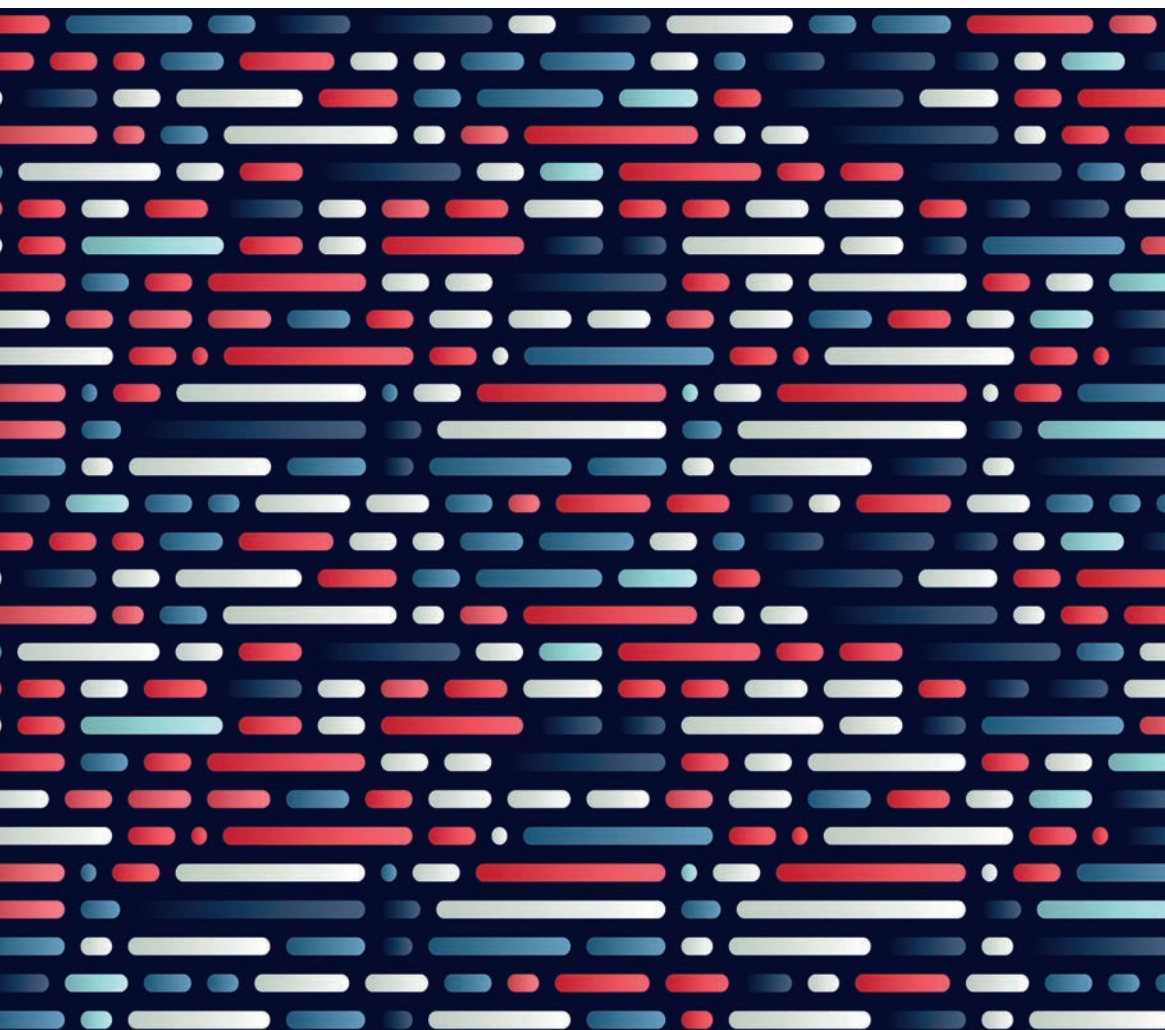


# Materiali per una cultura della legalità 2025

a cura di  
Giuseppe Acocella



OSSERVATORIO SULLA LEGALITÀ







## *Osservatorio sulla legalità*

---

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

# Materiali per una cultura della legalità 2025

a cura di  
**Giuseppe Acocella**



OSSERVATORIO SULLA LEGALITÀ

**FrancoAngeli**

ISBNe: 9788835189084

Copyright © 2025 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore.

Sono riservati i diritti per Text and Data Mining (TDM), AI training e tutte le tecnologie simili.

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](http://www.francoangeli.it).

# Indice

<b>Prefazione</b> , di <i>Paolo De Nardis, Giuseppe Acocella</i>	pag. IX
<b>La modificazione della legalità costituzionale sotto la prevalenza del diritto sopranazionale europeo</b> , di <i>Otto Pfersmann</i>	» 13
1. La legalità complessiva	» 14
2. Legalità contro legittimità	» 15
3. Legalità differenziata	» 17
4. Legalità costituzionale determinata	» 19
5. Legalità sopranazionale	» 22
Bibliografia	» 24
<b>Norma giuridica e morale religiosa</b> , di <i>Giuseppe Acocella</i>	» 26
1. Stato di diritto e norma giuridica	» 26
2. Ricorrere a un nuovo giusnaturalismo?	» 33
3. Laicità dell'ordinamento e valori morali	» 38
<b>Il giudice creativo e la separazione dei poteri. Brevi note</b> , di <i>Giuseppe Cricenti</i>	» 45
1. L'uso alternativo del diritto, oggi. L'approccio di politica del diritto	» 45
2. Un diverso approccio di politica del diritto: la separazione dei poteri	» 48
3. La questione in termini epistemologici. Disposizione e norma	» 50
4. L'approccio ermeneutico	» 54
5. I limiti dell'interpretazione	» 56
Bibliografia	» 59

<b>Il ruolo della Costituzione nell'educazione alla legalità</b> , di <i>Cesare Pinelli</i>	pag. 61
1. Qualche premessa stipulativa	» 61
2. Le ragioni della scarsa educazione alla legalità	» 62
3. Le ragioni dello scarso senso dello Stato	» 63
4. La rimozione di una guerra civile	» 64
5. Attuazione costituzionale e modernizzazione sociale	» 66
6. Una Costituzione di tutti?	» 68
7. Per un ritorno alle buone ragioni contenute nel testo	» 68
<b>Principi, giustizia costituzionale e rappresentanza. Un dibattito</b> , di <i>Massimo La Torre</i>	» 70
1. Ancora sul custode della Costituzione	» 70
2. Tra post-positivismo e neocostituzionalismo	» 78
3. Rappresentanza argomentativa?	» 86
<b>Il ruolo del giudice tra Stato di diritto e crisi della legalità</b> , di <i>Alessio Lo Giudice</i>	» 96
1. Il giudice nello Stato di diritto a partire dalla teoria di John Locke	» 96
2. Il nucleo concettuale moderno dello Stato di diritto	» 99
3. Principi fondamentali dello Stato di diritto	» 101
4. Lo Stato di diritto alla prova del giudizio	» 106
5. Il dramma del giudice e la sfida dello Stato di diritto	» 109
6. Il giudice Sisifo di fronte al principio di legalità	» 114
<b>La libertà di informazione (e i suoi nemici) nell'era dell'intelligenza artificiale</b> , di <i>Antonio Punzi</i>	» 121
<b>Il paradigma infranto. Norimberga, la giustizia universale e la sfida delle memorie illiberali</b> , di <i>Claudia Hassan</i>	» 133
1. Introduzione	» 133
2. Dalla giustizia di Norimberga alla costruzione di una memoria universale	» 135
3. Giustizia e genocidio	» 137
4. Giustizia universale e memoria cosmopolita. Un dialogo complesso	» 141
5. L'ascesa della memoria illiberale: genealogia di una contro-narrazione identitaria	143



6. Il costituzionalismo mnemonico tra memoria e identità	pag. 144
7. Crisi della memoria democratica nell'ecosistema digitale contemporaneo	» 147
8. Conclusione	» 148
Bibliografia	» 149
<b>Legalità, diritti di genere e ambiente: il ruolo dello Stato di diritto nella società contemporanea</b> , di <i>Mariangela Barletta</i>	» 151
1. Introduzione	» 151
2. Integrare la prospettiva di genere nella tutela dell'ambiente: un'analisi normativa degli strumenti sovranazionali	» 153
3. Il contesto italiano tra politiche e sfide attuali	» 157
4. Conclusioni	» 162
<b>La norma giuridica tra legislatore, giudice e fatto da disciplinare. Per una ricostruzione realistica dell'interpretazione del diritto e dei conflitti tra politica e magistratura</b> , di <i>Salvatore Prisco</i>	» 164
0. Gli intenti di questo saggio	» 164
1. Legislazione, giurisdizione e creazione del diritto nello sviluppo diacronico del modello costituzionale di stampo occidentale	» 165
2. Linee del dibattito politico-sociologico sui rapporti tra magistratura e politica nell'Italia repubblicana	» 193
3. Tra conferme e riforme: l'ordinamento giudiziario in questione	» 214
<b>Interviste sulla legalità: Stefano Petitti e Aljs Vignudelli</b> , a cura di <i>Giuseppe Acocella</i>	» 229
<b>Biblioteca della legalità</b>	» 253
<b>Note biografiche</b>	» 303
<b>Indice generale 2014-2023</b>	» 311



## Prefazione

Dopo un decennio (2014-2023) nel quale i *Materiali per una cultura della legalità* – dieci volumi pubblicati per i tipi di Giappichelli editore – hanno testimoniato la continuità dell’impegno di ricerca e di studio realizzata dall’Osservatorio sulla legalità (OSLE), con il coinvolgimento di oltre cento studiosi che hanno qualificato la presenza dell’OSLE nel mondo degli studi e della ricerca in Italia, contribuendo a offrire un quadro di indagine sui più significativi profili assunti dal tema della legalità nel nostro tempo, inizia, con l’attuale volume pubblicato dal nuovo editore FrancoAngeli, il secondo decennio, con l’auspicio di assicurare una sempre maggiore diffusione che coinvolga nuovi lettori e studiosi. La cesura tra i due cicli è stata segnata dalla pubblicazione, nel 2024, dalle venti interviste raccolte nel decennio 2014-2023 nel volume *Autobiografia della legalità* che ha fornito un quadro ricco e articolato dei problemi che hanno accompagnato la riflessione, tra studiosi eminenti e operatori di spicco, sul problema del principio di legalità in tempi in cui l’illegalità appare non in declino.

Il nuovo ciclo che l’Osservatorio oggi inaugura può giovare ormai non solo di una rete vasta, autorevole e qualificata che si è consolidata intorno ai volumi dei *Materiali*, ma di un gruppo interno di giovani studiosi che dà concretezza alle diverse iniziative (come la newsletter che viene pubblicata online sul sito dell’Istituto di studi politici “S. Pio V” che promosse nel 2013 l’OSLE) e assicura una costante attenzione al tema, come prova anche quest’anno la “Biblioteca della legalità” realizzata appunto con le forze interne (G. Acocella, M. Barletta, F. Cirillo, D. Forestieri, G. Fristachi, M. Martirano, G. Ridolfi, G. Santilli, S. Sepe, che hanno redatto le schede), finora con più di un centinaio di schede analitiche, come testimonia l’“Indice generale” che completa il volume documentando la ricchezza dei saggi (oltre cento), le interviste (due all’anno), le schede. Un patrimonio di conoscenze che offre

una visione complessiva e dettagliata di quanto sul tema della legalità autori italiani e stranieri siano andati man mano analizzando, offrendo un panorama denso e approfondito. Ora occorre ridefinire il perimetro dell'indagine conoscitiva sul principio di legalità e sulla sua "evoluzione" sotto la spinta delle trasformazioni che hanno investito lo Stato di diritto come l'abbiamo conosciuto e studiato, in un quadro nel quale la legalità (ma insomma proprio la norma nella sua natura stessa) è stata sottoposta a continua torsione teorica e pratica, costretta a fare i conti con la profonda modificazione avvenuta nella produzione – ma ancor più nell'interpretazione – nel cuore stesso degli ordinamenti nazionali da parte di nuove e "superiori" fonti del diritto, come documenta nel saggio introduttivo Otto Pfersmann occupandosi di *legalità costituzionale* alla luce del diritto sopranazionale.

Se in questa prospettiva viene addirittura rimessa in discussione la "neutralità" della norma giuridica, tanto da dover assistere al ritorno di forti correnti di moralismo politico e di impropri richiami ad Antigone e al suo incerto giusnaturalismo, diventa necessario ridiscutere del rapporto tra diritto e morale e quindi della laicità, che è apparso il dato inseparabile della formazione dello Stato di diritto (Giuseppe Acocella) nella storia della cultura politica e giuridica, a partire dalla svolta generata dalla tragedia della Shoah e dal processo di Norimberga nella civiltà giuridica dell'età contemporanea (Claudia Hassan). Nasce in questo coacervo di destini singolari e collettivi, bisognosi di una risposta storicamente credibile, la rilevanza assunta dalle Carte costituzionali nate per assicurare alle democrazie prosperità ideale e certezza dei principi. Sono dedicati a questo punto particolare della nostra comune riflessione i penetranti e fondamentali saggi di Cesare Pinelli e Massimo la Torre, e in specie sull'interpretazione giudiziale e sull'equilibrio dei poteri quelli attualissimi di Alessio Lo Giudice, Salvatore Prisco e Giuseppe Cricenti, dai quali risulta anche quale nuovo assetto sia da immaginare inevitabilmente per il delicato tema della separazione dei poteri (e delle carriere).

Complementare, come si comprende, al quadro che offre il volume è l'analisi che affronta il tema dei diritti di genere (Mariangela Barletta), aprendo uno spiraglio addirittura rispetto al rischio di un possibile ribaltamento (o quantomeno di una limitazione) del principio di eguaglianza, fondamento irrinunciabile del principio di legalità. L'altro effetto paradossale – esaminato da Antonio Punzi – è quello individuabile nelle insidie portate alla libertà di informazione e alla legalità dalla scottante questione dell'utilizzazione dell'intelligenza artificiale.

Suggello a questo volume, come di consueto, le due interviste, una ad Aljs Vignudelli, costituzionalista insigne e direttore della rivista *Lo Stato*,

l'altra a Stefano Petitti, giudice della Corte costituzionale ed eminente giurista, che offrono – ad apertura di questo secondo decennio – una linea e una prospettiva che fornirà all'OSLE un programma e un itinerario per il prossimo futuro.

*Paolo De Nardis,  
Presidente dell'Istituto  
di Studi Politici "S. Pio V"*

*Giuseppe Acocella,  
Responsabile dell'OSLE –  
Osservatorio sulla legalità*



*La modificazione della legalità costituzionale  
sotto la prevalenza del diritto sopranazionale europeo*

“Legalità” è probabilmente una delle nozioni più ambigue del linguaggio giuridico. Si utilizza in poche, ma importanti disposizioni del diritto positivo, in varie tradizioni dottrinali e teoriche e presente aspetti antagonisti in tutti questi modi di uso; significa altro sotto il calamo del legislatore, del giudice o della dottrina. In primo luogo l’espressione riferisce alla conformità della produzione di atti giuridici a un insieme di regole che le determinano, in secondo luogo a una certa qualità delle norme giuridiche che presentano un carattere ordinato e sistematico, in terzo luogo alla precisione e determinatezza tanto delle regole di produzione quanto degli atti così arginati, in quarto luogo al rango formalmente legislativo delle regole. È un concetto ricco e storicamente legato alla stratificazione formalizzata dei sistemi giuridici la cui gerarchizzazione diventa più esplicitamente differenziata e complessa. Tale evoluzione indica inoltre un aspetto antitetico quando visto sotto una prospettiva oggettiva oppure soggettiva. “Legalità” riferisce d’un canto, guardato da sopra e oggettivamente, al fatto che ci sia un insieme di regole *legali* quindi avendo un certo status, quello di esprimere la norma generale e astratta, d’altro canto, guardato da sotto e per un dato particolare, al fatto che un particolare elemento giuridico, una regola, un atto, un atteggiamento, sia *conforme* o rispettoso di una regola o di un insieme di regole. Nel senso oggettivo, la legalità è indipendente della sua applicazione, quando si analizza un atto particolare si confonde precisamente con l’applicazione rispettosa della legge.

Inoltre si deve distinguere la “legalità” in senso provvedimentale, dottrinale e teorico. In senso provvedimentale verrebbe usato nella formulazione di una norma giuridica come nell’Ordinanza dell’8 agosto 1944<sup>1</sup> del Governo prov-

<sup>1</sup> Ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental, disponibile in <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000006071212>.

visorio della Repubblica francese con cui si “ristabilisce la legalità repubblicana”; in senso dottrinale appare nell’analisi delle regole del diritto positivo, e nel senso teorico nell’analisi del discorso dottrinale. Si vede rapidamente che l’espressione “legalità” viene soprattutto usata in sede dottrinale, per esempio quando si chiede se c’è un “principio di legalità” nell’ordinamento giuridico X o Y. Ed è precisamente nell’uso dottrinale che il concetto si sviluppa e presenta gli aspetti antitetici appena menzionati. In uso teorico “legalità” viene spesso distinta di “legittimità”, mentre “legittimità” è frequentemente inteso come varietà di legalità, soprattutto nella concezione provvedimentale italiana<sup>2</sup>.

La seguente discussione rispetto allo sviluppo della legalità si riferisce specificamente a una certa struttura giuridica il cui concetto emerge nello sviluppo del diritto costituzionale otto- poi novecentesco e richiede un breve richiamo di questa evoluzione in sede teorica, in cui si distingue 1) la legalità *complessiva*; 2) della legalità *opposta alla legittimità*; 3) la legalità *differenziata*; 4) la legalità *costituzionale* e infine 5) la legalità *sopra-ordinata o sopranazionale*.

Si verrà che uno studio della legalità in senso dottrinale attuale come legalità costituzionale e come legalità è strettamente legato al problema della *gerarchia delle norme* nel senso precisato in seguito. Così sembrerà emergere un paradosso che comunque si risolve in una varietà di complessità aperta a evoluzioni future.

## 1. La legalità complessiva

L’introduzione della nozione di “legalità” nel discorso dottrinale giuridico riferisce solitamente all’ordinamento giuridico nel suo insieme<sup>3</sup> e le distinzioni aggiunte concernano il regime sotto cui l’ordinamento è prodotto. Nella dottrina francese appare allora la differenza tra legalità repubblicana opposta a quella dell’*ancien régime* o del regime monarchico o imperiale e il passaggio dalla legalità della Monarchia di luglio (1830) a quella repubblicana del 1848, poi quella imperiale del Secondo imperio – considerata all’inizio come rivoluzionaria -, poi di nuovo quella repubblicana del 1870 e secondo le leggi costituzionali del 1875<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Costituzione art. 100, 123, 127, 134, 137.

<sup>3</sup> Come lo richiama per esempio Charles Eisenmann: per la dottrina dominante «la légalité s’identifie alors purement et simplement à la réglementation juridique en son entier, au droit en vigueur» (“Le droit administratif et le principe de légalité”, in *Études et documents du Conseil d’État*, La documentation française, Paris, 1957, pp. 25-40).

<sup>4</sup> Per esempio: A. duc de Broglie (15 aprile 1894), “A propos de la discussion sur la révision constitutionnelle”, *Revue des Deux Mondes*, 122, 4, pp. 822-852, p. 824.



La legalità così intesa come ordinamento pare largamente legata alla centralità dell'atto legislativo. Mentre *l'ancien régime* conosce una pluralità di forme giuridiche tra cui il nesso non è sempre chiaro, ma ove l'assenza di chiarezza non è considerata come problematica. Anche se Tommaso d'Aquino distingue una legge eterna di una legge naturale e di una legge umana, quest'ultima non è altrimenti caratterizzata se non precisamente dalla forza che gli viene attribuita dalla sua vicinanza con la ragione e il diritto sopra-umano<sup>5</sup>. La legge come forma del diritto per eccellenza sembra legata al primo costituzionalismo quando un parlamento eletto viene associato alla produzione normativa. Il diritto in senso preponderante si esprime allora per via di voto del potere "legislativo" e quindi per "legge". La centralità della legge assorbe tutto il diritto perché le altre manifestazioni sono considerate come applicazioni e non atti giuridici in modo proprio<sup>6</sup>. Negli ordinamenti di "common law" si osserva un assorbimento del diritto nella "law" certamente meno centrata sull'atto parlamentare ma nondimeno indifferenziato. Si può ipotizzare che la relazione sempre problematica tra decisioni giurisprudenziali e atti legislativi abbia come fondamento questa concezione indifferenziata e complessiva della "law".

## 2. Legalità contro legittimità

Con la prima onda di costituzioni scritte e più o meno formalizzate emergono due movimenti opposti rispetto alla concezione della legge. Nel seguito di Max Weber e delle sue teorie della legittimità<sup>7</sup>, le scuole giuridiche tedesche cercano di estrarre la legge parlamentare della sua centralità predominante. Per loro e soprattutto per Carl Schmitt<sup>8</sup> il sistema della Costituzione di Weimar è neutrale rispetto a ogni tentativo di modificazione in un senso opposto a quello della Costituzione vigente, permettendo una transizione *legale* tanto a una dittatura bolscevica quanto a una dittatura nazista. Mentre la Costituzione di Weimar conosce una procedura rinforzata per una revisione costituzionale, questa differenza non pare rilevante quanto alla sua capacità

<sup>5</sup> *Summa Theologiae, Prima secundae*, Typographia Polyglotta, Roma, 1892, *questio* 90-ss.

<sup>6</sup> R. Carré de Malberg (1933), *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Sirey, Paris; nuova ed. Dalloz, Paris, 2007.

<sup>7</sup> M. Weber (1922), *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, 5ª ed., Mohr, Tübingen, 1980, cap. III, pp. 122.

<sup>8</sup> C. Schmitt (1932), *Legitimität und Legalität*, Duncker und Humblot, Berlin; trad. it. *Legalità e legittimità*, il Mulino, Bologna, 2018.

di essere considerata come veramente “legittima” e quindi come una Costituzione degna di essere seguita oltre le regole di cambiamento. L’argomentazione di Schmitt è tanto antinomica quanto significativa. D’un canto, l’autore ammette che – e critica – che la Costituzione di Weimar sia *neutrale*, vale a dire aperta a ogni cambiamento. D’altro canto, l’autore afferma che ogni Costituzione comprenda un nucleo immodificabile<sup>9</sup>.

Che ci sia una differenza tra l’ordinamento positivo e la sua apertura o chiusura alla modificazione e l’atteggiamento morale di rispetto e di difesa – o meno – della Costituzione come di qualsiasi norma del diritto positivo non è in discussione, la problematica e debolezza della concezione schmittiana e dei suoi seguaci consiste proprio nell’illusione che ci sia un mezzo d’integrazione di un’attitudine e concezione extralegale nel diritto positivo, quasi di avere un diritto sopra-positivo nel diritto positivo. Stranamente questa concezione sopravvive anche dopo la caduta del nazismo e potrebbe essere una delle fonti della clausola d’eternità dell’art. 79, terzo comma della Legge fondamentale<sup>10</sup>. Dal punto di vista giuridico una tale clausola che impedisce ogni cambiamento in certi ambiti (“dignità umana”, “democrazia”, “Stato federale” nel caso tedesco, forma repubblicana dello Stato nel caso italiano o francese) si oppone certamente alla neutralità di altre costituzioni (per esempio quella austriaca in cui ci sono due gradi di revisione costituzionale, ma nessun divieto assoluto<sup>11</sup>), ma rimane nondimeno una disposizione del diritto costituzionale positivo e non può, ovviamente, stare sopra se stesso.

Anche se l’opposizione tra legalità e legittimità pare fuorviata in sede di analisi del diritto vigente, la discussione sulla revisione costituzionale e le vie possibili di protezioni della Costituzione fanno apparire più chiaramente la problematica della struttura dinamica della legalità, ma anche dell’impatto dottrinale nella sua concettualizzazione.

<sup>9</sup> «Con Hauriou condivido l’opinione che ogni Costituzione conosca tali principi fondamentali facendo parte del sistema costituzionale immodificabile, come lo ha chiamato Carl Bilfinger e che non sia il significato delle disposizioni sulla revisione costituzionale di aprire una procedura per lo scopo dell’eliminazione del sistema d’ordine che avrebbe dovuto essere costituito dalla Costituzione», *op. cit.*, p. 61 dell’edizione originale tedesca (mia traduzione).

<sup>10</sup> «Non è ammissibile una modifica della presente Legge fondamentale che tocchi l’articolazione del Bund in Länder, la partecipazione, in via di massima, dei Länder alla legislazione o i principi enunciati negli articoli 1 e 20».

<sup>11</sup> Art. 44, terzo comma: «Ogni revisione totale della Costituzione federale, su richiesta di un terzo dei membri del Consiglio nazionale o del Consiglio federale anche una revisione parziale, dev’essere sottoposta a referendum popolare al termine del procedimento previsto dall’articolo 42, ma prima della promulgazione da parte del Presidente federale».

### 3. Legalità differenziata

All'opposto dell'antagonismo legalità/legittimità nel senso di una parte della dottrina tedesca si sviluppa una concezione differenziata degli ordinamenti giuridici per cui la legge non è predominante e centrale in se stessa, ma dipende del modo in cui il sistema organizza la sua struttura *dinamica o gerarchica*<sup>12</sup>.

Il concetto di gerarchia delle norme è spesso confuso con una semplice e quasi magica esigenza di conformità con delle norme “superiori”. Il problema è che “superiore” è ambiguo e che l'esigenza di conformità richiede meccanismi e procedure giuridiche per essere realizzata. Qui e largamente, ma con certe variazioni in seguito delle teorie sviluppate da Adolf Merkel<sup>13</sup> intendiamo con questo concetto la proprietà degli ordinamenti giuridici di organizzare un legame normativo tra le norme del sistema. In primo luogo, una norma giuridica esiste o è valida solamente se c'è già un'altra norma giuridica che ne serve di fondamento (è una struttura ricorsiva secondo la relazione di produzione). In secondo luogo, tra due o più norme dello stesso sistema, c'è sempre una relazione di prevalenza che non segue necessariamente della relazione di produzione, avendo come effetto che in caso di conflitto una norma Ni prevale su un'altra norma Nj. In terzo luogo, la relazione di prevalenza può presentarsi tramite un “calcolo dei difetti”, vale a dire secondo una norma Nk organizzando l'annullamento o la sospensione o la scomparsa di un'altra norma Nl in conflitto con essa. L'esigenza di conformità non segue quindi *in quanto tale* della superiorità secondo la produzione, ma richiede un meccanismo normativo particolare. Perciò, la legge non conforme prevale sulla Costituzione – o il regolamento non conforme sulla legge ecc. – in assenza di una procedura di controllo permettendo di correggere la non-conformità in certe ipotesi. In fine però, nessuna tecnica permette di garantire ultimamente la conformità perché una decisione di controllo (“sindacato”) può sempre avere un risultato non-conforme.

La forma giuridica “legge” non è allora che una delle varietà delle norme dell'ordinamento, sia in via di produzione e di distruzione, sia in via di prevalenza. Perciò la forma legge non può essere predominante o centrale perché la sua creazione è per ipotesi determinata da un'altra norma del sistema e così lo è anche la sua posizione nella struttura delle prevalenze. Sarà

<sup>12</sup> Cfr. con ampia bibliografia O. Pfersmann (2012), “La production des normes: production normative et hiérarchie des normes”, in M. Troper, D. Chagnollaude (*sous la dir. de*), *Traité international de droit constitutionnel*, vol. 2, Dalloz, Paris, pp. 483-528.

<sup>13</sup> Cfr. anche O. Pfersmann (2018), “L'antinomia fondamentale del garantismo e la questione della classificazione delle teorie del diritto”, in F. Riccobono, F. Romeo (a cura di), *Dieci obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 75-97.

di solito, ma non per necessità, prevalente rispetto ad altre norme di rango inferiore nella produzione, mentre altre norme, di solito di rango “costituzionale” prevarranno su di essa, ma solamente se sarà previsto un sindacato di costituzionalità o una regola costituzionale di prevalenza diretta. In assenza di giustizia costituzionale o di prevalenza costituzionale diretta, la legge mantiene la sua centralità malgrado l’esistenza di una Costituzione formale. Questa sarà la situazione sotto la terza Repubblica francese o sotto lo Statuto albertino in cui la legge rimane secondo l’articolo 6 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789 «l’espressione della volontà generale». Teorizzata da Raymond Carré de Malberg, la legge è suprema perché proviene dall’organo “originariamente supremo”, vale a dire il Parlamento<sup>14</sup>. Solo sotto queste premesse si capisce il mantenimento della concezione globale della “legalità repubblicana” nell’Ordinanza del 1944. Essa restituisce l’ordinamento come se non ci fosse mai stato un’interruzione dovuto all’istituzione del regime di Vichy. Fino all’entrata in vigore della Costituzione della Quinta Repubblica nel 1958, la *legge* non è sindacabile e fino al 2010 e la concretizzazione della revisione costituzionale del 2008 la legge non è in fatti sindacabile una volta entrata in vigore.

La diversificazione dinamica si appoggia su due elementi: la differenziazione crescente delle forme legali e l’approfondimento dottrinale degli effetti delle norme vigenti. Se la legge non si confonde più con *il diritto*, la sua esatta posizione nell’ordinamento dipende dei parametri di creazione, abrogazione e prevalenza come anche per ogni altra norma giuridica.

Il punto di partenza centrale consiste nell’idea che ci sia norma quando c’è proposizione prescrittiva rivolta a un essere umano, imponendo un obbligo, autorizzando o vietando un insieme di azioni, qualsiasi il nome dell’atto. Questa posizione è vigorosamente attaccata nella dottrina francese e ancora oggi spesso difficilmente accettata<sup>15</sup>.

Questa concezione cambia anche quella della legalità perché “legalità” non è più un sinonimo di “ordinamento giuridico”. Il termine può allora essere inteso in tre significati: come riferendo solamente alla norma “legge” oppure secondo una precisazione come legalità legislativa, costituzionale, europea o altra, secondo la specie di norme rispetto a cui si tratta una domanda di conformità o di divergenza oppure come struttura normativa specifica ed esattamente delimitata.

<sup>14</sup> R. Carré de Malberg (1931), *La loi, expression de la volonté générale: étude sur le concept de la loi dans la constitution de 1875*, Recueil Sirey, Paris.

<sup>15</sup> R. Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, cit.