



Revus

21 (2013)

Les juristes et la hiérarchie des normes

Riccardo Guastini

Gerarchie normative

Warning

The contents of this site is subject to the French law on intellectual property and is the exclusive property of the publisher.

The works on this site can be accessed and reproduced on paper or digital media, provided that they are strictly used for personal, scientific or educational purposes excluding any commercial exploitation. Reproduction must necessarily mention the editor, the journal name, the author and the document reference.

Any other reproduction is strictly forbidden without permission of the publisher, except in cases provided by legislation in force in France.

revues.org

Revues.org is a platform for journals in the humanities and social sciences run by the CLEO, Centre for open electronic publishing (CNRS, EHESS, UP, UAPV).

Electronic reference

Riccardo Guastini, « Gerarchie normative », *Revus* [Online], 21 | 2013, Online since 01 December 2013, connection on 03 March 2014. URL : <http://revus.revues.org/2700> ; DOI : 10.4000/revus.2700

Publisher: Klub Revus - Center za raziskovanje evropske ustavnosti in demokracije
<http://revus.revues.org>
<http://www.revues.org>

Document available online on: <http://revus.revues.org/2700>

This document is a facsimile of the print edition.

All rights reserved

Riccardo Guastini*

Gerarchie normative

Dopo un breve esame della letteratura esistente in tema di gerarchie normative, l'autore introduce quattro concetti di gerarchia: (i) la gerarchia formale, che si dà tra le norme che regolano la produzione del diritto e le norme create conformemente ad esse; (ii) la gerarchia materiale, che si dà tra due norme allorché una terza norma positiva proibisce all'una di contraddire l'altra; (iii) la gerarchia logica, che si dà tra due norme allorché una di esse verte sull'altra a livello di metalinguaggio; (iv) la gerarchia assiologica, che dipende dal giudizio di valore con cui gli interpreti attribuiscono ad una norma un valore superiore a quello dell'altra. L'autore utilizza poi questo apparato concettuale per chiarire i concetti di validità e di metanorma, nonché lo statuto del principio *lex superior derogat inferiori*. Infine, sulla base della stessa distinzione, l'autore analizza il problema degli auto-vincoli del legislatore e il regime giuridico delle leggi di revisione costituzionale.

Parole chiave: gerarchie normative, validità, metanorme, *lex superior*, auto-vincoli del legislatore, revisione costituzionale

1 QUALI RELAZIONI GERARCHICHE?

È pacifico che ogni ordinamento giuridico (moderno) abbia una struttura gerarchica: che, cioè, le norme che lo compongono non stiano tutte sullo stesso piano, che siano gerarchicamente ordinate. Ma in che senso esattamente?

Secondo Kelsen,¹ vi è un solo tipo di relazione gerarchica tra norme: quella che intercorre tra le norme sulla produzione giuridica e le norme prodotte in accordo con esse. In questo senso, ad esempio, le norme costituzionali sulla legislazione sono sovraordinate alla legislazione stessa: anche se la costituzione è flessibile, si noti bene.

Secondo Merkl,² tuttavia, può esservi un secondo tipo di relazione gerarchica (accanto alla precedente): la relazione che intercorre tra due norme allorché una di esse non può validamente essere contraddetta, derogata, o abrogata dall'altra. Si osservi che, per quanto riguarda i rapporti tra costituzione e legislazione, tale relazione sussiste solo se la costituzione è rigida.

D'altra parte, la relazione tra norme sulla produzione giuridica e norme prodotte in accordo con esse è spesso riguardata come una relazione logica: quel

* guastini@unige.it | Professore di teoria del diritto all'Università di Genova, Dipartimento di giurisprudenza.

1 Cfr. Kelsen (1962: titolo V).

2 Cfr. Merkl (1987: 37 ss).

tipo di relazione che sussiste tra due livelli di linguaggio (un meta-linguaggio ed il suo linguaggio-oggetto).³ Le norme sulla produzione gerarchica, si pensa, sono “norme su norme”, i.e. vertono su (hanno ad oggetto) le norme alla cui produzione si riferiscono. A ben vedere, però, le norme sulla produzione giuridica hanno ad oggetto non propriamente norme, ma piuttosto atti normativi, atti di produzione di norme. Questo modo di vedere, dunque, confonde la relazione tra norme sulla produzione e norme prodotte con una relazione alquanto diversa: quella che sussiste tra due norme allorché l’una verte sull’altra, “parla” dell’altra, menzionandola: ad esempio, la relazione tra una norma abrogatrice e quella da essa abrogata.

Inoltre, un po’ tutti sembrano supporre che le relazioni gerarchiche preesistono all’interpretazione, sicché gli interpreti non possano fare altro che prenderne atto. Ma le cose non sono così semplici. È abbastanza chiaro ad uno sguardo disincantato che talune relazioni gerarchiche sono non già “trovate”, ma create dagli interpreti.⁴ È questo il caso, ad esempio, della relazione assiologica che sussiste tra principi fondamentali o generali e norme specifiche o di dettaglio. È questo il caso, ancora, della relazione tra la costituzione e certi principi “sovra-costituzionali” che, secondo la giurisprudenza di taluni tribunali costituzionali, non possono essere derogati o modificati in alcun modo: neppure con il procedimento di revisione costituzionale.

2 TEORIA DELLE GERARCHIE NORMATIVE

Nessuna delle teorie menzionate nel paragrafo precedente appare dunque soddisfacente.⁵

In tutti gli ordinamenti giuridici evoluti le norme sono legate tra di loro da molteplici vincoli di gerarchia. Se ne possono distinguere non meno di quattro tipi.

(1) *Gerarchie strutturali o formali*, attinenti cioè non al contenuto delle norme, ma alla struttura (dinamica) dell’ordinamento: sono quelle che intercorrono tra le norme sulla produzione giuridica (in senso stretto)⁶ e le norme la cui produzione è da quelle disciplinata.⁷

3 Hart (1961: p. 92); Bobbio (1970: 180 ss); Bobbio (1994: 235).

4 Tarello (1977: 499 ss); Tarello (1980: cap. VII). Vedi anche Troper (1989: 215 ss), secondo il quale anche le gerarchie di fonti sono frutto di interpretazione.

5 Cfr. Guastini (1997: 463 ss).

6 In questo contesto, mi riferisco alle norme sulla produzione giuridica in senso stretto, ossia, da un lato, alle norme che conferiscono competenze normative e, dall’altro, alle norme che ne disciplinano i modi (i procedimenti) di esercizio.

7 Queste e quelle – si noti – sono emanazione di due diversi poteri normativi, uno dei quali trae la sua fonte di legittimità dall’altro.

In altre parole: due norme, N1 e N2, intrattengono tra di loro una relazione gerarchica strutturale o formale, allorché una di esse è una norma che disciplina la produzione dell'altra. Dunque, se N1 è una norma sulla produzione giuridica, e N2 è una delle norme la cui produzione è regolata da N1, diremo che N1 è strutturalmente o formalmente superiore a N2.

Ad esempio: anche in regime di costituzione flessibile, le norme costituzionali sono strutturalmente sovraordinate alle norme legislative, dal momento che il potere legislativo è conferito e, normalmente, disciplinato nelle sue modalità di esercizio dalla costituzione. Analogamente, le norme di una legge delegante sono strutturalmente sovraordinate alle norme del relativo decreto delegato.

Come si vede, in casi del genere, la gerarchia sussiste non perché qualcuno abbia stabilito che N1 è in qualche senso superiore a N2, ma in virtù del contenuto stesso di N1.

D'altro canto, si tratta di una gerarchia "formale" nel senso che non influisce in alcun modo sul contenuto della norma inferiore. Ad esempio, le norme costituzionali che conferiscono al parlamento la funzione legislativa e quelle che disciplinano il procedimento di formazione delle leggi nulla dicono intorno al contenuto delle leggi future.

(2) *Gerarchie materiali o sostanziali*, attinenti cioè al contenuto delle norme: sono quelle che intercorrono tra due norme allorché una terza norma statuisce che una delle prime due è invalida qualora confligga con l'altra.

In altre parole: due norme, N1 e N2, intrattengono tra di loro una relazione gerarchica materiale allorché una terza norma positiva, N3, statuisce che N2 è invalida qualora sia in conflitto con N1. In questi casi, diremo che N1 è materialmente superiore a N2.

Beninteso, una norma sul tipo di N3 può assumere le forme più diverse. Può darsi, ad esempio, che N3 disponga che una certa fonte, F2, non può contenere norme in contrasto con un'altra fonte, F1. Oppure può darsi che N3 autorizzi un organo giurisdizionale a disapplicare o addirittura ad annullare le norme provenienti dalla fonte F2 quando siano in contrasto con le norme provenienti da F1. O, ancora, può darsi che N3 stabilisca che la fonte F1 non può essere modificata se non con un procedimento speciale, diverso da (più complesso di) quello richiesto per la produzione di F2.

Come si vede, la gerarchia sussiste non in virtù del contenuto di N1 (o, tanto meno, di N2), ma in virtù di una terza norma, N3: la relazione gerarchica è istituita precisamente da N3.

La gerarchia in questione ha carattere "materiale", ossia "contenutistico", dal momento che influisce sul contenuto della norma inferiore. Anzi, essa consiste

precisamente in questo, che la norma inferiore non può assumere un contenuto confliggente (incompatibile, antinomico) con quello della norma superiore.

Ad esempio: in regime di costituzione rigida (ma non in regime di costituzione flessibile) le norme costituzionali sono materialmente sovraordinate alle norme legislative ordinarie;⁸ in genere, le norme di rango legislativo sono materialmente sovraordinate alle norme di rango regolamentare.

Spesso una gerarchia materiale riflette una gerarchia formale, ma non ogni gerarchia formale si risolve in una gerarchia materiale. Ad esempio, in regime di costituzione flessibile le norme di rango legislativo sono strutturalmente, ma non materialmente, subordinate a quelle costituzionali.⁹

(3) *Gerarchie logiche o linguistiche*, attinenti cioè al linguaggio, sono quelle che intercorrono tra due norme allorché l'una verte (metalinguisticamente) sull'altra.

In altri termini: due norme, N1 e N2, intrattengono tra di loro una relazione gerarchica logica o linguistica, allorché una di esse menziona l'altra. Così, se N1 menziona N2, diremo che N1 è logicamente o linguisticamente superiore a N2: "superiore" nel senso che, banalmente, "verte su" N2, si colloca ad un livello di linguaggio più alto. N1 è formulata in un metalinguaggio rispetto a N2, la quale costituisce il suo linguaggio-oggetto. N1 è, come si usa dire, una *metanorma* (in senso stretto) rispetto a N2.¹⁰

Sono esempi paradigmatici di norme che menzionano altre norme: le norme di abrogazione espressa nominata ("È abrogato l'articolo x della legge y"), le norme di interpretazione autentica ("L'art. x della legge y deve essere inteso nel senso che..."), le norme di rinvio ("La tale fattispecie è disciplinata dalla fonte x"). Ma appartengono al genere delle metanorme anche le norme sanzionatrici (le quali sono logicamente sovraordinate alle norme di condotta la cui violazione sanzionano), le definizioni legislative (le quali sono logicamente sovraordinate alle norme contenenti il termine definito), le norme che determinano l'ambito di efficacia di altre norme (le quali sono logicamente sovraordinate a queste ultime).

Anche in questi casi, come nel caso delle gerarchie formali, la gerarchia sussiste non perché qualcuno abbia stabilito che N1 è in qualche senso superiore a N2, ma in virtù del contenuto stesso di N1.

8 Nel senso che, se così non fosse, non diremmo rigida la costituzione di cui si tratta.

9 Questa è, direi, la definizione stessa di costituzione flessibile. Nel senso che, se la legge fosse invalida qualora confliggesse con la costituzione, sarebbe materialmente subordinata ad essa. Sicché saremmo per ciò stesso in regime di costituzione rigida.

10 Si parla di "meta-linguaggio" per riferirsi ad ogni discorso il quale abbia ad oggetto (non entità extra-linguistiche, ma) altre entità linguistiche (vocaboli, sintagmi, enunciati); e si parla di "linguaggio-oggetto" per riferirsi a queste ultime.

(4) *Gerarchie assiologiche*, attinenti cioè ai valori: sono quelle che intercorrono tra due norme allorché l'interprete attribuisce ad una di esse un valore superiore a quello dell'altra.

In altre parole, due norme, N1 e N2, intrattengono tra di loro una relazione gerarchica assiologica allorché l'interprete, mediante un suo *giudizio di valore*, ascrive a N1 un valore superiore rispetto al valore di N2.

Il giudizio di valore dell'interprete, beninteso, può essere sottaciuto (implicito), e, quando è espresso, può assumere forme diverse. Talvolta si dice, ad esempio, che N1 costituisce un "principio" dell'ordinamento, mentre N2 è una banale norma di dettaglio. Altre volte si dice che N2 non può essere in contrasto con N1, e ciò può sottintendere, secondo i casi, che N2 deve essere interpretata in conformità a N1, ovvero che in caso di conflitto N1 prevale su N2 (anche in assenza di una norma positiva che lo stabilisca).

Dunque, la relazione gerarchica assiologica non dipende in alcun modo dal contenuto delle norme coinvolte:¹¹ sussiste solo in virtù di un giudizio di valore dell'interprete.

In questo senso, i cosiddetti principi costituzionali supremi sono sovraordinati alle "comuni" norme costituzionali;¹² nello stesso senso i principi fondamentali di una data materia (la materia dei contratti, poniamo) sono sovraordinati alle relative norme di dettaglio (ad esempio, la disciplina della compravendita).¹³

Talora le gerarchie assiologiche si riflettono in altrettante gerarchie materiali.¹⁴ Ma non sempre una gerarchia assiologica è altresì una gerarchia materiale: nell'ordinamento vigente, ad esempio, vi è gerarchia assiologica, ma non gerarchia materiale, tra il principio generale di irretroattività delle leggi, statuito da una norma di rango legislativo (l'art. 11, c. 1, disp. prel. cod. civ.) e le leggi stesse.¹⁵

11 Se non nel senso che l'interprete giudica una norma superiore all'altra in virtù del suo contenuto.

12 Alludo alla giurisprudenza costituzionale in tema di limiti alla revisione costituzionale e di "controlimiti" all'ingresso del diritto comunitario nel diritto interno.

13 Diversa è la relazione tra leggi statali di principio e leggi regionali di dettaglio come configurata dall'art. 117 cost. con riferimento alla potestà legislativa concorrente delle Regioni: qui si tratta di una gerarchia materiale, giacché la norma regionale di dettaglio in conflitto con una norma statale di principio è invalida.

14 Ciò accade, ad esempio, quando i principi di cui si parla siano contenuti in una costituzione rigida.

15 Le molteplici relazioni gerarchiche fin qui esaminate possono essere disposte in due classi, ciascuna delle quali include a sua volta due sottoclassi. (1) *Gerarchie necessarie*. La prima classe è quella delle gerarchie che possiamo chiamare "necessarie". Uso questo termine per intendere che le relazioni gerarchiche in questione non dipendono – diciamo così – da un contingente atto di "gerarchizzazione" che qualcuno abbia contingentemente compiuto (ma che avrebbe anche potuto non compiere affatto). Esse dipendono esclusivamente dal contenu-

3 GERARCHIE NORMATIVE E VALIDITÀ

Le gerarchie formali e le gerarchie materiali sono direttamente connesse alla validità: nel senso che è invalida ogni norma la quale non sia stata prodotta in conformità alle norme ad essa formalmente sovraordinate (quelle, cioè, che ne disciplinano la produzione) e/o sia in contrasto con norme materialmente sovraordinate.

Così, ad esempio, anche in regime di costituzione flessibile è invalida la legge che sia stata creata in modo difforme da quanto prescritto in costituzione (essendo la legge formalmente, benché non materialmente, subordinata alla costituzione).¹⁶ In regime di costituzione rigida è altresì invalida la legge il cui contenuto sia in contrasto con norme costituzionali (essendo la legge subordinata anche materialmente alla costituzione).

Per contro, non vi è alcuna relazione necessaria tra la validità e le gerarchie logiche¹⁷ ed assiologiche (sebbene le gerarchie assiologiche siano talora trattate come altrettante gerarchie materiali).¹⁸

Così, ad esempio, non si vede come una legge di interpretazione autentica potrebbe incidere sulla validità della legge interpretata (pur essendo questa logicamente subordinata a quella). Il principio di irretroattività della legge in genere, statuito dall'art. 11, c. 1, disp. prel. cod. civ., non incide sulla validità delle leggi (pur essendo logicamente ed assiologicamente sovraordinato ad esse), nel senso che – al di fuori della materia penale, dove il principio di irretroattività ha rango costituzionale (art. 25, c. 2, cost.) – una legge retroattiva non è, per ciò stesso, invalida.

to concettuale delle due norme coinvolte, e anzi, più precisamente, dal contenuto di una delle due norme coinvolte. Le gerarchie strutturali (o formali) e quelle logiche (o linguistiche) sono necessarie in questo senso. (2) *Gerarchie contingenti*. La seconda classe è quella delle gerarchie che possiamo chiamare “contingenti” – o “positive”, cioè “poste” – per intendere che esse dipendono non dal contenuto concettuale delle due norme coinvolte, ma – per così dire – da un atto di “gerarchizzazione”: un atto contingentemente compiuto da qualcuno (che avrebbe anche potuto non compierlo). Ora, l'atto da cui dipende la sussistenza di una gerarchia contingente tra due norme può essere: (a) un atto normativo (il quale ponga in essere una terza norma), oppure (b) un atto interpretativo, compiuto cioè dall'interprete (atto “interpretativo” in quanto compiuto dall'interprete, ma non atto “di interpretazione”, giacché esso consiste non nella ascrizione di significato ad una disposizione, ma in un giudizio di valore). Le gerarchie materiali e quelle assiologiche sono contingenti in questo senso: le une dipendono da un atto normativo, le altre da un atto interpretativo.

16 Sulla possibile invalidità delle leggi in regime di costituzione flessibile, si deve ricordare il classico Esposito 1964.

17 A meno di non includere tra le gerarchie logiche anche la relazione che intercorre tra norme sulla produzione giuridica e norme la cui produzione è da queste disciplinata. Il che, come diremo tra un momento, è alquanto fuorviante.

18 Di nuovo, alludo alla giurisprudenza costituzionale in tema di principi costituzionali supremi.

4 INTERMEZZO: SUL COSIDDETTO PRINCIPIO GERARCHICO

Per illustrare il criterio gerarchico, si usa dire: “lex superior derogat inferiori”, la norma superiore prevale su (nel senso che rende invalida) quella inferiore.

Ma quale norma è superiore e quale inferiore? In altre parole: come identificare il “grado” gerarchico delle diverse fonti? Giacché l’applicazione del criterio gerarchico nei conflitti tra norme provenienti da diverse fonti suppone, ovviamente, la previa identificazione delle relazioni gerarchiche tra le fonti in questione: per sapere quale fonte debba prevalere occorre sapere quale fonte sia superiore all’altra.

Nondimeno, conviene osservare che nell’ordinamento vigente (e probabilmente in molti altri ordinamenti moderni) non vi sono altre norme che istituiscano relazioni gerarchiche tra fonti, se non precisamente quelle che dispongono – con una varietà di formulazioni –¹⁹ che, *in caso di conflitto, una data fonte prevale sull’altra*.²⁰

Sicché la formulazione del criterio in questione deve essere rovesciata: diversamente, si riduce ad una banale tautologia. Non “la norma superiore prevale su quella inferiore”, ma al contrario “la norma che prevale è, per ciò stesso, superiore”.

Non possiamo dire: la fonte A, in quanto superiore, prevale sulla fonte B, in quanto inferiore,²¹ dal momento che il “grado” gerarchico delle due fonti in questione non può essere identificato in modo indipendente dalla “prevalenza” dell’una sull’altra. Dobbiamo dire: la fonte A, in quanto prevale sulla fonte B, è superiore ad essa.

19 Ad esempio: (a) stabilendo che una data fonte A non può disporre in contrasto con un’altra fonte B, ovvero (b) autorizzando una qualche autorità giurisdizionale a disapplicare, o senz’altro ad annullare, la fonte A qualora confligga con la fonte B.

20 Certo, si può sostenere che l’art. 1 disp. prel. cod. civ., nell’elencare talune fonti del diritto (nell’ordine: leggi, regolamenti, consuetudini), implicitamente ne indichi anche il grado gerarchico. Ma, a rigore, un elenco non è perciò stesso una scala gerarchica. Così, ad esempio, che la legge sia materialmente superiore al regolamento si inferisce non già dall’art. 1, ma piuttosto dall’art. 4, c. 1, disp. prel. cod. civ. (nonché dall’art. 5, legge 2248/1865, all. E, sul contenzioso amministrativo; dall’art. 26, c. 1, R. D. 1054/1924, T. U. delle leggi sul Consiglio di Stato; e dall’art. 2, legge 1034/1971, Istituzione dei T.A.R.). D’altro canto, non vi sono norme che espressamente assegnino un qualsivoglia grado gerarchico alla costituzione: che la costituzione sia materialmente superiore alla legge si inferisce dagli artt. 134, 136, c. 1, e 138 cost. Analogamente, la superiorità delle leggi statali di principio sulle leggi regionali si desume dall’art. 117, c. 3, cost. E via esemplificando.

21 Ciò equivarrebbe a dire: la fonte A, in quanto prevale sulla fonte B, prevale sulla fonte B. Il che è assolutamente tautologico.

In altre parole, non è che l'invalidità di una fonte si inferisca dalla sua inferiorità gerarchica, previamente accertata, ma al contrario la inferiorità gerarchica di una fonte si inferisce dal fatto che essa è destinata a soccombere quando entra in conflitto con un'altra fonte.²²

5 SUL CONCETTO DI METANORMA

Prima facie, una metanorma è una norma che verte, a livello di metalinguaggio, su di un'altra norma.²³

Tuttavia, spesso, si dice metanorma ogni norma che disciplini la creazione del diritto, ossia la produzione di altre norme. Questo modo di esprimersi non è del tutto felice.

Le norme che disciplinano la produzione del diritto non vertono su altre norme: hanno ad oggetto *atti* normativi.²⁴ Ad esempio, le norme costituzionali sulla legislazione non dicono nulla delle leggi: vertono sull'atto legislativo. Tra queste norme e le leggi sussiste non una relazione logica o linguistica, ma una gerarchia strutturale o formale.

A stretto rigore, pertanto, il concetto di metanorma dovrebbe essere usato esclusivamente per riferirsi alle norme che menzionano altre norme. Ho già ricordato una serie di esempi in tal senso.

D'altra parte, occorre distinguere tra le disposizioni giuridiche (frammenti di testi normativi) e le norme che tali disposizioni esprimono (il contenuto di senso delle disposizioni). Ci si accorge allora che, propriamente parlando, la maggior parte delle metanorme vertono non su altre norme, *stricto sensu*, ma su disposizioni.

Per esempio, una norma di abrogazione espressa verte direttamente sulla disposizione abrogata, e solo indirettamente sulle norme che tale disposizione esprime. Una legge d'interpretazione autentica, allo stesso modo, verte sul testo interpretato, e non sulle norme che tale testo esprime.

22 Diversa sembra l'opinione di Pizzorusso (1997: 104 s), il quale distingue due usi del criterio gerarchico: talora, egli dice, tale criterio viene «utilizzato al fine di applicare il principio generale di “preferenza” della fonte di grado superiore»; talaltra, «per stabilire se un determinato atto normativo derivante da una fonte inferiore possa esercitare gli effetti suoi propri ovvero debba essere annullato, disapplicato, ecc.». Pare a me che il primo uso del criterio, tra quelli menzionati da Pizzorusso, presupponga il secondo.

23 In proposito: Mazzaresse 1982; Mazzaresse 1996.

24 Intendo per “atto normativo” non un documento esprimente norme (come comunemente si intende), ma un'azione produttiva di norme.

6 APPLICAZIONI (I): AUTOVINCOLI DEL LEGISLATORE?

In un ordinamento a costituzione flessibile (è il caso, ad esempio, del Regno Unito), può ben accadere che il procedimento legislativo sia disciplinato da una “comune” legge (in regime di costituzione flessibile, leggi “costituzionali” non si danno).²⁵ Ebbene: una legge siffatta è, o no, vincolante per il legislatore futuro?

Immaginiamo dunque una legge L1 che disciplini (non importa come) il procedimento legislativo, e un'altra legge L2 che disciplini a sua volta una qualsivoglia altra materia. Ora, per ipotesi, L2 è stata approvata *non* secondo il procedimento previsto da L1, ma secondo un procedimento diverso. Possiamo allora dire che L2 sia invalida per ragioni formali? O dobbiamo invece dire che L1 sia stata tacitamente derogata, o addirittura abrogata, da L2?

La risposta intuitiva è che no, L2 non può essere invalida. Abbiamo a che fare con due leggi: due testi, dunque, che si trovano sullo stesso livello nella gerarchia (materiale) delle fonti del diritto; tra due leggi non sussiste apparentemente alcuna relazione gerarchica. In caso di antinomia tra due leggi, è il principio cronologico, “*lex posterior*”, che si deve applicare.²⁶ Sicché si deve ritenere che la nuova legge, L2, abbia tacitamente abrogato la legge precedente, L1.

Questa risposta, tuttavia, non è persuasiva.

In primo luogo, occorre distinguere l'*abrogazione* di una norma dalla sua *violazione*. Certo, tra due leggi non sussiste alcuna relazione gerarchica (materiale), sicché il legislatore ha il diritto di *abrogare* una legge precedente. Ma la questione è sapere se abbia anche il diritto di *violare* una legge precedente a lui rivolta (senza prima averla, espressamente o tacitamente, abrogata).

Una legge sorta in violazione delle norme che stabiliscono come debbano farsi le leggi non può che essere una legge invalida, anche in ordinamenti a costituzione flessibile. Certo, in tali ordinamenti, la legge (ordinaria) è in grado di liberamente modificare le regole, pur se scritte nei testi costituzionali, disciplinanti la formazione delle leggi, ma nessuna legge può trasgredirle in un singolo caso, poiché altro è mutare il diritto vigente, nelle forme da questo prescritte, altro non ottemperare a quanto esso attualmente dispone.²⁷

In secondo luogo, l'*abrogazione* tacita è un fenomeno che si produce allorché due norme regolano la stessa fattispecie in due modi incompatibili. Ma nel caso

25 Nel nostro ordinamento, a costituzione rigida, accade un fenomeno in tutto analogo: accade che atti non propriamente legislativi, ma aventi tuttavia “forza di legge” (decreti-legge ex art. 77 cost., e decreti legislativi delegati ex art. 76 cost.), siano per qualche aspetto disciplinati da una legge (la legge 400/1988), ossia da un atto equiparato nella gerarchia delle fonti.

26 «La legge anteriore non può sottrarsi alla forza abrogativa delle leggi successive»: così Zagrebelsky (1991: 40). In tal senso Corte cost. 14/1964, 4/1972, 6/1975. In proposito cfr. anche Pace (1983: 2348 ss). Ora anche in Pace (1997: 153 ss.).

27 Così Crisafulli (1984: 258).

che abbiamo ipotizzato non vi è alcuna incompatibilità tra L1 e L2: L1 disciplina il procedimento legislativo, mentre L2 disciplina una materia affatto diversa. Ciò che “contraddice” L1 è non il contenuto di L2, ma il suo procedimento di approvazione, ossia un comportamento (il comportamento dell’organo legislativo): un comportamento contrario a quanto stabilito da L1. Ebbene, è difficile comprendere come un comportamento possa mai abrogare la norma che lo disciplina (un assassinio ovviamente non abroga la norma che vieta l’assassinio, ma la viola).

In terzo luogo, è falso che non sussista alcuna relazione gerarchica tra L1 e L2. Certo, non vi è, tra esse, gerarchia materiale. Ma L1 è formalmente o strutturalmente superiore a L2. Per conseguenza, L2 deve essere considerata formalmente invalida. Può accadere che non vi sia, nell’ordinamento positivo, alcuna sanzione per questa invalidità, che non vi sia alcun organo competente a riconoscerla e ad annullare L2 (o a disapplicarla). Ma ciò non cambia i dati della questione. Mediante L1 il legislatore ha dettato regole al legislatore futuro (o, se preferite, ha dettato regole a sé stesso). Siffatte regole possono certo essere abrogate da una legge successiva, ma, finché sussistono, non possono essere semplicemente violate dal comportamento del legislatore.²⁸

7 APPLICAZIONI (II): IL REGIME GIURIDICO DELLE LEGGI COSTITUZIONALI NEL DIRITTO VIGENTE

Nella costituzione italiana (simile sotto questo aspetto alla costituzione francese vigente: art. 89) si trovano: (a) una norma che disciplina il procedimento di revisione costituzionale (art. 138); (b) una norma che vieta la revisione costituzionale della forma repubblicana dello stato (art. 139). Qual è dunque il regime giuridico delle leggi di revisione costituzionale (LRC) nell’ordinamento vigente?

(i) *La gerarchia strutturale*. Il potere di revisione costituzionale non è un potere originario: è altra cosa dal potere costituente. È un potere “costituito”, ossia derivato, creato dalla costituzione. Banalmente, la LRC è una fonte che non preesiste alla costituzione: trova in costituzione il suo fondamento.

Pertanto, la LRC è strutturalmente subordinata alla costituzione, in particolare alle norme costituzionali che disciplinano la revisione: sia alle norme sul procedimento di revisione, sia alla norma che vieta un certo tipo di revisione.

28 Secondo Pace (1997: spec. 168 ss), in regime di costituzione rigida, il legislatore non può dettare regole procedurali alla legislazione (ulteriori rispetto alle regole disposte in costituzione), perché, così facendo, disciplinerebbe la stessa funzione legislativa, sostituendosi così alla costituzione; e d’altro canto, la violazione di siffatte regole “ulteriori”, non avendo queste rango costituzionale, non potrebbe essere giudicata incostituzionale; sicché le regole in questione non sarebbero comunque vincolanti per il futuro legislatore.

(ii) *La gerarchia materiale*. Tuttavia, la LRC è abilitata a modificare la costituzione. Sicché essa è materialmente sullo stesso livello delle norme costituzionali:²⁹ ad eccezione, beninteso, delle norme che non è autorizzata a toccare.

La norma che vieta la revisione della forma repubblicana, infatti, pone dei limiti materiali alla LRC, e, così facendo, subordina materialmente la LRC a quelle norme costituzionali – che occorre identificare per via di interpretazione – che determinano la forma repubblicana dello stato.

(iii) *La gerarchia assiologica*. Secondo gran parte della dottrina e, ciò che più conta, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale,³⁰ le norme costituzionali non hanno tutte lo stesso “valore”. Talune norme sono più importanti delle altre: si tratta dei principi costituzionali “supremi”, che sono assiologicamente sovraordinati alle rimanenti norme costituzionali e dunque, *a fortiori*, alle LRC.³¹

La discutibile conseguenza è che le LRC non possono toccare i principi in questione.³² Il che equivale a trasformare una gerarchia puramente assiologica – una gerarchia non già stabilita dal diritto stesso, ma stipulata dagli interpreti – in una gerarchia materiale.

Per conseguenza:

(a) Le due norme sulla revisione (artt. 138 et 139) sono *strutturalmente* sovraordinate alle LRC. Ciò significa che tali norme non possono essere validamente violate dalle LRC. Sicché qualunque LRC adottata attraverso procedimenti diversi da quelli stabiliti dall'art. 138 sarebbe incostituzionale (per violazione dell'art. 138); così come sarebbe incostituzionale (per violazione dell'art. 139) qualunque LRC che pretendesse di modificare la forma repubblicana dello stato.

(b) Tuttavia, le due norme sulla revisione, sebbene strutturalmente sovraordinate alle LRC, *non sono materialmente* sovraordinate ad esse.³³ La conseguen-

29 Se così non fosse, una legge costituzionale che disponesse diversamente dalla costituzione (come accade per ogni legge di revisione costituzionale), lungi dal modificare la costituzione stessa, sarebbe anzi costituzionalmente illegittima.

30 Corte cost. 175/1971: «È da condividere l'assunto della sussistenza di una gerarchia fra norme e norme della stessa Costituzione, rispetto alla quale è individuabile (come del resto in ogni corpo di disposizioni ordinate in sistema) un ordine che conduce a conferire preminenza ad alcune di esse rispetto ad altre». Bell'esempio di “costruzione giuridica”, e puro diritto giurisprudenziale.

31 Vedi sul tema: Troper (2001: cap. XIII); nonché Favoreu 1993; Vedel 1993.

32 Corte cost. 1146/1988.

33 Lo sarebbero solo se una ulteriore norma costituzionale (un ipotetico art. 140) disponesse che gli artt. 138 e/o 139 non sono soggetti a revisione costituzionale. Ma anche una norma siffatta, pur non potendo essere validamente violata (finché fosse in vigore), potrebbe però essere validamente modificata (o abrogata) in assenza di una norma ulteriore (un ipotetico art. 141)

za è che le norme in questione non possono essere violate fino a che siano in vigore; possono però essere modificate (o anche abrogate) da una LRC. Pertanto, una LRC, adottata, beninteso, secondo il procedimento previsto dall'art. 138, che modificasse il medesimo art. 138 oppure l'art. 139, *non* sarebbe incostituzionale.³⁴

(c) In virtù dell'art. 139, talune norme costituzionali – quelle che identifica-no la forma repubblicana dello stato – non sono suscettibili di revisione costituzionale. Tali norme sono materialmente sovraordinate alle LRC. Sicché qualunque LRC che pretendesse di sovvertirle sarebbe incostituzionale: beninteso, fino a che, però, l'art. 139 non fosse a sua volta abrogato (giacché abbiamo ben visto che l'art. 139 è suscettibile di revisione costituzionale).

(d) Infine, se – e solo se – si accetta la tesi della supremazia assiologica dei principi supremi, accettando al tempo stesso di trattare questa gerarchia, puramente assiologica, come una gerarchia materiale, sarebbe incostituzionale qualunque LRC che pretendesse di sovvertire i principi supremi.

Bibliografia

Norberto BOBBIO, 1970: *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli.
—, 1994: *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino: Giappichelli.

Vezio CRISAFULLI, 1984: *Lezioni di diritto costituzionale* (vol. II). Padova: CEDAM.

Carlo ESPOSITO, 1964: *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi, e il controllo giurisdizionale* (1934). Milano: Giuffrè.

Louis FAVOREU, 1993: *Souveraineté et supra-constitutionnalité. Pouvoirs* (1993) 67.

Riccardo GUASTINI, 1997: "Gerarchie normative". *Materiali per una storia della cultura giuridica* (1997).

H. L. A. HART, 1961: *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.

Hans Kelsen, 1962: *Théorie pure du droit*. Trad. française de la 2e édition de la Reine Rechtslehre par Charles Eisenmann. Paris: Dalloz.

Tecla MAZZARESE, 1982: *Metanorme e linguaggio deontico. Un'analisi logica. Materiali per una storia della cultura giuridica* (1982).

—, 1996: *Metanorme. Rilievi su un concetto scomodo della teoria del diritto. Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*. Eds. Paolo Comanducci, Riccardo Guastini. Torino: Giappichelli.

che ne vietasse la revisione. D'altronde, quest'ultima norma (l'ipotetico art. 141) non potrebbe essere violata, ma potrebbe essere abrogata: a meno che non vi fosse una norma ulteriore (un ipotetico art. 142) il quale lo vietasse. E così avanti, all'infinito.

34 Avverto il lettore che, quanto alla modifica (o abrogazione) dell'art. 139, la dottrina italiana, unanime, è di parere opposto a quello sostenuto nel testo: una legge di revisione che pretendesse di toccare l'art. 139 sarebbe costituzionalmente illegittima. Quanto alla modificabilità dell'art. 138 (o, più in generale, delle disposizioni dell'una o dell'altra costituzione in materia di procedimento di revisione) l'opinione contraria a quella qui sostenuta si legge ad es. in Ross (1958: 78 ss); Ross (1982: 205 ss); Pace (1997: 136 ss). Secondo Pace, in particolare, utilizzare il procedimento di revisione vigente per modificare il procedimento stesso sarebbe un illecito esercizio del potere di revisione per finalità sostanzialmente costituenti.

- Adolf MERKL, 1987: Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto. *Il duplice volto del diritto*. Milano: Giuffrè.
- Alessandro PACE, 1983: Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore. *Giurisprudenza costituzionale* (1983). Ora anche in: Pace (1997).
- , 1997: *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*. Padova: CEDAM.
- Alessandro PIZZORUSSO, 1977: *Delle fonti del diritto*. Bologna-Roma: Zanichelli – Il Foro italiano.
- Alf ROSS, 1958: *On Law and Justice*. London: Stevens.
- , 1982: *Critica del diritto e analisi del linguaggio*. Eds. Alberto Febbrajo, Riccardo Guastini. Bologna: Il Mulino.
- Giovanni TARELLO, 1977: Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi. *Politica del diritto* (1977) VIII. Fasc. 5.
- , 1980: *L'interpretazione della legge*. Cap. VII. Milano: Giuffrè.
- Michele TROPER, 1989: Il problema dell'interpretazione e la teoria della sovralegalità costituzionale. *Lanalisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II. Eds. Paolo Comanducci, Riccardo Guastini. Torino: Giappichelli.
- , 2001: *La théorie du droit, le droit, l'État*. Cap. XIII. Paris: P. U. F.
- Georges VEDEL, 1993: Souveraineté et supraconstitutionnalité. *Pouvoirs* (1993) 67.
- Gustavo ZAGREBELSKY, 1991: *Il sistema delle fonti del diritto*. Torino: Utet.
- *
- Giurisprudenza italiana. Corte costituzionale (www.giurcost.org):
- 14/1964, del 7 marzo 1964.
 - 175/1971, del 14 luglio 1971.
 - 4/1972, del 13 gennaio 1972.
 - 6/1975, del 9 gennaio 1975.
 - 1146/1988, del 29 dicembre 1988.

