



Le fonti del Diritto: una famiglia allargata

Dal concetto di gerarchia a quello di sistema: una chiave di lettura per le nostre leggi

di **DARIA SCARCIGLIA**

Avvocato

daria.scarciglia@gmail.com
https://dariasarciglia.com/

Quando due norme diverse ricollegano ad un medesimo fatto conseguenze tra loro logicamente incompatibili, si ha un'antinomia, un difetto generato da un eccesso di diritto. Molto spesso si tratta di conflitti apparenti, nel senso che possono essere agevolmente risolti ricorrendo ai più comuni criteri interpretativi. Facciamo qualche esempio.

Una norma giuridica stabilisce che un esemplare della ricetta medico-veterinaria in triplice copia debba essere spedita all'Asl dal farmacista e un'altra afferma che chiunque possa avvalersi della trasmissione a mezzo fax di documenti ad una pubblica amministrazione, senza dover spedire l'originale cartaceo.

L'autorizzazione all'immissione in commercio di un medicinale, emanata con Decreto Ministeriale, riporta indicazioni contrarie alla normativa sul farmaco veterinario.

Un Decreto Legislativo contiene un errore di traduzione dal testo della Direttiva UE che recepisce, errore che produce una diversa interpretazione del precetto contenuto nella disposizione.

Qual è la norma prevalente?

Ma a generare dubbi non ci sono solo le antinomie: le "buone pratiche veterinarie" che valore legale hanno? Gli accordi stipulati dalla Conferenza Stato Regioni sono vincolanti? Le decisioni assunte dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato possono derogare un codice deontologico?

Fino a qualche tempo fa era un po' più semplice rispondere a tutte queste domande, perché eravamo legati allo schema piramidale della gerarchia delle fonti del Diritto che, in modo rassicurante ma non privo di ostacoli, forniva i criteri per risolvere numerosi dubbi interpretativi. Sapevamo che la Costituzione era la nostra inviolabile legge fondamentale, cui subordinare via via il diritto comunitario, le leggi e gli atti aventi forza di legge, le altre fonti di diritto secondarie ed infine gli usi e le consuetudini. Già si notavano ispessimenti e forzature a tale costruzione, ma è con il Trattato di Lisbona del 2009 che il cambiamento ha stimolato gli studiosi del Diritto ad un riordino delle fonti, che somigliano sempre meno alla figura gerarchica di una tradizionale famiglia patriarcale e sempre di più ad una moderna famiglia allargata. Infatti, con l'entrata in vigore del Trattato, l'Unione Europea ha cessato di essere una comunità di nazioni con finalità economico-commerciali, per diventare un soggetto nuovo rispetto agli Stati membri, dotato di una propria personalità giuridica, alla stessa stregua di un ente sovranazionale. Ciò ha comportato che il diritto europeo assurgesse al rango di normativa autonoma di un'organizzazione internazionale, e che non fosse più espressione di accordi tra Stati, conquistando la supremazia assoluta sul diritto interno di ciascuno Stato membro.

Che n'è stato dunque della nostra Costituzione? È stata declassata a fonte di diritto subordinata rispetto al dettato normativo europeo. Tuttavia, gli studiosi del Diritto hanno individuato nella nostra carta costituzionale un nucleo di valori riconducibili a diritti inviolabili e a principi supremi del nostro ordinamento, su cui si fonda

L'ORDINE NEL CAOS

Pensiamo al cosiddetto "Codice dei Medicinali Veterinari". In Italia è entrato in vigore in attuazione della Direttiva 2004/28/CE, attraverso il D. Lgs. 193/2006. Pertanto, il suo contenuto può essere derogato unicamente da altre norme europee successive a carattere speciale.

Non si tratta di una visione dottrinale restrittiva, bensì del più affermato criterio interpretativo, secondo cui, tra norme di pari rango, la norma speciale deroga la norma generale e la norma successiva deroga la norma precedente, ma la norma successiva generale non deroga la norma precedente speciale. Sembra quasi uno scioglilingua; in realtà è l'ordine nel caos, è un armadio ben suddiviso in ante, ripiani e cassetti che ci serve, non tanto per riporre correttamente le nostre norme giuridiche, ma per non perdere tempo a cercarle. (D.S.)

lo stesso impianto giuridico dell'Unione Europea.

Sono contenuti nei primi titoli della costituzione, che sanciscono, ad esempio, tutte le libertà inviolabili, nonché la tutela dei rapporti eticosociali, l'uguaglianza di tutti i cittadini, il ripudio della guerra e la scelta della forma repubblicana.

Si tratta, in senso lato, di una sorta di Super-Costituzione, di una fonte normativa che travalica ogni possibile gerarchia delle fonti del Diritto poiché espressione di valori non derogabili.

Il Trattato sull'Unione Europea condivide tali valori, rispetto ai quali la tradizionale figura piramidale perde di senso, dal momento che, affermando gli stessi principi della Costituzione, l'uno non prevale sull'altra, come coniugi di un moderno modello di famiglia.

Fuori dall'ambito della cosiddetta Super-Costituzione, il Diritto dell'Unione Europea, mantiene la prevalenza su tutto il diritto interno.

Qualche dubbio, tuttavia, sul rango dei singoli atti dell'Unione Europea si è posto. I Regolamenti sono immediatamente efficaci in ogni Stato membro ed obbligatori per tutti i cittadini. E sin qui, *nulla quaestio*. Le Direttive, invece, sono atti che vincolano gli Stati membri, ma non direttamente i cittadini, circa un obiettivo da perseguire, lasciando a ciascun governo la libertà di scelta circa i mezzi con cui realizzarlo. Nel nostro Paese l'atto di recepimento può essere una legge ordinaria del parlamento o, per effetto di una delega al governo, un decreto legislativo; ciò comporta che la disciplina contenuta nella Direttiva diventa, nel nostro ordinamento, una legge o comunque un atto avente forza di legge. In pratica, lo Stato è vincolato da una fonte di diritto di rango superiore, ma gli obblighi per i cittadini sono regolati da una fonte di diritto di rango inferiore. E se la legge di recepimento si pone in contrasto con un'altra norma europea, come si risolve l'antinomia?

La dottrina giuridica osserva che l'UE emana talvolta anche le cosiddette "Direttive auto-applicative", vale a dire: scritte tanto dettagliatamente da non necessitare di ulteriori recepimenti all'interno degli Stati membri. Sono Direttive, ma si comportano come dei Regolamenti. Gli studiosi del Diritto hanno pertanto sviluppato la convinzione che la legge di recepimento trasferisce nell'ordinamento interno precetti di rango su-

periore che restano tali, dando così un peso prevalente allo scopo per il quale quei precetti sono stati prodotti.

Dando corpo a tale criterio interpretativo, non possiamo non cogliere il paradosso che ne consegue: le nostre fonti costituzionali (Costituzione, leggi costituzionali, statuti delle cinque regioni speciali e convenzioni internazionali), in quanto fonti di rango inferiore rispetto al Diritto Europeo, possono essere derogate da un semplice decreto legislativo di recepimento di una Direttiva.

È quanto accade in una moderna famiglia allargata, quando il nuovo compagno della madre assume il ruolo tipico della figura paterna, ma la potestà genitoriale resta prerogativa del padre divorziato.

Già, perché finché ci occupiamo delle fonti di rango superiore, la foto di gruppo, tra genitori e nonni, naturali e acquisiti, è ancora abbastanza compatta. È quando si allarga il gruppo alle altre fonti del diritto che, tra figli, figliastri, fratelli e fratellastri, zii e cugini più o meno di sangue, la foto di famiglia diventa talmente affollata che c'è sempre qualcuno nascosto da un altro.

Parliamo delle fonti primarie del Diritto. In base ad un principio costituzionale, sono a numero chiuso: legge ordinaria, referendum, decreto legislativo e decreto legge. Sembra facile, ma poi arrivano le "categorie protette", le *fonti primarie a competenza riservata*, come le leggi regionali, le leggi delle province autonome di Trento e Bolzano ed i regolamenti parlamentari. E ci sono anche alcune fonti primarie per così dire "rinforzate", che hanno una forza attiva o passiva superiore alla legge ordinaria. Qualcuno le chiama *fonti atipiche* o di *rango sub-costituzionale*, e sono, ad esempio, gli statuti delle regioni ordinarie, la legge sull'amnistia e l'indulto o il Testo Unico sugli enti locali; tutte normative che possiedono una resistenza rinforzata, poiché non possono essere abrogate se non per espressa modifica delle loro stesse disposizioni.

Similmente, abbiamo altre fonti di Diritto che, pur formalmente subordinate unicamente alla Costituzione, non possiedono la medesima forza di legge delle fonti primarie e sono quindi loro subordinate. Si tratta degli statuti degli enti locali che non possono derogare gli atti aventi forza di legge, ma non sono fonti di Diritto secondario, rispetto alle quali, anzi, hanno un rango superiore.

Si considerano fonti secondarie i regolamenti governativi, regionali e degli enti locali, nonché i regolamenti delle autorità amministrative indipendenti, quali l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, l'AGICOM, l'Autorità Nazionale Anticorruzione, la CONSOB e numerose altre.

Le fonti secondarie rappresentano una categoria estremamente ampia, dal momento che sono soggette al solo vincolo del principio di legalità, nel senso che la loro produzione deve essere riconducibile alla costituzione o ad un atto avente forza di legge.

Sono invece a numero chiuso le fonti terziarie del Diritto, che contano unicamente i decreti ministeriali, i decreti inter-ministeriali ed i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, il cui potere di deroga rispetto all'ordinamento vigente è necessariamente limitato, visto che tali decreti promanano dal potere esecutivo, al quale la nostra Costituzione ha sottratto la potestà legislativa.

Ma il nostro sistema delle fonti non si chiude con le fonti terziarie. È stato a lungo definito

come un sistema "aperto verso il basso" e dunque legittimante anche di ulteriori livelli gerarchicamente subordinati, come ad esempio i decreti del Rettore universitario.

Lo stesso discorso vale per gli usi e le consuetudini, fonti di Diritto non scritte e che hanno rilevanza giuridica solo se non contrastano con un'altra fonte di Diritto scritta.

Eppure, questo impianto non si limita ad essere aperto verso il basso, dal momento che ha accolto anche la cosiddetta *soft-law*, un insieme di atti che si collocano in una zona grigia tra le varie fonti del Diritto, in quanto formulati in modo difforme da leggi, decreti e regolamenti o provenienti da soggetti diversi da quelli deputati alla produzione di norme giuridiche e dunque dotati di una ridotta forza vincolante.

Sono i codici di condotta, gli accordi stipulati in Conferenza Stato-Regioni, o le linee guida ministeriali, i manuali di buone pratiche, che sono vincolanti, per il semplice fatto che perseguono delle finalità di rilevanza giuridica, pur essendo, almeno in teoria, privi di valore normativo. Molto spesso, infatti, tali atti vengono richiamati in leggi dello Stato, come gli accordi sulla ripartizione delle spese sanitarie, di cui hanno dato atto sia le successive leggi sul patto di stabilità interna, che diverse leggi regionali; o le linee guida sulla salute e la sicurezza, richiamate nel Testo Unico in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro. In pratica, la *soft-law* è un mezzo per riconoscere il valore giuridico e vincolante del sapere tecnico e scientifico, nel senso più ampio. Non ci si deve spaventare all'idea che qualsiasi atto che non si collochi in modo chiaro in una gerarchia delle fonti del Diritto debba necessariamente essere aggredibile sul piano della sua legittimità. Occorre, anzi, uscire dal concetto di gerarchia delle fonti, per adattarsi ad un più moderno sistema delle fonti del Diritto. È una famiglia allargata, come si diceva; e, a patto di rispettare alcune regole, si riescono a chiarire i rispettivi ruoli e ad andare d'accordo.

Le regole da rispettare sono semplici e sono le regole d'oro dell'interpretazione del Diritto, che tutelano le gerarchie tra norme diverse, garantiscono la prevalenza della norma speciale o più nuova e tengono conto della semplice evidenza che ogni norma custodisce uno scopo che, da solo, dovrebbe guidarci verso un'applicazione virtuosa del Diritto. Quest'ultimo criterio interpretativo, pur risalente al diritto antico, ha un'impronta nettamente realistica e concreta che, dando peso allo scopo delle norme, sembra adattarsi perfettamente al dinamismo dell'epoca attuale.

Tornando alla casistica iniziale, la ricetta in triplice copia può essere trasmessa dal farmacista via fax, senza necessità di spedire per posta anche l'originale; l'AIC di un farmaco è invalida se riporta indicazioni contrarie alla normativa vigente; in caso di errore di traduzione in una norma di recepimento, è necessario attenersi al testo originale della Direttiva UE; le "buone pratiche veterinarie" sono vincolanti, così come gli accordi presi in Conferenza Stato-Regioni; e le decisioni dell'Autorità Garante del Mercato e della Concorrenza sono efficaci, purché non contrastino con delle norme giuridiche, anche deontologiche.

Risulta evidente che, applicando i comuni principi interpretativi, si giunge a risultati decisamente sensati.

Celso, un filosofo greco del II secolo, sostenne infatti che la conoscenza della legge è tale se si supera il meccanismo delle parole e se ne comprende lo spirito e la forza. ■