

Pietro Pinna

La disposizione valida e la norma vera

FRANCOANGELI

SDP

Studi di

Diritto Pubblico

Informazioni per il lettore

Questo file PDF è una versione gratuita di sole 20 pagine ed è leggibile con



La versione completa dell'e-book (a pagamento) è leggibile con Adobe Digital Editions. Per tutte le informazioni sulle condizioni dei nostri e-book (con quali dispositivi leggerli e quali funzioni sono consentite) consulta [cliccando qui](#) le nostre F.A.Q.



STUDI DI DIRITTO PUBBLICO

Collana diretta da **Roberto Bin, Fulvio Cortese e Aldo Sandulli**
coordinata da **Simone Penasa e Andrea Sandri**

REDAZIONE

Fabio Di Cristina, Angela Ferrari Zumbini, Stefano Rossi

COMITATO SCIENTIFICO

Jean-Bernard Auby, Stefano Battini, Daniela Bifulco, Roberto Caranta, Marta Cartabia, Omar Chessa, Mario P. Chiti, Pasquale Costanzo, Antonio D'Andrea, Giacinto della Cananea, Luca De Lucia, Gianmario Demuro, Daria de Pretis, Marco Dugato, Claudio Franchini, Thomàs Font i Llovet, Giulia Maria Labriola, Peter Leyland, Massimo Luciani, Michela Manetti, Alessandro Mangia, Barbara Marchetti, Giuseppe Piperata, Aristide Police, Margherita Ramajoli, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Sandro Stajano, Bruno Tonoletti, Aldo Travi, Michel Troper, Nicolò Zanon

La Collana promuove la rivisitazione dei paradigmi disciplinari delle materie pubblicistiche e l'approfondimento critico delle nozioni teoriche che ne sono il fondamento, anche per verificarne la persistente adeguatezza.

A tal fine la Collana intende favorire la dialettica interdisciplinare, la contaminazione stilistica, lo scambio di approcci e di vedute: poiché il diritto costituzionale non può estraniarsi dall'approfondimento delle questioni delle amministrazioni pubbliche, né l'organizzazione e il funzionamento di queste ultime possono ancora essere adeguatamente indagati senza considerare l'espansione e i modi di interpretazione e di garanzia dell'effettività dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali. In entrambe le materie, poi, il punto di vista interno deve integrarsi nel contesto europeo e internazionale. La Collana, oltre a pubblicare monografie scientifiche di giovani o affermati studiosi (STUDI E RICERCHE), presenta una sezione (MINIMA GIURIDICA) di saggi brevi destinata ad approfondimenti agili e trasversali, di carattere propriamente teorico o storico-culturale con l'obiettivo di sollecitare anche gli interpreti più maturi ad illustrare le specificità che il ragionamento giuridico manifesta nello studio del diritto pubblico e le sue più recenti evoluzioni.

La Collana, inoltre, si propone di assecondare l'innovazione su cui si è ormai incamminata la valutazione della ricerca universitaria. La comunità scientifica, infatti, sente oggi l'esigenza che la valutazione non sia più soltanto un compito riservato al sistema dei concorsi universitari, ma si diffonda come responsabilità dell'intero corpo accademico.

Tutti i volumi, pertanto, saranno soggetti ad un'accurata procedura di valutazione, adeguata ai criteri fissati dalle discipline di riferimento.

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: www.francoangeli.it e iscriversi nella home page al servizio "Informatemi" per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità

Pietro Pinna

La disposizione valida e la norma vera

FRANCOANGELI

SDP

Studi di

Diritto Pubblico

Il volume è pubblicato grazie ai fondi del cofinanziamento MIUR-PRIN 2010/2011.

Copyright © 2015 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

INDICE

Introduzione	pag.	7
1. Il diritto sapienziale e il diritto legislativo	»	19
1. Sulla distinzione tra la proposizione e la norma giuridica	»	19
2. La proposizione giuridica della norma fondamentale	»	22
3. La coincidenza tra la proposizione giuridica e la norma fondamentale presupposta	»	26
4. La conoscenza del diritto come interpretazione autentica	»	31
5. La proposizione giuridica come descrizione della forma del diritto esistente	»	36
6. La struttura aperta del diritto, l'indeterminatezza delle norme e la discrezionalità del giudice	»	41
7. La validità del modo di produzione e del diritto prodotto	»	51
8. Che cosa si interpreta e il disaccordo interpretativo	»	58
9. La disposizione (la cosa) e la sua interpretazione (la norma)	»	63
10. La conoscenza distinta dalla produzione del diritto	»	70
11. La giustizia costituzionale come funzione legislativa	»	73
12. L'annullamento, l'abrogazione e la disapplicazione	»	80
13. Il giudizio di costituzionalità su norme legislative e l'annullamento delle leggi	»	86
A. L'oggetto della questione di costituzionalità	»	87
B. L'oggetto della dichiarazione di incostituzionalità	»	88
C. Gli effetti della dichiarazione d'incostituzionalità	»	94
14. Il giudizio in via principale. L'interesse al ricorso dello Stato e della regione	»	99
15. L'incompetenza della legge statale e regionale	»	103

Indice

2. La legge invalida	pag. 109
1. La validità e la vigenza della legge	» 109
2. Le regole costitutive e quelle regolative	» 117
3. La legge incostituzionale	» 121
4. La legge illegittima	» 125
5. Una teoria della giustizia costituzionale senza giustizia costituzionale?	» 128
6. La legge limitata legislativamente. La legge costituzionale	» 138
7. La legge ordinaria statale	» 142
8. La legge regionale	» 145
9. Il decreto legislativo	» 149
10. Il decreto legge	» 155
11. La violazione dei vincoli internazionali e comunitari	» 157

INTRODUZIONE

L'idea che l'incostituzionalità sia l'unico vizio possibile della legge e comunque l'unico previsto dalla Costituzione italiana è accettata come un postulato, cosicché nessuno si interroga sul suo fondamento. Qui e soprattutto nelle prossime pagine la metto in discussione dimostrando che non regge, né dogmaticamente né teoricamente.

L'art. 134 della Costituzione attribuisce alla Corte costituzionale la competenza a giudicare, fra l'altro, le controversie sulla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge. Da questa attribuzione non si deduce che l'incostituzionalità è l'unico vizio della legge conoscibile da un giudice. Semmai, si ricava la regola che la Corte costituzionale è l'unico giudice dell'incostituzionalità della legge. Pertanto, fonda la competenza della Corte non l'incostituzionalità della legge. Presuppone l'incostituzionalità, la quale dipende dal fatto che la legge deve alla Costituzione la propria validità legislativa. L'incostituzionalità della legge non è dunque un'implicazione della competenza attribuita alla Corte costituzionale.

L'opinione opposta secondo cui l'incostituzionalità e la competenza del tribunale costituzionale sono un tutt'uno inscindibile sarebbe confermata dalla disposizione dell'art. 136 Cost., in virtù della quale la legge diverrebbe incostituzionale dopo la (e per effetto della) decisione della Corte costituzionale. Sennonché questa disposizione – che letteralmente si riferisce alle «norme *dichiarate* incostituzionali» – lascia presumere che la sentenza accerta, non determina l'incostituzionalità. Dall'accertamento deriva indubbiamente anche l'abrogazione della legge, che è prevista dall'art. 136 della Costituzione; ma ciò non significa che la sentenza di accoglimento rende incostituzionale la legge. Si potrebbe sostenere semmai che è un accertamento con efficacia costitutiva. Sennonché

neppure questa rappresentazione più articolata dà conto pienamente del fenomeno e in ultima analisi è fallace. Bisogna considerare, infatti, che il giudizio di costituzionalità della legge instaurato in via incidentale è funzionale alla risoluzione della controversia pendente davanti al giudice comune che ha sollevato la questione; e se la sentenza di accoglimento ha soltanto l'effetto abrogativo, non è di nessuna utilità a quel giudice che deve applicare la legge dichiarata incostituzionale perché questa era vigente quando è sorto il rapporto controverso su cui è chiamato a pronunciarsi. L'accertamento dell'incostituzionalità deve incidere almeno sul processo nel quale è stata sollevata la questione, altrimenti il giudizio incidentale non ha alcun senso. Deve avere quindi anche un effetto giurisdizionale, il quale non può essere granché diverso da quello che avrebbe avuto se lo stesso giudice della causa avesse accertato l'incostituzionalità, cioè dalla disapplicazione della legge incostituzionale. Allora la legge è invalida prima della dichiarazione d'incostituzionalità e il suo accertamento libera il giudice dalla soggezione ad essa. Del resto, se si ragionasse diversamente, seguendo l'opinione che la sentenza di accoglimento costituisce l'incostituzionalità, bisognerebbe concludere che la dichiarazione di incostituzionalità o non ha alcuna incidenza sul processo *a quo*, e ciò è incompatibile con l'instaurazione incidentale, o la perdita di efficacia della norma dichiarata incostituzionale che essa determina è retroattiva, e ciò è in palese contrasto con la disposizione dell'art. 136 della Costituzione. La verità è dunque un'altra. La legge è invalida prima della sentenza di accoglimento e l'accertamento della sua incostituzionalità ne impedisce l'applicazione giurisdizionale: nel giudizio in cui è stata sollevata la questione come logica conseguenza della dichiarazione di incostituzionalità, e in tutti gli altri riguardanti casi analoghi in virtù dell'art. 30 della legge 87/1953, che vieta *l'applicazione* delle norme dichiarate incostituzionali.

L'affermazione che è annullata o annullabile è un altro modo di dire che la legge è resa incostituzionale dalla decisione della Corte costituzionale. Kelsen, ad esempio, sostiene che il tribunale costituzionale annulla la legge e che l'annullamento non è diverso dall'abrogazione. Ne discuterò più avanti. Ora mi occupo del concetto contrapposto all'annullabilità: cioè della nullità.

L'utilizzazione dei concetti privatistici dell'atto nullo e annullabile riguardo alla legislazione, comporta una certa sovrapposizione di discorsi che a rigore dovrebbero stare su diversi piani. Con larga approssimazione, l'invalidità della legge appartiene al tema dei vizi degli atti e

l'effetto delle pronunce del tribunale costituzionale a quello differente della tutela giurisdizionale dei diritti lesi dall'atto viziato. Tuttavia, per quanto riguarda la legislazione, lo slittamento del discorso da un piano (sostanziale) a un altro (processuale) è accettabile quando la discussione abbia ad oggetto la relazione stretta – stabilita teoricamente soprattutto da Kelsen e ampiamente accettata – tra la funzione di annullamento del tribunale e l'incostituzionalità della legge. Da questo particolare angolo visuale, il punto essenziale è che la legge nulla è considerata inesistente, quindi è contraddittorio predicarne l'incostituzionalità e non ha senso l'annullamento. Sicché, la legge nulla non è sottoponibile al giudizio del tribunale costituzionale e non vincola il giudice.

La prospettiva cambia parecchio se l'incostituzionalità è una specie d'invalidità, come suggerisco qui di seguito. La legge è invalida quando viola qualcuna delle regole della sua produzione; non importa che siano regole costituzionali o legislative. Se è previsto che il giudizio d'incostituzionalità spetti a un giudice speciale, la distinzione tra l'incostituzionalità e l'illegittimità è rilevante soltanto per stabilire quale organo giurisdizionale sia competente a giudicare dell'invalidità. Da questo punto di vista, la nullità è un concetto nel quale ricadono i casi più gravi ed evidenti d'invalidità. Più precisamente, la legge è nulla quando non ha nessuna delle caratteristiche che deve possedere affinché sia identificabile come legge¹. Sostengo qualcosa di simile con l'affermazione che non ha il valore della legge l'atto contrastante con la regola costitutiva della legislazione. Ma dire che l'atto non esiste come legge o che non è una legge valida in fondo è la stessa cosa: in ogni caso da esso nessun giudice, quindi nessuno, ha l'obbligo di ricavarne norme. La discussione circa la nullità o l'annullabilità è quindi poco interessante.

Se l'esistenza equivale alla vigenza della legge, invece è importante stabilire se l'atto sia vigente. Non perché la vigenza sia la condizione necessaria affinché esso produca gli effetti propri della legge, dato che questi si producono quando la legge viga validamente, ma perché ha senso discutere della validità delle leggi vigenti. Le leggi non vigenti non possono essere valide. Le leggi vigenti, invece, possono essere invalide. C'è dunque differenza tra le leggi non vigenti e quelle non valide. Kelsen non la coglie, perché non concepisce l'invalidità. Per lui le leggi esistenti sono valide e quelle invalide non esistono. E la differenza incide sul regi-

1. Tra le molte concezioni in proposito (cfr. G. D'Alessandro, *La nullità della legge*, Napoli, 2012), considero quella più generale di L. Ferrajoli, *Principia iuris*, Bari, 2007, 1. *Teoria del diritto*, 526 ss.

me giuridico dell'atto quando sia previsto che la validità della legge sia conosciuta da uno specifico giudice. Ad esempio, la Corte costituzionale, in virtù della disposizione dell'art. 134 Cost., giudica sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge. La sua competenza dunque è limitata alle questioni di legittimità costituzionale delle leggi o degli atti con forza di legge che sono o siano stati vigenti. L'eventuale controversia sulla vigenza è risolta dal giudice comune: è, infatti, una questione che attiene alla qualificazione dell'atto come legge. Ma se non è prevista alcuna specializzazione delle competenze giurisdizionali, il giudizio sull'inesistenza o sull'invalidità della legge determina comunque la disapplicazione della legge (invalida o che qualcuna delle parti erroneamente ha considerato valida), o dell'atto non riconoscibile come legge (o che qualcuna delle parti erroneamente ha ritenuto che fosse o avesse valore di legge). Cambia solamente il motivo della decisione. Anche la distinzione tra l'incostituzionalità e l'illegittimità della legge, che qui sostengo, è utile praticamente perché la Costituzione attribuisce alla Corte costituzionale la competenza a giudicare la costituzionalità della legge. Altrimenti avrebbe un valore soltanto conoscitivo, come quella tra la nullità-inesistenza e l'invalidità della legge.

La tesi che l'incostituzionalità sia l'unico vizio della legge è alimentata dallo scetticismo circa la possibilità di distinguere la politica dalla giurisdizione in genere e dalla giustizia costituzionale in specie.

Nessuno crede più all'idea che l'applicazione sia completamente estranea alla produzione del diritto. E le antiche convinzioni del potere giudiziario in qualche modo nullo, della *iurisdictio* separata dal *gubernaculum*, che tanto hanno influito sul costituzionalismo, hanno perso ogni considerazione. La giustizia costituzionale ha inferto l'ultimo colpo alla credibilità dell'opinione che la giurisprudenza è diversa dalla legislazione e separata dalla politica. Del resto, la sua elaborazione scientifica in Europa è stata segnata dalla confusione della legislazione con l'annullamento della legge disposta dal tribunale costituzionale. Eppure la dottrina di Kelsen, cui si deve la progettazione della *Verfassungsgerichtbarkeit*, persegue l'obiettivo della purezza della scienza giuridica, della descrizione delle norme non contaminata da alcuna prescrizione; di dire come è e non come deve essere il diritto. Segna il confine tra la conoscenza e la produzione del diritto, ma non il limite tra la creazione e l'applicazione delle norme. Considera l'applicazione come una parte della produzione del diritto e pone l'interpretazione scientifica delle norme su un piano diverso da quello giudiziario.

La conseguenza è che la dottrina pura è muta sull'invalidità della norma. Non può dire come deve essere la norma affinché sia valida, perché contraddirebbe il suo progetto scientifico: direbbe, infatti, non *come* è ma come *deve essere* il diritto. Per essa la creazione è applicazione delle norme e viceversa; non si può stabilire quando la produzione è avvenuta irregolarmente. Infatti, scientificamente è contraddittoria l'affermazione che il diritto esistente è invalido: se un atto è invalido non produce diritto; la norma invalida non è una norma giuridica, è un fatto.

Per produrre validamente il diritto, quindi applicare la regola sulla produzione giuridica, bisogna conoscere la regola che disciplina la creazione della norma. Ma l'autorità giuridica esercita potere, crea il diritto; la sua conoscenza è meramente propedeutica alla produzione del diritto e si confonde con essa. La scienza giuridica scopre la validità del diritto positivo, del diritto posto dall'autorità giuridica, non l'invalidità delle norme: se esprime un'opinione su come deve essere la norma valida fa non scienza, non scienza pura, ma politica, prende posizione su quale deve essere la norma sulla produzione giuridica.

La norma dunque non può essere invalida ma può essere invalidata, più precisamente può essere invalidato l'atto della sua creazione, cioè la validità normativa può essere annullata con un atto uguale e contrario a quello della produzione. La sua invalidità, quindi, è non un giudizio ma l'effetto di un atto autoritario produttivo di diritto. In breve, le norme possono essere annullate, abrogate, non giudicate invalide, e prima dell'annullamento sono valide.

Come mai una dottrina che non concepisce l'invalidità della legge ha potuto teorizzare la giustizia costituzionale?

La risposta è semplice, nonostante contrasti con l'opinione comune. Quella di Kelsen non è una teoria della giustizia costituzionale. Kelsen ha elaborato non il giudizio sulla validità delle leggi pronunciato nell'esercizio della giurisdizione, ma la difesa o la custodia della costituzione assicurata da un organo legislativo organizzato come un tribunale. Il progetto di affidare a un tribunale l'abrogazione della legge incostituzionale è sostanziato dalla prognosi che la previsione dell'annullamento scoraggi la prevaricazione maggioritaria e che comunque l'eliminazione della legge irregolare ristabilisca la condizione di un corretto rapporto compromissorio tra la maggioranza e la minoranza parlamentare. Dico «irregolare» e non «incostituzionale» perché l'annullamento protegge la regola che impone la procedura aggravata per approvare le leggi, la forma costituzionale, piuttosto che quella costitutiva della legge; e ciò

perché quella forma costringe la maggioranza a comprometersi con la minoranza.

L'annullamento della legge deciso dal tribunale costituzionale è legislazione come l'abrogazione deliberata dal parlamento. La differenza è che il tribunale è imparziale rispetto alla maggioranza e alla minoranza parlamentari. Sicché la sua politica legislativa non prende parte al conflitto che coinvolge i diversi schieramenti parlamentari. Poiché questi sono rappresentativi dei partiti politici, lo scontro parlamentare raffigura il conflitto politico-sociale, il quale è così formidabile che minaccia la pace. Il rimedio alla guerra sociale è il compromesso; e se la regola del compromesso è violata, essa può essere ripristinata soltanto da un intervento esterno, da un'autorità politica imparziale, che difende la costituzione; difende cioè la regola della legislazione che imponendo il compromesso parlamentare evita il cozzo devastante tra le classi sociali. La politica imparziale del tribunale costituzionale dunque sta accanto alla costituzione e se necessario si contrappone a quella parlamentare-maggioritaria, annullando la legge che abbia leso i diritti della minoranza.

Il progetto di Kelsen mira alla custodia della costituzione come quello di Schmitt. Entrambi si propongono la difesa della costituzione dallo scontro distruttivo tra i partiti rappresentativi della borghesia e del proletariato. Tuttavia sono profondamente differenti perché si basano su idee molto diverse circa l'unità politica e di conseguenza su chi debba difendere la costituzione. Schmitt alla custodia di un tribunale costituzionale oppone quella del capo dello stato, di chi è legittimato dall'elezione diretta e con la sua persona esprime l'unità del popolo; e ciò lo rende capace di un'azione politica neutrale, che stabilisce l'unità sospendendo se necessario il normale pluralismo politico.

La difesa della costituzione affidata a un organo imparziale organizzato come un tribunale, secondo l'idea kelseniana, solleva la questione importante che esso non è democratico. È la principale obiezione che le muove Schmitt. E dopo di lui molti altri, dando luogo a un dibattito ampio e impegnativo, che ha riguardato impropriamente il controllo accentrato di costituzionalità europeo e il *judicial review* statunitense. Impropriamente perché il giudizio di costituzionalità delle leggi effettuato dai giudici è giurisdizione dei diritti e non difesa politica della costituzione. La discussione così impostata verte essenzialmente su quale sia la specifica funzione politica dell'annullamento della legge incostituzionale, sulla legittimazione di questa politica e sui vantaggi che offre rispetto a quella della democrazia parlamentare; in breve su argomenti difficil-

mente dominabili con l'apparato concettuale giuridico. E ciò ha acuito lo smarrimento del confine della politica dalla giurisdizione.

In Italia, in più, la difesa della costituzione è stata tematizzata come garanzia costituzionale, che è un concetto vago, i cui contorni sono definiti più in negativo che in positivo attraverso la sua contrapposizione alla funzione di indirizzo politico. Tanto è vero che comprende pure le competenze del Presidente della Repubblica, all'esercizio delle quali concorre il Governo e quindi sono latamente governative. Pertanto, il controllo di costituzionalità delle leggi inteso come garanzia della costituzione è distinguibile dalla politica della maggioranza parlamentare-governativa essenzialmente per il fatto che non è attività di indirizzo politico. In questo modo, la giustizia costituzionale, trascinata nel vortice dei discorsi fluidi sulla forma di governo – discorsi spesso giuridico-politologici dall'incerto statuto scientifico –, sospesa tra la politica e la giurisdizione, è divenuta giuridicamente misteriosa. Non solo. Pure la complessiva disciplina costituzionale della forma di governo è sfuggita all'interpretazione giuridica.

Kelsen teorizza l'equivalenza dell'incostituzionalità all'abrogazione, sollevando così la questione se l'abrogazione giudiziaria sia preferibile a quella legislativa. Il problema non si pone se l'incostituzionalità è un giudizio pronunciato per decidere una controversia secondo il diritto e non un atto potestativo produttivo di diritto e rivolto a difendere l'unità costituzionale. Indago dunque la validità della legislazione assumendo il punto di vista giurisdizionale, cioè di chi interroga la legge per stabilire quale sia la regola valida di un caso controverso. Non mi curo della questione di più ampia portata e spessore se la decisione politica del legislatore (l'abrogazione della legge) debba prevalere su quella giudiziaria (la dichiarazione di incostituzionalità), ammesso che la tutela legislativa sia fungibile con quella giudiziaria dei diritti e che quindi si possa e si debba scegliere tra l'una o l'altra².

All'indeterminatezza della teoria della giustizia costituzionale ha concorso parecchio la diffusa convinzione che l'interpretazione, in specie quella giudiziaria, non sia distinguibile dalla creazione del diritto. L'idea kelseniana della separazione netta tra la proposizione giuridica formulata dalla scienza e la norma prodotta dall'autorità giuridica, è la base teorica della confusione tra la conoscenza (il giudizio d'incostitu-

2. In proposito cfr. l'ampia trattazione di O. Chessa, *I giudici del diritto*, Milano, 2014, 103 ss.

zionalità) e la produzione del diritto (l'annullamento della legge). Perciò la discussione inizia da qui.

L'altra importante dottrina, quella della norma di riconoscimento di Hart, che pretende di fornire un concetto descrittivo del diritto, a prima vista, appare più promettente. Infatti, tratta della validità come di una pratica sociale di riconoscimento del diritto, generando l'aspettativa di una considerazione più sociologica che logica della validità, quindi della definizione di un fatto verificabile empiricamente al quale è assegnato valore giuridico. Inoltre il riconoscimento di qualcosa, di una pratica sociale, come diritto è un'opinione circa il valore della cosa. In altri termini, la validità non è intrinseca al diritto posto, ma un attributo di questo. La produzione del diritto, insomma, non equivale al suo riconoscimento, che può esserci o mancare. Il diritto prodotto può essere giudicato o riconosciuto valido o invalido. Sennonché, a ben vedere Hart, per ciò che qui interessa, non va molto più avanti di Kelsen. La norma consuetudinaria di riconoscimento, sebbene sia reale e non logica, in ultima analisi svolge lo stesso ruolo della *Grundnorm*.

Ciò che i funzionari pubblici e soprattutto i giudici riconoscono come diritto, assumendo l'atteggiamento critico riflessivo di riprovazione nei confronti di chi non lo rispetta, è la norma di riconoscimento esistente. Il diritto che ne deriva è valido. Ad esempio è diritto valido quello stabilito dalla legge del parlamento. Ma se i giudici riconoscono come diritto le regole stabilite da essi stessi per i casi disciplinati in modo indeterminato dalla legge, esiste la norma di riconoscimento del diritto giurisprudenziale. Quindi è valido anche il diritto stabilito dai giudici. Allora quando la pratica sociale riconosce come valida una regola, questo vuol dire che esiste la norma di riconoscimento per la quale essa è prodotta validamente. Pertanto, la norma di riconoscimento è la giustificazione della validità del diritto praticato; e in base ad essa non si può sostenere che un fatto non è produttivo del diritto. Se si ritiene che sia invalido semplicemente non è riconosciuto come diritto. Insomma, nel pensiero di Hart, come in quello di Kelsen, manca l'invalidità. La differenza tra i due sta in ciò che la validità si conosce con l'osservazione della pratica sociale, quindi descrivendo un essere, per il primo; formulando la norma logicamente presupposta da quella positiva, quindi un dover essere, per il secondo.

Nondimeno, la teoria della norma di riconoscimento indirizza la ricerca verso l'individuazione di qualcosa di obiettivo che possa essere ritenuto valido come diritto. Invero, la pratica sociale non è una cosa,

ma un'azione basata sulla convinzione della sua doverosità. È comunque un fatto obiettivo, la cui esistenza può essere verificata empiricamente. Inoltre il giudizio sulla validità, il punto di vista interno, non è estraneo alla produzione del diritto, anzi è costitutivo del diritto: la regola giuridica è praticata, applicata, perché è creduta valida. Tuttavia, è l'opinione sul fatto, su un comportamento o un evento la cui esistenza è obiettiva. Ciò induce a credere che le regole giuridiche si traggono da qualcosa di oggettivo; e questa è la premessa necessaria per poter distinguere la validità del fatto produttivo del diritto dalla verità del significato attribuito a quel fatto.

Pertanto il percorso ideale verso la distinzione tra la disposizione e la norma, che è fondamentale per il discorso che qui svolgo, inizia dalla teoria della norma di riconoscimento.

Prosegue con lo studio del pensiero di Dworkin. Questa scelta richiede una spiegazione. Non è per niente scontata: quella di Dworkin è una teoria interpretativa del diritto, quindi dei significati e non dei fatti giuridici. Tuttavia, forse inaspettatamente, consente di fare un importante passo in avanti nella comprensione di ciò che distingue la conoscenza dalla produzione del diritto.

Innanzitutto, indica una nuova prospettiva. Invita a guardare oltre il fatto produttivo di diritto, mettendo a fuoco non tanto il processo nomogenetico quanto l'interpretazione giudiziaria, la ricerca della regola valida di un caso. Supera così la questione della descrizione obiettiva di che cosa sia il diritto, di quale sia la fonte del diritto, su cui riflettono Kelsen e Hart. Di conseguenza tratta non tanto della validità del diritto, la cui alternativa è il non diritto, un fatto che giuridicamente non può essere qualificato in nessun modo; quanto piuttosto del diritto valido di un caso. Così si può discutere non solo di validità ma pure di l'invalidità: se è valida una regola, l'altra o le altre sono invalide e la discussione riguarda la determinazione della regola valida tra le diverse applicabili.

La validità della regola è indagata per stabilire quale sia la base giuridica, cioè il fondamento, del diritto preteso in giudizio; e così ragionando, si può affermare che l'invalidità è l'opposto della validità. Il discorso si sposta sulla base del diritto. Per Dworkin riguarda la divergenza sul fondamento del diritto, poiché è il punto di vista di chi deve decidere su una pretesa. La controversia può essere empirica o teorica. La riflessione di Dworkin si incentra su questa. Ma qui è più interessante quella, perché concerne la base materiale del diritto, ossia l'esistenza di una disposizione legislativa dalla quale si evinca la regola in base alla quale si avanza la

pretesa. Il diritto valido è dunque l'interpretazione di qualcosa ed esattamente di un testo che è stato deliberato come legge.

Manca un passo per arrivare alla distinzione della disposizione dalla norma. Questa deriva dall'interpretazione di quella. La disposizione è la cosa, il segno che interpretato correttamente ci dice quale sia la regola valida del caso. Sicché il ragionamento di Dworkin lo intendo nel senso che il diritto valido del caso è l'interpretazione esatta della legge pertinente e valida. La norma – detto in modo più preciso – è la regola che si deduce interpretativamente dalla disposizione. Quindi può essere vera o falsa. La disposizione è ciò che si interpreta e può essere valida o invalida. Il ragionamento sulla verità della norma non esclude, dunque, la considerazione della validità della produzione giuridica, anzi lo completa: la disposizione deve essere deliberata validamente affinché possa essere considerata la base materiale del diritto.

La discriminazione della validità della disposizione dalla verità della norma chiarisce un'importante caratteristica della giurisdizione, in genere, e di quella costituzionale, in specie. Tuttavia, la chiarificazione non basta per segnare con precisione la differenza tra il dire quale sia il diritto vero e il dare leggi valide. Questo confinamento è un'operazione più complessa. La distinzione delle norme dalle disposizioni, del discorso sulla verità da quello sulla validità, ne fa sicuramente parte. Ma non è tutto, è solamente un elemento importante della fondamentale divisione del potere legislativo dal giudiziario (o dal non potere giudiziario). Ad esempio, la contrapposizione tra la volontà della legislazione e la ragione della giurisdizione non dà conto, non del tutto né esattamente, della linea di divisione che corre tra le due funzioni. Infatti, anche la legislazione, pur essendo deliberazione autoritaria, deve essere ragionevole ed esprimere il vero, in quanto rappresentazione dell'interesse generale, a meno che recursivamente non si ritenga che l'interesse generale sia quello stabilito dal legislatore con la legge. D'altra parte, pure ciò che è vero, ciò che è scoperto o comunque costruito intellettualmente e non semplicemente voluto, può essere deliberato; e non sempre all'unanimità. Non proseguo. È un discorso sulla legislazione che, sebbene contiguo, allontana dal tema su cui rifletto qui. Lo accenno soltanto per precisare un limite della trattazione.

Il giudice deve dire il vero su quale sia il diritto valido e decidere in base a esso. Perciò il giudizio di costituzionalità delle leggi è parte integrante e ineliminabile della funzione giurisdizionale. La giurisdizione può essere organizzata in modo tale che esso sia attribuito a ogni giudice

o a un apposito giudice; che l'effetto del giudizio sia limitato alla particolare causa oggetto del processo in cui è stato pronunciato oppure esteso a tutti i casi analoghi. Può darsi anche che ne consegua l'eliminazione della disposizione giudicata incostituzionale. Poco importa. Nessuna di queste varianti modifica la natura giurisdizionale del controllo di costituzionalità della legge. Una volta dimostrato che è un compito eliminabile della giurisdizione dire quale sia il diritto valido pertinente al caso portato in giudizio, viene da chiedersi se ogni problema d'invalidità della legge sia una questione di costituzionalità. Il superamento della teoria costitutiva dell'incostituzionalità, cioè della credenza che l'incostituzionalità della legge sia pensabile nella misura in cui sia attribuito il potere di annullarla, apre un nuovo orizzonte, introduce alla coltivazione di un campo di indagine più ampio: cioè permette di immaginare un quadro più complesso dell'invalidità della legge nel quale l'incostituzionalità è una specie di invalidità della legge.

L'ipotesi si rivela fondata muovendo dalla concezione che il diritto è prodotto giuridicamente. La ricerca comincia, dunque, dal punto in cui la costituzione è intesa e utilizzata come una legge, dalle cui disposizioni si deducono norme per risolvere casi della vita. La sua validità non è in discussione e neppure la sua preminenza. Si tratta piuttosto dei modi in cui la legge limita la legislazione.

Da questo punto di vista, la disposizione legislativa è valida giuridicamente quando è decisa secondo le regole stabilite per la sua deliberazione. Sono dunque regole prestabilite, disposte da una legge precedente. Allora in principio è invalida la legge illegittima, cioè quella in contrasto con la legge anteriore. Perciò rivisito la teoria dell'invalidità della legge formulata da Esposito nel 1934, soprattutto considerando il carattere costitutivo o regolativo delle regole sociali indagato da Searle. Ne emerge che l'incostituzionalità ha a che vedere con la violazione delle regole costitutive, a prescindere dalla forma della legge che le contiene. Del resto, la costituzione è la regola della legislazione, quindi è tale per ciò che dispone e non per come lo dispone. Lo ha teorizzato Kelsen. Le leggi che contengono le regole costitutive logicamente, prima che giuridicamente, prevalgono su quelle da esse costituite. Le regole regolative limitano la legislazione prevedendo il modo in cui vanno deliberate le leggi. La violazione delle prime determina l'incostituzionalità, quella delle seconde, l'illegittimità; e l'illegittimità può essere semplice o costituzionale, quando è prevista la forma costituzionale della legge.

La legge dunque può essere invalida perché è incostituzionale oppure illegittima; e ciò a prescindere dalla forma della regola della sua

costituzione o regolazione. Sicché la rigidità della costituzione non è il presupposto necessario dell'incostituzionalità della legge. Tuttavia, se è prevista la forma costituzionale, la modificazione legislativa è limitata dalla regola che impone di seguire la specifica modalità per l'abrogazione totale o parziale di ciò che è stato deliberato con quella forma. Prevedendo la forma, regolando la legislazione, si vincola il contenuto della legge, cosicché il vizio procedimentale si converte in sostanziale e viceversa. A rigore, la legge che viola la regola della forma costituzionale è illegittima costituzionalmente. È semplicemente illegittima, quando non rispetta una regola della propria formazione che ha la sua stessa forma.

Tutte le distinzioni che precedono e le altre che seguiranno scompongono analiticamente il concetto che la legge è valida quando sia deliberata secondo il diritto vigente, quindi secondo le regole giuridiche prestabilite. Il grado e la forma di queste regole non sono rilevanti: in ogni caso la legge che non le rispetta è invalida. L'operazione è utile scientificamente. Tuttavia, per lo studioso del diritto positivo, il cui compito è l'elaborazione di teorie interpretative, è sensata se ha conseguenze normative, cioè se giustifica la costruzione di norme ricavate dalle disposizioni vigenti. Ebbene, l'articolata teoria dell'invalidità che propongo sostiene la seguente operazione interpretativa: il controllo di costituzionalità della legge è un pezzo del più ampio sindacato giurisdizionale sulla validità della legge. Pertanto, l'attribuzione alla Corte costituzionale del sindacato di legittimità costituzionale della legge non impedisce al giudice comune il controllo delle altre illegittimità.

L'esercizio della residua giurisdizione sulla validità della legge presuppone la disciplina della legislazione con legge ordinaria, la cui ammissibilità è controversa. Perciò l'ultima parte della trattazione è dedicata all'interpretazione delle disposizioni costituzionali sulla legislazione, per dimostrare che esse consentono la limitazione legislativa della legge.

Le più importanti conclusioni del discorso sono state anticipate nell'introduzione. L'inconveniente è che esse non si capiscono bene senza l'argomentazione che le sorregge. In compenso danno una visione d'insieme e consentono di comprendere subito dove porta il ragionamento. Non so se ciò sia sempre vantaggioso. In questo caso lo è.

I.

IL DIRITTO SAPIENZIALE E IL DIRITTO LEGISLATIVO

1. Sulla distinzione tra la proposizione e la norma giuridica

La proposizione della scienza giuridica è un importante concetto della dottrina pura del diritto di Kelsen: descrive il diritto prodotto dall'autorità giuridica ed è parte della fondamentale suddivisione tra l'essere e il dover essere normativo¹. È un giudizio non una norma. Infatti,

Se si designa come giudizio di valore l'affermazione secondo cui un comportamento umano corrisponde o non corrisponde ad una norma oggettivamente valida, bisogna distinguere il giudizio di valore dalla norma che pone il giudizio medesimo. Tale giudizio può essere vero o falso, poiché si riferisce ad una norma di un ordinamento vigente. Il giudizio secondo cui, in base alla morale cristiana, è bene amare i propri amici e odiare i propri nemici è falso, poiché una norma della morale cristiana vigente prescrive di amare non solo i propri amici, ma anche i propri nemici. [...]. Una norma invece non è né vera né falsa².

Quindi Kelsen nega che «Il cosiddetto “giudizio” (*Urteil*) del giudice [sia] giudizio nel senso logico del termine, così come non lo è la legge che mediante tale giudizio viene applicata; esso è una norma, e precisamente una norma individuale, la cui validità è limitata ad un caso concreto, a differenza di una norma generale definita come “legge”»³.

Le proposizioni giuridiche («*Rechtssätze*») sono formulate dalla scienza giuridica, che interpreta i fatti normativamente, nella misura in cui sono il contenuto di norme giuridiche⁴.

1. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, 1975, vi fa riferimento in vari punti e gli dedica un apposito paragrafo (il 16 del cap. terzo): pp. 29, 72, 107, 225.

2. *Ibidem*, 29.

3. *Ibidem*.

4. Kelsen lo spiega così: «Poiché la scienza giuridica prende in esame il comportamento