

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Un discorso sullo stato presente delle fonti normative, che cerchi di determinare la condizione che vive la legislazione nel nostro ordinamento, può essere avviato con approcci diversi. Potrà essere quello che offre una valutazione comparatistica, o quello che mette in risalto la giurisprudenza – soprattutto costituzionale – sul punto, oppure quello che svolge un'indagine sulle idee che la dottrina ha sviluppato sulle fonti, con considerazioni più o meno consequenziali sulla crisi di esse, ovvero, ancora, si potrà scegliere un approccio che metta insieme alcuni o tutti e tre quelli prima menzionati.

Questo lavoro non intraprenderà nessuna delle strade descritte. D'altro canto, sono ormai numerose e approfondite le indagini di questo tipo, volte a descrivere tanto gli aspetti sistematici quanto i singoli fenomeni di normazione, ai quali si farà rinvio per quanto qui non verrà esplorato o non sarà sufficientemente trattato.

In questo lavoro vogliamo analizzare la *precarizzazione* delle fonti primarie a livello statale, vale a dire il mutamento rapido e continuo delle norme giuridiche che genera instabilità e caos nell'ordinamento.

La precarizzazione delle fonti è uno degli effetti patologici più pericolosi che gli ordinamenti giuridici odierni sperimentano. Il “diritto precario”¹ è fragile, può costituire una minaccia per la fiducia nel diritto stesso, può danneggiare i cittadini e l'affidamento degli operatori economici², può creare un cor-

¹ In dottrina tale concetto è stato usato, con alcune leggere varianti, per descrivere in termini negativi la mancanza di stabilità, certezza e conoscibilità delle fonti normative. Cfr. L. GENINATTI SATÈ, *Introduzione a una teoria realista della legislazione*, Giappichelli, Torino, 2011, 151 ss.

² Da ultimo sul punto v. A. NUZZO, P. TULLIO, *La legislazione d'impresa dell'ultimo quinquennio: quantità più che qualità*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2013, 395 ss.; L. PERRONE, *Certezza del diritto, affidamento e retroattività*, in *Rass. trib.*, 4, 2016, 934 ss. Sul punto si v. la sent. della Corte di giust. UE del 9 ottobre 2014, causa C-492/13, nella quale si legge: «Il principio della certezza del diritto, il cui corollario è il principio della tutela del legittimo affidamento, richiede, da un lato, che le norme giuridiche siano chiare e precise e, dall'altro, che la loro applicazione sia prevedibile per coloro che vi sono sottoposti. (...) Occorre rammentare che tale principio deve essere osservato con rigore particolare quando si tratta di una normativa idonea a comportare oneri finanziari, al fine di consentire agli interessati di conoscere con esattezza l'estensione degli obblighi che essa impone loro».

tocircuito della “razionalità normativa³” e, soprattutto, limitare la “certezza del diritto⁴”. Più in superficie, la precarizzazione delle fonti rischia di compromettere la qualità degli enunciati normativi rendendoli più complessi e oscuri, può produrre un aumento eccessivo del numero delle fonti primarie e rendere più difficile applicarle secondo i metodi e gli schemi interpretativi consolidati⁵. Gli esempi di diritto precario sono numerosi e qui solo in maniera sintetica possiamo riassumerli: atti normativi che hanno come unico scopo pro-

³ Sul punto v. S. STAIANO, *Normatività e dintorni. Riflessioni sull'incertezza delle regole dal punto di vista costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 4, 2015, 683 ss.

⁴ L'incertezza è considerata un male che mette a repentaglio quegli elementi di razionalità che secondo le teorie illuministiche sullo stato di diritto danno contenuto di senso e fondamento al diritto e alla politica moderni. Su tale aspetti e sui problemi relativi esiste una letteratura abbondante. Senza pretesa di esaustività si v. J. BENTHAM, *Of laws in general*, The collected works of Jeremy Bentham, edited by H.L.A. Hart, The Athlone press: University of London, London, 1970; N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2, 1951, 146 ss.; E. ALLORIO, *La certezza del diritto dell'economia*, in *Il dir. dell'econ.*, 3, 1956, 1198 ss.; G. CARCATERA, *Certezza, scienza, diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2, 1962, 377 ss.; M. LONGO, *Certezza del diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, 3, Utet, Torino, 1966, 124 ss.; F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Nuova ed. riv. in aggiunta saggio di G. Capograssi, a cura di Guido Astuti, appendice di M. Corsale, Giuffrè, Milano, 1968; A. D'AMATO, *Legal Uncertainty*, in *Calif. L. Rev.*, 1983, 1 ss.; M. CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, II ed., Giuffrè, Milano, 1979; E. RESTA, *La forma moderna del diritto*, in *Dem. dir.*, 3, 1987, 102; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. privat. – Sez. civ.*, II, Utet, Torino, 1988; A. PIZZORUSSO, *Certezza del diritto (profili pratici)*, in *Enc. giur.*, VI, Treccani, Roma, 1988; F. BILANCIA, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 4, 1993, 3007 ss.; C. FARALLI, *Certezza del diritto o diritto alla certezza?*, in *Materiali per una st. della cult. giur.*, 1, 1997, 89 ss.; M. CAVINO, *Corte costituzionale e certezza del diritto*, in *Giur. it.*, 12, 1999, 2359 ss.; F. RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in *Trasformazioni della funzione legislativa. II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, a cura di F. MODUGNO, Giuffrè, Milano, 2000, 73 ss.; S. BERTEA, *La certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo*, in *Materiali per una st. della cult. giur.*, 1, 2001, 131 ss.; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, in *Rassegna forense*, 1, 2006, 307 ss.; G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza: il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Dedalo, Bari, 2006; A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2006; P. GROSSI, *Sulla odierna “incertezza” del diritto*, in *Giust. civ.*, 4, 2014, 921 ss.; E. PONZIO, *La metamorfosi della certezza nello stato costituzionale*, Tesi di laurea in diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata (a.a. 2014-2015), Macerata, 2015.

⁵ V. in proposito: G. SILVESTRI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in *Pol. dir.*, 1, 1987, 149 ss.; A. RUGGERI, *A proposito di deleghe, delegificazioni (ed altro) e dei possibili rimedi volti a porre ordine nel sistema delle fonti*, in *Le deleghe legislative. Riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale*, a cura di P. CARETTI, A. RUGGERI, Giuffrè, Milano, 2003, 1 ss.; L. CARLASSARE, *Fonti del diritto, rottura delle regole, indebolimento della democrazia*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 10, Giappichelli, Torino, 2000, 75 ss.; P. CARETTI, *La legge parlamentare nel sistema delle fonti: trasformazioni in atto e problemi di prospettiva*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale: scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, 361 ss.

rogare altre disposizioni, interventi legislativi privi di adeguate norme transitorie, discipline sparse in numerose leggi, atti aventi forza di legge che abrogano o modificano norme a distanza di pochissimo tempo l'un dall'altro, atti provvisori che divengono corpi normativi stabili modificabili come fossero codici o testi unici, atti delegati adottati interpretando in maniera estensiva i confini della delega, ecc.⁶.

La precarizzazione è, evidentemente, un fenomeno articolato che esprime taluni dei contrasti più forti che si vivono nel mondo del diritto: la necessità di norme certe e la impossibilità per i produttori delle regole giuridiche di «dare stabilità a un diritto che [...] è divenuto altamente precario e senza contenuti validi che possano permanere nel tempo⁷».

Riflettere su questi temi non è facile. Il rischio che si corre è quello di limitarsi a un lamento, a una denuncia degli effetti deleteri di tale fenomeno e nella conseguente descrizione dei maltrattamenti subiti dall'ordinamento giuridico.

Il diritto precario, invece, è anzitutto un fenomeno da studiare nelle sue cause. Come vedremo nelle pagine successive la precarizzazione incorpora tanto le trasformazioni subite dal diritto odierno quanto le evoluzioni che interessano lo stato contemporaneo e la Costituzione: la sempre più stretta integrazione europea, che ha provocato un ridimensionamento dei poteri interni; il nuovo equilibrio tra Governo, Parlamento e organi di garanzia; il cambiamento della rappresentanza politica; la nuova distribuzione territoriale del potere all'interno degli stati; la maggiore richiesta di diritti da parte dei cittadini; la garanzia dell'eguaglianza effettiva tra tutti, ecc.⁸. La prospettiva di fondo con cui si proverà a fare i conti mira a evidenziare che la precarizzazione è l'espressione di un fisiologico mutamento nella produzione del diritto: una prova della crisi dell'immagine ottocentesca dello «stato di diritto» e dell'idea liberale

⁶ A tal proposito v. le interessanti considerazioni contenute nel documento: COMITATO PER LA LEGISLAZIONE, *I costi per la competitività italiana derivanti dalla instabilità normativa: cause e possibili rimedi. Relazione presentata dal Presidente On. Doris Lo Moro e pubblicata in allegato al resoconto della seduta del 5 febbraio 2013*, Roma, 2013, http://leg16.camera.it/temiap/temi16/Rapporto_stratificazione.pdf.

⁷ Cfr. N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2004, VI e poi 16 in cui lo stesso autore, utilizzando le parole di Falzea, ricorda che il carattere precario del diritto deriva dal carattere mutevole della società moderna dove «stanno insieme categorie, classi, gruppi di persone con interessi contrastanti, dotazioni disuguali di beni, differente educazione culturale, motivazioni ideologiche diverse e diverse prospettive di vita».

⁸ Su questi aspetti di trasformazione e «transizione» v. le interessanti e suggestive pagine di F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Cedam, Padova, 2000, in particolare la «introduzione» al volume. Più recentemente sul punto delle trasformazioni dello stato costituzionale è tornato A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Giuffrè, Milano, 2014, 264-265.

della legge contenente quasi esclusivamente norme generali e astratte⁹.

In questo senso, la rapidità con la quale le fonti primarie cambiano nel tempo sarà usata come uno strumento euristico che ci consente sia di comprendere le interpretazioni a cui sono state sottoposte le fonti di produzione contenute nella seconda parte della Costituzione sia, al medesimo tempo, di intendere le profonde evoluzioni della forma di governo parlamentare italiana¹⁰.

L'indagine che verrà svolta seguirà lo sviluppo diacronico della produzione normativa durante le diciassette legislature repubblicane, andando a vedere come e quanto è cambiata la produzione delle fonti primarie in base agli sviluppi della forma di stato e della forma di governo¹¹.

Svolgeremo, a tale proposito, uno studio della prassi legata alle fonti del diritto¹², cercando di analizzare tanto le "regole" del diritto costituzionale – e in

⁹ Il diritto precario segna il tramonto definitivo dell'idea della "legge generale e astratta" e del *tout simplifier* di cui parlava Jean Etienne Portalis nella sua celebre relazione al *Conseil d'État* del 1801 e di quella semplificazione del paesaggio giuridico narrata magistralmente da Paolo Grossi in tante sue opere. Diceva Portalis: «Il potere legislativo è la onnipotenza umana. La legge stabilisce, muta, modifica, perfeziona; essa distrugge ciò che è, essa crea ciò che non è ancora. La testa di un grande legislatore è una specie d'Olimpo da cui partono quelle idee vaste, quelle concezioni fortunate che presiedono al benessere degli uomini e ai destini degli imperi» (Cfr. J.E.M. PORTALIS, *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile*, a cura di R. CALVO, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1999. Quelle pagine di Portalis sono più volte ricordate nella letteratura nostrana. V. da ultimi N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2, 2015 e V. MASSIMO, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007). Sul carattere semplificante della ideologia del legislatore dotato di "razionalità olimpica" v. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, III ed., Giuffrè, Milano, 2007, 55 ss.

¹⁰ Il tema delle trasformazioni costituzionali non è nuovo agli studiosi e la letteratura sul tema è sterminata. Su tali aspetti si rimanda a quella dottrina che ha analizzato maggiormente le trasformazioni costituzionali come un fenomeno esogeno rispetto al solo orizzonte delle fonti v.: M. FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim di dir. pubbl.*, 2, 2014, 295 ss.; il capitolo su "La Costituzione del 1948: il modello e la sua tenuta" in E. CHELI, *Nata per unire*, Il Mulino, Bologna, 2012, 25 ss.; A. CATANIA, *Trasformazioni del diritto in un mondo globale*, in *Ars Interpretandi*, 2006, 71 ss.; S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, 13 ss. (per quanto riguarda il rapporto tra interpretazioni e trasformazioni della Carta costituzionale).

¹¹ Cfr. E. CHELI, *La produzione normativa: sviluppo del modello costituzionale e linee di tendenza attuali*, in *Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea*, Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 2003, 135-136.

¹² Gli effetti della scelta della prassi come punto di partenza privilegiato per l'esame delle fonti del diritto sono indicati da U. DE SIERVO, *Conclusioni*, in *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, a cura di M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA, Giappichelli, Torino, 2011, 553. Secondo l'autore nell'esame delle fonti occorre riferirsi anzitutto alla prassi legislativa «con la consapevolezza che solo tramite essa si può constatare quale sia l'effettiva produzione normativa nel nostro sistema istituzionale, al di là delle nostre interpretazioni dottrinali in materia su ciò che sarebbe opportuno o necessario; ciò non vuol minimamente dire che si rinuncia a valutare ciò che viene posto in essere, né – tanto meno – che si debba giustificare l'esistente, ma che le do-

particolare quelle della seconda parte della Costituzione – quanto le “regolarità” dei fenomeni politici¹³, cioè il comportamento concreto degli attori istituzionali ed extra-istituzionali che animano la forma di governo¹⁴.

La consapevolezza che ci guida è quella espressa da molti autori e ricordata oramai venti anni fa da Livio Paladin nelle prime pagine del suo manuale sulle fonti del diritto, in cui si legge: «il quadro delle fonti costituisce – per antica tradizione – uno dei luoghi in cui si pongono a confronto le teorie generali del diritto con i principi informatori dell’ordinamento vigente¹⁵».

La tesi che proveremo a dimostrare è, dunque, che le fonti primarie stanno subendo un processo di precarizzazione dovuto all’intenso e rapido *stress* cui le sottopongono i legislatori; un processo che sta rendendo il nostro ordinamento molto più instabile di prima e che richiede di prendere in seria considerazione una riforma dei meccanismi di produzione del diritto¹⁶.

Per le ragioni sopra esposte, abbiamo scelto di dividere il percorso dell’indagine in tre parti: nella *prima* inquadreremo l’argomento dal punto di vista teorico dando alcune indicazioni circa il metodo seguito e le cause della precarizzazione; nella *seconda* analizzeremo la legislazione dalla prima alla diciassettesima legislatura per inquadrare in che modo nasce il diritto “precario”; nella *terza* arriveremo alle conseguenze della precarizzazione e svolgeremo alcune considerazioni finali.

verose considerazioni sulla legalità e sull’opportunità di ciò che avviene devono partire da una realistica considerazione del diritto positivo esistente, quale concretamente posto in essere nel nostro Paese nei diversi periodi politici ed istituzionali».

¹³ Usando le categorie elaborate da M. DOGLIANI, *Indirizzo politico: riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 1985, 1 ss. e poi riprese da A. RUGGERI, *Le crisi di governo tra “regole” costituzionali e “regolarità” della politica*, in *Pol. dir.*, 1, 2001.

¹⁴ In questo senso si esprime A. SIMONCINI, *Tendenze recenti della decretazione d’urgenza in Italia e linee per una nuova riflessione*, in *L’emergenza infinita. La decretazione d’urgenza in Italia*, a cura di A. SIMONCINI, Eum, Macerata, 2006, 37.

¹⁵ Cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, 7-8.

¹⁶ G. TARLI BARBIERI, *Appunti sulle fonti del diritto italiano: parte generale*, Giappichelli, Torino, 2008, 2 ss.

PARTE I
IL CARATTERE PRECARIO
DELLA LEGISLAZIONE
NELLO STATO CONTEMPORANEO

CAPITOLO I

EVOLUZIONI E TRASFORMAZIONI DELLA LEGISLAZIONE

SOMMARIO: 1. L'influenza di una drammatica accelerazione. – 2. All'origine delle trasformazioni della legislazione: lo Stato contemporaneo e la nuova nozione di tempo. – 3. L'efficacia temporale della legislazione precaria.

1. L'INFLUENZA DI UNA DRAMMATICA ACCELERAZIONE

I problemi della legislazione contemporanea hanno radici antiche. La consapevolezza della generale precarizzazione delle fonti primarie all'interno degli ordinamenti europei inizia a comparire già in alcuni lavori pubblicati nella prima metà del XX secolo che mettono in crisi le perfette costruzioni teoriche del tardo settecento e dell'ottocento¹. Numerosi fenomeni contribuivano a complicare le idee armoniche e schematiche prodotte dalla modernità giuridica².

Il processo si amplificò a partire dagli anni venti di quel secolo, quando in Italia, in Francia, in Germania e nel Regno Unito si verificò un crescente ricorso alla legislazione delegata e in generale l'attribuzione del potere normativo ai Governi³.

¹ Su questi aspetti v. in generale L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Annali II-2, Giuffrè, Milano, 2008, 561 ss. In un altro suo scritto la stessa autrice afferma: «parlare delle fonti del diritto oggi è estremamente difficile. I nostri concetti consueti sembrano ormai inadeguati, la sistemazione tradizionale insufficiente; è difficile, pertanto, dare ordine al discorso». Cfr. L. CARLASSARE, *Fonti del diritto, rottura delle regole, indebolimento della democrazia*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno 10, Giappichelli, Torino, 1999, 75. Sul punto v. anche il recente contributo di A. SANDULLI, *Ordine giuridico e ordine economico in Max Weber*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2016, 949 ss.

² In proposito v. il recente contributo di I. STOLZI, *Immagini della crisi e ruolo delle fonti: un'ipotesi di lettura*, in *Parlamento e storia d'Italia II. Procedure e politiche*, a cura di V. CASAMASSIMA, A. FRANGIONI, Edizioni della Normale, Pisa, 2016, 254 ss., in cui si trova una chiara descrizione dei principali fenomeni che contribuirono a complicare quella idea “così armonica e così schematica” di ordine giuridico.

³ Su questi aspetti si v. l'ampia e ancora attuale ricostruzione di E. CHELI, *L'ampliamento dei*

L'autore che ci sembra aver riassunto in maniera più efficace il novero delle questioni legate alla precarizzazione delle fonti negli ordinamenti continentali è Carl Schmitt. Nella relazione svolta in varie città del vecchio continente fra il 1941 e il 1944, dal titolo «La condizione della scienza giuridica europea⁴», il pubblicista tedesco sintetizzò in alcune lucidissime pagine i problemi giuridico-politici che i cambiamenti nella rappresentanza politica avvenuti a cavallo tra il XIX e il XX secolo avevano generato nel sistema delle fonti del diritto⁵.

In quella relazione Schmitt intese provocatoriamente dimostrare che il tempo della legislazione europea contemporanea stava subendo l'influenza di una drammatica accelerazione, con conseguenze pericolose addirittura per la generale nozione del «governo delle leggi»: dal 1914 gli eventi storici che si erano verificati in Europa avevano contribuito a rendere più veloce e sommario il processo legislativo e a comprimere il percorso necessario per formulare norme giuridiche; la guerra e il periodo successivo dominato da profondi sconvolgimenti economico-sociali avevano influito profondamente sull'assetto delle fonti del diritto, modificandone i connotati originari; il procedimento legislativo era diventato sempre più semplificato e accelerato; al contempo la produzione normativa era sempre più delegata all'attività del governo, con il Parlamento che giocava un ruolo sempre più laterale nelle decisioni di indirizzo politico⁶.

poteri normativi dell'Esecutivo nei principali ordinamenti occidentali, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 1959, 465 ss. Sulla situazione francese v. le notazioni riportate dalla manualistica (non recente) francese riguardo alla fine della III Repubblica (su cui M. DUVERGER, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Presses Universitaires de France, Paris, 1955, 442 ss. e A. HAURIUO, *Droit constitutionnel et institutions politique*, Edition Montcrestien, Paris, 1972, 728 ss.). Sulla situazione britannica v. G. CARAVALE, *Il governo legislatore: esecutivo ed attività normativa in Gran Bretagna e negli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 2004, 47 ss. Per l'Italia e la Francia v. anche la recente ricostruzione di M. FIORAVANTI, *Le potestà normative del governo. Dalla Francia d'ancien régime all'Italia liberale*, Giuffrè, Milano, 2009, 241 ss. a cui si rimanda anche per la copiosa dottrina ivi citata, soprattutto con riguardo al fatto che la crisi del sistema liberale rappresentativo ottocentesco, con le nuove forme di democrazia sociale caratterizzate dall'affermarsi dei partiti di massa, portò ulteriori trasformazioni del ruolo dei Parlamenti (su cui v. in generale G. BURDEAU, *Il regime parlamentare nelle costituzioni europee del dopoguerra*, Edizioni di Comunità, Milano, 1950 e M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere: stati e amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 1986).

⁴ Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, in *Diritto e cultura*, 1995, trad. da L. CIMMINO, 7 ss. (titolo originale dell'opera: C. SCHMITT, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin, Duncker und Humblot, 1973, 386-429). Per una ricostruzione delle vicende che riguardano questo testo si può fare riferimento all'appendice presente nella traduzione italiana di LUIGI CIMMINO oltre che ai volumi di E. KENNEDY, *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar*, Duke University Press, Durham, 2004, 11 ss. e di R. MEHRING, *Carl Schmitt: Aufstieg und Fall*, CH Beck, Munchen, 2009.

⁵ Su questi aspetti v. la ricostruzione di S. SILEONI, *Autori delle proprie regole: i codici di condotta per il trattamento dei dati personali e il sistema delle fonti*, Cedam, Padova, 2011, 25 ss.

⁶ Sul punto v. anche C. SCHMITT, *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*,

Sotto la minaccia onnipresente della guerra e della crisi economica, il XX secolo stava quindi registrando un aumento vertiginoso della produzione di fonti normative dei governi e di atti a essa equiparati, con un ritmo ogni giorno maggiore e sempre più incalzante⁷. Le deliberazioni legislative e le decisioni giudiziarie erano oramai il prodotto di procedimenti sommari e non rappresentavano più i prudenti dibattiti e gli scambi immaginati dai pensatori illuministi o dai loro eredi liberali del diciannovesimo secolo⁸.

Forzati ad adattarsi a un così grande numero di sfide politiche ed economiche che imponevano risposte immediate⁹, i legislatori europei stavano correndo ai ripari o approvando leggi istantanee o delegando al potere amministrativo la soluzione dei problemi contingenti, nella speranza che essi sarebbero stati meglio equipaggiati per affrontare le questioni di un mondo che non riconoscevano più, tanto si era accelerato¹⁰.

In questo orizzonte, le leggi venivano confezionate con disposizioni che non seguivano più il modello tradizionale, cioè la definizione di un comando giuridico generale e astratto frutto di una volontà legislativa infallibile¹¹, ma prendevano la

Giappichelli, Torino, 2004, 31 ss.; C. SCHMITT, *L'evoluzione recente del problema delle delegazioni legislative*, in *Quad. cost.*, 3, 1986, 536 ss.; C. SCHMITT, *Le categorie del politico. Saggi di teoria politica*, a cura di G. MIGLIO, P. SCHIERA [traduzione di Pierangelo Schiera], Il Mulino, Bologna, 1972 dove si può leggere anche una traduzione di "Legalität und Legitimität". Per un esame molto efficace del rapporto tra C. Schmitt e la cultura giuridica italiana v. A. CAMPI, *L'ombra lunga di Weimar: Carl Schmitt nella cultura politica italiana tra terrorismo e crisi della partitocrazia*, in *Rivista di politica*, 2, 2011, 185 ss. e R. CAVALLO, *Le categorie politiche del diritto: Carl Schmitt e le aporie del moderno*, Bonanno, Acireale-Roma, 2007, *passim*.

⁷ Il "ritmo" con cui quella legislazione muta è efficacemente descritta da due lavori di taglio storico-giuridico recenti: C. LATINI, *Governare l'emergenza: delega legislativa e pieni poteri in Italia tra otto e novecento*, Giuffrè, Milano, 2005 e M. FIORAVANTI, *Le potestà normative del governo. Dalla Francia d'ancien régime all'Italia liberale*, cit.

⁸ Nello stesso senso v. C. SCHMITT, *The crisis of parliamentary democracy*, a cura di E. KENNEDY, MIT press, Cambridge, Mass, 1988. Il tema si lega alla nozione e alle origini del concetto di generalità e astrattezza nella legge, su cui v. R. CARRÉ DE MALBERG, *La legge espressione della volontà generale*, Giuffrè, Milano, 2008, trad. it. a cura di M. CALAMO SPECCHIA, 9 ss. Per la dottrina italiana v. M. FIORAVANTI, *La crisi dello Stato liberale di diritto*, in *Ars interpretandi*, 1, 2011; M. GRONDONA, *Società aperta, stato di diritto, individuo: quale ruolo per la libertà e per la giustizia?*, in *Pol. dir.*, 2-3, 2012; R. BIN, *Stato di diritto*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Giuffrè, Milano, 2011; T. GROPPI, A. SIMONCINI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti. II edizione*, II ed., Giappichelli, Torino, 2013; P. CIPOLLA, *L'Ordonnance Criminelle di Luigi XIV e la lunga marcia verso la codificazione*, in *Pol. dir.*, 3, 2005, 497 ss.

⁹ Secondo Schmitt si tratta della «accelerazione delle dinamiche interne dell'economia di mercato» e della pratica dell'intervento statale nell'economia. Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, cit., 26.

¹⁰ Si pensi in questo senso alle trasformazioni del potere di ordinanza. Cfr. A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, 96 ss.

¹¹ L'idea mitologica di una legge certa e di un legislatore infallibile sono state ricostruite da

forma o di atti equiparati ai provvedimenti amministrativi o di mere deleghe agli organi dell'amministrazione formulate in maniera del tutto vaga e precaria.

La tanto celebrata "età delle leggi" si stava trasformando in un'età della iperproduzione e della inflazione normativa (*Vergesetzlichung des Rechts*)¹². L'accelerazione nella produzione legislativa generava uno scenario allarmante, nel quale le leggi spesso divenivano niente più che «ordini modificabili in base ai cambiamenti repentini della realtà»¹³.

Il *trend* si completava con una sempre più nuova e ampia autorizzazione ai corpi amministrativi attraverso la quale questi potevano approvare direttive, ordinanze e decreti che finivano per rimpiazzare la legge¹⁴. Tali atti rappresentavano, nei fatti, esempi paradigmatici di un sottoprodotto di una legislazione "motorizzata"¹⁵, la cui crescente importanza derivava dall'accelerazione nella produzione legislativa e dal considerarsi – sempre secondo lo stesso autore – come una «forma elastica di legislazione».

Le parole di Schmitt sono molto forti e da collocare all'interno della sua critica alle fondamenta dello Stato liberale¹⁶ e, soprattutto, al tentativo – av-

molti autori e con spunti critici rivolti a identificare il ripensamento di tale concetto. Si vedano sul punto: P. PASQUALUCCI, *Il mito Rousseauiano del legislatore*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1978; N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979; A. CELOTTO, E. CONTE, *Legge*, in *Dizionario di diritto pubblico diretto da Sabino Cassese*, IV, Giuffrè, Milano, 2006, 3388 ss.; P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., 37-38; C. PANZERA, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, in *Pol. dir.*, 3, 2007, 347 ss.; P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Suor Orsola Benincasa, Napoli, 2008, 28 ss.; P. GROSSI, *Il diritto civile italiano alle soglie del terzo millennio (una post-fazione)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2010, 465 ss.; F. MAZZARELLA, *La semplicità immaginaria. Apogeo e crisi dello Stato liberale di diritto*, in *Ars interpretandi*, 1, 2011, 57 ss.

¹² Commentando la relazione di C. Schmitt, W.E. SCHEUERMAN, *Motorized Legislation? Statutes in an Age of Speed*, in *ARSP: Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 2002, 380 ricorda pure un altro aspetto molto interessante per i sistemi di *common law*. Secondo Scheuerman, quello che Schmitt afferma dimostra l'errore in cui erano incorsi i critici della *common law*: sia gli studiosi critici verso questo sistema, i quali avevano sostenuto che regole positive stabilite in leggi scritte avrebbero aperto la strada a una maggiore regolarità, trasparenza e stabilità del diritto; sia i difensori del diritto positivo, i quali avevano promesso di liberare il diritto da quello che J. Bentham aveva descritto come gli irrazionali "geroglifici egiziani" della *common law*.

¹³ Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, cit., 26.

¹⁴ Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, cit., 27.

¹⁵ Il tema della legislazione "motorizzata" è già utilizzato in numerose occasioni per indicare la velocità di approvazione delle fonti primarie nel nostro ordinamento: v. ad esempio A. RUGGERI, *Ancora in tema di decreti-legge e leggi di conversione, oververosia di taluni usi impropri (e non sanzionati) degli strumenti di normazione (a margine di Corte cost. nn. 355 e 367 del 2010)*, in "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, XIV, *Studi dell'anno 2010*, a cura di ID., Giappichelli, Torino, 2010, 551. In Italia il termine è stato utilizzato anche per indicare la velocità di approvazione delle leggi di bilancio. Cfr. A. MANZELLA, *Il parlamento*, Il Mulino, Bologna, 2003, 348.

¹⁶ Come rilevato da M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in *Scritti per M. Nigro*, I, 1991, 343.

viato durante i primi decenni del secolo scorso – di coniugare quest’ultimo con l’allargamento del suffragio¹⁷. La lucida analisi della crisi della legalità statale terminava con un appello alla scienza giuridica della vecchia Europa a non cercare solo dentro il fenomeno giuridico una risposta unitaria ai problemi sociali¹⁸.

Queste pagine offrono un utile punto di partenza per spiegare come mai già all’avvio del secolo scorso la legislazione avesse intrapreso un processo di tendenziale accelerazione, mutando il ruolo delle assemblee legislative e del corpo di funzionari che contribuiscono alla produzione legislativa¹⁹. All’interno del discorso di Schmitt, inoltre, si vede il superamento di quel mito della “razionalità” della legislazione che aveva portato Max Weber a trovare, in molti elementi del diritto e della politica moderni, un equilibrio tra una razionalità formale e una sostanziale²⁰.

2. ALL’ORIGINE DELLE TRASFORMAZIONI DELLA LEGISLAZIONE: LO STATO CONTEMPORANEO E LA NUOVA NOZIONE DI TEMPO

Non si può non notare quanto questa evoluzione si intrecci inevitabilmente con il cambiamento stesso del concetto di Stato e di libertà che avvenne all’interno del dibattito sulla Costituzione di Weimar²¹. Il passaggio che segnala Schmitt sottintende, infatti, una trasformazione nella concezione di “Stato di

¹⁷ V. sul punto C. SCHMITT, *The crisis of parliamentary democracy*, cit., 26 ss. (per la letteratura che si è espressa anche in tempi recenti su questi aspetti della critica *schmittiana* v. G. PRETEROSSO, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Laterza, Bari-Roma, 1996, 8 e D. RAGAZZONI, *Carl Schmitt e la sovranità fragile dei moderni*, in *Iride*, 3, 2014, 482 ss.). Va pure ricordato che la crisi dei primi decenni del secolo scorso venne segnalata in Italia da giuristi come Santi Romano, Orlando, Ranelletti, più tardi da Jemolo, oltre che da Gaetano Mosca e fu dovuta alla penetrazione nello Stato, a seguito del suffragio universale, di interessi organizzati. Su questo punto si v. la prolusione di Santi Romano all’a.a. 1909-1910 nella Regia Università di Pisa (ora in S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi: saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1969). Sul tema v. anche il recente lavoro di S. CASSESE, *Lo stato come problema storico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2013, 186 ss. che ricostruisce i particolari della crisi menzionata.

¹⁸ Come rileva N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., 12-13.

¹⁹ C.-G. HEIDEGREN, *Social Acceleration, Motorized Legislation and Framework Laws*, in *The Contemporary Relevance of Carl Schmitt: Law, Politics, Theology*, a cura di M. ARVIDSSON, L. BRÄNNSTRÖM, P. MINKKINEN, Routledge, New York, 2015, 95-96.

²⁰ Si vedano a questo proposito le ultime pagine di M. WEBER, *Economia e società*, Sociologia del diritto, Comunità, Milano, 1961, 186 ss. in cui l’autore parla delle “caratteristiche formali” del diritto moderno.

²¹ E. FORSTHOFF, *Concetto e natura dello stato sociale di diritto*, in *Stato di diritto in trasformazione*, a cura di C. AMIRANTE, Giuffrè, Milano, 1973, 35 ss.

diritto²²”: da una forma di stato mono-classe, che esalta la libertà individuale, a una basata sul riconoscimento del pluralismo sociale, in cui quella libertà è resa effettiva e accessibile a tutti attraverso l’affermazione dei “nuovi” diritti sociali²³, cioè quei diritti che richiedono un impegno d’intervento attivo (un dovere di promozione) da parte dello Stato²⁴.

In quell’orizzonte l’idea che la norma giuridica fosse contraddistinta solo con la generalità e astrattezza non era non più sostenibile²⁵, tanto che si iniziava a parlare di “crisi della legge” o “di crisi delle fonti”, intendendo queste locuzioni come la dimostrazione di una crisi che veniva da lontano, ma che colpiva la stessa capacità creatrice del diritto che è propria della legge²⁶.

²² Per un inquadramento di questi aspetti si vedano: M. FIORAVANTI, *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Manuali Laterza, Laterza, Roma, 2002; M. FIORAVANTI, *La crisi dello Stato liberale di diritto*, cit.; M. CAPPELLETTI, *La «politica del diritto» di Calamandrei: coerenza e attualità di un magistero*, in Piero Calamandrei – *Ventidue saggi su un grande maestro*, a cura di P. BARILE, Giuffrè, Milano, 1990, 259; M. GRONDONA, *Società aperta, stato di diritto, individuo: quale ruolo per la libertà e per la giustizia?*, cit., 393; G. SILVESTRI, *Lo stato di diritto nel XXI secolo*, in *Rivista AIC*, 2011; R. BIN, *Stato di diritto*, cit.

²³ Sul punto sia consentito rinviare alla ricostruzione già svolta in E. LONGO, *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali. Profili teorici e prassi costituzionali*, Cedam, Padova, 2012, *passim*.

²⁴ Sulle caratteristiche proprie dello “stato sociale” come Stato che rivendica l’intervento attivo nella vita civile e sui limiti di queste dinamiche v. R. BIN, *Stato di diritto*, cit.; G. ZACCARIA, *Pluralismo, ermeneutica, multiculturalismo: una triade concettuale*, in *Ragion pratica*, 2, 2008, 559 ss.; P. COSTA, *The Rule of Law: A Historical Introduction*, in *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, a cura di P. COSTA, D. ZOLO, Springer, Dordrecht, 2007, 90 ss.

²⁵ Il tema della caduta della generalità e astrattezza come una conseguenza e un prodotto delle trasformazioni dello stato contemporaneo è affrontato non solo dagli autori citati in precedenza ma anche da altri importanti autori italiani: v. a tal proposito le considerazioni di G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2008, 217, il quale evidenzia i riflessi della crisi della legge sul concetto di eguaglianza e di libertà e di F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. e soc.*, 1989, 411 ss., i quali evidenziano soprattutto le ricadute della crisi della legge sul sistema delle fonti. Più di recente F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2009, 13 afferma: «nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale si è alterata, come si riconosce, la stessa funzione della legge. All’idea della legge generale ed astratta, canone universale di comportamento e limite negativo dell’attività dei singoli, si è venuta affiancando l’idea della legge, strumento privilegiato per la realizzazione dell’indirizzo politico governativo, come mezzo per l’eliminazione delle disuguaglianze economico-sociali, per la redistribuzione delle risorse, per l’attuazione della politica economica del governo, ecc., con la conseguenza della sua frammentazione in leggi di settore, leggi speciali, eccezionali, temporanee, interpretative, di sanatoria, sino alla discussa, ma sempre più frequente categoria delle leggi-provvedimento».

²⁶ Su questo punto v. le considerazioni svolte dalla dottrina italiana tra le due guerre. F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1, 1930, 426 che così ammoniva: «Necessariamente la moltiplicazione delle leggi aggrava sempre più il problema del legislatore. Voglio dire il problema della idoneità degli uomini chiamati a costruirle. Noi siamo, sotto questo profilo, in pre-

È paradossale come proprio nel momento in cui l'estensione del suffragio all'intero popolo avrebbe dovuto realizzare il massimo trionfo della legge, il moltiplicarsi degli interventi legislativi e la necessità di trasferire l'onere di realizzare una parte di essi al Governo e all'amministrazione – specie sotto la spinta della legislazione sociale –, si stessero producendo complessità, precarizzazione e instabilità nel sistema delle fonti primarie e secondarie²⁷.

Vale la pena sottolineare – rimandando l'approfondimento del punto ai paragrafi successivi – che tale mutazione attraeva nel campo del diritto un diverso modo di intendere il tempo della legge e lo costringeva a trovare strade alternative per inseguire i repentini cambiamenti sociali²⁸.

È in questa prospettiva che la dottrina ha mostrato come in realtà fosse la struttura gerarchica del sistema politico ad aver subito un sovraccarico. Secondo questa prospettiva, nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato contemporaneo il diritto appariva l'unico sistema di orientamento normativo dell'azione capace di controllare questi spazi nuovi dell'azione che gli altri sistemi di "orientamento" normativo «possono solo contenere, senza aperture rispetto alle possibilità sempre più larghe prodotte dall'azione sociale stessa²⁹». Nella nuova so-

senza di una crisi, la cui prima manifestazione consiste in ciò che non corrispondono l'organo e la funzione. In realtà il peso della funzione ha soverchiato l'organo. Gli uomini investiti ufficialmente del potere non bastano più per adempiervi. Noi abbiamo assistito, perciò, da un pezzo, a una evasione delle funzioni dal campo del potere legislativo a quello del potere esecutivo». Fa eco a Carnelutti pochi anni dopo W. CESARINI SFORZA, *La crisi delle fonti*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1, 1936, 26 che così affronta il problema della corrispondenza tra la "struttura" e la "funzione": «mentre chiave di volta dell'ordinamento statale è ancora il potere legislativo nella forma che caratterizza lo Stato rappresentativo, invece la funzione creatrice del diritto non è più, nella realtà concreta, monopolio di questo potere, onde può sorgere il dubbio che alla legge formale o parlamentare possa riconoscersi ancora il monopolio della qualificazione giuridica. Quella esatta corrispondenza fra struttura e funzione degli istituti in ogni punto dell'ordinamento giuridico, che si constata nelle manifestazioni normali della vita del diritto, è venuta meno in punti essenziali, e non si tratta naturalmente di eccezioni previste, che confermino la regola e non intacchino la compattezza dell'ordinamento (eccezioni di questo genere si sono sempre verificate), bensì di concezioni nuove affermantisi nell'ordine politico e sociale, ed ispiranti l'attività concreta di dati organi e soggetti. Così è accaduto che le presenti funzioni di dati istituti siano diventate sostanzialmente estranee alla struttura originaria degli istituti stessi, la quale viceversa permane intatta o alterata solo in parte». Di recente a far chiarezza sui temi della "crisi" sono intervenuti prima M. RUOTOLO, *Crisi della legalità e forma di governo*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 140 ss. e poi I. STOLZI, *Immagine della crisi e ruolo delle fonti: un'ipotesi di lettura*, cit., 253 ss.

²⁷ Una caratteristica che accomuna molti ordinamenti giuridici a partire dal primo dopoguerra. Sul punto v. F. MODUGNO, *Legge in generale (Diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 873-874; M.S. GIANNINI, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 286 ss.

²⁸ Una lucidissima espressione di questa esigenza è espressa per l'ordinamento americano da L.M. FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Il Mulino, Bologna, 1978.

²⁹ Cfr. L. PANNARALE, *Il diritto e le aspettative*, Esi, Napoli, 1988, 40.

cietà c'era «più bisogno di diritto perché l'economia, per esempio, [aveva] reso possibile il dispiegarsi di spazi d'azione fino ad allora imprevedibili³⁰». Il diritto era diventato così «il sistema sociale che, più di altri, [poteva] predisporre ad assumere nella società moderna il primato nell'orientamento dell'azione³¹».

Non si può fare a meno di notare che queste trasformazioni avevano profonde radici nei cambiamenti scientifici, tecnici e finanche culturali che si stavano verificando in quel momento all'interno della società europea. L'epifenomeno di ciò è ben visibile nella nuova concezione del tempo che ci viene consegnata dalle teorie dei fisici vissuti a cavallo tra l'ottocento e l'inizio del novecento.

È nella prima metà del novecento, infatti, che Albert Einstein elaborò la teoria della relatività generale³² e Werner Heisenberg attingendo al principio fisico dell'«effetto dell'osservatore» formulò il «principio di indeterminazione³³»; due teorie che impressero un cambiamento decisivo nella concezione delle leggi fisiche che descrivono il tempo³⁴ e che avranno notevoli conseguenze sia nelle altre branche della scienza – tra cui anche il diritto³⁵ – sia nella concezione della stessa società³⁶.

³⁰ L. PANNARALE, *Il diritto e le aspettative*, cit., 40.

³¹ L. PANNARALE, *Il diritto e le aspettative*, cit., 40.

³² A. EINSTEIN, *Relatività esposizione divulgativa*, V ed., Boringhieri, Torino, 1963.

³³ W. HEISENBERG, *The physical principles of the quantum theory*, trans. by Carl Eckart and Frank C. Hoyt, Dover Publications, Toronto, 1949, 20 ss.

³⁴ Quest'ultimo non è più il fenomeno stabile delle teorie newtoniane, ma è un fenomeno relativo che ha una natura variabile: nella teoria di Einstein il tempo e lo spazio vengono fatti dipendere «dallo stato di moto del corpo e dal sistema di riferimento (o strumento di misurazione)». Cfr. G. VOLPE, *Il costituzionalismo del novecento*, Laterza, Bari-Roma, 2000, 133 e 134, il quale arriva ad affermare: «se è vero che il mondo non è più una realtà oggettiva posta dinanzi all'uomo, «semplicemente» da scoprire e svelare, tuttavia esso è una costruzione concettuale che dipende dai mezzi di osservazione di cui l'uomo si serve e dai sistemi di riferimento che adotta».

³⁵ Interessante leggere in C. MORTATI, *Diritto costituzionale (nozione e caratteri)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 951 che «la scienza del diritto in genere ed in particolare quella costituzionalistica, tanto nel momento della determinazione del proprio oggetto e dei correlativi procedimenti metodologici, quanto in quello successivo della loro applicazione al diritto positivo opera essa stessa quale fattore creativo della realtà alla quale rivolge il suo studio, si inserisce cioè in essa come forza attiva, nel senso che, mentre ne riflette le esigenze e idealità, contribuisce poi a potenziarle scoprendone le ragioni e le forze che le muovono, i nessi che le legano in unità, la regolarità delle loro manifestazioni da cui si deduce la intrinseca loro normatività». Un tema che lo stesso Mortati riprende dalla nota opera di G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, in *Foro it.*, Roma, 1937.

³⁶ Su questi aspetti v. il fondamentale saggio di T.A. ALEINIKOFF, *Constitutional law in the age of balancing*, in *Yale L.J.*, 5, 1987, 943 ss. Per la letteratura italiana v. le indagini recenti di A. LONGO, *Tempo interpretazione Costituzione. Vol. 1 Premesse teoriche*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, 19, il quale si riferisce alle conclusioni raggiunte da S. NATOLI, *La salvezza senza fede*, Feltrinelli, Milano, 2007.

Agli occhi di quegli autori, il tempo diveniva dipendente essenzialmente dalla prospettiva con cui esso era analizzato, secondo quella caratteristica che dobbiamo proprio alla teoria della relatività. Fu così che, a una visione che enfatizzava i tratti assoluti dei fenomeni temporali, venne sostituita un'altra che faceva leva sui suoi tratti relazionali e, soprattutto, relativi. La nuova concezione del tempo cambiò la società. Ora il tempo mostrava caratteristiche sempre più astratte in accordo all'esigenza di «coordinare e sincronizzare» le attività umane «con sequenze di fenomeni naturali non umani³⁷».

Gli elementi di questo passaggio, inteso come evoluzione e trasformazione di categorie scientifiche, economiche e sociali³⁸ si riverberarono anche nel campo del diritto e in particolar modo nel settore della legislazione. Quest'ultimo si può dire che è il settore del mondo sociale dove è sempre apparso più palese ciò che è nell'intimo dell'esperienza sociale³⁹. In fondo – come ricorda Calamandrei – lo “spirito del tempo” deve tradursi in realtà giuridica e, principalmente, in decisione legislativa se vuole incidere nel dominio del mondo sociale⁴⁰.

Lette dopo più di settanta anni, le considerazioni di Schmitt circa le patologie della legalità non sono solo incredibilmente lungimiranti, ma dimostrano che l'accelerazione e l'instabilità legislativa pongono questioni di difficile soluzione, anche per coloro che sono fermamente convinti del valore che ha per il processo legislativo la presenza di organi eletti democraticamente.

Molti confermano le osservazioni dello studioso tedesco circa le peculiarità dei vizi prodotti dalla legislazione motorizzata e mostrano con ancora maggiore precisione che alcuni degli attuali problemi delle fonti primarie hanno origine proprio in quella “velocizzazione selvaggia” che interessa il sistema delle

³⁷ Una cosa impossibile, almeno fino alla rivoluzione industriale e all'avvento delle nuove conoscenze scientifiche. Cfr. N. ELIAS, *Saggio sul tempo*, Il Mulino, Bologna, 1986, 145. Su tali aspetti v. anche il più recente volume di C. LECCARDI, *Sociologie del tempo*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 13-18.

³⁸ V. a questo proposito il noto saggio di M. WEBER dal titolo “Der Sinn der «Wertfreiheit» der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften” pubblicato nel 1917 all'interno della rivista “Logos”, ora in M. WEBER, *Il senso della “avalutatività” delle scienze sociologiche ed economiche*, in *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Einaudi, Torino, 2003, 318 ss.

³⁹ Questo nesso è molto chiaro guardando alla letteratura che si sviluppò nella prima metà del XX secolo anche in Italia. Ne è testimonianza fervida il libro di F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, cit., spec. 37 ss.

⁴⁰ Cfr. P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Cedam, Padova, 1939, 37 ss. In fondo il processo storico che ha caratterizzato il novecento è tutto un consolidarsi dell'idea dello Stato come soggetto “onnipotente”. Gli si assegna l'immagine che nulla sia impossibile, che lo Stato sia regolatore e allo stesso tempo dispensatore di beni. Questo modello ha avuto alcuni aggiustamenti legati, da un lato, agli sconvolgimenti avvenuti dopo la seconda guerra mondiale che hanno portato allo scoppio della seconda guerra mondiale e, dall'altro, all'affermarsi – nella seconda metà del novecento – dell'economia basata sul capitalismo finanziario.

fonti⁴¹. Persino gli studiosi americani, osservando l'evoluzione del loro ordinamento, hanno parlato di una tendenza alla *statutorification*⁴², intendendo così la esplosione del diritto scritto di origine parlamentare e governativo in luogo del diritto giurisprudenziale⁴³.

Ma è sicuramente nell'Europa continentale che questi fenomeni sono stati analizzati e giudicati con maggiore cura⁴⁴. E, tra tutti, è l'ordinamento giuridico italiano uno dei più interessanti da esaminare. In Italia i difetti della legislazione, l'inflazione legislativa, l'eccessiva stratificazione delle leggi (anche combinata con le fonti inferiori⁴⁵), l'abuso degli atti aventi forza di legge e degli atti normativi secondari del Governo si connettono a problemi più ampi che riguardano l'assetto delle fonti, la distribuzione del potere normativo tra il Parlamento e il Governo, l'effettività dei comandi normativi, l'interpretazione giurisprudenziale e il principio della certezza giuridica⁴⁶.

⁴¹ «La sempre maggiore complessità delle società dei nostri tempi, rifluendo anche in una crescente accelerazione del ciclo di emersione e decadenza dei bisogni sociali, finisce per imporre una viepiù accresciuta rapidità di risposta da parte del legislatore e conseguentemente una sensibile velocizzazione del processo di riproduzione normativa». Cfr. P. CARNEVALE, *Riflessioni sul problema dei vincoli all'abrogazione futura: il caso delle leggi contenenti clausole di «sola abrogazione espressa» nella più recente prassi legislativa*, in *Dir. e soc.*, 1998, 412-413.

⁴² Lo stesso termine "statutorification" è stato coniato da G. CALABRESI, *A common law for the age of statutes*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1982. Sul tema si v. pure: J. WALDRON, *The dignity of legislation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, 9; J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999; A.J. WISTRICH, *The Evolving Temporality of Lawmaking*, in *Conn. L. Rev.*, 2012, 737 ss.; G. GILMORE, *The ages of American law*, II ed., Yale University Press, 2014.

⁴³ Per l'appunto quel fenomeno si fa risalire alla prima metà del XX secolo e all'adozione delle misure connesse al New Deal. Anche oltre oceano in quel periodo – che è lo stesso a cui si riferisce Schmitt – i giudici non saranno più «in grado di scrivere in maniera sufficientemente veloce la gran parte delle norme che una società moderna in maniera evidente esige» e il legislatore diverrà l'unico in grado di prendere decisioni certe e celeri. Cfr. la traduzione del testo di G. CALABRESI, *A common law for the age of statutes*, cit., 163 fornita da C. CASTRONOVO, *L'appassimento dello Stato moderno e un libro sull'obsolescenza delle leggi*, in *Jus*, 1-2, 1983, 223. Queste trasformazioni erano già state in realtà evidenziate da R. POUND, *Common law and legislation*, in *Harvard L. Rev.*, 6, 1908, 383-384 parlando del rapporto tra "legislation" and "the judge-made law".

⁴⁴ In proposito v. S. CASSESE, *Introduzione allo studio della normazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 1992, 307 ss.

⁴⁵ Come fa rilevare L. PERRONE, *Certezza del diritto, affidamento e retroattività*, cit., 937, in Italia esiste anche un ulteriore problema relativo al rapporto tra leggi e atti amministrativi inferiori non regolamentari, come le circolari: «Il rapporto tra la legge e queste ultime produce un grave problema di stratificazione dei precetti, quello normativo in senso stretto e quello amministrativo contenuto nella circolare. In altri termini, il contribuente non solo deve interpretare la norma, ma si deve far carico di verificare la compatibilità con questa della circolare ministeriale esplicativa».

⁴⁶ Di "inflazione" applicata alla sfera del legislativo parlava già F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1, 1943, 82 per indicare "moltiplicazione della quantità" e "scadi-

Il problema si manifesta soprattutto sotto la forma della sovra-produzione normativa: la legge viene paragonata alla moneta⁴⁷, per cui a furia di produrla si finisce per farle perdere valore, cioè per “inflazionarla⁴⁸”, e tale perdita di valore si riflette negativamente sull’operato dell’organo che è abilitato a produrla. A ciò si aggiunge che quando la legge viene generata sfugge dalle mani del suo stesso produttore, che difficilmente è in grado di avere presente fino in fondo il modo in cui l’aggiornamento della legge possa essere realizzato; d’altronde, introdurre una normativa significa creare in pari tempo la necessità di aggiornarla.

Anche le analisi empiriche recenti – di cui si parlerà più avanti – confermano questa “diagnosi temporale”: la maggior parte dei dibattiti che avvengono all’interno dei Parlamenti è divenuto veloce e frenetico; i legislatori tentano di ottimizzare le loro attività in base alla domanda temporale di una società sempre più veloce, tanto che le leggi – come si è detto – non solo non rispecchiano le caratteristiche del modello liberale di legge ma finiscono per non rispettare neanche il dettato costituzionale a cui dovrebbero corrispondere.

A questi fenomeni si aggiungono altri elementi che rendono la situazione ancora più complessa e che fanno della velocità uno degli elementi più importanti di tutti nella corsa alla regolazione: l’appartenenza all’ordinamento dell’Unione europea con gli obblighi che derivano dal rispetto delle disposizioni di questo ordinamento che impongono agli Stati l’adempimento entro tempi definiti⁴⁹; il moltiplicarsi delle occasioni nelle quali i Governi ricorrono all’esercizio di poteri

mento della qualità”. Sugli sviluppi attuali di questi fenomeni come connessi con la “crisi della legge” si v. anche il saggio di R. RUSSO, *Analisi delle fonti di produzione primaria dal 1994 in poi*, in *Forum di Quad. cost.*, 11, 2015, 2 ss. e l’ampia bibliografia in esso riportata.

⁴⁷T. PARSONS, *Sistema politico e struttura sociale*, Giuffrè, Milano, 1975, 460, parla del potere come di un «mezzo circolante, analogo alla moneta nell’ambito del sistema politico». La moneta, infatti, è sia un mezzo di scambio che una «misura di valore simbolica».

⁴⁸Il termine oramai è entrato nel gergo normale degli studi che affrontano i problemi della crisi della legge dal punto di vista del diritto amministrativo. V. a tale proposito B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi: molte, oscure, complicate*, Il Mulino, Bologna, 2011, 16 ss.; N. RANGONE, M. DE BENEDETTO, *Problemi e prospettive*, in *La qualità delle regole*, a cura di M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, Il Mulino, Bologna, 2011, 181 ss.; F. BASSANINI, *Prefazione*, in *La tela di Penelope. Primo Rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica*, a cura di A. NATALINI, G. TIBERI, Il Mulino, Bologna, 2010.

⁴⁹Su questi aspetti v. in generale R. BIN, P. CARETTI, G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell’Unione europea. Processo costituente e governance economica*, Il Mulino, Bologna, 2015, *passim*. Per gli sviluppi recenti dell’adeguamento all’ordinamento europeo v. D. PARIS, *Le leggi europea e di delegazione europea 2013: osservazioni sulla prima attuazione dello “sdoppiamento” della legge comunitaria*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2014, disponibile on-line all’indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it; R. ADAM, M. NICOLA, G. PERINI, E. CANO, *La soluzione delle procedure di infrazione europee. Verso una modalità di collaborazione Stato-Regioni*, in *Le Ist. del fed.*, S1, 2015, 67 ss.

extra ordinem per fronteggiare «situazioni che appaiono contraddistinte da una forte disomogeneità fattuale e da un'evidente varietà di pretese regolative⁵⁰».

I rapidi cambiamenti che stanno interessando l'epoca in cui viviamo ci inducono, dunque, a riconoscere che i tempi delle leggi sono definitivamente cambiati. L'esplosione della tecnica, la velocità di elaborazione e di trasmissione dei dati mostrano tutta la difficoltà che il diritto ha nell'offrire una guida ai fenomeni sociali. Nel mondo unificato da *Internet* e dal mercato globale le relazioni e le interazioni sono esplose⁵¹. Gli effetti delle nostre opere vengono a sommarsi in modo nuovo ed esponenziale, si addizionano, si aggregano, fino a suggerirci che «i risultati delle azioni e le scelte successive non saranno mai come l'agente iniziale le aveva pensate⁵²».

In questo contesto, le istituzioni e il prodotto dei processi democratici appaiono vulnerabili e assai incapaci di "resilienza", cioè di adattarsi alla velocità dei cambiamenti in corso⁵³. Si nota una sempre maggiore *asincronia* tra la rapidità dei cambiamenti tecnologici ed economici e la lentezza dei processi di decisione che riguardano la politica e il diritto⁵⁴.

Si verifica una situazione paradossale: l'aumento del ritmo delle innovazioni scientifiche, tecnologiche e i cambiamenti dell'economia non generano un aumento del tempo a disposizione dei decisori pubblici per la soluzione dei nuovi problemi generati da queste stesse trasformazioni, ma il contrario; le leggi e le decisioni politiche devono governare una realtà in continuo cambiamento senza avere il tempo necessario neanche per conoscerla⁵⁵.

⁵⁰ Cfr. A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., 1.

⁵¹ Sui molteplici aspetti del fenomeno giuridico che oggi con l'avvento di internet hanno subito un cambiamento epocale e sulle sfide future si v. A. SIMONCINI, *The Constitutional Dimension of the Internet: Some Research Paths*, in *EUI Working Paper Law 2016/16*, 2016, <http://ssrn.com/abstract=2781496>.

⁵² Cfr. M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002, 5.

⁵³ Sia consentito sul punto rimandare a E. LONGO, L. LORENZINI, *Ict e parlamenti: oltre la mera diffusione dei contenuti*, in *Studi Pisani sul Parlamento VII. La crisi del Parlamento nelle regole sulla sua percezione*, a cura di G.L. CONTI, P. MILAZZO, Pisa University Press, Pisa, 2017.

⁵⁴ H. ROSA, *Social acceleration: ethical and political consequences of a desynchronized high-speed society*, in *Constellations*, 1, 2003.

⁵⁵ Tali autori parlano di politica "situazionalizzata" («politics tends to be *situationalist* or *situational*») per intendere la situazione di inceppamento e di reattività in cui la decisione politica di breve periodo si troverebbe impantanata. C.-G. HEIDEGREN, *Social Acceleration, Motorized Legislation and Framework Laws*, cit., 101.

3. L'EFFICACIA TEMPORALE DELLA LEGISLAZIONE PRECARIA

A fronte dei mutamenti descritti, si comprende come sia definitivamente tramontata l'idea immaginaria della legge come atto capace di perfezione, onnipotenza e controllo totale della realtà⁵⁶. Già dall'inizio del novecento gli ordinamenti contemporanei si basavano sulla costante elaborazione del mutamento e sulla elaborazione della finitezza e della imperfezione⁵⁷. Era emerso un nuovo modello di fonti primarie che portava inscritto nel loro DNA la possibilità di essere riviste, di essere derogate e modificate, quasi che il mutamento e la precarizzazione potessero essere considerati come un dato genetico di esse e non un'esigenza derivante dalla necessità di adeguare il significato delle norme all'evoluzione sociale⁵⁸.

A questa nuova considerazione strutturale, che vede complessità e contingenze esplodere, l'ordinamento giuridico nel suo complesso reagisce intervenendo sulla "durata" delle fonti. Si inverte il criterio normale: le norme di una legge non sono fatte per durare ma per essere consumate e poi sostituite da disposizioni più efficaci. Un uso delle leggi che diviene in determinati momenti vero e proprio "consumo" e che finisce per distorcerne le caratteristiche formali e metterne in tensione la capacità del diritto di svolgere la «funzione sociale di stabilizzazione delle aspettative⁵⁹».

In tal modo la certezza, la stabilità, la coerenza del diritto cedono il passo alla incertezza, alla instabilità, alla flessibilità e al "particolarismo giuridico"⁶⁰,

⁵⁶ In dottrina tale punto è stato focalizzato per primo da F. MODUGNO, *Legge in generale (Diritto costituzionale)*, cit. Anche la letteratura sembra cosciente del fatto che le caratteristiche del comando legislativo erano strettamente imparentate al culto del narcisismo e della finitezza propri dell'ottocento. Cfr. S. ZWEIG, *Il mondo di ieri. Ricordi di un europeo*, Newton Compton Editori, Milano, 2012.

⁵⁷ Già si è accennato al fatto che nei tempi recenti si assiste ad un atteggiamento ambivalente del legislatore: mentre da una parte usa sempre più le clausole generali all'interno delle norme di legge, dall'altra rinvia alle determinazioni periodiche di organismi tecnici la decisione di numerosi settori, con problemi molto ampi legati alla incapacità di questi enti di assicurare legittimazione e imparzialità. Vi è però un altro fenomeno che più di tutti si lega al paradigma della legge precaria e mutevole. Si tratta dell'emanazione di disposizioni o intere leggi con clausola di revisione, cioè con il mandato al legislatore di ritornare sulle proprie determinazioni e aggiornarle secondo una scadenza prefissata. La tecnica è nota in molti altri ordinamenti e anzi in Italia sembra essere apparsa addirittura con un certo ritardo rispetto alle esperienze straniere. V. a questo proposito quanto esprime D. CARUSI, *La legge e il tempo: eccezionalità e transitorietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2013, 325 ss.

⁵⁸ V. in proposito quanto scrive L. GENINATTI SATÈ, *Introduzione a una teoria realista della legislazione*, cit., 151 ss.

⁵⁹ I virgolettati sono tratti dalla introduzione di R. PRANDINI al volume di N. LUHMANN, *Esistono ancora norme indispensabili?*, Armando, Roma, 2013.

⁶⁰ Di un nuovo "particolarismo" parla M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e*

e siamo costretti a convivere con la condizione secondo cui «il diritto vigente domani potrà essere cambiato e quindi predisporre a subire conflitti, delusioni, scontri⁶¹».

Lo scenario che si ha di fronte agli occhi guardando al fenomeno dalla sponda del diritto costituzionale è quello di fonti primarie che vengono immesse nel presente e che vengono assoggettate alla verifica del tempo⁶². Solo nell'impatto con il contingente si vedrà se esse sapranno resistere, evolvendo secondo dinamiche che non sono quelle originarie⁶³.

Se volgiamo lo sguardo alla produzione delle regole, notiamo che questo stato di fatto ha mutato sensibilmente il lavoro dei legislatori, con effetti impressionanti sul sistema delle fonti, il cui dato più emergente – come appunto detto in avvio di questo lavoro – è proprio la “precarizzazione”. Si produce diritto in maniera molto pragmatica cambiandolo alla bisogna senza che a volte vi sia un indirizzo unitario da parte dello stesso legislatore governativo o parlamentare.

Le ragioni di questo stato di cose sono molteplici e verranno affrontate in seguito. Giova qui premettere che negli ultimi anni abbiamo assistito sia a una visibile moltiplicazione dei centri di produzione normativa sia a un tasso di “invecchiamento” della normazione non comparabile assolutamente con il passato⁶⁴. Un fenomeno che ha reso il lavoro dello “scrivere” norme assai più complicato di quanto non fosse in passato⁶⁵. Non si tratta solo di regolare fe-

spazi nel mondo globale, Laterza, Bari-Roma, 2006, 42 ss. Il tema è caro anche ad altri ordinamenti giuridici, come ben esprime J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, X ed., LGDJ, Paris, 2001.

⁶¹ «Anche quando si pensava di essere dalla parte della ragione e del giusto». Così continua la citazione. Cfr. R. PRANDINI, *Introduzione*, in N. LUHMANN, *Esistono ancora norme ...*, cit., XX.

⁶² Cfr. S. STAIANO, *Normatività e dintorni. Riflessioni sull'incertezza delle regole dal punto di vista costituzionale*, cit., 683 ss.

⁶³ Un problema di cui si ha coscienza da molto tempo, come esprime F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, cit., 429. «A furia di farne, il legislatore piglia confidenza con la legge e ne abusa. L'abuso consiste nel modificarle o nel sostituirle con soverchia facilità. Da questo aspetto la moltiplicazione delle leggi nello spazio determina la loro moltiplicazione nel tempo. Il numero delle leggi si accresce a dismisura non solo perché ne occorrono molte, ma perché durano poco. E così uno dei caratteri generali della legge è deformato e uno dei suoi elementari vantaggi è perduto».

⁶⁴ Circa le trasformazioni più recenti del sistema delle fonti v. G. TARLI BARBIERI, *Appunti sulle fonti del diritto italiano: parte generale*, cit., 25 ss.

⁶⁵ La necessità di rivedere costantemente le leggi deriva nello specifico da una crescita esponenziale sia dei condizionamenti interni sia dei condizionamenti esterni di cui occorre tenere conto nello scrivere le norme: si pensi a tutte le norme che i soggetti esterni allo Stato, in particolare l'Unione europea, producono in risposta alle medesime esigenze sociali, economiche e tecnologiche che il legislatore interno deve considerare. Su questi aspetti v. N. LUPO, *Fisiologie e patologie in una produzione normativa necessariamente sempre più complessa*, in *Stud. parl e di pol. cost.*, 170, 2010. In generale su tali problemi v. M. DE BENEDETTO, *La manutenzione delle regole: il perché e il percome*, in *Studi parla-*

nomeni nuovi ma di correggere e di intervenire per modificare la legislazione in base ai cambiamenti dettati da una realtà esterna sempre più veloce e mutevole. Perciò, in ragione della loro natura immediata e “reattiva”, queste norme richiederanno continui adeguamenti, collaudi, miglioramenti, manutenzioni⁶⁶.

mentari e di politica costituzionale, 170, 2010, 7 ss. In generale sui problemi attuali del *drafting* normativo v. *ex multis* il lavoro di E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

⁶⁶ Espressioni che sono entrate oramai nel lessico normale delle fonti. Si v. a questo proposito L. GENINATTI SATÈ, F. PALLANTE, *Le vicende ordinamentali della manutenzione*, in *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, a cura di M. DOGLIANI, Giappichelli, Torino, 2012, 167 ss.

CAPITOLO II

L'ACCELERAZIONE DEI PROCESSI DECISIONALI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le ragioni della precarizzazione. – 3. Il primo segno della precarizzazione: l'incerto numero di leggi in vigore. – 4. Profili temporali della precarizzazione legislativa. – 5. La precarizzazione legislativa nel quadro delle trasformazioni dello Stato costituzionale. – 6. *Segue*: il rapporto tra “diritto giurisprudenziale” e “diritto legislativo”. – 7. *Segue*: gli “atti normativi” delle autorità indipendenti.

1. INTRODUZIONE

È da molti anni che si denuncia l'alto numero, la mutevolezza, la frammentarietà, la occasionalità e la contraddittorietà delle fonti¹. Non pare esserci nulla di strano in questo giudizio, le cui ragioni sembrano oggi scontate agli occhi degli studiosi di diritto².

Sono anni che la nostra legislazione si è ridotta per lo più a un insieme di leggi e leggine «infinite, frettolose, disordinate, parcellizzate, confuse, cambia-

¹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, I ed., Einaudi, Torino, 1992, *passim*.

² I mali del nostro sistema delle fonti vengono sottolineati da tanto tempo. Si può dire che è sempre stata costante la denuncia, anche con espressioni vivaci, da parte dei più importanti giuristi italiani di questo stato di cose. Cfr. F. VASSALLI, *La missione del giurista nella elaborazione delle leggi*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, a cura di AA.VV., I, Cedam, Padova, 1950, 491 ss.; R. LUCIFREDI, *Inflazione legislativa o caos nella legislazione*, in *Civitas*, 2, 1951, 15 ss.; L. STURZO, *La macchina legislativa*, in *La via*, 1951, 6 ss.; M. RUINI, *La funzione legislativa tecnica delle leggi e lavori parlamentari*, I quaderni della Costituzione, Giuffrè, Milano, 1953, 15 ss.; M.S. GIANNINI, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione*, cit., 285 ss.; G. GROSSO, *Patologia della legge*, in *Jus*, 1960, 1 ss.; A. PREDIERI, *La produzione legislativa*, in *Il Parlamento italiano, 1946-1963*, a cura di G. SARTORI, S. SOMOGYI, L. LOTTI, A. PREDIERI, 3, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1963, 205 ss. Una menzione particolare deve essere data all'articolo di M. LONGO, *Per la fondazione di una “scienza della legislazione”*, in *Il dir. dell'econ.*, 1960, 583 ss. e al dibattito sviluppatosi, a partire da questo saggio, sullo stesso numero della rivista «Il diritto dell'economia». Per la situazione antecedente alla entrata in vigore della Costituzione v. soprattutto quanto scrivevano F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, cit., 424 ss.; A.C. JEMOLO, *Il nostro tempo e il diritto*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1932, 152 ss.; W. CESARINI SFORZA, *La crisi delle fonti*, cit., 18 ss.

te e ricambiate³» e che interi settori legislativi sono caratterizzati dalla sovrapposizione di norme «caotiche, provvisorie, eterogenee, sovrabbondanti⁴». A consuntivo di poco più di trenta anni dell'esperienza repubblicana, Vezio Crisafulli scrisse che quella prodotta fino a quel momento era «una legislazione sicuramente innovativa in quasi tutti i settori, previsti e non previsti dalla Costituzione» eppure «tecnicamente sfocata, spesso confusa e fonte di confusione, con qualche aspetto francamente demagogico (...) specie nel più recente periodo». Leggi in cui si coglievano «numerosi cedimenti agli *idola fori*», che erano avvolte – anche nei casi migliori – da una «certa aria di precarizzazione, quasi avessero tutte natura sperimentale e quindi provvisoria»⁵.

La precarizzazione della legge sta producendo una degenerazione che investe tutto l'ordinamento, perché mette in crisi lo stesso funzionamento delle regole di produzione giuridica prefissate e la garanzia che le regole così formulate siano effettivamente osservate tanto dai soggetti pubblici quanto dagli attori privati⁶, ponendo quindi anche un problema generale sulla trasparenza delle operazioni commerciali che si svolgono sulla base di queste leggi⁷.

Il degrado e la crisi, cui va inesorabilmente incontro la legge nel nostro panorama giuridico, sono state fatte oggetto di numerose trattazioni teoriche e di altrettante proposte pratiche⁸, tutte volte alla ricerca di una soluzione che

³ Per usare termini che sono entrati oramai nel gergo normale. V. sul punto quanto scrive M. AINIS, *La legge oscura*, II ed., Laterza, Roma, 2002, *passim* e U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, 140, dove riguardo alla legislazione italiana afferma che «sembra talora il delirio di una mente impazzita».

⁴ Cfr. L. PEGORARO, *Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, 25-26.

⁵ Cfr. V. CRISAFULLI, *Cinquant'anni di legislazione in Italia*, in *Dir. e soc.*, 1, 1982, 16.

⁶ In proposito v. G. SILVESTRI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in *Pol. del dir.*, 1, 1987, spec. 149; S. CASSESE, *Introduzione allo studio della normazione*, cit., 307 ss.; G.D. MOSCO, *La notte delle regole: responsabilità della politica e problemi di tecnica legislativa*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2013, 351 ss.

⁷ Un tema che è messo in luce in maniera molto evidente negli scritti di Natalino Irti. V. a questo proposito N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2014, 987 ss.

⁸ Da un punto di vista teorico v. in particolare N. IRTI, *Crisi della legge e giudizio di equità*, in *Dir. e soc.*, 3, 1978, 371 ss., per il quale «l'espandersi delle leggi, il loro incessante e sterminato moltiplicarsi, disorienta e travolge». Sul piano pratico il riferimento è a quelle proposte di *drafting* che, soprattutto sulla scia dell'esperienza comparata, tendono a ri(con)durre il problema della certezza giuridica ad una migliore tecnica legislativa. Per l'esperienza italiana v. R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, III ed., Giuffrè, Milano, 2004 (e l'ampia bibliografia sul tema ivi citata); G.U. RESCIGNO, *Introduzione alla legistica: le caratteristiche del discorso del legislatore e la redazione degli atti normativi*, in *Scienza e tecnica della legislazione: lezioni*, a cura di S. TRAVERSA, Jovene, Napoli, 2006, 457 ss.; F.G. VITERBO, *Teorie e regole sulle tecniche normative. Profili evolutivi del legal drafting in Italia. Dal codice civile ai testi unici e ai codici di settore*, in *Sulle tecniche di redazione normativa nel sistema democratico*, a cura di P. PERLINGIERI, Edizioni Scientifiche Italiane,

possa restituire ai cittadini un minimo di sicurezza e certezza giuridica⁹. Al capezzale della legge “malata”¹⁰ si assestano – come fosse il letto di Pinocchio – tutti i «medici più famosi del vicinato», ognuno alla ricerca della cura più adeguata.

Il caos e la frenesia normativa di cui siamo testimoni sono, tuttavia, il segno di una più profonda e generalizzata incertezza. Un fenomeno che intacca le radici del rapporto fiduciario tra Stato e cittadino e che rischia di produrre conseguenze ancor più gravi se non viene analizzato e risolto adeguatamente¹¹.

Quando si parla dei problemi del sistema delle fonti oggi si imputano la maggior parte delle colpe sia all'eccessivo numero delle leggi e all'abuso delle fonti normative da parte dei governi sia al fatto che le norme delle fonti primarie sono anche mal scritte, spesso astruse e incomprensibili, viziate nel gioco dei rinvii e della successione delle norme nel tempo, tanto che gli interpreti quanto gli operatori sovente perdono l'orientamento nel labirinto dei “di cui”¹².

Le “questioni della legislazione” sono i sintomi di una trasformazione profonda del rapporto tra le istituzioni statali e la società. Di questa situazione siamo soliti indicare le espressioni patologiche¹³: dalla oscurità e incertezza legislativa all'eccessivo peso della burocrazia¹⁴; dalla protesta per il ritardo con il

Napoli, 2010, 49 ss.; E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, cit.; N. RANGONE, M. DE BENEDETTO, *Problemi e prospettive*, cit. Per l'esperienza inglese v. E. ALBANESI, *I meccanismi di semplificazione normativa nel Regno Unito*, in *Rass. parl.*, 2, 2015; P. BUTT, *Modern Legal Drafting: A Guide to Using Clearer Language*, Cambridge University Press, 2013; G.C. THORNTON, H. XANTHAKI, *Thornton's legislative drafting*, V ed., Bloomsbury Professional, Haywards Heath, West Sussex, 2013; H. XANTHAKI, *Drafting Legislation: Art and Technology of Rules for Regulation*, Hart Publishing, Oxford, 2014; V.C.R.A.C. CRABBE, *Legislative Drafting*, Cavendish, London, 1993. Per l'esperienza francese v. CONSEIL D'ÉTAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, 2006, 229 ss.

⁹ Il tema richiama alla mente l'annoso problema in cui da molto tempo si imbattono i filosofi del diritto. Su questi aspetti v. M. LONGO, *Certeza del diritto*, cit.; F. LOPEZ DE ONATE, *La certeza del diritto*, cit.; L. GIANFORMAGGIO, *Certeza del diritto*, cit., 275 ss.

¹⁰ M. AINIS, *La legge oscura*, cit., VIII.

¹¹ Sono interessanti in questo senso i richiami alla tradizione giuridica europea di M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Laterza, Bari-Roma, 1994 e le considerazioni di L. GIANFORMAGGIO, *Certeza del diritto*, cit., 275. Più di recente sul punto v. G. MATUCCI, *Tutela dell'affidamento e disposizioni transitorie*, Cedam, Padova, 2009, *passim*.

¹² Fenomeni che sono stati efficacemente sintetizzati dalle espressioni “inflazione” e “inquinamento” legislativo. Su tali aspetti v. B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi: molte, oscure, complicate*, cit., 17-18.

¹³ A. FERRARI, *La legge come problema e le conseguenti trasformazioni delle amministrazioni parlamentari*, in *Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*, Camera dei Deputati, Roma, 1998.

¹⁴ Su questi aspetti si v. A. SIMONCINI, *Introduzione. La semplificazione per la riforma dell'amministrazione pubblica*, in *La semplificazione in Toscana*, a cura di A. SIMONCINI, FUP, Firenze, 2011,

quale si approvano leggi necessarie in settori di regolazione essenziali, come i diritti fondamentali, alla richiesta di superare l'eccessiva rigidità del sistema delle fonti¹⁵; dalla eccessiva invadenza dello Stato negli affari privati alla necessità di dare maggiore peso alla autoregolamentazione¹⁶; dall'aumento dell'incidenza del diritto europeo sul diritto interno fino all'aumento dei poteri regionali.

È evidente, però, tutta la contraddizione e la complessità cui assistiamo in questo frangente più che in altri. Conviviamo con una forte domanda di regolazione e l'opposta pretesa che lo Stato ci lasci più liberi di agire. Chiediamo che sia rappresentata la nostra particolare esigenza ma ci lamentiamo quando le leggi curano solo interessi particolari¹⁷. Chiediamo un diritto certo legislativo ma ci rivolgiamo ai giudici perché non tolleriamo che il diritto abbia lacune e che ogni caso della vita abbia nell'ordinamento giuridico la propria regolazione¹⁸.

Siamo di fronte a un processo irreversibile, che oramai dura da molti anni, e che pare segnare quel lungo passaggio dallo Stato liberale di diritto allo Stato sociale che si è avviato tra la fine dell'ottocento e l'inizio del novecento¹⁹. Una

passim; A. NATALINI, *La qualità della regolazione in Italia: una visione di insieme*, in *La tela di Penelope. Primo Rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica*, a cura di A. NATALINI, G. TIBERI, Il Mulino, Bologna, 2010, 17 ss.

¹⁵ S. CASSESE, B.G. MATTARELLA, *L'eccesso di regolazione e i rimedi*, in *L'Italia da semplificare. I. Le istituzioni*, a cura di S. CASSESE, G. GALLI, Il Mulino, Bologna, 1998, 36.

¹⁶ S. SILEONI, *Autori delle proprie regole: i codici di condotta per il trattamento dei dati personali e il sistema delle fonti*, cit., 14 ss.

¹⁷ Negli ordinamenti attuali prevalgono, infatti, due concetti tra di loro collegati: da un lato, l'idea positivista che la legge possa tutto e che non abbia alcun limite, neanche quello dei fatti e della realtà; dall'altro, l'idea che siccome lo Stato è il centro di tutti i rapporti sociali (cioè ad esso confluiscono e da esso dipendono), è per una esigenza di giustizia (e perciò di rispetto della legalità costituzionale) e di garanzia dei meccanismi democratici che ogni attività è soggetta ad una regolazione pubblica piuttosto che a meccanismi spontanei o all'autonomia dei soggetti privati. (Cfr. F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 4, 2001, 453 ss.). L'esigenza di legiferare deriva, dunque, da precise concezioni della democrazia, della riserva di legge e del principio di legalità, inteso quest'ultimo come il modo migliore per evitare le degenerazioni che si producono nel governo della cosa pubblica e nell'amministrazione. In uno Stato che ha la pretesa di occuparsi di tutti i problemi dei propri cittadini attraverso l'amministrazione vi è, insomma, l'idea che la legge possa essere la soluzione di tutti i problemi amministrativi e che ciò sia non solo una necessità politica ma anche un elemento di garanzia della maggiore democraticità delle scelte. In proposito v. B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi: molte, oscure, complicate*, cit., 21 e M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio per lo sviluppo economico*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2013, 364 ss. con riguardo soprattutto al fenomeno delle liberalizzazioni.

¹⁸ Sul punto da ultimo v. M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 5, 2012, 3832-3833.

¹⁹ Su questi aspetti e sui riflessi di questo passaggio per la struttura dello Stato rappresentativo sono interessanti le ricostruzioni di A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, 1989, 5 ss.; P.

situazione in cui l'unico punto certo è che ogni conflitto o domanda sociale sono scaricati sullo Stato, che sceglie soprattutto la legge quale risorsa politica (a buon mercato) per rispondere ai problemi sociali²⁰. Così che anche il termine *crisi* assume un valore non più corrispondente al suo significato, tanto tale parola è stata ridotta negli ultimi anni²¹.

Che vi sia un problema nella domanda e nell'offerta legislativa è dunque innegabile. Come pure è innegabile che non esista una causa unica e univoca alla base del "collasso" del sistema delle fonti²². Le questioni sul tappeto, come vedremo più avanti, sono sia di natura tecnica sia di natura sociale, e vanno dal ruolo del Governo e del Parlamento alla riscossa del potere giurisprudenziale di interpretazione, passando per le annose questioni relative alla crisi della rappresentanza democratica e dei partiti tradizionali²³.

A guardare più in profondo la situazione della nostra legislazione si scopre che spesso il cattivo coordinamento e il contenuto frammentario delle leggi

BARCELLONA, *Il declino dello stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Dedalo, Bari, 1998; O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, *passim*. Per una ricostruzione del passaggio dallo Stato liberale allo Stato pluralistico v. l'importante ricostruzione compiuta, in materia di potere *extra ordinem* del Governo da parte di A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., spec. 352 ss.

²⁰ Il tema della legge come risorsa politica di carattere unico si deve alla felice intuizione di R. ROSE, *L'espansione della sfera pubblica*, Il Mulino, Bologna, 1984, 111 ss.

²¹ Si veda a tale proposito P.P. PORTINARO, *Stato*, Il Mulino, Bologna, 1999, 12 ss.; M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, 710, che afferma «la complicazione degli assetti politico-amministrativi ha ormai vinto oggi sulla linearità dei modelli elaborati all'inizio di questo secolo, soprattutto sulla loro attitudine a misurare, a discernere, a prescrivere» anche se «è ancora forte, e per certi versi addirittura rinnovata, la tendenza a giudicare le nostre istituzioni in perenne condizione di "crisi" perché in oggettiva situazione di non corrispondenza a quei modelli».

²² Cfr. S. STAIANO, *Normatività e dintorni. Riflessioni sull'incertezza delle regole dal punto di vista costituzionale*, cit., 684.

²³ Su tali aspetti v. in generale L. CIAURRO, D. NOCILLA, *Rappresentanza politica*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987; L. CARLASSARE, *Problemi attuali della rappresentanza politica*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di N. ZANON, F. BIONDI, Giuffrè, Milano, 2001, 21 ss. dove si trova un ampio quadro ricostruttivo (nel medesimo volume v. anche contributi di M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, 109 ss. e di M. VOLPI, *Crisi della rappresentanza politica e partecipazione popolare*, 119 ss.). Il dibattito recente sulla crisi democratica è molto ricco. Qui si riportano solo alcuni tra i più recenti saggi sul tema: S. STAIANO, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 3, 2017; F. BERTOLINI, *Rappresentanza politica e forma di governo parlamentare*, in *Rivista AIC*, 3, 2017; N. LUPO, *La rappresentanza politica oggi: sfide esistenziali e snodi concettuali*, in *Percorsi costituzionali*, 1, 2017, 37 ss.; M. BASSINI, *Partiti, tecnologie e crisi della rappresentanza democratica. Brevi osservazioni introduttive*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2015, 861 ss.; S. TORMEY, *The end of representative politics*, Polity Press, Cambridge, 2015; C. PINELLI, *The populist challenge to constitutional democracy*, in *European Constitutional Law Review*, 1, 2011, 5 ss.

derivano in gran parte da problemi tecnici che si conoscono bene. L'inflazione e l'inquinamento legislativo sono in tali casi il prodotto di un pessimo modo di legiferare e dell'introduzione di norme più o meno urgenti, più o meno nascoste, eccezionali e speciali, che mal si conciliano con la legislazione pregressa e condizionano la legislazione futura²⁴.

Regolazioni giuridiche che non sono contenute in una sola fonte in modo ordinato ma che vengono sparpagliate in numerosi interventi; norme abrogate e poi rimesse in vita; moltiplicazione di situazioni nelle quali è difficile comprendere se una disposizione è in vigore oppure no²⁵; difficoltà a comprendere la regola del caso anche in presenza di poche alternative.

La cattiva legislazione è, dunque, un problema che riguarda sia la forma sia la sostanza della legislazione²⁶.

Quanto al primo aspetto, i punti critici riguardano innanzitutto la comprensibilità delle leggi o, meglio, la scarsa chiarezza dei testi, la loro incompiutezza, la mancanza di univocità ed uniformità del linguaggio legislativo o di clausole di abrogazione espressa, la difficile lettura sistematica del complesso normativo che disciplina le singole fattispecie o i casi di abrogazione implicita, tanto per fare alcuni esempi²⁷.

Quanto al secondo aspetto, si evidenzia la scarsa presa in considerazione di

²⁴ R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, cit., 10 ss.

²⁵ Sempre più spesso, per conoscere se una disposizione sia ancora in vigore dobbiamo affidarci a una disposizione contenuta in un decreto-legge "milleproroghe" o in una legge finanziaria (oggi legge di bilancio). Si pensi al caso eclatante di una norma contenuta nell'art. 1 (comma 7-bis), legge 30 dicembre 2015, n. 210 (c.d. "milleproroghe" 2015) in base alla quale «il termine stabilito dall'articolo 12 del decreto legislativo luogotenenziale 21 agosto 1945, n. 518, è prorogato al 25 aprile 2016 per la presentazione di proposte di ricompense al valor militare per i caduti, i comuni e le province». Una norma anteriore alla Costituzione, quindi, che in modo vario, attraverso deroghe, eccezioni e proroghe intervenute in passato il nostro Parlamento ha riportato in vita numerose volte al fine di attribuire valori non monetari (come indica il successivo comma 7-quater affermando che «il riconoscimento delle qualifiche dei partigiani, di cui agli articoli da 7 a 10 del decreto legislativo luogotenenziale 21 agosto 1945, n. 518, ha effetti solo ai fini delle ricompense al valore, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica») a partigiani, ai comuni e alle province colpiti dalla seconda guerra mondiale.

Il problema non è, quindi, legato esclusivamente all'eccessivo numero di leggi, ma al fatto che all'interno di questa situazione non si riesce più a individuare un criterio di scelta della norma applicabile, tanto il groviglio è intricato.

²⁶ Un tema che è ben presente negli studi, anche istituzionali, di altri paesi. Cfr. CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle 2016. Simplification et qualité du droit*, Paris, 2016, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/164000610.pdf>.

²⁷ Su questi temi e sulle difficoltà che tali fenomeni pongono per la comprensione delle norme per la sistematicità del sistema delle fonti v. le ampie considerazioni di P. CARNEVALE, *Riflessioni sul problema dei vincoli all'abrogazione futura: il caso delle leggi contenenti clausole di «sola abrogazione espressa» nella più recente prassi legislativa*, cit., 407 ss.