

FORZA>VALORE DI LEGGE*

LAURA BUFFONI**

Sommario

1. Forza/valore di legge - 2. La *force de loi* nella Rivoluzione: il «valore senza pari» - 3. La forza di legge nello Statuto albertino: la distanza dall'origine - 4. La forza di legge nella Costituzione: l'in-decisione - 5. La forza di legge è efficacia provvisoria - 6. La forza di legge senza legge - 7. L'apologia della forza di legge - 8. L'apertura: il valore di legge - 9. La ri-conversione del valore di legge in 'regime' - 10. La (forma di) legge è il valore.

Abstract

The essay focuses on the relation between force of law and value of law in the Italian Constitution, investigating the constitutional theories involved.

Suggerimento di citazione

L. BUFFONI, *Forza>Valore di legge*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* La presente ricerca è stata finanziata con il fondo di Ateneo per la ricerca dell'Università degli studi di Sassari per il 2019.

** Professore associato di Diritto costituzionale, Università degli studi di Sassari.

Contatto: labuffoni@uniss.it

1. Forza/valore di legge

Scrivendo Schmitt che i giuristi teorici non possono liquidare «la differenza tra *forza* di diritto [...] e *valore* di diritto [...] come una sfumatura insignificante»¹ e ammoniva a soppesare le parole, a non usarle con leggerezza².

La Costituzione discorre di «forza» e di «valore» di legge. L'idea dominante tra gli studiosi di diritto positivo è quella di una certa indifferenza del testo, dell'indistinzione tra l'una e l'altra, della loro confusione³.

Qui non rileva se chi pose la Costituzione fosse un giurista più o meno teorico e se usò forza e valore di legge con leggerezza o con un certo grado di pesantezza. Rileva piuttosto se l'uso delle due categorie, una volta poste nel testo costituzionale, una volta divenute diritto costituzionale vigente, reagiscano sul termine di cui sono predicati e fondino una dottrina interpretativa della legge, con conseguenze normative.

Non si nega che il dittico forza/valore di legge, genericamente inteso, ordini, secondo il grado, o almeno l'intensità, di normatività gli atti giuridici e, quindi, sia parte di un regime 'operativo', tecnico. Ma, teoricamente, accostare, identificare, valore e forza rasenta l'ossimoro. Dogmaticamente, il testo costituzionale apre alla possibilità di distinguere la forza dal valore e, quindi, gli atti che avrebbero la forza ma non il valore o, viceversa, il valore ma non la forza.

Per il diritto, il passaggio dalla forza al valore non è una graduazione di potenza, di 'intensità', misurabile con il più e il meno. Forza e valore sono grandezze incommensurabili, incomparabili. La forza di legge si avvicina al «diritto del potere», la seconda al «diritto del diritto»⁴. Esplicitiamone le ragioni.

La forza (di legge) rinvia all'essere, al fatto, all'effettività. Si muove sul piano esistenziale. Risponde della legge dell'efficacia. Di per sé, in linea teorica, è irrelata rispetto al diritto, al diritto come dover-essere, al diritto valido. Riguarda la sua realizzazione, la sua applicazione, il suo compimento. È, con altro lessico, un tipico dispositivo. Lo stesso sintagma «forza di legge» è aporetico: è l'essere del dover-essere, il dover essere che è, quindi non dover-essere. E' aporetico come lo è la normatività del fattuale, di cui la prima è il rovescio. Entrambe incrinano la Grande divisione tra fatto e norma/valore, condannata

¹ C. SCHMITT, *Tirannia dei valori*, Adelphi, Milano, 2013, 18.

² *Ivi*, 66.

³ È l'idea dominante a partire da un libro delle 'origini', G. FERRARI, *Formula e natura dell'attuale decretazione con valore legislativo*, Milano, Giuffrè, 1948, 36 e 70, nota 41, ove il valore di legge è la forza di legge, l'efficacia, gli «effetti formali della legge» fino a, per tutti, G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, § 2, che assimila il decreto legislativo e il decreto-legge «ai quali è espressamente conferita efficacia (o forza o valore, come si esprime senza differenze la Costituzione) di legge». L'indistinzione è comune nel linguaggio della Corte, a partire dalle decisioni nn. 26 del 1966 e 79 del 1970.

⁴ Adeguo, con un po' di libertà, le formule di H. HOFMANN, *Il diritto del diritto, il diritto del potere e l'unità della costituzione*, Mucchi, Modena, 2013.

dalla tesi della fallacia naturalistica⁵: dalla forza, da un fatto, violenza o meno che sia, non si passa mai al diritto.

Il valore (di legge) porta, invece, al dover-essere e non all'essere. Il suo etimo – *valeo* – rinvia, più che alla forza fisica, al «poter disporre» (*walten* in tedesco). Il valore vale, non è. Il valore è normatività, più in generale idealità, la sua specifica forma di esistenza è la validità. In tedesco, *geltung* al femminile significa validità (sintattica), al maschile valore. Il problema del valore è, con molta approssimazione, quello kantiano della deduzione trascendentale, nel senso che è nell'«essenza stessa del criticismo», perché criticare significa distinguere il diritto dal fatto, il dover essere dall'essere, a seguire il valore dall'esistente⁶. La dicotomia tra valore e essere è sviluppata, a partire dalla logica di Lotze⁷, dalla Scuola neokantiana di Marburgo: allo statuto della fatticità proprio dell'essere, delle cose, si oppone lo statuto della validità proprio dei valori, più precisamente dei giudizi di valore, che appartengono, seppure ne sono distinti, al genere delle idee (platoniche) e delle leggi. La categoria del valore di legge, quindi, conosce 'puramente' il diritto come diritto, come dover-essere e non sul piano dell'essere. E la validità 'pura' della legge come statuto del valore, del dover-essere che in quanto tale non è, si oppone allo statuto della fatticità intesa come effettività o, più estesamente, come essere e, in pari misura, a quello del valore inteso come virtù, come giustizia. Così pensato, il 'valore' di legge è un altro modo di guardare al diritto valido che, come il valore, è concetto relazionale⁸, perché dipende dal confronto con uno schema, con un modello. Il valore è tale in forza di un fondamento e di un giudizio, appunto, di validità e, a sua volta, fonda un giudizio, una 'valutazione'. Nel definire il valore, siamo sempre nella dimensione della relazionalità, in un gioco continuo di rimandi. In questo preciso senso il valore ha un'origine economica. Misura e compara beni diversi: il valore ne è il parametro perché li correla ma non ne dipende, è l'unità di misura, quindi è invariabile.

Dogmaticamente, il valore di legge è ciò che contende il campo alla forza di legge, perché nel testo costituzionale l'efficacia è distinta dalla validità. E il

⁵ E ciò perché fatto e diritto si intrecciano, si sovrappongono, si contaminano, ma co-esistono, quindi hanno una esistenza autonoma: R. BIN, *Normatività del fattuale*, Piccole Conferenze, a cura di Aljs Vignudelli, Mucchi, Modena, 2021.

⁶ C. ROSSO, *Figure e dottrine della filosofia dei valori*, Guida, Napoli, 1973, 18-9.

⁷ H. LOTZE, *Logik. Drei Bücher vom Denken, vom Untersuchen und vom Erkennen*, Hirzel, Leipzig, 1874, 506 ss. Sul rapporto in Lotze tra valore e validità e sul debito contratto dai neokantiani almeno S. BESOLI, *Il valore della verità. Studio sulla «Logica della validità» nel pensiero di Lotze*, Ponte alle Grazie, Firenze, 1992 e B. CENTI, *Realtà, validità e idee nel pensiero di Lotze*, in *Riv. storia della filosofia*, vol. 52, 1997, n. 4, 705 ss.

⁸ Secondo C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, 838, invece, la forza di legge è concetto relazionale. Seppure per ragioni diverse, anche per G. QUADRI, *La forza di legge*, Giuffrè, Milano, 1979, 15 ss., la forza di legge è «concetto di relazione», nel senso che rinvia alla posizione della legge rispetto agli altri atti-fonte dell'ordinamento.

testo lascia un interstizio all'auto-*nomia*, in senso proprio, del valore di legge dalla forza e apre alla identificazione tra legge e valore. Ma per riempire di 'senso' quell'interstizio testuale occorre esperire una 'genealogia' dei due concetti nel diritto positivo. Non può che muoversi da quello più antico, la forza di legge, per seguirne i movimenti dal suo principio, quando, in origine, vi era solo 'forza' di legge, fino alla scrittura, in-decisa, del testo costituzionale vigente, in cui compare il predicato 'valore'.

2. La *force de loi* nella Rivoluzione: il «valore senza pari»

La «forza di legge» è tutt'uno con la dottrina rivoluzionaria francese della legge come deliberazione dell'Assemblea rappresentativa della nazione e, quindi, come deliberazione della nazione.

L'espressione *force de loi*, accolta in tutte le Costituzioni rivoluzionarie francesi⁹, rinvia alla legge parlamentare come «potere iniziale», «primario», «statutario», «originario» e «sovrano» in quanto deliberazione del 'Corpo legislativo', che è, rappresentativamente, espressione del sovrano, della volontà del popolo sul popolo e, quindi, espressione della volontà generale¹⁰. In quella dottrina e in quel diritto positivo, che predica delle deliberazioni del Parlamento ciò che Rousseau riferiva alla deliberazione del popolo¹¹, non esiste il gradualismo tra norme, non conta di per sé la creazione di diritto mediante altro diritto, non vi è relazione gerarchica tra norme sulla produzione giuridica e norme prodotte, che nelle prime hanno il fondamento di validità, ma vi è il gradualismo tra organi, tra il Parlamento, che è il rappresentante della nazione sovrana e, quindi, sovrano e gli altri, che sono «agenti», «semplici autorità», «funzioni», che eseguono/applicano¹². Si dà – come si darà nel diritto costituzionale

⁹ Cfr., tra le molte succedutesi, Costituzione del 1791, tit. III, c. III, sez. 3, art. 6, che dispone che «i decreti sanzionati dal Re, e quelli che gli saranno stati presentati per tre legislature consecutive, hanno forza di legge, e portano il nome e l'intitolazione di Leggi»; v. anche Cost. an. III, art. 92 e, dopo le Costituzioni giacobine, legge costituzionale 25 febbraio 1875, art. 1. Sulle prime, almeno, C. GHISALBERTI, *Le costituzioni «giacobine» (1796-1799)*, Giuffrè, Milano, 1957.

¹⁰ Per tutti, sull'idea della (e al contempo sulla critica alla) legge come «*pouvoir initial*» R. CARRÈ DE MALBERG, *La legge espressione della volontà generale*, Giuffrè, Milano, 2008, *passim* e spec. 33 ss.

¹¹ In questo spostamento sta tutta l'ambiguità del diritto rivoluzionario francese, la cui origine è nell'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino che, dopo aver disposto che «la legge è l'espressione della volontà generale», perché su quella volontà deve essere fondata, prescrive che «tutti i cittadini hanno diritto di concorrere, personalmente o mediante i loro rappresentanti, alla sua formazione». Lascia aperta sia la forma identitaria che quella rappresentativa della volontà generale. La prima è rousseauviana. La seconda, e con essa la dottrina rivoluzionaria, no, perché Rousseau ha dimostrato che il popolo non può essere né sostituito né rappresentato per l'esercizio della sua sovranità. Discorre di «interpolazione» nell'art. 6 del principio di rappresentanza alla «dottrina democratica della legislazione» di Rousseau H. HOFMANN, *Il diritto del diritto*, cit., 25-6.

¹² Quella dottrina, le sue connessioni e i suoi errori, vive con una notevole sistematicità nelle pagine di R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica del diritto. Confronto con le idee e le istituzioni*

contemporaneo – una corrispondenza tra la gerarchia delle fonti e quella degli organi, ma ciò che rileva è che qui non è la costituzione che fonda la competenza legislativa del Parlamento. La «forza di legge» è il suo «valore senza pari», la sua «qualità sovrana», che gli deriva dalla qualità del suo autore di rappresentante della nazione e, perciò, di sovrano: la legge è l'atto con cui si manifesta la volontà del sovrano¹³. Non vi è alcun spazio di riserva per «un eventuale scarto tra la legge e il suo fondamento»¹⁴.

Quel «valore di legge» è tutt'uno con la sua «forma» rappresentativa: «rappresentare» significa «volere per la nazione»¹⁵ e, nello specifico, «fare le leggi che sono l'espressione della volontà generale significa rappresentare tale volontà»¹⁶. La fonte della forza di legge è la volontà generale, perché la volontà della nazione/popolo si esprime solo attraverso l'Assemblea dei *deputati* eletti: il Corpo legislativo, autorizzato e legittimato mediante le elezioni, rappresenta il (sta al posto del) corpo dei cittadini, che esiste prima del processo di rappresentanza¹⁷. La forza è una qualità, la «virtù sovrana» della legge, che è l'autovincolo del popolo e non la sua efficacia, il comando, l'obbedienza, perché non si comanda o ubbidisce a sé stessi¹⁸. È distinta, viene prima, della promulgazione e della pubblicazione.

Non rileva la distinzione tra la generalità o la concretezza del dispositivo. Non ha senso il dualismo 'tedesco' tra legge materiale e legge formale e non si può dare la dissociazione tra «forza» e «valore di regola legislativa» che affliggerebbe la seconda¹⁹: o la legge è formale o non è; quindi, la stessa espressione legge formale è un pleonaso²⁰. Il che significa che non esistono norme di per sé legislative, ma la natura legislativa di un atto dipende dalla deliberazione del Parlamento e, dunque, valore e forza coincidono: diversamente il Parlamento non sarebbe sovrano.

A catena, non tiene la separazione tra potere costituente e costituito. È vero che la natura del potere costituente del popolo nella teoria rivoluzionaria è

del diritto positivo francese, Giuffrè, Milano, 2003, *passim* e spec. 35 ss., 44, 45 e 47; ID., *La legge*, cit., 31 ss. e 64 ss.

¹³ R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica del diritto*, cit., 45 (l'enfasi è aggiunta); ID., *La legge*, cit., 35.

¹⁴ F. FURET, *Introduzione*, in F. FURET (a cura di), *L'eredità della rivoluzione francese*, Laterza, Roma-Bari, 1989, 11.

¹⁵ R. CARRÈ DE MALBERG, *La legge*, cit., 30.

¹⁶ Letteralmente, R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica*, cit., 51, nota 15, 53 e 81; ID., *La legge*, cit., 35-7.

¹⁷ R. CARRÈ DE MALBERG, *op. ult. cit.*, 26 ss. e 209.

¹⁸ *Ivi*, 96, 200 ss. e spec. 208.

¹⁹ *Ivi*, 21-2, 74-6 e 94-6.

²⁰ R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica*, cit., 50 ss.; ID., *La legge*, cit., 56 ss.

ambigua²¹. L'esaltazione del potere costituente come potere originario e incondizionato, come cominciamento assoluto e costruzione di un nuovo tempo, di cui è titolare il popolo/nazione e che sta prima di (e per questo sopra a) ciò che costituisce, è funzionale alla sovranità, alla indipendenza e alla libertà assoluta della nazione: è il culto dell'Essere supremo²². Quel potere costituente non è condizionabile dall'ordine giuridico preesistente: si oppone alla volontà del sovrano precedente. Nella stessa misura è fondativo e condizionante dell'ordine costituito: è volontà del nuovo sovrano. Anzi, la Costituzione fonda un ordine nuovo proprio perché è decisione del potere costituente della nazione. Ciò implica l'esclusione dell'onnipotenza dei poteri costituiti, che al più possono essere poteri di revisione della Costituzione. Ma se prima di tutto viene il popolo/nazione, non si vede perché la sua volontà debba esaurirsi in una sola, irripetibile e originaria, manifestazione: la nazione è sovrana, di una sovranità non solo permanente ma anche illimitata, se può sempre volere – seppure con la mediazione dei rappresentanti eletti – con la stessa intensità²³. Non si vede cioè come distinguere la rappresentatività dell'Assemblea costituente da quella costituita nella medesima forma. Ecco che nel diritto positivo post-rivoluzionario, alla riduzione del potere costituente, dopo la sua prima ed unica manifestazione, a procedimento parlamentare di revisione nella Costituzione del 1791²⁴, è succeduto il noto divieto dell'art. 28 della Costituzione giacobina del 1793, in forza del quale una generazione non può assoggettare alle sue leggi le

²¹ Quell'ambiguità è ricostruita accuratamente nei classici P. PASQUINO, *Il concetto di rappresentanza e i fondamenti del diritto pubblico della Rivoluzione: E. J. Sieyès* in F. FURET (a cura di), *L'eredità della rivoluzione francese*, cit., 309 ss.; P. COLOMBO, *Instaurazione mantenimento e mutamento dell'ordine politico. La Constitution nel lessico politico della Rivoluzione francese*, in *Filosofia politica*, XLII (1991), 303 ss. e ID., *Governo e costituzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese*, Giuffrè, Milano, 1993, 270 ss.; nella dottrina costituzionalistica, v. G. ZAGREBELSKY, *Storia e costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO e J. LUTHER, *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, 40 ss.; M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Il Mulino, Bologna, 2004, 7 ss.

²² H. ARENDT, *Sulla rivoluzione*, Einaudi, Torino, 2009, 211 ss.

²³ Sempre che si riesca a risolvere il paradosso che affligge l'illimitatezza di ogni volere e, quindi, di ogni dottrina della sovranità illimitata: se il soggetto che vuole può porre limiti alla sua onnipotenza, se può stabilire di non volere più, non è per ciò stesso onnipotente perché ha un limite; se non può porre limiti, non è onnipotente, perché non dispone di quello specifico potere di porre limiti.

²⁴ Il potere costituente scompare in Carrè de Malberg perché passa dal potere costituente del popolo/nazione alla sovranità dell'assemblea rappresentativa. L'assemblea rappresentativa, per essere sovrana, deve imporre la *mise en forme* del potere costituente: l'esito è lo scivolamento del potere costituente in potere di revisione o comunque la sua irripetibilità. Ciò che di assoluto e informe viene prima e fuori dall'Assemblea rappresentativa, al più, rileva come questione di fatto: R. CARRÈ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, t. II, 1922, 493 ss.; ID., *La legge*, 125 ss. Sul potere costituente in Carrè de Malberg A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, 2002, 99 ss.; M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994, 226-7.

generazioni future. Una legge non è abbastanza forte da vincolare quelle successive, perché – secondo i termini del coevo dibattito che negli Stati Uniti opponeva Paine e Jefferson a Madison – una volontà non può obbligare sé stessa: «ciò che il popolo in quanto tale si è dato, il popolo in quanto tale può togliersi»²⁵. Una Costituzione che fosse vincolante, che fosse superiore gerarchicamente alla legge, non sarebbe democratica. La forza di legge riemerge nella ripetibilità dell'inesauribile potere costituente che è indistinguibile dal potere legislativo costituito.

Si livella il rapporto tra costituzione e legge, in quanto entrambe hanno la medesima forma, sono entrambe il prodotto di una Assemblea rappresentativa della volontà generale e egualmente sovrana, sia che si tratti dell'Assemblea nazionale, costituente, che del Corpo legislativo, costituito²⁶. Non vi è differenza qualitativa perché «il sovrano rimaneva vivo nella Costituzione, permaneva cioè nella legge»²⁷. L'una non può vincolare l'altra e non ha senso sottrarre ai poteri costituiti la disponibilità dei diritti e delle competenze fissate dalla costituzione. Prima di tutto, all'origine di tutto, c'è la nazione e la sua volontà generale, poi la costituzione e le altre leggi; e la legge, benché regolata dalla costituzione, non deriva la sua 'forza' dalla costituzione, ma dalla nazione rappresentata in Parlamento. La costituzione non conferisce la sovranità al Parlamento, ma la riconosce come un fatto, che preesiste ed è indipendente da una norma di diritto. Se un organo è riconosciuto come sovrano, come libero, dalla costituzione, significa non che la costituzione abbia conferito un'abilitazione generale, ma che l'organo non ha bisogno di essere abilitato. Le leggi non sono meno rappresentative e meno autonome della costituzione: non si saprebbe dimostrare perché in un dato momento un'Assemblea è più originaria, più costitutiva, di un'altra, se è formata e delibera nello stesso modo, se non ricorrendo alla metafisica della 'pienezza dei tempi', dell'epoca'. Il discorso non cambia se si prevede che le leggi di revisione costituzionale siano deliberate da un'Assemblea nazionale e non da due Camere separatamente: cambia poco. La forza di legge è una perché ciò che il Parlamento delibera è sempre espressione della volontà generale, rappresenta sempre la nazione, sia che si chiami costituzione, legge o legge di revisione costituzionale: è una come una è la volontà generale e la sovranità. La forza o è una o non è. E la posizione della regola di chi è legislatore e di come legifera non determina la superiorità di 'grado' della costituzione, se la revisione è deliberata con un procedimento ordinario e se la legge non ha altro giudice che il Parlamento.

²⁵ S. HOLMES, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO e J. LUTHER, *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, 182.

²⁶ R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica*, cit., 77 ss. e 84 ss.; ID., *La legge*, cit., 145 ss.

²⁷ M. FIORAVANTI, *Stato costituzionale in trasformazione*, Piccole Conferenze a cura di Aljs Vignudelli, Mucchi, Modena, 2021, 17.

Non può avere senso la riserva di legge, in quanto la costituzione non può ‘concedere’ alla legge competenze o materie e, cioè, limitare la legge, perché prima della costituzione viene la nazione, la volontà generale, rappresentata nella legge parlamentare, che è originaria, sovrana e illimitata. Se la costituzione prevedesse riserve di legge, significherebbe che la legge ha concorrenti e che la legge non è più sovrana, perché non potrebbe decidere il conferimento di abilitazioni speciali all’esecutivo²⁸. Per le stesse ragioni non può neppure darsi la delega legislativa, la delegazione all’esecutivo di atto con forza di legge: non perché il Parlamento, che è divenuto il sovrano, non possa disporre della propria competenza, di cui dispone perché può modificare l’ordine costituzionale delle competenze, ma perché il potere legislativo, cioè il potere di enunciare la volontà generale, può essere esercitato solo dall’organo che, per la natura elettiva, rappresenta quella volontà. Per questo il parlamento non può trasmettere a nessun’altra ‘autorità’ la qualità di rappresentante e, con essa, l’esercizio e men che meno la titolarità del potere di legiferare: strumentalizzando Rousseau, la sovranità del Parlamento è intrasmissibile²⁹. L’impensabilità della delega è tutt’uno con la derivazione della forza di legge dalla sua origine e forma parlamentare, l’unica incondizionata e sovrana: ciò che è delegato non può essere originario³⁰.

Al contrario, l’esecutivo adotta regolamenti, «diritto secondario»³¹, che necessitano della previa abilitazione del Parlamento, che serve perché l’esecutivo non ha alcuna attribuzione originaria. L’abilitazione parlamentare, che ne è fondamento di validità, deve essere speciale, a dire che si consente al delegato l’esercizio eccezionale di una competenza che è del delegante; ove la abilitazione fosse generale, disposta con una regola generale, si avrebbe una attribuzione di competenza. La costituzione, per suo conto, non è semplicemente indifferente: non potrebbe affatto abilitare direttamente il Governo e men che meno contenere riserve di regolamento perché la nazione e la sua volontà rappresentata permanentemente nel corpo legislativo non sarebbe più sovrana³². A rovescio, la libera conferibilità, la ‘concessione’, con legge della potestà regolamentare all’esecutivo prova che la costituzione ha eguagliato a sé la legge,

²⁸ R. CARRÈ DE MALBERG, *La legge*, cit., 123.

²⁹ L’argomento malberghiano riecheggia nella dottrina italiana che, contro la legittimità della delegazione legislativa, ha ritenuto che il Parlamento non poteva delegare i poteri ricevuti dal popolo, previa delega: S. GALGANO, *Contributi alla dottrina delle delegazioni legislative. I pieni poteri del secolo scorso in Italia*, in *Riv. int. di scienze sociali e disc. aus.*, 1920, 82, 3 ss. Concatena, invece, alla delega rappresentativa del popolo al parlamento quella dal parlamento al Governo che adotta le leggi delegate ‘in nome’ e ‘in luogo’ del potere legislativo G. ZANOBINI, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1955, 153.

³⁰ R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica*, cit., 133; ID., *La legge*, cit., 99-108.

³¹ R. CARRÈ DE MALBERG, *La legge*, cit., 62.

³² R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica*, cit., 81 ss.

che la legge è potere costituente³³. Ma questo non significa che i regolamenti siano gerarchicamente sotto-ordinati alla legge, perché non appartengono allo stesso ordine. La differenza di grado, la relazione gerarchica, presuppone atti della stessa «specie» e «natura», comparabili, ma tra gli atti legislativi e quelli solo legali l'eterogeneità è tale che non può darsi alcuna relazione³⁴. La differenza è di «natura», di «valore», rimanda alla differenza di qualità tra l'organo rappresentativo e sovrano e i poteri esecutivi, amministrativi e giudiziari: solo il primo, a rigore, crea nuovo diritto, pone norme, che «sono fattori costitutivi dell'ordinamento»³⁵ e, in ogni caso, solo la legge, generale o individuale che sia, crea diritto della «comunità»; i secondi, contro la nomodinamica kelseniana, necessitano della manifestazione legislativa preliminare e, dunque, non creano mai ciò che prima non c'era e, comunque, nei casi eccezionali in cui creano nuovo diritto, creano solo «diritto particolare», di una parte e non della comunità, della universalità dei cittadini³⁶. Il diritto legislativo è diritto di specie e qualità diverse da quello creato dalle autorità esecutive: è una dualità che replica la differenza che esiste tra il sovrano e il funzionario, che rompe l'unitarietà dell'ordinamento giuridico e che mette fuori gioco la semplice differenza di grado.

Non si può neppure pensare un sindacato giurisdizionale della legge: è il principio della *loi-écran*, ove la 'forza' di legge è 'schermo' al proprio sindacato e a quello degli atti amministrativi che ne sono diretta applicazione³⁷. La legge è valida perché esiste, cioè per il solo 'fatto' di esistere. Anzi la costituzione non deve neppure contemplare il 'potere', più correttamente, l'«autorità» giudiziaria, che deve trovare il solo e diretto fondamento nella legge. L'unico «potere» in senso proprio è quello legislativo: fuori da quello vi è l'«abisso giuridico». Tutto si tiene.

Per ora il punto è che la forza di legge nasce come una qualità della legge

³³ Nella dottrina rivoluzionaria la 'abilitazione' non può essere una autorizzazione, ma è necessariamente una 'delegazione' in senso proprio, una concessione, perché nessuna competenza normativa dell'esecutivo può preesistere al (o co-esistere col) potere legislativo. Ma se così è, allora, il dualismo tra legge formale e legge materiale, scartato, riemerge, perché solo così si spiega l'indelegabilità della legge formale, dell'atto con forma/forza di legge, e la delegabilità di una potestà legislativa in senso materiale. Si pone, però, un problema: se la legge è la forma di manifestazione della volontà del Corpo legislativo, in quanto rappresentativo della volontà generale, come può quel Corpo essere al contempo titolare di una potestà che, proprio perché regolamentare, esecutiva, non è manifestazione della volontà generale? Ma se non fosse una competenza originariamente propria, non potrebbe delegarla. Resta, in ogni caso, che si tratta di un dualismo tra legge in senso materiale e formale differente da quello della dottrina tedesca: lì aumenta quantitativamente e qualitativamente i poteri dell'esecutivo, qui è orientato alla sua limitazione.

³⁴ R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica*, cit., 96 e 162-3; ID., *La legge*, cit., 23 e 49 ss.

³⁵ R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica*, cit., 148.

³⁶ *Ivi*, 163 ss. e spec. 164, nota 36.

³⁷ L'espressione in corsivo è mutuata dal noto caso Arrighi, deciso da *Conseil d'Etat*, 6 novembre 1936, in *Recueil des décisions du Conseil d'Etat*, 1936, 966.

derivata dal legislatore, come una forza che deriva dalla sua forma, nello specifico dalla forma rappresentativa del potere che la produce, che unifica costituzione e legge in quanto entrambe produttive di un nuovo ordine e nega la gerarchia tra norme. È tutt'uno con il suo fondamento, con la sua origine: è potere 'iniziale'. È un predicato del potere e non dell'atto. E' potenza. Anche il re faceva la legge, ma la forza della sua persona era esattamente ciò che faceva scomparire la forza di legge.

Non si tratta qui di mettere in questione i presupposti teorici su cui la dottrina rivoluzionaria della forza di legge si regge, ovvero la sovranità parlamentare fondata sulla triplice equi-valenza tra volontà parlamentare=volontà popolare=volontà generale e l'insignificanza logica della creazione di chi è legislatore e di cosa sia legge al fine di determinare la superiorità della Costituzione. Né interessano di per sé le conseguenze dogmatiche che ne sono derivate, che non riguardano il diritto costituzionale vigente. Potrebbero interessare solo ove si ri-fondasse una genealogia comune tra costituzione e legge.

Interessa, però, che, esaurite le dottrine rivoluzionarie e mutato il diritto costituzionale, la locuzione forza di legge è rimasta nel diritto della «reazione e restaurazione»³⁸ delle monarchie.

È così transitata nel diritto legislativo nella vigenza dello Statuto albertino, che non regolava le condizioni della propria modifica, affidava l'interpretazione delle leggi esclusivamente al potere legislativo e non disponeva espressamente il controllo giurisdizionale delle leggi. È stata ri-convertita nella Costituzione vigente, che istituisce un procedimento *rinforzato* per la propria revisione e integrazione e il sindacato giurisdizionale delle leggi e degli atti che hanno, appunto, la «forza di legge». Ma alla forza di legge la Costituzione vigente affianca, con espressione 'originale', il «valore di legge».

Seguiamo i passaggi di queste conversioni, di questi spostamenti.

3. La forza di legge nello Statuto albertino: la distanza dall'origine

È giudizio comune, nella storia costituzionale, che nella vigenza dello Statuto albertino la «forza di legge» è la manifestazione sensibile, il 'simbolo', della riduzione della Costituzione a atto politico, *droit politique*, della «politicizzazione della costituzionalità»³⁹. Quella riduzione esclude la superiorità gerarchica dello Statuto rispetto alla legge e la sua giustiziabilità e significa ordine «legicentrico»⁴⁰. La validità di legge non è conformità alla previa norma

³⁸ F. ENGELS, *La lotta di liberazione in Italia e la causa del suo attuale insuccesso* (12 agosto 1848), in K. MARX, F. ENGELS, *Opere complete*, VII, Ed. Riuniti, Roma, 1972, 398.

³⁹ Il virgolettato è tratto da G. VOLPE, *Storia costituzionale degli italiani. II – Il popolo delle scimmie*, Giappichelli, Torino, 2015, 403-5.

⁴⁰ U. ALLEGRETTI, *Storia costituzionale italiana. Popolo e istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2014, ed. ebook, pos. 608.

statutaria.

Bisogna capirsi. Può anche dirsi che, se lo Statuto non è legge suprema, o perché può essere modificato dal potere legislativo in quanto non è rigido o perché è flessibile proprio perché può essere modificato, tutte le leggi sono supreme e la forza di legge è onni-potenza in ogni tempo. La legge è così la fonte 'primaria', la «fonte più alta, che le altre condiziona, senza essere da nessuna altra condizionata» e 'sovrana', poiché è l'ultimo grado delle fonti di produzione: presiede alla gerarchia delle fonti, anzi la rende pensabile, perché la forza di legge implica la «differenziazione di *forza* od efficacia delle diverse fonti»⁴¹.

È, però, tutt'altro dall'omni-potenza del 'corpo legislativo', dalla *force de loi*. Non è di certo l'Essere Supremo. Non ci si riferisce al giudizio storico di debolezza del Parlamento e al conseguente errore di legare la «strana» flessibilità dello Statuto a un, malinteso, principio di supremazia parlamentare, di «omni-potenza del legislatore»⁴². Ci si riferisce al mutamento qualitativo della *forza* di legge al mutare della *forma* di legge.

Nello Statuto non compare il sintagma «forza di legge». La legge fondamentale della Monarchia 4 marzo 1848, n. 674, che ha concesso e fondato l'ordine statutario, non è prodotta «da un'Assemblea costituente, né da un atto rivoluzionario, ma dai gentiluomini piemontesi convocati dal re Carlo Alberto», che scelgono il termine minimale Statuto in luogo di Costituzione, che «sapeva troppo di Rivoluzione»⁴³. Non poteva non riprodurre in una qualche misura la propria origine nella forma legislativa che istituiva. Così, la legge non è la deliberazione parlamentare, ma, nella lettera degli artt. 3, 7 e 56, è atto collettivo del Re e del Parlamento. In ogni caso, disgiunta la rappresentanza della nazione dalla sovranità del popolo o, che è lo stesso, il principio rappresentativo dal principio elettivo, non è la proiezione nella produzione del diritto della sovranità del corpo politico che rappresenta la volontà generale. Lo Stato, ai sensi dell'art. 2, è «monarchico rappresentativo». La legge è 'suprema' manifestazione della volontà dello Stato, ma, nel governo duale che si sostituisce al

⁴¹ Secondo la nota definizione di V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 777-8.

⁴² Svelato da G. REBUFFA, *Lo Statuto albertino*, Il Mulino, Bologna, 2011, ed. ebook, pos. 1119-37.

⁴³ *Ivi*, pos. 30 e pos. 592 e negli stessi termini G. VOLPE, *Storia costituzionale degli italiani. I – L'Italietta (1861-1915)*, Giappichelli, Torino, 2009, 23. Più di recente, sul ripudio della nozione ««terribile» di potere costituente» della nazione/popolo all'origine della concessione regia dello Statuto almeno C. DE FIORES, *La genesi dello Statuto Albertino e le sue implicazioni sugli sviluppi della forma di governo*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, disponibile in *Consultaonline*, 2.

monismo rivoluzionario, è manifestazione della sovranità del Re in Parlamento⁴⁴. È cambiato il sovrano. Il che significa che le Camere «rinunziavano a proporsi in senso costituente, come rappresentanza esclusiva della nazione, al di là e senza la monarchia»⁴⁵.

Ciò significa che la forza di legge, allusa ma non scritta nel testo, non è più la forma rappresentativa 'iniziale', originaria, del diritto rivoluzionario. Il punto è se, nella dissomiglianza dall'origine, la 'forza' di legge sia rimasta propriamente tale, suprema, illimitata e insindacabile, seppure con-divisa da Re e Camere⁴⁶. Non mettiamo in questione né le intenzioni del Re concedente, né l'interpretazione ed applicazione dell'epoca liberale, ma ci limitiamo alle implicazioni logiche dell'ordine interno delle fonti disegnato dallo Statuto.

Se ci atteniamo al testo statutario, alle sue pieghe, la forma di legge è istituita, costituita, come potere permanente dallo Statuto, che è norma sulla produzione, con quel tanto di gerarchia strutturale che pertiene alle norme che regolano la produzione di altre norme⁴⁷. La legge non è, poi, l'unica norma giuridica riconosciuta nello Statuto e non fonda la validità delle altre fonti: non è la fonte delle fonti. Compiono, infatti, nelle disposizioni statutarie sui diritti dei cittadini e sull'organizzazione dell'ordine giudiziario e delle istituzioni territoriali locali riserve di legge; un po' ovunque sono sparsi semplici rinvii alla legge quale prosecuzione dello Statuto. Ma la preferenza per la legge, su cui le riserve, se non i rinvii, si fondano, implica la concorrenza tra più fonti del diritto e limita il potere del legislativo di concedere, conferire, abilitazioni all'esecutivo. In ogni caso, lo Statuto pone un ordine che precede la legge e ne predetermina in qualche misura i compiti. L'art. 6 attribuisce direttamente al Re il potere di adottare i decreti e i regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, senza

⁴⁴ Sul Re in Parlamento, come patto che fonda e garantisce lo Statuto, vi è ora lo studio di F. FERRARI, *Studio sulla rigidità costituzionale. Dalle Chartes francesi al Political Constitutionalism*, FrancoAngeli, Milano, 2018, spec. poss. 1946 e 2088.

⁴⁵ A. CARDONE, «Dimmi quanto è rigida la tua costituzione e ti dirò come intendere il suo procedimento di revisione» *Brevi note sul rapporto tra forma e sostanza nella revisione costituzionale*, in ID. (a cura di), *Le proposte di riforma della Costituzione. Seminario fiorentino 13 febbraio 2014*, Esi, Napoli, 2014, 264.

⁴⁶ In linea generale, nella monarchia costituzionale (e parlamentare) ottocentesca la sovranità legislativa resta tale, suprema e non limitata, seppure sia condivisa tra monarca e borghesia, tanto da consentire il sindacato giudiziale di legalità solo degli atti del re, per O. CHESSA, *La scomparsa della sovranità. Sul costituzionalismo come ideologia e mitologia*, in *L'Ircocervo*, 2020, n. 1, 20.

⁴⁷ Perviene a qualificare la specifica norma statutaria dell'art. 3, che costituisce l'esercizio collettivo del «potere legislativo», come disposizione 'rigida', materialmente e non solo strutturalmente superiore alla legge regolata e, quindi, immodificabile, in quanto specchio della decisione politica fondamentale che regge lo Statuto, il patto, seguito al conflitto, tra Re e Parlamento (borghesia), F. FERRARI, *op. cit.*, poss. 478, 2021, 2088 e 2151, sulla scia di R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano, 1996, 91.

che questi possano sospenderne o dispensarne l'osservanza⁴⁸. La disposizione, di certo, significa che il potere regolamentare è direttamente attribuito al Re dallo Statuto, dalla legge istitutiva e non dalla legge istituita. L'art. 6 consente – o forse addirittura esige – che la legge, regolata agli artt. 3, 7 e 56, conferisca la specifica potestà di ordine materiale al Governo. Ma la legge non è la norma che fonda la competenza regolamentare: lo Statuto è la norma attributiva della competenza.

Ad ogni modo, dalla disposizione statutaria si trae la norma che i decreti e i regolamenti dell'esecutivo non hanno forza di legge, perché non possono derogare o sospendere leggi: diversamente, il divieto dell'art. 6 non avrebbe alcun senso⁴⁹. Quindi, anche qui il Parlamento non può disporre della forza di legge, delegandola o attribuendola a decreti reali. Muta, però, la ragione dell'indisponibilità della funzione legislativa rispetto alle Costituzioni rivoluzionarie. Lì il Parlamento, che è il sovrano, dispone della propria competenza, perché può modificare l'ordine costituzionale delle competenze, ma il potere legislativo, cioè il potere di enunciare la volontà generale, può essere esercitato solo dall'organo che, per la natura elettiva, rappresenta quella volontà. Qui, la legge non è prodotta dallo stesso soggetto che ha fondato l'ordinamento: tra lo Statuto e la legge non vi è più quella corrispondenza di soggetto e forma che, nelle dottrine rivoluzionarie, univa Costituzione e legge, ma vi è eteronomia. L'uno è atto del Re, l'altra è patto tra Re e Parlamento. Ne deriva che lo Statuto è il fondamento dell'ordine materialmente costituzionale delle competenze e la legge, dal medesimo costituita e regolata, non può disporre della propria specifica competenza, appunto, perché, formalmente e strutturalmente, eterofondata. Più precisamente, la legge non può disporre della propria forza perché non dispone della forma degli atti adottati nell'esercizio della competenza attribuita, ma se non dispone della forza di legge non è ammessa alla creazione di fonti concorrenti e non può delegare né l'esercizio, né tantomeno la titolarità, della funzione legislativa al Governo. In una, la disciplina statutaria delle competenze le sottrae alla disponibilità del legislatore perché questo non coincide con chi ha posto lo Statuto. Se così è, la forza di legge è una, è la forma di legge o più propriamente l'efficacia degli atti formalmente legislativi. Nelle parole della dottrina di allora, la «forza di legge» è «l'efficacia dell'atto», è l'effetto proprio della forma legislativa, di quella manifestazione di volontà rispetto alle

⁴⁸ Sulla disposizione, valga per tutti M. FIORAVANTI, *Le potestà normative del Governo. Dalla Francia d'ancien régime all'Italia liberale*, Giuffrè, Milano, 2009, spec. 171 ss.

⁴⁹ Nella dottrina di inizio secolo il punto era pacifico: F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo: legge ed ordinanza (decreti e regolamenti)*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. 3, Società editrice Libreria, Milano, 1901, spec. 193 ss.; F. RACIOPPI-BRUNELLI, *Commento allo statuto del Regno*, UTET, Torino, 1909, I, 314 ss.

volontà manifestate dagli altri organi ovvero «è una qualità» dell'atto e «non un potere dell'organo competente a emanarlo»⁵⁰: non è più la competenza di un organo. Se fosse un potere dell'organo legislativo, questi potrebbe disporne, rinunciarvi o trasferirlo: «non è il potere legislativo che ha la competenza di emanare atti con forza di legge, ma sono gli atti del potere legislativo che hanno la forza di legge»⁵¹. La forza di legge non è patrimonio disponibile del 'corpo' legislativo, costituito dallo Statuto. A rovescio, proprio la sottrazione al potere legislativo della competenza, sovrana, di disporre dei propri atti e di graduarne la forza significa che quel potere non è superiore agli altri, non vi è gradualismo tra organi, ma è, al pari degli altri, manifestazione dell'unitaria volontà dello Stato.

Con coerenza, a differenza delle costituzioni che celebravano la *force de loi*, l'«ordine giudiziario» compare nel testo statutario. Vero è che, nell'assenza di una gerarchia materiale tra le (poche) norme statutarie sostanziali e le norme legislative successive, la statutarietà materiale della legge era insindacabile. Ma l'inesistenza di un controllo di costituzionalità delle leggi nel diritto vivente del regime statutario non ha a che vedere con la natura flessibile dello Statuto e, quindi, con una irresistibile forza di legge: la giustizia costituzionale era semplicemente impossibile in una costituzione dualista che si fondava sull'equilibrio tra monarchia e rappresentanza borghese, sull'in-decisione di una sovranità che non doveva essere decisa⁵². In ogni caso, quella insindacabilità presuppone una legge che esista come tale: è dunque esercitabile – ed esercitato nell'ordinamento statutario – almeno un controllo formale sull'esistenza della legge (ovvero sull'esistenza della deliberazione parlamentare e della sanzione regia). Il che, però, dimostra che i giudici 'riconoscevano' una qualche rigidità allo Statuto, per lo meno alla sua regola di produzione legislativa⁵³. Resta che la forza di legge non ha più nulla del potere iniziale e illimitato del diritto rivoluzionario: non ha più nulla a che vedere con quella specifica idea di sovranità parlamentare e, con essa, di illimitatezza della deliberazione parlamentare.

Così posta, la questione della forza di legge si sovrappone, ma non coincide affatto con la decisione della natura dello Statuto, della sua rigidità o flessibilità.

⁵⁰ Il virgolettato è tratto da E. TOSATO, *Le leggi di delegazione*, Padova, Cedam, 1932, 33-4, che, però, fonda quella conclusione non già sulla lettera degli artt. 3 e 6 dello Statuto, ma sull'assunto teorico che il legislatore non può disporre della forza di legge, della propria competenza, perché è impossibile graduare l'intensità della volontà statale. Così l'argomentazione si complica perché bisogna spiegare perché non è ammissibile la graduazione della volontà statale teoricamente e, comunque, in base allo Statuto.

⁵¹ *Ivi*, 35.

⁵² P. PINNA, *La costituzione e la giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1999, 24-9.

⁵³ Da ciò si è dedotto che proprio il sindacato formale sulla legge svela la componente 'pattizia' di rigidità dello Statuto, che implica la protezione della possibilità di concorrere alla produzione della legge, appunto, fondata sull'accordo Re/Camera dei deputati: così F. FERRARI, *op. cit.*, poss. 2151-84.

Va da sé che la conclusione cui si è giunti si rafforza ove si ritenga che lo Statuto contenga, in una qualche misura, un po' di rigidità, un po' di resistenza ad essere modificato con la forma di legge istituita, per il silenzio sul procedimento di modifica⁵⁴ o già solo perché documento scritto e, dunque, naturalmente rigido. La rigidità, nella misura in cui crea il grado costituzionale, aggiunge la gerarchia materiale all'eteronomia formale e strutturale della legge costituita rispetto alla fonte costituente, della norma prodotta rispetto alla norma sulla produzione. A maggior ragione la legge non può disporre di sé e della forma della competenza attribuita. Al contrario, ove si ritenga che proprio l'assenza della previsione espressa di un procedimento speciale di revisione statutaria, del grado statutario, e di un sindacato giurisdizionale sulle leggi renda lo Statuto una legge inidonea a limitare le leggi successive, potrebbe concludersi che il legislatore costituito possa, con disposizione espressa e nel rispetto della forma vigente di esercizio del potere legislativo, disporre di sé medesimo e delle norme costitutive della propria competenza e, quindi, istituire fonti con forza di legge a sé concorrenti e diversamente fondare la potestà regolamentare. Nello specifico, la forza di legge potrebbe essere trasferita ad altri organi, anche non rappresentativi, una volta venuta meno l'ipoteca rivoluzionaria della forma rappresentativa del legislativo. Ma se il potere legislativo dispone della propria competenza, decide l'efficacia dei propri e degli altrui atti, decide chi è il legislatore, è potere costituente, se di potere costituente può parlarsi nel caso del Re in Parlamento. Per altra via, la forza di legge tornerebbe tutt'uno con la sovranità illimitata, ma si tratterebbe di una sovranità diversa, divisa, monarchico-parlamentare.

Qui, però, non occorre rieditare i termini di quel dibattito, per due ragioni.

Dal punto di vista teorico, il problema lo si può risolvere prescindendo dalla manichea distinzione rigidità/flessibilità. Può argomentarsi che, benché lo Statuto non ponga limiti procedurali espliciti alla propria modifica e questo possa significare modificabilità con legge, la forza di legge è per lo meno limitata dalle disposizioni statutarie che contengono direttamente norme attributive di competenze che, in quanto norme sulle norme, sono logicamente anteriori rispetto alle altre perché dicono chi e come produce norme⁵⁵. Se si accetta l'idea del diritto prodotto attraverso il diritto, il diritto che viola la regola prestabilita sulla sua produzione è illegittimo. La gerarchia formale o strutturale tra norme

⁵⁴ A partire dalla tesi della immodificabilità, della eternità o più correttamente della perpetuità (considerato che l'eternità a rigore è fuori del tempo) della Costituzione come principio normologico di A. MERKL, *L'immodificabilità delle leggi, Principio normologico*, in ID., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, Giuffrè, 1987, 142.

⁵⁵ Sull'indisponibilità dell'efficacia formale degli atti di competenza del legislatore, quindi della forza di legge, per l'inderogabilità delle disposizioni sulla distribuzione delle competenze, sia nel caso di Costituzioni flessibili che rigide, A. ALBERTI, *La delegazione legislativa tra inquadramenti dogmatici e svolgimenti della prassi*, Giappichelli, Torino, 2015, 33 ss.

prescinde o almeno è distinta dalla gerarchia materiale tra fonti⁵⁶. La norma che regola la produzione di un'altra è superiore rispetto alla norma prodotta anche ove non vi sia la forma costituzionale di legge, il 'grado' costituzionale. Le *meta*-norme, norme che qualificano altre norme, sono infatti «ragioni superiori su un piano linguistico», talchè se è vero che le norme giuridiche di fonte superiore sono sempre anche meta-norme, perché devono almeno stabilire chi produce diritto, non è vero che tutte le metanorme sono in una 'posizione' di superiorità: «la categoria del metalinguaggio è più potente, cioè più comprensiva, delle altre relazioni gerarchiche»⁵⁷. La tesi, poi, è logica, 'naturale', perché ciò che è prodotto è condizionato dalla sua origine. Lo Statuto insomma è per lo meno una legge 'speciale' che può essere modificato con le forme istituite, ma non violato. Né nell'ordinamento statutario la legge istituita può appellarsi direttamente all'origine dell'ordinamento, per superare quella primazia logica, in quanto non vi è più corrispondenza tra il soggetto che ha posto la prima legge e il soggetto che fa le leggi. Potrebbe, addirittura, sostenersi che la regola statutaria costitutiva della forma legislativa limita materialmente – e non solo logicamente – la legge successiva in quanto la sua modifica equivarrebbe alla modifica della decisione politica fondamentale dualista su cui si sostiene lo Statuto e, quindi, ad una nuova Costituzione⁵⁸. E, dal punto di vista del diritto posto, non può che presupporre la resistenza dello Statuto al suo superamento.

In ogni caso, la questione teorica può essere accantonata perché il diritto legislativo ha dis-posto della forza di legge e, con essa, dello Statuto, decidendo l'alternativa⁵⁹. Il legislatore, con l'art. 1, comma 1, n. 3, l. n. 100 del 1926, ha attribuito ai decreti reali di natura regolamentare la disciplina dell'organizzazione e del funzionamento delle Amministrazioni dello Stato «quand'anche si

⁵⁶ Si mutua la tassonomia elaborata da R. GUASTINI, *Gerarchie normative*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1997, n. 2, 470 ss., che esemplifica il caso della costituzione flessibile, che è sovraordinata alla legge secondo il criterio logico, poiché contiene norme sulla legislazione, ma, tuttavia, pari-ordinata ad essa secondo il criterio della forza, nel senso che la legge è autorizzata a derogare ad essa. Con minime variazioni, lo segue G. PINO, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Piccole Conferenze, a cura di Aljs Vignudelli, Mucchi, Modena, 2016, 24 ss. Riscrive, invece, la gerarchia formale o strutturale come gerarchia logica tra «atti normativi» (e non tra norme) che, in quanto costante, originaria e bilaterale, è concettualmente distinta dalla gerarchia materiale che è gerarchia eventuale, derivata e trilaterale tra «norme sul mondo» incompatibili G. RESCIGNO, *Gerarchia e competenza, tra atti normativi, tra norme*, in *Dir. pubbl.*, 2010, n. 2, 1 ss.

⁵⁷ L'argomento tratto dalla teoria linguistica dei discorsi e metadiscorsi, del linguaggio-oggetto e del metalinguaggio, è in C. LUZZATI, *La teoria del diritto attraverso lo specchio*, Piccole Conferenze, a cura di Aljs Vignudelli, Mucchi, Modena, 2017, 13 e 43-4.

⁵⁸ E' l'argomento che fonda il nucleo di rigidità dello Statuto sull'assetto costituzionale dualista, sul patto tra Re e Parlamento, sviluppato, come già accennato, in F. FERRARI, *op. cit.*, *passim*.

⁵⁹ Ancora la natura rigida o flessibile di una Costituzione non già alle sue disposizioni, alla previsione o meno di un procedimento di revisione o di un organo supremo di controllo di costituzionalità, ma all'«uso che ne fanno coloro che con esse hanno a che fare» G. VOLPE, *Storia costituzionale degli italiani*. I, cit., 27.

tratti di materie sino ad oggi regolate per legge». Sono regolamenti, sostanzialmente, autorizzati o delegati all'abrogazione della legge⁶⁰. Con l'art. 3, ha espressamente fondato il potere del Re di adottare atti con «forza di legge», previa legge di delegazione o nei casi straordinari di urgente ed assoluta necessità. Questi come quella sono insindacabili: l'insindacabilità è la conseguenza in sede giurisdizionale della forza di legge. Con una differenza: la legge formalmente valida (approvata, sanzionata e pubblicata) ha forza di legge, a prescindere dal contenuto; il decreto del re ha forza di legge se adottato previa legge di delega, quindi nei limiti della delegazione, sia che si ritenga norma (generale) di attribuzione della forza di legge l'art. 3, l. n. 100, sia che la norma attributiva sia la delega specifica adottata in forza dell'art. 3 o se fondato sulla necessità.

Può dubitarsi che la legge n. 100 'inventi' il potere costituente o che, comunque, crei la distinzione tra leggi ordinarie e leggi costituzionali in quanto non prevede aggravii procedurali. Crea una legalità costituzionale solo se si presuppone che siano leggi materialmente costituzionali quelle che regolano la produzione delle norme: il che è teoricamente sensato, ma indimostrabile in assenza di fondamento positivo della supposta 'materia costituzionale'. L'invenzione di una forma iniziale di rigidità costituzionale è, più fondatamente, avvenuta con l'esplicita introduzione, all'art. 12 della l. n. 2693 del 1928, di una legge aggravata per le «questioni aventi carattere costituzionale», tra le quali espressamente le leggi concernenti «la facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche»⁶¹: il che implica che, da un lato, senza quell'aggravio la legge è invalida o meglio non esiste quale legge costituzionale, dall'altro, leggi ordinarie non possono mutare quelle qualificate costituzionali, che costituiscono per le prime disposizioni immutabili.

Non pare, però, revocabile in dubbio che, poiché l'art. 3 della legge n. 100

⁶⁰ Il 'meccanismo' è stato solo perfezionato con la l. n. 1547 del 1940, che ha precisato che, nel caso di cui all'art. 1, n. 3, l. n. 100, i decreti reali possono essere emanati «anche quando si modificano con esse disposizioni contenute in provvedimenti legislativi emanati prima dell'entrata in vigore della presente legge».

⁶¹ A seguire, gli artt. 2 e 3 delle Disposizioni sulla legge in generale hanno qualificato «leggi di carattere costituzionale» quelle riguardanti le materie della «formazione delle leggi», «l'emanazione degli atti del governo aventi forza di legge» e del «potere regolamentare del governo». La 'forma' costituzionale è quella della legge aggravata con il parere del Gran Consiglio del Fascismo istituita con la l. n. 2693: non ve ne erano altre. Il contenuto della legge specifica, invece, il 'carattere' costituzionale dell'art. 12, l. n. 2693. Ma la categoria di legge formalmente costituzionale, come fonte distinta da quella ordinaria, nasce, prima della Costituzione vigente, con l'art. 3, commi 1 e 2, d.lgs. n. 98 del 1946, che attribuisce la «materia costituzionale» alla competenza legislativa eccezionale dell'Assemblea costituente. La materia costituzionale è sfera sottratta alla funzione legislativa ordinaria (allora delegata al Governo) e rimessa al potere costituente: nasce il grado costituzionale, in quanto ora la materia costituzionale implica, formalmente, una legge diversa da quella ordinaria e, materialmente, almeno la normazione delle altre fonti del diritto, con la sovra-ordinazione strutturale e materiale della fonte costituzionale sulle altre.

è incompatibile con l'art. 6 dello Statuto⁶², questo è stato abrogato/modificato dalla legge posteriore o per effetto della clausola statutaria implicita di cessazione della propria vigenza⁶³.

Così è avvenuto che, contro l'origine della *force de loi*, impensabile se separata dal corpo legislativo rappresentativo e senza concorrenti, la legge abbia riconvertito il sintagma 'forza di legge' per equiparare, negli effetti, decreti del Governo alla forma di legge. Ma se così è, la legge mostra, aporeticamente, la forza di legge, la sua potenza, negandosi e rinunciando ad essere 'una', alla propria singolarità. Abbandona la propria origine, si separa dalla sua forma e, con essa, dalla derivazione dal potere legislativo. La forza di legge è ancora di più predicato dell'atto e non del potere che pone l'atto. Anzi, celebra la propria sovranità detronizzando il corpo legislativo.

Ma per ciò stesso non può che essere manifestazione dell'unitaria volontà dello Stato e, solo in quella misura, partecipa della sovranità dello Stato: la sovranità parlamentare è fuori gioco⁶⁴. Così la via è aperta per la radicale messa in questione della forza di legge come «valore senza pari»⁶⁵. Il passaggio è la critica espositiana alla graduazione della volontà dello Stato e alla supremazia della legge, se declinata come illimitatezza e insindacabilità, tanto nelle Costituzioni flessibili che rigide: il presupposto implicito è la dottrina della divisione dei poteri o, almeno, delle funzioni, rigettata dalla dottrina rivoluzionaria della Legge⁶⁶. Porta con sé un'ulteriore ri-conversione della forza di legge e apre alla sua sindacabilità.

La gradazione dei poteri dello Stato e la conseguente gradazione delle volontà che manifestano è sbagliata per due motivi: perché la legge, anche in regime di Costituzione flessibile, non è la suprema manifestazione di volontà illimitata e incontrollabile e perché non è la pura ed esclusiva creatrice di diritto.

La supremazia della legge è contraddetta dal pari valore di tutte le manifestazioni di volontà dello Stato⁶⁷. Tutti gli atti giuridici sono eguali in quanto

⁶² Per tutti G. VOLPE, *Storia costituzionale degli italiani. II*, cit., 109; L. PALADIN, *Fascismo*, in ID., *Saggi di storia costituzionale*, a cura di S. Bartole, Il Mulino, Bologna, 2008, 39.

⁶³ L'abrogazione interveniva dopo che la dottrina aveva già argomentato l'esistenza di una consuetudine in deroga allo Statuto o, ancora più radicalmente, la necessità come fonte del diritto....

⁶⁴ Nella dottrina pre-repubblicana, per tutti, G. ZANOBINI, *Gerarchia e parità tra le fonti*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1955, 308 ss. fonda sulla unitarietà e quindi superiorità della volontà dello Stato la 'forza' di legge di disporre di sé a favore della legge materiale, che è inferiore poiché forma di autonomia.

⁶⁵ R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica*, cit., 45.

⁶⁶ C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, 1964.

⁶⁷ Riprende la critica di Laband (e in parte di Jellinek) all'idea di una *Rangordnung* degli atti statuali. Seppure Esposito, nel suo rigore logico, non indulga mai in argomenti ideologici, pare verosimile una certa contiguità tra la critica espositiana alla supremazia della legge e l'antiparlamentarismo tipico della dottrina dello Stato tedesca e coerente con la struttura dualistica del *Reich* guglielmino, come ha

tutti egualmente limitabili e quindi sindacabili. I limiti posti dal e nel diritto sono diversi, per intensità, per ciascun atto, ma tutti gli atti sono limitabili. Il che non significa, però, che la supremazia della legge sia contraddetta da quella della Costituzione, perché tra le due vi è, piuttosto, una relazione di competenza: questa è eccezionale e regola una materia e un oggetto diversi da quella, quindi non può concorrere con essa e non può graduarsi gerarchicamente rispetto ad essa. Anzi, anche la Costituzione-legge è limitabile: dipenderà dai singoli ordinamenti se è limitata⁶⁸. La pensabilità di limiti passa, piuttosto, dalla critica alla forza di legge come forza dell'organo. All'«atto legislativo formale» è attribuita «una particolare forza e una particolare efficacia. In virtù della prima la legge può essere mutata o abrogata solo con altra legge, in virtù della seconda essa regola, deroga e abroga ogni altra e diversa manifestazione di volontà dello Stato o dei singoli»⁶⁹. La forza di legge implica che la legge resiste a ogni altra manifestazione della volontà dello Stato; l'efficacia impone la legge a tutti gli altri atti giuridici, amministrativi e giurisdizionali che alla prima devono essere conformi. Quella supremazia deriverebbe dalla diversa graduazione di intensità del volere dello Stato, che si manifesterebbe con la massima intensità negli atti legislativi e, ove il contenuto di due disposizioni sia dal punto di vista qualitativo della stessa specie, la legge rappresenterebbe «il gradino più elevato»⁷⁰. Ma per Esposito non è argomentabile il diverso valore degli atti statuali sulla base della diversità del soggetto. Contro la dottrina rivoluzionaria francese che deriva la forma rappresentativa della legge dalla forma rappresentativa dell'Assemblea, la posizione dell'organo non può decidere il «valore» dell'atto, poiché un organo può essere supremo perché gli è affidata la funzione legislativa e non viceversa e perché dal medesimo organo possono provenire atti di valore e di natura giuridica diversi. Né è utile sostenere, come sostiene quella dottrina, che, ove leggi ordinarie e costituzionali provengano dallo stesso organo, le leggi ordinarie, «provenendo dalla stessa fonte, abbiano forza per derogarvi e per contraddirvi»⁷¹. L'argomento, se portato alle sue logiche conseguenze, porterebbe a dire che, poiché tutti gli atti dello Stato si riportano alla

rilevato P. RIDOLA, *Carlo Esposito*, in ID., *Esperienza Costituzioni Storia. Pagine di storia costituzionale*, Jovene, Napoli, 2019, 271 ss., sulla scia di E.W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und Gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtliche Positivismus*, Duncker & Humblot, Berlin, 1958, 231 ss.

⁶⁸ C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., 53.

⁶⁹ *Ivi*, 57-8, ove è evidente che con 'forza' intende la sola forza passiva e con 'efficacia' la forza attiva. La distinzione tra forza e efficacia in questi medesimi termini torna in E. SPAGNA MUSSO, *Costituzione rigida e fonti atipiche*, Morano, Napoli, 1966, 17-18, nota 9.

⁷⁰ *Ivi*, 59. L'obiettivo polemico è, con evidenza, la dottrina malberghiana, ma anche i suoi seguaci tedeschi come A. HÄNEL, *Das Gesetz in formellen und materiellen Sinne*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968.

⁷¹ C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., 61.

medesima fonte, lo Stato, e poiché la creazione attraverso organi diversi determina solo diversi procedimenti di formazione, tutti gli atti dello Stato hanno il medesimo «valore» e ciascuno può contraddire ed eliminare la volontà degli altri⁷². In ogni caso, anche ammesso che la volontà giuridica, a differenza di quella psicologica, sia graduabile⁷³, fondare «la forza e l'efficacia della legge» – e questo è il passaggio decisivo – «sulla speciale intensità del volere» non spiega perché la legge posteriore abroghi quella anteriore in contrasto. Le due leggi hanno la medesima forza, quindi l'abrogazione non può essere il risultato di volontà più forti e volontà meno forti: se si confrontassero le forze, dovrebbe concludersi che le due volontà incompatibili, quella anteriore e quella posteriore, proprio perché atti di pari forza ma opposti, si annullano⁷⁴. Né si vede come si possa sostenere che l'intensità del volere statale cresca col tempo: a tutto concedere, se l'intensità fosse collegata, approssimativamente, alla legittimazione dell'organo legislativo, diminuirebbe, quindi non vi sarebbe motivo a che la legge più antica ceda a quella più recente. E, comunque, ciò negherebbe che la legge, come atto tipico, sia la più intensa manifestazione della volontà dello Stato.

La soluzione, nota, è che la legge anteriore contiene «un termine o (...) una condizione risolutiva implicita con effetto ex nunc della sua efficacia e validità» all'emanazione della legge successiva incompatibile, salva l'espressa rimozione di tale clausola o la condizionalità della sua rimozione⁷⁵. È la legge anteriore che non frappone ostacoli alla validità e alla vigenza della legge futura, del «diritto a venire»⁷⁶, ma la può vincolare, subordinando a determinate condizioni la propria abrogabilità e, quindi, a rovescio, integrando le condizioni di validità della legge successiva. Se fosse la legge posteriore a prevalere sulla anteriore, si negherebbe la pari forza ed efficacia dei 'singoli' atti rientranti nel tipo. La legge futura, che viola quei limiti, invece, manca della «forza di legge» «non perché la legge anteriore prevalga su quella posteriore, [...], ma perché la legge anteriore è atto valido e quella posteriore, poiché è contraria al diritto da cui è regolata, è invalida e perciò non produce effetti [...] La legge posteriore non

⁷² *Ivi*, 60-1.

⁷³ E Esposito riteneva che non lo fosse, con argomenti analoghi a G. JELLINEK, *Legge e decreto. Ricerche di diritto pubblico su base storica e comparata*, a cura di C. Forte, Giuffrè, Milano, 1997, 194-5.

⁷⁴ C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., 63.

⁷⁵ *Ivi*, 55. E' esattamente il rovescio A. MERKL, *L'immodificabilità delle leggi*, cit., 140, ove la regola è l'immodificabilità, salvo il caso in cui il legislatore fissi, con una positiva *Derogationsnorm*, il termine finale della validità della legge o la regola del suo mutamento, su cui valgono ancora le critiche di F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. I. Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1970, 36-8, nota 73.

⁷⁶ Secondo l'evocativa espressione che C. ESPOSITO userà in *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in ID. (a cura di), *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, 265.

ha effetto perché è nulla e giuridicamente inesistente e non perché abbia forza minore che quella anteriore»⁷⁷.

Non interessa se la teoria espositiana sia o meno immune da vizi dommatici e logici ed, in particolare, su cosa fonda la presunzione di una clausola risolutiva implicita nel silenzio della legge e se, in ogni caso, la tesi della rimovibilità della clausola risolutiva implicita implichi, a rovescio, e come spieghi la prevalenza della volontà anteriore, contraddicendo così il principio della parità degli atti⁷⁸ o se presupponga, comunque, l'esauribilità o l'eccezionalità della funzione legislativa⁷⁹.

Interessa per ora che la forza di legge presuppone la validità della legge. Fonda la pensabilità della legge illegittima, del diritto invalido: la legge può essere abrogata, ma non può essere violata prima di essere abrogata, prima della sua ultima applicazione. E' in qualche modo assimilabile all'idea kelseniana del diritto che deriva dal diritto, ma qui la legge precedente condiziona la validità della legge successiva semplicemente perché è precedente e in quanto tale stabilisce la regola della propria abrogazione o modificazione e non perché costituisce la legge. La «forza» di un atto normativo non è una questione di «resistenza» o «durezza» maggiore nei confronti delle disposizioni prodotte da altra specie di atti, non è una «qualità o attitudine di alcuni atti di produrre disposizioni in grado di privare di vigore le disposizioni prodotte da atti normativi di qualsiasi diversa specie», ma dipende dalla «normatività» delle disposizioni prodotte da un atto, vale a dire dalla circostanza che, secondo le disposizioni sulle fonti, è «più estesa» l'attività normativa legittimamente esercitabile attraverso gli atti di una specie che non quella esercitabile attraverso atti di altre specie⁸⁰. La forza di un atto dipende dalle condizioni di validità della sua produzione e della sua modifica poste dal diritto legislativo vigente, quindi preesistente⁸¹.

⁷⁷ C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., 69 e più avanti 75.

⁷⁸ Potrebbe replicarsi, con F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II. Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1970, 15, nota 18, che l'idea della condizione risolutiva implicita regge se si considera che la parità degli atti di Esposito non riguarda gli atti individuali rientranti nel medesimo tipo o specie, ma i differenti tipi o specie tra loro, quindi, non è contraddetta dalla prevalenza del 'singolo' atto anteriore.

⁷⁹ Potrebbe sostenersi che la teoria che fonda l'abrogazione sulla clausola risolutiva implicita può essere seguita anche dove vi è un potere legislativo costituito come competenza permanente, a patto che non si riferisca alla legge che costituisce il legislatore e la legge, che, in quanto fondamento del potere, è logicamente superiore – anche se di pari grado – alla legge costituita. Resterebbe, però, valida per la legge precedente che disciplina le modalità di esercizio del potere e che non fonda il potere.

⁸⁰ C. ESPOSITO, *Consuetudine (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 1962, 468.

⁸¹ C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., 124 ss., lo dice chiaramente a proposito del principio della preferenza della legge: «empiricamente, [...] l'atto legislativo proveniente dagli organi legislativi è dotato di forza maggiore dei regolamenti, sicché esso può derogarli, mentre invece quelli non possono né derogare, né abrogare le leggi; giuridicamente [...] sotto la apparente prevalenza delle leggi

Interessa che, anche a voler ritenere – come Esposito ritiene – lo Statuto albertino una Costituzione flessibile per la mancanza di una clausola espressa che rimuova la condizione risolutiva implicita, la forza di legge non è illimitatezza e supremazia intesa come assenza di vincoli: anche se la legge fosse suprema, anche se mancassero atti superiori, ciò non ne escluderebbe la limitabilità. La legge può, infatti, condizionare la propria validità: più esattamente, la legge anteriore, che viene cronologicamente prima, regola la vigenza e la validità della legge futura. Quindi, la legge può disporre della forza di legge⁸². La legge è limitabile per forma, perché senza quella forma non sarebbe legge e per materia. La legge costituisce sempre «attuazione, applicazione e messa in esecuzione delle disposizioni sulla formazione, sulla forza, sull'efficacia, sulla durata e sul contenuto degli atti legislativi; [...] essa, e l'attività diretta a crearla, sono perciò anche esecuzione ed attuazione del diritto preesistente; e che sarebbe inesatto, dato questo carattere della legge, affermare che essa creando diritto non possa soggiacere ad alcun limite giuridico»⁸³. Allo stesso modo, la legge può abrogare un regolamento o eliminare l'efficacia di un atto amministrativo e giurisdizionale non perché sia più forte, ma perché la legge è la condizione cui è subordinata la cessazione della loro validità: la validità di quegli atti è condizionata da una legge contraria proprio come è condizionata la validità delle leggi⁸⁴. Così un regolamento (delegato) può abrogare una legge ove il regolamento sia la condizione da cui dipende la cessazione di validità della legge⁸⁵. Non si comparano le forze (della Costituzione, della legge, del regolamento, etc.): se le manifestazioni di volontà dello Stato si contraddicono, non prevale quella più forte, ma quella valida, che significa che è nulla e invalida, e perciò priva della forza propria degli atti validi appartenenti a quella categoria, quella che viola le condizioni prestabilite della propria validità.

A cascata, la forza di legge non è lo 'schermo', la protezione, dal controllo giurisdizionale. Al contrario, anche in assenza dell'esplicita previsione nello

sta più semplicemente il fatto che la legge in genere non condiziona la propria permanenza alla non emissione di un regolamento contrario, mentre la validità del regolamento è in genere subordinata e condizionata (*legalmente*) alla inesistenza o non emissione di legge contraria». E', però, vero che così resta teoricamente inspiegato perché sia la legge a imporre condizioni ai regolamenti.

⁸² Tra le molte conseguenze, come noto, Esposito ne trae che l'indicazione generica nella Costituzione della procedura legislativa non implica in maniera assoluta l'invalidità di una disposizione, contenuta in una legge semplice, che stabilisca speciali forme per il proprio mutamento e di una legge che rinforzi o indebolisca la propria validità. Da qui, ancora, l'ammissibilità della legge di delegazione (anche in una Costituzione rigida ove la delega non sia stata espressamente prevista: *ivi*, 71, nota 37) e il rapporto di condizionalità tra legge delega e decreto delegato che, in caso di difformità, non acquista forza di legge, perché sarebbe assurdo «ritenere che il decreto legislativo abbia forza per contraddire alla legge da cui trae la sua forza» (*ivi*, 135-6).

⁸³ *Ivi*, 111.

⁸⁴ *Ivi*, 72.

⁸⁵ *Ivi*, 75.

Statuto del sindacato diffuso di costituzionalità, la forza di legge ha bisogno dell'accertamento da parte del giudice dell'invalidità, «della possibilità di negare valore di legge»⁸⁶. Se il giudice applicasse una legge invalida, avrebbe «forza e potere» non già inferiore alla legge, come deve avere chi deve obbedirvi, ma superiore, tanto da rendere valida una legge che non ha vigore, che non è legge, avrebbe «un potere costitutivo»⁸⁷. L'argomento presuppone – contro la dottrina pura del diritto – che la legge contraria alla Costituzione sia legge invalida e, in un ordinamento che non dissocia validità ed efficacia, priva di forza di legge⁸⁸. La forza di legge è la sua validità: più precisamente l'esistenza e la validità dell'atto sono presupposti della sua efficacia, della «forza di atto riconosciuto dal diritto», perché è assurdo affermare che il diritto riconosca, attribuisca «vita e forza giuridica, ad un atto contrario a sé»⁸⁹. La dottrina di Esposito, insomma, concepisce e giustifica il diritto invalido.

Alla medesima considerazione conduce il secondo argomento. Gli atti giuridici sono tutti creatori di diritto, quale più quale meno e, quindi, sono giuridicamente pari⁹⁰. È la necessaria conseguenza della confusione in ciascun atto giuridico delle tre funzioni, legislativa, amministrativa e giurisdizionale, seppure diversamente mescolate: ogni atto è volontà, azione e giudizio; la prevalenza dell'una o dell'altro determina il trattamento giuridico dell'atto⁹¹. Non è vero né che solo la legge crei diritto né che ogni atto materialmente limitato dalla legge non crei diritto: la concezione materiale della legge è infondata. Né è vero che la legge crei solo diritto: la legge può porre diritto nuovo ma esegue e applica sempre il diritto preesistente, in quanto la vita della legge è regolata dal diritto preesistente, dalle norme sulla sua produzione. Non è mai pura creazione di diritto. Diversamente non sarebbe pensabile la legge illegittima. Non può non derivarne la critica al concetto di «potere costituente anteriore ad ogni potere costituito che con la sua forza imporrebbe la Costituzione, senza cedere o concedere niente del suo potere alla organizzazione che viene creata»⁹². Non può che concludersi che la legge, inclusa la Costituzione che è una specie di legge, è limitabile, per forma e per contenuto, tanto che non ha alcun senso la

⁸⁶ Non prova nulla della validità teorica della tesi espositiana la circostanza storica che nell'ordinamento statutario il sindacato (almeno) sostanziale sulla legge non sia stato esercitato: non prova nulla perché è un fatto, un accadimento. In ogni caso, quel fatto può spiegarsi non solo e non tanto per l'assenza di una previsione statutaria ma per l'assenza di indipendenza dei giudici 'istituiti' dal Re, da cui emana la Giustizia e nel cui nome è amministrata, secondo la lettera dell'art. 68 dello Statuto: così, recuperando il giudizio di Arangio Ruiz, A. PACE, *Superiorità della Costituzione e sindacato delle leggi*, in *Giur. cost.*, 2014, n. 6, 4812, nota 12.

⁸⁷ *Ivi*, 23.

⁸⁸ *Ivi*, 22, nota 49.

⁸⁹ *Ivi*, 252-3.

⁹⁰ *Ivi*, 77 ss. e spec. nota 45.

⁹¹ *Ivi*, 108 ss.

⁹² *Ivi*, 198.

distinzione, tratta dalla dottrina tedesca prussiana, tra leggi formali e materiali, perché tutte, e non solo le prime, sono limitate e perché tutti gli atti statuali validi creano materialmente diritto⁹³.

La dottrina di Esposito contiene in sé tutte le ambiguità del concetto di «forza di legge» nell'ordinamento statutario, poco importa a questo punto se a Costituzione rigida o flessibile. Se una legge – costituzionale o meno – può sempre vincolare una legge, se può porne le condizioni di validità, se può essere norma vincolante sulla produzione, allora la legge può disporre della forza di legge, che è efficacia e validità, perché il potere di vincolare implica anche quello di sciogliere. Il che è la definizione più elementare di libertà e, dal lato del potere, di sovranità. Così guardata, la legge che si auto-lega e si auto-fonda, come Ulisse che si lega all'albero maestro, non è limite, bensì espressione di libertà: è atto sovrano⁹⁴.

Al tempo stesso, però, se una legge può limitare, almeno, una legge futura, significa che già qui la forza di legge non è illimitabilità, ma, al contrario, è tutt'uno con la limitabilità formale e materiale e, dunque, con la validità di legge, senza la quale non si dà 'forza'. «L'autolimitazione di un legislativo sovrano è una *contradictio in adiecto*»⁹⁵. In una, la 'forza di legge' è, per mutuare una tipica espressione espositiana, il punto di incidenza tra fatto e diritto, tra efficacia e validità⁹⁶.

4. La forza di legge nella Costituzione: l'in-decisione

Nel diritto positivo il secondo passaggio è la scrittura della «forza di legge» nella Costituzione vigente. Il senso di quella scrittura è complicato ed esige una certa gerarchizzazione dei livelli del discorso. L'idea di fondo è che tra forza di legge e Costituzione non vi sia opposizione dualistica e che la forza sia pensabile al plurale.

⁹³ La conclusione torna in C. ESPOSITO, *Legge*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VII, Utet, Torino, 1938, spec. 720.

⁹⁴ E lo è nel senso specifico del 'sovrano' in T. HOBBS, *Leviatano*, cap. XXVI, 6, a cura di R. Santi, Bompiani, Milano, 2001, 433, perché «è libero chi può essere libero quando vuole e non è possibile per una persona essere vincolata a se stessa, perché chi può legare può sciogliere e quindi chi è vincolato solo a se stesso non è vincolato».

⁹⁵ A. MERKL, *L'immodificabilità delle leggi*, cit., 133.

⁹⁶ In Esposito il rapporto tra efficacia e validità si complica (e muta rispetto al rapporto adombrato nella monografia del 1934) nella nota voce *Consuetudine (diritto costituzionale)*, cit., ove l'efficacia non presuppone più la validità, ma la prima è, semplificando, condizione della seconda: la consuetudine di obbedienza e di esecuzione di un fatto normativo è, infatti, la prova della sua vigenza e della invalidità delle regole sulla produzione del diritto contraddette; viceversa, le consuetudini confermatrice confermano la vigenza delle regole sulla produzione. Qui Esposito ha toni hartiani (o viceversa, visto che le opere sono coeve), come rilevato S. PAJNO, *Giudizi morali e pluralismo nell'interpretazione costituzionale. Un percorso tra Hart e Dworkin*, Giappichelli, 2013, Torino, 145. M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, in ID., *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Il Mulino, Bologna, 2015, 106-8, invece, accosta Esposito alla consuetudine di riconoscimento di MacCormick.

Ad una lettura di primo livello del *geno*-testo, deve registrarsi che il sintagma «forza di legge» è tornato, come ai tempi del diritto rivoluzionario francese, diritto costituzionale positivo: compare negli artt. 77, comma 2, 134, comma 1 e 136, comma 1, della Costituzione. La forza *di* legge attiene alla dogmatica e non alla teoria generale⁹⁷. Quindi, impone la ricerca di un senso del sintagma negli enunciati costituzionali.

Se si attinge al *geno*-testo, si registra che la forza di legge è posta *da* e *in* un testo costituzionale che è una deliberazione legislativa di un'Assemblea (costituente) rappresentativa del popolo.

È punto controverso della teoria costituzionale se la Costituzione si risolve nel documento, nella scrittura, ma, almeno dopo le rivoluzioni borghesi del Settecento, non è controvertibile il fatto che la Costituzione sia almeno (se non solo) deliberazione scritta di una Assemblea rappresentativa del popolo/nazione. La «registrazione scritta del diritto» è necessaria proprio «lì dove, in seguito ad un mutamento repentino dei rapporti di forza, non si è in presenza di una tradizione sicura e viene messa in dubbio l'articolazione del potere propugnata dal legislatore»⁹⁸. L'atto rivoluzionario consiste, cioè, specificamente nel 'fare' una Costituzione. E la si fa, la si produce, nella forma di una deliberazione dei rappresentanti del popolo, che costituisce, consapevolmente e intenzionalmente, ciò che prima non c'era⁹⁹, un nuovo ordine giuridico, un 'cominciamento'. E' *deliberazione* perché non riguarda «il passato o l'impossibile»: in senso letterale, infatti, «si chiama *deliberazione* in quanto è un fissare uno scopo alla *libertà* di fare o di non fare che avevamo sulla base del nostro appetito o della nostra avversione»¹⁰⁰. E' *la* prima legge parlamentare. A catena, non può che dare forma al nuovo potere ponendo sé stessa, la propria forma, come figura, modello: quale esercizio del potere costituente del popolo costituisce in senso materiale la legge, il potere ordinario e permanente di fare leggi, sempre come deliberazione dell'assemblea rappresentativa del popolo. La Costituzione, dunque, si riflette nella legge e questa, poichè è costituita da quella, non può che somigliarle¹⁰¹.

⁹⁷ Nella dottrina costituzionalistica è diffusa la riscrittura della forza *di* legge in forza *della* legge. Il diritto costituzionale, però, autorizza la domanda, relativa, sulla prima, ma non già quella, assoluta, sulla seconda, che interessa più propriamente la teoria generale del diritto.

⁹⁸ H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, Esi, Napoli, 1988, 415.

⁹⁹ Su questo specifico lascito 'costituzionale' delle Rivoluzioni francese e americana, v. P. COMANDUCCI, *Ordine o norma? Su alcuni concetti di costituzione nel settecento*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, I, Milano, 1990, 173 ss.

¹⁰⁰ T. HOBBS, *Leviatano*, cap. VI, 50, cit., 99-101.

¹⁰¹ E' argomento antico, aristotelico-scolastico, e veicolato nel diritto comune pubblico da Dante: «in ogni azione, sia che agisca per necessità della natura sia volontariamente, l'agente mira a realizzare qualcosa di simile a sè»: *De Monarchia*, I XII 12-xiii 1, in D. ALIGHIERI, *Opere*, vol. II, Mondadori, Milano, 2014, 1017.

La Costituzione vigente costituisce il legislatore e la legge nello stesso modo: secondo la «regola costitutiva»¹⁰² dell'art. 70, la legge, come la Costituzione che la costituisce, è deliberazione di una Assemblea che rappresenta il popolo sovrano.

In questo senso può dirsi che la Costituzione rinsalda il fondamento rappresentativo della legge parlamentare: Costituzione e legge partecipano della medesima forma, che deriva dall'identità dei soggetti deliberanti o, per lo meno, dalla loro natura rappresentativa del popolo¹⁰³. Ciò che le accomuna è, infatti, la derivazione da un'assemblea rappresentativa del popolo, fondativa e, quindi, necessariamente costitutiva¹⁰⁴. Il 'grado' legislativo, così inteso, è unico: e tra legge costituzionale e legge ordinario il 'grado' è unico perché in fondo il legislatore è il medesimo. Tra Costituzione e legge vi è una differenza di intensità, di quantità¹⁰⁵, nel senso che la legge partecipa un po' della 'genealogia', alla lettera del valore dell'origine, e la Costituzione partecipa del potere che costituisce. E ciò a tal punto che la stessa Costituzione deliberata potrebbe considerarsi espressione della vera onnipotenza del Parlamento. Prendiamo a prestito la distinzione che Hart ricava dall'ambiguo concetto di onnipotenza giuridica. La si può intendere come onnipotenza «permanente» o come onnipotenza illimitata «riguardante se stesso»: in forza della prima, il Parlamento gode in ogni momento della sua esistenza degli stessi poteri illimitati, non può precludere ai parlamenti successivi di abrogare la legislazione precedente e così è incapace di privarsi di questi, ma perciò stesso non è onnipotente perché si preclude il potere di autolimitazione; nel secondo senso, il Parlamento ha la capacità, almeno una volta nella sua storia, di limitare irrevocabilmente la competenza legislativa dei suoi successori, ha il potere di autolimitazione che può essere esercitato soltanto una volta, ma questa è davvero onnipotenza, perché

¹⁰² Nel significato specifico dell'ontologia sociale di Searle ripresa da O. CHESSA, *Concetto e tipologie di norma giuridica*, in *Diritto costituzionale*, 2019, n. 1, 52.

¹⁰³ Delinea una genealogia 'unitaria' del valore di legge, che includerebbe, oltre alle leggi ordinarie dello stato e leggi regionali, le leggi costituzionali. F. MODUGNO, *Legge – Ordinamento giuridico. Pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1985, 23-7: ciò che le unisce sarebbe la «medesimezza» della «forma» di legge, ovvero l'identità dei soggetti deliberanti o, per lo meno, la loro natura «rappresentativa», che ne giustifica lo stesso regime tipico, lo stesso 'valore'. Ma qui quell'unitarietà non arriva ad includere la Costituzione. Se la legge ordinaria rappresenta il necessario sviluppo del valore costituzionale, come svolgimento dialettico, ovvero mediato attraverso una necessaria negazione, il valore di legge non potrà che essere, prima e indipendentemente dal giudizio costituzionale, precisamente l'opposto del valore costituzionale, ossia l'oggetto del giudizio, ciò che propriamente si oppone al parametro: ID., *L'invalidità della legge. II.*, cit., 20-39.

¹⁰⁴ Per l'articolata argomentazione di questo passaggio v. P. PINNA, *Il popolo rappresentato*, Giappichelli, Torino, 2018, 61 ss. e spec. 152-4.

¹⁰⁵ Seppure discorra di «differenze di grado» subito dopo aggiunge che tra l'una e l'altra vi è, nel contenuto e nella sua interpretazione, differenze «di *quantum*, epperò non differenze di *qualitas*» M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in AA. VV., *Interpretazione costituzionale*, a cura di G. Azzariti, Giappichelli, Torino, 2007, 46.

i suoi poteri comprendono quello di distruggere per il futuro la propria onnipotenza e, quindi, una sfera più ampia di competenza legislativa¹⁰⁶.

Il che non significa non cogliere lo scarto tra sovranità del popolo e principio rappresentativo. Ma lo scarto riguarda entrambe, considerato che anche la Costituzione scritta non è la decisione immediata, istantanea, del popolo presente che acclama, ma una deliberazione piena di mediazioni rappresentative. In questo preciso senso la dottrina del potere costituente del popolo non fonda, giustifica, la superiorità della Costituzione deliberata rispetto alla legge, perché il potere costituente è esso stesso rappresentativo e, quindi, non è qualitativamente diverso dal potere legislativo permanente. La medesima forma del legislatore costituente e di quello costituito potrebbe allora assolutizzare, come nel diritto rivoluzionario, la forza di legge quale qualità del potere e non dell'atto, con la conseguente insindacabilità del Legislatore.

Così, però, non è stato. L'analogia con la rivoluzionaria *force de loi*, almeno per ora, si ferma qui.

La Costituzione vigente è legge superiore, indisponibile da parte della forma legislativa, per almeno due ragioni: è legge, strutturalmente e logicamente, anteriore che contiene la regola di produzione della legge ed è legge rigida, perché scritta e/o perché prescrive la regola – e la giustiziabilità – della forma della legge costituzionale per la propria modifica e questa regola è «generale limite alla forza delle leggi future»¹⁰⁷. Ancora, la Costituzione-legge dispone della forza di legge in molti modi: differenzia e pluralizza le leggi per sfere di competenza, attribuisce quella forza, pre-supponendola, ad atti che non hanno forma legislativa e, quindi, istituisce fonti concorrenti in deroga all'art. 70, dispone riserve di (o rinvii alla) legge e, coerentemente, sottrae ambiti materiali alla legge, con la conseguente inderogabilità dell'ordine costituzionale delle competenze con legge¹⁰⁸. Il che non implica necessariamente che

¹⁰⁶ H. L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002, 175.

¹⁰⁷ L'ultimo argomento è ormai da tempo quello prevalso: e ciò persino in C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, loc. ult. cit., rispetto all'originario argomento articolato ne *La validità delle leggi*. Resta, però, che, benché superiorità e rigidità siano legate, concettualmente non si identificano: la prima fonda la seconda, ma non ne deriva né si esaurisce in essa; la seconda non giustifica la prima – la Costituzione non è superiore perché rigida, ovvero immutabile con la forma legislativa, ma è rigida perché è superiore – ma ne deriva, pur non esaurendola. Sulla distinzione tra superiorità e rigidità (ovvero supremazia gerarchica sulla legge ordinaria) della Costituzione e, quindi, tra rigidità e giustizia costituzionale, contro la comune credenza derivante dalla dottrina costituzionale nordamericana, ancora P. PINNA, *La Costituzione e la giustizia costituzionale*, cit., 13 ss.

¹⁰⁸ Il che non significa di per sé che non sia integrabile, nei limiti di compatibilità con l'ordine costituzionale e con la riserva regolamentare per il procedimento di formazione della legge, da leggi ordinarie, ovvero che la legge non possa essere norma sulla produzione, ove si ammetta l'idea di legge illegittima. Può pure parlarsi di auto-vincolo del legislatore, a patto però di riferirsi non già ad una legge che ponga le condizioni della 'propria' validità, perché non è possibile – con Hobbes – essere vincolati a sé stessi, ma alle limitazioni della legge rispetto ad altra legge che viene dopo.

la Costituzione indebolisca la forza di legge. Anzi, è sensato che proprio quella inderogabilità contenga in sé la conversione del limite in garanzia della forza di legge¹⁰⁹. Replicando l'auto-paternalismo dell'essere costretti per essere liberi, la fondazione costituzionale della forza di legge significa la sua irrinunciabilità: è la dottrina del vincolo costituzionale come vincolo democratico per garantire il potere a tutte le maggioranze future, il cui paradigma è il divieto di schiavitù volontaria di Mill¹¹⁰. Così ecco che «le rigidità possono creare flessibilità»¹¹¹. La Costituzione limita la forza di legge per proteggerla rispetto alle generazioni future: il vincolo costituzionale impedisce di essere liberi di non essere liberi, limitando la volontà per preservare la possibilità di continuare a volere liberamente. Ma è fuori discussione che la forza di legge, così ri-fondata, si slega dal potere 'iniziale', originario, rappresentativo, per essere trasmessa e conferita anche ad atti del potere esecutivo, che è tale proprio perché non rappresentativo. A conferma, la forza di legge non è più l'ostacolo al sindacato giurisdizionale, ma tutto al contrario è il presupposto, negli artt. 134 e 136¹¹², del sindacato di validità costituzionale, sia esso custodia politica della superiorità o, più precisamente, della sola rigidità costituzionale o pura giurisdizione che accerta il diritto legislativo invalido¹¹³.

Dunque, la legge non è fonte suprema, né strutturalmente, perché è costituita dalla Costituzione, perciò logicamente sovra-ordinata, né materialmente, perché è limitata dalla forma di legge costituzionale e, quindi, è condizionata dalla Costituzione, che non può contraddire a pena di invalidità: insomma, non è suprema perché, per forma e per materia, può essere invalida. Ha forza, perché gliela attribuisce la Costituzione, ma la sua forza non è sovrana, in-dipendente.

Potrebbe allora tornarsi all'inizio e sostenersi che, così, è messo in questione il presupposto concettuale della forza di legge: la sua monolicità, la sua unicità,

¹⁰⁹ L'ambivalente significato della sottrazione alla legge della propria forza, del potere di disporre di sé, è già tutta in V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Giuffrè, Milano, 1968, 955 ss.: è la Costituzione che «salva» la legge dalla espansione «devastante» della competenza e che conserva così alla legge una superiorità. La costituzione, disponendo della forza di legge, la limita (con la competenza); ma la salva altresì (vietando alla legge di disporre della propria forza). La salva, come scrive S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, 1973, v. XXIII, 669, nota 59, dalla «auto-distruzione». A rovescio, la capacità della legge di «rinnegare sé stessa a favore della fonte regolamentare» è «radicalizzazione» della supremazia di legge per E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1967, 83 ss.

¹¹⁰ S. HOLMES, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, cit., 206.

¹¹¹ Si ri-converte al diritto costituzionale interno l'espressione adoperata per il diritto costituzionale americano da S. HOLMES, *op. cit.*, 197.

¹¹² E, a seguire, negli artt. 23 e 27-30, l. n. 87 del 1953.

¹¹³ E' l'esatto contrario di G. JELLINEK, *op. cit.*, 211, che attribuiva la «stessa forza formale di legge perfino alle leggi incostituzionali, quelle approvate cioè senza l'osservanza delle forme per la modifica della costituzione», seppure solo laddove «risulti escluso un diritto giudiziale di verifica della costituzionalità interna delle leggi».

la sua linearità. La forza ha senso se è una, se è certa, «*irréprochable*»¹¹⁴, ma qui, a tutto concedere, si sdoppia in forze differenti, ove a quella legislativa si sovrappone quella costituzionale. Quindi, la ‘forza di legge’ non dice più nulla al diritto costituzionale. Ma questa conclusione è teoricamente e dogmaticamente controvertibile.

Solo una male interpretata filosofia della volontà, come unità e identità del volere, pensa la ‘forza’ al singolare. Tutto al contrario, se si rivaluta la declinazione pluralista della filosofia della volontà, «l’essere della forza è plurale». Più precisamente «solo la forza ha, per essenza, la possibilità di entrare in rapporto con un’altra forza», perché la forza, che è volontà, implica sempre un’altra volontà, cui comandare e cui obbedire¹¹⁵. E «in una pluralità di forze, queste sono reciprocamente attive e passive a distanza, in quanto la *distanza* è l’elemento differenziale di ogni forza, in virtù del quale essa entra in rapporto con le altre»¹¹⁶. Chè non significa negazione dialettica di una forza o di un’altra. Una forza, che entra in relazione con un’altra forza, che sia la forza che le ubbidisce o, viceversa, che comanda, non nega ciò che non è ma «afferma la propria differenza e ne gode»¹¹⁷. All’opposto, solo se la forza, la volontà, è unica, si nega come volontà. Nel rapporto tra forze, «l’origine è la differenza nell’origine, la differenza nell’origine è la *gerarchia*», ossia la relazione tra forza dominante e dominata, che implica che «la gerarchia è il fatto originario, l’identità di differenza e origine»¹¹⁸. Ma, così detta, la gerarchia è differenza di forze, quindi, non è sottomissione: il problema della gerarchia è «precisamente il problema degli «spiriti liberi»»¹¹⁹. Abituata all’idea che la forza di legge non esclude la pensabilità di una forza della Costituzione e viceversa, ma che l’una implica l’altra, che predicare la, meglio *una*, forza della Costituzione non la ascrive ad un potere obbligante ed escludente, perché solo la forza, in quanto dominio, è capacità di relazione con l’oggetto dominato e che nella gerarchia, nel rapporto tra forze, in fondo, si è liberi¹²⁰.

¹¹⁴ Si mutua l’espressione da C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in AA. VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Laterza, Roma-Bari, 1979, 154.

¹¹⁵ Secondo la nota interpretazione della filosofia critica di Nietzsche di G. DELEUZE, *Nietzsche e la filosofia e altri testi*, Einaudi, Milano, 1992, 10-1.

¹¹⁶ *Ivi*, 10 e, più avanti, 61.

¹¹⁷ *Ivi*, 14.

¹¹⁸ *Ivi*, 12-3.

¹¹⁹ *Ivi*, 13 e ancora 90.

¹²⁰ L’argomento rimette in questione la nota tesi che la Costituzione ha ‘valore’, ma non ‘forza’, perché non è manifestazione di una parte, di una maggioranza, di una forza dominante insomma su una dominata, ma è l’accordo, l’unione, è la Costituzione bilanciata, senza relazioni di forza e tra forze: per tutti M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, Il Mulino, Bologna, 2004; ID. (a cura di), *Il valore della Costituzione. L’esperienza della democrazia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2014, pos. 489 ss.; ID., *Stato costituzionale in trasformazione*, cit. D’altronde, potrebbe aggiungersi che proprio la peculiare forma di esistenza del valore, il valere, implica sempre una tensione all’attuazione e perciò

Né la superiorità della Costituzione annichilisce la forza di legge nel diritto positivo.

Con un qualche schematismo, la supremazia della Costituzione, nella sua declinazione teoreticamente incontaminata, implica il sindacato diffuso di costituzionalità: a rigore, solo lì si ha il mono-fondamento di validità del sistema delle fonti di produzione giuridica e solo lì «al tradizionale concetto di forza di legge si sostituisce quello di forza – o meglio, superiorità – della Costituzione»¹²¹. L'assolutizzazione del principio gerarchico-gradualistico e con essa la compenetrazione tra Costituzione e ordine legale è tutt'uno con la disapplicazione della legge incostituzionale che è nulla e con l'emarginazione di un'autonoma forza di legge.

Nel sindacato accentrato la legge è sindacabile e, quindi, non è illimitata e onnipotente: la concezione monistica giacobina, tutta incentrata sulla sovranità del Parlamento rappresentativo, è lontana. Ma la forza/supremazia della Costituzione non sostituisce la forza di legge, la pienezza della legge: ne «relativizza» la forma e la forza tipiche¹²² e l'obbligatorietà, che è divisa. L'efficacia della legge si dissocia, infatti, dalla sua validità, almeno dalla sua validità costituzionale: può darsi una legge efficace, benché incostituzionale. Ciò vale anche ove è previsto l'accesso in via incidentale: pure lì, dinnanzi a un giudice che non può applicare né la legge invalida né la Costituzione, ma solo sospendere il giudizio, non prevale né l'una né l'altra. A dire che, di per sé, la Costituzione non manifesta l'in-fondatezza della legge, nel senso che non la priva di ogni fondamento e di una autonoma forza, che anzi presuppone. Guardato da questo punto di vista, il sindacato accentrato è «privilegio del legislatore»¹²³ che esclude l'applicabilità immediata della Costituzione e in qualche misura rinsalda o funziona da meccanismo di ricarica della 'forza' di legge. Non è detto che questo sia sufficiente per connotare il giudice costituzionale in senso maggioritario, come difesa della regola di maggioranza o, che è lo stesso, per escluderne la funzione contro-maggioritaria. Ma di certo significa che il fondamento monistico-gradualistico dell'ordinamento vacilla perché superiorità della Costituzione e forza di legge convivono o, meno irenicamente, si contendono il campo.

Nella Costituzione vigente la dissociazione tra efficacia e validità e, dunque,

reclama la posizione-imposizione, che è l'esatta negazione dell'idea di limite, che permea il concetto di Costituzione bilanciata. Ma qui non è possibile andare oltre nella dimostrazione. Seppure per ragioni diverse da quelle che qui si sostengono, discorre testualmente di «forza di legge costituzionale» M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, cit., 115-6.

¹²¹ C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, cit., 150.

¹²² G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. V. I. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1990, 63 e 65.

¹²³ C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del Costituente*, Giuffrè, Milano, 1979, 57, nota 59 e 67.

la «forza di legge» incostituzionale non derivano dall'art. 101: l'esclusiva soggezione del giudice alla legge include la soggezione alla Costituzione-legge e l'obbligatorietà dell'una e dell'altra; implica piuttosto l'applicazione del solo diritto valido. Derivano dall'art. 134, da cui si ricava la riserva del controllo di costituzionalità degli atti che sono legge o che hanno «forza di legge» alla Corte costituzionale e dall'art. 136, comma 1, da cui si trae il divieto per il giudice comune di disapplicare, prima del giorno successivo della pubblicazione della sentenza di accoglimento, la legge o l'atto che ne condivide la forza, per ciò stesso 'efficaci'¹²⁴. È dall'art. 134 e dall'art. 136 che si trae un in-deciso fondamento dell'ordine giuridico e la tensione tra ordine legale e ordine costituzionale. Più precisamente, proprio la resistenza della forza di legge, che la legge è 'forza' anche se costituzionalmente invalida, parrebbe concetto incoerente rispetto a quello di superiorità della Costituzione ed al mono-fondamento di validità del diritto¹²⁵. Ma le cose sono più complicate se si scava.

La cessazione di 'efficacia' della norma dichiarata incostituzionale, secondo la lettera dell'art. 136, comma 1, non significa a rigore cessazione della sua 'obbligatorietà', perché la superiorità o almeno l'obbligatorietà della Costituzione esclude l'obbligatorietà della legge incostituzionale, anche prima della sentenza di accoglimento¹²⁶. Una legge invalida è efficace, perché non può essere disapplicata dai giudici prima della dichiarazione di incostituzionalità, ma non ha forza costrittiva, in quanto non può mai essere di per sé fonte di obbligo, comando o responsabilità né per chi la applica né per chi la disapplica e, quindi, non deve essere né obbedita né disobbedita. Ciò, in pratica, significherebbe che non è efficace e non ha vigore¹²⁷. Ma questo non può essere, perché l'art.

¹²⁴ L'art. 134 (e l'art. 101) non prova(no), invece, che la legge semplicemente illegittima, e non incostituzionale, sia efficace benché invalida: al contrario, se si dimostra che la legge anteriore (anche non costituzionale) condiziona la vigenza e la validità della legge successiva, perché il diritto deriva dal diritto stabilito, che l'art. 134 accentra solo il sindacato di costituzionalità e che, quindi, ciò non esclude il controllo giurisdizionale comune di legittimità della legge, torna la conclusione di Esposito che la forza di legge è la sua validità, almeno ordinaria. Ai nostri fini, resta il problema dogmatico di distinguere la forza di legge a seconda che sia sindacabile dal giudice comune o da quello costituzionale, considerato che il testo non offre elementi per confermare la dottrina interpretativa di Esposito.

¹²⁵ C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale*, cit., *passim*.

¹²⁶ Questo l'argomento di A. PACE, *Superiorità della Costituzione*, cit., 4813-4, ma già almeno V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1967, 199; ID., *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, 527; L. PALADIN, *Cenni sul sistema delle responsabilità civili per l'applicazione di leggi incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1960, 1033; A. MASARACCHIA, *Non obbligatorietà della legge e connessi profili di responsabilità* in *Scritti in onore di A. Pace*, I, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, 743 ss.

¹²⁷ Come conclude P. PINNA, *La funzione giurisdizionale della giustizia costituzionale*, in *Diritto@storia*, 2015, n. 3, 7, che perviene a questa conclusione perché l'inutilizzabilità nelle controversie giudiziarie della disposizione dichiarata incostituzionale non deriva dalla perdita di efficacia disposta dalla Costituzione, dall'effetto propriamente abrogativo che riguarda il futuro, ma dalla 'dichiarazione' di incostituzionalità, che accerta definitivamente l'invalidità della legge, quindi, non innova ma dice quale è il diritto esistente e valido.

134 ne presuppone testualmente la «forza» e l'art. 136 l'«efficacia». L'obiezione è superabile perché, in linea teorica, non si può escludere che la legge, in quanto esistente e vigente, seppure non obbligatoria, sia esecutoria per il potere esecutivo e applicabile dai giudici¹²⁸ o che sia efficace solo perché può essere obbedita, eseguita o applicata¹²⁹. Potrebbe, però, più radicalmente obiettarsi che negare l'obbligatorietà della legge incostituzionale in ragione della superiorità della Costituzione è una petizione di principio, perché significa presupporre quella superiorità, che invece proprio la resistenza, nel testo costituzionale, della 'forza' di legge incostituzionale mette in discussione¹³⁰. L'obiezione è infondata. La superiorità della Costituzione non si trae – o non si trae soltanto – dalla previsione del controllo di costituzionalità delle leggi. Gli preesiste e si fonda sulla regola costitutiva di chi è legislatore e di cosa è legge e sulla previsione della forma di legge costituzionale. Al più il sindacato di costituzionalità conferma quella superiorità. Il che, a rovescio, significa che, se la Costituzione è superiore, la sua obbligatorietà non può convivere con l'obbligatorietà di una legge incostituzionale.

In ogni caso, anche a lasciare perdere l'argomento della superiorità della Costituzione, l'efficacia della legge incostituzionale si rivela 'debole' alla luce degli effetti delle sentenze di accoglimento. Se si ritiene che l'effetto detto, seppure impropriamente, retroattivo delle sentenze di accoglimento sia deducibile già dall'art. 136, unitamente all'art. 24 della Costituzione¹³¹, l'applicabilità ai

¹²⁸ C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale*, cit., 270-1 (e ID., *Elementi soggettivi ed oggettivi degli «atti aventi forza di legge»*, in *Giur. cost.*, 1959, 1078) e ID., *Decreto-legge*, § 5 e spec. 838, note 27 e 29) e V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, 71, qualificavano le leggi incostituzionali, fino alla dichiarazione di illegittimità, «esecutorie ma non obbligatorie» (il virgolettato è tratto dal primo).

¹²⁹ Per la 'possibilità' di obbedire ad una legge invalida prima dell'accertamento costitutivo dell'incostituzionalità G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, 362; già G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., § 46.

¹³⁰ C. MEZZANOTTE, *op. ult. cit.*, 151-2, fondava l'in-deciso, ancipite, fondamento del sistema delle fonti proprio sulla circostanza che «se si eccettua la Corte costituzionale, le leggi, ancorché illegittime, sono efficaci e applicabili o meglio da applicare, perché "validamente produttive di effetti"», il che significa che sono obbligatorie per i cittadini, ed esecutorie, cioè da applicarsi dagli organi del potere esecutivo anche se in contrasto con la Costituzione. Ad un orizzonte non dissimile pare riconducibile F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del «potere esecutivo»*, in *Giur. cost.*, 1963, 1728 e 1732, nota 3, e ID., *L'invalidità della legge. II*, cit., 230 ss., secondo cui prima della pronuncia una legge è solo potenzialmente incostituzionale, quindi valida e a maggior ragione efficace nel senso di obbligatoria. Più indietro nel tempo la tesi dell'obbligatorietà era sostenuta da F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Giuffrè, Milano, 1962, 971; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1976, 1417; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova, ed. 1984, 389 ss.

¹³¹ Come argomenta A. PACE, *op. ult. cit.*, 4809-13 e 4827, che pure sottolinea la mera virtualità di questa specifica retroazione. Derivano dall'art. 136 sia l'abrogazione (ovvero la perdita di efficacia) della legge incostituzionale sia la sua disapplicazione, tra i molti, G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, 359; A. M. SANDULLI, *Natura, funzione ed effetti delle*

rapporti già pendenti della norma che risulta dalla decisione di incostituzionalità implica la disapplicazione della norma incostituzionale nel giudizio *a quo*. Ma, considerato che prima dell'accertamento il giudice non poteva né disapplicare la legge incostituzionale né applicarla, ma solo sospendere il giudizio, la conclusione è che la legge incostituzionale non ha mai prodotto effetti, né prima né dopo¹³². La conclusione non cambia ove si ritenga che dall'art. 136 sia ricavabile solo l'efficacia per il futuro delle sentenze dichiarative d'incostituzionalità e dagli artt. 1, l. cost. n. 1 del 1948 e 30, l. n. 87 del 1953 la disapplicazione delle norme incostituzionali nei giudizi anteriori¹³³. Secondo la prima disposizione, la sentenza di accoglimento della questione di legittimità non ha alcun effetto costitutivo. Non è costitutiva dell'illegittimità perché – come testualmente dispone l'art. 136, comma 1 – è 'dichiarativa' di un'invalidità preesistente. È dichiarativa non già perché le leggi incostituzionali siano inesistenti e, come tali, secondo le categorie processuali generali, inidonee a produrre effetti, ma perché è giurisdizione, quindi dichiara, accerta, il diritto invalido. Non è, però, neppure direttamente costitutiva della cessazione di efficacia: la dichiarazione di incostituzionalità è la condizione («quando [...], la norma cessa»), il fatto, cui la disposizione costituzionale direttamente subordina la produzione dell'«abrogazione» della disposizione incostituzionale, così che l'effetto abrogativo è disposto dall'art. 136 e non dalla sentenza di accoglimento¹³⁴. Il che significa che, come nella dottrina di Esposito dell'abrogazione, la legge invalida è originariamente inefficace¹³⁵. Alla medesima conclusione si

pronunce della Corte costituzionale, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 41; M. GALLO, *La «disapplicazione» per invalidità costituzionale della legge penale incriminatrice*, in *Studi in onore di E. Crosa*, II, Giuffrè, Milano, 1960, 916 ss.; V. ONIDA, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, 518; L. ELIA, *Sentenze 'interpretative' di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, in *Giur. cost.*, 1966, 1716.

¹³² C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale*, cit., 270-1, concludeva che dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione «la legge non ha più efficacia, non solo come norma dei fatti futuri, ma anche come criterio di valutazione dei fatti passati, sicché questi fatti sono da giudicare, quando siano ancora suscettibili di giudizio, come se la norma di legge non fosse mai esistita». Simile le conclusioni cui è pervenuta M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni d'incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993, 84.

¹³³ Per tutti, siano sufficienti F. PIERANDREI, *op. cit.*, 968 e 971; S.P. PANUNZIO, *Incostituzionalità «sopravvenuta», incostituzionalità «progressiva» ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche in riferimento ad esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989, 275 ss.; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale: contributo ad una teoria dell'invalidità costituzionale della legge*, Cedam, Padova, 1997, 14 ss.; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 349 ss.

¹³⁴ Proprio in questo senso F. PIERANDREI, *Le decisioni degli organi della «giustizia costituzionale» (natura, efficacia, esecuzione)*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1954, 133, discorreva di «accertamento costitutivo».

¹³⁵ P. PINNA, *La disposizione valida e la norma vera*, FrancoAngeli, Milano, 2015, 96; ID., *La funzione giurisdizionale della giustizia costituzionale*, cit., 7-9. Anche G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., § 42 e G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, *Giustizia costituzionale*,

perviene anche ove si argomenti che l'art. 136 non vieta gli effetti retroattivi, proprio perché discorre di 'cessazione/perdita di efficacia' e non di 'abrogazione' e la Costituzione presuppone la differenza tra gli effetti temporali dell'una e dell'altra. Come si trae dalla lettera dell'art. 77, comma 3, e, a rovescio, dell'art. 75 della Costituzione, la perdita di efficacia, a rigore, non esclude il passato, ma travolge anche i fatti decorsi¹³⁶. In ogni caso, l'art. 30, comma 3, l. n. 87 del 1953, nel disporre – in coerenza con l'art. 134 Cost. e con l'accesso incidentale introdotto con l'art. 1, l. cost. n. 1 del 1948 – la disapplicazione – e non, come l'art. 136, la perdita di efficacia – delle norme dichiarate incostituzionali implica, di certo, che nessun giudice, dopo l'accertamento d'incostituzionalità, possa più applicare neppure ai fatti già passati, di cui giudica, quelle norme, seppure dedotte da disposizioni legislative a quel momento vigenti. La dissociazione tra efficacia e validità di legge si ridimensiona e la forza di legge si attenua¹³⁷.

In una, se si supera la teoria 'costitutiva' dell'incostituzionalità, l'efficacia della legge incostituzionale è provvisoria, perché è condizionata dal giudizio di validità, da cui deriva la cessazione di efficacia – con un po' di approssimazione, l'abrogazione – per il futuro della disposizione incostituzionale e la disapplicazione della norma incostituzionale nei giudizi pendenti. La forza di legge, dinanzi alla Costituzione, si rivela una efficacia in-decisa, che non gli consente di produrre effetti permanenti nell'ordine legislativo.

Comunque, se anche si ammette l'in-decisione tra superiorità/forza di Costituzione e forza di legge, l'in-decisione è l'opposto del dualismo, della dicotomia, tra ordine legale e ordine costituzionale. Teoricamente, la separazione tra legalità «legale» e «costituzionale»¹³⁸ e tra i loro custodi presuppone,

Il Mulino, Bologna, 2012, 346, derivano l'effetto costitutivo della perdita di efficacia della legge incostituzionale dall'art. 136 e non dalla sentenza di accoglimento, ma non concludono nel senso che la legge fosse fin dall'origine inefficace. Invece, F. MODUGNO, *Validità (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, § 9, attribuisce alla pronuncia di incostituzionalità sia la natura «dichiarativa della invalidità *stricto sensu* dell'atto o del testo», sia quella «costitutiva dell'inefficacia, rispettivamente del testo o della norma»; al pari A. PACE, *Superiorità della Costituzione*, cit., 4820, secondo cui la pronuncia di accoglimento è accertativa perché dichiara la nullità ma è «costitutiva» in quanto «solleva» il giudice e la p.a. statale dall'obbligo di applicare la legge incostituzionale a meno di non sollevare la q.l.c.».

¹³⁶ L'argomento è tratto da F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, cit., § 48, nota 367. Concatenando, si potrebbe andare oltre e dire che l'abrogazione vale per il futuro perché è l'eliminazione di un atto valido, ove, invece, la perdita di efficacia è la conseguenza di un atto invalido. Se poi si lega la lettera dell'art. 136 a quella dell'art. 77, comma 3, potrebbe derivarne un argomento letterale a favore dell'invalidità originaria del decreto-legge.

¹³⁷ F. SORRENTINO, *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 28 nota 76, discorreva di «efficacia ridotta».

¹³⁸ Si traggono le espressioni da M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Giuffrè, Milano, 2016, 463-4; ma già ID., *Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Torino, 2005, 501 ss.

almeno, la differenza di materia tra l'una e l'altra, seppure la diversità qualitativa non ne implichi necessariamente la separatezza. Tra le molte cose che si sono dette, si può dire che la Costituzione è il «trascendimento», la trascendenza o più semplicemente il programma/progetto e la legge parlamentare ordinaria è l'immanente, l'economia, la gestione: l'una è l'assoluto, l'altra il relativo. Alla razionalità strumentale, economica, della forza di legge, si oppone la razionalità rispetto al valore della Costituzione che, «anziché restaurare il ruolo della legge, come auspicava il gradualismo kelseniano, le sottrae il dominio del valore; il che equivale ad affermare che la legge, se per un verso è sgravata da quell'onore di fondatezza a priori che essa non è più in grado di sopportare, si trova per altro verso reintegrata in una posizione di relativa autonomia (ossia d'indipendenza dal valore)»¹³⁹. Ci si può rifiutare di discorrere di «forza» di Costituzione in luogo di 'forza di legge', per l'alterità, la differenza qualitativa, che separerebbe la normatività giuridica della prima, riconducibile alla 'naturale' dualità del diritto, dalla seconda, espressione tipica del positivismo monistico e statuale¹⁴⁰. Ma, in una lettura minimale del *documento* costituzionale, è difficile revocare in dubbio che la Costituzione vigente, lunga, contenga regole di 'obbligazione', regole sostanziali di condotta e, almeno in quella parte, goda della medesima precettività di disposizioni legislative. Il che, a rigore, esclude che alla legge, alla sua «forza», possa attribuirsi il carattere della primarietà¹⁴¹.

Per le medesime ragioni, però, è sbagliato leggere nell'art. 134 i segni di una dualità, quasi che la 'forza' di legge sia l'esistente, il dato, la sfera dell'essere e la Costituzione la normatività, la sfera del dover essere. Ciò può essere vero se si considera solo la costituzionalità della legge e se si considera il suo oggetto quale 'diritto vivente'. Ma il giudizio di costituzionalità, se è un incidente nel giudizio comune, concreto, è funzionale, pregiudiziale, al secondo: e nell'incidente di costituzionalità Costituzione e legge convergono per individuare la regola del caso concreto, il diritto da applicare per risolvere il caso controverso e rendere giustizia al diritto azionato in giudizio. Se è giudizio principale, accerta il dover essere costituzionale del dover essere prescritto dalla legge. Per suo conto la dottrina del 'diritto vivente', e con essa le sentenze interpretative

¹³⁹ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Tip. Veneziana, Roma, 1984, 124. Riprende la tesi di Mezzanotte della legittimazione della Costituzione e del 'suo' giudice rispetto al valore A. GUAZZAROTTI, *Logica competenziale dell'UE e sindacato diffuso sulle leggi: alle origini del riduzionismo della Costituzione italiana*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, n. 3, 809 ss.

¹⁴⁰ Per tutti, G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2008.

¹⁴¹ «E cioè della non derivazione da altre disposizioni contemporaneamente vigenti e della novazione del già vigente»: C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., § 5. Si può attribuire alla legge la primarietà solo se la si intende, come è convenzionalmente intesa, quale «svolgimento effettivo di una funzione normativa immediatamente soggetta alla Costituzione, senza intermediazioni legislative»: così per tutti G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., §§ 4 e 5.

di accoglimento, implicano il riconoscimento dell'esistente, ovvero della concreta possibilità, della pratica, di interpretazioni incostituzionali della legge ordinaria: il che può ammettersi solo se Costituzione e legge sono reciprocamente estranee e, al contempo, quasi pari-ordinate almeno prima del giudizio di costituzionalità¹⁴². Ma la riduzione della legge, dell'oggetto del giudizio, al 'vivente', al 'fatto', alla 'prassi', è specificatamente proprio ciò che non va della dottrina del diritto vivente e della teoria dei due 'mondi': all'opposto, anche quella è normatività¹⁴³.

Infine, praticamente, quella scissione, già superata, prima delle sentenze interpretative di accoglimento, con le sentenze interpretative di rigetto, è contraddetta – seppure nella direzione contraria della diffusione del giudizio di costituzionalità – dall'obbligo per il giudice comune di praticare l'interpretazione conforme, ove la Costituzione fonda, modella (l'interpretazione del)la legge¹⁴⁴.

Ma se non vi è scissione, teorica e pratica, tra ordine costituzionale e ordine legale, potrebbe allora sembrare corretto che la supremazia della Costituzione contende la 'forza' di legge, tanto che «per descrivere questo fenomeno sono necessarie categorie giuridiche duttili, elastiche, quale certamente non era il monolitico concetto di «forza»: si spiega così la nascita e il progressivo consolidamento del moderno concetto, assai più fluido, di «valore» di legge, con cui si vuole appunto rappresentare, attraverso una sintesi verbale, il fenomeno per il quale le leggi sono sindacabili dalla sola Corte costituzionale»¹⁴⁵. Detto diversamente, potrebbe non avere più senso per il diritto discutere di forza di legge perché l'efficacia è dissociata dalla validità costituzionale.

È una conclusione sbagliata e, comunque, prematura. Non possiamo liberarci della 'forza' di legge perché, teoricamente, è declinabile al plurale e perché, seppure de-potenziata, relativizzata e spezzata, è ancora diritto positivo. Anzi, la forza di legge, in un certo qual modo, si misura meglio quando si manifesta una contro-forza. È presa nella differenza, nella sua negazione.

¹⁴² P. PINNA, *La disposizione valida e la norma vera*, cit., 89-93; ID., *La funzione giurisdizionale della giustizia costituzionale*, cit., 3-5. Al contrario, interpreta il vincolo della Corte al diritto vivente come uno strumento di coordinamento e non già di divaricazione della sfera della «legalità legale» da quella, «diversa», della «legalità costituzionale» M. LUCIANI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴³ Per una critica teorica alla dottrina del diritto vivente in questi esatti termini C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, cit., 164.

¹⁴⁴ È vero che l'obbligo è limitato proprio dal diritto vivente, ma è evidente la paradossalità della conclusione, rilevata da M. CAVINO, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. pubbl., Agg.*, Utet, Torino, 2010, 141: «poiché il significato conforme poteva certamente essere ricavato anche dai giudici che con le loro pronunce hanno prodotto il diritto vivente, si deve concludere che pur essi hanno mancato, in tempi diversi, al proprio dovere».

¹⁴⁵ C. MEZZANOTTE, *op. ult. cit.*, 152.

5. La forza di legge è efficacia provvisoria

Possiamo tornare al *fenomeno*-testo, ove forza di legge compare in sole tre disposizioni. Nell'ordine testuale, l'art. 77, comma 2, attribuisce «forza di legge» a «decreti», più precisamente «provvedimenti provvisori» del Governo. A seguire, gli artt. 134, comma 1 e 136, comma 1, equiparano leggi e «atti aventi forza di legge» ai fini dell'oggetto del giudizio di costituzionalità e degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità.

La prima operazione è conferire senso alla proposizione «di» del sintagma «forza *di* legge»: l'operazione conduce a dire che la legge è (la) forza, nel senso che la forza pertiene alla legge¹⁴⁶.

La seconda è constatare che il testo costituzionale enuncia, all'art. 77, la «forza di legge» per riferirla a decreti del Governo, ma «in questo modo si ammette una forma specifica della legge»¹⁴⁷. La forza di legge è pre-supposta dal testo e come tale attribuita ad atti diversi dalla legge, che non *sono* – come la legge – la forza ma che *hanno* forza di legge. È, quindi, necessariamente qualcosa di diverso dalla (o, comunque, di non sovrapponibile e riducibile alla) forma legislativa: è specificatamente qualcosa che possono avere (di cui possono godere, un 'trattamento', insomma) anche atti privi della forma di legge. Vuol dire che la forma legislativa, la legge, non ha una forza diversa da quella degli atti, diversi dalla legge, di cui viene predicata la stessa forza (di legge). È qualcosa di paradossale o, più correttamente, di aporetico: la forza di legge nel testo è «forza differenziale»¹⁴⁸, nel senso che si attesta l'esistenza della forza di legge mediante atti che non hanno forma di legge. Sono i decreti del Governo che 'convocano' la legge, la rendono presente, la affermano, negandola. È un po' come se già nel suo statuto, nella sua definizione, la legge non fosse se non in virtù della sua trasgressione, della sua negazione *formale*, della sua 'forzatura'.

La terza operazione è rilevare che il testo, agli artt. 134 e 136, fa esplicitamente seguire alla qualità di legge o di atto «avente forza di legge», che presuppone, il sindacato di validità costituzionale, ovvero uno specifico 'trattamento'. Anche qui, si consuma un paradosso: la Costituzione enuncia la forza di legge per limitarla, per dichiararne la debolezza, per convertirla in impotenza.

Tutto questo ci dice che cosa non è la forza di legge nel testo costituzionale

¹⁴⁶ Seppure non con riguardo al diritto positivo, legge la proposizione 'di' nel senso che «la legge dispone di una forza» F. GARRITANO, *Introduzione*. «In nome della legge», in J. DERRIDA, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, 9, che però ri-scrive il sintagma come «forza della legge» (il corsivo è nostro: *ivi*, 26 e 31) o la forza «come legge» (*ivi*, 42).

¹⁴⁷ Così, a partire dal tipo «decreto avente forza di legge», H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, 259.

¹⁴⁸ Ri-convertendo J. DERRIDA, *Dal diritto alla giustizia*, in ID., *Forza di legge*, cit., 54.

vigente. Non è predicato, qualità, «virtù sovrana» del potere legislativo, alla maniera del diritto rivoluzionario, perché è attribuito di atti adottati dal potere esecutivo. Non è più potere «iniziale», «sovrano» e «rappresentativo» proprio perché è trasmessa e conferita anche ad atti del potere esecutivo, che è tale proprio perché non rappresentativo. Non ha a che vedere con la forma rappresentativa della legge, intesa come distanza minima o prossimità massima al popolo rappresentato. A seguire, non è illimitatezza, ma all'opposto sindacabilità. In una, non è *force de loi*, non è l'auto-vincolo del popolo¹⁴⁹.

Cosa, invece, sia lo si desume dalla peculiare relazione che lega le tre disposizioni in cui compare il sintagma e dagli elementi comuni, dalle costanti, che ricorrono in tutte le disposizioni. Lo si comprende mettendo a profitto la connessione/disgiunzione tra efficacia e validità giuridica già indagata.

La relazione che lega le disposizioni è un diallelo: premesse e conseguenze si condizionano reciprocamente. L'art. 77, comma 2, costituisce il decreto con forza di legge e ne regola le condizioni di adozione e di conservazione della forza di legge. Non costituisce, quindi, la forza di legge, ma la presuppone. Gli artt. 134 e 136, a loro volta, presuppongono – non direttamente la forza di legge ma – gli atti che hanno forza di legge e quindi, in qualche modo, l'art. 77. Non costituiscono né l'atto che ha forza di legge né la forza di legge, ma dispongono che i decreti del Governo che vogliono essere come legge soggiacciono ad un particolare controllo, che è comune alla legge che è la forza. Nessun'altra disposizione dice che cosa sia, in cosa 'consista', la forza di legge. Nessuna disposizione costituzionale parrebbe, cioè, porre la regola costitutiva della forza di legge. Dal testo, però, si trae che l'art. 77, comma 2, attribuisce espressamente ai provvedimenti di necessità e di urgenza del Governo «forza di legge» e che quella qualità porta con sé il controllo degli artt. 134-6, che l'atto divide con la legge. Ecco che il trattamento, la conseguenza, retroagisce sulla premessa costituendo la forza di legge: la forza di legge è presupposta ed al contempo costituita dal suo trattamento giuridico.

Ciò significa non già che atti diversi dalla legge hanno forza di legge e, quindi, godono di quel trattamento, ma che se atti, né amministrativi né giurisdizionali, vogliono essere parificati alle leggi devono soggiacere allo stesso trattamento¹⁵⁰. A rigore, però, questo non vuol dire che la forza di legge sia il

¹⁴⁹ Muove, invece, da questa concezione idealtipica della forza di legge, riscritta come «valore di legge», per leggere il diritto vigente G. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer, II, I*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, 50, che arriva così a concludere che gli atti con forza di legge del governo sono senza legge.

¹⁵⁰ L'argomento è in C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., § 5, note 27 e 29, che denomina «forza di legge in generale», inerente differenti specie di leggi, una propria competenza, «una situazione formale della legge e non [...] una particolarità del suo contenuto», ovvero il 'regime' della sindacabilità dell'atto da parte del giudice costituzionale che accomuna la legge ordinaria, quella regionale, quella costituzionale, etc.... E così ne trae un criterio normativo: gli atti con forza di legge, sindacabili dalla

suo sindacato speciale. Sarebbe un contro-senso, visto che ne è il presupposto. Il sindacato è, piuttosto, il limite di quella forza e, a ritroso, restituisce l'elemento comune tra gli atti che ne sono oggetto e che, appunto, sono o hanno forza di legge.

Quel 'qualcosa' che congiunge ciò che è disgiunto (legge e atto che ne ha la forza) è l'efficacia. L'art. 77, comma 2, dispone che i decreti d'urgenza del Governo con forza di legge perdono «efficacia» sin dall'inizio ove non intervenga la legge di conversione. L'art. 136, comma 1, dispone che quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, ovvero degli atti individuati nell'art. 134 oggetto del sindacato, la norma cessa di avere «efficacia» dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.

In questo senso può convenirsi con quella dottrina che ha attribuito alla forza di legge il senso minimale di efficacia¹⁵¹. Di per sé l'idea è dogmaticamente coerente con la separazione della forza di legge dalla «virtù sovrana» del potere legislativo: la forza di legge è nel diritto vigente predicato di atti che non provengono dall'Assemblea rappresentativa del popolo, è efficacia, comando, obbedienza, perché si comanda o ubbidisce all'altro da sé. Così come è teoricamente coerente con il rinvio all'essere, al fatto, all'effettività della *forza* di legge: è ciò che residua dell'assolutistica *Gesetzeskraft* della dommatica tedesca, ove il *valore* di legge deriva dalla dichiarazione che essa ha *forza* giuridica obbligatoria. Si muove sul piano esistenziale e riguarda la realizzazione, l'applicazione del diritto¹⁵². È un significato antico. La forza di legge è espressione che

Corte, sono gli atti per i quali ricorre la condizione negativa necessaria, anche se non sufficiente, della natura di atti pubblici che non siano giurisdizionali o amministrativi, quali quelli politici e di governo, in ordine ai quali, diversamente, non vi sarebbe sindacato e quella positiva della provenienza da organi di governo. Sul punto già ID., *Elementi soggettivi ed oggettivi*, cit., 1078.

¹⁵¹ Convergono su questo punto, salvo poi dividersi sulla preminenza teorica e dogmatica della «forza di legge» o, piuttosto, del «valore di legge», V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 351; ID., *Fonti del diritto (dir. cost.)*, cit., 959 ss.; A.M. SANDULLI, *Legge. Forza di legge. Valore di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 269 ss.; F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, II, cit., 10-20; ID., *Legge*, cit., 43-4.

¹⁵² Guarda alla «forza di legge» come al punto di vista che si dispiega nel giudizio di chi applica la legge M. FIORAVANTI, *Lettura*. GUSTAVO ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2008, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2010, n. 39, 588. Sull'efficacia come pura fattualità G. PINO, *Norme e gerarchie normative*, in *Analisi e diritto*, 2008, 270-3, il quale più precisamente ritiene che l'efficacia sia un «puro fatto contingente, un fatto "dipendente dalla credenza", 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». La definizione pare corretta ove riferita al principio di effettività. In ogni caso, così formulata, non è pertinente se riferita al diritto costituzionale positivo, che regola le condizioni di efficacia, che non è, dunque, irrelata rispetto alla validità. In linea generale, sulla forza-effettività come fondamento *fattuale* della (e che, perciò, non fonda la) *normatività* V. ANGIOLINI, *Una rimediazione sulle relazioni tra «norma» ed «effettività»*, in AA. VV., *La necessaria discontinuità. Immagini nel diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 150.

nel diritto romano – e poi medievale – equivale a «*legis virtus*» e ha il significato di forza obbligatoria, che produce l'effetto di comandare, proibire, permettere e punire¹⁵³. Oscilla, però, tra il contenuto, la norma, e la fonte, la disposizione. Si dice che ha più forza quella che vieta rispetto a quella che comanda, come se rilevasse il contenuto¹⁵⁴, ma l'efficacia è predicato della disposizione e non della norma, della sua interpretazione. Nello stesso ordine di idee si è detto che la forza di legge è «l'essere un decreto ed un ordine valido per tutti»¹⁵⁵.

Il testo costituzionale consente, però, di attribuire un significato più preciso alla forza/efficacia di legge. Si tratta di un'efficacia peculiare, perché pertinente al diritto: è un'efficacia provvisoria a valere come legge perché disgiunta ma, al contempo, condizionata dalla validità della legge, dalla sua normatività, dal dover essere. E' la connessione necessaria tra efficacia e validità giuridica, che restituisce l'essenza del concetto di diritto: l'efficacia della singola disposizione è presupposto della sua validità, ma la validità retroagisce sulla prima. A questa conclusione conducono sia le disposizioni sulla formazione delle leggi che sulla giustizia costituzionale. Partiamo dalle seconde che condizionano le prime, che pure sono presupposte.

L'art. 134 presuppone l'«esistenza» di leggi e di atti che ne hanno la «forza» e ne dispone il controllo di legittimità costituzionale. L'esistenza della legge o

¹⁵³ MODESTINO, *Dig. De legibus* I.3; CICERONE, *De Inventione*. II. Libro, c. 49.

¹⁵⁴ G. SICHIROLLO, *I Tre libri di M.T. Cicerone. Intorno alle leggi*, Tip. del Seminario, Padova, 1878, 49-50. Potrebbe vedersi un'eco di questa antica concezione materiale dell'efficacia nella giurisprudenza costituzionale (cfr. sentt. nn. 372, 378 e 379 del 2004) che ha ritenuto prive di «efficacia giuridica» «enunciazioni» «anche se materialmente inserite in un atto-fonte [...] 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». In questa interpretazione abrogante, in cui disposizione e norma si sovrappongono e indeterminano una nell'altra, potrebbe dirsi che l'inefficacia definisce una disposizione non normativa, una proposizione linguistica che non produce un significato normativo,

¹⁵⁵ Se ne trova traccia in C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3*, in ID. (a cura di), *La Costituzione italiana. Saggi*, cit., 30-1, ove traeva la forza di legge dalla disposizione sull'eguaglianza, che non disciplinerebbe il contenuto della legge, ma costituirebbe la pari forza ed efficacia dell'ordinamento per tutti i cittadini, la pari sottoposizione alla «forza formale delle leggi e dell'ordinamento giuridico». Al più l'eguaglianza si riferirebbe al contenuto delle leggi che disciplinano la forza o l'efficacia della legge. Sulla forza di legge in Esposito, come una forza che, ciononostante, «deve creare l'eguaglianza», seppure formale, L. PALADIN, *Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito*, in ID., *Saggi di storia costituzionale*, cit., 203. Nella voce *Decreto-legge*, cit., § 5, Esposito escludeva, però, che fosse esatta la tesi, romaniana, che «sia caratteristica della forza di legge (qualunque ne sia il contenuto) la vigenza universale e cioè la obbligatorietà per tutti i soggetti, mentre sarebbe caratteristico di ogni atto diverso dalla legge la efficacia soggettivamente delimitata». Si danno infatti leggi che contengono norme di sola «azione» e per converso atti amministrativi generali; talché ogni atto di autorità, può, in potenza, vigere per tutti. Non vi è contraddizione tra le due tesi: la prima allude al divieto di leggi individuali, personali, al contenuto della norma; la seconda alla circostanza che l'universale vigenza dell'atto, che di certo implica la generalità del contenuto e la potenziale obbligatorietà per tutti, non è sempre vera per la legge e non è sempre falsa per gli atti diversi dalla legge.

dell'atto equiparato è, cioè, condizione preliminare per l'ammissibilità del sindacato di validità costituzionale. Implica che il controllo è circoscritto all'atto giuridico effettivamente riconducibile al 'tipo' corrispondente, con la conseguente esclusione delle mere parvenze o degli atti inesistenti¹⁵⁶. E la legge inesistente è atto non riconoscibile come 'figura' di legge¹⁵⁷.

Teoricamente, può essere difficile distinguere tra esistenza e validità. Il 'fatto' legislativo non è un fatto naturale, che esiste in sé, ma un fatto istituzionale, costituito da e per il diritto: un testo, un documento, è legge in virtù di un 'titolo' giuridico, di una qualificazione giuridica, di una regola che lo costituisce tale. L'esistenza insomma è già da sempre validità. Ma resta che qualcosa, una 'cosa', una qualche entità fisica, documentale, materiale, deve pur sempre esistere. Il diritto è fatto prima di essere arte-fatto. Approssimativamente, un documento per esistere come legge, per essere un fatto legislativo, deve almeno soddisfare la condizione minima di identificazione: provenire dall'organo competente secondo Costituzione. La soglia minima è la conformità alla regola di chi è legislatore. E' la soglia minima anche per Kelsen che, seppure non distingue l'esistenza della legge dalla sua validità, perché non pensa il diritto invalido, ritiene che, per essere valida, la norma deve essere prodotta mediante un atto empiricamente accertabile, un essere, l'atto di volontà. Poi, anche ove non sia previsto il controllo di costituzionalità delle leggi, gli organi dell'applicazione devono per lo meno controllare che ciò che si presenta con il senso soggettivo di legge sia stato deciso dal legislatore previsto in Costituzione¹⁵⁸.

Dogmaticamente, l'art. 134 implica la distinzione tra esistenza e validità costituzionale, nel senso che la legge esistente può essere costituzionalmente

¹⁵⁶ Nella giurisprudenza costituzionale sono stati ritenuti atti esistenti ed efficaci e, quindi, sindacabili perché atti con «forza di legge» la legge approvata dalle due Camere con testi difformi (Corte cost., sent. n. 292 del 198; conf. sentt. nn. 9 del 1959 e 152 del 1982), la legge delega non approvata dal plenum della Camera (Corte cost., sent. n. 32 del 1962) oppure il decreto-legge privo dei presupposti di necessità e di urgenza (Corte cost., sent. n. 171 del 2007). Più ambiguamente la Corte ha ritenuto atto esistente, ma formalmente invalido, con conseguente ammissibilità del ricorso, un decreto-legge regionale, seppure con evidenza adottato in carenza assoluta di attribuzioni (Corte cost., sent. n. 50 del 1959). Al contrario, una legge approvata non dal Consiglio regionale ma dal Presidente della Regione con un decreto, emanato quale commissario ad acta, è stata qualificata nel giudizio su conflitto di attribuzioni atto adottato in carenza assoluta di attribuzioni, una «parvenza di legge» ovvero una legge inesistente, pertanto assolutamente inefficace, priva di idoneità lesiva e insindacabile da parte del giudice costituzionale (Corte cost., sent. n. 361 del 2010; conf. sent. n. 123 del 2011).

¹⁵⁷ Guardano alle condizioni di esistenza della legge da questo punto di vista, tra i molti, C. ESPPOSITO, *Elementi soggettivi ed oggettivi degli «atti aventi forza di legge»*, cit., 1078 ss.; V. CRISAFULLI, *Interrogativi sui criteri di identificazione degli atti «con forza di legge»*, in *Giur. cost.*, 1959, 715 ss.; A.M. SANDULLI, *Legge (Diritto costituzionale)*, in *Noviss. dig. it.*, IX, 1963, 648; più di recente, F. MODUGNO, *Legge (vizi della)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 1026; ID., *Validità (dir. cost.)*, cit., 49 ss.; A. SPADARO, A. RUGGERI, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, 92; M. MASSA, *Regolamenti amministrativi e processo. I due volti dei regolamenti e i loro riflessi nei giudizi costituzionali e amministrativi*, Jovene, Napoli, 2011, 134.

¹⁵⁸ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 303 e 306.

valida o invalida, ovvero per essere valida o invalida la legge deve almeno esistere, deve vigere. Esiste se è riconoscibile come un fatto legislativo. E' vero che nel diritto vigente la regola costitutiva di ciò che è legge o atto che ne ha la forza ha la specifica forma costituzionale. Potrebbe sembrare che, poichè la legge inesistente viola una regola di grado costituzionale, la sua 'incostituzionalità' sia di competenza del giudice della validità costituzionale della legge. Ma non può essere così perché l'art. 134 presuppone che la legge esista e per il diritto non può che esistere almeno come fatto legislativo, un fatto che sia conforme alla regola che costituisce ciò che vale come legge. Ciò non significa che una legge o un atto equi-parato inesistente non sia in qualche modo invalido. È un atto invalido, ma di un'invalidità non accertabile nel giudizio costituzionale, che richiede almeno la qualificazione dell'atto come legge: rientra nella competenza residuale del giudice comune accertarne l'invalidità e disapplicarne le norme ricavabili, poichè, a rovescio, il vincolo dell'art. 101 presuppone pur sempre l'esistenza come 'tipo' di una legge o di atto che ne abbia la forza¹⁵⁹. Se, invece, la legge o l'atto che ne ha la forza violano condizioni di

¹⁵⁹ In accordo con C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi*, cit., 273 e ID., *Sul giudice competente a sindacare la invalidità formale delle leggi anteriori alla Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1961, 1121, F. PIERANDREI, *op. ult. cit.*, § 14, nota 63, seppure limitatamente agli atti «completamente *extra turis ordinem*»; G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., § 16, 549-50; ID., *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, 139 ss.; F. MODUGNO, *Validità (dir. cost.)*, cit., § 4; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 242-243; P. PINNA, *La disposizione valida e la norma vera*, cit., 109 ss. Contro la radicale separabilità dell'invalidità dall'inesistenza e, quindi, contro l'esclusione della Corte dal giudizio di invalidità di una legge inesistente, M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio in via incidentale*, Cedam, Padova, 1984, 128-9, secondo cui l'apparenza/inesistenza di una legge è, comunque, il risultato di un giudizio preordinato a sciogliere il dubbio sulla qualificabilità di un atto come legge, come tale di competenza della Corte costituzionale, per lo meno a fini di certezza, salvo, nei casi più evidenti, il potere di disapplicazione immediata da parte di tutti i giudici. Più decisamente, riprendendo un po' l'argomento kelseniano, secondo cui i vizi di illegittimità sono sempre di invalidità costituzionale (ID., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, 164), A. ALBERTI, *La delegazione legislativa*, cit., 40-50 e note 18-9, secondo cui, nel caso specifico del decreto legislativo che eccede la legge di delegazione, «la perdita della forza di legge determina necessariamente la perdita della validità, con ciò dimostrando che il controllo diretto ad accertare la sua forza è tutt'uno col controllo diretto a stabilire se è un atto valido». Ma allora la sua disapplicazione diffusa da parte dei giudici comuni «contrasta con l'art. 134 Cost., che riserva alla Corte costituzionale il controllo di validità degli atti con forza di legge» (*ivi*, 48). La conclusione si fonda sulla presupposta identificazione tra forza di legge e validità: «Certo, non c'è alcun dubbio che se manca la legge di delega o se questa non offre copertura al modo in cui il potere delegato è esercitato, il decreto non ha forza di legge: ma non ha forza di legge perché è invalido, cioè perché non si è realizzata una condizione di validità, così come non può avere forza di legge qualsiasi altro atto normativo che sia adottato in modo invalido, cioè disattendendo una o più condizioni di validità» (*ivi*, 49). Ora, è vero che nel diritto positivo se un atto non ha forza di legge è invalido in quanto viola la regola (costituzionale) che lo costituisce come fatto legislativo, ma ciò allora significa che l'atto non supera la soglia minima di esistenza. Ma non è vero che ogni atto invalido non ha forza di legge. L'art. 134 regola, infatti, il (solo) controllo di validità costituzionale di ciò che ha già forza di legge, quindi presuppone che l'atto abbia forza di legge e restringe l'invalidità rimessa alla Corte a quella di un atto che non è a tal punto invalido da essere privo di forza di legge in quanto inesistente. Del resto, se fosse

forma ulteriori rispetto alla regola costitutiva fondativa e condizioni di sostanza (che poi sono sempre di forma, di violazione della forma costituzionale) prescritte dalla Costituzione sono esistenti ma costituzionalmente invalidi e sindacabili dal giudice della «legittimità costituzionale». In ogni caso, per il nostro discorso, dall'art. 134 si ricava che la forza di legge è almeno esistenza.

L'art. 136 implica l'efficacia dell'atto oggetto di controllo, perché prescrive la condizione della sua cessazione. Quindi, per essere o avere «forza di legge», gli atti sindacabili devono essere efficaci, ovvero in grado di produrre gli effetti del tipo cui appartengono, a ritroso, vigenti¹⁶⁰ e, sia che si ritenga l'esistenza condizione sufficiente e necessaria o solo possibile della vigenza e dell'efficacia, esistenti per il diritto, ovvero riconducibili, secondo la loro regola costitutiva, al (e riconoscibili come il) modello di cui portano il nome. In più, l'art. 136 presuppone la separazione tra efficacia e validità costituzionale¹⁶¹. Dispone che la Corte «dichiara» l'illegittimità costituzionale: se ne trae che l'illegittimità pre-esiste. La natura dichiarativa è un argomento a favore della qualificazione dell'invalidità costituzionale quale nullità, che – al contrario dell'annullabilità – si 'accerta', si 'dichiara' di una legge esistente e invalida¹⁶². Se la legge incostituzionale è nulla, infatti, è invalida prima della decisione, se è annullabile è valida fino alla declaratoria d'incostituzionalità. Senza rieditare qui il dibattito sulla natura della legge incostituzionale, basti qui che l'argomento più noto contro la tesi della nullità della legge incostituzionale e a favore della sua annullabilità è quello crisafulliano¹⁶³, secondo cui la legge incostituzionale è annullabile perché l'efficacia di cui discorre l'art. 136 deve pure avere un qualche significato. Ma l'argomento prova troppo. L'art. 136 presuppone sì che la legge

inesistente e ciononostante sindacabile dalla Corte non avrebbe senso neppure l'art. 136, che ne presuppone l'efficacia: e sarebbe assurdo presupporre l'efficacia di un atto addirittura inesistente. L'identificazione tra forza e validità è proprio ciò che l'art. 134 pare escludere.

¹⁶⁰ A rigore, efficacia e vigenza non coincidono. Una legge efficace è vigente, ma una legge può vigere e non essere efficace: ad esempio la deroga temporanea, propriamente la sospensione, incide sull'efficacia, sulla 'applicabilità', ma non sulla vigenza; diversamente l'abrogazione incide sull'efficacia e sulla vigenza.

¹⁶¹ La dissociazione vale anche laddove si ritenga che, se il Tribunale costituzionale è il giudice esclusivo del vizio di incostituzionalità della legge, ciò non esclude che i giudici comuni siano competenti a sindacarne l'illegittimità, non costituzionale. Ma, limitatamente a questo sindacato giurisdizionale, parrebbe porsi l'identificazione – e non la dissociazione – tra forza e validità di legge.

¹⁶² E' evidente che tutta questo affannarsi è inutile e insensato per H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., 308-10: la nullità non è una qualificazione giuridica, predicabile di una norma appartenente all'ordinamento giuridico, perché una norma nulla non è una norma, non è un dover essere, quindi non pertiene al diritto. In ogni caso, se la si predica, deve essere accertata, ma l'accertamento, anche nella forma di dichiarazione di nullità, ha effetto costitutivo, quindi, è un annullamento retroattivo di una norma considerata valida fino a quel momento. Insomma, per Kelsen «nell'ordinamento giuridico, la nullità è soltanto il massimo grado di annullabilità».

¹⁶³ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II*, cit., 389; F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, cit., § 48, note 380 ss.

dichiarata invalida sia efficace, tanto che ne dispone la cessazione di efficacia. Ma l'effetto della cessazione dell'efficacia, ovvero dell'abrogazione/annullamento, della disposizione non deriva direttamente dalla sentenza, ma appunto dall'art. 136 che pone la sentenza quale fatto, quale condizione, al cui verificarsi si 'produce' – quasi 'naturalisticamente' – l'effetto. Al contrario, l'effetto, proprio e diretto che l'art. 136 attribuisce alla sentenza della Corte è quello tipicamente giurisdizionale – e decisivo per i giudizi e rapporti pendenti – della «dichiarazione» di illegittimità costituzionale, che pare incoerente ove si intenda la legge incostituzionale come legge annullabile: in tal caso la sentenza avrebbe natura costitutiva. In ogni caso, la nullità non esclude che la legge invalida, fino al suo accertamento, benché non obbligatoria, sia efficace, perché esecutoria per il potere esecutivo e perché non può essere disapplicata dal giudice, che al più può sospendere il giudizio¹⁶⁴. Se così è, la «forza di legge» nell'art. 136 presuppone la possibilità di una legge invalida: le leggi efficaci possono essere valide o invalide e, quindi, le leggi invalide, già giuridicamente esistenti, sono efficaci fino al giudizio di costituzionalità¹⁶⁵.

Da questo punto di vista, solo il sindacato accentrato rende pensabile e accertabile la «forza» di legge in sé e per sé. Nel sindacato diffuso, infatti, efficacia e validità coincidono, perché la legge invalida deve/può essere disapplicata, quindi, la forza di legge è la sua validità, in quanto le leggi invalide non esistono come leggi o per lo meno non ne hanno la forza. La Costituzione americana, nella sua lettera, si limita a discorrere di «*effect*», nell'art. 1, sec. 7, paragrafo 3, ove prescrive le condizioni affinché si producano gli 'effetti' di un progetto di legge: lì la forza di legge è annichilita dalla natura subalterna, derivata, del corpo legislativo 'delegato' rispetto al potere costituente 'originario' del popolo che produce la Costituzione e, di conseguenza, dalla, almeno ipotetica, identità

¹⁶⁴ Comunque, se nel diritto vigente la legge invalida è una legge nulla, deve escludersi dogmaticamente che la nullità sia l'inesistenza giuridica della legge. Se la nullità è la conseguenza giuridica dell'illegittimità costituzionale, le leggi nulle sono leggi invalide, ma per ciò stesso esistenti e efficaci, quindi con forza di legge e pertanto sindacabili dalla Corte costituzionale; al contrario se la nullità è l'inesistenza giuridica, la negazione logica della rilevanza e della qualificazione giuridica di un atto, le leggi nulle sono leggi inesistenti, che delle leggi hanno la mera parvenza, sono inefficaci, quindi prive di forza di legge e non sono sindacabili dalla Corte. Ovviamente se si ritiene che la nullità sia irriducibile all'invalidità, e perciò non si distingue dall'inesistenza, la legge invalida, che si contrappone all'atto nullo-inesistente, è legge annullabile e obbligatoria sino al suo annullamento. Su tale alternativa teorico-dogmatica G. D'ALESSANDRO, *La nullità della legge. Percorsi della cultura giuridica italiana del Novecento*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, *passim*. Nel primo senso A. PACE, *Superiorità della Costituzione*, cit., 4814 ss. e ID., *Postilla: la legge incostituzionale come legge nulla ma esistente e una legge per decreto davvero inesistente*, in *Giur. cost.*, 2010, n. 6, 5100 ss. Nel secondo F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II*, cit., 297 ss.

¹⁶⁵ Sinteticamente, sulla relazione qui allusa tra esistenza, vigenza/efficacia e validità almeno V. MARCENÒ, *La legge abrogata. Esistenza, validità, efficacia*, Giappichelli Torino, 2010, 1-25; e, con specifico riguardo alla legge oggetto di sindacato costituzionale, L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, Laterza, Roma-Bologna, 2007, 530 ss.

tra validità e efficacia¹⁶⁶.

Ma il paradosso della legge o dell'atto equi-parato invalido e, ciononostante, efficace si ridimensiona se si osserva che, nel diritto costituzionale vigente, l'efficacia di cui godono è un'efficacia limitata nel tempo. Di certo, le disposizioni invalide cessano di produrre effetti dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione costituzionale. Per il passato, già in base all'art. 136, la sentenza della Corte è 'dichiarativa' di un'invalidità pre-esistente, quindi la legge, già da sempre invalida, più che obbligatoria, pare esecutoria, seppure con giudizio *à rebours*, secondo la categoria grammaticale del futuro anteriore. In ogni caso l'art. 30, comma 3, l. n. 87 del 1953 dispone la disapplicazione delle norme dichiarate incostituzionali ai giudizi pendenti e non solo al giudizio *a quo*, per il quale è sufficiente il meccanismo, altrimenti inutile, dell'incidentalità. Cosicché, se si sommano gli effetti dell'abrogazione/annullamento della disposizione per il futuro e della 'dichiarazione' dell'invalidità preesistente, che consente la disapplicazione della norma invalida ai fatti accaduti nella vigenza della legge invalida, ne deriva che la forza di legge è una efficacia «provvisoria»¹⁶⁷ perché è condizionata dalla sua validità, una efficacia in-decisa, che non gli consente di produrre effetti permanenti nell'ordine legislativo.

La forza di legge, così intesa, trova conferma nella lettera dell'art. 77, comma 2. Innanzitutto, deve esistere materialmente un testo, un documento, una deliberazione del Consiglio dei ministri auto-qualificata decreto-legge. In più, vi deve essere l'emanazione del Presidente della Repubblica, la presentazione del decreto alle Camere per la conversione e, quindi, la sua pubblicazione. La forza di legge del decreto dipende dalla proposta di conversione in legge prima della pubblicazione. L'efficacia del decreto è presupposta, perché la disposizione stabilisce le condizioni della sua perdita e perché è la competenza a provvedere per il caso straordinario di necessità ed urgenza, che sarebbe insensato pre-vedere ove fosse inefficace. Ma anche questa è un'efficacia provvisoria, per due ragioni: è provvisorietà delle norme e dell'atto¹⁶⁸.

¹⁶⁶ E per questa ragione, ai nostri limitati fini, pare inutile la dottrina (per tutti E. NEWLAND, *Executive Orders in Court*, in *The Yale Law Journal*, vol. 124, n. 6, 2015, 2026 ss.) e la giurisprudenza americana sulla *force and effect of law* degli *executive orders* (a partire da quella più datata, tra cui da *Jenkins v. Collard*, 145 U.S. 546 (1893), *United States v. Pink*, 315 U.S. 203 (1942), *Farmer v. Philadelphia Elec. Co.*, 329 F.2d 3, 7 (3d Cir. 1964) e *Gnotta v. United States*, 415 F.2d 1271, 1275 (8th Cir. 1969), cert. denied, 397 U.S. 934 (1970).

¹⁶⁷ Discorre di «provvisorietà», «interinalità» degli effetti degli atti invalidi L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit., 551.

¹⁶⁸ Come noto, limita la provvisorietà all'atto C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit. § 5, concludendo, però, che, visto che il decreto è destinato ad essere sostituito dall'origine dalla legge o a non essere mai sorto (almeno come decreto con forza di legge), «le disposizioni, gli imperativi cui l'atto dà nascita non sono provvisori, bensì sono disposizioni di incerta vigenza e validità fino a conversione». Se non sono vigenti, pare difficile ritenere che non siano provvisori. Ma così si lega destino dell'atto e della disposizione/norma.

Le norme devono essere provvisorie perché il decreto d'urgenza del Governo è qualificato «provvedimento provvisorio» con «forza di legge». L'art. 77 distingue la «forza di legge», propria dei decreti del secondo comma, dal «valore di legge ordinaria» del decreto del primo comma. È provvedimento 'provvisorio' del Governo nel senso che – coerentemente alle 'misure' tipiche dello stato di eccezione – deroga temporaneamente il diritto legislativo vigente o, forse, presupponendone la vigenza, ne sospende l'efficacia per il caso straordinario, ma non innova il diritto legislativo con effetti permanenti¹⁶⁹. I decreti legislativi, invece, poiché hanno «valore» e non solo forza di legge, abrogano la legge ordinaria, la modificano con definitività. Hanno la stessa capacità attiva e passiva della legge¹⁷⁰.

L'atto è provvisorio, «precario»¹⁷¹, perché l'efficacia del decreto-legge, ovvero la sua idoneità a derogare la legge, dipende dalla conversione in legge, da cui deriva o la perdita della forza di legge dall'origine o il consolidamento della sospensione della legge. La provvisorietà dell'atto implica quella della norma, perché se il decreto avesse la forza di abrogare la vigenza della legge si tratterebbe di una ben strana provvisorietà dell'atto¹⁷².

Ci si è, poi, da tempo domandati se prima della conversione il decreto sia valido o invalido o se sia obbligatorio o solo esecutivo¹⁷³. Ai nostri fini cambia poco. Seppure in misura diversa, il decreto è sempre condizionato dalla convalida (o sanatoria, se ritenuto invalido) con la conversione. Senza la conversione in legge, meglio senza la legge di conversione, il decreto non produce valido diritto legislativo, non produce validamente deroghe alla legge; produce gli effetti di un atto amministrativo, invalido se deroga, ovvero viola, la legge¹⁷⁴.

¹⁶⁹ P. PINNA, *Lo stato d'eccezione e il decreto-legge*, cit., 7. E' vero che già per V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II*, cit., 221, il decreto-legge è l'esempio, con le leggi temporanee, di atto che sospende e non abroga. Ma per Crisafulli quello specifico effetto non è il criterio distintivo tra forza e valore di legge, perché tra i due non vi è distinzione.

¹⁷⁰ Sin d'ora, contro la tradizione, pare, dunque, più coerente con il testo costituzionale definire la 'potenza' della legge come valore e non come forza di legge...

¹⁷¹ Nel linguaggio di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II*, cit., 87.

¹⁷² Gli effetti irreversibili dei decreti-legge sono, infatti, per il diritto costituzionale un problema...

¹⁷³ La «forza di legge» non implica necessariamente l'obbligatorietà dell'applicazione del decreto da parte dei giudici allo stesso modo in cui non la implica la forza di legge degli artt. 134 e 136 della Costituzione, che è efficacia provvisoria perché separata dalla validità. Per cui valgono gli stessi argomenti articolati nella dottrina costituzionalistica a sostegno della mera esecutorietà o, comunque, della non obbligatorietà della legge invalida. Va, poi, da sé che, ove si ritenga il decreto-legge diritto di per sé invalido (secondo la nota conclusione cui giunge Esposito: ID., *Decreto-legge*, cit., §§ 8 e 9), non può che escludersi l'obbligatorietà della sua applicazione fino alla conversione. Anzi si afferma più decisamente la sospensione dell'applicazione del decreto come delle disposizioni derogate e, quindi, la sospensione del giudizio. Ma ciò non esclude quella «provvisoria forza» di legge del decreto invalido che, anzi, è proprio ciò che giustifica la sospensione del giudizio e la sua sindacabilità.

¹⁷⁴ E ciò sia nel caso in cui si consideri la legge di conversione novazione del decreto-legge originariamente valido sia che la si ritenga legge di sanatoria di un decreto originariamente invalido.

Quindi, la forza di legge del decreto, prima della conversione, è efficacia o finanche validità provvisoria – sospensivamente o risolutivamente – condizionata dalla legge di conversione. In più, la regola che il Governo, quando provvede nella necessità ed urgenza, debba adottare provvedimenti che abbiano la «forza di legge» per sospendere il diritto vigente implica che l'atto tipico dell'emergenza sia sottoposto al regime, al 'trattamento', che è proprio dell'atto, al giudizio di validità costituzionale.

La conclusione raggiunta per la 'forza' del decreto-legge potrebbe essere revocata in dubbio per il decreto legislativo. Potrebbe obiettarsi che il decreto legislativo è l'altro atto con forza di legge cui allude l'art. 134 della Costituzione, che usa l'espressione al plurale «atti aventi forza di legge», ma non ha nulla della provvisorietà della competenza di eccezione. È vero, ma il decreto legislativo non ha solo «forza» di legge: ha, se preceduto dalla previa legge di delegazione, «valore di legge ordinaria» ai sensi dell'art. 77, comma 1. Distinguere la «forza di legge» dal «valore di legge ordinaria», secondo la lettera costituzionale, non significa escludere che l'atto che ha 'valore' di legge ordinaria abbia anche forza di legge. Così il decreto-legge ha forza e non valore di legge; al contrario, lo specifico valore di legge ordinaria del decreto-legislativo non esclude la forza di legge¹⁷⁵. La sua validità costituzionale è, però, sindacabile dal giudice delle leggi solo se rispetta almeno la condizione – in questo caso la delegazione delle Camere – che l'art. 77, comma 1, impone affinché valga, appunto, come legge. Quindi, non confuta l'identificazione della «forza di legge» con un'efficacia tutta particolare, provvisoria e separata, ma non irrelata rispetto alla validità.

Bisogna, a questo punto, capire cosa significhi che nel diritto vigente la forza di legge è disgiunzione, ma non è irrelazione, indipendenza, dalla validità della legge. In questa separazione che unisce o unione che separa si dà la sola possibilità di «forza di legge».

Attingendo ai differenti concetti di diritto valido, possono darsi tre diverse combinazioni della relazione tra forza di legge e validità.

Partiamo dalla identificazione tra esistenza e validità. Se la si intende nel senso che una legge è valida in quanto esistente, è la forza-di-legge senza legge. È la presunzione di validità della legge e quindi la riduzione della validità dell'atto alla sua esistenza. Le leggi esistenti sono valide e quelle invalide non esistono: si regge sull'equazione tra un essere, l'esistenza, e un dover essere, la validità. È la forza-di-legge¹⁷⁶, ove il primo termine annulla il secondo. Il diritto è valido perché è applicato.

¹⁷⁵ Seppure con argomenti differenti, perveniva a questa conclusione già C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., § 5, nota 32.

¹⁷⁶ Si ri-scrive così la grafia del sintagma forza di legge di G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 52, che, però, come vedremo tra poco, non è pertinente al diritto costituzionale vigente.

Se la si intende nel senso opposto che una legge è esistente in quanto valida, quindi la legge invalida è nulla (/inesistente, ma l'inesistenza è un fatto, non un concetto giuridico¹⁷⁷), la forza di legge si identifica con la validità. È la dottrina espositiana: se la legge è valida produce effetti, se è invalida non li produce, almeno non ha la forza di quel tipo. Quindi, solo la legge valida è forza di legge. È la negazione della prima tesi. È la ~~forza di~~ legge. La normatività annichilisce la forza (di legge). Il diritto è applicato perché è valido.

Solo se si separa l'esistenza/efficacia dalla validità, si apre alla pensabilità della forza di legge in senso proprio: la legge o l'atto assimilato esiste perché è riconoscibile secondo le norme sulla produzione; è efficace, perché è idoneo a produrre effetti tipici; ma può essere invalido. La forza è condizione dell'accertamento di validità ma è a sua volta condizionata dalla validità. Significa che una legge invalida esiste e produce effetti, che non è una non-legge, un nulla, ma significa anche escludere che una legge perché esistente, perché ha forza, sia valida: si incunea la possibilità dell'invalidità nonostante l'esistenza. È esattamente la linea di mezzo che non annulla nessuno dei due termini del sintagma forza di legge. E' la negazione dei dualismi: è la dialettica tra essere e dover essere, tra esistenza e normatività, tra natura e spirito, tra forma e contenuto, tra realtà e idea/valore, tra volontà e norma, in una tra potenza e diritto¹⁷⁸. La 'forza di legge' è il segno che alla «capacità del potere di produrre diritto» corrisponde «la capacità del diritto di produrre potere», il cui condizionamento reciproco esclude, dal lato del potere, della positività e della legalità, la validità del diritto ingiusto e, dal lato del diritto, della normatività e della legittimità, l'inesistenza del diritto invalido¹⁷⁹.

Ma perciò stesso questa 'forza', che non si sa se sia comando e obbligatorietà, esclude dal diritto costituzionale vigente due iperboli: la esorcizzazione della

¹⁷⁷ Il riferimento è all'argomento di C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., 247, che criticava l'idea che in regime di Costituzione flessibile potessero esserci leggi inesistenti che non fossero leggi nulle, in quanto mancava ogni disposizione di ordine superiore che avesse forza sufficiente per eliminare il valore e l'efficacia propria dell'atto legislativo esistente, per due ragioni. Innanzitutto, perché anche nella Costituzione flessibile sono astrattamente ammissibili e concretamente esistenti limiti degli atti legislativi. Poi «o il concetto di inesistenza viene inteso in senso empirico e di fatto (ed allora differisce da quello di nullità ma è giuridicamente irrilevante) oppure viene inteso in senso giuridico (ed allora si identifica con quello di nullità, poiché giuridicamente l'atto nullo non è quello che esiste e che tuttavia non ha validità, ma è quello che, non avendo validità, giuridicamente non esiste e non viene riconosciuto dal diritto)». Allora, però, l'identificazione tra inesistenza e nullità non aveva conseguenze normative, in quanto non vi era alcuna dissociazione tra efficacia e validità: la nullità/inesistenza è l'unica forma di invalidità perché non può darsi una legge invalida e ciononostante esistente.

¹⁷⁸ Seppure non articoli una teoria delle fonti, è forse la dottrina di Heller quella che meglio ha colto nel giuridico la relazione permanente, più precisamente la connessione dialettica, tra normalità e normatività, tra la «forza normativa della normalità» e la «forza normalizzante della sfera normativa» (387) e che, infatti, pensa il diritto invalido, anzi ingiusto.

¹⁷⁹ H. HELLER, *op. cit.*, 301.

forza di legge come violenza, ‘potenza’ senza diritto, e la sua assolutizzazione come ‘potenza’ del diritto.

6. La forza-di-legge senza legge

Si è detto che la «forza di legge» è un assoluto, è, hegelianamente, un «concetto ultimo» che non richiede la ricerca di un «senso»¹⁸⁰. Quindi, nel diritto costituzionale vigente, può essere emarginata o ridimensionata.

Ciò è vero nel senso che la forza di legge non è la traccia, nel testo vigente, della forza di legge come forma ‘iniziale’, originaria, fondativa.

Non è, però, vero se si intende che la forza di legge è un concetto ultimo perché è forza, fattualità, che si impone e non si giustifica. Questa conclusione implica l’elisione del genitivo e la riscrittura del sintagma forza di legge, in cui la legge è (la) forza, nella legge della forza, ove il diritto nasce dalla forza e ove la forza è (la) legge.

Questo è, grossomodo, il discorso realista sulla sovranità, sull’ineluttabilità della *hybris* su cui il diritto si fonda: la legge ha valore perché promana dal sovrano, chiunque esso sia, quindi non ha valore ma *forza*, perché è, perché esiste come forza originaria la cui potenza e volontà sono irresistibili¹⁸¹. Alla legge in quanto tale si deve obbedienza. Il potere della legge, la sua ‘forza’, non sta nella legge, ma in ciò che è alle sue ‘spalle’, ‘prima’ e ‘fuori’ della legge, che la sostiene e regge. Se si concede un’approssimazione, è la linea che, seppure con molte discontinuità e rotture, da Montaigne, passando per Pascal, Benjamin e Schmitt, giunge a Derrida, ove la forza di legge rivela l’origine che la legge cerca di occultare, di mettere fuori scena, la forza, la violenza creatrice di diritto, *rappresentata*, ripetuta, nella violenza conservatrice. La forza di legge è *Gewalt*, che può significare, nella sua anfibologia, anche violenza¹⁸². Per questo la ‘forza’ di cui dispone la legge ricorda ai poteri rappresentativi, decaduti perché rappresentativi, alla democrazia parlamentare, la violenza da cui sono nate e che può in ogni momento ri-emergere, con un nuovo inizio, sotto «una crosta di una meccanica irrigidita nella ripetizione»¹⁸³.

Ma, sintatticamente, «forza di legge» è un ossimoro, perché mette assieme essere e dover essere, fatto e norma, applicazione e imperativo. Nella sua lettera, il sintagma si oppone alla separazione tra la forza e la legge, tra il potere

¹⁸⁰ F. MODUGNO, *L’invalidità della legge*. I, cit., 6.

¹⁸¹ Ma dice sempre meno nello Stato che si è allontanato dalla forza-violenza della sua instaurazione, della sua origine.

¹⁸² *Gewalt* è una di quelle parole che forse non si dovrebbero ‘citare’, ‘ripetere’, se le sono state dedicate corsi interi: J. DERRIDA, *La Bestia e il Sovrano. Volume II (2002-2003)*, Jaca book, Milano 2010. Così come i suoi composti, *Umgewalt*, *Ubergewaltigkeit*, riempiono i testi di Heidegger...

¹⁸³ Non c’è bisogno di dire che si profitta di C. SCHMITT, *Teologia politica: Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in ID., *Le categorie del ‘politico’. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1972, 41.

teologico-politico e l'ordinamento giuridico: la forza *di* legge non è altro dalla legge, non può essere altro perché è predicata della legge, deve appartenere all'ordine discorsivo del diritto. L'una non può essere negazione dell'altra. Il discorso 'realista', invece, scioglie, de-cide, l'ossimoro a favore del primo termine.

In ogni caso, il punto decisivo è se, dogmaticamente, il testo costituzionale vigente consenta l'elisione del genitivo. Solo in quel caso il paradigma teorico della forza di legge come violenza, occultata, razionalizzata e integrata dall'ordine normativo, può significare qualcosa per il giurista. Definiamo meglio i contorni del paradigma.

È la tesi della «forza-di-legge», della forza-di-legge senza legge come manifestazione sensibile, fenomeno, nel diritto vigente dello stato di eccezione¹⁸⁴. L'eccezione è il «dispositivo originario attraverso cui il diritto si riferisce alla vita e la include in sé attraverso la propria sospensione»¹⁸⁵. L'eccezione concerne una soglia, «una zona di indifferenza, in cui dentro e fuori non si escludono, ma s'indeterminano»¹⁸⁶. È in questione il limite dell'ordine giuridico, il paradosso dell'iscrizione nel diritto della sospensione del diritto, dell'essere fuori e, tuttavia, dell'appartenere all'ordine giuridico, senza opposizione topologica dentro/fuori¹⁸⁷. La sospensione della norma non significa la sua «abolizione» (giuridicamente, a rigore, la sua abrogazione), quindi la zona di anomia che si instaura non è irrelata rispetto all'ordine giuridico. Può anche dirsi che lo stato di eccezione si presenta come l'apertura nell'ordinamento di una lacuna fittizia allo scopo di salvaguardare l'esistenza della norma e la sua applicabilità alla situazione normale. Ma la lacuna non è dentro la legge, è esterna, riguarda la sua relazione con la realtà, la sua applicazione. Ecco che, più precisamente, lo stato di eccezione crea una zona in cui l'applicazione della legge è sospesa, ma la legge rimane in vigore. È uno stato della legge in cui questa vige senza applicarsi ovvero si applica dis-applicandosi. Nel linguaggio delle fonti

¹⁸⁴ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., spec. 50 ss.; già ID., *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, II ed. 2005, spec. 57 ss. E' l'ultimo anello della catena ideale che lega Benjamin, Schmitt e Derrida. Solo Agamben, però, riferisce esplicitamente la forza di legge senza legge, quale epifania dello stato di eccezione, ai decreti del Governo che hanno forza ma non valore di legge. Con essa quindi ci misuriamo: è quella che mette più immediatamente in questione il diritto costituzionale positivo.

¹⁸⁵ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 10.

¹⁸⁶ *Ivi*, 34.

¹⁸⁷ Non parrebbe distante da C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., 39, che già sottraeva lo stato d'eccezione alla dicotomia dentro/fuori «poiché lo stato d'eccezione è ancora qualcosa di diverso dall'anarchia o dal caos», da cui la formulazione aporetica che «dal punto di vista giuridico esiste ancora in esso un ordinamento, anche se non si tratta più di un ordinamento giuridico». Sul punto specifico O. CHESSA, *Sovranità, potere costituente, stato d'eccezione. Tre sfide per la norma di riconoscimento*, in *Dir. pubbl.*, 2012, n. 3, 787 ss.

del diritto, può tradursi separando la vigenza dall'efficacia: la sospensione riguarda l'efficacia della legge e non la sua vigenza.

Questo non significa che lo stato di eccezione sia uno «stato del diritto»¹⁸⁸. Resta nell'ordine del diritto la dottrina schmittiana della decisione sovrana che, seppure non sia norma, è diritto, permane «nell'ambito del dato giuridico»¹⁸⁹. Così come vi restano gli altri meccanismi, le altre 'mosse', che Schmitt escogita per iscrivere il 'fuori' nel diritto: ovvero le distinzioni tra norma del diritto e norma di attuazione del diritto e tra potere costituente e costituito. Così, per Schmitt la sospensione dell'efficacia della norma significa che viene meno la decisione, la volontà *esistente*, che, però, è pre-condizione e condizione immanente della normatività. E la sospensione non rivela la forza, la violenza o la arbitrarietà, ma il fatto che ogni norma «presuppone una situazione normale»¹⁹⁰. Ma, contro Kelsen, vuol dire che la normalità, quindi un essere, non è solo presupposto esterno, ma carattere essenziale ed interno della validità della norma, quindi pertiene al diritto, anzi è «una definizione normativa della norma stessa»¹⁹¹. Al contrario lo stato di eccezione di Agamben è uno spazio senza diritto, ove il diritto è dis-attivato: vi prevale la vita, il fatto, l'azione. Non è uno stato *pleromatico*, uno stato di pieni poteri, ma uno stato *kenomatico*, un vuoto e un arresto di diritto¹⁹², l'in-esecuzione del diritto sulla base del *iustitium* romano. Il che, a sua volta, non significa affatto che sia uno stato di natura: non lo è perché l'anomia risulta dalla sospensione del diritto e, quindi, implica il diritto proprio nel momento in cui lo esclude, sospendendolo. È, in qualche modo, impuro, condizionato.

Lo spazio dell'anomia – e qui è il passaggio decisivo – è (in-)definibile come la separazione, l'isolamento, della «forza-di-legge» dalla «forma» di legge, dell'applicazione dalla vigenza: una soglia di indecidibilità fra vita e diritto, fra anomia e nomos. L'anomia 'vive' nella moderna forza-di-legge, come nell'antica legge vivente. Nel diritto e nella gius-pubblicistica contemporanea, il sintagma «forza di legge» si riferisce, infatti, non alla legge ma ai decreti del Governo d'urgenza: la forza di legge è esattamente il dispositivo che attribuisce ai decreti un'efficacia pari alla legge, valgono come leggi, ma per ciò stesso separa l'applicazione, la *vis obligandi*, della legge dalla sua forma. In questo senso

¹⁸⁸ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 66.

¹⁸⁹ C. SCHMITT, *op. cit.*, 39 e 34, che conferma l'ossimoro estasi-appartenenza perché l'eccezione «si sottrae all'ipotesi generale, ma nello stesso tempo rende palese in assoluta purezza un elemento formale specificamente giuridico: la decisione», cioè, appartiene al giuridico ma eccede il normativo; e perché afferma che il sovrano «sta al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene ad esso». Il sovrano de-cide: e il taglio non è né dentro né fuori, ma istituisce il dentro e il fuori, in una il diritto.

¹⁹⁰ C. SCHMITT, *Il concetto di «politico»*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, cit., 130

¹⁹¹ C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, 260.

¹⁹² G. AGAMBEN, *op. ult. cit.*, 63.

Eichmann diceva che «le parole del Führer hanno forza-di-legge [*Gesetzeskraft*]»¹⁹³. A dire che l'esistenza è superiore alla validità. La decisione di chi è sovrano, perché decide sullo stato di eccezione, è la pura forza che vale come legge. E la forza-di-legge è manifestazione dello stato di eccezione perché è uno stato in cui la norma vige ma non si applica (non ha forza) e in cui, invece, i decreti che non hanno valore di legge (perché non ne hanno la forma) ne hanno, però, la forza. È una «forza-di-legge senza legge»¹⁹⁴, graficamente forza-di-legge: la sospensione della (forma di) legge libera la forza. Nel caso dei decreti del governo con forza di legge norma e applicazione esibiscono la loro separazione: «una pura forza-di-legge attua (cioè applica-dis-applicando) una norma la cui applicazione è stata sospesa»¹⁹⁵. Il diritto si scinde in una pura vigenza senza applicazione (la forma di legge) e una pura applicazione senza vigenza (la forza-di-legge).

Ma la forza-di-legge, così significata, è con evidenza una *fictio iuris* in cui il diritto paradossalmente cerca di annettersi (o almeno di relazionarsi con) la realtà, la mancanza di sé. La forza di legge è pura applicazione, quindi la negazione del carattere più proprio della legge, l'imperatività: non può vigere perché non è diritto. Più chiaramente, gli atti del governo con forza di legge sono violenza «governamentale»¹⁹⁶. A dire quasi che gli atti del governo con forza di legge sono atti che hanno dalla loro la forza, l'efficacia: non sono semplicemente invalidi, non sono diritto.

È Benjamin che smaschererà la finzione giuridica: se si lega l'ottava tesi di filosofia della storia a *Per la critica della violenza* ¹⁹⁷, la violenza 'divina', la *reine Gewalt* , si situa in una zona in cui lo stato di eccezione è divenuto la regola e in cui la legge è indiscernibile dalla vita. Lo stato di eccezione non è decisione sovrana che sospende il diritto vigente, ma è anomia senza alcuna veste giuridica: della maschera della forza-di-legge non resta che la forza, la violenza 'pura'¹⁹⁸. Alla violenza mitica del diritto, che è violenza che pone il diritto, pertiene, infatti, la forza di legge, poiché la funzione specifica del porre diritto «non è di promulgare le leggi, ma qualunque decreto emanato con forza di legge»¹⁹⁹. Ma ad essa si oppone la violenza divina: è violenza «pura» perché non si trova in relazione di mezzo rispetto a un fine, ma è mezzo puro che si emancipa da un fine e si tiene – in modo assai antikantiano – in relazione alla

¹⁹³ *Ivi*, 51.

¹⁹⁴ *Ivi*, 52.

¹⁹⁵ *Ivi*, 54.

¹⁹⁶ *Ivi*, 111.

¹⁹⁷ W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza* , in ID., *Angelus Novus. Saggi e frammenti* , a cura di R. Solmi, Einaudi, Torino, 2014, 79 e 5 ss.

¹⁹⁸ Secondo la lettura dei testi di Benjamin di G. AGAMBEN, *Homo sacer* , cit., 73-4; ID., *Stato di eccezione* , cit., 69 ss.

¹⁹⁹ W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza* , cit., 15.

sua stessa medialità²⁰⁰. Appartiene all'ordine delle 'manifestazioni'. Non è strumentale al diritto e in questo senso è pura relativamente ad esso. In quanto mezzo legato a un fine, ogni violenza fonda o conserva il diritto. Quella divina, invece, è violenza pura proprio perchè espone e disattiva il nesso fra violenza e diritto: è la violenza «al di là del diritto», che non pone né conserva, ma depone²⁰¹. È la violenza che non è «imbastardita col diritto» e che perciò è «insegna e sigillo, mai strumento di sacra esecuzione, è la violenza che governa»²⁰². Ciò non significa che in Benjamin la violenza pura sia figura, condizione, originaria: è ricavata per negazione e contrapposizione al diritto, quindi *condizionata*²⁰³. Se si dice che è presupposta al diritto, significa che è un pre-supposto, nel senso che è posta dal diritto, retrospettivamente, come proprio pre-supposto. Quindi, dipende dal diritto pre-supponente: la purezza è *a posteriori*, consapevolmente *après-coup*. Significa, però, che la violenza divina è decidibilità, è azione, è manifestazione e che la violenza mitologica è indecidibilità²⁰⁴. Ma un diritto che ha spezzato il proprio nesso con la violenza, con la *prassi*, è un diritto che non ha forza e applicazione. Per questo nello stato di eccezione non si ha la vigenza di una legge che non si applica, ma la cessazione della legge, che nel suo compimento messianico si indetermina in ogni punto con la vita: se si sospende il diritto, resta la vita.

Ciò alla fin fine è «la disattivazione e l'inoperosità del diritto», più precisamente del dispositivo che lega il diritto alla vita, vale a dire proprio ciò che la forza-di-legge «– che mantiene in opera il diritto al di là della sua sospensione formale – intende impedire»²⁰⁵.

²⁰⁰ *Ivi*, 22 ss. e spec. 26.

²⁰¹ *Ivi*, 26 ss. e 29.

²⁰² *Ivi*, 29. La ripetizione *Gewalt-wallet* è tradotta da J. DERRIDA, *Nome di Benjamin*, in ID., *Forza di legge*, cit., 135, come violenza «sovrana».

²⁰³ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 79 ss. Torna sulla natura condizionata della purezza di cui parla Benjamin in quanto purezza relativamente al diritto, in 'rapporto' al diritto, in ID., *Karman. Breve trattato sull'azione, la colpa e il gesto*, Bollati Boringhieri, Torino, 2017, 134.

²⁰⁴ Questo almeno secondo la lettura del testo *Per la critica della violenza* di J. DERRIDA, *op. ult. cit.*, 130-2, che, distinguendo tra conoscenza e azione, schematizza, da un lato, «la decisione senza certezza decidibile» propria della violenza divina, dall'altro, «la certezza dell'indecidibile ma senza decisione» della violenza mitico-giuridica. Assai diversamente, invece, G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 70-1, pare sovrapporre indecidibilità dell'azione e della conoscenza, ove scrive che «è in risposta all'idea benjaminiana di una indecidibilità ultima di tutti i problemi giuridici che Schmitt afferma la sovranità come luogo della decisione estrema». Ma l'idea benjaminiana dell'indecidibilità nell'ambito della violenza divina si riferisce alla conoscenza (e non all'azione), l'idea schmittiana della decisione/violenza sovrana si riferisce all'azione.

²⁰⁵ *Ivi*, 83. Agamben completerà nell'opera *L'uso dei corpi*, Neri Pozza, Vicenza, 2014, il progetto 'politico' di una forma-di-vita, l'inoperosità, che non significa inerzia, ma un'attività che disattiva e apre a un nuovo uso il diritto. Parallelamente sostituisce al potere costituente quello di una potenza destituente, che non si lascia mai riassorbire in un potere costituito. Ma questo è un altro discorso.

Qui non si vuole – né si saprebbe – discutere se lo stato di eccezione – e la forza di legge che ne sarebbe fenomeno – sia l'arresto del diritto: non è possibile discutere giuridicamente di ciò che non è giuridico o, in fondo è lo stesso, di ciò che non può essere distinto dal non giuridico. Né si intende negare che le concezioni, le teorie dello stato di eccezione come concetto-limite, come soglia, siano un proficuo concetto per elaborare dottrine interpretative. Ma per lo studioso di diritto positivo le dottrine devono avere conseguenze normative, perché consentono di ricavare norme da disposizioni vigenti.

Ora, in linea teorica può rilevarsi che proprio la critica della violenza, del diritto come violenza e della violenza come diritto, rischia, dal suo interno, di confondere, di rendere inutile, non misurabile, la distinzione tra legge e decreto del governo che ha forza di legge, tra 'forma' e 'forza' di legge, perché non vi è opposizione rigorosa tra la violenza che pone e quella che, quale pura applicabilità, conserva il diritto²⁰⁶. In fondo, l'origine e la fondazione dell'autorità, la posizione della legge, sono sempre basate su sé stesse, quindi, sono «una violenza senza fondamento»²⁰⁷. La violenza fondatrice è a sua volta *rap-presentata*, nel senso che è ripetuta, iterata, dalla violenza conservatrice: «l'iterabilità iscrive la promessa di conservazione nell'istante più dirompente della fondazione», così «la posizione è già iterabilità, appello alla ripetizione auto-conservatrice» e «la conservazione è a sua volta ancora ri-fondatrice per poter conservare ciò che pretende di fondare»²⁰⁸. Non si ha, dunque, né fondazione pura né conservazione pura. E la confusione tra l'una e l'altra è proprio ciò che viene in gioco nei due casi estremi, quello della decisione del caso eccezionale e quello della polizia. Nel primo, nell'istante rivoluzionario, «la fondazione di un nuovo diritto *gioca*, per così dire, su qualcosa di un diritto precedente, che essa estende, radicalizza»²⁰⁹. La polizia dello Stato moderno mescola le due violenze, perché non solo applica «la legge con la forza», quindi la conserva, ma inventa la legge, «è la forza di legge, ha forza di legge». Il che significa che non possono darsi dei «puri e grandi fondatori, iniziatori, legislatori», perché la conservazione è da sempre, dall'origine, inscritta nella struttura della fondazione²¹⁰. E, comunque, entrambe sono *Gewalt*, entrambe sono «la forza di legge»²¹¹ e al contempo violenza. Così riguardati, tra legge e decreti esecutivi che ne contendono la forza non vi è differenza qualitativa. Al più si tratta di

²⁰⁶ Seguiamo la decostruzione della dicotomia, dell'opposizione, che struttura la critica della violenza di Benjamin, ad opera di J. DERRIDA, *Dal diritto alla giustizia*, cit., 63 ss. e ID., *Nome di Benjamin*, cit., 95 ss. e spec. 106 ss.

²⁰⁷ J. DERRIDA, *Dal diritto alla giustizia*, cit., 63.

²⁰⁸ J. DERRIDA, *Nome di Benjamin*, cit., 106-9.

²⁰⁹ *Ivi*, 109.

²¹⁰ *Ivi*, 112 e 114.

²¹¹ Come J. DERRIDA, *ivi*, 95, traduce *Gewalt*.

graduare, di misurare, quantitativamente, quanta forza, quanta violenza, stia al fondo dell'una e degli altri.

In ogni caso, se torniamo al diritto costituzionale vigente, è vero che la «forza di legge» è separata dalla forma legislativa, non è *force de loi*, ma non è uno stato *kenomatico*, l'indeterminazione tra fatto e diritto, il punto in cui il fatto è diritto e il diritto è fatto. La «forza di legge» è diritto positivo, è posta da e in un documento giuridico: è dentro l'ordine giuridico costituito. Ma se il documento costituzionale, quale legge costituzionale deliberata, include come diritto vigente i decreti con 'forza' di legge, non può dirsi che quei decreti siano forza-di-legge, almeno non nel senso di forza-di-legge senza legge, vita, mera efficacia/applicazione, 'violenza governamentale' e, dunque, non diritto. Gli art. 76 e 77, come l'art. 70, sono diritto esistente-vigente, efficace e valido, in quanto fondato e riconosciuto²¹². Può anche dirsi che «la *forma* affascina quando non si ha più la forza di comprendere la forza nel suo interno. Cioè di creare»²¹³ e che, quando la forza si separa dalla forma, resta la forza che si autofonda. Ma abbiamo dimostrato che nella forza di legge l'efficacia, la produzione di effetti, presuppone un atto giuridicamente esistente, in quanto conforme alla propria regola costitutiva e, benché disgiunta dalla validità, ne è variamente condizionata. La legge esiste, a prescindere dalla sua validità, ma non ne è affatto superiore. Solo se la legge o l'atto equiparato è inesistente, perché non è riconducibile al 'tipo, rileva come mero fatto, ma allora è privo di forza di legge.

La conclusione non muta se si guarda al solo atto con forza di legge che, in qualche misura, ha a che vedere con l'eccezione, il decreto-legge, che è poi l'unico decreto a cui la Costituzione attribuisca espressamente «forza di legge». All'art. 77, comma 2, è stata formalizzata una tipica competenza di emergenza: è quel tanto di stato di eccezione che la Costituzione democratico-pluralistica ha sopportato e ha incluso nel diritto. Forse, proprio per includere, escludendolo, lo stato di eccezione come stato estremo, anomia e violenza pura, ha 'messo in forma' il potere di eccezione come esercizio di una competenza delimitata dal diritto, un'eccezione per così dire relativa. La Costituzione, che è la 'prima' legge, ammette la sospensione, la deroga temporanea, della legge con un atto che non ne ha la forma. È in un certo qual modo il legame, la relazione, che il diritto scritto tenta di assicurare tra quel tanto di *Gewalt* anomica che il diritto può concepire e il diritto stesso. Ma è diritto e non pura applicazione: il decreto con forza di legge del Governo non è un fatto, ma una competenza istituita dall'art. 77, comma 2²¹⁴. Se poi si ritenesse il decreto-legge diritto,

²¹² Nei limiti e nei termini in cui si può parlare di validità delle Costituzioni, scritte, il che è tutt'uno con la questione teorica del 'fondamento' della loro validità...

²¹³ J. DERRIDA, *La scrittura e la differenza*, Einaudi, Torino, 2002, 5.

²¹⁴ P. PINNA, *Lo stato d'eccezione*, cit., 9.

originariamente, invalido, resterebbe diritto, non diverrebbe un fatto: diversamente non se ne potrebbe predicare la validità o invalidità. In ogni caso, dal punto di vista interno al diritto posto, la limitazione del decreto con forza di legge ai «casi straordinari di necessità ed urgenza» è ciò che precisamente ne esclude la normalizzazione: l'eccezione non deve divenire la regola e, se si rispettano le condizioni di validità, i suoi due elementi costitutivi, il fatto e il diritto, l'efficacia e la validità, separati ma correlati, non si indeterminano e non trasformano il dispositivo giuridico in una «macchina letale»²¹⁵. Per il diritto posto, l'eccezione che diviene regola è semplicemente diritto invalido.

Né potrebbe considerarsi l'art. 77, commi 2 e 3, o la separazione della forza dalla forma di legge come una sospensione o una rottura della Costituzione: è sempre Costituzione, per lo meno, legge costituzionale deliberata, che internamente al diritto vigente eccede la regola generale che gli atti del governo non violano la legge. Il giurista deve trovare le norme di quella convivenza, della relazione regola-eccezione.

Non è evocabile la forza quale fondazione della legge esterna o irrelata rispetto all'ordine giuridico neppure ove si sostenesse che la forza di legge dell'art. 77 abbia la forza per sospendere le leggi costituzionali²¹⁶. A quella tesi, nel merito, è obiettabile che, sebbene negli artt. 134 e 136 la forza di legge includa anche la forza di legge costituzionale, sindacabile per vizi di forma (e di contenuto se si ammette l'esistenza di principi supremi), l'art. 77 è posto, topologicamente, in relazione all'art. 70 e non all'art. 138. In più, è vero che l'art. 77, comma 1, si riferisce al «valore di legge ordinaria» e il comma due alla forza di legge, senza specificare di quale tipo di legge si tratti, ordinaria o costituzionale. Ma è irragionevole sopravvalutare la 'forza' rispetto al 'valore' di legge nel testo costituzionale vigente, visto che il valore è espressamente predicato di un decreto del Governo preceduto dalla previa legge parlamentare²¹⁷. Comunque sia, se la vita del decreto-legge dipende dalla sua conversione, vale l'argomento della particolare collocazione dell'art. 77, che esclude la forma costituzionale della legge di conversione. Se, poi, il fondamento di quella

²¹⁵ Per escludere, quindi, dall'orizzonte del diritto positivo la conclusione che G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 110, trae dalla trasformazione dello stato di eccezione, in cui vita e diritto si indeterminano, in regola.

²¹⁶ Valga ancora C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., § 5 e 6. Alla medesima conclusione perveniva L. ELIA, *Dal conflitto di attribuzione al conflitto di norme*, in *Giur. cost.*, 1965, 149, nota 8. Più di recente ha argomentato la sospensione (provvisoria) con decreto dell'efficacia delle norme costituzionali A. PACE, *Divagazioni sui decreti-legge non convertiti*, in *Pol. dir.*, 1995, 402 e ID., *Problematica delle libertà costituzionali*, Utet, Padova 2003, 340 ss.

²¹⁷ Per questo sembra sbagliato l'argomento (così A. PACE, *op. e loc. ult. cit.*) secondo cui la sospensione dei diritti costituzionali con il decreto-legge troverebbe conferma nella circostanza che «anche a proposito delle misure ex art. 78 Cost. la eventuale sospensione delle garanzie costituzionali avviene in forza di un atto avente valore di legge ordinaria»: anche ad ammettere che l'art. 78 consenta quella sospensione, lì vi è una deliberazione delle Camere...

sospensione della Costituzione fosse fuori della legge, nell'effettività, nella forza normativa del fattuale, nella consuetudine di riconoscimento, non ci sarebbe bisogno dell'art. 77, perché vorrebbe dire che il decreto d'urgenza è un fatto²¹⁸. Ma, al contrario, il decreto è una competenza costituita dal testo costituzionale. Quindi, un decreto-legge che provveda in contrasto con una disposizione costituzionale è invalido. In ogni caso, si tratterebbe di una forza di legge interna al diritto, perché sarebbe il diritto costituzionale posto che autorizza il dispositivo della propria sospensione mediante altro diritto: sarebbe una sospensione del diritto scritto mediante altro diritto scritto, cosicché non sarebbe una sospensione del diritto (né della scrittura). Ma la legge che ha «il potere di negare sé stessa», di porre la propria disapplicazione, è onnipotente: la sospensione della legge ad opera della legge mostra la massima potenza della legge, è il segno che la legge è il potere, che «il potere della legge non è altro dalla legge»²¹⁹. Insomma, non si tratterebbe affatto del «fondamento mistico» della legge *à la* Derrida.

L'elisione della legge dal sintagma forza di legge è, infine, insostenibile se si guarda all'altro decreto del Governo, quello fuori dall'eccezione, il decreto legislativo. L'art. 77, comma 1, esclude che il Governo possa, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria, quindi implica che il decreto, adottato previa legge di delegazione, ha «valore di legge ordinaria». Ha «valore», ma ciò non esclude che abbia anche la «forza». Anzi, dall'art. 77 si trae, per ora intuitivamente, che il valore è di certo qualcosa di più – meglio, di diverso – della forza. Quel 'più' è ravvisabile precisamente nell'autorizzazione con deliberazione legislativa del Parlamento, nella 'forma' di legge. Ma allora la forza, separata dalla legge, è fuori gioco perché la legge fonda (o co-fonda con la Costituzione che istituisce la fonte) il decreto. La forza-di-legge senza legge, la scissione tra pura vigenza senza applicazione e pura applicazione senza vigenza, non si pone.

²¹⁸ C. ESPOSITO, *op. ult. cit.*, § 2, invero, con coerenza, sostiene proprio che i provvedimenti d'urgenza sono un «fatto» cui la Costituzione vuole dare disciplina, che sarebbero «sorti da attività di fatto del governo»: a dire che sono una mera eventualità che accade, che si dà e che la Costituzione si limita a regolare ove accadano. Definisce la lettura espositiva 'svalutativa' del testo costituzionale N. LUPO, *I decreti-legge nel primo dopoguerra, nelle letture dei giudici e dei giuristi*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2014, n. 2, 4; su questo specifico punto della dottrina di Esposito, C. PINELLI, *Il decreto-legge e la teoria costituzionale: profili introduttivi*, in A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita*, EUM, Macerata, 2006, 57 ss. Qualificava il decreto-legge «fatto» con forza di legge, insindacabile dalla Corte perché fatto, F. SORRENTINO, *Spunti sul controllo della Corte costituzionale sui decreti-legge e sulle leggi di conversione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1978, 760.

²¹⁹ I virgolettati sono tratti dalla critica ai critici del formalismo giuridico di V. VITIELLO, *Il potere della legge*, in L. BASILE (a cura di), *Morte della sovranità*, Inschibboleth ed., Roma, 2016, 61.

7. L'apologia della forza di legge

All'estremo opposto sta l'apologia della «forza di legge» (rispetto al «valore di legge»).

È l'ipotesi dominante, che identifica la forza di legge con la potenza creativa di diritto e presuppone una concezione materiale della legge. Così la forza di legge preesiste al conseguente regime giuridico, al suo 'trattamento', vale a dire alla sindacabilità nel giudizio di legittimità costituzionale, che sarebbe il «valore di legge». Ma il valore è condizionato dalla forza, quindi, si scioglie nella forza. La *force de la loi* è divenuta un dispositivo, un meccanismo di funzionamento della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico.

È la tesi originariamente crisafulliana: la forza di legge è l'efficacia nello specifico significato di 'potenza', è l'idoneità (attiva) a porre nuove norme giuridiche e, quindi, a abrogare norme anteriori, equi-parate o inferiori, nonché la capacità (passiva) di resistere alla abrogazione disposta da fonti non equi-parate o non superiori. La forza di legge è la capacità di «innovare il diritto oggettivo preesistente»²²⁰, nella forma dell'abrogazione. Nella Costituzione vigente è «il grado primario»²²¹, ma condizionato dalla forma legale costituzionale, dal 'grado' costituzionale. Quella potenza è propria della legge e di tutti gli atti, diversi dalla legge, che la Costituzione rigida equi-para nella potenza. In questo preciso senso il sistema delle fonti (a livello costituzionale e) a livello primario è chiuso: la forza di legge dipende dalla Costituzione, quindi la legge ordinaria – senza esservi autorizzata, almeno implicitamente, dalla Costituzione – non può validamente istituire «fonti «concorrenziali» rispetto a sé medesima, vale a dire dotate della medesima forza, ovvero in grado di escluderla del tutto da certe materie»²²². La legge non dispone della propria forza, non può istituire fonti a sé equivalenti, quindi non può condizionare la validità di una legge successiva che, al contrario, abroga la precedente²²³. La forza di legge fonda l'applicazione dell'abrogazione, dunque, del criterio cronologico tra fonti del medesimo tipo; condiziona, perché così vuole la Costituzione, la validità e, con essa, la gerarchia o la competenza tra la legge e le fonti di 'tipo'

²²⁰ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*. II, cit., 67.

²²¹ *Ivi*, 68. F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*. II, cit., 17, nota 23, 25, nota 37 e 37, obietta che la teoria della forza di legge come subordinazione alle – e derivazione dalle – sole fonti di grado costituzionale è contraddetta dai regolamenti delegati, che sono autorizzati dalla legge – e non dalla Costituzione – a abrogare o modificare leggi e non spiega la carenza di «valore legislativo» dei regolamenti delegati nelle ipotesi in cui questi si pongono su un piano concorrenziale con le leggi. Insomma, i regolamenti delegati hanno forza di legge, ma non sono sindacabili dalla Corte costituzionale, perché non ne derivano, quindi, la forza di legge è nozione inutile nella vigenza di una Costituzione rigida. Invero, l'obiezione potrebbe non essere risolutiva, perché tutto dipende da cosa si intende per forza e valore di legge.

²²² V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*. II, cit., 126. Ma già ID., *Fonti del diritto*, cit., 940.

²²³ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*. II, cit., 186-7.

differente, poiché gerarchicamente ordinate o materialmente separate. In una, la forza di legge esprime, in verticale e in orizzontale, la *posizione* della legge nella *Stufenbau* e, per assimilazione o per esclusione, quella delle altre fonti decisa dalla Costituzione.

Ma proprio la Costituzione, con la regola costitutiva del grado costituzionale, relativizza la forza di legge e dissolve la linearità dell'ordine gerarchico. Da un lato, frammenta il tipo della legge ordinaria per effetto delle leggi atipiche, che hanno la stessa forma di legge ma una forza attiva de-potenziata e/o una forza passiva rin-forzata²²⁴, e delle leggi rinforzate, che, in fondo, sono leggi a-tipiche sia per forma che per forza/efficacia differenti rispetto al 'tipo' normale. Il «tipo formale» dell'atto non determina più il «grado» delle disposizioni²²⁵. Dall'altro, riconduce ad unità gli atti con ««forza» o «valore» di legge»²²⁶ del Governo, equiparati alla legge dagli artt. 76 e 77 Cost. Dall'altro ancora, in virtù del principio di competenza, la forma di legge subisce limiti di contenuto rispetto ad altre fonti, il che rende insensato parlare di forza o maggiore efficacia di una fonte rispetto ad un'altra. Non vi è più, comunque, un solo ««tipo» di legge, individuabile per la «forma» che gli è propria» e a cui è riconosciuto un grado di efficacia creativa di diritto, che si soleva designare, «appunto perché collegato alla forma caratterizzante il tipo di fonti, indipendentemente dal loro vario contenuto, «forza formale»»²²⁷. È la conseguenza del crollo «del mito della sovranità della legge (e del Parlamento)» per effetto della rigidità costituzionale²²⁸.

Il che, però, non significa neppure che la Costituzione annichilisca la forza di legge e, con essa, la gerarchia tra fonti. Il «concetto-base» resta quello «della particolare forza propria della legge formale»²²⁹. Dalle leggi atipiche non può dedursi una moltiplicazione dei gradi della gerarchia, che restano quello

²²⁴ Per A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2009, 125, le leggi atipiche non spezzano la forza di legge in due, ma al più in due manifestazioni dell'«unica forza», poiché la loro maggiore forza passiva si determina proprio in ragione della possibile limitazione della loro forza attiva. L'esaltazione della forza di legge, però, finisce qui, perché converte la forza di legge – meglio la riadatta – in 'primarietà', quale connotato delle fonti, siano o no 'separate' rispetto alla legge, direttamente ed esclusivamente fondate in Costituzione. Se poi, proprio, si vuole distinguere la forza dal valore di legge, concorda con Crisafulli che questo ha un «mero rilievo processuale» quale esclusiva assoggettabilità delle fonti primarie al sindacato costituzionale (*ivi*, 16-7).

²²⁵ V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 809.

²²⁶ *Ivi*, 326. Seppure, un po' prima, *ivi*, 193, connota i decreti-legge come fonti «che non abrogano le preesistenti norme rispetto a cui dispongano diversamente, ma solo ne sospendono l'efficacia obbligatoria e quindi l'applicabilità» nel periodo tra la loro entrata in vigore e la conversione (o lo spirare del termine di decadenza). Così come l'unità degli atti del governo con forza di legge è posta in termini dubitativi in ID., *Fonti*, cit., 960-1 e nota 77.

²²⁷ V. CRISAFULLI, *Fonti*, cit., 958.

²²⁸ V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza*, cit., 810.

²²⁹ V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 327.

costituzionale e quello legislativo, invalido se viola il primo e non perché violi la legge anteriore con forza o efficacia speciale²³⁰. Esiste la forza di legge ma non la forza di regolamento. Se ne trae, più limitatamente, che la forza di legge, seppure sia questione di diritto positivo che dipende dal soggetto deliberante e dal procedimento di formazione dell'atto, non si identifica più con la forma di legge, con la forza di legge formale, perché la medesimezza di forma è esclusa dal testo costituzionale: ci sono più tipi di leggi o più gradi dentro lo stesso tipo e l'equiparazione dei decreti legislativi e dei decreti-legge alla deliberazione legislativa implica la differenza rispetto all'entità cui l'equiparazione tende. L'idealtipo della forza di legge è la legge formale, ma l'eguale efficacia della legge dell'assemblea rappresentativa e degli atti equi-parati del Governo porta con sé la forza materiale di legge e con essa la possibilità della dissociazione tra forma e materia di legge²³¹. Detto diversamente, la forza formale di legge caratterizza solo la «misura e il grado» dell'efficacia innovativa del diritto oggettivo «(quando ci sia)»²³².

La *force de loi*, con tutti i suoi corollari, è archiviata nella Costituzione rigida: ciò che ha forma di legge non può tutto, anzi in alcuni casi non può nulla; in altri casi può tutto proprio ciò che non ha forma di legge. In ogni caso, seppure non vi sia una generale riserva di amministrazione, nel testo costituzionale vi sono indizi che sussista «una riserva di concreto provvedere» nei casi previsti. Solo così, nella distinzione tra il disporre e il provvedere, può pensarsi e realizzarsi l'imparzialità dell'amministrazione, imprevedibile per la legislazione²³³.

Ma proprio per questo la forza di legge è sì una 'potenza', ma non è affatto la qualità del potere iniziale, originario e sovrano. Non è neppure più la fonte suprema: la sua forza è perturbata dalla Costituzione. È piuttosto un dispositivo, una produzione di effetti, un meccanismo di funzionamento della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico, tanto che il suo «valore» – se proprio lo si vuole distinguere dalla forza, laddove il diritto positivo li utilizza promiscuamente – sta nella sindacabilità da parte di un giudice, seppure speciale. Può, infatti, ammettersi che il «valore di legge» inerisca il «regime giuridico unitario» di un tipo generalissimo, il controllo del giudice costituzionale. Ma se si risolve la forza di legge nel «peculiare regime giuridico dell'atto», quindi nel valore, si incorre nella evidente tautologia che gli atti con forza di legge sono gli atti con valore di legge, cioè gli atti sindacabili dalla corte sono gli atti

²³⁰ La deduzione non è di Crisafulli, ma muove esplicitamente dalla sua concezione di forza di legge e di sistema chiuso delle fonti: G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 64.

²³¹ *Ivi*, 68: la produzione di nuovo diritto, la normatività, quale elemento «naturale» della legge, non toglie, però, la ammissibilità e qualificabilità nei casi costituzionalmente previsti di leggi soltanto formali, di cui le leggi soltanto materiali sono il rovescio.

²³² V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, cit., 929, nota 7.

²³³ V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 73 e 75.

sindacabili dalla Corte. La forza di legge è, invece, qualcosa che preesiste al valore, al suo trattamento, ma questo è dalla prima assolutamente condizionato, fino a sciogliersi in essa. Il che a catena significa che non si può distinguere, nella sostanza, tra atti con forza e atti con valore di legge.

Semplificando, le corrispondenze crisafulliane sono le seguenti. La «forza di legge» è efficacia, potenza nello specifico senso di grado legislativo, è gerarchia ma anche un po' competenza, nei limiti in cui ne dispone la Costituzione. La forza di legge non consente alla legge di disporre di sé, né di parificare a sé fonti differenti né di limitare la legge futura, ma solo di abrogare la precedente. Apre, però, alla pensabilità della legge illegittima, che implica una gerarchia di tipo strutturale o formale e non materiale, perché la legge ordinaria è in grado, ha la 'forza', di modificare liberamente le regole, eventualmente contenute in leggi precedenti, che disciplinano la formazione delle leggi, ma «nessuna legge può trasgredirle in un singolo caso, poichè altro è mutare il diritto vigente, nelle forme da questo prescritte, altro non ottemperare a quanto esso attualmente dispone»²³⁴. I regolamenti dell'esecutivo, per loro conto, non possono avere né forza né, conseguentemente, valore di legge. La forza condiziona, infatti, il «valore», che è il trattamento comune agli atti con forza di legge, il suo sindacato. Ne deriva che la forza e, dunque, il valore di legge non sono deducibili dalla sindacabilità degli atti da parte della Corte, pena la cortocircuitazione dell'argomento²³⁵. La forza di legge prevale sul valore, ma non è l'assoluto, perché divisa, spezzata o traslata: in una Costituzione rigida la gerarchia gioca contro la forza di legge, che è tale solo se è l'ultimo grado.

Alla fin fine, è interna a questi presupposti teorici la dottrina mortatiana della forza di legge che pure ne mette in questione il carattere omogeneo ed assoluto: è, infatti, efficacia che condiziona il sindacato, seppure intesa come efficacia concreta, sostanziale, ancora più decisamente slegata dalla forma. Tanto che la primarietà non è intesa come idoneità astratta del tipo formale a porsi in rapporto diretto con la Costituzione, ma concreta ed effettiva sottoposizione diretta della norma alla Costituzione, senza intermediazioni

²³⁴ *Ivi*, 258, seppure con riguardo agli ordinamenti a costituzionale flessibile, ma con considerazioni estensibili al caso di legge sorta in violazione di norme contenute in una legge precedente che stabilisca come debbano farsi le leggi.

²³⁵ V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, cit., 960. Pur aderendo alla tesi crisafulliana della riconducibilità di forza e valore ad un unico «concetto», R. GUASTINI, *Le fonti del diritto: fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, 108, ha ritenuto, invece, che, se le disposizioni che conferiscono ad atti diversi dalla legge formale forza di legge fossero sufficienti per estendere il regime tipico della forma di legge, gli artt. 75 e 134 conterrebbero norme ridondanti: al contrario sono quelle norme che equiparano, quindi, costituiscono la forza di legge.

legislative²³⁶. Fonda la forza di legge e la conseguente sindacabilità da parte della Corte dei regolamenti non fondati sulla legge, ma sulla Costituzione e per questo liberi, cioè delegati, autorizzati a derogare la legge e indipendenti²³⁷. Resta, però, dentro l'equivalenza forza-valore, salvo estendere la prima e, quindi, il secondo.

La forza di legge non è, invece, solo teoricamente preponderante rispetto al valore di legge, ma è l'assoluto, l'onnipotenza, nella dottrina che non ammette relativizzazioni, varianti o deviazioni né dalla forza di legge né, il che è tutt'uno, dalla gerarchia²³⁸. È l'aporetica conversione della *force de loi* in una Costituzione che crea il grado costituzionale. In linea generale, la scrittura in Costituzione di fonti rinforzate o atipiche, sempre che la categoria abbia un senso²³⁹, non disgrega affatto l'assolutezza della forza di legge, ma ne conferma la validità. Contro gli 'analitici', il «valore» non muta, perché è sempre deliberazione parlamentare, quali che ne siano i presupposti di validità. Al più vi sono due gradi, legislativo ordinario e legislativo costituzionale²⁴⁰. E la forza «è una qualità dell'atto, cioè della deliberazione»²⁴¹, che non cambia se cambiano le condizioni di validità che la Costituzione pone alla legge: la validità dell'atto legislativo è distinta, perché viene prima, dal suo grado o posizione della gerarchia delle fonti²⁴². È pensabile solo la legge incostituzionale ma non la legge 'illegittima', perché la legge anteriore non può porre condizioni, né di forma né di contenuto, alla legge successiva e solo la Costituzione può imporre la conformità di una legge ad una norma di pari grado. Per lo stesso motivo, non ha senso distinguere tra legge in senso formale e legge in senso materiale, pena la

²³⁶ C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1964, 30 ss., 57 ss. e 93 ss. Simile la conclusione di G. AMATO, *Regolamenti anteriori con forza di legge*, in *Dem. dir.*, 1968, 588.

²³⁷ C. MORTATI, *Contenuto e forma nella qualificazione e nel trattamento degli atti normativi (A proposito dei regolamenti «liberi» posteriori ed anteriori alla costituzione)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 17 e nota 24 e 34 ss.

²³⁸ La più strenua difesa della resistenza teorica della forza di legge, che non consente la pensabilità di fonti atipiche, è in G. QUADRI, *La forza di legge*, cit., *passim*. R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, 139, trae da Quadri (*ivi*, 32) – più che da Crisafulli – l'attinenza della forza di legge solo alle relazioni (materialmente) gerarchiche tra le fonti e non anche alla distribuzione delle sfere materiali di competenza, per concludere che la 'forza di legge' non può dire nulla sugli atti che possono disciplinare le materie coperte da riserva di legge, che sarebbe una riserva di competenza.

²³⁹ Potrebbe infatti capovolgersi la maggior forza in maggior debolezza: proprio perché la Costituzione ha previsto diversi procedimenti rispetto a quello 'tradizionale', «la legge non risulterà affatto rinforzata, ma, semmai, affievolita, indebolita»: G. QUADRI, *op. cit.*, 230.

²⁴⁰ *Ivi*, 45 ss., spec. nota 12. Seppure sia sbagliato che «non sono concepibili ipotesi di norme costituzionali formali abrogabili ad opera di leggi ordinarie o di fonti atipiche» (*ivi*, 52, nota 20), perché, come rilevava V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 214, vi è almeno il caso delle norme degli statuti speciali che autorizzano leggi ordinarie rinforzate a modificare disposizioni statutarie, non è detto che ciò sia segno della crisi della forza di legge: anche la legge costituzionale è una legge.

²⁴¹ G. QUADRI, *op. cit.*, 96.

²⁴² *Ivi*, 101.

svalutazione della forza di legge. Prova ne è che dalla legge in senso materiale si giunge alla estensione della forza di legge ai regolamenti, con la conseguente inutilità dell'una e dell'altra categoria e alla riserva di regolamento²⁴³.

Ma proprio perché non ha senso distinguere tra forza di legge formale e materiale, la forza di legge non è la efficacia della legge, materiale o formale: la confusione la si deve alla inclusione in Laband della *Gesetzeskraft* nel capitolo sulla *Wirkungen der Gesetze*. Al contrario, l'efficacia della legge presuppone la forza di legge, che deriva dalla posizione dell'atto nella gerarchia delle fonti, dalla 'relazione' con le fonti con forza superiore e inferiore. E la presuppone perché l'efficacia è propria di ogni atto valido, laddove la forza di legge attiene al momento esatto in cui si deve stabilire se l'atto è valido o no²⁴⁴. L'efficacia presuppone atti della medesima forza, la cui relazione è regolata dalla *lex posterior*. Ma la forza di legge non è neppure esecutorietà da parte della pubblica amministrazione né applicabilità da parte dei giudici²⁴⁵, poiché l'esecutorietà riguarda atti dotati della forza formale più diversa e l'applicabilità inerisce la scelta della norma e non la sua forza.

In questa teorica, nel 'testo', che è una tessitura, forza e valore di legge sono inseparabili, poiché il trattamento che è fatto alla legge e agli atti equiparati – appunto il «valore di legge» - è una conseguenza della «forza e cioè del rango degli atti»²⁴⁶. Ma la forza di legge non è la sindacabilità da parte del giudice costituzionale. Più precisamente, la forza di legge è «in rapporto di *presupposizione* con la sottoponibilità dell'atto al sindacato della Corte; la sua definizione deve necessariamente precedere, e non può in alcun modo identificarsi con il sindacato di costituzionalità. La sindacabilità dell'atto da parte della Corte costituzionale è cioè la *conseguenza* del fatto che l'atto è dotato di forza di legge»²⁴⁷. Come in Crisafulli, il valore è condizionato dalla forza e definire la forza di legge attraverso il sindacato di costituzionalità si risolve in un circolo vizioso. Chiudendo il cerchio, il sindacato di costituzionalità attiene alla «*validità*» della legge, «cioè alla sua attitudine a produrre effetti giuridici, quindi è pregiudiziale alla sua «*efficacia*», perché un atto invalido non ha alcuna forza»²⁴⁸.

La forza di legge è la produzione di norme di rango legislativo e il rango è la prevalenza della legge sul regolamento e la subordinazione alla Costituzione. E' *rangordnung*, il dispositivo di relazione tra atti dotati di forza differente tipico del gradualismo, della gerarchia tra fonti, ma è anche la «superiorità di un

²⁴³ *Ivi*, 32 e 37.

²⁴⁴ *Ivi*, 5 ss.

²⁴⁵ *Ivi*, 16-7.

²⁴⁶ *Ivi*, 3, nota 4.

²⁴⁷ E' una radicalizzazione dell'argomento crisafulliano: *ivi*, 2, nota 4, 3, nota 7, 22 e 23-4.

²⁴⁸ *Ivi*, 24, da cui è tratto il corsivo, e 96. E' esattamente il rovescio delle conclusioni cui si è giunti leggendo l'art. 77, comma 2, e l'art. 134: la validità non è condizione dell'efficacia di legge, ma all'opposto l'efficacia può venire meno in caso di invalidazione o accertamento dell'invalidità originaria.

atto sull'altro, di un *organo* sull'altro»²⁴⁹. Il che chiarisce che l'idea che sta sullo sfondo non è affatto la dottrina kelseniana, ove conta non tanto il grado quanto la condizionalità logica, al punto che Kelsen evita accuratamente la locuzione forza di legge, la quale pone il problema di riferire la forza al diritto²⁵⁰. E' piuttosto la difesa di quello – ancora molto – che resta della legge come atto sovrano e, comunque, come atto supremo o preminente nei confronti degli altri atti di cui dispone, perché pur sempre deliberazione dell'Assemblea rappresentativa del popolo sovrano²⁵¹.

8. L'apertura: il valore di legge

La critica all'iperbole, teorica e dogmatica, della forza di legge nella Costituzione vigente è tutt'uno con la critica alla gerarchia e alla pietrificazione costituzionale del sistema delle fonti primarie e sta in due passaggi: nella scissione tra «forza» e «valore» di legge e nella più decisa archiviazione della prima a favore del secondo.

Il primo movimento è proprio lo scarto tra il concetto di valore e quello di forza, seppure la Costituzione paia confonderli²⁵². Si identifica sempre la forza di legge con la «*particolare potenza*», con la forza, propria e tipica, «innovativa» del diritto specificatamente legislativo, con la forza 'attiva', che è la «possibilità» di «innovare» e «completare» l'ordine legislativo preesistente, ciò che la legge «è *in grado* di fare o non fare». Ma differisce dalla forza crisafulliana perché la forza di legge è, appunto, «possibilità», «capacità» di innovare e non necessità, «*effettiva innovazione*»²⁵³. Per necessità la legge non è 'norma', ma 'forma' di legge²⁵⁴: la legge è tale per la sua forma e non per la sua materia. In ogni caso, il «*valore giuridico* della legge», che è ciò che conta, è distinto. Il «*valore di legge*» è il «*regime tipico* dell'atto», ovvero il «*trattamento* che l'atto riceve in seno all'ordinamento», la sua forza 'passiva' particolare che consiste nella resistenza ad ogni forma di eliminazione che non sia una legge successiva o una sentenza della Corte costituzionale²⁵⁵. La prima, che non si identifica con la legge che è essenzialmente e necessitatamente forma, è la forza giuridica

²⁴⁹ G. QUADRI, *op. cit.*, 30 (l'enfasi è aggiunta).

²⁵⁰ *Ivi*, 31.

²⁵¹ *Ivi*, 33 e 37.

²⁵² La scissione è in A. M. SANDULLI, *Legge. Forza di legge. Valore di legge*, cit., 269 ss. Ritiene, però, indifferente l'uso che delle due espressioni farebbe il testo costituzionale ID., *Riserve di legge introdotte dalla costituzione e regolamenti anteriori*, in *Giur. cost.*, 1969, 2166.

²⁵³ A. M. SANDULLI, *Legge. Forza di legge*, cit., 272-3.

²⁵⁴ *Ivi*, 270.

²⁵⁵ *Ivi*, 273. Torna in ID., *Legge (Diritto costituzionale)*, cit., 632 e ID., *Fonti del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Utet Torino, 1961, 530 ss. Sandulli denomina, insomma, valore di legge ciò che per Esposito era la forza. Ma vedremo che quello che per il primo è la forza non corrisponde a ciò che per il secondo è lo «specifico valore della legge ordinaria».

materiale, il secondo la forza giuridica formale della dottrina tedesca. La legge parlamentare le possiede entrambe: la prima in potenza, la seconda in atto. Per gli atti del Governo, sfornito in origine di tale 'forza', bisogna distinguere perché la distinzione ha fondamento nel testo costituzionale. Il valore di legge non significa la capacità di fare leggi, quindi, la possibilità per il Governo di innovare il diritto legislativo, perché, se così fosse, il potere di emanare decreti con «valore di legge ordinaria» dell'art. 77, comma 1, sarebbe una inutile ripetizione della delega dell'esercizio della «funzione legislativa» dell'art. 76. Quella disposizione non è un doppione di questa soltanto ove se ne ricavi la norma che il Parlamento può consentire al Governo di emanare decreti con valore di legge ordinaria solo nei casi di delega dell'esercizio della funzione legislativa: i decreti del Governo possono avere valore di legge, e con esso il privilegio del suo trattamento, solo ove abbiano forza materiale di legge, con la conseguente esclusione dal regime proprio del valore di legge dei decreti nei casi in cui è consentita al Governo non l'innovazione dell'ordine legislativo, ma la sua esecuzione²⁵⁶. Se il decreto è sostanzialmente amministrativo, non può avere valore di legge: deve essere sindacabile dal giudice, ordinario o amministrativo, pena la violazione dell'art. 113 e abrogabile anche con atto non legislativo. In più, l'art. 75 consente l'abrogazione con deliberazione popolare solo della legge e degli atti con «valore di legge», cioè degli atti abrogabili con legge o invalidabili dal giudice costituzionale. L'art. 77, comma 2, invece, è una eccezione alla regola del primo comma, che vieta di attribuire valore di legge ad atti privi di forza di legge, perché nei casi dell'eccezione il Governo può emanare nella forma di decreti-legge, di decreti con valore di legge perché soggetti al regime della legge, «provvedimenti concreti non partecipanti della funzione legislativa, e cioè sprovvisti della forza di legge»²⁵⁷.

Tutto questo non esclude l'ammissibilità di regolamenti con forza di legge senza la delegazione, senza cioè la forma di legge: esclude solo che questi regolamenti abbiano valore di legge, godano della medesima forza passiva della legge. Quindi, il regolamento può avere attitudine ad abrogare la legge, ma quella attitudine non determina la parificazione di 'rango', perché la posizione nel sistema delle fonti dipende - non dalla forza innovativa dell'atto - ma dal valore dell'atto, dal suo trattamento e questi resta atto abrogabile anche da un atto diverso da quello legislativo e sindacabile da giudici diversi da quello costituzionale²⁵⁸.

²⁵⁶ Dunque, a dispetto dell'originaria critica alla concezione materiale della legge, molto si concede alla sostanza di legge.

²⁵⁷ A. M. SANDULLI, *Legge. Forza*, cit., 276.

²⁵⁸ Così A. M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, cit., 530 ss., secondo cui nei regolamenti «delegati» (o «liberi») sarebbe rinvenibile la forza di legge, ovvero la capacità innovativa delle fonti legislative, ma non anche il «valore» di legge. E' solo apparente la somiglianza con la tesi di C. MORTATI, *Atti con*

L'esito è la possibilità della dissociazione tra forza e valore di legge. L'una e l'altro si co-implicano nella legge parlamentare e nei decreti legislativi delegati al Governo. Si divaricano nei decreti-legge, che hanno valore ma non forza di legge e nei regolamenti delegati o liberi, che hanno forza ma non valore di legge.

Quella dissociazione chiude alla forza di legge perché la legge può essere tale, in quanto forma di legge, anche ove ne sia priva e la forza di legge può essere propria di atti diversi dalla forma di legge e apre al valore di legge. Ma mostra incoerenze.

Come la tesi crisafulliana, presuppone che la «forza» (e non il «valore») di legge sia il segno della funzione legislativa, della potenza di produrre stabilmente nuovo diritto legislativo e di resistere a tutto ciò che non è diritto legislativo. Ma, a differenza di quella, distinguendo il concetto di forza da quello di valore di legge a favore del secondo, si contraddice: se il valore di legge è la possibilità di invalidazione da parte della Corte e, quindi, al contrario, la sua validità, ciò basta a confutare che la legge sia 'forte' perché può essere abrogata, perdere efficacia, solo ad opera di una legge posteriore. In più, ri-scrive sia l'art. 77, comma 2, che l'art. 134 della Costituzione, che, invece, letteralmente, si riferiscono alla forza e non al valore di legge²⁵⁹. Escluso, però, che l'art. 134 sia regola costitutiva (né, come dicono gli analitici, *thetico*-costitutiva né *ipothetico*-costitutiva né *anankastico*-costitutiva) della forza/valore di legge, in quanto presuppone il proprio oggetto, finisce per dedurre il concetto normativo di valore di legge dal fatto – tutto sommato accidentale – che l'atto sia ritenuto dalla Corte costituzionale oggetto del proprio sindacato. Non si capisce cioè quale sia il valore di legge, meglio quale sia la ragione di quel particolare 'regime' o della sua assenza, di cui si registra la presenza o la assenza. Resta, quindi, valida l'obiezione di tautologia di Crisafulli²⁶⁰. In ogni caso, in questa riscrittura

forza di legge e sindacato di costituzionalità, cit., 52 ss., appunto perché i regolamenti «delegati» (o, come il Sandulli preferisce, «liberi»: *Fonti*, cit., 530 ss.) hanno forza di legge ma non anche «valore» di legge, perché sarebbero abrogabili da atti diversi da quelli legislativi e non sarebbero sindacabili della Corte. Resterebbe la domanda del perché, se i regolamenti possono avere forza di legge, dovrebbero avere il trattamento riservato alla legge solo quelli adottati previa delegazione.

²⁵⁹ E già C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., § 5, nota 31, opponeva che, seppure nella nostra Costituzione la parola «valore di legge» è adottata a volte (v., per esempio, nell'art. 87 comma 5 e forse anche nell'art. 89 comma 2) come sinonimo di «forza», «la dizione «forza» è più appropriata, tecnica, per esprimere i concetti svolti nel testo e perciò non deve essere sostituita dai giuristi con quella di «valore» nei casi in cui il legislatore abbia esattamente parlato di «forza di legge».

²⁶⁰ V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, cit., 96; ID., *Appunti di diritto costituzionale. La Corte costituzionale*, a cura di A. BALDASSARE, A. CERRI e F. MODUGNO, Bulzoni, Roma, 1968, 57. L'indeducibilità della forza o del valore di legge dalla sindacabilità degli atti da parte della Corte è stata ripresa da G. QUADRI, *op. cit.*, 2, nota 4, 3, nota 7, 22 e 23-4. L'obiezione non vale, però, nei confronti di C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., § 5, nota 27 e 29, che è vero che chiama forza di legge quel che Sandulli designa come valore, ma evita la tautologia in cui cade Sandulli, in quanto identifica la condizione negativa necessaria, anche se non sufficiente, degli atti con forza di legge nella natura di atti pubblici

l'art. 77, comma 2, sarebbe insensato o, per lo meno, inutile come potere dell'eccezione. Attribuirebbe al Governo, nel caso straordinario, il 'potere' di adottare decreti sottoposti al sindacato della Corte senza che abbiano la potenza di innovare o anche solo sospendere il diritto legislativo, ma solo di eseguirlo. Ma il Governo dispone già di quel potere nel caso normale, seppure ne sia diverso il sindacato giurisdizionale.

Se nella tesi crisafulliana il dispositivo, il meccanismo, era la forza di legge, ora è il valore. Ma neppure questo, escluso che sia «potenza», ha più nulla a che vedere con il «valore senza pari», con la qualità sovrana del potere rappresentativo.

9. La ri-conversione del valore di legge in 'regime'

In una declinazione più radicale della distinzione tra forza e valore di legge – e siamo al secondo passaggio – si è concluso che la forza (di legge) sia uno «pseudo-concetto»²⁶¹ o un «concetto ultimo», di cui non si può ricercare alcun senso. Predicata la forza-efficacia di legge quale attributo del singolo atto, dell'atto individuo e non del tipo, si cercano, in concreto, gli elementi costitutivi del «valore» legislativo originario, tratto dialetticamente dalla Costituzione e di quello derivato dalla legge, così da definire un criterio euristico per gli atti sindacabili dalla Corte²⁶². Così si tenta di superare la tautologia di definire atti sindacabili dalla Corte quelli dotati del valore di legge, se il valore risulta proprio da tale sottoponibilità. Si identifica, però, il valore di legge come «valore giuridico» della legge con l'esclusiva soggezione della legge al giudizio di conformità a Costituzione, di cui la legge è incessante e necessario svolgimento. Ma la lettera dell'art. 134 si riferisce alla «forza di legge».

Il passaggio dalla forza al valore di legge, con la emarginazione della prima, inizia con un discorso sulla (in)validità della legge. Il suo presupposto teorico è la fine della *force de loi*, del «valore supremo della legge» tratto, organicamente, «dalla superiorità, supremazia e sovranità degli organi che costituivano il potere legislativo»²⁶³. Solo la fine del diritto rivoluzionario consente, infatti, di porre il problema della invalidità della legge, della sua 'raffrontabilità'. Ma la legge non è naturalmente e geneticamente limitata: lo diviene ove il diritto positivo preveda o presupponga il raffronto, il sindacato, che implica una qualche differenziazione, una estraneità rispetto alla legge e al 'suo' organo. Il valore di legge è tratto dal giudizio della conformità-difformità della legge rispetto alla Costituzione che quel giudizio pone. Se si ricava dal giudizio di

che non siano giurisdizionali o amministrativi, quali quelli politici e di governo, in ordine ai quali, diversamente, non vi sarebbe sindacato e quella positiva nella provenienza da organi di governo.

²⁶¹ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II*, cit., 18, nota 24.

²⁶² *Ivi*, 17 e 21.

²⁶³ *Ivi*, 4.

validità, è la «relazione – che è la vera misura (μέτρον) - che si istituisce fra di loro»²⁶⁴. È la risultante della relazione posta nella Costituzione fra parametro e norma oggetto, tra cui corre una differenza logica ma non una superiorità ontologica del primo sulla seconda. Per effetto del giudizio di validità, la Costituzione ‘determina’ la legge, indeterminata, seppure esistente, prima del giudizio; reciprocamente, il giudizio di validità costituisce la superiorità logica della Costituzione, che non gli preesiste originariamente, ma ne deriva. Non vi è gradualismo tra l’oggetto e il parametro, ma vi è semplicemente la superiorità ternaria del giudizio, appunto «della relazione di misura su entrambi i termini»²⁶⁵. Se ne ricava la marginalità del criterio gerarchico nella risoluzione delle antinomie a favore della competenza, appunto perché non vi è, giusnaturalisticamente, una superiorità ‘innata’ – e men che meno presupposta, indimostrata, come nella dottrina kelseniana – della Costituzione ma solo derivata dal giudizio di validità²⁶⁶. La Costituzione è logicamente superiore perché il giudizio di validità della legge, nel diritto vigente, è predisposto e presupposto da norme costituzionali. Anzi, la superiorità è a tal punto logica che le disposizioni che istituiscono il sindacato di legittimità costituzionale della legge sono materialmente costituzionali, perché lo sono a prescindere dalla forma costituzionale. Il che implica che è costituzionale la norma che pone il giudizio di conformità della legge a qualsiasi parametro, sia esso o meno di ‘grado’ costituzionale. Non vi è, quindi, necessaria corrispondenza tra materia e forma costituzionale. Il discorso conduce dritto alla recisione del nesso tra rigidità costituzionale e sindacato costituzionale e, con essa, alla svalutazione della distinzione tra costituzioni rigide e flessibili, poiché il sindacato costituzionale è pensabile anche nella vigenza delle seconde. Ma, in altra direzione – quella che seguiamo – volge alla emarginazione del concetto di ‘forza di legge’, perché emargina il grado, la superiorità fondata sulla gerarchia delle forme. La forma costituzionale, differenziata dalla forma legislativa, non determina né una «maggiore forza», né una «maggiore efficacia», né una superiorità della Costituzione²⁶⁷. Tra l’una e l’altra non si può graduare la forza (e/o l’efficacia, ove questa sia intesa più estesamente della forza quale idoneità a produrre effetti giuridici anche nei confronti di atti disomogenei), perché è qualitativamente diversa. Contro la tesi crisafulliana, la forza può misurarsi solo tra atti omogenei, parordinati, perché l’atto dalla forma più complessa non può abrogare per ciò solo l’atto dalla forma più semplice. A forme diverse corrispondono forze diverse, irrafrontabili. A catena, la superiorità della Costituzione è la sua assoluta incondizionatezza e, al contempo, la sua condizionalità rispetto alla legge, perché

²⁶⁴ *Ivi*, 13.

²⁶⁵ *Ivi*, 30.

²⁶⁶ *Ivi*, 14, nota 29 e 28.

²⁶⁷ *Ivi*, 62-6.

crea la competenza legislativa. Il giudizio di legittimità costituzionale retroagisce, circolarmente, su quella superiorità, ne trae alimento ma, al contempo, la conferma. Se si uniscono le due premesse, se ne deduce che la superiorità della Costituzione è logica, perché, al fondo, dipende dalla pre-costituzione della legge e del legislatore e non già dalla forma, dal grado²⁶⁸.

Il punto di passaggio è il «valore» supremo della Costituzione, da cui dialetticamente, per opposizione, si giunge al «valore di legge». Può dirsi, innanzitutto, che il valore presuppone un riconoscimento, un parametro, è già da sempre attraversato da un titolo, dal diritto, laddove la forza è imposizione, fatto e che il valore è manifestazione di volontà, di positività e non di pensiero²⁶⁹. Ma, soprattutto, il «valore» costituzionale è la «Costituzione in senso sostanziale»²⁷⁰: a dire che il valore è la materia e non la forma costituzionale. Il presupposto è la dissociazione tra «forma e valore, e quindi tra forza e valore, ossia la indipendenza della rigidità del sistema costituzionale dal problema del sindacato di legittimità costituzionale»²⁷¹. E il processo costitutivo di quel «valore» si articola in tre momenti. Il primo è il condizionamento, la determinazione o la posizione da parte della Costituzione delle manifestazioni normative ordinarie, primarie e generali, dell'ordinamento giuridico: è il «principio della produzione normativa»²⁷², ovvero la attribuzione e regolazione della legislazione, in una la «struttura» della legislazione²⁷³. Seppure permangano divergenze nella concezione della norma fondamentale, della a-giuridicità del fondamento del diritto e della concatenazione produttiva, con l'inclusione del momento intermedio, pre-normativo, dell'indirizzo politico tra costituzione materiale e legislazione, l'idea non è poi così diversa dalla costituzione in senso materiale di Kelsen. Il secondo è l'apposizione di limiti di forma e sostanza al «prodotto» legislativo. L'ultimo è la conversione, la «attualizzazione» (della potenza) dei limiti in parametri di costituzionalità della legge, con la pre-costituzione o presupposizione del sindacato di legittimità costituzionale: la condizionalità della costituzione condiziona non solo l'esistenza, ma anche la legittimità della legge. Ma tra questi tre momenti non vi è successione cronologica e neppure logica, linearità di sviluppo unidirezionale, ma circolarità, diallelo, azione e retroazione reciproca. Se ci fermiamo al primo, la Costituzione è valore, è superiore perché costituisce la legislazione, ma questo significa che senza legislazione, senza il condizionato, la costituzione, il condizionante, non è e, a maggior

²⁶⁸ Invero, tutto questo è antikelseniano (come ritiene l'Autore, *ivi*, 69, nota 130) solo se si elide uno dei due sensi in cui Kelsen intende la gerarchia...

²⁶⁹ Lo si ricava *ivi*, 114-5.

²⁷⁰ *Ivi*, 112, nota 1.

²⁷¹ *Ivi*, 193, nota 13.

²⁷² *Ivi*, 111-3.

²⁷³ *Ivi*, 158.

ragione, non è ‘valore’: il valore della Costituzione, la stessa ‘materia’ costituzionale, sta tutto nella posizione che copre nella «relazione di condizionalità»²⁷⁴, che è quel tanto di gerarchia di cui ha bisogno anche il principio di competenza. Il che, ancora, implica che le norme sono sostantivamente costituzionali, ovvero lo sono per il loro contenuto e non per la forma e che le norme sostantivamente costituzionali sono necessarie. Ma perciò la legislazione non è la possibilità, quanto piuttosto la necessità contenuta nella Costituzione, da cui si deduce la sua possibilità²⁷⁵: l’eccezionalità, l’istantaneità e irripetibilità del momento costituente porta con sé, hegelianamente, la necessità della sua «negazione formale»²⁷⁶, ovvero la legge ‘ordinaria’, normale e ripetibile quale forma costituita di mantenimento e prosecuzione della Costituzione. Nel nostro discorso significa che il valore è concetto relazionale, laddove quello di forza implica la parità dell’atto e che, in ogni caso, il valore costituzionale non elimina il valore di legge, ma lo presuppone e, al contempo, lo determina²⁷⁷. E proprio perché la legislazione è necessaria prosecuzione della volontà costituente, per la prima vale il principio di conservazione, della invalidazione solo ove strettamente necessario²⁷⁸. Il valore costituzionale supera e al tempo stesso rinvia al valore di legge, perché la costituzione in senso materiale nel momento in cui costituisce la legge, che da quella così deriva, la limita, ma quei limiti esistono, sono pensabili come limiti, perché è presupposta la giustiziabilità di quei limiti che, nel sindacato, si convertono concretamente in parametro (anche solo materialmente) costituzionale.

Il passo per mettere ai margini del testo costituzionale la «forza di legge» ed esaltare il «valore di legge» è breve. La dissociazione tra forma e materia costituzionale, che è la dissociazione tra forza e valore, ove ciò che conta per la determinazione del parametro costituzionale è la seconda, esclude la deducibilità del valore costituzionale dalla corrispondente forza. Per la legge oggetto ‘vale’ lo stesso: la forza di legge non fonda il valore di legge. La critica alla forza di legge muove dalla critica alla *force de loi*, alla qualità dell’atto rappresentativo originario, in una Costituzione rigida, poiché si tratta di un concetto ultimo, a-relazionale, mutuato dalle scienze della natura, dalla meccanica, come tale inidoneo a connotare la legge che non è più sovrana, illimitata e incontrollabile. Se è la Costituzione, superiore, che differenzia, per forma e sostanza, le leggi, ciascuna con una propria sfera di competenza e quindi reciprocamente atipiche, la forza di legge non è più predicabile di un tipo, del tipo della legge

²⁷⁴ *Ivi*, 138.

²⁷⁵ *Ivi*, 131, nota 1 e 157.

²⁷⁶ *Ivi*, 159.

²⁷⁷ C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., 52, scriveva che la superiorità delle leggi costituzionali non si concreta nella eliminazione della supremazia delle leggi ordinarie.

²⁷⁸ F. MODUGNO, *L’invalidità della legge*, I, cit., 160, nota 16.

formale o di altri tipi, ma del singolo atto, del *token* e non del *type*²⁷⁹. Se il sistema delle fonti è sistema di competenze differenti, di fonti che si eccettuano reciprocamente, la nozione della forza di legge formale non serve più a nulla, non identifica più nulla, non ordina alcun sistema. Non lo ordina gerarchicamente perché il fondamento di validità è la Costituzione e non la legge, la validità della legge è distinta dalla sua efficacia e, comunque, non è la gerarchia, cui è legata la forza di legge come grado, a ordinare le competenze, ma la competenza in sé a proteggere dalle (e escludere le) fonti incompetenti. La forza di legge ordina ancora il sistema cronologicamente, risolve cioè il problema della successione delle singole leggi nel tempo. L'abrogazione risolve, infatti, la relazione nel tempo tra atti della stessa specie e non tra atti di tipo diverso, tra i quali non ha senso parlare di maggiore o minore forza ma di conformità logica di un tipo ad un parametro. E i tipi o le specie di atti legislativi sono «monadi prive di «finestre»»²⁸⁰, quindi l'atto di un tipo non abroga e non è abrogato da quello di un altro tipo. La legge non ha una maggiore forza e quindi non abroga il regolamento, ma ne è parametro di validità se così dispone il diritto positivo. Ma anche l'ordine cronologico, governato ancora dalla forza di legge che condiziona l'efficacia della singola legge, è ormai un ordine molto disordinato. Non vi è, infatti, una forza di legge ma molte forze di legge che sono tante quasi quanto le singole leggi²⁸¹. La forza di legge si identifica allora con l'efficacia – che a sua volta presuppone la validità – ovvero con l'applicabilità dei singoli atti «individui» che rientrano nella specie, prima che siano 'giudicati', muta da un atto all'altro e nel tempo e non gradua la diversa efficacia degli atti riconducibili ai differenti tipi. Quindi, la forza di legge non può fondare alcuna assimilazione e men che meno condizionare un certo trattamento o regime giuridico comune²⁸². Ha a che vedere con la esistenza-vigenza e l'efficacia di leggi, ma non ha nulla a che vedere con il loro controllo di validità.

Dissolto lo pseudo-concetto della forza di legge, quale presupposto del sindacato di validità degli atti legislativi, non resta che sostituirlo con quello di valore e cercare gli elementi costitutivi del «valore di legge» che è ciò che restituisce il trattamento o regime comune della legge. È il valore e non la forza che si riferisce al «tipo» di atto²⁸³. È la prosecuzione dell'idea sandulliana della

²⁷⁹ Come argomenterà diffusamente in F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, agg. I, Giuffrè, Milano, 1997, *passim* e ID., *Validità (dir. cost.)*, cit., *passim*.

²⁸⁰ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II*, cit., 19.

²⁸¹ Alle medesime conclusioni perveniva negli stessi tempi F. SORRENTINO, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, I, Giuffrè, Milano, 1970, 25 ss. e 49, che individuava «un disegno generale del costituente, diretto a realizzare una pluralità di fonti normative, intermedie tra la costituzione e il regolamento, differenziate nella loro forza formale», con la conseguente archiviazione del concetto di forza di legge, «inteso come capacità abrogativa e di resistenza tipiche».

²⁸² F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II*, cit., 13-9.

²⁸³ *Ivi*, 19, nota 28.

dissociazione tra forza e valore di legge, che arriva più radicalmente a concludere che i due termini sono talmente eterogenei che non ha neppure senso (né assimilarli né) distinguerli. Il valore legislativo o valore di legge è dialetticamente «negazione» e «sviluppo» del valore costituzionale²⁸⁴. È «direttamente derivato dalla Costituzione», e in questa misura «originario»²⁸⁵, ma ne è «svolgimento dialettico, ossia mediato attraverso una necessaria negazione»²⁸⁶. Anzi, prima del giudizio, il valore di legge è l'opposto del valore costituzionale da cui pure deriva: questo è il parametro di giudizio, quello è l'oggetto di giudizio, ciò che è, *a priori*, suscettibile di esserne oggetto. Il valore di legge è precisamente l'elemento condizionante la sindacabilità dell'atto solo dal giudice costituzionale, che è il guardiano di quella derivazione/opposizione, ed esclude ogni altra forma di sindacato²⁸⁷. Quell'elemento condizionante non dipende più dalla forza di legge perché si danno atti che innovano il diritto legislativo ma che non sono sindacabili nel giudizio costituzionale. Il valore di legge non ricorre nei regolamenti delegati, in quelli indipendenti e nelle sentenze di accoglimento, benché abbiano a rigore forza (almeno attiva) di legge. Ricorre, tutto al contrario, in atti che non innovano il diritto legislativo, ma che hanno la forma di legge dell'art. 80 e 81 Cost. o in atti che non hanno la forma di legge, come le deliberazioni monocamerali di inchieste su materie di pubblico interesse dell'art. 82 Cost. e gli atti politici e di governo sottratti alla giurisdizione amministrativa, quale la deliberazione dello stato di guerra dell'art. 78 Cost., poiché condizionano gli atti legislativi che sono, al pari, atti politici²⁸⁸. Ricorre anche in atti solo mediatamente subordinati alla Costituzione. Accanto al valore di legge originario, poiché direttamente derivato, seppure – in quanto concetto dialettico, quindi, «relazionale»²⁸⁹ - per negazione, dalla Costituzione, si dà il valore di legge derivato, perché veicolato, attribuito da una legge formale ordinaria, ma materialmente costituzionale. Il valore di legge deriva, è 'prodotto', sempre dalla Costituzione, ma immediatamente o mediatamente attraverso il valore di legge. Il primo è proprio delle leggi statali e regionali, il secondo degli «atti aventi forza di legge» dell'art. 134 Cost., assimilati alle prime, «assunte paradigmaticamente come dotate in principio di un tale valore»²⁹⁰. In una costruzione a cascata, il primo è servente e svolgimento necessario del valore

²⁸⁴ *Ivi*, 3.

²⁸⁵ *Ivi*, 6.

²⁸⁶ *Ivi*, 22.

²⁸⁷ Anche qui si tratta della riscrittura in valore di legge della forza di legge che per C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., § 5 e spec. 838, si identifica, quale regime giuridico comune degli atti legislativi, con la «applicabilità da parte dei giudici».

²⁸⁸ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II*, cit., 30-9.

²⁸⁹ *Ivi*, 48.

²⁹⁰ *Ivi*, 49.

costituzionale, il secondo è servente il valore legislativo originario²⁹¹. L'intermediazione della 'forma' di legge, però, è necessaria ma non sufficiente. È necessaria perché precede cronologicamente e/o logicamente l'atto con valore derivato. Così, la legge di delega precede cronologicamente e logicamente il decreto delegato, perché trasferisce il potere e la competenza legislativa e trasmette il proprio valore all'atto singolo²⁹². Parimenti, hanno valore legislativo derivato il referendum, a seguito della legge di attuazione prevista all'art. 75 Cost. e gli atti governativi in caso di guerra e di ratifica dei trattati internazionali, previa deliberazione delle Camere. La legge di conversione, seppure cronologicamente successiva all'esercizio provvisorio del potere d'urgenza, precede comunque logicamente il decreto-legge, di cui condiziona la validità che per ciò stesso preesiste alla legge di conversione, perché se non preesistesse il decreto legge non potrebbe essere, contro la lettera dell'art. 77, commi 2 e 3, efficace, provvisoriamente o meno²⁹³. Non è, però, sufficiente, perché la mediazione della legge deve essere fondata in Costituzione o in leggi formalmente costituzionali. Per questa ragione, la legge ordinaria, che è valore di legge originario, in assenza di fondamento costituzionale, non può attribuire ai regolamenti delegati valore di legge o la forza passiva di legge: la loro forza attiva di legge non è poi attribuito di un tipo di atti, ma è la forza occasionalmente posseduta dal singolo atto²⁹⁴. La distinzione tra i due tipi di valore legislativo è utile perché ha conseguenze normative: concorre alla determinazione del parametro di legittimità costituzionale²⁹⁵. Più precisamente amplia il parametro del sindacato di validità costituzionale, che include la forma costituzionale e la forma legislativa con sostanza costituzionale²⁹⁶. Per le leggi dotate di valore legislativo

²⁹¹ Per A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977, spec. 183 ss., si tratterebbe del ripristino di una qualche forma di gerarchia. L'obiezione pare condivisibile solo a patto che ci si intenda sul tipo di gerarchia. E' una gerarchia logica e non materiale. F. MODUGNO, *Validità (dir. cost.)*, cit., 46, chiarisce infatti che se «gli atti normativi primari (...) debbono essere conformi a norme condizionanti la loro validità-legittimità, tali norme non possono non essere, per il fatto stesso che condizionano norme primarie, in un senso del termine, super-primarie ossia sostanzialmente (logicamente) costituzionali». Quindi, legge di delega e decreto delegato sono tra loro formalmente pari-ordinati, ma la prima condiziona, nella forma e/o nella sostanza, la validità del secondo. La gerarchia qui è al più condizionamento logico. E se la gerarchia la si intende in senso logico-formale, come condizionalità tra norme, non è in questione la 'forza'. E' l'idea della legge illegittima, della legge che pone le condizioni della propria validità.

²⁹² Da qui il doppio fondamento del decreto delegato: in Costituzione e nella legge di delega che è valore materialmente costituzionale...

²⁹³ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II*, cit., 70-1. L'idea generale sottesa è che non è concepibile l'efficacia di un atto che sia privo di validità, seppure provvisoria o condizionata, quindi, ogni legge efficace è perciò stesso valida fino alla sua invalidazione: *ivi*, 97 e 227.

²⁹⁴ *Ivi*, 51.

²⁹⁵ *Ivi*, 52-54.

²⁹⁶ Lo scarto tra materia e forma/grado costituzionale e l'idea che la superiorità (logica) dell'atto derivi dalla prima e non dalla seconda è anche alla base della distinzione tra incostituzionalità in senso proprio, illegittimità costituzionale e illegittimità ordinaria della legge di P. PINNA, *La disposizione*

originario il parametro può essere costituito dalla Costituzione per forma o per materia, ovvero anche dalle leggi ordinarie ma sostanzialmente costituzionali; per gli atti aventi valore legislativo derivato il parametro è costituito solo dalla legge ordinaria che attribuisce loro il valore legislativo sulla base di una norma formalmente costituzionale e che è, al contempo, rispetto all'atto derivato, valore materialmente costituzionale. Ma le leggi che mediano il valore legislativo, seppure sostanzialmente costituzionali, non sono norme parametro rispetto al valore di legge originario e, reciprocamente, le altre leggi formalmente ordinarie, ma sostanzialmente costituzionali, non sono parametro del valore di legge derivato, che deve essere fondato nella forma costituzionale. In ogni caso, i casi in cui le leggi ordinarie sono parametro mostrano i segni della compresenza nel medesimo atto di valore (materialmente) costituzionale e valore di legge, dove l'uno si converte nell'altro²⁹⁷. Tra i due valori non vi è «reciproca esclusione ed incompatibilità, ma [...] derivazione e integrazione dialettica»²⁹⁸. Quella integrazione vive di certo nel valore di legge inteso come valore costituzionale derivato degli atti necessari adottati dal governo sulla base dei poteri conferiti dalle camere o del contenuto del referendum abrogativo rispetto alla legge successiva. Allo stesso modo, le leggi rinforzate nella forza passiva assumono valore costituzionale di parametro nel giudizio costituzionale delle leggi che ne violano le condizioni di modifica. Infine, la confusione – o meglio la compresenza – dei due valori è ancora più evidente negli atti, che non hanno forma legislativa, ma che proseguono o svolgono immediatamente la Costituzione. Così i decreti legislativi di attuazione degli statuti speciali mediano tra gli statuti speciali e leggi regionali (e statali): quindi, da un lato, ripetono da leggi formalmente costituzionali il valore legislativo, dall'altro, fungono da parametro, unitamente alle disposizioni statutarie che attuano, nei confronti delle fonti legislative. I regolamenti parlamentari in materia di formazione delle leggi dello

valida e la norma vera, cit., 117 ss. e 134 ss., che, però, sulla base della distinzione tra regole costitutive e regole regolative à la Searle, restringe – a differenza della conclusione cui giunge Modugno – la competenza della Corte alla sola illegittimità costituzionale, che presuppone che l'atto sindacato sia una legge, che non violi cioè la regola costitutiva della legislazione e che il parametro sia formalmente costituzionale.

²⁹⁷ La contiguità tra il valore di legge e il valore costituzionale è pensabile perché la materia costituzionale – e con essa quel tanto di superiorità logica che implica – non coincide con la forma costituzionale. A sua volta quella contiguità, che implica quella tra l'ordine costituzionale e l'ordine legislativo, fonda teoricamente l'apertura del livello primario del sistema delle fonti, secondo la riflessione più recente di F. MODUGNO, *Sul ruolo della legge parlamentare (considerazioni preliminari)*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2009, n. 3, 6 ss. Il valore di legge, che è svolgimento necessario della Costituzione e che, per questo, può essere valore materialmente costituzionale, sostiene la competenza della legge parlamentare a integrare la Costituzione con norme sulla produzione del diritto, incluse norme sulla normazione primaria e, quindi, a disporre di sé medesima, della sua forza ed efficacia tipica e a prevedere fonti primarie a sé concorrenziali, seppure al di fuori dei rapporti tra legislativo ed esecutivo o, comunque, più limitatamente, a integrare le regole costituzionali (non chiuse) sulle fonti.

²⁹⁸ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II*, cit., 109.

Stato partecipano del valore di legge, perché sono svolgimento necessario e diretto della riserva di competenza contenuta in Costituzione e non sono altrimenti sindacabili, dunque sono sindacabili dalla Corte costituzionale. Ma proprio perché destinatari di quella specifica competenza riservata, ne è al contempo predicabile il valore costituzionale limitatamente alla materia della formazione della legge, che li costituisce parametro (materialmente) costituzionale del sindacato di costituzionalità delle leggi statali ordinarie²⁹⁹.

Ecco che la scissione tra forza e valore di legge conduce, sebbene per altra via, alla ri-conversione del valore di legge in un 'regime'. Ma l'identificazione del «valore» di legge con l'esclusiva soggezione della legge al giudizio di conformità a Costituzione è paradossale. Più precisamente, ha un che di paradossale la conversione, in linea generale, del 'valore' in limite, misura, giudizio, e, in particolare, del valore legislativo in giurisdizione costituzionale. Pare, infatti, concettualmente sbagliata la conversione del valore di legge nel suo limite perché equivale alla conversione del principio democratico in quello del garantismo liberale³⁰⁰. E', in ogni caso, incoerente rispetto alle premesse teoriche da cui muove. La derivazione, seppure dialetticamente mediata dalla negazione, implica, piuttosto, in una qualche misura, l'unità concettuale tra valore della Costituzione e di legge. Dimostra che il valore costituzionale produce dinamicamente il valore di legge e che il valore di legge può essere valore materialmente costituzionale. Se questo prosegue quello, rendendo ordinario lo straordinario, duraturo l'istantaneo, normale l'eccezionale, devono essere fatti della medesima 'materia'. Il valore di legge può essere parametro e non (solo) oggetto del giudizio di validità. Ma allora il valore di legge è ciò che lega Costituzione e legge e non ciò che le oppone: tra le due vi è un legame genealogico e non oppositivo. La logica della nascita, dell'origine, è continuità, trasmissione di potenza e non apposizione di limite. Anzi, l'idea della legge come svolgimento necessario della Costituzione, che è valore perché condiziona la legge, quindi, non lo sarebbe se non vi fosse la legge ad attuarla, apre alla Costituzione come prima legge e alla legge come limite ad una attuazione della Costituzione che non sia mediante legge. Ancora, sembra testualmente infondata. Il testo costituzionale, agli artt. 134 e 136, non correla mai il valore di legge al controllo di costituzionalità. E' la forza di legge, secondo la nota e insuperata obiezione di Crisafulli, il presupposto del sindacato³⁰¹. Il che non significa che la forza di

²⁹⁹ *Ivi*, 121 ss.

³⁰⁰ E', invece, su questa idea che G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovratatuali*, Giappichelli, Torino, 2019, *passim* e spec. 201, nota, 102, argomenta il fondamento della riserva di legge nella idoneità dell'atto a costituire oggetto di sindacato costituzionale e, coerentemente, aderisce all'idea che il valore di legge non sia la potenza dell'atto, ma il suo regime tipico, il suo trattamento appunto.

³⁰¹ Né vale dire (F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II*, cit., 22-3, nota 33) che i due concetti vengono confusi nel testo che li usa indifferentemente, sovrapponendoli e usando forza di legge

legge sia il grado e che prescriva la gerarchia in base alle ‘forme’. Ma resta che il testo costituzionale impone di attribuire un significato alla locuzione coerente con il luogo della sua scrittura. È estranea alla giurisprudenza costituzionale, da cui pure la tesi trae gli elementi costitutivi di quel valore³⁰². Infine, per il metodo empirico che pratica, questa teoria non fonda una ‘dottrina’ del valore di legge. Seppure affermi che il valore di legge preesiste al sindacato, ricava i criteri che svelano gli indizi dell’immanente valore di legge *ex post* dalla giurisprudenza costituzionale³⁰³. Allo stesso modo ricava dall’esistente, dalle decisioni di fatto adottate dalla Corte la conclusione che la forza di legge non ha conseguenze normative: i regolamenti delegati e i regolamenti indipendenti, pur avendo forza di legge, non hanno il valore legislativo necessario a radicare la competenza della Corte, perché così ha statuito la Corte. Ma così si desume dall’empiria un dover essere. Al contrario, per dimostrare che la forza di legge non condiziona il valore di legge, deve dirsi perché i regolamenti delegati, pur avendo, in ipotesi, la forza di legge, non siano sindacabili dalla Corte e non già che non hanno valore di legge perché non sono di fatto sindacati.

Ma questa scissione e la ri-conversione che ne è seguita ci consentono l’ultimo, decisivo, passaggio.

10. La (forma di) legge è il valore

Profittando della critica alle teoriche della forza di legge come ‘potenza’, impensabile nella scissione tra efficacia e validità della legge, e della rivalutazione del valore di legge contro la forza, si conviene che sia corretto separare il valore dalla forza di legge, ma ciò senza eliminare nessuno dei due termini, perché sono entrambi diritto vigente.

Si reimposta la questione in questi termini, cercando di spiegare, di ‘dare ragione’ del testo costituzionale a partire dal testo, che lascia un interstizio all’*auto-nomia* del valore di legge dalla forza, ma nella direzione della identificazione tra valore e legge, nel senso che la legge è il valore e non già nella conversione del valore di legge nel suo sindacato.

Nella Costituzione l’art. 134, comma 1, lett. a), dispone che la «forza di legge» dell’atto è il presupposto dell’ammissibilità del sindacato di legittimità costituzionale. Quindi, il testo costituzionale lega la forza di legge (e non il

sempre e solo nel senso di valore di legge. Il giurista deve, infatti, trovare una forma nel caos, deve evitare la confusione. In ogni caso, se li usa indifferentemente, potrebbe a rovescio usare valore di legge sempre e solo nel senso di forza di legge.

³⁰² Cfr. Corte cost., sentt. nn. 183 del 1973 e 170 del 1984, che attribuisce ai regolamenti comunitari «forza e valore di legge» e al contempo ne esclude, in quanto atti di ordinamento separato da quello nazionale, la soggezione al sindacato di costituzionalità della Corte.

³⁰³ *Ivi*, 46. Da qui la critica di empirismo totale che alla tesi muove V. MARCENÒ, *La legge abrogata*, cit., 22.

valore) al suo trattamento, al suo regime tipico di dichiarazione di invalidità costituzionale. Cosicché la forza di legge consiste nella esecutorietà della legge da parte dell'amministrazione e nell'applicabilità da parte dei giudici, prima del sindacato della Corte o per lo meno nell'impossibilità di una disapplicazione da parte dei giudici indipendentemente dal giudizio costituzionale. Ma, proprio perché la forza di legge è il presupposto (minimo) dello specifico sindacato di validità costituzionale, è tutto da dimostrare che la legge è forte perché è sindacabile dal giudice costituzionale. Al contrario, se la forza di legge è condizione necessaria della competenza della Corte, sotto quella soglia non vi è il privilegio del giudice speciale. In più, non è detto che l'unica forma di invalidità della legge sia quella di incostituzionalità, vale a dire che non siano giustiziabili forme di illegittimità della legge differenti dall'illegittimità costituzionale o che, ammessa la legge illegittima, l'illegittimità semplice sia attribuita alla competenza esclusiva del giudice costituzionale³⁰⁴.

Cosicché la forza di legge non è potenza ma, al contrario, efficacia provvisoria. E' la precaria idoneità di un atto ad essere legge o a sostituire, quindi in un certo modo a violare, la legge, ma che, per la sua ambiziosa pretesa, deve subire il sindacato delle leggi. Se non ha quella pretesa, non soggiace a quello speciale 'regime'.

L'art. 77 è, invece, la base testuale che consente di fondare e argomentare l'autonomia del valore di legge dalla forza e che autorizza il giurista, senza abbandonare il proprio ufficio, alla ricerca di senso di quella differenza. È l'unica disposizione che nel proprio corpo usa nel primo comma *valore* di legge e nel secondo comma *forza* di legge, distinguendo atti che in altri luoghi sono indistinti. Secondo il primo comma, a seguito della delegazione delle Camere, i decreti hanno «valore di legge ordinaria». Significa che il decreto legislativo, preceduto dalla legge parlamentare di delegazione, è esercizio di funzione legislativa, in una forma che eccepisce la regola dell'art. 70. E' legislazione, quindi, modifica, abroga leggi, innova l'ordine legislativo esattamente come la forma di legge. E ha «valore di legge» perché, nonostante non abbia la forma dell'art. 70, modifica con effetti permanenti il diritto legislativo. Il secondo comma dispone, invece, che i provvedimenti «provvisori» del Governo, nei casi straordinari di necessità e di urgenza, hanno «forza di legge». Escluso che il secondo comma dell'art. 77 sia un'eccezione al primo comma, che a sua volta è un'eccezione all'esercizio della funzione legislativa da parte delle Camere, è coerente ritenere che la *forza* di legge del decreto d'urgenza, che è provvedimento «*provvisorio*», sia qualitativamente diversa dal *valore* di legge (del decreto delegato). Se questo è legislazione, è sensato che quello non sia esercizio di funzione legislativa. Il decreto-legge è *provvedimento* perché *provvisorio*,

³⁰⁴ Prova il contrario P. PINNA, *La disposizione valida e la norma vera*, cit., 109 ss.

quindi la «forza di legge» è precisamente l'inidoneità a 'stabilire' nuovo diritto legislativo, è atto commissario e non sovrano. In una, la forza di legge è meno del valore³⁰⁵. Al contempo, il comma 2 dell'art. 77, non autorizza il Governo a produrre diritto legislativo, ma esclude che il Governo possa adottare provvedimenti di necessità ed urgenza che sospendono il diritto legislativo vigente che non abbiano la forza di legge, nel senso, cioè, che non siano sottoposti al regime proprio degli atti di quella specie. E', invece, la legge di conversione e non il decreto del Governo che produce il diritto legislativo, perché la legge è il valore. Prova ne è che il testo discorre di «conversione» (e non di conferma, approvazione o ratifica), che postula – sin dall'originario significato religioso – un mutamento, una trasformazione di qualità: appunto dalla forza al valore di legge. Il decreto-legge non è allora affatto un'eccezione all'art. 70, ma è l'eccezione alla regola che nei casi normali i decreti del Governo non possono violare la legge, ma solo eseguirla. Nell'eccezione lo possono fare ma a due condizioni. Data la contingenza e la 'provvisorietà', derogano o, meglio, presupponendone la vigenza, sospendono l'efficacia della legge ma non innovano permanentemente il diritto legislativo³⁰⁶. In ogni caso, per poterlo fare, per potere essere parificati alla legge, soggiacciono al sindacato di validità che la forza di legge porta con sé e presuppongono, fin dalla loro adozione, la legge che li convertirà in un atto di differente qualità.

È una possibilità, una piega, del testo non contraddetta dall'art. 87, comma 5, che aggiunge ai «decreti aventi valore di legge» i regolamenti: i decreti con forza di legge sono per lo meno regolamenti, quindi emanabili dal Presidente della Repubblica. È confermata dall'art. 75: l'«abrogazione» si riferisce ad atti

³⁰⁵ Al contrario per C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., § 5, spec. 836-8 e ID., *Elemento soggettivi*, cit., 1079, la caratteristica della legge ordinaria, indicata con il termine «valore», lo specifico «valore della legge ordinaria», è un *minus* rispetto alla forza di legge dell'art. 77, in quanto il governo provvede «con forza di legge oltre il valore delle leggi ordinarie». L'art. 77 non attribuisce ai decreti del Governo, privi di delegazione, «una presunta particolare forza di legge ordinaria», ma «distinta nella seconda parte la forza di legge (di qualsiasi specie di legge in generale) dallo specifico valore della legge ordinaria, riconosca che il Governo possa adottare in caso di necessità e di urgenza provvedimenti aventi la forza della legge in generale e cioè comune alle leggi statali di ogni specie, ordinarie o costituzionali, ed inoltre alle leggi regionali». Alla medesima conclusione perveniva L. ELIA, *Dal conflitto di attribuzione al conflitto di norme*, in *Giur. cost.*, 1965, 149, nota 8.

³⁰⁶ P. PINNA, *Lo stato d'eccezione e il decreto-legge*, cit., 7-8. Pare giungere alla medesima conclusione, seppure discorra di abrogazione e reviviscenza delle disposizioni, appunto provvisoriamente, abrogate, anche L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1986, 239: «i provvedimenti provvisori, prima della loro conversione in legge, non possono fondare situazioni giuridicamente consolidate. La stessa abrogazione di preesistenti discipline legislative stabilita da decreto-legge cede il passo alla reviviscenza di quelle disposizioni non appena si accerti la mancata conversione». Ma, anche ad ammettere la reviviscenza delle disposizioni abrogate in caso di abrogazione della disposizione abrogante, pare assai più semplice immaginare la reviviscenza di una disposizione nel caso della sua sospensione: V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II, I, L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, Appendice di aggiornamento, Cedam, Padova, 1993, 32.

che hanno «valore di legge» perché, a rigore, si abroga solo ciò che non è provvisorio, che è permanente; ciò che è eccezionale, provvisorio, termina da sé. Non è decisa dall'art. 89, comma 2, che accomuna e non distingue ai fini della controfirma gli atti che hanno «valore legislativo» e gli «altri indicati dalla legge». Né lo decide la legge: l'art. 5, comma 1, lett. d), l. n. 400 del 1988, come l'art. 89, indica genericamente gli atti che hanno «valore o forza di legge e, insieme con il ministro proponente, gli altri atti indicati dalla legge»; al pari, la lett. c) si riferisce indistintamente ai «decreti aventi valore o forza di legge» e, comunque, ai regolamenti governativi da emanare con decreto del Presidente della Repubblica³⁰⁷. In ogni caso, se anche la legge disponesse diversamente, si tratterebbe di un fatto che, in quanto tale, non potrebbe mettere in discussione la bontà della tesi della distinzione tra forza e valore di legge.

Non modificano i termini della questione, ma sono una conseguenza della sua soluzione, neppure le disposizioni costituzionali che – si dice – fondano leggi *atipiche* e, più precisamente, leggi *formali*. Sostenere che in esse vi sia divaricazione tra forza e valore, perché a diversità di forza corrisponderebbe la stessa forma e il medesimo valore, implica aver distinto il valore dalla forza e risolto che cosa sia il valore di legge, identificandolo con la forma distinta dalla materia³⁰⁸. Ma ciò è proprio quello che va dimostrato.

L'esito testuale è esattamente il rovescio della identificazione della forza di legge con la potenza e del valore di legge con il suo limite. Il valore di legge è la potenza, l'atto sovrano di fare e disfare leggi, la forza di legge è il 'regime', il limite. Ne derivano conseguenze normative immediate per le fonti del diritto e per la giustizia costituzionale.

In ordine alle prime, la distinzione spezza la categoria unitaria degli atti con valore o forza di legge. Può darsi il caso di atti che hanno il valore ma non la forza di legge, come i regolamenti delegati o, viceversa, atti che hanno la forza ma non il valore di legge, come il decreto-legge oppure atti che hanno la forza e il valore di legge, come il decreto legislativo delegato.

La fondazione nel testo costituzionale di una distinzione tra forza e valore di legge pone, da un nuovo punto di vista, il rapporto tra decreto d'urgenza e legge di conversione. La giurisprudenza costituzionale sottende, in linea generale, l'idea che il decreto-legge sia un'eccezione all'art. 70 e da quella idea ne desume, variamente, i limiti e il sindacato in caso di 'eccesso' di potere legislativo. Da quella idea deriva la trasmissibilità dei vizi del decreto-legge alla legge di conversione e, quindi, la traduzione dei limiti al decreto-legge, alla sua

³⁰⁷ Sono, invece, queste le due disposizioni di legge ordinaria che, assieme alla rubrica dell'art. 16, l. n. 400 del 1988, hanno condotto R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., 110, a definire bizantinismi i tentativi di distinguere il valore dalla forza di legge.

³⁰⁸ F. MODUGNO, *Legge – Ordinamento giuridico*, cit., 15, 57 e 60 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II*, cit., 69, 71 ss. e 217.

convertibilità, in limiti alla funzione legislativa del parlamento, la omogeneità della seconda al primo, la sua limitata emendabilità e così via. Ma se il decreto-legge non è esercizio di funzione legislativa in una forma diversa dalla legge parlamentare, ne cade il presupposto. Così, la sua adozione in assenza del caso straordinario di necessità ed urgenza è invalida poiché l'unico caso in cui al Governo è consentito di sospendere il diritto legislativo è il caso di eccezione, ma a rigore non altera «il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie»³⁰⁹. L'atto che produce diritto legislativo non è, infatti, il decreto-legge ma la legge di conversione, il che porta a dire che nel più ci sta il meno e che, quindi, la legge di conversione può avere qualche particolarità, qualche atipicità procedurale, ma, poiché ha valore e non (solo) forza di legge, può fare, disporre, più di quello (o almeno quello) che ha 'forza' di fare il decreto-legge. Ne deriva la messa in discussione della sindacabilità della legge parlamentare di conversione per i vizi derivati dal decreto d'eccezione o, comunque, dell'idea che la legge di conversione sia la mera forma di 'approvazione', di convalida, del decreto e non già una legge sostanziale. In una, dal 'valore' della legge di conversione rispetto alla forza di legge del decreto si ricavano argomenti che sostengono l'intrasmissibilità dei vizi del decreto-legge alla legge di conversione, l'emendabilità del decreto con la legge di conversione, la possibile eterogeneità della legge di conversione rispetto al contenuto del decreto-legge, etc... Né è argomento contrario l'ultimo alinea dell'art. 77, comma 3, che prevede espressamente la possibilità di regolare con legge parlamentare i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti. E', al più, un argomento a favore della generale irretroattività della legge, inclusa quella di conversione.

Si dirà, realisticamente, che questa dottrina non argina l'abuso della decretazione d'urgenza, non limita l'emarginazione progressiva della legge parlamentare e, quindi, 'normalizza' l'eccezione. Ma anche a voler includere in una dottrina del diritto positivo argomenti di politica del diritto, si osserva che quell'argomento è pericoloso, per il fine che persegue, per due ragioni. Primo, nella ricostruzione che qui si propone il decreto d'urgenza non è appunto una legge; non è una eccezione all'art. 70, ma è meno di una legge parlamentare. Quindi, con quel decreto il Governo non sostituisce affatto il potere legislativo. Al contrario, se si ritiene che tra l'uno e l'altra vi sia «interrelazione» reciproca³¹⁰, che sola sostiene l'idea della invalidità derivata della seconda dal primo, è difficile negare che sono simili, così 'valorizzando' inintenzionalmente il decreto del Governo. Questo non sarebbe solo condizionato, ma anche condizionante la legge. Così, però, si riferiscono al decreto-legge, che è solo

³⁰⁹ Tra le molte Corte cost., sent. n. 171 del 2007.

³¹⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 22 del 2012.

provvisoriamente derogatorio della legge, effetti che l'art. 77 attribuisce alla legge di conversione e a quest'ultima presupposti e requisiti di validità che l'art. 77 riferisce a quello, rafforzando il decreto del Governo e de-potenziando la legge parlamentare. Secondo, se si afferma che la legge parlamentare di conversione è sindacabile sulla base del medesimo parametro del decreto del Governo, vale a dire sulla base della sussistenza del caso straordinario di necessità e urgenza dell'art. 77, comma 2, parrebbe che la competenza sull'eccezione sia una competenza tipica, esclusiva, del Governo e che il Parlamento non abbia una competenza generale. Ma se, invece, coerentemente con la forma di governo parlamentare che si vuole conservare, si afferma che il Parlamento – e non solo il Governo – può provvedere sull'emergenza perché può fare leggi, quindi può pure sospenderle, può revocarsi in dubbio che si possa sindacare la legge parlamentare, anche se di conversione, in forza dei presupposti che l'art. 77, comma 2, impone al decreto del Governo. Se poi il Parlamento, in sede di conversione, 'funziona' male, se la deliberazione parlamentare 'di fatto' è una ratifica del decreto del Governo, che non si avvale delle virtù della dialettica parlamentare, questo non pare un argomento valido per interpretare il diritto positivo.

Per le stesse ragioni, se si distingue tra forza e valore di legge, è coerente interpretare l'art. 77, comma 2, non già come la norma che esclude la competenza del Parlamento a provvedere sulla e nell'emergenza, considerato – se non altro – che è il Parlamento che converte il decreto-legge, ma come la norma che esclude che, «quando» il Governo decida che sussiste il caso straordinario e che è necessario derogare/sospendere la legge vigente, questi possa adottare provvedimenti che non abbiano la forza di legge, cioè, che non siano sottoposti al regime tipico proprio degli atti di quella specie, ovvero all'emanazione da parte del Presidente della Repubblica, al sindacato da parte della Corte costituzionale e alla conversione in legge³¹¹. Si può al più ammettere che, in materie non riservate alla legge, il Governo disponga con atto avente forza di legge (o il Parlamento con legge) la sospensione della legge vigente e attribuisca al Governo l'atto amministrativo del caso concreto. Ma in tal caso il giurista deve verificare che l'atto amministrativo sia legittimo (ovvero conforme alla legge o al decreto-legge che ha disposto o autorizzato a provvedere in deroga), proporzionato, ragionevole, congruo, etc...

Ancora, l'eterogeneità tra forza e valore di legge esclude la sovrapposibilità

³¹¹ Sul decreto-legge come forma costituzionalmente imposta per la normazione d'emergenza del Governo M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, 1177. Al contrario, sull'ammissibilità di ordinanze d'urgenza derogatorie del diritto legislativo l'ampio studio di A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, 366 ss.

tra limiti al decreto-legge e al decreto legislativo. Una materia non è delegabile al Governo nei casi in cui la Costituzione non consente l'eccezione alla forma di esercizio della funzione legislativa dell'art. 70. Ma se il decreto-legge non è fonte del diritto legislativo, non è una eccezione alla regola dell'art. 70, i limiti ad eccepire quella regola non valgono per il decreto-legge. Se ciò che produce diritto legislativo è la legge di conversione, il decreto-legge, che produce solo l'effetto sospensivo, potrebbe ammettersi anche nei casi in cui non è consentita la delega legislativa, purché la legge di conversione rispetti la forma dell'art. 70 o, addirittura, nei casi in cui è prescritta, la riserva di assemblea³¹².

In ordine alla giustizia costituzionale, fornisce un criterio normativo per individuare gli atti sindacabili dalla Corte, perché il tipo di sindacato dipende dalla forza e non dal valore. Intesa la prima non già quale innovatività o primarietà, ma quale efficacia provvisoria a valere come legge, ne deriva che, a diritto costituzionale vigente, non sono sindacabili dalla Corte né ciò che non esiste come fatto legislativo o legge delegata, né i regolamenti del governo che, fuori dal caso del decreto d'urgenza, non sono abilitati a sospendere la legge, né i regolamenti parlamentari, riservatari della competenza a regolare la formazione della legge, etc... Se non hanno forza di legge sono sindacabili dal giudice comune o dai giudici speciali (diversi dalla Corte) dell'ordinamento.

Ma può andarsi più a fondo nelle implicazioni della fondazione dell'autonomia del 'valore di legge'. Lo scarto tra forza e valore può fondare una teoria normativa (del valore) di legge contro il fatto della sua caduta tendenziale di valore³¹³.

Concettualmente il valore è non solo qualcosa di diverso dalla forza, ma qualcosa di 'più', se si presuppone l'inferiorità per il diritto della fattualità, della forza, rispetto al dover essere. Intuitivamente, la differenza è il plus-valore ravvisabile nella previa delegazione delle Camere e precisamente nell'autorizzazione con deliberazione del Parlamento, quindi nella 'forma' di legge.

La Costituzione, agli artt. 77, comma 1, e 87, comma 5, attribuisce il «valore di legge ordinaria» o «valore» legislativo a decreti del Governo. L'art. 77, comma 1, precisa che al valore di legge, all'unità di misura, sono equiparati, ma ad una condizione, atti del Governo, che, pur non essendo leggi, *valgono* come se fossero leggi. La condizione dell'*equi-valenza*, della co-esistenza in un non-rapporto di indifferenza, tra decreti/atti del governo e legge è la previa deliberazione legislativa del Parlamento. Ciò significa che la legge è costituita dal testo costituzionale quale valore, è valore *costituito*: nel valore *di* legge la

³¹² Non è, quindi, detto che il divieto dell'art. 15, comma 2, lett. b), l. n. 400 del 1988, di provvedere con decreto-legge nelle materie indicate nell'articolo 72, quarto comma, della Costituzione sia direttamente deducibile dalla Costituzione.

³¹³ Questo l'auspicio che muove da tempo le sconsolate, ma non arrendevoli, considerazioni di P. CARETTI, *La "crisi" della legge parlamentare*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2010, n. 1.

legge non ha valore ma è il valore, l'ideal-tipo, il modello, il parametro a cui commisurare il differente, il decreto del governo, che non è deliberazione parlamentare, ma ciononostante *ha* valore di legge, può fare ciò che fa la legge, perché partecipa, appunto, del medesimo 'valore'. Significa che la legge è il dover essere, il *sollen*. Ma la legge è identificata, costituita, nel testo come una forma: secondo la regola costitutiva dell'art. 70, è legge la deliberazione collettiva dell'Assemblea rappresentativa. Se si concatena, se ne ricava, come soglia minima, che la forma di legge è il valore o che la legge è valore in quanto forma³¹⁴. Ne segue che, nella Costituzione, il valore di legge rinvia ad una teoria formale del valore e che il legame sociale, *rappresentato* nella deliberazione legislativa parlamentare, si fonda su una forma e non su una sostanza. Ma, più precisamente, dagli artt. 70 e 77, comma 1, si trae che il valore (di legge) è una forma rappresentativa³¹⁵ e non identitaria. La legge è, infatti, atto dell'Assemblea rappresentativa e non del popolo rappresentato. E non vi è una regola di diritto positivo che attribuisca alle deliberazioni del popolo «l'effetto di leggi» e che disponga che il Parlamento, solo in casi eccezionali, può adottare deliberazioni con tale effetto, «*come se* fossero state poste dal popolo stesso»³¹⁶. È precisamente lo scarto tra principio rappresentativo e principio democratico, tra governo repubblicano e governo popolare. Potrebbe obiettarsi che, in virtù dell'art. 75, il popolo partecipa della funzione legislativa mediante il referendum abrogativo, che è, almeno potenzialmente, fonte del diritto, più specificatamente atto con 'forza' (se non con 'valore') di legge, perché abrogare – sulla scia delle *Lezioni* di Crisafulli – non significa «non disporre» ma «disporre diversamente». Con la conseguenza che non avrebbe molto senso distinguere tra disporre in negativo e disporre in positivo. Ma, con poca originalità³¹⁷, anche il referendum è atto *rappresentativo*, in quanto implica sempre forme di

³¹⁴ Se la legge vale come legge in quanto forma, è sbagliato sia qualificare legge (e predicarne il valore) ciò che non ne ha la forma (come è accaduto nella sentenza n. 7 del 1978), sia immaginare un atto con forma di legge, ma privo – per il contenuto 'amministrativo' - di valore di legge (come accaduto nella decisione n. 225 del 1999). Una legge senza valore è, per il testo vigente, un paradosso: sul punto è fondata la critica mossa da A. SIMONCINI, *La legge "senza valore" (ovvero della necessità di un giudizio sulla ragionevolezza delle scelte normative)*, in *Giur. cost.*, 1999, 2024 ss., seppure poi l'autore intenda il valore di legge come esclusiva assoggettabilità al sindacato della Corte costituzionale.

³¹⁵ Benchè converta il valore in regime, F. MODUGNO, *Legge*, cit., 23-4, ricava dall'art. 137, comma 2 e soprattutto dall'art. 77 «l'esistenza di un "valore" giuridico assegnato propriamente alla legge "ordinaria" e, per meglio dire, si ricava da entrambe il collegamento tra il "valore" e la forma dell'atto legge». E proprio la «medesimezza» di forma di legge, ovvero l'identità dei soggetti o meglio l'identità di natura del soggetto deliberante, che è sempre rappresentativa, lega leggi ordinarie, costituzionali e regionali e ne giustifica lo stesso trattamento.

³¹⁶ Vale così ancora H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, Milano, Giuffrè, 2013, 698.

³¹⁷ Attingendo alla nota tesi elaborata da M. LUCIANI, *Il referendum abrogativo. Commento dell'art. 75*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 2005, e già prima da E. BÖCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *Quad. cost.*, 1985, 227 ss.

rappresentazione, di mediazione, che escludono l'immediata dedità del popolo.

Si 'spiega' così il testo costituzionale vigente. La forza di legge è efficacia, esecutorietà, applicazione e non innovazione perché non è qualità del potere rappresentativo, non è potere iniziale, ma è predicato di un decreto del governo. Al contrario, il valore di legge è potenza, creazione, in quanto forma rappresentativa. E', alla fin fine, una riscrittura nella Costituzione della *force de loi*³¹⁸: il valore è dell'atto, ma deriva dall'organo, che detiene il potere originario, fondativo, di fare la legge.

Il testo autorizza la posizione della questione che la forma di legge è il valore, ma non è sufficiente per chiuderla e per cogliere tutte le implicazioni di una dottrina interpretativa del 'valore di legge'. Il passaggio successivo è capire perché, se il sovrano è, per l'art. 1 della Costituzione, il popolo rappresentato, la norma ricavabile dagli artt. 70 e 77, comma 1, Cost. costituisce la deliberazione del rappresentante come «il valore» (di legge). Ma quest'ultimo passaggio esige una diversa e più complicata genealogia, quella del valore di legge.

³¹⁸ L'idea trova conferma nella circostanza che nella tradizione, nella legge n. 100 del 1926 e nell'art. 2 delle Preleggi, che avevano intenzionalmente archiviato la *force de loi*, si predicava, senza distinzione, la *forza* di legge di entrambi i decreti.