

Diritto Pubblico

2010

3

La novazione dello Statuto dopo i plebisciti
Considerazioni sul codice del processo amministrativo
Interesse legittimo e responsabilità patrimoniale
Actualité du droit administratif français 2010



il Mulino

VALERIA MARCENÒ

UNA «RIDEFINIZIONE» DELLA TEORIA DELLA VALIDITÀ DEL DIRITTO SECONDO LUIGI FERRAJOLI

Sommario: 1. La teoria della validità in Luigi Ferrajoli: il diritto illegittimo. - 2.1. Una risposta alla fallacia normativistica: il superamento dell'ossimoro kelseniano attraverso la dissociazione nel diritto tra validità e vigore. - 2.2. Cosa determina l'appartenenza di una norma all'ordinamento giuridico? - 2.3. L'endemica contraddittorietà tra le norme: vizi fisiologici (e non patologici) dell'ordinamento giuridico. - 2.4. Smagliature nella rete: antinomie e lacune «strutturali». - 3. La non presunzione di validità delle leggi: validità e efficacia tra effetti sincronici e effetti diacronici. - 4. «Le garanzie della regolarità»: a chi spetta colmare le lacune o annullare le antinomie? - 5. Conclusioni.

1. *La teoria della validità in Luigi Ferrajoli: il diritto illegittimo.* - «La normatività consiste [...] nella virtuale divaricazione deontica tra dover essere e essere, tra norme e fatti. Ove questa divaricazione non esistesse perché ciò che è argomento della regola è necessario (come per esempio nella norma 'è obbligatorio respirare') vivremmo in un mondo deonticamente perfetto, che sarebbe però un mondo non deontico, nel quale non avrebbe senso parlare di regole. Ove poi questa divaricazione fosse non virtuale ma necessaria e insuperabile, perché ciò che è argomento della regola è impossibile (come per esempio nella norma 'è vietato respirare'), vivremmo in un mondo deonticamente irrealizzabile, ma parimenti non avrebbe senso parlare di regole»⁽¹⁾.

Questo il fulcro della teoria della validità del diritto in Luigi Ferrajoli: la constatazione che l'ordinamento giuridico deve la propria prescrittività a quella che l'autore chiama «divaricazione deontica» tra ciò che è e ciò che deve essere, più precisamente, in uno stato costituzionale di diritto, tra l'essere legislativo e il dover essere costituzionale, tra il diritto esistente e il diritto legittimo.

Pur riprendendo la costruzione kelseniana che distingue le norme sulla produzione del diritto dalle norme di produzione del diritto, Ferrajoli arricchisce - o meglio, ritiene che il costituzionalismo come teoria

⁽¹⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 71, nota 16.

del diritto abbia arricchito, nel senso di integrato e completato – i concetti di norma sulla produzione del diritto e di validità: nell' un caso, sommando alle norme sulla produzione delle forme le norme sulla produzione della sostanza; nell' altro, dissociando la categoria della «validità»⁽²⁾ da quella della «esistenza» (termine al quale l' autore preferisce quello di «vigore»). Detto sinteticamente: una legge è valida non più soltanto se le sue forme sono conformi alle norme procedurali sulla sua formazione, ma anche se i suoi contenuti sono coerenti con i principi di giustizia costituzionalmente stabiliti; una legge è valida «non già semplicemente perché vigente, cioè emanata nelle forme che consentono di riconoscerne l'appartenenza a un dato ordinamento, ma solo se, per di più, è coerente, quanto ai contenuti o significati, con le norme costituzionali di grado ad essa sovraordinato»⁽³⁾. Il diritto illegittimo – o meglio, il diritto vigente ancorché illegittimo, «vera contraddizione in termini secondo il paradigma paleo-giuspositivista dello stato legislativo di diritto, nel quale validità e vigore delle leggi coincidono a causa dell' assenza di norme di grado sovraordinato alle leggi»⁽⁴⁾ – si impone nella teoria del diritto come una virtuale e fisiologica conseguenza della teorizzazione del di-

(2) L' ambiguità del termine «validità» e la necessità di distinzioni concettuali e terminologiche sono state dimostrate ampiamente dalla dottrina di ispirazione analitica, seppure non tutti gli studiosi si sono spinti fino a teorizzarne la diversità rispetto al concetto di esistenza. V., ad esempio, N. BOBBIO, *Il ragionamento del giurista* (1955), in P. COMANDUCI - R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Torino, Giappichelli, 1989, pp. 161 ss., il quale, nell' affermare che la dimostrazione della validità di una norma giuridica passa attraverso due regole, quella della validità formale e quella della validità materiale, ritiene altresì che dimostrare la validità di una norma vuol dire dimostrare la sua esistenza (da dimostrazione della validità di una norma è la condizione della sua efficacia», p. 171). Per una distinzione tra i due concetti v., invece, E. BUYGIN, *Tempo e validità*, in ID., *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 65 ss., e ID., *Il positivismo giuridico*, a cura di P. Chiassoni, R. Guastini e G. B. Ratti, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 60 ss. e 221 ss. (il quale individua due significati descrittivi di validità, l'apparenza e l'applicabilità e considera l'esistenza funzione della appartenenza); R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in A. CICU - F. MESSINEO (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 129 ss.

(3) L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 138, nota 13 «l'esistenza delle norme non dipende dalla loro coerenza ma unicamente dalla loro produzione ad opera di atti normativi formalmente validi, sicché possono ben esistere, insieme agli atti che le producono, norme in contrasto tra loro».

(4) L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 17.

sivello normativo e della conseguente divaricazione tra norme costituzionali sulla produzione e norme legislative prodotte⁽⁵⁾.

2.1. *Una risposta alla fallacia normativistica: il superamento dell'ossimoro kelseniano attraverso la dissociazione nel diritto tra validità e vigore* – Una dissociazione, quella tra esistenza e validità, e una integrazione, quella tra validità formale e validità sostanziale, che permettono, secondo Ferrajoli, di superare la fallacia normativistica⁽⁶⁾ in cui il paleopositivismo era caduto: quella che impedisce di riconoscere l'esistenza di norme vigenti, anche se invalide. Si tratta di un' evidente contrapposizione alla teoria della validità del diritto di Hans Kelsen, seguita da Adolf Merkel.

Sia Ferrajoli, che Kelsen ricorrono, per descrivere il rapporto che intercorre tra una norma di grado superiore e una norma di grado inferiore al concetto di «regolarità»⁽⁷⁾. Solo che per Kelsen, la regolarità si esaurisce nel rapporto di «corrispondenza» della forma dell' atto a quella predisposta dalla norma sulla produzione che la prevede⁽⁸⁾; per Ferrajoli,

(5) L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Ghur. costi.*, 2010, p. 2816.

(6) L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, introduzione*, vol. I, cit., p. 42.

(7) H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, in ID., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1981, 148; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., pp. 498, 520 s., 523 s. («l' inosservanza di una norma sulla produzione – quella di una qualsiasi norma sostanziale consistente nell' innocenza e quella di taluna delle norme formali consistente nella diffonità – non incide necessariamente sull' esistenza, ma solo sulla regolarità degli atti, dando luogo all' esistenza di decisioni o di atti formali vietati, o [...] «invalidi», per vizi nel primo caso relativi al significato e nel secondo alla loro forma»).

(8) H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., pp. 152 ss., laddove, affermata la necessità di distinguere la forma della legge ordinaria dalla forma della legge costituzionale, forma quest' ultima utilizzata anche per l' adozione di norme che non rientrano nella costituzione in senso stretto (non solo, quindi, regole sugli organi e sui procedimenti legislativi, ma anche elenco di diritti fondamentali), precisa, da un lato, che la non-regolarità può avere sia natura procedurale che natura sostanziale, ma dall' altro che tale distinzione «è però ammissibile solo con la riserva che la cosiddetta incostituzionalità materiale è in definitiva anch' essa incostituzionalità formale, nel senso che una legge il cui contenuto è contrario alla costituzione non sarebbe più incostituzionale qualora fosse votata come legge costituzionale» (p. 154); ID., *Chi deve essere il custode della costituzione?*, in ID., *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 246 s. («Anche quando, infatti, una legge è incostituzionale perché ha un contenuto incostituzionale, essa è incostituzionale già per il solo fatto di non essere stata adottata come legge di modifica della costituzione»).

invece, accanto a questo rapporto di conformità si profila quello di «non contraddittorietà» (o di coerenza) del suo significato rispetto alle norme sostanziali sulla produzione. Ciò che per Kelsen era un ossimoro (il diritto invalido), per Ferrajoli è una fisiologica conseguenza del modello deontico.

Al modello paleogiuspositivistico – in virtù del quale «il minimo scostamento» dalle determinazioni contenute nelle norme giuridiche determinanti (o, secondo l'espressione kelseniana, nelle regole sulla produzione) si configura «come un vizio giuridico che ha come conseguenza la nullità dell'atto in questione nel senso della giuridica inesistenza»⁽⁹⁾ – Ferrajoli fa seguire un sistema giuridico «dotato di una maggiore complessità, a causa dei requisiti da esso imposti non solo alla forma degli atti di produzione del diritto quali condizioni della loro esistenza o positività, ma anche alla loro sostanza, cioè ai loro effetti o significati – siano essi norme, o situazioni o *status* – quali condizioni della loro validità e legittimità»⁽¹⁰⁾. Un sistema di diritto positivo la cui specificità sta – per la parte che qui rileva – nella constatazione che «il 'vigore' (in quanto esistenza) e la 'validità sostanziale' (in quanto coerenza) non solo non coincidono ma virtualmente divergono negli stati costituzionali di diritto, ove il vigore (o l'esistenza) di norme di leggi invalide perché antinomiche (o incoerenti) con norme superiori è la conseguenza e insieme il prezzo dei vincoli sostanziali oltre che formali imposti alle prime dalle seconde»⁽¹¹⁾.

Su queste categorie, le loro definizioni e implicazioni torneremo nel corso di queste note. Ciò che al momento sembra interessante mettere in evidenza è che della divaricazione deontica tra validità e vigore generata, secondo Ferrajoli, «da un secondo»⁽¹²⁾ mutamento della norma di ricono-

⁽⁹⁾ A. MERKL, *Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto*, in *Id., Il duplice volto del diritto* (1931), a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1987, p. 63.

⁽¹⁰⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 486.

⁽¹¹⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 119.

⁽¹²⁾ Il primo mutamento è generato «dalla nascita del diritto moderno come diritto positivo, che ha nel principio di legalità, e non già nell'intrinseca giustizia, la sua meta-norma di riconoscimento. «*Auctoritas, non certitas facit legem*» è la formula hobbesiana di que-

scimento della validità giuridica, intervenuto con la stipulazione in costituzioni rigide di limiti e vincoli sostanziali alla produzione legislativa»⁽¹³⁾, potevano scorgersi dei segnali già nella letteratura giuridica italiana dello stato legislativo di diritto.

Che l'esistenza di un atto coincidesse con la sua validità formale era opinione diffusa: una legge poteva dirsi esistente in quanto legalmente formata; una legge poteva dirsi appartenente all'ordinamento giuridico, cioè valida, in quanto giuridicamente esistente. In ciò stava la sovrapposizione delle due categorie, richiamata da Ferrajoli, propria della concezione giuspositivistica. E ciò sembrerebbe trovare conferma nel fatto che era pacificamente riconosciuto all'autorità giudiziaria il compito di contestare il concorso, nella formazione della legge, della volontà di tutti e tre gli organi legislativi (Camera e Re) – sebbene con il limite della insindacabilità della funzione di ciascun organo.

Ma il dogma dell'onnipotenza parlamentare, cui corollari erano la natura flessibile dello Statuto Albertino e l'insindacabilità della costituzionalità delle leggi – in quanto privi, il primo, di una previsione normativa che ne disciplinasse le procedure di revisione e, le seconde, di limiti materiali – non impedì a una parte della dottrina dell'epoca di dibattere della possibilità che la legge potesse essere sottoposta ad accertamento dell'esistenza di limiti come condizione di validità, della natura di questi limiti e dell'organo competente a sindacare questa validità⁽¹⁴⁾.

Dibattere sulla giustiziabilità delle leggi – nel senso che la loro validità potesse dipendere dalla loro conformità a prescrizioni «più alte» – voleva dire riconoscere l'esistenza (o perlomeno dubitare dell'inesistenza) di limiti giuridici alla produzione legislativa ordinaria non solo formali, ma anche materiali. Discutere dell'esistenza di limiti materiali voleva dire ri-

sta meta-norma: una norma giuridica esiste ed è valida non perché è vera, o giusta o ragionevole, [...] bensì perché posta dall'autorità legittimata alla sua produzione, quali che siano i suoi contenuti, nelle forme previste da un'altra norma dell'ordinamento cui appartiene» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 16).

⁽¹³⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 17.

⁽¹⁴⁾ Sul tema sia consentito rinviare a V. MARCENÒ, *La neutralizzazione del potere giudiziario. Regole sulla interpretazione e sulla produzione del diritto nella cultura giuridico-italiana tra Ottocento e Novecento*, Napoli, Jovene, 2009.

dimensionare la portata dello stesso dogma della onnipotenza parlamentare e, dal punto di vista della teoria del diritto, introdurre elementi di differenziazione tra il concetto di validità e quello di esistenza della legge: una legge non avrebbe più potuto essere considerata valida solo in quanto esistente, ma anche in quanto rispettosa del contenuto normativo di disposizioni gerarchicamente superiori.

Preludi alla divaricazione deontica possono riconoscersi nell'invito, rivolto ai giudici, all'interpretazione degli atti legislativi «adeguata» allo Statuto albertino⁽¹⁵⁾; nel passaggio dalla concezione della sovranità dello stato come legislatore alla concezione della sovranità dello stato come legge⁽¹⁶⁾; nel tentativo di enucleare il contenuto del «limite delle attività avverse alla Costituzione»⁽¹⁷⁾, attraverso l'elaborazione di formule che racchiudessero, sintetizzandolo, quel contenuto⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁵⁾ G.B. UGO, *Sulle leggi incostituzionali*, Macerata, Stab. Tipografico Mancini, 1887, p. 190; «ove il significato sia dubbio non si deve ad esse [leggi] dare una interpretazione la quale sia contraria a quanto è contenuto nella Tavola fondamentale, perché è da presumere che il Parlamento abbia voluto rispettarla. Anzi conviene andare ancora più oltre: quando il disposto di legge sembri incostituzionale, e tuttavia in quello stesso disposto di legge vi sia qualche appiglio per dargli un significato che non sia in contraddizione collo Statuto, oppure quest'appiglio si possa trovare in alcuna delle parti della legge in questione, si dovrà accogliere l'interpretazione che non contraddica al Patto fondamentale». Parole sovrapponibili a quelle più volte ripetute dalla Corte costituzionale: «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali».

⁽¹⁶⁾ Per quanto qualunque norma fosse concepita come tangibile, potendo essere sempre modificata dal suo stesso autore, veniva instaurandosi, sulla scia della teoria di Georg Jellinek, un nuovo modo di descrivere il rapporto tra l'autore della norma e la norma stessa: «l'intenzione, colla quale egli creava[va] la norma, [poteva] essere di volerla preservare da qualunque manomissione, e di volerla quindi rispettare egli medesimo» (G. BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, Torino, Utet, 1913, pp. 22 s.).

⁽¹⁷⁾ La formula è il titolo del volume di L. MINGUZZI, *Il limite delle attività avverse alla Costituzione*, Milano, Ulrico Hoepli ed., 1899.

⁽¹⁸⁾ Alcuni individuavano il limite giuridico materiale alla onnipotenza parlamentare nella «forma politica dello Stato» (L. MINGUZZI, *Il limite delle attività avverse alla Costituzione*, cit., p. 103); altri nelle «strutture monarchico-costituzionali fondate dallo Statuto» (SAREDO G., *Abrogazione delle leggi*, in *Dir. it.*, 1884, p. 126); altri ancora nella mera «esistenza dell'ordinamento», da intendersi come l'insieme degli elementi essenziali dell'ordine giuridico (A. BRUNIALTI, *Formazione e revisione delle costituzioni moderne*, in *Scelta collezione delle più importanti opere moderne italiane e straniere di scienze politiche e amministrative*, II serie, vol. II, Torino, Ure, 1894, p. LXXXVIII; A. CRISCUOLI, *La promulgazione nel diritto pubblico moderno*, Napoli, Tip. Rocco, 1911, *passim*; A. FERRACCIU, *Norme e riforme costituzionali in Italia (a proposito del nuovo concetto di legge costituzionale)*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti*, vol. II, Padova, Cedam, 1931, pp. 404 s.). Formule che permettevano di sostenere non tanto la irrevocabilità delle singole di-

È chiaro che queste considerazioni ripropongono il tema della natura dello Statuto albertino, la cui flessibilità è argomentata sulla base dell'assenza di un procedimento di revisione costituzionale diverso da quello di formazione della legge ordinaria e di un organo terzo rispetto al potere legislativo investito del controllo sulla conformità/coerenza costituzionale delle leggi. L'importanza che, come vedremo, Ferrajoli riconosce agli strumenti di garanzia – e la constatazione della loro assenza nelle costituzioni liberali – induce l'A. ad accogliere la tesi della flessibilità delle costituzioni ottocentesche: verrebbe da dire, della «naturale flessibilità» delle carte costituzionali, imperfette dal punto di vista della giustizia costituzionale e prive di contenuti inviolabili⁽¹⁹⁾.

Ma se si concorda con l'idea che la distinzione tra costituzioni rigide e costituzioni flessibili sia, dal punto di vista della natura delle costituzioni, ormai priva di fondamento, e che possa semmai «valere come definizione stipulativa per indicare [nei moderni stati rappresentativi] [...] la presenza o meno delle specifiche istituzioni di garanzia elaborate contro il dogma della sovranità parlamentare, e cioè la presenza di procedure aggravate di revisione accompagnate dal controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi»⁽²⁰⁾, brandire il principio per cui la legge *superiorum non recognoscit* per connotare – e quindi distinguere – lo stato legislativo di diritto risulta una freccia spuntata: da un lato, sembra non tenere in dovuta considerazione il dibattito sulla positivizzazione delle co-

sposizioni statutarie – la cui tangibilità per via ordinaria era pacifica, data la mancata previsione del procedimento di revisione costituzionale – quanto la irrevocabilità delle sole condizioni essenziali della costituzione (che ovviamente potevano variare da stato a stato). Alla flessibilità o elasticità delle singole disposizioni statutarie veniva pertanto affiancandosi – non sostituendosi – la rigidità del contenuto essenziale dell'intero documento costituzionale, «perché gli statuti furono fatti per impedire ai governi di andare indietro, ma non di andare avanti» (Parole dell'On. Crispi del 23 giugno 1881, riportate da V. MICELI, *Incostituzionalità*, in *Enc. giur. it.*, vol. VIII, Parte I, 1902, p. 765).

⁽¹⁹⁾ Tale posizione è ribadita di recente in *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2009, pp. 274 s., laddove l'A., proponendo la revisione di termini di uso corrente, ricorre alla formula «stato legislativo di diritto» – in opposizione a «stato costituzionale di diritto» – per designare stato di diritto privo di costituzione o dotato di costituzione flessibile.

⁽²⁰⁾ M. DOGLIANI, *Teoria della Costituzione e giustizia costituzionale*, in P. CARNEVALE - C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 40 s.

siddette norme sulle norme; dall'altro, sembra non accorgersi della insufficienza degli argomenti addotti a revocare in dubbio la superiorità delle disposizioni di rilevanza costituzionale, al contrario reputate essenziali per l'esistenza stessa dell'ordinamento giuridico e riconosciute come tali da tutti gli appartenenti al gruppo sociale.

2.2. Cosa determina l'appartenenza di una norma all'ordinamento giuridico? - Nel lessico della dottrina costituzionalistica è diffusa, consapevolmente o inconsapevolmente, l'idea, di kelseniana provenienza, che l'appartenenza di un atto normativo all'ordinamento giuridico dipenda dalla sua validità: ciò che è valido, nel senso di rispettoso delle sue norme sulla produzione, è parte del sistema giuridico; ciò che al contrario è invalido, non è parte dell'ordinamento, è giuridicamente inesistente. Consegue a questa impostazione l'idea per cui l'invalidità di un atto legislativo configura un vizio *patologico* dell'ordinamento giuridico: l'atto invalido non avrebbe dovuto essere adottato e deve pertanto essere eliminato *ex tunc* attraverso strumenti di garanzia.

La distinzione concettuale di Ferrajoli tra esistenza e validità implica una revisione della descritta costruzione teorica.

«Perché un atto formale esista», sostiene Ferrajoli, è «necessario e sufficiente [...] che non tutte ma almeno alcune delle sue forme - quelle che lo rendono riconoscibile e intelligibile come dotato di significato giuridico - siano conformi alle relative norme formali»⁽²¹⁾. «Perché un atto formale sia valido si richiedono [...] due ordini di condizioni: che non alcune ma tutte le sue forme siano conformi alle norme formali che lo prevedono; e che, ove si tratti di una decisione⁽²²⁾, esso sia dotato di *al-*

⁽²¹⁾ «*Quod principi placuit legis habet vigorem*», dice la classica massima di Ulpiano: purché, evidentemente, sia almeno riconoscibile, da qualche sua forma di espressione, «*quod principi placuit*» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 528).

⁽²²⁾ Ferrajoli distingue, tra gli atti formali, le «decisioni», intendendo con questo termine quelle «manifestazioni di volontà in ordine non solo all'*in* ma anche al *quid* dell'atto, cioè al suo contenuto o significato. Sono sempre decisioni di qualcosa: e questo qualcosa, perciò soggetto a norme deontiche di grado sopraordinato, è il significato prescrittivo consistente nella situazione o nella norma che ne è effetto» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., pp. 508 s.).

meno un significato coerente con tutte le norme sostanziali sulla sua produzione»⁽²³⁾.

Discendono da queste affermazioni alcune considerazioni.

a) Esistenza e validità non solo non coincidono, ma la prima è presupposto necessario della seconda: una legge, prima ancora di essere valida, deve essere esistente. b) È l'esistenza, quindi, - e non la validità - a determinare l'appartenenza di un atto all'ordinamento giuridico, potendone far parte atti non validi. c) Pur essendo le categorie di esistenza e di validità formale accomunate dal requisito della *forma*, esse differiscono per il grado di osservanza delle norme formali da esse richieste⁽²⁴⁾: mentre la prima «ne designa quel minimo di conformità senza cui non esiste né forma né atto formale, la seconda consiste nella loro conformità a tutte le norme sulla formazione dell'atto»⁽²⁵⁾. d) La distinzione tra validità formale e validità sostanziale è di carattere qualitativo, «riguardando i diversi argomenti con riferimento ai quali esse sono predicabili»⁽²⁶⁾: mentre la validità formale atiene alla *conformità* degli atti rispetto a tutte le forme per essi prescritte, la validità sostanziale atiene alla *coerenza* di *almeno* un significato rispetto a tutte le norme sostanziali sulla loro produ-

⁽²³⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 528.

⁽²⁴⁾ La distinzione concettuale tra validità formale e esistenza/vigore non era così ben definita in L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, ove Ferrajoli identificava il vigore con la validità formale e riservava «l'uso della parola «*validità*» alla validità anche sostanziale delle norme prodotte, cioè dei loro significati o contenuti regolativi» (p. 353). L'attuale costruzione sembra rispondere alle perplessità allora mosse da Guastini: «Ferrajoli restringe il concetto di validità alla sola assenza di vizi materiali, e autonomizza l'assenza di vizi formali chiamandola «vigenza». Ma anche l'assenza di vizi formali è una componente della validità in senso pieno. [...] Ciò sembra suggerire l'opportunità di ridefinire la nozione di vigenza. Forse, si potrebbe dire che vigenza sia l'assenza non macroscopica di vizi formali, nel senso che una norma può venire ad «esistenza» anche se formalmente invalida: basta solo che almeno alcune meta-norme sulla produzione siano osservate (anche se non è facile precisare quali)» (R. GUASTINI, *I fondamenti teorici e filosofici del garantismo*, in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Le ragioni del garantismo discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 62); e da M. JORI, *La citata e la forma*, in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Le ragioni del garantismo discutendo con Luigi Ferrajoli*, cit., pp. 81 ss.

⁽²⁵⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 532.

⁽²⁶⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 533.

zione. e) Validità formale e validità sostanziale sono entrambe dipendenti dall'esistenza, ma tra loro indipendenti, potendo esistere una norma valida formalmente ma non sostanzialmente, e viceversa. f). Invalidità formale e invalidità sostanziale sono strutturalmente asimmetriche: «l'invalidità formale consiste nell'esistenza di una qualche difformità (o non osservanza) della forma di un atto da una norma formale» – non di tutte, perché altrimenti si parlerebbe di inesistenza; «l'invalidità sostanziale consiste nell'incoerenza (o non osservanza) di tutti i significati associabili a una decisione con una qualche norma sostanziale»⁽²⁷⁾.

L'esistenza di un atto formale designa, quindi, l'appartenenza all'ordinamento giuridico di un determinato segno o atto linguistico pur se scorrettamente formato; la validità formale la *correttezza*, cioè il carattere di segno *ben formato*; la validità sostanziale la *adeguatezza*, cioè il carattere di segno, almeno in un suo significato, *coerente* a tutte le norme sostanziali sulla produzione.

Non sfugge però all'A. la difficoltà pratica per la teoria di identificare con precisione le forme essenziali all'esistenza e quelle richieste per la validità formale, e quindi, i difetti che compromettono la prima e quelli che compromettono soltanto la seconda⁽²⁸⁾.

2.3. *L'endemica contraddittorietà tra le norme: vizi fisiologici (e non patologici) dell'ordinamento giuridico.* – La scissione tra esistenza e validità di una norma rende esplicito il modello deontico alla base della costru-

⁽²⁷⁾ «Perché un atto sia formalmente invalido è quindi sufficiente, oltre che necessario, che anche una sola delle sue forme sia difforme dalle – ovvero che non tutte le sue forme siano conformi alle – sue norme formali. Perché una decisione sia sostanzialmente invalida è invece necessario, oltre che sufficiente (non che uno solo ma) che tutti i significati ad essa associabili siano incoerenti – ovvero che nessuno di essi sia coerente – con le sue norme sostanziali. L'invalidità è conseguentemente un concetto ancor più complesso di quello di validità, consistendo, da un lato, nella conformità dell'atto a quei minimi requisiti di forma richiesti quali condizioni della sua esistenza o vigore e, dall'altro, nella difformità di una sua qualche forma oppure nell'incoerenza di tutti i significati ad esso associabili rispetto alle norme, formali o sostanziali, sulla sua produzione» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 539).

⁽²⁸⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., pp. 532 ss. e 537 («Possiamo solo dire [...] che le forme che condizionano il vigore sono almeno alcune di quelle previste dalle norme formali, e che perciò di non vigore o di inesistenza può sicuramente parlarsi solo se non ne ricorre nessuna. In tutti gli altri casi parleremo, a proposito degli atti vigenti o esistenti, di non validità, formale e/o sostanziale»).

zione teorica di Ferrajoli: ciò che è non necessariamente coincide con ciò che deve essere.

Ma Ferrajoli sembra andare oltre l'impostazione giuspositivistica dalla quale prende le mosse. In un sistema nomodinamico, tra le «figure deontiche» e le sue attuazioni intercorre, più che una relazione di «dover essere» ed «essere», una relazione di «dover essere» e «poter essere»: «date le prime, è sempre possibile che esistano ma anche che non esistano le seconde: dato un obbligo o un divieto, per esempio, è sempre possibile che se ne diano sia l'ottemperanza che l'inottemperanza; data una norma deontica, è sempre possibile che ne ricorra l'osservanza o l'inosservanza»⁽²⁹⁾.

Ciò significa che, a differenza di quanto comunemente sostenuto dalla dottrina costituzionalistica, la divergenza tra quanto deonticamente determinante e quanto deonticamente determinato si configura in termini non di patologica, bensì di *fisiologica* conseguenza della divaricazione deontica. E quella che è stata definita la «endemica contraddittorietà tra le norme»⁽³⁰⁾: antinomie tra norme e lacune normative «non solo di fatto esistono, ma non possono non esistere tra norme di diverso livello a causa del divario che sempre virtualmente esiste tra dover essere normativo ed essere effettivo»⁽³¹⁾. Entro certi limiti⁽³²⁾, l'ineffettività della norma – la sua inosservanza per errata attuazione (antinomia) o per mancanza di attuazione (lacuna) di un dover essere costituzionale – è inevitabile, fisiologicamente connessa alla stessa struttura deontica del diritto. Ritornano le parole con cui si sono aperte queste note: la normatività del diritto consiste nella *virtuale* divaricazione deontica tra dover essere costituzionale ed essere legislativo.

⁽²⁹⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 684.

⁽³⁰⁾ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., pp. 360 s.

⁽³¹⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., pp. 27 s.

⁽³²⁾ «Oltre tali limiti l'ineffettività è patologica e il diritto entra in crisi, venendone meno la capacità regolativa» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 452). «I vizi sono un portato fisiologico – che può diventare, oltre una certa misura, un fenomeno patologico – della normatività del diritto nei confronti di se medesimo, e perciò della inevitabile divaricazione tra il suo dover essere e il suo essere nell'ambito stesso dell'esercizio dei poteri di produzione ontologica» (in 545).

2.4. *Smagliature nella rete: antinomie e lacune «strutturali»*. - La rete dell'ordinamento giuridico - per utilizzare espressioni di Ferrajoli - presenta quindi necessariamente delle «smagliature»: «buchi» nella rete, ossia l'assenza degli atti normativi che ottemperano le norme di livello superiore; «strappi» nella rete, ossia la presenza di un atto il cui contenuto sia in contrasto con le norme ad essi sopraordinate⁽³³⁾.

Non ogni incompatibilità tra norme e non ogni mancanza di norma assurge però a «vizio giuridico». Esplicitamente discostandosi da un linguaggio consolidato⁽³⁴⁾, Ferrajoli qualifica come vizio solo quelle antinomie e quelle lacune connesse ai dislivelli normativi («cioè alla violazione - le une per commissione e le altre per omissione - di norme di grado «sopraordinato»⁽³⁵⁾ e non immediatamente solubili dall'interprete in sede di applicazione. Sono quelle che Ferrajoli chiama antinomie e lacune «strutturali» (o «in senso forte»), per contrapporle a quelle che, essendo predicabili in riferimento a norme del medesimo livello, sono risolvibili dall'interprete, le prime, mediante il ricorso al criterio cronologico e al criterio di specialità, e le seconde, con il ricorso all'argomento analogico (antinomie e lacune «in senso debole»).

Una norma posteriore, così come una norma speciale, non è una norma illegittima prodotta da un atto invalido: è una norma che abroga, la prima, la norma anteriore e deroga, la seconda, la norma generale, l'ac-

⁽³³⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., pp. 441 ss.

⁽³⁴⁾ «Secondo le nozioni correnti, le antinomie e le lacune non sono sempre predicabili con riferimento a livelli o gradi normativi diversi, né consistono necessariamente in vizi non eliminabili dall'interprete in sede di applicazione. Oltre alle antinomie qui definite tra norme di grado diverso, risolte con l'annullamento della norma inferiore, vengono infatti considerate, di solito, «antinomie» anche quelle tra norme del medesimo livello, solubili con il criterio cronologico della prevalenza della legge successiva su quella antecedente, e di quello di specialità della prevalenza della legge speciale su quella generale. E vien di solito chiamata «lacuna» qualunque mancanza di norme, pur se solubile anch'essa dall'interprete con il ricorso all'analogia o ai principi generali del diritto. Naturalmente possiamo ben chiamare *antinomie lacune in senso debole* anche queste imperfezioni, in aggiunta a quelle qui definite, che potremmo invece chiamare *antinomie e lacune in senso forte o in senso stretto o strutturali*. [...] L'importante è che sia chiara la profonda differenza strutturale, di solito ignorata, delle antinomie e delle lacune in senso forte da quelle in senso debole [...]» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 689).

⁽³⁵⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 687.

certamento della cui abrogazione o derogazione rientra nei compiti dell'interprete in sede di applicazione del diritto al caso concreto⁽³⁶⁾. Allo stesso modo, l'assenza di una norma non costituisce, nel rapporto tra fonti di pari grado, indebita omissione, semplicemente perché - direbbe Ferrajoli - la legge non può imporre alcunché al legislatore ordinario.

Alle antinomie e lacune *apparenti*, risolvibili dall'interprete, Ferrajoli oppone le antinomie e lacune *reali*, la cui soluzione implica, diversamente dalle prime, l'alterazione del diritto vigente⁽³⁷⁾. Diversamente dalle prime, le seconde non solo devono essere rimosse attraverso uno specifico atto (declaratoria di incostituzionalità nel caso delle antinomie, intervento del legislatore nel caso delle lacune), ma tale rimozione è necessaria perché la norma costituzionale inosservata sia applicata⁽³⁸⁾.

La distinzione concettuale tra antinomie/lacune strutturali, e quindi reali, e antinomie/lacune deboli, e quindi apparenti, certamente offre ai teorici del diritto uno strumento per classificare le inosservanze nell'ordinamento giuridico. Ma ciò che particolarmente interessa è la constatazione secondo la quale «unità, completezza e coerenza non [sono] connotati, bensì requisiti dei sistemi giuridici»⁽³⁹⁾. Se, infatti, le omissioni invalide e le commissioni dal contenuto illegittimo sono fisiologiche caratteristiche dell'ordinamento giuridico, suoi ulteriori connotati intrinseci

⁽³⁶⁾ «Precisamente, il criterio cronologico è un corollario del carattere nomodinamico del diritto positivo, senza il quale la norma successiva sarebbe inutile e non sarebbe possibile, appunto, la produzione autoritativa e dinamica del diritto. Il criterio di specialità è un criterio di individuazione della norma applicabile, legato alla semantica del linguaggio normativo: la norma speciale è semplicemente un'altra norma, niente affatto incompatibile con quella generale [...], che infatti non viene eliminata e sulla quale prevale perché la fattispecie da essa prevista ha un significato più ristretto. Infine, i principi che ammettono il ricorso all'analogia o ai principi generali altro non sono che norme sull'interpretazione del significato degli atti precettivi» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 689).

⁽³⁷⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 685.

⁽³⁸⁾ «Per questo [...] esse [antinomie e lacune] interpongono tra norme sopraordinate e norme subordinate una sorta di diaframma: non solo la loro rimozione implica, come per tutti gli altri vizi, una specifica decisione, ma esse precludono, se non rimosse, l'applicazione delle norme sopraordinate» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 688).

⁽³⁹⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 444.

non saranno la completezza e la coerenza, bensì al contrario l'incompletezza e l'incoerenza. Quelli che nello stato legislativo di diritto ne descrivono l'essere⁽⁴⁰⁾, nello stato costituzionale di diritto ne prescrivono il dover essere: «precisamente, unità, completezza e coerenza altro non sono che i *principia iuris tantum, iuris ma non in iure*, esterni e non interni al diritto»⁽⁴¹⁾.

3. *La non presunzione di validità delle leggi: validità e efficacia tra effetti sincronici e effetti diacronici*. - La costruzione del sistema giuridico in termini deontici - e, come abbiamo visto, la fisiologica divaricazione tra dover essere costituzionale ed essere legislativo - implica il capovolgimento di un altro postulato del paleogiuspositivismo: quello della presunzione di validità dell'atto normativo. La riduzione della esistenza di un atto alla sua validità formale induceva a ritenere che questo nascesse valido, si presumesse essere valido fintanto che non fosse accertata e poi dichiarata la sua invalidità⁽⁴²⁾. Al contrario, la divaricazione concettuale tra le due categorie, se non spinge fino a insinuare la presunzione di invalidità di un atto normativo, certamente introduce la *non* presunzione di validità dello stesso. Si tratta di una tesi non nuova nel panorama costituzionalistico⁽⁴³⁾. Una tesi, nella versione di Ferrajoli, che però non lascia

(40) Si ricordi, tuttavia, che nello stato legislativo di diritto, l'influenza della scuola storica indusse diversi autori, pur di nascita filosofico-positivista, a sottolineare l'«imperfettione» dell'ordinamento giuridico, e a considerare inconcepibile un ordinamento privo di lacune e di omissioni. Sul tema, cfr. V. MARGENÒ, *La neutralizzazione del potere giudiziario. Regole sulla interpretazione e sulla produzione del diritto nella cultura giuridica italiana tra Ottocento e Novecento*, cit., in particolare pp. 55 ss.

(41) L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 444.

(42) È la «presunzione di regolarità degli atti compiuti dal potere, presunzione che è stata chiamata - da Carl Schmitt - al premio superlegale al possesso legale del potere legale» (L. GIANFORMAGGIO, *Diritto e ragione tra essere e dover essere*, in Id., (a cura di), *Le ragioni del garantismo discusso con Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 28).

(43) F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 228 ss. («la fattispecie invalida in null'altro differisce dalla fattispecie valida se non per la sua invalidità, per la possibilità di essere invalidata», p. 229, nota 29; «Se dunque una legge è efficace, essa è anche valida, sia pure provvisoriamente e precariamente. Del resto, non può dirsi che esista una categoria di leggi affatto scerne da difetti o assolutamente conformi a Costituzione. Prima del giudizio, infatti, non si può giuridicamente sapere quale sia la sorte riservata a ciascuna di esse, ma si può solo congetturare in proposito, sulla base di considerazioni che, in ogni caso, ma particolarmente nell'ipotesi in cui il sindacato sia affidato a un organo ap-

indifferenti, sia per le premesse da cui muove, sia per le conseguenze che genera sul piano della teoria del diritto.

Due sembrano essere le premesse: 1. l'opposizione a quelle concezioni fondate «sull'idea onirica di un «potere buono» o comunque di una spontanea osservanza del diritto e dei diritti»⁽⁴⁴⁾; 2. il riferimento dei concetti di legittimità e di illegittimità agli effetti di un atto rispettivamente valido e invalido, e non all'atto stesso.

La prima premessa è quella su cui Ferrajoli fonda il garantismo come altra faccia del costituzionalismo⁽⁴⁵⁾. Torneremo sul tema. Per il momento è sufficiente anticipare che si tratta, in sostanza, dell'idea per cui l'ordinamento, constatata l'impossibilità che il complesso delle condizioni determinanti un atto sia sempre soddisfatto, predispone appositi strumenti di garanzia idonei «ad assicurare il massimo di effettività alle promesse costituzionali», quella effettività che, dato il sistema deontico, non può essere assicurata spontaneamente.

La seconda premessa è data dalla affermazione che la validità e l'invalidità, formale e sostanziale, di un atto normativo si ripercuotono, secondo Ferrajoli, non già sull'atto, quanto sui suoi effetti. L'atto normativo è un «fatto empirico insopprimibile», in quanto tale non soggetto, in caso di sua invalidità, ad alcuna «magica scomparsa»: ciò su cui gli strumenti di garanzia preposti alla soluzione delle inosservanze strutturali intervengono, annullandoli, sono «solo gli effetti illegittimi dell'atto invalido, che sono fenomeni deontici, e precisamente giuridici, consistenti nei significati prescrittivi invalidamente e indebitamente espressi nel linguaggio giuridico»⁽⁴⁶⁾.

posito politico-giuridico, hanno un valore empirico, più sociologico e statistico, che non giuridico» p. 230); A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, ESI, 1990, p. 51, e Id., *Contributo per una ridefinizione della teoria della validità*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 253.

(44) L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 196.

(45) L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, cit., p. 87.

(46) L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 554.

Diverse sono le conseguenze generate da queste premesse. Conseguenze che sembrano annacquare confini che la dottrina costituzionalistica cerca invece di mantenere fermi: a) la distinzione tra legge valida e legge invalida; b) la distinzione tra annullamento e abrogazione; c) la distinzione tra esistenza, validità ed efficacia.

a) In virtù della struttura deontica, la legge sorgerebbe *potenzialmente* invalida⁽⁴⁷⁾ o, come direbbe Ferrajoli, *annullabile*⁽⁴⁸⁾, nel senso che continuerebbe a produrre i suoi effetti fino al momento (eventuale) dell'accertamento e della dichiarazione della sua invalidità. Sarebbe, quindi, solo con l'invalidazione che verrebbe marcata la distinzione di una legge valida da una legge invalida.

b) Il fatto che oggetto dell'annullamento sia non già l'atto invalido, quanto i suoi effetti illegittimi, sembrerebbe ammettere che, una volta intervenuta la declaratoria di annullamento degli effetti illegittimi, l'atto invalido continui comunque a permanere nell'ordinamento giuridico.

⁽⁴⁷⁾ La distinzione tra presunzione di invalidità dell'atto e potenziale invalidità dell'atto si deve a A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, cit., p. 51, e ID., *Contributo per una ridefinizione della teoria della validità*, cit., p. 253, il quale, pur muovendo da una premessa opposta a quella di Ferrajoli (quella per la quale l'accertamento di invalidità attiene all'atto e non ai suoi effetti), giunge ad affermare che «non esiste più un unico «tipo» dommatico di validità, *melius*: d'invalidità». Essa [...] dovrà necessariamente essere scissa in due: un'invalidità potenziale e un'invalidità dichiarata» (ID., *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, cit., p. 51). L'A. conferma recentemente la sua posizione in *Riflessioni dell'Autore, a venti anni di distanza sull'intervento «Contributo per una ridefinizione della teoria della validità»*, dattiloscritto 2010, citato da C. TRIPODINA, *Il «potere politico» della Corte costituzionale e i suoi limiti*, relazione al Seminario annuale del Gruppo di Pisa «La giustizia costituzionale a una svolta» vent'anni dopo, Stresa, 12 novembre 2010, in «www.giurprudenza.it».

⁽⁴⁸⁾ Così Ferrajoli definisce l'annullabilità: «l'aspettativa positiva e insieme l'interesse, generati da un atto invalido, dell'accertamento dei suoi vizi e della caducazione dei suoi illegittimi effetti», differenziandola dall'annullamento («atto costitutivo (della cessazione degli effetti illegittimi) che accetta i vizi dell'atto invalido e perciò attua l'annullabilità soddisfacendo l'aspettativa in cui questa consiste») (L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 551). «L'efficacia degli atti invalidi non si limita alla produzione delle norme, delle situazioni e degli status che ne sono i significati sia pure illegittimi, ma include anche l'ulteriore e specifico effetto della loro annullabilità, proprio perché illegittimi e quindi vietati» (p. 551). Gli effetti degli atti invalidi sono soggetti a provvisoria: «sono effetti internali, destinati ad essere annullati – quindi dapprima annullabili e poi, eventualmente, annullati – con l'accertamento giuridico della loro illegittimità conseguente all'invalidità degli atti che ne sono la causa. Da un lato, quindi, il problema dell'annullabilità, cioè della precarietà degli effetti e della loro virtuale caducazione; dall'altro il problema dell'annullamento, cioè dell'atto consistente nell'accertamento e nell'attuazione dell'annullabilità» (p. 551).

Così non è, però: come spiega infatti Ferrajoli, il venir meno degli effetti di un atto invalido comporta «il venir meno dell'efficacia degli atti invalidi e quindi del loro vigore, che come sappiamo equivale alla loro esistenza giuridica»⁽⁴⁹⁾. Delle due l'una: o si ammette una contraddizione rispetto a quanto poco prima detto per cui a seguito dell'annullamento non si assiste a nessuna «magica scomparsa» dell'atto; o sfuma la distinzione tra annullamento degli effetti illegittimi di un atto invalido e abrogazione degli effetti legittimi di un atto valido⁽⁵⁰⁾.

È vero che esistenza e validità atengono a due «momenti» diversi; ed è vero che l'esistenza, e non la validità, è condizione sufficiente di efficacia (nel senso che, come abbiamo visto, un atto esistente può produrre effetti ancorché invalido, almeno fino alla sua invalidazione). Ma è altrettanto vero che affermare che l'annullamento degli effetti dell'atto invalido incide sulla sua esistenza non può non implicare il travolgimento dell'atto medesimo, che con la sua invalidazione è escluso dal novero non delle norme valide, ma delle norme esistenti⁽⁵¹⁾.

Inoltre, non sembra plausibile limitarsi a riconoscere un elemento di distinzione tra i due fenomeni nel sol fatto che l'annullamento di un atto (*rectius*, degli effetti illegittimi di un atto invalido) necessita di un provvedimento *ad hoc*, adottato da un soggetto, come si esprimerebbe Ferrajoli, abilitato a mutare il diritto vigente, mentre la sua abrogazione può essere accertata dal singolo interprete. Si consideri, tra gli altri, l'argomento per il quale affinché possa dirsi avvenuta un'abrogazione esplicita è necessario l'intervento di un atto (non giurisdizionale ma) normativo.

c) Nella sua costruzione Ferrajoli adotta come sinonimi di esistenza i termini «vigore» o «vigenza», e specularmente come sinonimi di inesistenza

⁽⁴⁹⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 554.

⁽⁵⁰⁾ La tesi della non presunzione di validità di un atto – che Ferrajoli vorrebbe opporre a quella kelseniana della sua validità fin tanto che non ne sia dichiarata l'invalidità – non sembra raggiungere il suo fine: superare la confusione che l'impostazione kelseniana determina tra annullamento e abrogazione.

⁽⁵¹⁾ «Una volta prodottasi la nullità degli effetti, non avremo più un atto ma un mero compimento, essendo venuti meno entrambi gli effetti dell'atto invalido: sia l'annullabilità, realizzatasi ed esauritasi con l'annullamento, che gli effetti illegittimi da questo annullati» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 555).

stenza i termini «non vigore» o «non vigenza». Sembrerebbe però potersi scorgerne, tra le categorie concettuali utilizzate, dal punto di vista della «dimensione temporale» delle norme, una certa asimmetria. Se è infatti vero che l'annullamento degli effetti di un atto invalido incide sulla sua efficacia e quindi sulla sua esistenza, non è altrettanto vero che l'esistenza di un atto determina di per sé l'acquisizione di efficacia. Una legge non può essere efficace se non esiste, ma può esistere senza essere efficace. Il fatto che possano esistere norme non ancora efficaci, così come norme non più efficaci (è il caso delle norme abrogate) induce a ritenere che l'acquisto di efficacia di una norma avvenga in un momento successivo alla sua esistenza. In questo contesto si inserisce il dubbio di chi scrive in merito all'utilizzo del termine «vigore» (o «vigenza»)⁽⁵²⁾ come sinonimo di esistenza e quindi di acquisizione della efficacia (e specularmente di non vigore come sinonimo di inesistenza e quindi di non acquisizione o perdita di efficacia): dire che un atto è esistente (perché presenta quel minimo di requisiti che lo rendono riconoscibile), quindi in vigore e quindi produttivo di effetti giuridici, e dire che un atto è inesistente (perché non presenta quel minimo di requisiti che lo rendono riconoscibile), quindi non in vigore e quindi inefficace, come si conciliano con gli effetti che conseguono all'abrogazione, per cui un atto è esistente, valido, ma parzialmente inefficace?

Lo stretto rapporto con cui Ferrajoli cerca poi di legare l'esistenza alla efficacia (e l'inesistenza alla inefficacia) sembrerebbe introdurre una certa «fragilità» nella categoria della validità, in quella stessa categoria su cui Ferrajoli ha costruito il modello deontico introdotto con il costituzionalismo. La sua «credibilità», infatti, sembrerebbe sgretolarsi di fronte alla categoria della efficacia. Afferma infatti Ferrajoli che «la difformità

delle forme e l'incoerenza dei significati di un atto invalido rispetto alle norme sulla sua produzione non pregiudicano, da sole, l'esistenza dell'atto né quella dei suoi effetti, cioè dei significati da esso illegittimamente prodotti». Come a dire, che l'accertamento della invalidità (formale e/o sostanziale) di un atto non ha *di per sé* alcuna incidenza sull'atto medesimo e sui suoi effetti illegittimi. «Perché vengano meno tali effetti e con essi la rilevanza quali atti delle loro cause, è necessaria la commissione di un altro atto giuridico positivo, che è appunto quello costitutivo della loro nullità. Giacché, se è vero che un atto invalido è vigente, è solo una sua formale invalidazione, attraverso l'accertamento dei suoi vizi formali e sostanziali, che può produrre l'annullamento della sua efficacia»⁽⁵³⁾. Che è un modo diverso per dire: nell'attuale ordinamento, una norma costituzionale continua a essere efficace fino a quando non interviene sempre che intervenga – una dichiarazione d'invalidità, che ne determini la cessazione di efficacia. Ne consegue che in un ipotetico scontro tra la categoria della validità e quella della efficacia ad essere determinante sarebbe, almeno sul piano della utilità pratica, sicuramente la seconda. Una posizione questa che sembra ricordare – pur nella diversità dei presupposti⁽⁵⁴⁾ e degli obiettivi⁽⁵⁵⁾ – quella sostenuta da Antonino Spadaro, in virtù della quale «l'essenza (e l'utilità pratica) dell'invalidità, quale categoria giuridica, risiede nella cancellazione – il più possibile radicale, *id est*: «in radice» – degli effetti di un atto»⁽⁵⁶⁾.

4. *Le garanzie della regolarità: a chi spetta colmare le lacune o annullare le antinomie?* – Come già abbiamo detto, una delle premesse su cui Ferrajoli fonda il sistema deontico è l'implicita (forse inevitabile) rinuncia, da parte dell'ordinamento, ad una osservanza spontanea delle

⁽⁵²⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 555.

⁽⁵³⁾ Come già detto *supra*, nota (47), per Spadaro l'accertamento di validità/invalidità attiene all'atto e non agli effetti.

⁽⁵⁴⁾ La concezione sincronica (e non diacronica) delle due categorie serve a Spadaro quale fondamento della introduzione di un controllo preventivo di costituzionalità delle leggi.

⁽⁵⁵⁾ A. SPADARO, *Contributo per una ridefinizione della teoria della validità*, cit., p. 253.

⁽⁵⁶⁾ Sembrerebbe non incorrere nelle conseguenze descritte l'uso del termine secondo la sua accezione più comune: quella per cui è vigente una norma esistente ma non abrogata, e non più vigente una norma ormai abrogata. Questa accezione, infatti, implica che il tempo di vigenza può coincidere con quello della sua esistenza, ma la fine del tempo di vigenza non coincide mai con la fine del tempo della sua esistenza. «La vigenza di una norma – non la sua appartenenza – cessa nel momento in cui essa viene abrogata. [...] le norme abrogate – benché abrogate – continuano ad appartenere all'ordinamento e pertanto possono essere espulse (mediante annullamento) qualora se ne riconosca l'invalidità» (R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 171).

norme sulla produzione, all'«idea onirica di un potere buono», e ovviamente all'idea di altrettanti buoni sudditi. È in sostanza quello che era già stato definito il «calcolo dei vizi»⁽⁵⁷⁾ cui corrisponde la predisposizione di idonei sistemi di garanzia.

Il sistema delle garanzie è per Ferrajoli essenziale: esso integra, a livello teorico, la *completezza deontica* del sistema⁽⁵⁸⁾. La virtuale configurazione di norme antinomiche rispetto alle norme sulla produzione (norme che non avrebbero dovuto essere) o la assenza di norme rispettose delle norme sulla produzione (norme che dovrebbero esserci ma non ci sono) implica la previsione di strumenti volti, nel primo caso, ad annullare le antinomie e, nel secondo caso, a colmare le lacune. Dinanzi al verificarsi di un «vizio» dell'ordinamento, non essendo risolubile mediante la semplice interpretazione, si impone una decisione che lo rimuova (l'annullamento della norma invalida e l'introduzione della norma mancante)⁽⁵⁹⁾.

Così inteso, il sistema delle garanzie permette all'ordinamento di essere effettivo, e riduce la divaricazione tra validità e vigore e tra vigore ed effettività. L'affidamento della validità della legge alla valutazione giurisdizionale, precisa Ferrajoli, non comporta la riduzione della certezza della validità e l'attivismo interpretativo dei giudici. Non si genera incer-

⁽⁵⁷⁾ A. MERK, *Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto*, cit., p. 64. Afferma infatti Merk che con l'introduzione dei mezzi di impugnazione «l'ordinamento presuppone in un certo senso che il complesso delle condizioni che determinano un atto non sempre può essere soddisfatto, ed esclude perciò la conseguenza, altrimenti inevitabile, che l'atto, a causa della sua difettosità, non possa essere riconosciuto come atto statale. E quindi da considerare «calcolo dei vizi» ogni istituto giuridico che abbassi al di sotto dell' livello altrimenti ricavabile dall'ordinamento i requisiti posti dagli atti di grado superiore nei confronti di quelli superiori, e renda così possibile impurare alla stato anche atti viziati» (p. 64). Questa affermazione sembra ridurre la distanza tra Ferrajoli e i sostenitori del paleo-giuspositivismo. Il «calcolo dei vizi» - ossia, si potrebbe dire, la consapevolezza della possibile difettosità dell'atto determinato rispetto all'atto determinante - e la necessità di impurare allo stato anche atti viziati sembrerebbero svelare la differenza tra esistenza e validità.

⁽⁵⁸⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 198.

⁽⁵⁹⁾ È quello che Ferrajoli chiama obbligo costituzionale di una legislazione di attuazione, identificato nella «garanzia costituzionale primaria positiva» dei diritti costituzionalmente stabiliti, «la quale incombe sul legislatore in aggiunta alla garanzia costituzionale primaria negativa [...] consistente nel divieto di produrre norme in contrasto con la costituzione se non nei casi e nelle forme previste dalle norme sulla sua revisione» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, cit., p. 96).

tezza della validità, perché i giudici, non potendo alterare il diritto vigente (*lex*, non potendo creare diritto), possono solo censurarne l'invalidità per contrasto con la Costituzione: annullandolo se si tratta di giurisdizione costituzionale o sollevando eccezione di incostituzionalità se si tratta di giurisdizione ordinaria⁽⁶⁰⁾. Né si genera discrezionalità interpretativa, perché i giudici, nella determinazione del significato di una norma, possono muoversi esclusivamente nell'ambito delle interpretazioni costituzionalmente corrette⁽⁶¹⁾. Ciò, spiega l'A., «dovrebbe bastare a fuggire lo spauracchio del cosiddetto «governo dei giudici», che ossessiona una parte della filosofia giuridica e politica e, ovviamente, del ceto politico»⁽⁶²⁾. Ciò dovrebbe spiegare la presa di distanza di Ferrajoli dalle cosiddette correnti neocostituzionalistiche.

Così però non sembra, in quanto rimangono alcune perplessità.

1) Il ricorso all'interpretazione adeguatrice rientra nei poteri dell'autorità giudiziaria⁽⁶³⁾, la quale può ampliare o restringere la portata normativa di una norma coerentemente con i principi costituzionali, deve escludere le interpretazioni non compatibili con la costituzione e dare applicazione direttamente alle norme costituzionali laddove non sussista l'obbligo di interventi legislativi di attuazione⁽⁶⁴⁾. È chiaro che si è nel campo della interpretazione giuridica e non della legislazione. Ma come si concilia questo uso legittimo dell'interpretazione adeguatrice con l'idea, centrale nella costruzione di Ferrajoli, per cui all'autorità giurisdizionale spetta solo la risoluzione, mediante interpretazione, dei conflitti

⁽⁶⁰⁾ L. FERRAJOLI, *Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto*, p. 6.

⁽⁶¹⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, cit., p. 42.

⁽⁶²⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, cit., p. 77.

⁽⁶³⁾ Perché una decisione sia valida, è sufficiente, in forza di un ovvio principio di conservazione, che della pluralità dei significati da essa ammessi almeno uno - quello che dovrà essere prescelto dall'interprete - sia coerente con le norme sostanziali di grado ad essa superiore, mentre è necessario, perché sia invalida, che siano incoerenti con le medesime norme tutti i suoi significati. Che è come dire che l'interprete è tenuto da un ovvio *principium iuris tantum*, se non vuole riconoscere l'invalidità della decisione, a ricercarne e a fornire interpretazioni corrette [...].» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 540).

⁽⁶⁴⁾ L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 2793.

tra norme di pari livello, e non dei conflitti tra norme di livello diverso⁽⁶⁵⁾? Non è forse l'interpretazione adeguatrice una tecnica di risoluzione delle antinomie tra norme di livello diverso, pur nella forma della scelta del significato costituzionalmente compatibile⁽⁶⁶⁾(67)?

b) Afferma Ferrajoli che «la riparazione delle lacune e delle antinomie, cioè del diritto illegittimo [...] non è affidata all'attivismo interpretativo dei giudici, ma solo alla legislazione, e perciò alla politica per quanto riguarda le lacune e all'annullamento delle norme invalide ad opera delle Corti costituzionali per quanto riguarda le antinomie»⁽⁶⁸⁾. Sembrerebbe ritornare in questa affermazione il modello kelseniano di giustizia costituzionale: chiamata a risolvere questioni di antinomia, la Corte opera come un organo politico, di legislazione ancorché negativamente antinomiche, all'applicazione delle norme costituzionali alle leggi ordinarie, ossia all'accertamento, per opinabile che sia, della loro invalidità costituzionale⁽⁶⁹⁾; ma colma le lacune attraverso il ricorso alle sen-

(65) «La soggezione alla legge [...] non è più, come nel vecchio paradigma paleo-giustizistico, soggezione alla lettera della legge qualunque sia il significato, ma soggezione alla legge solo in quanto valida, ossia coerente con la costituzione. E la validità non è più, nel paradigma costituzionale, un dogma legato alla mera esistenza formale della legge, ma una sua qualità contingente legata alla valutazione giurisdizionale della sua coerenza con la costituzione. Ne deriva che l'interpretazione giurisdizionale implica sempre anche una valutazione della legge, di cui il giudice ha il compito di scegliere i soli significati validi, ossia compatibili con i diritti fondamentali stabiliti dalle norme costituzionali sostanziali, in assenza dei quali ha il dovere di eccepire l'incostituzionalità» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, cit., p. 221).

(66) Deve comunque ricordarsi che per Ferrajoli l'interpretazione adeguatrice non è sempre possibile: nei casi di antinomie e lacune strutturali, «il giurista non può far quadrare tutte le sue tesi - quelle riferite alle norme costituzionali e quelle riferite alle leggi ordinarie - se non al prezzo di misconoscere i principi di livello superiore, come tendono a fare gli orientamenti realistici, o al contrario le loro smentite di livello inferiore, come tendono invece a fare gli orientamenti normativistici» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 13).

(67) Si ricordi il ruolo che l'interpretazione adeguatrice ha ormai raggiunto quale condizione di ammissibilità dell'ordinanza di rimessione, sulla base del principio, affermato dalla giurisprudenza costituzionale e ormai consolidato, per cui «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qual che giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali» (Corte cost., n. 356 del 1996).

(68) L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista*, cit., p. 2793.

(69) L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, cit., p. 77.

tenze additive. Il giudizio costituzionale sulle lacune può essere configurato sia come accertamento di un'antinomia (questione di illegittimità di una norma implicita), sia come accertamento di un inadempimento (questione di legittimità di un'omissione della norma o dell'atto normativo dovuto dal legislatore). Quale che sia il fondamento, il ricorso alle sentenze additive è, per Ferrajoli, una soluzione «comunque non solo legittima, ma obbligata, l'alternativa essendo la non soluzione delle questioni, in contrasto con il compito di risolverle assegnato alla Corte dall'art. 134 della Costituzione italiana, o peggio l'annullamento della norma contestata». Come a dire, che la debolezza dell'obbligo gravante sul legislatore di dare attuazione ai diritti costituzionali impone l'intervento della Corte: come a dire, senza spingersi a configurarla come l'unico potere buono⁽⁷⁰⁾, che della Corte costituzionale non si può fare a meno. Una argomentazione, quella offerta, forse un po' sbrigativa, che sembra incorrere nello stesso limite di cui Ferrajoli accusa i teorici del neocostituzionalismo (o come preferisce definirli, del costituzionalismo principialista e argomentativo): confondere l'effettività con la validità, badando più alla concreta esperienza giuridica che al dover essere giuridico, più a ciò che potrebbe conseguirne nella realtà piuttosto che a ciò che dovrebbe conseguire.

c) Non nega Ferrajoli che la giurisdizione disponga di una «sfera del decidibile»: «il fatto che le funzioni e le istituzioni di garanzia siano poste a presidio della «sfera dell'indecidibile» non vuol dire affatto che nel presidiare tale sfera - cioè nel valutare le indebite antinomie e le indebite lacune, e più in generale nel giudicare e risolvere i casi ad essa prospetrati - la giurisdizione non svolga un'attività che si muove a sua volta entro una «sfera del decidibile», inevitabilmente discrezionale e contrassegnata assai spesso da giudizi di valore»⁽⁷¹⁾. È quella che Ferrajoli chiama la *discrezionalità giudiziaria* - in opposizione alla discrezionalità politica, propria delle funzioni legislative e di governo - consistente nel compito di «sce-

(70) Il riferimento è alla domanda recentemente posta a Luigi Ferrajoli (C. TIMODINA, *È la corte costituzionale l'unico potere buono? Una domanda a Luigi Ferrajoli. Dove-ro, sui vincoli e sui limiti del giudice delle leggi*, in «*corvini costituzionalismo.it*».

(71) L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, cit., p. 75.

gliere i soli significati validi, ossia compatibili con i diritti fondamentali stabiliti dalle norme costituzionali sostanziali»⁽⁷²⁾, in assenza dei quali il giudice ordinario ha il dovere di eccepire l'incostituzionalità, il giudice costituzionale di invalidare la legge. Dire però che l'interpretazione comporta spazi di discrezionalità; che il tratto distintivo delle diverse funzioni giurisdizionali è la natura tendenzialmente cognitiva – nel senso che «tutte consistono nell'accertamento di fatti, o di atti o di situazioni»⁽⁷³⁾; che, vichianamente, la «verità» delle decisioni dipende dalla razionalità con cui sono argomentate le motivazioni⁽⁷⁴⁾, e quindi resa la sua accettabilità, non è sufficiente a rispondere alla domanda di fondo per una teoria della interpretazione: quali sono gli strumenti interpretativi che permettono di considerare l'attribuzione di significato a una disposizione legislativa in termini di correttezza e di controllabilità delle argomentazioni.

d) Un ultimo aspetto che sembra destare alcune perplessità è il ruolo critico e normativo che Ferrajoli riconosce alla scienza giuridica e alla giurisprudenza. Il modello deontico implica, come detto, la fisiologica generazione di antinomie e di lacune, che devono essere rispettivamente annullate e invalidate. Spetta quindi anche alla giurisprudenza rimuovere le antinomie e segnalare le lacune. Ecco il punto: una cosa è dire che il riconoscimento di una lacuna strutturale equivale a «segnalarne» l'esistenza – o, come direbbe Guastini, «constatarne»⁽⁷⁵⁾ l'esistenza, con l'implicito invito rivolto al legislatore di intervenire; altra cosa è dire che il riconoscimento di una lacuna strutturale equivale a «prescriverne», seppur alla sola Corte costituzionale, la rimozione⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷²⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. II, cit., p. 221.

⁽⁷³⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. II, cit., p. 213.

⁽⁷⁴⁾ «La fonte di legittimazione della funzione giudiziaria e delle altre funzioni di garanzia è la verità: *veritas, non auctoritas facit iudicium*, giacché ciò che rende giusta o ingiusta una decisione giudiziaria è la sua accettabilità come vera, che a sua volta dipende dalla corretta applicazione sostanziale della legge per il cui tramite soltanto avviene la mediazione tra giurisdizione e volontà popolare» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. I, cit., pp. 876 s.).

⁽⁷⁵⁾ R. GUASTINI, *Fondamenti teorici e filosofici del garantismo*, cit., p. 64.

⁽⁷⁶⁾ Sul punto si veda il rilievo che Letizia Gianformaggio mosse già in riferimento a *Diritto e ragione* laddove accomunava la posizione di Ferrajoli – almeno da questo punto di vista – a quella di Ronald Dworkin: entrambi, infatti, – il primo nel rispetto della distin-

5. *Conclusioni* – L'incorporazione in costituzioni rigide di principi etico-politici ha determinato, dal punto di vista della teoria della validità del diritto, almeno tre conseguenze: a) la soggezione di *tutti* i poteri e *tutte* le decisioni – e non solo quelli giudiziari – non solo a norme formali, ma anche a norme sostanziali; b) la (fisiologica) divaricazione deontica tra dover essere costituzionale e essere legislativo; c) il rovesciamento del presupposto positivisticco della presunzione di legalità di un atto, sostituito dall'idea della fisiologica illegalità dell'esercizio di qualunque potere. Ulteriori effetti, secondo una costruzione a cascata, sono stati: d) il ricorso a due termini diversi per designare lo statuto degli atti formali, esistenza e validità (formale e sostanziale); e) la duplice natura del diritto positivo, dinamico quanto al suo aspetto formale, statico quanto al suo aspetto sostanziale⁽⁷⁷⁾; f) la necessaria integrazione, ai fini della comprensione dei moderni stati costituzionali, dei due diversi approcci, normativistico e realistico⁽⁷⁸⁾. Questi l'obiettivo e il pregio della teoria della validità tra essere e dover essere, il secondo a dispetto di questa distinzione – ritengono che la scienza del diritto deve tornare a svolgere funzioni di critica del diritto. E «per paradossale che possa sembrare, la scienza giuridica può svolgere, nella teoria del garantismo, una funzione pragmatica, critica e progettuale, proprio per il fatto di assumere ad oggetto di analisi l'essere, i fatti, oltre le norme e il dover essere» (L. GIANFORMAGGIO, *Diritto e ragione tra essere e dover essere*, cit., pp. 36 ss.).

⁽⁷⁷⁾ «Non è vero che il diritto positivo, come afferma Kelsen, sia un sistema di norme soltanto dinamico. Ove sia dotato di norme sulla produzione di tipo sostanziale, come lo sono in particolare tutti gli ordinamenti dotati di costituzione rigida, esso è anche un sistema statico: proprio perché la legittimità sostanziale di una norma, e più in generale di ogni prescrizione giuridica, dipende anche dalla sua coerenza con le norme sostanziali sulla sua produzione» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., p. 568). «Norme sostanziali, insomma, esistono in tutti gli ordinamenti. Ciò che caratterizza specificamente lo stato di diritto in senso forte è non già l'esistenza di norme sostanziali e quindi la presenza di una dimensione statica del diritto, ma il fatto che *tutti* i poteri e *tutte* le decisioni – e non solo quelli giudiziari – sono soggetti, a cominciare dalle leggi, non solo a norme formali, ma anche a norme sostanziali quali sono in particolare i diritti fondamentali; e che perciò la dimensione statica investe l'intera produzione di significati giuridici, a cominciare dalla produzione legislativa che di tutte le forme di produzione del diritto è senz'altro la più importante» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. I, cit., p. 571).

⁽⁷⁸⁾ «[...] Entrambi fallaci se assunti isolatamente. Occorre [...] che sia perciò riconosciuta, in ogni fenomeno normativo, la duplice natura di 'norma' vigente se riguardato dal basso, ossia rispetto ai fenomeni che regola, e di 'fatto' normativo valido o invalido se riguardato dall'alto, quale fenomeno esso stesso regolato e perciò conforme o difforme (quanto alle forme nelle quali è espresso) e coerente o incoerente (quanto ai significati da esso espressi) rispetto alle norme di livello superiore». La meta-teoria semantica impone insomma alla teoria del diritto di tematizzare questa ambivalenza dei fenomeni normativi: «distin-

dità di Luigi Ferrajoli: spiegare non il superamento (nella sua accezione valutativamente negativa) del positivismo giuridico, ma il suo completamento, secondo un processo cumulativo, senza incorrere però in derive puramente realistiche. Una ridefinizione del concetto di validità che offre gli strumenti per opporsi al giudizio radicalmente pessimistico che le dottrine neocostituzionalistiche⁽⁷⁹⁾ muovono sulla sua sorte. Le osservazioni qui avanzate sembrerebbero però ancora lasciar intravedere alcune perplessità sulla possibilità che la questione possa ritenersi definitivamente chiusa.

guerne [dei fenomeni normativi] l'esistenza o vigore sia dalla loro validità che dalla loro effettività e perciò di leggere come validità e invalidità delle norme di livello inferiore l'effettività e l'ineffettività delle norme di livello superiore, e l'una e l'altra come conformità e difformità (quanto alla forma) o come coerenza e incoerenza (quanto al significato) delle prime rispetto alle seconde. La teoria così costruita sarà al tempo stesso normativa e realistica [...]» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., pp. 14 s.).

⁽⁷⁹⁾ Per un tentativo di individuare punti di convergenza tra positivismo metodologico e neocostituzionalismo, v. M. DOGLIANI, *(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positismo metodolo-*