituzione italiana ha trattato la materia «*pessimamente e incompiutissimamente*»; e v. pure E. CHELLI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, 193 ss. (è la stessa Costituzione rigida a causare la maggiore complicazione della posizione degli atti normativi nel sistema delle fonti)]. Sulle tesi (in tema di sistema delle fonti e di teoria delle fonti) di A. Ruggeri v., criticamente, dopo (seppure in sintesi).

⁶²L. PALADIN, *Costituzione, preleggi e codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 21 s. D'altronde, sono assai risalenti, e in tempi assai risalenti radicati, i tentativi di espandere la nota nozione di *fonte del diritto* elaborata da H. Kelsen, A. Merkl e dalla c.d. scuola austriaca: cfr., per tutti, nella nostra esperienza, quanto già notava G. ZANOBINI, *Gerarchia e parità fra le fonti*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Volume I, Padova, 1940, 590 e 593 s.

⁶³N. IRTI, *L'età della decodificazione*, in *Dir. soc.*, 1978, 639. Ha agio S. MAZZAMUTO, *Pluralità* (55), 112, ad affermare che «*la lettura politica del diritto ... scambia l'essere per il dover essere e rilegge il disordine come l'alba del nuovo ordine le cui uniche istanze razionalizzatrici sarebbero costituite dall'autonomia dei privati e dalla creatività dei giudici quali unici soggetti legittimati a coliere il divenire continuo dell'axiologia sociale*».

no a elaborare il *sistema delle fonti* identifichino «prodotti essenzialmente culturali»⁶⁴; e, ancora, che il sistema delle fonti sia interessato dalla pluralizzazione, da *nebulizzazione* e sia divenuto luogo di *caos normativo*⁶⁵.

Di conseguenza, il giurista *comprenderà* che la rammentata c.d. metafora “fonti del diritto” riveli un significato spesso ambiguo⁶⁶, con condizioni d’uso non di rado imprecise ovvero evanescenti; che, in definitiva, attualmente le fonti del diritto siano, davvero, «un’enorme rete che tutto contiene e nulla ordina»⁶⁷; e che, giacché “sistema delle fonti” e “sistema delle norme” sarebbero «*strutturalmente accoppiati*», il sistema delle fonti comunicando con l’esterno, non potrebbe essere per definizione “chiuso”⁶⁸. E, infine⁶⁹, egli *comprenderà* che non sia negabile la difficoltà di «“*riconoscere*” in base alle sue caratteristiche sostanziali l’atto fonte»⁷⁰ e che «*la frammentazione dell’ordinamento e la moltiplicazione di ambiti governati da regole specifiche, non solo non è stata ricomposta in direzione della ricostruzione di un sistema del tipo di quello costruito dai liberali classici, ma sembra essersi addirittura intensificata, giungendo a volta alla creazione di interi sottosistemi dotati di elevati gradi di autonomia*»⁷¹.

Tutto ciò si può *comprendere* anche da parte del giurista che tale aspiri e insista a rimanere. Per dirla unitariamente: egli può *comprendere* l’entrata in

⁶⁴ C. ESPOSITO, voce *Consuetudine (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 466; R. BIN-G. PI-TRUZZELLA, *Le fonti* (49), 39; v. anche M. LIBERTINI, *Le fonti* (60), 134 (su cui v. dopo, in nota); e v. pure A. MAZZONI, *Le fonti del diritto commerciale tra memorie storiche e scenari futuri*, in *Riv. soc.*, 2001, 855 s.

⁶⁵ Tra altri: G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *Jus*, 2003, 4 ss. e 9 s.; C. VOLPE, *Il “codice delle regole”*, in *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005, 88; U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. dir.*, 2006, 364; V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 148 e 171.

⁶⁶ N. LIPARI, *Giurisprudenza* (60), *loc. cit.*

⁶⁷ R. BIN, *Critica* (8), 10.

⁶⁸ N. LUHMANN, *La costituzione come conquista evolutiva*, in G. ZAGREBELSKY-P.P. PORTINARO-J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, 1996, 83 ss.

⁶⁹ Ma, come sa anche chi possenga una non approfondita conoscenza del dibattito sulla teoria e sul sistema delle fonti del diritto, potrei proseguire a lungo con le ricorrenti attestazioni di principio.

⁷⁰ F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto in generale*, in F. SORRENTINO-G. PINO, *Le fonti in generale e l’interpretazione*, in S. MAZZAMUTO, *Trattato del diritto privato*, Volume I, *Introduzione al diritto privato*, Tomo I, Torino, 2021, 11.

⁷¹ F. DENOZZA, *Lo stile* (1), 4. E sul neoliberismo, v. ora, nella nostra costituzionalistica, C. PINELLI, *Il neoliberismo come sfida concettuale*, in *Scritti in memoria di G. Gemma*, Torino, 2023, 573 ss. Quando «*la società non è più retta da leggi generali ed astratte, ispirate ad una volontà di disciplina “universale”, ma si frantuma in gruppi e categorie, ciascuna delle quali caratterizzata da un particolare status ... anche il bene della certezza del diritto ... si offusca ...*»: P. SCHLESINGER, *Il tramonto del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, 83 s.; v. pure dopo.

“crisi” del *paradigma*⁷² della *tipicità delle fonti del diritto* e del *paradigma dell’unicità e univocità di significato* (meglio, di *significazione*) del sintagma *fonte del diritto*; e che ciò si acclari come un fenomeno ovvero un elemento dimostrativo della (da tempo) continua “crisi” della *statualità*, in cui la “crisi” del sistema e della teoria delle fonti s’incunea anche quale – come già da Santi Romano descritta⁷³, ma ancora in tempi moderni descrivibile⁷⁴ – «*caratterizzata dalla convergenza di questi due fenomeni, l’uno dei quali aggrava necessariamente l’altro: il progressivo organizzarsi sulla base di particolari interessi della società che va sempre più perdendo il suo carattere atomistico, e la deficienza dei mezzi giuridici e istituzionali, che la società medesima possiede per fare rispecchiare e valere la sua struttura in seno a quella dello Stato*».

Ciò che si *comprende*, tuttavia, non necessariamente è *condivisibile*: «*se quel che è non coincide con quel che deve essere non vuol dire che si abbia ragione di accettare come fisiologica una patologia*»⁷⁵. Il giurista, pur quando *comprenda* un fenomeno, non si può limitare, come il sociologo⁷⁶, a registrare e a spiegare⁷⁷ tale fenomeno⁷⁸, bensì dovrà segnalarne, proprio perché

⁷² Nel significato di «*conoscenze culturali di orientamento*», le quali determinano «*una comprensione di fondo*» (Hintergrundsverständnis): accezione complessiva del termine “paradigma” tratta da J. HABERMAS, *Fakzität* (8), 238 e 271 («*exemplarische Auffassungen*»; «*kulturelle Orientierungswissen*»; «*das einschlägige Paradigma ein Hintergrundverständnis bestimmt*»); ID., *Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer: Rudolf Wiethölter*, in *Kritische Justiz*, 1989, 138 ss.; e, sebbene non con la stessa esplicita chiarezza, ma nel medesimo sostanziale significato proposto da J. Habermas, v. gli spunti anteriori, in tema di *Paradigmen oder Schemata* – più precisamente, di *Paradigmen der kohärenter Interpretationen* –, presenti in K. GÜNTHER, *Ein normativer Begriff der Kohärenz. Für eine Theorie der juristischen Argumentation*, in *Rechtstheorie*, 20, 1989, 181 ss.; nonché le riflessioni di F. KÜBLER, *Über die praktischen Aufgaben zeitgemässer Privatrechtstheorie*, Karlsruhe, 1975, 51 ss. Per l’impiego del termine „paradigma“ in un significato con implicazioni più articolate, quale ascrivibile a T.S. Kuhn, cfr. Capitolo III.

⁷³ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, a cura di A.E. Cammarata, Milano, 1969, 23., v. pure oltre, in nota.

⁷⁴ M. LUCIANI, *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 s.

⁷⁵ M. LUCIANI, *Ogni cosa* (30), 56.

⁷⁶ Sebbene è ovviamente da non revocare in dubbio che «*il ragionamento giuridico involga, o possa in certi casi involgere ... giudizi non meramente logici, bensì di natura anche psicologica, economica e sociologica (relativi, per esempio, agli interessi in conflitto e alla ratio della norma che tali interessi regola): ciò riguarda l’indole particolare della scienza giuridica ...*» (G.L. PELLIZZI, *Teoria, pratica e luoghi comuni*, in ID., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1988, 33). Ma è parimenti chiaro che il diritto possa (anzi, debba, seppure sia, purtroppo, sempre meno frequente) dialogare con altre discipline (e non solo economiche): ma al diritto, il giurista che voglia restare tale, occorre tornare, finalizzando e funzionalizzando il dialogo, appunto, pur sempre “*in chiave giuridica*”.

⁷⁷ Semplicemente perché le «*discipline non dogmatiche ... non sono soggette a ... costrizioni*»: D. GRIMM, *Sovranità* (3), 10.

⁷⁸ Il giurista non si limita a “registrare” e “classificare”, ma deve essere mosso e sostenuto da istanze di “regolazione” e “ordinazione” dei fenomeni e della medesima realtà che li produce e incentiva; dalla prospettiva, appunto e proprio, non tanto dell’“essere”, bensì del “dover essere”

giurista⁷⁹, «*lo scostamento dal dover essere rinvenibile nello ius positum*»⁸⁰, là dove esistente. Può darsi poi che quel fenomeno corrisponda a un “fatto” (*rectius*, alla *realtà*), ma ben po’ essere che questo “fatto” (questa *realtà*) non corrisponda al modello costituzionale di riferimento (vigente). E può darsi ancora – anzi, non può essere altrimenti – che di questa non corrispondenza il giurista non si possa agevolmente disfare, considerando, sulla base sempre del taumaturgico semplice “fatto” (della *realtà*), legittimamente superata e resa non necessaria, la corrispondenza a quel modello⁸¹. Addirittura, può

(e la distinzione, tradizionale, non è un retaggio e un vecchio arnese di archeologia giuridica): è «*su questo che si fonda il legame fra diritto e ordine, fra diritto e certezza: legame consustanziale al fenomeno giuridico ... e alla sua scienza. Ed è per questo che una rinuncia della scienza giuridica a fornire prestazioni di ordine e di certezza sarebbe non soltanto un suo fallimento, ma anche un fallimento del diritto oggettivo*». M. LUCIANI, *Ogni cosa* (30), 4. V. pure oltre.

⁷⁹ Anche se non costituzionalista; v. la successiva nota.

⁸⁰ M. LUCIANI, *Dottrina* (24), 12 s., con peculiare attenzione alla crisi del modello costituzionale e a quella, concomitante e successiva, della politica: «[s]e gli anni Ottanta avevano segnato un punto di crisi del modello costituzionale dell’agire politico, la fine del secolo porta con sé una più radicale e generale crisi della politica, alla quale fa da contraltare il rafforzamento della giurisdizione nell’adozione delle scelte pubbliche. In estrema sintesi, possiamo dire che la crisi della politica, in particolare di quella politica parlamentare nella cui sfera si svolge l’attività legislativa, si spiega [tra l’altro] con i fenomeni di globalizzazione e sovranazionalizzazione» e con «il consapevole ritirarsi della politica (democratica) da alcune decisioni fondamentali, abbandonate alla giurisdizione ... o alle autorità indipendenti ... Questi fenomeni non sempre sono stati valutati negativamente dalla dottrina costituzionalistica. È comprensibile: lo è sul piano – diciamo così – sociopsicologico, perché sviluppi di questo genere favoriscono una buona collocazione sociale del ceto dei giuristi e, quindi, ne sollecitano la condivisione; lo è anche sul più nobile piano scientifico, perché la riduzione dello spazio dell’intermediazione legislativa, frutto della discrezionalità politica, e l’ampliamento di quello della giurisdizione sembrano esaltare l’efficacia prescrittiva delle norme costituzionali. È comprensibile, dunque, ma non per questo è condivisibile ... E se un sociologo può limitarsi a registrare e spiegare il fenomeno, uno studioso del diritto costituzionale [ma non solo: ogni studioso del diritto] non può non segnalarne ... non si può immaginare di affidare alla giurisdizione il compito di sorreggere una comunità politica che non può contare su un corretto funzionamento del circuito della rappresentanza: la supplenza può essere un fatto, ma ciò non toglie che questo fatto non corrisponda al modello costituzionale e che, comunque, non può essere questa la soluzione del problema ... Il nostro ordinamento ha un disperato bisogno sia di giurisdizione, sia di legislazione, perché nessuna delle due basta a se stessa».

⁸¹ Emblematiche le parole di S. STAIANO, *Stato* (31), 129: «[s]embra che i giuristi “positivi” – termine non del tutto perspicuo, dunque da adoperare convenzionalmente, per indicare gli studiosi che assumono a punto di partenza i casi e le concrete soluzioni normative o i modelli di organizzazione, e, seguendo itinerari induttivi, per – vengono alla costruzione di sistemi concettuali – possano essere attratti a considerare i loro oggetti di indagine, in specie il fenomeno legislativo, secondo uno sviluppo temporale lineare, fatto di fasi, tutte suscettibili di essere considerate segmenti della stessa retta (a tanto indulgono talvolta anche gli storici dello Stato moderno). Il tempo è cioè concepito come movimento unico in avanti, passaggio di fasi, evoluzione e involuzione e crisi: dall’antico alle plurime modernità, a una nuova globalizzazione; dal disordine all’ordine, e poi a un nuovo disordine da ordinare. Ma se il giurista “positivo” non può non dirsi “storico” (non essendo utile l’opposizione “storico” versus “positivo”, che non sembra avere fondamento logico), deve assumere diverso punto di vista anche nell’attribuire al diritto il carattere di scienza pratica, cioè idonea a fornire conoscenze

darsi che il tentativo di contrastare un fenomeno in continua, rapida, inesorabile espansione sia sì *sensato* come *impegno teorico*, come *obiettivo* e come *azione*, ma, concretamente, con poche *chances* di successo. Il che non implicherebbe, però, che l'insoddisfazione per il fenomeno che quel tentativo cerca di arginare, ovvero anche solo contenere, sia talmente marcata che il tentativo non possa non essere esperito, con auspicio (la si denomini pure illusione ovvero ingenuità) di un qualche successo⁸².

Correlativamente a quanto accade per il “ribaltamento della gerarchia democratica dei poteri”, da più parti non semplicemente registrata ma denunciata, fronteggiare la “crisi” del sistema e della teoria delle fonti può sembrare un’utopia e la «*immutabilità dello stato di cose esistenti*» inevitabile, anche perché sono più voci, anche autorevoli, a sentenziare non esistenti credibili alternative⁸³. Sennonché, se si sceglie di non arrestarsi a paralizzanti prese d’atto di ciò che viene confezionato come un irreversibile processo, questa mancanza di alternative si rivela quale realmente è: un assunto indimostrato e indimostrabile, proprio perché esso suppone, errando, appunto, che non si possano riprendere e riannodare le fila di una teoria e di un sistema delle fonti del diritto *autenticamente tali* e non manipolabili.

Ecco che, con riguardo al dibattito sulla *teoria delle fonti* e sul *sistema delle fonti*, ciò che per me non suona affatto condivisibile è, soprattutto, la – da più e variegati versanti dottrinali e giurisprudenziali – *formalmente ovvero sostanzialmente* proclamata, accettata e (addirittura) celebrata attuale *inutilità (ovvero irrilevanza) di una solida teoria delle fonti*, l’atteggiamento di rimessione nel fare discendere dalla “crisi” delle fonti del diritto la inutilità a cercare di costruire un sistema delle fonti⁸⁴. Rifuggo dall’ammmainare la teoria delle fonti e dallo smantellare il sistema delle fonti. Non condivido e accetto la, da più parti, assimilata convinzione che si *possa stare senza una teoria delle fonti*. Ciò, al contrario, non è possibile, sia per ragioni di *certezza* (esigenza né nominalistica, né retorica, ma prodotto del non elidibile connubio tra *di-*

utili a sostenere e a orientare un modo di organizzazione sociale. In realtà, l’oggetto immediato dell’analisi giuridica è bensì l’epifenomeno presentato dall’esperienza, che il giurista ricostruisce con gli strumenti della propria scienza. Ma affinché questo approccio – pure opportuno – non sia solo vagamente empirizzante e privo di sostanza teorica, occorre cogliere le interazioni tra i dati di esperienza presi in esame e il contesto maggiore ove si collocano le correnti di cui essi sono espressione. Può essere allora la distinzione tra i piani temporali a dare il criterio ordinatore teoricamente fondato: il fenomeno che appartiene al tempo breve può essere descritto nei caratteri estrinseci e nel suo dipanarsi nell’esperienza; ma solo il suo legame con il fenomeno che appartiene alla lunga durata può farne cogliere la ratio maggiore, la funzione profonda».

⁸² Mi rifaccio, ancora una volta, a M. LUCIANI, *Ogni cosa* (30), 225.

⁸³ Con riferimento alla “crisi” del paradigma della democrazia costituzionale, cfr., per tutti, L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo* (54), 24.

⁸⁴ R. BIN, *Critica* (8), 9.

ritto e ordine⁸⁵, in uno Stato costituzionale quale il nostro⁸⁶); sia in quanto «il produrre obblighi e divieti è compito che, in un sistema costituzionale che si ispira ai principi di democrazia, è riservato alle autorità politiche investite dal voto popolare»⁸⁷. “Ripensare” le fonti del diritto non è attività che si può spingere all’estremo della “rifondazione” del sistema delle fonti tramite uno stravolgimento, uno sgretolamento e un annientamento della teoria delle fonti e, quindi, uno smantellamento del sistema che quella teoria illustra ed esplica. “Ripensare” le fonti del diritto non può essere il pretesto e l’occasione per “dissolvere” il concetto e l’oggetto del “ripensamento”.

Non condivisibile è, in particolare, *pure per il giuscommercialista*⁸⁸, quel «fenomeno di corrosione», innescatosi «nella estrema periferia del sistema degli atti normativi», il quale «ha creato delle porosità osmotiche», dove risulta «consentito il passaggio dal sistema politico a quello normativo»⁸⁹. Mentre, al contrario, «se si adotta la corretta prospettiva del giurista ... la conclusione non può che essere perentoria. Le fonti del diritto – non solo quelle primarie, ma anche quelle secondarie – devono essere un sistema chiuso⁹⁰: vi possono

⁸⁵ E v. da ultimo, le dense pagine di M. LUCIANI, *Ogni cosa* (30), in particolare, 18 ss. (a 53 s.: «[o]gni colpo inferto alla certezza e all'affidamento deve essere ... inteso come una violazione – oltre che dei principi dello Stato di diritto – dello stesso patto fondativo che ha dato vita allo Stato quale forma giuridico-politica di una comunità di interessi umani»). Non si esagera se si afferma che lo scardinamento del sistema delle fonti e lo svilimento della teoria delle fonti costituiscono, nel contempo, causa ed effetto della concezione (credenza?) la quale vede nella salvaguardia della certezza del diritto una pretesa irrealistica. E, davvero come ammonisce sempre M. LUCIANI, *Ogni cosa* (30), 59, «bisogna comunque intendersi. Il giurista che si vuole erogatore di prestazioni di certezza non ha per ciò solo “nostalgia dell’unità perduta”, non per ciò solo coltiva l’illusione del recupero di una unità e razionalità ormai irrimediabilmente compromessa dalla rottura dello spazio dell’ordinamento dello Stato e diluita in un “frammentarismo normativo” con il quale si devono fare i conti». Così vale anche per chi si oppone a un indebolimento della teoria delle fonti e alle spinte entusiasticamente favorevoli a ripetute e larghe aperture del relativo sistema in nome di fenomeni considerati inarrestabili. Cfr. pure, sempre di recente, nella nostra più raffinata dottrina costituzionalistica, R. BIN, *Certezza del diritto e legalità costituzionale*, in *Scritti in memoria di G. Gemma* (71), 129 ss.; V. pure N. FERRACUTI, *Le leggi-labirinto e la crisi della certezza del diritto*, in *Consultaonline*, 2024, 90 ss.

⁸⁶ Lo si può immediatamente apprezzare anche non perdendo di vista che la «formalità del procedimento di formazione delle norme che vincoleranno i nostri comportamenti è ... la prima condizione, necessaria benché non sufficiente, per garantire la certezza del diritto»: R. BIN, *Certezza* (85), 129.

⁸⁷ R. BIN, *Critica* (8), 108.

⁸⁸ Il quale con il sistema e la teoria delle fonti del diritto deve, di necessità, confrontarsi e dialogare, allorché si prefigga di credibilmente ragionare di determinati fenomeni che lo interessano: quale è, ad esempio, proprio il Codice di *Corporate Governance*. Cfr. dopo.

⁸⁹ R. BIN, *Critica* (8), 91 (cui sono da attribuire tutti i virgolettati nel testo); cfr. pure, sul *flusso osmotico* tra “ciò che sta dentro” e “ciò che sta fuori” dalla nozione di *fonte del diritto* (ciò che fonte è e ciò che non lo è), R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Le fonti* (49), 32 s.

⁹⁰ Posso anche concordare, ma in parte, con M. LIBERTINI, *Le fonti* (60), *loc. ult. cit.*, allorché precisa che «la scelta primaria su ciò che viene accettato come “fonte” è un fatto culturale, che non

essere porte socchiuse dalle leggi di settore ...: ma queste ... sono eccezioni, come tali devono essere espresse dalla legge ... e non possono essere estese in via di interpretazione»⁹¹. Diversamente opinando, si allontana, anzi si perde del tutto la consapevolezza che «deviare dalle forma tipiche di produzione di norme generali significa smarrire uno dei capisaldi dello Stato di diritto, la netta separazione tra i documenti che sono abilitati (e legittimati) a produrre regole obbligatorie per la generalità dei consociati e i documenti che sono privi di tale obbligatorietà»⁹².

Anche per il sistema delle fonti del diritto la conservazione e difesa dei suoi tratti caratterizzanti mantengono ancora oggi il valore di requisiti essenziali della certezza del diritto e della struttura dell'ordine dei poteri nello Stato costituzionale. E – ancora una volta, è D. Grimm a rammentarlo – l'«istanza di regolamentazione costituzionale [nelle Costituzioni moderne] è compiuta nel senso che non sono ammessi né detentori extracostituzionali di poteri di governo, né vie e mezzi extracostituzionali per l'esercizio del potere»⁹³, giacché il «senso della costituzione moderna consiste nel giuridicizzare compiutamente il potere pubblico»⁹⁴. Pare che si dimentichi che «quello delle

può essere mai formalizzato una volta per tutte. L'idea che l'indicazione delle fonti sia contenuta in modo vincolante nell'art. 1 delle preleggi, o in qualsiasi altro testo normativo, può nascere solo da una convenzione culturale, che attribuisca quel valore tassativo al testo di cui si tratta, anziché considerarne l'indicazione come meramente esemplificativa, o risolverla in una raccomandazione non vincolante»: ma solo nel senso che il “fatto culturale” sia pur sempre riferito alla convinzione acquisita in merito, da una parte, all'esito interpretativo più plausibile che si “è convinti” si possa assegnare all'encicazione legislativa delle fonti del diritto; dall'altra, più complessivamente, appunto, a principi e disposizioni, anche (direi, soprattutto) costituzionali, che presiedono alla costruzione del sistema delle fonti nel/del nostro diritto. E, di conseguenza, che s'intenda come “chiuso” il nostro sistema delle fonti del diritto può essere considerato, sì, un “fatto culturale”. In altre parole, l'aggettivazione “culturale” non deve essere intesa – almeno, a mio avviso – nel senso che il supporto alla convinzione che un sistema delle fonti si atteggi come “chiuso” ovvero “aperto” risieda in mere istanze di personale formazione (cui contribuiscono pure precomprensioni, pregiudizi, cc.dd. valutazioni dell'interprete), non ancorate a una solida teoria delle fonti quale si ritiene sia obiettivamente formulabile. Per inciso: militare per un sistema delle fonti “chiuso” non reca con sé, in automatico, professare una gerarchia delle fonti in senso tradizionale, dal momento che, a rigore, nel primo senso, si evoca e invoca l'assenza di una penetrazione, dall'esterno all'interno, nel sistema delle fonti del diritto; nel secondo, dall'esterno nulla entra in gioco, e il tutto si risolve in una dinamica di ordine interno tra atti e fatti di cui si sia già sancita l'appartenenza al sistema delle fonti e, quindi, la loro qualifica come autentiche fonti del diritto.

⁹¹ Di nuovo, così, R. BIN, *Critica* (8), *loc. ult. cit.*: «[s]ana dommatica, che ci porta ad escludere “valore normativo” ad atti che non possono averlo. Perché il sistema politico può “accoppiarsi” al sistema giuridico solo attraverso quelle procedure, fissate dalla “norma di riconoscimento”, che disciplinano la formazione degli atti normativi. Questo è un principio ineluttabile dello Stato di diritto».

⁹² R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, 31 ss.

⁹³ D. GRIMM, *Sovranità* (3), 71.

⁹⁴ D. GRIMM, *Sovranità* (3), *loc. ult. cit.*

fonti è stato concepito dai Costituenti come un sistema, non nella prospettiva di affermare la chiusura dell'ordinamento costituzionale verso l'esterno, ma per sottolineare che tutte le fonti del diritto devono trarre, direttamente o indirettamente, il loro fattore di legittimazione democratica dal circuito della rappresentanza politica»⁹⁵; e che, piuttosto, è proprio la certezza del diritto a comportare «la netta chiusura del sistema delle fonti»⁹⁶.

Sembra che in molti si sia inesorabilmente affievolita, per poi venire meno, l'esigenza di ricorrere al *sistema delle fonti* come *categoria ordinante*. Mentre, come è osservabile più in generale, le categorie ordinanti permettono al giurista, che non voglia limitarsi alla sociologia e/o all'empirismo, di acquisire, in modo appropriato, la piena visione sistematica dei problemi d'insieme e delle strutture giuridiche che tengono assieme, compatto, e non franabile, l'intero ordinamento⁹⁷. Da molti viene dimenticata, ovvero la si considera non rilevante, la circostanza che intervenire, soprattutto (ma non solo) interpretativamente, sul sistema delle fonti «*significa, probabilmente, incidere sugli stessi rapporti tra Stato e società civile, e questo va fatto con grande cautela ed attenzione*»⁹⁸, al riparo da disordinate istanze di modernizzazione e da istintivi impulsi – ancora una volta – di c.d. adeguamento alla realtà. Parafrasando Massimo Luciani, che *restaurare*⁹⁹ l'ordine costituzionale delle fonti sia una prospettiva teorica meritevole d'essere coltivata non pochi dubitano, dubitando però a torto¹⁰⁰.

Lo smantellamento della o di una *dommatica delle fonti*, con il connesso scuotimento e smottamento di un *sistema delle fonti* e di una sua *teoria prescrittiva*, vale a dire l'abbandono ovvero il rigetto (ma pure il drastico ridimensionamento) di una *teoria prescrittiva delle fonti del diritto* – essenziale

⁹⁵ A. CARDONE, *Modello* (49), 518.

⁹⁶ R. BIN, *Certezza* (85), *loc. ult. cit.*, il quale convincentemente prosegue, in dissenso con dottrina autorevole e (forse) maggioritaria: la «*chiusura del sistema delle fonti è ... principio normativo che caratterizza (rectius, deve caratterizzare) il sistema costituzionale, e chiede di impedire la rottura degli argini tra decisione politica e norma giuridica. Ogni punto in cui qualche falla sembra aprirsi suscita la reazione della dottrina e della giurisprudenza*».

⁹⁷ Su tale beneficio delle categorie ordinanti v., in generale, molto efficacemente (e con un “taglio” appropriato a quanto sto osservando), tra altri, A. GAMBARO, *Interessi diffusi, interessi collettivi e gli incerti confini tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 779 ss.

⁹⁸ B. CARAVITA-M. LUCIANI, *La ridefinizione* (32), *loc. ult. cit.*

⁹⁹ «È verbo provocatorio. Lo è volutamente laddove allude non soltanto al dinamico restauro ..., ma anche alla ripristinatoria restaurazione, Questa consiste in un autentico riposizionamento nella sede propria ... il riposizionamento non equivale a integrale ripristino, bensì a recupero della logica originaria dello stare-in-sede, epperò con gli adattamenti e gli aggiornamenti necessari in un contesto storico diverso da quello primigenio ...» [M. LUCIANI, *Ogni cosa* (30), 226 s.].

¹⁰⁰ Il quale riferisce la valutazione, più complessivamente, all'ordine costituzionale dei poteri: M. LUCIANI, *Ogni cosa* (30), 3.