

Norme e gerarchie normative

Giorgio Pino*

Sommario

L'oggetto di questo lavoro è una analisi di alcuni possibili significati *a)* del concetto di "esistenza" riferito ad entità giuridiche, e *b)* del concetto di gerarchia normativa. In particolare, dopo aver distinto disposizioni e norme, vengono individuate tre differenti dimensioni dell'esistenza sia di disposizioni che di norme: l'efficacia, la validità, e l'applicabilità. Sono inoltre individuati tre distinti significati di "gerarchia normativa", e ciascuno di essi viene messo in relazione ad alcune delle dimensioni di esistenza (di disposizioni o di norme) viste sopra.

Parole chiave: Validità. Efficacia. Applicabilità. Gerarchie normative.

Abstract

The article proposes an analysis of *a)* the concept of "existence" of laws, and *b)* the concept of hierarchy of legal norms. The analysis of the existence of laws requires as a first step a distinction between enacted legal texts on the one hand, and legal norms on the other. With this distinction in mind, it will be possible to fully articulate the concept of existence of laws in three more precise concepts: effectiveness, validity, and applicability, either of texts or of norms respectively. Also the concept of hierarchy of norms deserves close theoretical scrutiny, leading to a distinction between three different kinds of hierarchy, each of which is related to a specific dimension of the existence of laws.

Keywords: Validity. Effectiveness. Applicability. Normative hierarchies.

1. Introduzione

Secondo un modo di vedere affatto plausibile¹, ciò che chiamiamo "diritto", o "diritto oggettivo", o "diritto positivo" è un'entità complessa composta da testi (documenti normativi, disposizioni), e da norme (i significati che vengono

* Professore di Filosofia del diritto, Università di Palermo, gpino@unipa.it.

¹ Se ne veda una formulazione perspicua in R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 100-101.

attribuiti a quei testi; direttamente, se norme esplicite; indirettamente, se norme implicite).

Questo modo di vedere ha il pregio di riservare pari considerazione teorica sia ai meccanismi autoritativi e “formali” di creazione, modifica e distruzione del diritto positivo (oggetto privilegiato delle teorie giuridiche normativiste²) sia alle dinamiche dell’interpretazione e applicazione del diritto (oggetto privilegiato delle teorie giusrealiste ed ermeneutiche³).

Mi propongo di dare un contributo a questo modo di vedere, che condivido, offrendo qualche chiarimento relativamente ad alcuni concetti ad esso strettamente associati. In particolare mi occuperò delle condizioni di “esistenza” (in senso ampio) delle disposizioni e delle norme, e delle relazioni tra tali condizioni e il concetto (o meglio, distinti concetti) di gerarchia normativa. In primo luogo, però, è necessario chiarire la distinzione tra “norme” e “disposizioni”⁴.

2. Disposizioni e norme

Le disposizioni sono enunciati⁵, contenuti in testi che si assumono idonei ad esprimere significati normativi (ad esempio perché prodotti da un soggetto cui a date condizioni è conferito il potere di produrre atti normativi).

In realtà, una disposizione, in quanto enunciato, può anche avere forma orale. Nel diritto contemporaneo, però le disposizioni che esprimono norme rivolte ad una pluralità di destinatari (leggi, regolamenti, contratti collettivi, ecc.) hanno quasi esclusivamente forma scritta. La forma orale ricorre, talvolta, per disposizioni che esprimono norme individuali (contratti conclusi oralmente, ordini, intimazioni e istruzioni impartiti oralmente dall’autorità amministrativa); ma spesso anche le disposizioni che esprimono norme individuali hanno forma scritta (sentenze, provvedimenti amministrativi, contratti, testamenti, trattati internazionali). Nel diritto contemporaneo, dunque, il potere di produzione giuridica si esercita normalmente producendo *testi*, idonei ad esprimere significati normativi⁶; pertanto, da qui in avanti userò “disposizione” come si-

² H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino, Einaudi, 1990; H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961, 1994²), Torino, Einaudi, 2002.

³ G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

⁴ La distinzione è ormai moneta corrente nella letteratura teorico-generale; cfr. comunque R. Gustini, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, cap. VII.

⁵ Un enunciato è «una espressione in lingua che si presenta in forma grammaticalmente compiuta»; G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, cit., p. 106.

⁶ Quantomeno per gli atti giuridici formali, gli atti giuridici per la cui validità è richiesta la forma scritta (leggi, sentenze, regolamenti, certi tipi di contratti, testamenti, la gran parte dei provvedimenti amministrativi), “atto giuridico” indica indifferentemente sia il prodotto del potere di produzione normativa, sia il documento in cui esso è calato: dunque, tanto la legge quanto il testo che la riproduce; tanto la sentenza quanto il testo che la riproduce; tanto il contratto quanto il testo che lo riproduce; ecc. In tali casi, interpretare un atto vuol dire interpretare un testo; verificare la validità (formale) dell’atto significa verificare la correttezza del procedimento di formazione del testo.

nonimo di “enunciato contenuto in un testo che si assume idoneo ad esprimere significati normativi”.

L'individuazione di una disposizione in quanto disposizione implica due tipi di problemi, o livelli di analisi: in primo luogo un livello prettamente *sintattico*, perché la disposizione è un enunciato, un'espressione in lingua di forma grammaticalmente compiuta (per identificare qualcosa come enunciato non è necessario che abbia un significato, ma piuttosto che sia idonea ad esprimere un significato). In secondo luogo un livello giuridico, o teorico-giuridico, che riguarda le condizioni alle quali si identifica un testo come idoneo ad esprimere significati normativi.

Le norme sono (non testi ma) significati; e sono significati di solito riconducibili a enunciati contenuti in testi normativi (disposizioni). Una norma è, di solito, il possibile significato di una disposizione, o di più disposizioni, individuato o ascritto a seguito di attività interpretativa. Da questo punto di vista, l'individuazione di una norma come significato di una disposizione è un problema di tipo *semantico*, perché riguarda le regole che fissano il significato di parole ed espressioni in una lingua, quali ad esempio le regole definitorie e le relazioni di sinonimia accettate nella comunità di riferimento; queste regole possono essere quelle del linguaggio naturale in cui sono formulati gli enunciati da interpretare, oppure possono essere dettate a loro volta dal diritto positivo, cioè da altre disposizioni a loro volta soggette ad interpretazione, oppure possono derivare da criteri meramente sapienziali, messi a punto dai giuristi stessi. Inoltre, accanto alle norme individuate come significato di disposizioni (norme esplicite), occorre considerare anche le norme ricavate per via argomentativa, con passaggi a seconda dei casi logicamente validi, oppure solo plausibili, persuasivi, da altre norme (norme implicite).

Disposizioni e norme hanno pertanto condizioni di esistenza diverse, e si prestano ad usi rispettivamente diversi.

“Usare” una disposizione significa interpretarla: porre in essere una serie di attività intellettuali finalizzate ad attribuire a quella disposizione un significato. Il prodotto di queste attività è una norma —o anche più norme, essendo perfettamente possibile che un'unica disposizione venga interpretata in modo da esprimere più norme, in maniera cumulativa oppure alternativa. Di solito, queste interpretazioni (queste norme) si fissano a loro volta in testi: la parte della motivazione della sentenza che individua la norma applicabile alla controversia; un saggio dottrinale in cui si propone una certa interpretazione, e così via. Potremmo allora distinguere tra disposizioni “in senso stretto” e disposizioni “in senso ampio”. Le disposizioni in senso stretto sono contenute in testi che, nel contesto giuridico di riferimento, sono considerati idonei ad esprimere norme immediatamente vincolanti per i loro destinatari: così, nell'ordinamento italiano, disposizioni di questo tipo sono contenute tipicamente in una legge, oppure in un contratto (relativamente alle parti di quel contratto), o nel dispositivo delle sentenze (relativamente alle parti del giudizio, e agli organi dell'esecuzione). Le disposizioni in senso ampio sono invece contenute in testi che, nel contesto giu-

ridico di riferimento, *non* sono considerati idonei ad esprimere norme immediatamente vincolanti: così, nell'ordinamento italiano, disposizioni di questo tipo sono contenute nelle motivazioni delle sentenze⁷, o negli scritti dottrinali, o in altri atti giuridici ritenuti non (direttamente) vincolanti (pareri, raccomandazioni, atti di indirizzo, ecc.). Le disposizioni in senso ampio, pur non essendo idonee ad esprimere norme direttamente vincolanti, possono comunque esprimere una qualche forza normativa indiretta, e comunque possono avere rilevanza nell'ambito dell'attività interpretativa.

L'attività interpretativa non ha quasi mai come oggetto *solo* il testo della disposizione da interpretare, ma normalmente coinvolge anche molti altri testi. In primo luogo, infatti, dato che una disposizione è contenuta in un testo che si considera idoneo ad esprimere un significato normativo, e dato che tale testo è stato solitamente prodotto in base ad altre norme (si vedano in proposito le nozioni di validità formale e di gerarchia strutturale: *infra*, §§ 3.2.1 e 3.2.1.1), allora l'interpretazione di una disposizione presuppone normalmente l'uso di queste altre norme —e dunque un'interpretazione quantomeno tacita delle disposizioni che le esprimono⁸.

In secondo luogo, oggetto di interpretazione spesso sono *altre interpretazioni*: le interpretazioni che il testo interpretando ha già ricevuto, e che si sono a loro volta cristallizzate in altri documenti (saggi di dottrina, sentenze, circolari amministrative, ecc.)⁹. Ciò è particolarmente evidente nelle ipotesi di creazione in sede interpretativa di norme implicite: in questi casi, la norma (implicita) non è individuata come il significato direttamente espresso da un testo, ma è ricavata con operazioni argomentative di vario tipo, in cui vengono utilizzati come punto di partenza altre norme; queste norme possono essere esplicite o implicite, ed eventualmente contenute in altri testi come motivazioni di sentenze, o scritti dottrinali. Dunque, molto spesso l'interpretazione ha ad oggetto non solo disposizioni in senso stretto ma anche disposizioni in senso ampio, che sono il risultato di precedenti attività interpretative, e che devono a loro volta essere interpretate.

“Usare” una norma significa impiegarla in una argomentazione giuridica: per applicarla a casi concreti, o anche per effettuare su quella norma varie operazioni interpretative: ad esempio, una norma viene “usata” quando da essa sono ricavate altre norme (nella costruzione o nella concretizzazione di principi o di clausole generali), o quando è impiegata per introdurre eccezioni implicite in altre norme, o quando è sottoposta a bilanciamento con altre norme, o quando è impiegata come parametro per l'interpretazione adeguatrice di altre norme, ecc. In breve, una norma è usata ogni volta che figura in un'argomentazione giuridica.

⁷ Di contro, in un ordinamento di *common law*, basato sul principio del precedente vincolante, la motivazione della sentenza conterrà disposizioni in senso stretto (da cui estrarre la *ratio decidendi*).

⁸ «Per riconoscere una disposizione *qua* disposizione, e, in generale, un enunciato *qua* enunciato, è necessario esperire comunque una previa, talvolta inconsapevole, attività interpretativa»: P. Comanducci, *Assaggi di metatetica*, Torino, Giappichelli, 1992, p. 39.

⁹ Esempio tipico in cui oggetto di interpretazione sono passate interpretazioni è la dottrina del “diritto vivente”: cfr. *infra*, nt. 22.

Il contesto paradigmatico in cui ha luogo l'uso di norme è quello giurisdizionale: l'applicazione giudiziaria del diritto. Ma ovviamente una norma può essere usata anche in contesti più "speculativi", e solo indirettamente funzionali all'applicazione a casi concreti, come accade nell'ambito di opere dottrinali, note a sentenza ecc. Infine, si ha uso di norme (in particolare, norme sulla competenza, meta-norme) ogni qualvolta un soggetto se ne avvale per produrre atti normativi: così, gli organi giurisdizionali usano le norme di procedura per l'emanazione di atti giurisdizionali validi, e lo stesso vale per gli organi amministrativi, e anche per il legislatore (con riferimento alle norme costituzionali e ai regolamenti parlamentari che disciplinano l'esercizio del potere legislativo).

3. L'esistenza delle disposizioni e delle norme

Essendo disposizioni e norme "cose" diverse, ci si può chiedere quali siano le loro rispettive condizioni di esistenza: cosa significhi affermare, rispettivamente, che esista una disposizione o una norma.

In senso ampio, "esistenza"¹⁰ riferita ad "entità" giuridiche può voler dire cose diverse: per un verso, infatti, indica che si sono verificati determinati fatti, grazie ai quali è possibile affermare che un'entità giuridica in qualche senso è venuta ad esistenza (appartiene ad un ordinamento giuridico) —fatti che normalmente consistono nell'avvenuta formulazione e promulgazione da parte di un'autorità competente, eventualmente seguendo procedure previamente specificate e rispettando certi limiti contenutistici: in questo senso il diritto esistente è il diritto positivo, il diritto posto. Per altro verso, l'"esistenza" denota un qualche tipo di normatività dell'entità giuridica cui si riferisce: la norma giuridicamente esistente è obbligatoria, ha forza vincolante, deve essere obbedita. L'esistenza giuridica, in altre parole, sembra includere sia aspetti descrittivi che aspetti normativi¹¹.

¹⁰ Nella letteratura giuridica, "esistenza" talvolta denota la situazione in cui una entità giuridica sia riconoscibile come istanza di un certo tipo di entità giuridica, anche se non è stata prodotta in maniera del tutto conforme alle meta-norme che disciplinano la produzione di quel tipo di entità giuridica. Per questa accezione di esistenza cfr. R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 131; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico vol. I. Diritto pubblico generale*, il Mulino, Bologna, 1997⁵, pp. 117-221, p. 120; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1966⁹, pp. 242-244 (sull'esistenza dei negozi giuridici); C. M. Bianca, *Diritto civile vol. III. Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000², pp. 613-616 (sull'esistenza di contratti, in quanto distinta dalla validità).

¹¹ Cfr. ad es. U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, pp. 60-61; A. Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer, 1989, pp. 216-217; M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica*, in «Doxa», 26, 2003, pp. 719-735, p. 720; G. Sartor, *Legal Validity: An Inferential Analysis*, in «Ratio Juris», vol. 21, 2008, pp. 212-47. La compresenza di elementi fattuali e normativi nel concetto di validità è un noto puzzle nella definizione di validità di H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), Milano, Etas, 1994, pp. 30, 116-117; *id.*, *La dottrina pura del diritto*, cit., pp. 16-17, 217; si veda in proposito l'analisi di B. Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, il Mulino, 1999, pp. 328-330.

Il quadro è ulteriormente complicato dai due seguenti ordini di circostanze. In primo luogo, l'aspetto fattuale e l'aspetto normativo dell'esistenza giuridica sono, di fatto, separabili: possono darsi norme giuridiche effettivamente poste ma non obbligatorie; e possono darsi norme giuridiche obbligatorie ma non poste. In secondo luogo, l'esistenza-positività (l'aspetto fattuale dell'esistenza di entità giuridiche) sembra essere un concetto tutt'altro che semplice e netto: talvolta può non essere chiaro se i fatti che danno luogo alla positività del diritto si siano effettivamente verificati, oppure può non essere chiaro se, affinché la positività sia soddisfatta, tali fatti debbano verificarsi *tutti*. In altre parole, in molti casi può non essere facile stabilire se una disposizione o una norma sono giuridicamente esistenti. In terzo luogo, spesso pur in presenza di dubbi sulla circostanza che una certa disposizione o norma siano validamente esistenti, accade che quella disposizione o norma siano effettivamente utilizzate dagli organi dell'applicazione: che producano gli effetti giuridici tipici degli atti validi.

Per superare queste difficoltà è necessario disarticolare e distinguere i vari aspetti dell'esistenza giuridica, ed evitare la tentazione riduzionista di individuare un solo concetto (ad esempio, quello di validità) per rendere conto di tutte le ipotesi in cui si possa genericamente parlare di esistenza di entità giuridiche¹². Nei paragrafi seguenti procederò dunque ad una disarticolazione del concetto di esistenza giuridica, sfruttando alcune delle più importanti intuizioni elaborate nel dibattito gius-teorico analitico ma con alcune, credo importanti, riformulazioni.

In particolare, distinguerò le ipotesi di esistenza delle disposizioni e delle norme in *a*) efficacia (o positività); *b*) validità, a seconda dei casi formale o materiale; *c*) applicabilità.

3.1. *Efficacia*

L'efficacia o effettività è un concetto puramente fattuale: dire che una disposizione o una norma è efficace significa che quella disposizione o norma è *di fatto usata*, senza che questa affermazione dica nulla circa la correttezza del procedimento di produzione della disposizione o sul contenuto della norma in questione.

¹² Che l'utilizzazione della validità come concetto onnicomprensivo sia fuorviante è un dato acquisito dalla recente teoria del diritto giuspositivista, specialmente di orientamento analitico: cfr. N. Bobbio, *Sul ragionamento dei giuristi* (1955), in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Torino, Giappichelli, 1989, pp. 160-179 (che può essere considerato pionieristico da questo punto di vista); E. Bulygin, *Tempo e validità* (1981) e *Validità e positivismo. Un'antinomia nella dottrina pura del diritto* (1987), in E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 1995; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, pp. 349-362, 915-922; *id.*, *Il diritto come sistema di garanzie*, in «Ragion pratica», 1, 1993, pp. 143-161; *id.*, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1. *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 525-542 (in quest'ultimo lavoro sono rielaborate, integrate, e in parte modificate le idee proposte nei due precedenti); R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 129-135, 146-163; *id.*, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, cit., pp. 3-66.

Sono opportune alcune precisazioni preliminari. In primo luogo, nell'accezione probabilmente più diffusa, "efficacia" corrisponde alla circostanza (fattuale) che i destinatari di una norma si comportino esattamente come da essa prescritto¹³. In tale accezione, dunque, l'efficacia si può predicare solo di norme, non anche di disposizioni. Ma se si definisce, come si è fatto qui, "efficacia" in termini di uso, e se si ammette, come è ovvio, che vi sono modalità specifiche di uso delle disposizioni, si deve concludere che anche le disposizioni sono soggette ad essere (o a non essere) efficaci. In secondo luogo, userò qui efficacia ed effettività come sinonimi, nonostante nella letteratura giuridica esse vengano talvolta impiegate a designare fenomeni distinti¹⁴. Infine, il concetto di efficacia può essere riferito sia ai comportamenti degli operatori giuridici (giuristi teorici e pratici, funzionari dell'applicazione e dell'amministrazione, ecc.), sia ai comportamenti dei cittadini in generale: le due accezioni non sono equivalenti, e pongono distinti problemi teorici. Qui mi occuperò solo del primo tipo di efficacia, ossia di quella riferita al comportamento dei giuristi.

3.1.1. *Efficacia di disposizioni*

Una disposizione è efficace quando è, semplicemente, usata. In questo senso una disposizione (e per metonimia un testo, un documento normativo) esiste, acquisisce efficacia, se è di fatto usata per trarne norme, se è usata come oggetto o comunque come parte di un procedimento interpretativo.

L'avvenuta produzione di una disposizione in modalità (in tutto o in parte) riconducibili allo schema tipico previsto per la produzione di quel tipo di disposizione (validità formale, cfr. *infra*, § 3.2.1) è *solo un possibile presupposto*, non sufficiente e, in linea puramente teorica, neppure necessario dell'efficacia di una disposizione —anche se, in punto di fatto, è probabile che l'uso di disposizioni viziate si verifichi quanto più la disposizione, pur viziosa, è vicina al tipo astratto, e meno probabile quanto più macroscopici sono i difetti formali o procedurali che affliggono la disposizione.

L'utilità di distinguere il profilo dell'uso di disposizioni dal profilo della corretta produzione delle disposizioni stesse è presto dimostrata: infatti, una disposizione prodotta non correttamente potrebbe ciononostante essere usata dagli operatori giuridici per trarne norme¹⁵, e per converso una disposizione

¹³ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 24, 39-40; *id.*, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 20; N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, cap. II.

¹⁴ In particolare, con "effettività" si designa la situazione fattuale in cui una norma è adempiuta dai suoi destinatari (i cittadini o, in caso di loro inadempienza, gli organi dell'applicazione); mentre con "efficacia" si designa l'attitudine di un qualsiasi atto giuridico (legge, contratto, ecc.) a produrre i propri effetti tipici; v. ad es. R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 132-133, 153; L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 165-171, 280-284, 449-453.

¹⁵ Ovviamente, una disposizione prodotta non correttamente viene usata anche nel momento in cui un operatore giuridico ne accerta la non correttezza ed eventualmente ne dichiara l'invalidità. Non è a questo tipo di uso che faccio riferimento nel testo.

prodotta del tutto correttamente potrebbe, in punto di fatto, non essere mai usata da alcun operatore giuridico. Queste istanze di uso (o di non uso) di disposizioni possono anche consolidarsi nella cultura giuridica di riferimento, e determinare decisioni giuridiche definitive: possono diventare, in questo senso, (parte del) diritto positivo¹⁶. (Si ricordi che l'efficacia è un concetto puramente fattuale: qualificare una disposizione come efficace o non efficace non implica alcuna valutazione sul fatto che l'uso o il non uso di quella disposizione siano giustificati.)

Più precisamente, possono verificarsi varie situazioni che potremmo definire “fisiologiche” e “patologiche”. A titolo di esempio (ma per un inventario più articolato cfr. *infra*, § 4), le situazioni fisiologiche sono:

- a) che una disposizione prodotta correttamente sia effettivamente usata dai giuristi: dunque sia efficace;
- b) che una disposizione prodotta non correttamente non sia usata, oppure sia invalidata, dai giuristi.

Mentre le possibili situazioni patologiche sono quantomeno:

- c) che una disposizione prodotta correttamente non sia usata (mai, oppure da un certo momento in poi) dai giuristi;
- d) che una disposizione prodotta non correttamente sia di fatto usata dai giuristi;
- e) che una disposizione, che si auto-qualifica come disposizione di un certo tipo, venga invece dai giuristi qualificata e usata come disposizione *di un altro tipo*.

Una disposizione può dirsi efficace nelle ipotesi a) e d), e non efficace nelle ipotesi b) e c); nell'ipotesi e), infine, la disposizione è non efficace se considerata come disposizione di un certo tipo (e di cui reca il *nomen iuris*), mentre è efficace come disposizione di altro tipo.

3.1.2. *Efficacia di norme*

Una norma è efficace quando è di fatto usata. Anche in questo caso, “efficacia” è un concetto puramente fattuale, senza alcun rapporto con la dimensione della correttezza, della validità, della giustizia della norma.

Anche per le norme l'utilità di distinguere il profilo dell'efficacia da quello della validità (in senso materiale, v. *infra*, § 3.2.2) è evidente: infatti, potrebbero verificarsi a) ipotesi fisiologiche, in cui una norma valida è usata, e una norma invalida non è usata; e b) ipotesi patologiche, in cui una norma valida non è usata, e una norma invalida è di fatto usata dai giuristi. In altre parole, è possibile che a

¹⁶ Per una accezione analoga di “diritto positivo”, riferita sia a disposizioni che a norme, cfr. P. Comanducci, *Diritto positivo: due esercizi di dissezione*, in G. Zaccaria (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, Giappichelli, 1991, pp. 113-124; *id.*, *Assaggi di metaetica*, cit., pp. 148-155; L. Gianformaggio, *Il filosofo del diritto e il diritto positivo* (1991), in L. Gianformaggio, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 25-40.

diventare efficace sia una norma non valida: che in generale si consolidi l'uso di una norma che contrasta con un'altra norma materialmente sovra-ordinata, senza che tale contrasto sia, di fatto, mai rilevato da alcuno; oppure è possibile che tale contrasto sia rilevato, e che la norma sia dichiarata invalida, ma solo dopo che quella norma è stata di fatto utilizzata in una serie di decisioni ormai non più rivedibili: in generale, è possibile che decisioni pur se *giuridicamente scorrette* diventino *giuridicamente definitive*¹⁷.

Una norma è usata ogni volta che figura in un'argomentazione giuridica: essendo il prodotto di un'interpretazione o comunque di un procedimento intellettuale di elaborazione di un significato normativo, una norma esiste se è formulata da qualche interprete¹⁸. Non è necessario che tale formulazione sia anche "originaria": l'interprete I₂ formula la norma N anche quando si limita a reiterare la medesima formulazione di N che in precedenza era già stata effettuata dall'interprete I₁.

Ad esempio, facendo riferimento all'uso giudiziale di norme, e alla consueta raffigurazione del ragionamento giudiziale in forma di sillogismo, notiamo che la sentenza contiene la formulazione di *due tipi* di norme: una norma generale e astratta nella premessa maggiore (la motivazione in diritto), e una norma individuale formulata nel dispositivo della sentenza. Le norme dei due tipi, dunque, sono efficaci nel momento stesso in cui sono formulate, rispettivamente nella motivazione e nel dispositivo; e inoltre sono soggette a proprie, specifiche condizioni di validità materiale, e di applicabilità (su questi concetti v. *infra*, §§ 3.2.2 e 3.3.2): la norma generale formulata in motivazione potrà essere annullata in un successivo grado di giudizio, se materialmente invalida ad es. per contrasto con la legge, e le sue condizioni di applicabilità sono legate alla concezione del valore del precedente fatta propria dalla cultura giuridica di riferimento; la norma individuale formulata nel dispositivo potrà essere annullata ad es. perché contraddittoria rispetto alla norma generale formulata in motivazione, e le sue condizioni di applicabilità dipendono dalle condizioni di c.d. esecutorietà della sentenza (le condizioni, di solito dettagliatamente regolate dal diritto positivo, alle quali una sentenza può essere effettivamente eseguita)¹⁹.

¹⁷ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 388; H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, pp. 166-173 (distinzione tra infallibilità e definitività della sentenza). Per una analisi rigorosa di questo problema v. B. Celano, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in M. Basciu (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 101-142; *id.*, *Legal Reasoning: Three Key Issues, and What Philosophy Can(not) Do about Them*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2005. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 99-114.

¹⁸ R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 148-149: «una norma implicita acquista esistenza quando viene formulata [...] le norme implicite, a differenza di quelle esplicite, sono formulate non già dalle autorità normative dell'ordinamento, bensì dagli interpreti». In realtà, anche le norme esplicite sono formulate dagli interpreti: le autorità normative formulano *disposizioni*, da cui gli interpreti traggono *norme*.

¹⁹ Ad esempio, l'applicabilità di una sentenza di primo grado è in genere soggetta alla condizione che non venga impugnata o che, se impugnata, il giudice dell'impugnazione non ne sospenda l'esecutorietà; le sentenze penali non definitive sono, in genere, non esecutive.

3.1.3. *Criteri di efficacia*

Il concetto di efficacia ammette varie sfumature. Infatti, per alcune disposizioni o norme l'efficacia è più certa, mentre per altre è meno certa —ovvero, alcune disposizioni o norme sono più efficaci di altre. Se l'efficacia consiste nell'uso, allora l'efficacia dipenderà, innanzitutto, dalla ripetitività e costanza dell'uso nel tempo e nel territorio di riferimento: così l'efficacia dipenderà dall'esistenza di una "giurisprudenza consolidata", di una "dottrina prevalente", di una prassi amministrativa ecc. Dunque, quanto più una disposizione o norma è usata, tanto più è efficace²⁰.

Ma questo aspetto *quantitativo* non basta. Infatti, in un ordinamento giuridico in cui gli organi dell'applicazione sono strutturati in maniera gerarchica, si dovrà tenere in considerazione anche una dimensione *qualitativa* dell'uso, che dipende dal tipo di autorità che ha usato la disposizione o la norma. Inoltre, la pratica giuridica è una pratica essenzialmente interpretativa, in cui oltre alla dimensione dell'autorità conta anche il diverso grado di *autorevolezza*, ossia l'autorità epistemica del soggetto che fa uso delle disposizioni o delle norme²¹. In sintesi, l'aspetto qualitativo dell'efficacia dipende da caratteristiche intrinseche del soggetto che fa uso delle disposizioni o delle norme: ad esempio, una corte considerata particolarmente autorevole nella cultura giuridica di riferimento, come la Corte costituzionale, la Corte di Cassazione²², la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ecc.; oppure un giurista la cui autorità scientifica sia comunemente riconosciuta (la "migliore dottrina"); oppure un ufficio amministrativo particolarmente specializzato in una certa materia, come una autorità amministrativa indipendente; e così via.

Come è evidente, entrambi questi ordini di fattori non sono precisamente misurabili, non sempre almeno: spesso si tratta di una misurazione inevitabilmente approssimativa e controvertibile, e che ammette numerosi casi di incertezza, il che rende l'efficacia un concetto non netto ma graduale e sfumato. Allora vi potranno essere disposizioni o norme (implicite o esplicite) chiaramente efficaci, perché costantemente menzionate e pacificamente utilizzate dalla comunità dei giuristi²³, disposizioni o norme chiaramente inefficaci perché mai utilizzate da alcuno, o formulate in contesti che facciano presumere un basso grado di auto-

²⁰ Sul "grado di effettività" (in termini solo quantitativi) v. L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 246-249.

²¹ Sull'autorevolezza come categoria propria del diritto giurisprudenziale, L. Lombardi Vallauri, *Giurisprudenza I Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XV, 1989.

²² Ad esempio, ai fini della formazione di un "diritto vivente" (ossia di una specifica interpretazione —di una norma— su cui possa esperirsi questione di legittimità costituzionale), la Corte costituzionale richiede che quella interpretazione sia stata affermata in almeno una pronuncia della Corte di Cassazione, e possibilmente anche applicata per un periodo "non breve" (Corte costituzionale n. 120/1984), o che «nella giurisprudenza si sia consolidata una reiterata, prevalente e costante lettura della disposizione» (Corte costituzionale n. 456/1989).

²³ Cfr. P. Comanducci, *Diritto positivo: due esercizi di dissezione*, cit., p. 123; R. Guastini, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, Aracne, 2008, p. 61.

revolezza²⁴, e infine vari casi intermedi in cui non è pacifica la costanza dell'uso (ad esempio, contrasti interpretativi nella giurisprudenza, o tra giuristi), o l'auto-revolezza dell'interprete.

L'efficacia è dunque un puro fatto contingente, un fatto “dipendente dalla credenza”²⁵, analogo in questo ad altri fatti istituzionali: un fatto, in altre parole, che consiste in un accordo diffuso nella cultura giuridica, una pratica sociale non codificata e non codificabile, se non in maniera approssimativa. È ovvio che il contesto culturale di riferimento, l'addestramento professionale, le convenzioni diffuse nella cultura giuridica pongono varie restrizioni in proposito —un singolo giurista non è, alla lettera, libero di considerare come giuridicamente esistente (e dunque di usare, di rendere efficace) qualsiasi cosa gli capiti sotto gli occhi. Ma, appunto, le restrizioni sono solo culturali, e come tali variabili, contestuali, e dipendenti dall'uso. E anche quando il diritto positivo stabilisce soglie minime al di sotto delle quali un atto viziato deve essere considerato come assolutamente inesistente, insanabile, ecc., nulla può impedire che, di fatto, anche un atto così viziato venga poi usato dai giuristi.

3.2. Validità

La validità di una disposizione o di una norma dipende, in linea generale, dalla conformità della disposizione o norma rispetto ad altre norme. Per quanto riguarda la validità di disposizioni, vengono in considerazione le norme che stabiliscono le procedure per la produzione e formazione di documenti normativi. Per quanto riguarda la validità di norme, vengono in considerazione le norme che impongono restrizioni o requisiti contenutistici su altre norme.

3.2.1. Validità (formale) di disposizioni

La validità formale consiste nell'assenza di vizi formali o procedurali nella formazione di un atto giuridico, e per metonimia nel documento prodotto da quell'atto: consiste dunque nel rispetto di tutte le (meta-)norme formali, proce-

²⁴ Si vedano i seguenti esempi (ripresi da L. Gianformaggio, *Il filosofo del diritto e il diritto positivo*, cit., p. 30): «la opinione dissenziente di un giudice; una tesi interpretativa sostenuta una volta in dottrina, ma assolutamente minoritaria, e mai fatta propria dagli organi dell'applicazione; una nota a sentenza contenente argomenti radicalmente critici nei confronti delle massime di una sentenza già definitiva». Sul punto, v. anche P. Comanducci, *Diritto positivo: due esercizi di dissezione*, cit., spec. p. 123; R. Guastini, *Fragments of a Theory of Legal Sources*, in «Ratio Juris», 1996, vol. 9, pp. 364-386 (pp. 376-377); B. Celano, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, cit.

²⁵ Cfr. B. Celano, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, cit., § 5. Coglie nel segno C. M. Bianca, *Diritto civile vol. III. Il contratto*, cit., p. 615, quando afferma che l'esistenza del contratto dipende non da indici legali, ma da una “valutazione sociale”: «il criterio distintivo [tra esistenza e inesistenza di un contratto] è quindi dato dalla ricorrenza o meno di un atto che *alla stregua della valutazione sociale* risponda alla definizione di contratto, e cioè di accordo diretto a costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico» (corsivo aggiunto).

durali e di competenza previste per la formazione di quel tipo di atto. Le norme di competenza qui rilevanti sono quelle che disciplinano la forma degli atti che possono essere validamente adottati da certi organi, e/o la procedura per adottarli. Inoltre, la validità formale è soggetta alla condizione negativa che l'atto giuridico rilevante non sia stato espressamente abrogato o annullato.

La validità formale è dunque una proprietà di *disposizioni* (non di norme)²⁶.

In teoria, la validità formale è un concetto tutto-o-niente: o l'atto di cui si tratta è conforme a tutte le meta-norme procedurali che sovrintendono alla sua formazione (e allora è valido), o non è conforme a tali norme (e allora è invalido)²⁷. Tuttavia, essendo il giudizio di validità formale un giudizio di conformità di un atto rispetto a norme (o meglio meta-norme), tale giudizio risentirà inevitabilmente del modo in cui sono state individuate, e ricostruite in sede di interpretazione, le meta-norme rilevanti.

In altre parole, anche se l'accertamento della validità formale riguarda la correttezza del *procedimento di formazione* di testi e documenti normativi, o più in generale di atti giuridici, senza in alcun modo coinvolgere l'accertamento del *significato* di questi ultimi, tale accertamento non è però rappresentabile come un'attività "meccanica", un accertamento puramente fattuale e del tutto scervo da profili interpretativi: il giudizio di validità formale è infatti condizionato dall'interpretazione delle meta-norme procedurali e di competenza che stabiliscono le condizioni di validità dell'atto normativo²⁸. Peraltro, nulla esclude che le meta-norme rilevanti siano in tutto o in parte norme implicite, il che aumenta considerevolmente il peso della "variabile interpretativa" nell'accertamento della validità formale. Può dunque presentarsi un disaccordo sulla "corretta" interpretazione, e sulla validità, delle disposizioni che pongono le meta-norme rilevanti: ad esempio può essere controverso (non solo come questione di fatto, ma anche come questione interpretativa²⁹) se nel corso del procedimento di emanazione dell'atto siano state rispettate tutte le meta-norme rilevanti, se talune

²⁶ Sembra sostenere il contrario R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., quando afferma che la validità formale può essere riferita indifferentemente ad una «norma, disposizione o fonte» (p. 130, nello stesso senso v. anche pp. 123 e 133, a proposito dell'invalidità formale); *id.*, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, cit., afferma che le gerarchie strutturali intercorrono tra «le norme sulla produzione giuridica [...] e le norme la cui produzione è da quelle disciplinata» (p. 41, corsivo aggiunto), pur precisando subito dopo che tale gerarchia «non influisce in alcun modo sul contenuto della norma inferiore» (p. 42) —il che, però, dovrebbe rendere evidente che uno dei due termini del rapporto gerarchico non è una norma, ma una disposizione.

²⁷ L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 528. Di diverso avviso R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 135 («non si può tracciare una netta linea di demarcazione tra validità ed esistenza»).

²⁸ M. Jori, *La cicala e la formica*, in L. Gianformaggio (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 66-119, spec. pp. 84-85.

²⁹ Per "questione di fatto" intendo una domanda del genere: "posto che è chiaro che la meta-norma N attribuisce al soggetto S il potere di emanare atti giuridici seguendo la procedura P, S ha davvero seguito la procedura P per produrre l'atto giuridico in questione?". Per "questione interpretativa" intendo invece una domanda del genere: "quali sono le meta-norme che attribuiscono al soggetto S il potere di emanare atti giuridici, e quale il loro esatto contenuto (qual è esattamente la procedura da seguire per emanare l'atto giuridico in questione)?".

di queste meta-norme siano realmente necessarie al fine del giudizio di validità, e infine se l’emanazione di quel tipo di atto, della cui validità si discute, rientri realmente nella sfera di competenza del soggetto che lo ha adottato³⁰.

La validità formale non include, come elemento definitorio, che sia prevista una procedura autoritativa di annullamento dell’atto invalido: da un punto di vista concettuale, infatti, un atto giuridico non prodotto in conformità alle meta-norme rilevanti *semplicemente non conta come atto giuridico* (non è necessaria una procedura autoritativa per dichiarare l’invalidità formale di una legge approvata da un ramo solo del Parlamento). È certamente possibile che disposizioni formalmente invalide siano di fatto usate dai giuristi (siano efficaci). Inoltre, in una cultura giuridica può anche essere diffuso il costume di “presumere valide” le disposizioni comunque prodotte da una certa autorità che non siano drammaticamente viziate, lasciando ad un’altra autorità il compito di determinare la correttezza del procedimento di formazione dell’atto. Ciononostante, l’esistenza di procedure autoritative di annullamento degli atti formalmente invalidi non fa parte del concetto di “validità formale”, come qui definito (il giudizio di validità/invalidità formale prescinde *concettualmente* dall’esistenza di simili procedure di annullamento): è, piuttosto, un accorgimento a tutela della certezza del diritto.

3.2.1.1. Validità formale e gerarchie strutturali

Così definito, il concetto di validità formale è strettamente associato ad un tipo specifico di gerarchia normativa, la gerarchia *strutturale*; quest’ultima è infatti è una relazione tra una *norma* (o complesso di norme) N e una *disposizione* (o atto normativo) D³¹, in base alla quale la disposizione D deve essere prodotta secondo le modalità previste dalla norma o complesso di norme N. Di conseguenza, la norma o complesso di norme N risulta gerarchicamente sovra-ordinate in senso strutturale alle disposizioni D.

Così, la legge costituzionale e la legge di revisione costituzionale sono prodotte secondo le norme della costituzione che disciplinano il procedimento di revisione e di adozione di altre leggi costituzionali (art. 138 cost.), e quindi sono, in questo senso, gerarchicamente inferiori a quest’ultima; lo stesso vale per la legge (ordinaria), rispetto alle norme della costituzione che disciplinano il procedimento legis-

³⁰ Per un esempio recente, v. Cassazione civile, sez. I, 20 luglio 2007, n. 16165, in «Corriere giuridico», 6/2008, pp. 818-819, sui requisiti di validità (formale) delle sentenze del giudice di pace. Si pensi inoltre *a*) all’incertezza, ora risolta da Corte costituzionale n. 200/2006, sulle condizioni di validità (formale) dell’atto con cui il Presidente della Repubblica esercita il potere di grazia; *b*) al dibattito se e a quali condizioni il rispetto dei regolamenti parlamentari sia condizione di validità formale della legge (in altre parole, se e entro quali limiti la Corte costituzionale possa dichiarare incostituzionale una legge adottata in maniera non conforme alle procedure previste dai regolamenti parlamentari): sul punto cfr. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1988², pp. 131-135.

³¹ Sembra invece riferirla ad una relazione *tra norme* R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, cit., p. 49 (per un equivoco analogo a proposito della nozione di validità formale v. anche *supra*, nt. 26).

lativo (artt. 70-74 cost.) —non si darebbe, invece gerarchia materiale tra la legge e le norme dei regolamenti parlamentari che riguardano il procedimento legislativo, in quanto non è prevista (o, più precisamente, non è praticata) la possibilità di annullare una legge a causa del mancato rispetto di tali norme; per i regolamenti, rispetto alle norme di legge che disciplinano la potestà regolamentare dell'esecutivo (l. 400/1988); per le sentenze, rispetto alle norme di procedura che ne disciplinano la produzione; e così via.

3.2.2. *Validità (materiale) di norme*

Una norma N_1 è materialmente valida quando non presenta contraddizioni rispetto ad altre norme N_2, N_3, \dots , in tutti i casi in cui tale contraddizione può determinare una pronuncia autoritativa di annullamento di N_1 (non ogni conflitto tra norme determina la conseguenza che una delle due norme sia invalida in senso materiale)³².

Come è evidente, la validità materiale concerne il significato degli atti normativi interessati, e pertanto riguarda *norme* (non disposizioni)³³. Si noti però che, di solito, l'accertamento e la dichiarazione dell'invalidità materiale della norma da parte dell'autorità competente può incidere in vario modo *anche* sulla disposizione che la esprime; ciò può avvenire eliminando del tutto la disposizione che esprime la norma invalida (come nel caso delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale), o modificandola in vario modo al fine di eliminare la ragione dell'invalidità (come nel caso delle sentenze c.d. manipolative —additive o sostitutive— della Corte costituzionale).

Il giudizio di validità/invalidità materiale coinvolge molteplici livelli interpretativi: l'interpretazione della norma della cui validità si tratta, l'interpretazione delle norme-parametro, alle quali la prima deve essere conforme, e infine anche l'interpretazione delle meta-norme che attribuiscono ad un organo il potere di dichiarare l'invalidità di una norma. Il giudizio di validità/invalidità materiale può dunque essere molto controverso. Inoltre, finché non sia intervenuta una pronuncia autoritativa dell'organo competente a dichiarare l'invalidità, è possibile che la norma materialmente invalida produca i propri effetti tipici. Infine, essendo necessaria una pronuncia autoritativa che dichiari l'invalidità della norma, tale pronuncia potrebbe non intervenire mai, oppure essere erronea (negando la

³² Il riferimento alla possibilità di annullamento (assente ad esempio nella definizione di validità materiale di N. Bobbio, *Sul ragionamento dei giuristi*, cit.) è necessario per evitare la conclusione paradossale che, date due norme incompatibili, nessuna delle due potrebbe essere considerata valida (in quanto ciascuna delle due è incompatibile con l'altra).

³³ Nuovamente, sembra sostenere il contrario R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 130, quando afferma che anche la validità materiale può essere indifferentemente riferita ad una «norma, disposizione o fonte» (nello stesso senso v. anche p. 133 sull'invalidità materiale). In precedenza Guastini aveva invece distinto, a mio avviso correttamente, tra vizi (formali e procedurali) che riguardano la validità di testi normativi, e vizi (contenutistici) che riguardano invece le norme espresse da quei testi (*Invalidity*, in «Ratio Juris», 1994, vol. 7, pp. 212-226, spec. pp. 219-222).

validità di una norma che dovrebbe essere ritenuta valida, o viceversa affermando la validità di una norma che dovrebbe essere ritenuta invalida), mantenendo così efficace la norma invalida; data la natura istituzionale e nomodinamica del diritto, non esiste alcun modo di impedire che ciò si verifichi (cfr. *supra*, § 3.1.2).

Diversamente dalla validità formale, la validità materiale include, come elemento definitorio, che sia prevista la possibilità di annullare la norma invalida. Questo perché, ai fini dell'accertamento della validità materiale di una norma, è sufficiente che la norma in questione non entri in conflitto con le norme ad essa sovra-ordinate in senso materiale (cfr. § 3.2.2.1) —e il concetto di gerarchia materiale prevede, a sua volta, che la norma “inferiore” sia dichiarata invalida.

3.2.2.1. Validità materiale e gerarchie materiali

Una gerarchia *materiale* è una relazione tra due *norme* N_1 e N_2 , tale che la norma N_1 non può porsi in contrasto con (il contenuto del)la norma N_2 , pena la sua invalidità: ciò evidentemente presuppone una terza norma (o complesso di norme) N_3 , che dispone questo effetto e verosimilmente indica con quali procedure questo effetto di annullamento sarà raggiunto. Così, dato un contrasto tra una norma N_1 e una norma N_2 , se tale contrasto è risolto (in base alla norma N_3) disponendo l'invalidità della norma N_1 , allora la norma N_1 è gerarchicamente subordinata, in senso materiale, alla norma N_2 .

Le gerarchie materiali, dunque, sono istituite dall'esistenza di norme del tipo N_3 , norme che stabiliscono meccanismi istituzionali di annullamento di altre norme: così, ad esempio, è l'esistenza di norme sul controllo di costituzionalità che permette di affermare che una costituzione è rigida (è gerarchicamente sovraordinata, in senso materiale, alla legge).

Oltre al rapporto tra legge e costituzione rigida, altri esempi di gerarchia materiale sono il rapporto tra legge delega e legislazione delegata; tra legge e atti amministrativi, in virtù delle norme che dispongono l'annullabilità di atti amministrativi per violazione di legge o per incompetenza; il rapporto tra legge e sentenza, in virtù delle norme che dispongono l'annullamento di sentenze «per violazione o falsa applicazione di norme di diritto»³⁴; tra legge e contratto, in virtù delle norme che dispongono l'annullamento di contratti per violazione di norme imperative o per violazione di altri requisiti previsti dalla legge³⁵; e così via.

Normalmente le gerarchie materiali sono espressamente previste da norme esplicite, mentre è meno frequente, anche se nient'affatto impossibile, che siano previste da norme implicite, ossia che siano introdotte dagli interpreti per via interpretativa: un esempio notevole di gerarchia materiale introdotta con norme implicite (ossia in via meramente interpretativa) è rappresentato dalla dottrina

³⁴ Artt. 360 cod. proc. civ. e 606 cod. proc. pen.

³⁵ Art. 1418 cod. civ.

dei principi costituzionali supremi, in uno dei suoi possibili effetti³⁶. In generale, tutte le volte che un certo organo giurisdizionale amplia in via “interpretativa” la propria competenza in modo da ricomprendervi il giudizio sulla validità di certi tipi norme, questo equivale alla creazione in via interpretativa di una gerarchia materiale³⁷.

Si noti infine che il concetto di gerarchia materiale, e quello correlato di validità materiale, è perfettamente idoneo, senza che sia necessario alcun adattamento, a rendere conto del c.d. criterio di competenza³⁸. Tale criterio, spesso individuato come un quarto e nuovo criterio di soluzione delle antinomie, in aggiunta ai tre tradizionali della *lex superior*, della *lex posterior*, e della *lex specialis*, implica che un contrasto tra due norme vertenti su una certa materia dovrà essere risolto a favore della norma emanata dall'autorità che è competente (in base ad altre norme) a regolamentare quella materia. Il criterio della competenza è solitamente indicato come un criterio “nuovo” di ordinazione tra norme, e la sua novità dovrebbe creare problemi al concetto di gerarchia normativa, cioè all'idea che le norme dell'ordinamento sono disposte in una scala gerarchica, alla tradizionale raffigurazione piramidale dell'ordinamento che ne consegue. Si tratta, inoltre, di un criterio sempre più diffuso, causa ed effetto della sempre maggiore complessità degli ordinamenti contemporanei in cui il potere di produzione normativa non è più accentrato e monopolizzato dal legislatore-Parlamento, ma è “diffuso” tra Stato centrale ed enti locali, tra Stato ed Unione europea, è affidato a certi soggetti che hanno una specifica competenza tecnica in determinate materie (autorità amministrative indipendenti con poteri normativi, ecc.).

Ora, tutte queste sono novità di grande interesse dogmatico, ma non vi è nulla in questi fenomeni che non possa essere ricondotto allo schema teorico-generale della gerarchia materiale come qui elaborato — e a patto, beninteso, che si abbandoni la fuorviante assimilazione metaforica della nozione di gerarchia

³⁶ Cfr. Corte costituzionale n. 1146/1988: «La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. [...] Non si può [...] negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale» (corsivo aggiunto). Sulla dottrina dei principi costituzionali supremi cfr. cap. X.

³⁷ Per una analisi critica del modo in cui alcune Corti costituzionali hanno progressivamente ampliato la sfera della propria competenza (introducendo così gerarchie materiali in via interpretativa), M. Troper, *Marshall, Kelsen, Barak, and the Constitutionalist Fallacy*, in «International Journal of Constitutional Law», vol. 3, 2005, pp. 24-38.

³⁸ Su cui V. Crisafulli, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, 1968, pp. 925-966; L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino, 1996, pp. 83-85; A. Celotto, *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, in F. Modugno, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, Giappichelli, 20003, pp. 131-270 (pp. 218-223); R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 234-236; F. Modugno, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del diritto*, agg. I, 1997, pp. 561-88; M. Luciani, *Fonti del diritto*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ORE*, vol. 6, 2007, pp. 469-495, p. 476; A. Vignudelli, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 211-213; R. Bin, *Il sistema delle fonti. Un'introduzione*, in «Forum di Quaderni costituzionali», www.forumcostituzionale.it, in corso di stampa in *Scritti in onore di Memo Floridia*.

con la forma della piramide, o della “scala”³⁹. Infatti, se è previsto dalla norma N_1 che una certa materia sia regolata solo dalle norme emanate dall’autorità A_1 , e che eventuali altre norme emanate da altre autorità saranno dichiarate invalide, ebbene questa situazione ricade esattamente nella definizione di gerarchia materiale e di validità materiale qui adottata.

3.3. Applicabilità

L’applicabilità consiste nelle ragioni che rendono una disposizione o norma applicabile ad una controversia, o comunque rilevante in un’argomentazione giuridica⁴⁰ (non c’è alcuna ragione, se non la comodità espositiva, di limitare questo concetto all’applicazione giudiziale del diritto).

L’applicabilità è un concetto normativo, non descrittivo o predittivo: non riguarda le disposizioni o norme che sono di fatto applicate o che probabilmente saranno applicate, ma piuttosto le disposizioni o norme la cui applicazione è giustificata, è sorretta da buone ragioni, in un ordinamento o in una cultura giuridica data.

Si noti comunque che, a date condizioni, la dimensione empirica dell’efficacia e quella normativa dell’applicabilità possono sfumare l’una nell’altra: questo accade, ad esempio, quando in una cultura giuridica è considerata una (buona) ragione per l’applicazione di una norma la circostanza che quella norma sia già stata applicata con costanza da certi organi ecc.⁴¹.

3.3.1. Applicabilità di disposizioni

Una disposizione è applicabile quando è ritenuto giustificato, sorretto da buone ragioni, utilizzare quella disposizione (a fini interpretativi: per trarne norme giuridiche). Per converso, una disposizione è inapplicabile quando la sua utilizzazione è ritenuta non giustificata.

L’applicabilità di una disposizione è concettualmente distinta dalla sua validità formale. Come vedremo (*infra*, § 4), in alcuni casi può essere considerato

³⁹ Il «modello della scala o della piramide», in relazione al criterio gerarchico di soluzione delle antinomie, è evocato ad es. da M. Luciani, *Fonti del diritto*, cit., p. 472; di «scala delle fonti» e «scala delle norme» parla L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 905-908.

⁴⁰ Per una accezione di applicabilità di norme parzialmente simile si vedano E. Bulygin, *Tempo e validità*, cit.; *id.*, *Il problema della validità in Kelsen* (2005), in E. Bulygin, *Il positivismo giuridico*, a cura di P. Chiassoni, R. Guastini, G. B. Ratti, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 103-122; J. J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, CEP, 1997, pp. 151-163; R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 173 ss.; P. Navarro, C. Orunesu, J. Rodríguez, G. Sucar, *La aplicabilidad de las normas jurídicas*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 133-152.

⁴¹ Questa è, in particolare, la logica che soggiace alla famiglia degli argomenti *ex auctoritate* o *ab exemplo*: gli argomenti secondo cui «ad un enunciato normativo va attribuito quel significato che gli è già stato attribuito da qualcuno, e per questo solo fatto» (così G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, cit., p. 372).

giustificato applicare una disposizione non formalmente valida, così come in altri casi può essere considerato giustificato non applicare una disposizione formalmente valida. Per converso, il fatto che una disposizione sia ritenuta inapplicabile non determina l'invalidità formale della disposizione stessa.

3.3.2. *Applicabilità di norme*

Una norma è applicabile quando è ritenuto giustificato, sorretto da buone ragioni, utilizzare quella norma (per risolvere una controversia, o comunque nell'ambito di un'argomentazione giuridica). Per converso, una norma è inapplicabile quando la sua utilizzazione è ritenuta non giustificata.

Di solito, ritenere una norma applicabile equivale a preferirla (per risolvere una controversia, o comunque nell'ambito di un'argomentazione giuridica) rispetto ad altre norme astrattamente applicabili. Questo comunque non incide in alcun modo sulle disposizioni che esprimono le norme non applicate (se disposizioni vi sono); né determina l'invalidità, l'annullamento o l'abrogazione delle norme "scartate", "non prescelte", "soccumbenti", ma piuttosto la loro disapplicazione —disapplicazione che può essere relativa ad un caso concreto, oppure diventare tendenzialmente stabile.

3.3.3. *Criteri di applicabilità*

L'applicabilità di una disposizione o di una norma può dipendere da altre norme positive, o da convenzioni interpretative e argomentative praticate nella cultura giuridica di riferimento.

Tali meta-norme o convenzioni interpretative possono essere genericamente denominate "criteri di applicabilità", e consistono nell'indicare all'interprete quale disposizione o norma, o *quale tipo* di disposizione o di norma, dovrà scegliere, tra quelle potenzialmente rilevanti nella soluzione o qualificazione di un problema giuridico, e specularmente quali disposizioni o norme non applicare: dunque un criterio di applicabilità "contiene", allo stesso tempo, anche un criterio di non-applicabilità. Quindi, in ultima analisi i criteri di applicabilità funzionano anche come criteri di ordinazione gerarchica e di preferenza tra la congerie di norme esistenti all'interno dell'ordinamento⁴² (il tipo rilevante di gerarchia, qui, è la gerarchia *assiologica*: criteri di applicabilità e gerarchie assiologiche sono due facce della stessa medaglia; v. § 3.2.5).

Si noti, inoltre, che un criterio di applicabilità di *disposizioni* (un criterio che indica all'interprete di utilizzare solo, o prioritariamente, o preferibilmente, un certo tipo di disposizioni) è anche, indirettamente, un criterio di applicabilità di

⁴² E. Bulygin, *Tempo e validità*, cit., pp. 74-75; E. Bulygin, D. Mendonca, *Normas y sistemas normativos*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005, p. 76.

norme: perché di fatto indicherà all'interprete di usare (solo, o prioritariamente, o preferibilmente) le norme tratte da quel tipo di disposizione, al contempo rendendo inapplicabili non solo certe altre disposizioni ma anche le norme tratte da esse. Di contro, i criteri di applicabilità di *norme* talvolta danno per risolto l'aspetto dell'applicabilità di disposizioni, talaltra prescindono del tutto da questo aspetto. Così, l'aspetto dell'individuazione delle disposizioni rilevanti è dato per risolto quando si tratta di individuare la norma applicabile tra le norme N_1, N_2, N_3 , ecc. tutte derivabili *dalla stessa disposizione* (della cui applicabilità, evidentemente, non si dubita). Invece, l'aspetto dell'individuazione delle disposizioni rilevanti è pretermesso quando la norma che risulta applicabile è una norma implicita.

In generale, però, i criteri di applicabilità di disposizioni e i criteri di applicabilità di norme sono comunque destinati ad integrarsi a vicenda: perché di solito un criterio di applicabilità di disposizioni è solo un metodo per individuare documenti normativi o comunque giuridici, e non dice nulla sull'interpretazione di quei documenti, né tantomeno su quale tra le norme derivabili da quel documento sia preferibile ecc. (compito che invece è assolto dai criteri di applicabilità di norme); e perché i criteri di applicabilità di norme sono di solito neutrali rispetto al tipo di fonte da interpretare —e dunque di per sé non indirizzano l'interprete verso l'una o l'altra disposizione. In altre parole, l'interprete ha bisogno sia di criteri di applicabilità di disposizioni (che gli indicano dove cercare il materiale giuridico rilevante), sia di criteri di applicabilità di norme (che gli indicano come interpretarlo, o applicarlo).

I principali esempi di applicabilità governata dal diritto positivo (o criteri giuridico-positivi di applicabilità) sono:

a) le norme che prevedono espressamente una gerarchia (un ordine di preferenza) delle fonti del diritto (ad es., art. 1 preleggi); o le norme che prevedono che una data materia debba essere disciplinata da (norme tratte da) fonti di un certo tipo, indipendentemente dal loro contenuto: il principio di legalità in materia penale (art. 25 cost. e art. 1 cod. pen.) e in generale tutti i casi di riserva di legge, o l'indicazione costituzionale delle materie riservate alla legislazione statale (art. 117 cost.);

b) il criterio di specialità di soluzione delle antinomie, nelle materie per le quali è espressamente positivizzato (ad es. art. 15 cod. pen.); il criterio cronologico di soluzione delle antinomie, con riferimento alla c.d. abrogazione "tacita" o per incompatibilità (*lex posterior derogat priori*: art. 15 preleggi). Sono opportune due precisazioni sul rapporto tra criterio cronologico e abrogazione. In primo luogo, il criterio cronologico è un criterio di applicabilità di *disposizioni*: sarà la disposizione più recente a dover essere applicata (a fini interpretativi: per trarne norme giuridiche); e come conseguenza di ciò le norme tratte dalla disposizione meno recente risulteranno inapplicabili. In secondo luogo, è solo l'abrogazione tacita, e non anche la c.d. abrogazione "espressa", a valere come criterio di soluzione delle antinomie: l'abrogazione espressa *non* è un criterio di soluzione delle

antinomie, ma rappresenta semplicemente la rimozione di una disposizione e la sua, peraltro eventuale, sostituzione con altra disposizione, e questo non determina alcun contrasto tra norme; l'abrogazione espressa, dunque, non risolve una antinomia ma piuttosto *evita* l'insorgere di una potenziale antinomia⁴³ (Il solo caso immaginabile in cui l'abrogazione espressa vale anche come soluzione di un'antinomia si dà, mi pare, quando una nuova legge interviene espressamente a dirimere un contrasto normativo già in atto, abrogando qualcuna delle disposizioni rilevanti. Un caso concepibile, ma certo alquanto residuale);

c) le norme che disciplinano il ricorso all'analogia, autorizzandolo o vietandolo (artt. 12 e 14 preleggi; art. 1 cod. pen.);

d) le norme che disciplinano il ricorso ai principi generali (art. 12 preleggi);

e) le metodologie di interpretazione normativamente prescritte, quali ad esempio: l'interpretazione della legge in base all'argomento letterale e secondo l'intenzione del legislatore (art. 12 preleggi); i criteri di interpretazione del contratto stabiliti dal codice civile (artt. 1362-1371 cod. civ.); le ipotesi in cui un atto normativo richiede che altri atti normativi siano soggetti "ad interpretazione conforme" (ad esso stesso, o ad altri atti)⁴⁴;

f) la disciplina delle cause di giustificazione in materia penale (artt. 50-55 c.p.);

g) le norme di diritto internazionale privato; le norme che dispongono l'integrazione di una disciplina legislativa facendo rinvio a codici deontologici o simili⁴⁵; le norme che autorizzano o impongono al giudice di decidere le controversie secondo equità (c.d. giudizio di equità: artt. 113, 114 cod. proc. civ.); le norme che indicano di fare ricorso ad un tipo di fonte solo in mancanza di altro tipo di fonte, o che impediscono di utilizzare un certo tipo di fonte se non in quanto richiamata da un altro tipo di fonte (come nel caso della consuetudine: art. 8 preleggi);

h) in genere qualsiasi disciplina dell'efficacia temporale di norme (retroattività, irretroattività, ultrattività, sospensione dell'efficacia di altre norme⁴⁶).

⁴³ L'opinione, del tutto infondata, secondo cui l'abrogazione espressa è una forma di soluzione di antinomie è molto diffusa in letteratura; cfr. ad es. F. Sorrentino, *Le fonti del diritto*, cit., p. 123. Nella trattatistica sulle antinomie è spesso riservato ampio spazio all'esame dell'abrogazione espressa, ma senza quasi mai chiarire in che modo essa rimuova un'antinomia: cfr. ad es. A. Celotto, *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, cit., pp. 177 ss. Sul punto v. anche *infra*, § 3.4, al n. 9).

⁴⁴ Cfr. ad es. sec. 3 dello *Human Rights Act* (UK, 1998): «So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights» (i "Convention rights" sono i diritti previsti dagli artt. 2-12 e 14 della CEDU, e da alcuni Protocolli aggiuntivi); cfr. altresì sec. 6 del *Bill of Rights Act* (New Zealand, 1990): «Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning».

⁴⁵ In proposito, G. Pino, *I codici di deontologia nella normativa sul trattamento dei dati personali*, in R. Pardolesi (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, vol. 2, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 673-693.

⁴⁶ Si pensi, in quest'ultimo caso, alla c.d. "notwithstanding clause", contenuta nella sec. 33 del *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1982), secondo cui un atto di tipo legislativo può dero-

I principali esempi in cui problemi di applicabilità sono risolti in sede applicativa (tramite consolidati criteri sapienziali di applicabilità, oppure caso per caso) sono:

i) la soluzione di antinomie tramite il criterio di specialità, nei casi in cui tale criterio non è espressamente prescritto da norme positive;

l) l'utilizzazione del criterio gerarchico, se volta non a dichiarare l'invalidità la norma inferiore, ma a disapplicarla in favore di altra norma compatibile con quella superiore; l'obbligo⁴⁷ di interpretare le disposizioni legislative in modo conforme alla costituzione (interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme a costituzione ecc.), o al diritto comunitario;

m) la distinzione, se operata in sede puramente interpretativa, tra norme di principio e norme di dettaglio (o regole), associata alla direttiva che le seconde devono essere interpretate alla luce delle prime; la distinzione tra norme precettive e norme programmatiche, se finalizzata a considerare solo le prime, e non anche le seconde, come immediatamente applicabili; la distinzione tra sentenze dotate di efficacia solo persuasiva e sentenze dotate di forza vincolante⁴⁸;

n) la disapplicazione di una norma a causa dell'introduzione, nella norma stessa, di eccezioni implicite per ragioni puramente morali (c.d. defettibilità);

o) il bilanciamento o ponderazione tra principi costituzionali — anch'essa, a ben vedere, un'ipotesi di defettibilità ma sulla base di considerazioni giuridiche, non strettamente morali;

p) la distinzione tra principi costituzionali "comuni" e principi costituzionali "supremi", di modo che i secondi debbano prevalere sui primi;

q) la tesi della prevalenza del diritto comunitario sulle norme interne contrastanti (le quali ultime dovranno essere, in tal caso, disapplicate)⁴⁹;

r) in generale tutti gli argomenti interpretativi utilizzati dai giuristi per giustificare una certa decisione interpretativa, e dunque per individuare la norma applicabile al caso a scapito di altre possibili.

3.2.4. *Criteri di applicabilità, meta-argomenti interpretativi, ideologia delle fonti del diritto*

Il concreto funzionamento di tutti i criteri di applicabilità (dunque, sia di quelli giuridico-positivi che di quelli sapienziali) è governato da considerazioni che trascendono i criteri medesimi, non foss'altro che per l'ovvia constatazione che anche l'applicazione dei criteri di applicabilità deve essere a sua volta giustificata.

gare, ad alcune condizioni e per un massimo di cinque anni, ad alcune norme (costituzionali) della Carta stessa.

⁴⁷ Così Corte costituzionale n. 232/1998.

⁴⁸ Distinzione notoriamente riferita all'efficacia delle sentenze interpretative della Corte costituzionale: vincolante se di accoglimento, solo persuasiva se di rigetto; sul punto, G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 292-296.

⁴⁹ Cfr. Corte costituzionale nn. 389/1989, 285/1990, 168/1991.

Inoltre, data la quantità e la natura eterogenea di tali criteri, è frequente che più criteri di applicabilità entrino a loro volta in conflitto (cioè, che più criteri di applicabilità siano contemporaneamente applicabili): così, per fare un esempio banale, nel caso di una antinomia tra una norma N_1 , speciale e anteriore, e una norma N_2 , generale e successiva, la norma applicabile sarà diversa a seconda che si faccia ricorso al criterio cronologico o a quello di specialità (si tratta di una c.d. antinomia di secondo grado)⁵⁰; oppure, una disposizione potrebbe dare luogo a norme diverse a seconda del tipo di tecnica interpretativa utilizzata (interpretazione letterale, estensiva, restrittiva, sistematica, adeguatrice, ecc.).

In tutti questi casi, l'interprete è posto di fronte alla necessità di operare una scelta tra più criteri di applicabilità astrattamente praticabili —scelta che necessariamente trascende i criteri medesimi.

Ebbene, il ricorso a determinati criteri di applicabilità, e il loro reciproco coordinamento dipende da un insieme di meta-argomenti interpretativi: argomenti che riguardano non direttamente il significato da attribuire a singole disposizioni, ma piuttosto il peso da attribuire ai singoli argomenti interpretativi o più in generale ai singoli criteri di applicabilità, i loro reciproci rapporti di preferenza, ecc.⁵¹: tutte cose, queste, che ben difficilmente possono essere regolamentate in maniera minuziosa dal diritto positivo, e che quindi possono essere decise solo sulla base di convenzioni (raramente monolitiche) interne alla cultura giuridica. Del resto, lo stesso art. 12 preleggi (una delle poche disposizioni che formulano una disciplina giuridico-positiva dell'interpretazione), per un verso istituisce un chiaro ordine di preferenza del ricorso all'interpretazione letterale e psicologica (argomento dell'intenzione del legislatore) rispetto al ricorso all'analogia, e di quest'ultima rispetto al ricorso ai principi generali; ma per altro verso nulla dice per il caso in cui l'argomento letterale e quello dell'intenzione del legislatore mettano capo a due risultati interpretativi (a due norme) diversi⁵².

⁵⁰ N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 222-232; G. Gavazzi, *Delle antinomie*, Torino, Giappichelli, 1959, pp. 104-109; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 30-31, 151; T. Mazzaresse, *Antinomia*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. I, 1987, pp. 347-353, p. 352; A. Celotto, *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, cit., pp. 225-260; R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001², pp. 306-309.

⁵¹ Per la nozione di meta-argomento si vedano R. Guastini, *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico*, in L. Gianformaggio, E. Lecaldano (a cura di), *Etica e diritto. le vie della giustificazione razionale*, Roma-Bari, Laterza, 1986, pp. 173-201, p. 196; P. Comanducci, *Assaggi di metaetica*, cit., pp. 227-229; P. Chiassoni, *Codici interpretativi. Progetto di voce per un Vademecum giuridico*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 55-124 ("direttive interpretative secondarie"); E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 277-291, 494-539 ("principi metodologici dell'interpretazione"); M. Barberis, *Pluralismo argomentativo. Sull'argomentazione dell'interpretazione*, in «Etica & Politica», 2006, 1, pp. 4-5.

⁵² Sul punto cfr. P. Chiassoni, *L'interpretazione dei documenti legislativi: nozioni introduttive*, in M. Bessone (a cura di), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale I: regole, metodi, modelli*, Torino,

Altri chiari esempi di questo tipo di questioni sono: il dibattito sulla possibilità di utilizzare i criteri di interpretazione della legge contenuti nell'art. 12 delle preleggi (l'argomento letterale e l'argomento dell'intenzione del legislatore) anche per l'interpretazione della Costituzione⁵³; o l'incertezza se la Costituzione richieda tecniche di interpretazione affatto peculiari rispetto alla legge⁵⁴; o più in generale quali siano le tecniche interpretative più appropriate all'interpretazione costituzionale: se ad esempio la Costituzione richieda tecniche di interpretazione "originalista", oppure richieda una "lettura morale", oppure ancora un'interpretazione "per valori", ecc.⁵⁵

Quindi, per riassumere, i criteri di applicabilità danno luogo non solo ad una ordinazione gerarchica di fonti e di norme (o di categorie di norme), ma anche ad una ordinazione gerarchica di tecniche argomentative. E anche questi meta-argomenti o meta-criteri possono essere inclusi, senza perdita di chiarezza teorica ed esplicativa, nella categoria generale dei criteri di applicabilità, categoria che dunque si rivela stratificata in più livelli che tra loro interagiscono in vari modi.

Infine, l'insieme dei meta-argomenti, non sempre tematizzati ed esplicitati dai giuristi nel loro lavoro quotidiano, ma certamente accessibili ad una indagine teorica, rinvia a sua volta ad una più generale concezione del diritto che viene condivisa o presupposta dagli operatori all'interno di una cultura giuridica, e che può essere utilmente compendiata nella nozione di "ideologia delle fonti del diritto"⁵⁶, o di "codice interpretativo"⁵⁷, o in una versione sufficientemente articolata della hartiana "norma di riconoscimento"⁵⁸; parlo di "versione sufficientemente articolata" perché la nozione di norma di riconoscimento elaborata-

Giappichelli, 1999, pp. 21-45 (pp. 31-34); *id.*, *La giurisprudenza civile*, cit., pp. 496-501; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit. pp. 189-191.

⁵³ Possibilità esaminata e criticata da G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 309-311; v. anche L. Paladin, *Costituzione, preleggi e codice civile*, in «Rivista di diritto civile», 1993, I, pp. 19-39; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2008, pp. 265-267. Per la tesi favorevole v. invece F. Santoro Passarelli, *Preleggi*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, 1968, pp. 624-630 (p. 629, nt. 8).

⁵⁴ Cfr., per la tesi negativa, R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 330-347; *id.*, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, cit., pp. 111-158; A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in «Quaderni costituzionali», 1, 2001, pp. 35-62. Per la tesi affermativa, F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 217-220; G. U. Rescigno, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in «Diritto pubblico», 1, 2005, pp. 19 ss.; A. Baldassarre, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in www.costituzionalismo.it; T. Mazzarese, *Interpretazione della costituzione. Quali pregiudizi ideologici?*, in «Ars Interpretandi», 2008, vol. XIII, pp. 213-238; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., pp. 263 ss.

⁵⁵ Per una panoramica delle posizioni, R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, cit., pp. 111-158; P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cit., pp. 154-161; S. Barber, J. Fleming, *Constitutional Interpretation*, Oxford, Oxford UP, 2007, capp. 4-10.

⁵⁶ A. Ross, *Diritto e giustizia*, (1958) Torino, Einaudi, 1965, p. 72: l'ideologia delle fonti del diritto «consiste di direttive che non concernono direttamente il modo di risolvere una controversia giuridica, ma indicano il modo secondo il quale il giudice dovrà procedere per scoprire la direttiva o le direttive rilevanti per la controversia di cui si tratta»; v. anche p. 105, sul rapporto tra l'ideologia delle fonti del diritto e le ideologie "del metodo".

⁵⁷ P. Chiassoni, *Codici interpretativi*, cit., spec. pp. 74-98; *id.*, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cit., pp. 100-123.

⁵⁸ H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., capp. V e VI.

ta da Hart sembrerebbe includere solo i criteri per l'individuazione delle *fonti* del diritto, e i possibili criteri per ordinare le fonti in una gerarchia; di contro, tale nozione acquisirebbe maggiore potenzialità esplicativa se venisse arricchita includendovi anche i criteri per l'individuazione delle *norme* —ossia, le tecniche interpretative che permettono di trarre norme dalle disposizioni, siano tali tecniche espressamente codificate dal diritto positivo⁵⁹, siano esse elaborate dalla cultura giuridica⁶⁰.

L'ideologia delle fonti del diritto, i codici interpretativi imposti dalla —o accreditati nella— cultura giuridica di riferimento, si sovrappongono così al materiale normativo “grezzo”, e sono determinanti nella selezione e individuazione del diritto applicabile, cioè del diritto che è destinato a diventare efficace o del diritto la cui efficacia è considerata giustificata: guidando gli interpreti nella scelta delle norme applicabili, sulla base di argomenti interpretativi ritenuti giustificati, e nell'attribuzione stessa di valore normativo ai documenti giuridici⁶¹.

Così, ad esempio, un giurista che aderisce, consapevolmente o meno, ad una ideologia delle fonti del diritto e ad una cultura giuridica di tipo formalista e legalista, individuerà come primariamente applicabili le disposizioni legislative, e privilegerà le tecniche argomentative idonee ad assicurare quanto più possibile il rispetto della supremazia della legge lettera: quindi in particolare privilegerà l'argomento letterale e quello dell'intenzione del legislatore. Di contro, un giurista che aderisce, consapevolmente o meno, ad una ideologia delle fonti del diritto e ad una cultura giuridica di tipo sostanzialista-giusnaturalista tenderà ad impiegare le tecniche argomentative idonee ad assicurare la realizzazione di certi valori sostanziali anche al di là della lettera della legge, quali ad esempio l'argomento equitativo e l'argomento della natura delle cose, la c.d. interpretazione “per valori”, l'interpretazione restrittiva e la defettibilità di norme contrastanti con precetti morali, e inoltre tenderà a considerare inapplicabili le disposizioni che esprimono norme radicalmente contrastanti con i suoi valori di riferimento. Infine, un giurista che aderisce, consapevolmente o meno, ad una ideologia delle fonti del diritto e ad una cultura giuridica di stampo (neo-)costituzionali-

⁵⁹ Come già proponeva N. Bobbio, *Norme primarie e norme secondarie* (1968), in N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970, pp. 175-197 (pp. 187-188); cfr. anche G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 393, nt. 96.

⁶⁰ Cfr. K. Greenawalt, *The Rule of Recognition and the Constitution*, in «Michigan Law Review», vol. 85, 1987, pp. 621-671; G. Carcaterra, *Analogia. I) Teoria generale*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. II, 1988, pp. 4-5; E. Diciotti, *Regola di riconoscimento e concezione retorica del diritto*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 7/2007, pp. 9-42.

⁶¹ Cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 27-29 («fonti del diritto —in senso lato— sono anche le ideologie sulla completezza e sulla lacunosità dell'ordinamento, e sono le tecniche di estensione e le tecniche di integrazione delle leggi», p. 29); e B. Pastore, *Pluralismo delle fonti e interpretazione: il ruolo dei principi generali*, in «Diritto privato», 2001-2002, vol. VII-VIII, pp. 65-95, spec. pp. 72-73 (sull'integrazione tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione). In particolare, sul rapporto tra l'interpretazione della costituzione e la concezione del ruolo, del valore e della funzione della costituzione, cfr. L. Gianformaggio, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi* (1985), in L. Gianformaggio, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit., pp. 173-204, spec. pp. 173-176.

sta, tenderà ad impiegare le tecniche argomentative idonee ad assicurare l'ideale della supremazia della costituzione, e della maggiore penetrazione possibile dei valori e principi costituzionali in tutto l'ordinamento giuridico, quali ad esempio l'interpretazione adeguatrice (della legge alla costituzione), l'applicazione diretta dei principi costituzionali, la defettibilità delle norme infra-costituzionali nella misura in cui contrastino con norme o principi costituzionali, il bilanciamento di principi costituzionali affidato anche al giudice comune, ecc.

L'adesione ad una data ideologia delle fonti del diritto renderà dunque giustificato il ricorso ad alcuni, e non ad altri, argomenti interpretativi, o stabilirà ordini di preferenza tra i vari argomenti interpretativi disponibili: per usare un'icastica espressione di Neil MacCormick, «a theory of legal reasoning requires and is required by a theory of law»⁶². Inoltre, dato che ciascun argomento interpretativo può essere articolato in modalità differenti, l'adesione ad una data ideologia delle fonti fornirà anche indicazioni *sul modo stesso di intendere e di utilizzare* gli specifici argomenti interpretativi (il modo più appropriato di individuare la "lettera della legge"⁶³, o la "volontà del legislatore"⁶⁴, ecc.).

Sarebbe inappropriato, comunque, raffigurare come puramente assiomatico e meccanico il modo in cui una certa ideologia delle fonti del diritto si traduce in specifiche tecniche interpretative e meta-argomenti interpretativi: il passaggio dall'ideologia delle fonti alle tecniche interpretative dipende invece da valutazioni irrimediabilmente variabili e contestuali. Intendo dire che, salvo alcune eccezioni⁶⁵, raramente si darà un legame biunivoco e necessario tra una certa ideologia delle fonti del diritto e certi specifici argomenti interpretativi, mentre è più probabile che in alcune circostanze un certo argomento interpretativo appaia più idoneo a realizzare gli obiettivi e i valori propri di quella ideologia delle fonti del diritto, e in altre circostanze saranno altri argomenti interpretativi ad apparire più idonei a realizzare quegli stessi obiettivi e valori.

Infine nulla garantisce, e anzi è abbastanza improbabile, che in una cultura giuridica vi sia *una sola* ideologia delle fonti del diritto, o *un solo* insieme di codici interpretativi unanimemente accettato dai giuristi. Più probabilmente, in

⁶² N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford UP, 1978, p. 229. L'influenza dell'adesione ad una ideologia delle fonti del diritto (in questo caso, di tipo legalistico) nella scelta delle tecniche argomentative è evidente ad es. in Corte di Cassazione, SS.UU. pen., 17 maggio 2004 n. 23016: «qualora le premesse ermeneutiche della soluzione proclamata costituzionalmente obbligata travalichino i limiti dell'interpretazione letterale-logico-sistematica, i giudici hanno il dovere di non attenersi a quella soluzione, per la decisiva ragione che, in caso contrario, disapplicherebbero una norma vigente e arrecherebbero un *vulnus* ai principi di legalità e di soggezione alla legge».

⁶³ Il significato letterale potrebbe essere cercato alternativamente: nel significato diffuso al momento della redazione del testo normativo ("originalismo"); oppure in quello diffuso al momento della sua applicazione; oppure in quello conforme al significato che quello stesso termine ha in altri testi normativi ("argomento della costanza terminologica"); ecc.

⁶⁴ L'intenzione del legislatore potrebbe consistere alternativamente: nella volontà del legislatore storico come desumibile dai lavori preparatori; nella volontà di un legislatore ideale; nella *voluntas legis* o "volontà oggettiva della norma"; ecc.

⁶⁵ Ad esempio, si può immaginare che l'uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore sia indissolubilmente legato ad una concezione imperativistica del diritto.

una cultura giuridica data convivranno più insieme di codici interpretativi e più ideologie delle fonti del diritto⁶⁶.

Ciò non toglie tuttavia *a*) che ciascuna di tali diverse ideologie o codici abbia una fisionomia riconoscibile, e che vi siano buoni margini di prevedibilità del risultato interpretativo cui si può pervenire (o quantomeno del procedimento argomentativo che può essere adottato) aderendo all'una o all'altra ideologia; *b*) che, in un dato momento storico, si possa individuare una ideologia come maggioritaria, e a suo modo rappresentativa dello "spirito del tempo".

3.2.5. *Applicabilità di norme e gerarchie assiologiche*

L'applicabilità è legata al concetto di gerarchia *assiologica*. Una gerarchia assiologica è una relazione tra due *norme* N_1 e N_2 , tale che la norma N_1 è considerata più importante, prevalente, preferibile, rispetto alla norma N_2 . Il rapporto di preferenza dipende da una valutazione comparativa sostanziale dell'importanza delle norme stesse: in base ad una gerarchia assiologica, una norma prevale su un'altra se è considerata maggiormente adeguata ai valori, ai principi, alle dottrine etico-politiche che ispirano il sistema giuridico, o un suo sotto-sistema.

In un senso ampio, tutti i tipi di gerarchia normativa, e in generale l'instaurazione di meccanismi di preferenza tra norme sono, in ultima analisi, assiologici: rappresentano l'esito di una scelta di valore⁶⁷. Così, le gerarchie materiali sono istituite in esito ad una valutazione di preferenza, dettata a seconda dei casi da considerazioni di maggior rappresentatività democratica, o di competenza tecnica, ecc., a favore dell'organo che produce le norme materialmente sovra-ordinate: questo è ben esemplificato dal criterio della *lex superior* per la soluzione delle antinomie, ove utilizzato per dichiarare l'invalidità della norma inferiore, che riflette un'opzione ideologica in favore di un tipo di fonte rispetto ad altre (ad es. in considerazione del maggior grado di rappresentatività democratica dell'organo che la produce)⁶⁸. Lo stesso vale per il criterio della competenza, che risponde ad una scelta politica in favore di una certa divisione del lavoro tra organi dello Stato, in modo che la disciplina di alcune materie viene riservata in via esclusiva o prioritaria a certi soggetti (Regioni, autorità amministrative indipendenti, rami dell'amministrazione, ecc.). Lo stesso si può dire, infine, anche

⁶⁶ G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 249: «il pluralismo dei metodi è la condizione odierna della scienza del diritto»; secondo M. Kramer, *Of Final Things: Morality as One of the Ultimate Determinants of Legal Validity*, in «Law and Philosophy», vol. 24, 2005, pp. 47-97, il funzionamento e la stessa unitarietà di un sistema giuridico non sono impediti dalla circostanza che i funzionari usano regole di riconoscimento parzialmente divergenti (pp. 50-51).

⁶⁷ Posizioni affini a quelle esposte nel testo in N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 219-221; J. Raz, *On the Autonomy of Legal Reasoning* (1993), in J. Raz, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Oxford UP, 1994, pp. 326-340, p. 331.

⁶⁸ Sull'origine storica, e ideologica, del criterio della *lex superior*, G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976, spec. pp. 47-52.

per le gerarchie strutturali: la scelta di una procedura, e il modo di strutturarla, è tutt'altro che *value-free*⁶⁹.

In un senso più specifico, invece, la nozione di gerarchia assiologica può essere riferita ai casi in cui viene istituito un rapporto di preferenza tra due (o più) norme, in base ad un criterio giuridico positivo o sapienziale, *senza che ciò determini necessariamente l'invalidità, annullamento o abrogazione della norma meno importante*. È in questo senso che qui verrà definita la nozione di gerarchia assiologica.

3.2.5.1. Effetti

In generale, una gerarchia assiologica determina l'applicabilità di una norma (considerata più importante) e la disapplicazione di altre (meno importanti). Una gerarchia assiologica si risolve dunque in un criterio di applicabilità. Una gerarchia assiologica può concorrere anche con una gerarchia materiale, e in tal caso la norma "inferiore" è non solo disapplicata, ma anche dichiarata invalida. Questa è, però, solo una possibilità contingente: non è detto che tra due norme si diano al contempo un rapporto di gerarchia assiologica e di gerarchia materiale (cfr. § 3.2.5.3, e per un'ipotesi particolare v. la fine di questo paragrafo).

L'ipotesi più frequente, ma tutt'altro che banale, è illustrata ancora una volta dalla distinzione tra disposizioni e norme: data una disposizione D, idonea ad esprimere alternativamente le norme N_1 , N_2 e N_3 , la scelta per una di queste norme (ad es., N_1), e la disapplicazione delle altre, equivale all'instaurazione di una gerarchia assiologica tra queste norme: ha avuto luogo infatti un giudizio comparativo di importanza sostanziale in base al quale la norma N_1 è stata ritenuta più adeguata (più giusta, più corretta, ecc.) delle norme N_2 e N_3 , con conseguente disapplicazione di queste ultime. Lo stesso schema può essere utilizzato per spiegare qualsiasi altro caso di contrasto tra norme la cui soluzione non comporta l'abrogazione di una delle norme, ma piuttosto la sua "disapplicazione" o accantonamento nel caso concreto: esempio tipico, il bilanciamento tra principi costituzionali, che si risolve assegnando prevalenza in un certo caso (o classe di casi) ad un principio a scapito di un altro principio, il quale ultimo però potrà essere applicato in altri casi⁷⁰.

L'effetto di disapplicazione ha luogo tipicamente quando una gerarchia assiologica opera tra norme contrastanti. Le gerarchie assiologiche però possono essere instaurate anche tra norme compatibili. Instaurare una gerarchia assiologica tra norme compatibili vuol dire affermare che tra tali norme si dà un rapporto di *giustificazione*: la norma N_1 (più importante) sarà considerata il fondamento, la giustificazione, la

⁶⁹ M. Rosenfeld, *Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica* (1998), Bologna, il Mulino, 2000, pp. 228-237; A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 23.

⁷⁰ Sul punto, cfr. G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in «Ragion pratica», 28, 2007, pp. 219-276.

ratio della norma N_2 (meno importante); per converso, N_2 sarà considerata una concretizzazione di N_1 . Qualificare una norma come giustificazione di un'altra norma determina specifici effetti sul piano delle operazioni interpretative e argomentative: infatti la norma meno importante sarà forgiata, con opportune tecniche argomentative, in modo da risultare il più possibile adeguata (conforme, congruente, ecc.) rispetto a quella più importante; e a tal fine si useranno tecniche quali l'interpretazione correttiva, l'interpretazione adeguatrice, o l'introduzione nella norma "inferiore" di eccezioni implicite (defettibilità). Più in generale, la norma più importante guiderà e influenzerà l'applicazione delle norme meno importanti.

Infine, un ulteriore possibile effetto delle gerarchie assiologiche consiste in questo: una volta instaurata una gerarchia assiologia tra due norme, questa tende a convertirsi in una gerarchia materiale. In altre parole, una volta individuata una norma o insieme di norme come più importante di altre, si tenderà ad escogitare, anche in via interpretativa, qualche meccanismo istituzionale volto ad assicurare, per la norma considerata assiologicamente superiore, una maggiore "resistenza" alla modificazione, abrogazione, derogazione rispetto a quanto accade per le altre norme ad essa (materialmente) pari-ordinate.

Questo è accaduto, ad esempio, in alcuni sistemi in cui il controllo di costituzionalità delle leggi e la possibilità di invalidare leggi incostituzionali (gerarchia materiale) sono stati introdotti solo in via interpretativa, a partire dall'esigenza di assicurare protezione giuridica ad una serie di norme considerate particolarmente importanti (gerarchia assiologica): primo tra tutti negli Stati Uniti, con la sentenza della Corte Suprema *Marbury v. Madison*⁷¹. Ma non mancano altri esempi, meno clamorosi, di trasformazione di una gerarchia assiologica in gerarchia materiale: come la "elevazione" di diritti legislativi allo *status* di diritti fondamentali (con conseguente possibilità di invalidare altre disposizioni legislative contrastanti con il diritto fondamentale così individuato)⁷²; o la dottrina dei principi costituzionali supremi (che apre la possibilità di dichiarare l'incostituzionalità di leggi costituzionali, o di revisione costituzionale).

3.2.5.2. Fondamenti

Il rapporto di preferenza determinato da una gerarchia assiologica deriva, evidentemente, da una scelta di valore. Tale scelta di valore può essere formulata da una espressa previsione normativa, oppure può essere introdotta dai giuristi tramite operazioni interpretative e argomentative, a partire da indizi normativi più o meno cogenti⁷³.

⁷¹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (Cranch 1) 137 (1803). Cfr. in proposito l'analisi critica di M. Troper, *Marshall, Kelsen, Barak, and the Constitutionalist Fallacy*, cit.

⁷² Per un esempio, G. Pino, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, il Mulino, 2003, cap. III.

⁷³ Ritiene invece che le gerarchie assiologiche siano poste solo dagli interpreti R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 123; *id.*, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, cit., pp. 20, 43-44; *id.*, *Nuovi studi sull'interpretazione*, cit., p. 136.

Una gerarchia assiologica normativamente istituita si ha quando una norma enuncia espressamente una valutazione comparativa, e un rapporto di preferenza, tra altre norme. La valutazione comparativa e il rapporto di preferenza normativamente istituito possono essere relativi a *categorie* di norme (come di solito accade nel caso dei criteri giuridico-positivi di applicabilità visti sopra, § 3.3.3), oppure, ad altre norme *specificamente individuate*. Si possono ricondurre alla seconda ipotesi i seguenti esempi:

(1) L'art. 41, co. 2, cost. prevede che la libertà di iniziativa economica privata non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale né recare danno alla sicurezza, libertà e dignità umana. Tale disposizione istituisce ed enuncia una gerarchia assiologica tra i principi rilevanti (libertà di iniziativa economica da una parte, promozione dell'utilità sociale, della sicurezza, libertà e dignità umana dall'altra), rinviando poi al legislatore e agli interpreti l'elaborazione di norme di dettaglio che le diano attuazione: ciò accade ad esempio con le norme sulla sicurezza nei luoghi di lavoro, sulla riservatezza e la libertà di opinione dei lavoratori, ecc.

(2) L'art. 32 cost. stabilisce che le eventuali previsioni legislative di trattamenti sanitari obbligatori incontrano i limiti imposti dal rispetto della persona umana; ora, poiché trattamenti sanitari obbligatori possono essere previsti dalla legge verosimilmente a tutela della salute, sicurezza e incolumità pubblica (ad esempio, per prevenire un'epidemia, oppure in casi di comportamenti pericolosi o anche autolesionistici da parte di persone affette da malattie mentali), allora la norma espressa da questo articolo istituisce una gerarchia assiologica tra il principio del rispetto della persona umana (qualunque cosa ciò voglia dire), cui viene riconosciuto rilievo prioritario, da una parte, e il principio della tutela della salute, sicurezza e incolumità pubblica dall'altra.

(3) L'art. 51 c.p. stabilisce che l'esercizio di un diritto è causa di non punibilità. Tale disposizione istituisce espressamente un giudizio di preferenza in favore delle norme attributive di diritti rispetto ad eventuali norme incriminatrici, di modo che se una stessa condotta costituisce allo stesso tempo esercizio di un diritto e comportamento penalmente perseguibile, le norme penali rilevanti dovranno essere in quel caso disapplicate.

Una gerarchia assiologica può poi essere frutto di elaborazione degli interpreti. A tal fine gli interpreti possono sfruttare determinate indicazioni presenti nel diritto positivo, come la collocazione "topografica" delle disposizioni che esprimono le norme rilevanti (ad esempio, gli articoli di una legge, sovente collocati all'inizio del testo, in cui sono enunciate le "finalità" della legge stessa), oppure la particolare intitolazione di una parte del documento normativo (ad esempio, la denominazione "Principi fondamentali" che contrassegna gli artt. 1-12 della Costituzione italiana). Oppure, la gerarchia assiologica può essere introdotta per il tramite di mere tesi dogmatiche, senza precise indicazioni nel diritto positivo: come nel caso della dottrina dei principi costituzionali supremi e dei limiti impliciti alla revisione costituzionale, o di tecniche argomentative e di sistematizzazione del diritto quali l'applicazione diretta della costituzione, l'interpretazione conforme, ecc.

L'individuazione in via interpretativa di una gerarchia assiologica è spesso finalizzata ad evitare un conflitto tra norme pari ordinate —conflitto che non si ritiene possibile, o desiderabile, risolvere dichiarando l'invalidità di una delle due norme⁷⁴ (l'esempio tipico è il bilanciamento tra principi costituzionali).

3.2.5.3. Tipologia

Possono darsi vari tipi di gerarchie assiologiche⁷⁵.

In primo luogo, può darsi una gerarchia assiologica tra due norme N_1 e N_2 , in modo che la norma N_1 , sovra-ordinata in senso materiale alla norma N_2 , le sia sovra-ordinata altresì in senso assiologico.

La concomitanza di queste due relazioni gerarchiche corrisponde, ad esempio, al modo più immediato di intendere il rapporto tra costituzione e legge ordinaria, o tra diritto comunitario e legge ordinaria, o tra legge delega e legislazione delegata⁷⁶, o tra legge e regolamenti. In questi casi, l'interprete ha la possibilità di risolvere un eventuale contrasto tra la norma superiore e quella inferiore facendo operare la gerarchia assiologica oppure la gerarchia materiale. Così, facendo riferimento al caso paradigmatico del rapporto legge-costituzione, se l'interprete lo considera alla luce della gerarchia assiologica, potrà risolvere il conflitto facendo ricorso all'interpretazione della norma legislativa alla luce della norma costituzionale (l'interpretazione adeguatrice⁷⁷); oppure potrà introdurre nella norma legislativa eccezioni implicite che tengano conto di un'esigenza espressa da una o più norme costituzionali; se invece lo considera alla luce della gerarchia materiale, l'interprete dichiarerà o solleciterà l'annullamento della legge.

In secondo luogo, può darsi una gerarchia assiologica tra due norme N_1 e N_2 , tra le quali *non si dà* un rapporto di gerarchia materiale: sono norme materialmente pari-ordinate.

Esempi di questo tipo di gerarchia sono offerti dai vari modi in cui possono essere gestiti, in sede interpretativa, i rapporti tra norme costituzionali. Un primo esempio è rappresentato dalla distinzione tra norme costituzionali precettive e norme costituzionali programmatiche: le prime destinate ad essere applicate immediatamente anche in sede giudiziale, le seconde da considerarsi come inviti ed auspici rivolti al legislatore, e inapplicabili in assenza di una apposita *interpositio legislatoris*⁷⁸. Un secondo esempio consiste nella distinzione tra principi co-

⁷⁴ S. Bartole, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, 1986, p. 511.

⁷⁵ Cfr. P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cit., pp. 134-135.

⁷⁶ Cfr. Corte costituzionale n. 503/2000.

⁷⁷ Per un esempio recente: Corte costituzionale n. 293/2000.

⁷⁸ Questa distinzione è stata elaborata, notoriamente, dalla giurisprudenza italiana all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione 1948: su questa vicenda v. V. Angiolini, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, Cedam, 1995, pp. 191-194; V. Zagrebelsky, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, in *Storia d'Italia 30. Legge, diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1998, t. 2, pp. 713-790, spec. pp. 723 ss.

stituzionali “comuni” e principi costituzionali “supremi”, questi ultimi destinati a prevalere in caso di conflitto con altri principi costituzionali. Un terzo esempio consiste, ancora una volta, nel bilanciamento tra principi costituzionali. Infine un ulteriore esempio, non relativo alla materia costituzionale, riguarda la distinzione, all'interno delle norme che disciplinano una certa materia, tra norme di principio e norme di dettaglio (o regole): dove le prime sono considerate più importanti delle seconde, ne sono la giustificazione e ne guidano l'interpretazione.

Questo tipo di gerarchia assiologica acquista particolare interesse, sul piano applicativo, tutte le volte in cui le norme rilevanti siano in contrasto tra loro —e, non essendovi tra esse una gerarchia materiale, nessuna delle due può essere dichiarata invalida. In questi casi, la gerarchia assiologica opera facendo prevalere la norma più importante su quella meno importante, senza che la norma soccombente perda validità: è invece disapplicata. Così, un principio costituzionale supremo non abroga un principio costituzionale non supremo, nemmeno nelle fattispecie in cui i due principi sono incompatibili, e lo stesso vale nel caso del bilanciamento tra principi costituzionali. Un'altra conseguenza consiste nel predicare, per la norma considerata assiologicamente superiore, una maggiore “resistenza” alla modificazione, abrogazione, derogazione rispetto a quanto accade per le altre norme ad essa (materialmente) pari-ordinate: in tal senso, ad esempio, si sostiene che i principi costituzionali supremi sono sottratti a procedimento di revisione costituzionale⁷⁹; e per alcune norme di legge considerate assiologicamente superiori si esclude la possibilità di abrogazione per via ordinaria⁸⁰.

In terzo luogo, può darsi una gerarchia assiologica tra due norme N_1 e N_2 , in modo che la norma N_1 , *subordinata* in senso materiale alla norma N_2 , risulti sovraordinata in senso assiologico alla norma N_2 .

Esempi di gerarchia assiologica di questo tipo sono: l'interpretazione delle disposizioni costituzionali alla luce della terminologia impiegata dalla legge ordinaria, e della concettualità e delle categorie dogmatiche relative a materie disciplinate dalla legge (così, l'art. 25 cost., che enuncia la riserva di legge in materia penale, viene interpretato alla luce dell'art. 1 c.p., che formula il principio di determinatezza delle leggi penali: in modo che il principio di determinatezza, previsto dal codice, viene considerato un principio costituzionale⁸¹). Oppure: l'interpretazione della costituzione utilizzando i criteri stabiliti dall'art. 12 preleggi per l'in-

⁷⁹ Così Corte costituzionale n. 1146/1988.

⁸⁰ Cfr. ad es. A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1993⁴, p. 41, dove si afferma che una eventuale modifica dell'art. 1 c.p. richiederebbe procedimento di revisione costituzionale (in quanto espressione della costituzione materiale già prima dell'entrata in vigore della Costituzione del 1948).

⁸¹ Per questa linea di argomentazione, A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 40-41. Ulteriori esempi di interpretazione della costituzione alla luce della legge in R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 18-28. Questa metodologia è criticata da G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 265 («se la legge potesse dare essa stessa una definizione della nozione costituzionale di tali concetti, si determinerebbe un'inversione o, meglio, un'invasione di campo tra le due fonti e la legge si impadronirebbe della Costituzione»).

interpretazione della legge in generale⁸²; il bilanciamento tra principi costituzionali e principi non costituzionali, se si conclude con esito favorevole a questi ultimi⁸³; la tesi dogmatica secondo cui le leggi (ordinarie) che attuano diritti fondamentali riconducibili all'art. 2 cost. sarebbero sottratte a revisione costituzionale o anche a declaratorie di illegittimità da parte della Corte costituzionale⁸⁴. In questi casi, dunque, una gerarchia assiologica viene sovrapposta dagli interpreti ad una gerarchia materiale di segno diverso, che viene così aggirata e svuotata di contenuto⁸⁵.

4. Sovrapposizioni e dissociazioni

L'utilità di tenere distinti i vari predicati relativi all'esistenza di disposizioni e di norme fin qui esaminati consiste principalmente nel fatto che tali predicati sono dissociabili, sia concettualmente che di fatto. Ciò non vuol dire che, di fatto, tali predicati siano *sempre* dissociati: normalmente, in un contesto ordinamentale in cui il giudice deve decidere in base al diritto, specialmente se di fonte legislativa (principio di soggezione del giudice alla legge), e ha l'obbligo di motivare le sue decisioni, l'applicabilità presuppone la validità materiale di una norma, specialmente se si tratta di una norma derivata da una disposizione formalmente valida (norma esplicita); mentre una norma materialmente invalida sarà anche inapplicabile, e lo stesso vale per le norme derivate da una disposizione formalmente invalida. In altre parole, in condizioni normali la validità di una norma è considerata condizione necessaria e sufficiente per la sua applicabilità, senza che vi sia per il giudice un onere di argomentazione al di là della mera indicazione ostensiva delle norme valide e rilevanti per la decisione.

Tuttavia, quanto detto vale solo in condizioni normali.

Possono infatti darsi casi in cui esistenza, validità formale e materiale e applicabilità *sono* dissociate: possono infatti verificarsi quantomeno le seguenti categorie di ipotesi "anomale" (ma in realtà assai frequenti in un ordinamento giuridico sufficientemente complesso):

1) *validità formale vs. inefficacia di disposizioni*. Una *disposizione* può essere formalmente valida, e però avere una efficacia assai scarsa, o nulla: una disposi-

⁸² Cfr. la letteratura citata *supra*, nt. 53. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 309-311, considera questa metodologia come una modalità di svuotamento della rigidità costituzionale.

⁸³ Questa possibilità è accertata sul piano descrittivo, e valutata positivamente, da R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., spec. pp. 72-81, 93.

⁸⁴ In tal senso, A. Ruggeri, «Nuovi» diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione, in «Politica del diritto», 1993, pp. 183-217, spec. §§ 5 e 6.

⁸⁵ Una gerarchia materiale può essere aggirata in via argomentativa anche equiparando sul piano assiologico norme tra cui intercorrerebbe una gerarchia materiale: ciò è implicato, ad esempio, nella proposta di risolvere le antinomie tra legge e costituzione in base al criterio cronologico; notoriamente, si tratta del modo in cui in Italia la magistratura ordinaria, prima dell'entrata in funzione della Corte costituzionale, ha configurato il rapporto tra la Costituzione repubblicana e legislazione previgente; cfr. in proposito V. Zagrebelsky, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, cit., spec. pp. 723 ss.

zione pur formalmente valida ma mai usata, o non usata dagli organi più autorevoli, per trarne norme.

Ad esempio questo potrebbe essere il caso, nella cultura giuridica italiana attuale, dell'art. 1 delle preleggi: una disposizione formalmente valida (perché mai espressamente abrogata) ma che, si può ritenere, non è (più) utilizzata dagli interpreti come documento normativo propriamente vincolante (l'elenco delle fonti del diritto ivi contenuto, infatti, è ritenuto ampiamente superato dall'avvento della costituzione rigida, e dell'ingresso del diritto comunitario nell'ordinamento nazionale).

Altre volte accade che i giuristi privano alcune parti di un documento normativo di qualsiasi attitudine ad esprimere norme: considerano, cioè, una parte di un testo normativo come non idonea ad essere usata a fini interpretativi — e pertanto ne decretano, in punto di fatto, la non vigenza o non positività. Questo accade, ad esempio, quando si afferma che i preamboli, le intitolazioni, le definizioni e le rubriche della legge non hanno alcuna efficacia vincolante⁸⁶. Oppure quando si usa la distinzione, originaria della *common law* ma ricorrente anche in contesti di *civil law*, tra la parte della sentenza che contiene la *ratio decidendi* (e che pertanto esprime norme vincolanti, o comunque giuridicamente rilevanti) e gli *obiter dicta* (che sono invece mere divagazioni dell'estensore della sentenza)⁸⁷. Oppure, quando si ritiene che certe parti di un documento normativo esprimono solo “programmi” di natura culturale o politica, ma del tutto irrilevanti giuridicamente⁸⁸. O, infine, quando si usa una disposizione, che si auto-qualifica come disposizione di un certo tipo, come disposizione *di un altro tipo*⁸⁹.

In casi simili, ciò che accade può essere anche descritto come una interpretazione abrogante, condotta dai giuristi, che ha l'effetto di rendere di fatto ines-

⁸⁶ Sul punto cfr. in generale G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 103-105. Sul valore giuridico delle definizioni legislative cfr. A. Belvedere, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, Giuffrè, 1977; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., cap. IV. In tempi meno recenti, è stato sostenuto che sarebbero prive di valore giuridico le disposizioni che contengono criteri con cui interpretare altre disposizioni (norme sull'interpretazione come quelle contenute nelle preleggi): in merito, G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 299 ss.

⁸⁷ Per un'introduzione a queste tematiche, P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile*, cit., spec. pp. 147-151, 210-220 e in genere cap. III; *id.*, *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 75-101.

⁸⁸ Una simile posizione è stata adottata dalla Corte costituzionale a proposito di certe dichiarazioni “di principio” contenute in statuti regionali: secondo Corte costituzionale n. 378/2004, tali disposizioni «anche se materialmente inserite in un atto-fonte, non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, collocandosi esse precipuamente sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale»; tali enunciazioni, di «carattere non prescrittivo e non vincolante [...] esplicano una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa» (corsiivi aggiunti). In merito cfr. A. Anzon, *L'“inefficacia giuridica” di norme “programmatiche”*, in «Costituzionalismo.it», 2/2004; S. Bartole, *Norme programmatiche e Statuti regionali*, in «Le Regioni», 1/2005.

⁸⁹ Cfr. ad es. Corte di Cassazione, sez. III pen., n. 2734/1989, che ha ritenuto che alcune leggi regionali che recepivano il contenuto di una deliberazione di un comitato interministeriale dovessero in realtà essere qualificate *come atti amministrativi*, e pertanto soggette a disapplicazione da parte del giudice ordinario in base all'art. 5 della legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. E (Corte costituzionale n. 285/1990, in sede di giudizio per conflitto di attribuzione, ha poi affermato che un simile potere di qualificazione non rientri tra i poteri della Corte di Cassazione).

stente una disposizione che però, in ipotesi, può essere anche del tutto valida in senso formale⁹⁰. Il fatto che una disposizione sia costantemente disapplicata non determina comunque l'invalidità formale della disposizione stessa: questa permane intatta nell'ordinamento —anche se una disapplicazione stabile e costante di una disposizione (il fatto che in una cultura giuridica una certa disposizione sia ritenuta, espressamente o per tacita convenzione, inapplicabile) determina effetti sostanzialmente indistinguibili da una abrogazione.

2) *invalidità formale vs. efficacia di disposizioni*. Una *disposizione* può essere priva di validità formale, ma tuttavia efficace (cioè di fatto usata dagli interpreti). Come notato a suo luogo (§ 3.1.1), la nozione di efficacia serve esattamente a mettere in luce la possibilità che una norma non valida sia comunque trattata come valida: nulla può impedire che, di fatto, gli organi dell'applicazione e in generale gli interpreti *usino* (trattino come valida) una disposizione che non lo è.

Inoltre, non è possibile che sia il diritto positivo stesso a stabilire le condizioni minime alle quali una disposizione debba, o non debba, essere trattata come valida: infatti, qualsiasi atto, pur se invalido (e quindi presuntivamente candidato a non esistere giuridicamente), può di fatto essere trattato come valido da qualche autorità giuridica, può così produrre effetti giuridici, e tali effetti possono anche diventare irremovibili e definitivi⁹¹.

3) *invalidità formale vs. applicabilità di disposizioni*. In alcuni casi, è un fenomeno del tutto normale che una disposizione formalmente invalida sia applicabile (e indirettamente lo siano anche le norme da essa derivabili): che questo, cioè, non sia un mero dato di fatto o addirittura un errore (come nel punto precedente), ma sia richiesta dallo stesso diritto positivo o da convenzioni diffuse nella cultura giuridica. Infatti, se includiamo nella definizione di validità formale anche il requisito che la disposizione non sia stata abrogata o annullata (cfr. *supra*, § 3.2.1), allora è molto frequente che un testo normativo, pur se abrogato e dunque non (più) valido sia usato per trarne norme: di solito, l'abrogazione non ha effetti retroattivi e dunque l'atto giuridico abrogato sarà utilizzato per individuare le norme idonee a disciplinare i casi sorti nel periodo in cui quell'atto era formalmente valido.

In altri casi, invece, può accadere che gli interpreti e in generale gli operatori giuridici siano autorizzati, o addirittura obbligati, ad utilizzare come validi atti giuridici che sono *ab initio* invalidi. Questo è precisamente ciò che accade nell'ordinamento italiano, che secondo alcuni contiene un principio generale (implicito) di conservazione degli atti giuridici⁹². In base a tale principio, infatti, un atto giu-

⁹⁰ Cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit.: l'interpretazione abrogante «equivale alla decisione di non fare uso degli enunciati legislativi in questione» (p. 305). Cfr. anche P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cit., pp. 135-136.

⁹¹ Cfr. B. Celano, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, cit., § 5. Sostiene invece che le condizioni di esistenza possono, e anzi dovrebbero («a garanzia della certezza»), essere specificate dal diritto, L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 533.

⁹² Il principio di conservazione degli atti giuridici è considerato «canone ermeneutico che, enunciato legislativamente per la materia contrattuale nell'art. 1367 cod. civ., ispira tutto l'ordinamento giuridico» da C. Grassetti, *Conservazione (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, 1961; v. anche L. Bigliazzi Geri, *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, 1962, pp. 528-540. Il principio è

ridico che presenta alcuni difetti di forma può comunque valere come un diverso atto giuridico del quale abbia i requisiti; oppure può comunque essere considerato esistente se idoneo a raggiungere alcuni dei propri effetti tipici; e così via.

4) *validità formale di disposizioni vs. invalidità materiale di norme*. Una *disposizione* può essere formalmente valida ma dare luogo esclusivamente a norme materialmente invalide (e pertanto verosimilmente anche inapplicabili); oppure dare luogo congiuntamente sia a norme materialmente valide sia a norme materialmente invalide (quest'ultimo caso è ciò che rende possibili le sentenze interpretative di rigetto, con le quali la Corte costituzionale afferma che la disposizione impugnata non è incostituzionale "se interpretata nel senso che...");

5) *validità e invalidità materiale di norme vs. invalidità formale di disposizioni*. Una *norma* può essere materialmente valida ed applicabile, ma potenzialmente non riconducibile ad alcuna disposizione formalmente valida: è il caso delle norme implicite; parimenti, è possibile che una norma implicita (dunque non riconducibile ad alcuna disposizione formalmente valida) sia materialmente invalida, e che un'autorità giuridica sia chiamata a dichiararne l'invalidità;

6) *validità materiale vs. inefficacia di norme*. Una *norma* può essere materialmente valida senza essere efficace (è il caso di una norma astrattamente formulabile in via di ipotesi scientifica, ma mai effettivamente formulata o usata da alcuno), o avere un grado di efficacia pressoché nullo⁹³. Analogamente a quanto visto poco sopra a proposito dell'inefficacia di disposizioni, anche nel caso di disapplicazione stabile e costante di una norma si determinano effetti sostanzialmente indistinguibili da un'abrogazione⁹⁴.

7) *invalidità materiale vs. efficacia di norme*. Una *norma* materialmente invalida può essere efficace: può essere oggetto di un'applicazione costante e continuativa anche presso organi dell'applicazione molto autorevoli; questo è esattamente il presupposto del sindacato di costituzionalità sul "diritto vivente"⁹⁵; è anche possibile che una norma materialmente invalida *già annullata* continui ad essere usata (resti efficace): o per mero errore, o perché è stata usata, prima che ne fosse dichiarata l'invalidità, in un giudizio ormai definitivo⁹⁶;

8) *applicabilità di norme vs. invalidità formale di disposizioni*. Una *norma* esplicita può essere applicabile, ma derivata da disposizioni prive di validità formale: ad esempio, l'abrogazione (in particolare l'abrogazione c.d. espressa, v. il

usato talvolta dalla Corte costituzionale, per evitare di dichiarare interamente incostituzionale una legge che presenti vizi di forma limitati solo ad alcune parti: cfr. Corte costituzionale nn. 152/1982, 292/1984.

⁹³ Se ne vedano alcuni esempi *supra*, nt. 24.

⁹⁴ E. Bulygin, *Dogmatica giuridica e sistematizzazione del diritto* (1983), in E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, cit., pp. 117-140 (pp. 133-135); E. Bulygin, D. Mendonca, *Normas y sistemas normativos*, cit., pp. 78-81; J. L. Rodriguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, CEPC, 2002, pp. 168-170; G. B. Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, cit., pp. 134-137.

⁹⁵ V. ad esempio Corte costituzionale n. 300/1983; in proposito, G. Zagrebelsky, *La dottrina del diritto vivente*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1986, I, pp. 1148-1166.

⁹⁶ Nel diritto italiano, le sentenze di accoglimento della Corte costituzionale trovano il limite dell'intangibilità del giudicato (con l'eccezione delle sentenze di condanna in materia penale); cfr. art. 30, l. n. 87/1953.

punto successivo) cancella una disposizione, ma le norme da essa derivabili si continuano ad applicare ai casi sorti durante la vigenza della disposizione stessa; stesso discorso vale nel caso di ricorso al diritto straniero, o a norme morali, o a criteri tecnici interni ad una certa professione o disciplina scientifica, codici deontologici;

9) *abrogazione di disposizioni e abrogazione di norme*. Il fenomeno dell'abrogazione può riguardare, distintamente, la validità formale di una *disposizione* o l'applicabilità di una *norma*.

Si suole distinguere infatti tra abrogazione espressa e abrogazione tacita⁹⁷: la prima consiste nell'emanazione di una disposizione che abbia come contenuto l'espressa abrogazione di altre disposizioni; la seconda si ha quando il contenuto di una norma è incompatibile con altre norme derivate da disposizioni preesistenti. Pertanto, l'abrogazione espressa agisce su disposizioni, privandole di validità formale, mentre l'abrogazione tacita agisce su norme, rendendole inapplicabili. L'abrogazione tacita non incide invece sulla validità materiale della norma precedente (almeno se si accetta la definizione di validità materiale qui adottata: cfr. *supra*, § 3.2.2).

L'abrogazione espressa travolge anche (tutte) le norme espresse dalla disposizione abrogata; l'abrogazione tacita invece riguarda solo la norma o le norme incompatibili con la norma successiva, senza travolgere necessariamente anche altre norme derivabili dalla disposizione che la esprime e comunque lasciando intatta tale disposizione.

Quanto detto può essere replicato per le sentenze della Corte costituzionale: le sentenze di accoglimento eliminano disposizioni legislative, e conseguentemente anche le norme da esse espresse; mentre le sentenze interpretative vertono su norme, lasciando inalterate le disposizioni che le esprimono.

10) *efficacia e validità materiale vs. inapplicabilità di norme*. Una norma, esplicita o implicita, può essere efficace e materialmente valida ma non applicabile, in tutto o in parte, in generale o solo in alcuni casi⁹⁸: fenomeno questo inspiegabile se la nozione di validità viene invece concepita includendo ciò che qui è stato chiamato applicabilità, o concetti analoghi come l'obbligatorietà⁹⁹. Al contrario, nulla impedisce che ciò che può essere valido o invalido sia soggetto anche a *distinte* considerazioni in termini di peso o importanza: e sono esattamente le considerazioni di quest'ultimo tipo che possono rendere inapplicabili norme valide¹⁰⁰.

⁹⁷ R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 192-194.

⁹⁸ Per un'interessante discussione dei possibili rapporti tra validità e applicabilità (definita come "institutional force"), W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Oxford UP, 1994, pp. 170-174.

⁹⁹ Si veda infatti A. Peczenik, *On Law and Reason*, cit., p. 216: «an idea of a valid norm that ought not to be observed is like a "married bachelor" or a "square circle", that is, inconsistent and self-destroying».

¹⁰⁰ In merito si vedano S. Munzer, *Validity and Legal Conflicts*, in «Yale Law Journal», vol. 82, 1973, pp. 1140-1174, spec. pp. 1158-1159; H. L. A. Hart, *Poscritto*, in H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 334.

Il caso più evidente di dissociazione tra validità materiale e applicabilità di norme è quello di antinomia normativa, e in particolare di antinomia per la quale non sia previsto un meccanismo autoritativo di rimozione di una delle due norme (situazione questa che, come abbiamo visto, darebbe invece luogo ad invalidità materiale di una delle norme antinomiche). Si tratta dunque principalmente del caso di un'antinomia tra norme di pari grado quanto alla gerarchia materiale, ma differenziate o in senso cronologico (norma precedente *vs.* norma successiva) o quanto all'ampiezza del campo di applicazione (norma generale *vs.* norma speciale). In questo caso, la norma precedente non perde validità (non è previsto un meccanismo istituzionale di annullamento), ma diventa inapplicabile; e la norma generale non diventa invalida né in assoluto, né nelle ipotesi disciplinate dalla norma speciale.

5. Gerarchie normative e fonti del diritto

In conclusione, quando i giuristi parlano di gerarchia delle fonti del diritto si riferiscono, di solito, a qualche combinazione di gerarchie strutturali e materiali. Al contempo però, l'effettiva operatività sia delle gerarchie strutturali che di quelle materiali è pesantemente condizionata dalla possibilità che tra le norme coinvolte si instaurino relazioni assiologiche. Si può dire dunque che i rapporti tra norme, e tra norme e disposizioni, sono regolati da una miscela tra i tre tipi di gerarchie, miscela variabile diacronicamente e sincronicamente a seconda del tipo di cultura giuridica rilevante.

Infine, essendo diversi i criteri gerarchici interni alle fonti del diritto, e alle norme dell'ordinamento, saranno diverse le norme o fonti considerate, per l'ordinamento, fondamentali, quelle poste ai livelli più alti della gerarchia. Facendo riferimento alla gerarchia in senso strutturale, saranno fondamentali le norme che disciplinano la produzione di disposizioni, e la cui produzione¹⁰¹ non è a sua volta disciplinata da alcuna altra norma. Facendo riferimento alla gerarchia in senso materiale, saranno fondamentali le norme che non possono mai essere dichiarate invalide rispetto ad altre norme dell'ordinamento, ma che al contrario possono determinare l'invalidità di qualsiasi altra norma (tranne quelle pari-ordinate). Facendo riferimento alla gerarchia in senso assiologico, saranno fondamentali le norme che sono considerate di maggiore importanza all'interno dell'ordinamento, l'espressione dei suoi valori etico-politici di riferimento¹⁰². Lo stesso discorso può poi essere riprodotto, con i debiti aggiustamenti, per i sottosistemi o singoli settori disciplinari all'interno dell'ordinamento giuridico.

¹⁰¹ *Rectius*: la produzione delle disposizioni da cui esse sono ricavate.

¹⁰² Ad esempio, «l'uguaglianza [...] è principio generale che condiziona tutto l'ordinamento nella sua obiettiva struttura»: cfr. Corte costituzionale nn. 25/1966, 2/1969, 15/1975, 68/1980, 975/1988, 87/1992. Si pensi poi alla più volte menzionata giurisprudenza costituzionale sui "principi costituzionali supremi".

