

Osservatorio sulle fonti
Collana di studi

Diretta da P. Caretti, U. De Siervo, M.C. Grisolia

Laura Buffoni

Valore di legge



Giappichelli

LA LEGGE. CONTRO LA S-VALUTAZIONE

I. Il genitivo «valore di legge», da cui si ricava la proposizione che la Legge è il valore, è il soggetto/oggetto di questo libro, che muove dalla scrittura del testo costituzionale, nel pregiudizio che si tratti di una “lettera” potente.

L’investigazione del testo, che pone il «valore di legge» ma che disorienta il diritto accostando al valore la «forza di legge», passa dalla sua scomposizione, dall’interrogazione delle lettere che sono depositate e custodite nei suoi anfratti, negli interstizi. Bisogna, cioè, seguire tanto l’esplicito, la superficie, quanto le tracce disseminate, talvolta nascoste, senza dimenticare che la superficie è tale per il profondo.

La ricerca muove da un’opzione ermeneutica. Ogni ricerca presuppone un’ipotesi preliminare, che l’inchiesta abbia già una direzione. In principio era il Verbo e il Verbo si fece carne, ma in un senso peculiare. Nella *Seconda Lettera ai Corinzi*, Paolo di Tarso disse che «la lettera uccide, lo spirito dà vita»¹, opponendo la Legge cristiana, la buona novella, l’evangelo, la parola orale portata «sulle tavole di carne dei [...] cuori», alla Legge ebraica, antica, immobile, rigida, scritta «su tavole di pietra». Altrove, però, nella *Lettera ai Romani*, precisò: «Togliamo dunque ogni valore alla legge mediante la fede? Nient’affatto, anzi confermiamo la legge»², ove la legge, a cui il valore è qui già legato da una relazione di predicazione, è la lettera giudaica e la fede è lo spirito vivente della rivelazione cristiana. Ecco che il «valore di legge» è la secolarizzazione, più o meno consapevole, di un tema messianico. E, muovendo dalla prospettiva teologica in cui la Legge “significa”, si azzarda che «la lettera uccide chi la ignora»³. Contro lo spettro paolino, o meglio prima del paolinismo e poi dell’agostinismo, dell’ordine nuovo dello spirito contro la antica, morta, silente, lettera, questa lettura della Legge tenta di farsi carico del peso del testo, di “valorizzarlo” e di non ridurlo a figura, a immagine di altro, ad anagogia o ad allegoria con quel tanto di nichilismo che questa porta con sé, ove la lettera assume valore ancillare. La lettera della Legge è dura, nel senso che è, teologicamente, «scrittura su tavola»⁴ ed è, nel Secolo,

¹ *Seconda Lettera ai Corinzi*, 3, 6.

² *Lettera ai Romani*, 3, 31: l’enfasi è nostra.

³ Il rovesciamento è in C. GINZBURG, *La lettera uccide*, Adelphi, Milano, 2021, IX.

⁴ G. PETRARCA, *La legge per la legge. Paolo, Spinoza, Rosenzweig*, Salomone Belforte & C., Livorno, 2021, 34.

scrittura incisa su carta. Ha una sua fissità, seppure alterabile. La sua normatività è tutt'uno con la sua inscalfibilità, con la sua resistenza e, dunque, con la sua *positività*. Ma – per restare dentro l'ordine discorsivo dell'interpretazione della Scrittura – non si avanza una proposta interpretativa masoretica, che venera superstiziosamente la lettera della Scrittura originaria e men che meno il pensiero e la voce di chi la creò e rivelò. Tutto al contrario. Per dirla nel discorso dell'interpretazione delle leggi e, tra esse, della prima legge, la Costituzione, implica il testualismo, ma non nella versione soggettivistica dell'*original intent*, perché i testi scritti, che sono “cose”, vivono di vita propria, separata dal loro autore (o “firmatario”) e dai lettori, potenzialmente infiniti, e producono sensi e conseguenze inintenzionali. Senza arrivare alla radicale conclusione strutturalista di Roland Barthes, che già nel 1968 decretava *La mort de l'auteur*, perché lo impedisce – ove ritenuta applicabile alla Costituzione/legge – l'art. 12 delle preleggi che prescrive di ricavare il senso della legge fatto palese (anche) dall'intenzione del legislatore, l'autore si trasfigura in funzione (dell'autore), perde la propria individualità e intenzionalità e si confonde, si disfa, nel discorso, nell'ordine del testo⁵. La scissione strutturalista (e non solo) tra autore e testo nella teoria costituzionale conduce difilato al rigetto delle ragioni dell'originalismo ingenuo delle intenzioni e, con esso, del mito delle origini, ma non porta affatto all'oblio del testo in nome della esclusiva normatività della *unwritten o living Constitution*: sostiene, anzi, il privilegio della scrittura della legge e non della voce, del corpo e non del senso. Nel mezzo, contro il dualismo tra materia e pensiero, tra il significato immanente alle lettere, “cose scritte” nel testo e il tesoro delle intenzioni di chi scrisse la Costituzione, ciò che conta è la posizione, la “incorporazione”, nel documento costituzionale, nella scrittura che si fa testo nel senso proprio di “tessuto”, del «valore di legge» che, almeno nella “lettera”, è rimasto incorrotto e che quelle lettere hanno agito sul testo che le ha accolte e il testo ha retroagito su quelle nel tempo. Le possibilità discorsive e significanti del valore di legge dipendono, cioè, strutturalmente, dal reticolo di dati interrelati e interdipendenti che lo legano seguendo la logica interna al testo costituzionale. Va da sé che la valorizzazione della (lettera della) Legge presupponga, all'origine, un sottinteso ebraico e, quindi, la lotta alla polemica paolina contro il formalismo conservatore della legge (ebraica). È una polemica simile all'accusa di conservatorismo dell'originalismo testualista. A difesa, il testualismo è conservatore o meno a seconda del testo che serve e della relazione tra il testo dell'origine e le interpretazioni che ne sono seguite. Ma, contro l'originalismo, contro la conversione del testo costituzionale in Sacra Scrittura, la lettura che qui si esperisce si apre al commento – che quel reticolo sappia analizzare – del testo, alla sua significatività mai esaurita, che annulla la concepibilità di un testo originario inteso quale testo “autentico”.

E se si coglie la reale possibilità del commento, che non è un nuovo Libro, ma

⁵ M. FOUCAULT, *Che cos'è un autore?*, in ID., *Scritti letterari*, Feltrinelli, Milano, 1971, 1-21.

non è neppure riproposizione o ripetizione di un testo, perché non è mai definitivo, unico, ma sempre parziale e si comincia a guardare all'«ordine del discorso», ai dislivelli, alle plurivalenze e alle aperture che affiorano dalle zone di lettura in ombra, dalle citazioni nascoste e dai segni che trapelano dal linguaggio del testo costituzionale⁶, il «valore di legge» – nella sua (non) relazione con la «forza di legge» – dice molto altro. Custodisce al suo interno la possibilità di una teoria interpretativa della legge (e del valore), da cui derivano conseguenze normative – che paiono considerevoli – interne al “politico”, nella teoria della Costituzione, delle fonti e dell'interpretazione, ed esterne, nei rapporti tra il politico e, sempre che esista, l'impolitico. Il peso e l'ostinazione della lettera scritta sostengono un tentativo di ri-legittimazione della legge, contro la sua de-formazione, ove la sincresi tra legittimità e legalità è precisamente il «valore di legge».

La posta in gioco è la de-strumentalizzazione della Legge, accedendo ad un uso selettivo della maiuscola, più precisamente la comprensione del significato per il diritto positivo della «legge per la legge»⁷ e delle ricadute normative. In una, è una scrittura di lotta alla caduta tendenziale del “valore” di legge, all'idea che la legge è morta, vittima della sua stessa lettera. Al contrario, la sua lettera scritta, che unisce la performatività del linguaggio alla costitutività della scrittura, è la forza che sostiene una teoria ontologico-documentale, realista anche se non riduttivamente materialista, della legge.

II. La Costituzione discorre, con quella che parrebbe una certa indifferenza testuale, di «forza» e di «valore» di legge⁸.

Le ipotesi interpretative sono sostanzialmente due. L'ipotesi dominante, crisa-fulliana, si fonda sulla preminenza teorica e dogmatica della «forza di legge», che esprime la posizione della legge nell'ordine gradualistico. Identifica la forza di legge con l'idoneità (attiva) a porre nuove norme giuridiche, nonché la capacità (passiva) di resistere alle norme giuridiche disposte da fonti non equiparate. La forza di legge è la potenza creativa di diritto, che 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

⁶ Sul commento come produzione di nuovo senso a partire da un discorso detto M. FOUCAULT, *L'ordine del discorso e altri interventi*, Einaudi, Torino, 2004, 13 ss.

⁷ Si profitta ancora di G. PETRARCA, *La legge per la legge*, cit.

⁸ L'indistinzione tra forza e valore di legge è l'idea dominante a partire da un libro delle “origini”, quello di G. FERRARI, *Formula e natura dell'attuale decretazione con valore legislativo*, Giuffrè, Milano, 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.*, vol. 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.

dalla forza, quindi, si scioglie nella forza. L'altra ipotesi, originariamente sanduliana, è quella della scissione del valore dalla forza. Come la prima, presuppone che la «forza» (e non il «valore») di legge sia il segno della funzione legislativa, della potenza di produrre nuovo diritto legislativo. Ma, a differenza della prima, distingue il «concetto» di forza da quello di valore di legge e ritiene preminente il secondo, riscrivendo sia l'art. 77, comma 2, che l'art. 134 della Costituzione come se si riferissero al valore e non alla forza di legge. Da qui muove anche la critica più radicale alla forza di legge, come concetto ultimo, di cui non si può ricercare alcun senso, in favore del valore legislativo originario, tratto dalla Costituzione e di quello derivato dalla legge. Il valore di legge resta, però, il regime tipico dell'atto, ovvero il trattamento dell'esclusiva soggezione della legge al giudizio di conformità a Costituzione, di cui la legge è ordinario e necessario svolgimento. In una, la forza di legge è la forza giuridica materiale, il valore la forza giuridica formale della dottrina tedesca. L'esito, in entrambe le opzioni, è la conversione del *valore* di legge nel suo sindacato di *validità* costituzionale.

III. Si reimposta la questione in questi termini, cercando di spiegare il (e dare ragione del) testo costituzionale a partire dal testo stesso.

Dogmaticamente, è diritto positivo sia il valore di legge che la forza di legge, talché non è possibile eliminare nessuno dei due sintagmi, sciogliendolo nell'altro, senza corrompere la lettera del documento costituzionale. Non si nega che, grossomodo, il dittico valore/forza di legge ordini, secondo il grado, o almeno l'intensità, di normatività gli atti giuridici e sia parte di un regime operativo, tecnico. Ma «forza» e «valore» di legge non dicono e non sono la stessa cosa. Per riempire di senso quell'interstizio testuale occorre esperire una genealogia dei due concetti.

Teoricamente, per il diritto, accostare e identificare forza e valore rasenta l'os-simoro. Tra l'uno e l'altro non vi è una graduazione di potenza, misurabile con il più e il meno. La forza (di legge) rinvia ad un essere, al fatto, all'effettività. Di per sé è irrelata rispetto alla validità del diritto prodotto e del suo modo di produzione. Al più, la «forza di legge» è aporetica, come è aporetica la normatività del fattuale, di cui la prima è lo specchio: entrambe incrinano la grande divisione tra essere e dover-essere, tra fatto e norma/valore e incorrono nella fallacia naturalistica. Il valore, invece, è legato alla validità e, a catena, al dover-essere. Il valore è tale in forza di un fondamento e di un giudizio, appunto, di valore/validità, che è la sua specifica forma di esistenza. È un altro modo di guardare al tema della validità della legge. E la relazione tra validità e valore è kelseniana, ove vive l'idea che il valore è (deve essere) fondato e costituito da una norma. Il «valore di legge» dice allora la legge *per* la legge. In una formula sintetica, la forza di legge si avvicina al «diritto del potere», il valore di legge al «diritto del diritto»⁹.

⁹ Adegua, con un po' di libertà, le formule di H. HOFMANN, *Il diritto del diritto, il diritto del potere e l'unità della costituzione*, Piccole Conferenze, a cura di A. VIGNUDELLI, Mucchi, Modena, 2013.

Si muove da quello più antico, la forza di legge, per seguirne i movimenti dal suo principio, quando, in origine, nella *force de loi* del diritto e della dottrina rivoluzionari francesi, vi era solo la forza di legge, che però era “valore senza pari”, “forma iniziale”, potere sovrano e rappresentativo, passando per la sua riconversione nel diritto statutario, fino alla scrittura, indecisa, del testo costituzionale vigente, in cui compare anche il predicato «valore». Il presupposto teorico generale di quel movimento positivo è la pensabilità del legame ambiverso tra forza e legge, senza elidere nessuno dei due termini, ricostruito nella teoria generale del diritto attorno ai due poli della efficacia e della validità. È esclusa, invece, la teoria della loro irrelazione, perché la «forza di legge», che è diritto positivo, impone di trovare la forma di quella relazione.

IV. Anticipando la conclusione, nel diritto costituzionale vigente la forza di legge non è *force de loi*, non è l’auto-vincolo del popolo, quindi, non è potenza, ma, al contrario, è efficacia provvisoria. La Costituzione, all’art. 134, comma 1, lett. a), dispone che la «forza di legge» è il presupposto dell’ammissibilità del sindacato di validità costituzionale. Il testo lega la forza di legge (e non il valore) al trattamento, al regime tipico di dichiarazione di invalidità da parte della Corte costituzionale. È la precaria idoneità di un atto ad essere legge, ma che, per la sua ambiziosa pretesa, deve subire il sindacato delle leggi. La forza di legge è disgiunzione, ma non è irrelazione, indipendenza, dell’efficacia dalla validità: è un’efficacia provvisoria a valere come legge perché disgiunta ma, al contempo, condizionata dalla validità della legge, dal dover essere. È la connessione necessaria tra efficacia e validità che restituisce l’essenza del concetto di diritto: l’efficacia della singola disposizione è presupposto della sua validità, ma la validità retroagisce sulla prima. 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.

L’art. 77 è, invece, la base testuale che consente di fondare l’auto-nomia, in senso letterale, del «valore di legge» dalla forza. È l’unica disposizione che nel proprio corpo usa l’uno e l’altra, distinguendo atti che in altri luoghi del testo sono indistinti. Lo spazio (bianco) che separa le lettere (nere) dei due sintagmi apre ad una nuova possibilità di lettura. Secondo il primo comma, 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 eccipe la regola dell’art. 70. Il comma 2, invece, dispone che, quando il Governo adotta decreti in casi straordinari di necessità e di urgenza, sotto la sua responsabilità, si tratta di provvedimenti provvisori con «forza di legge». Escluso che il comma 2 dell’art. 77 sia – come riteneva Sandulli – un’eccezione al comma 1, 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 sia

qualitativamente diversa dal «valore di legge» (del decreto delegato). Se questo è legislazione, è sensato che quello non sia esercizio di funzione legislativa e non sia un'eccezione all'art. 70. La differenza è che i decreti legislativi abrogano la legge ordinaria, innovano l'ordine legislativo, laddove i decreti-legge, data l'eccezionalità, la contingenza e la concretezza della misura dell'eccezione e, quindi, la *provisoria* del *provvedimento*, derogano la legge o, meglio, presupponendone la vigenza, ne sospendono l'efficacia. È, infatti, la legge di conversione e non il decreto del Governo che produce il diritto legislativo: 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. Se ne inferisce che la «forza di legge» è l'inefficienza a stabilire per il futuro il diritto legislativo, è atto commissario e non sovrano, che sospende l'efficacia, l'applicazione, del diritto legislativo vigente, ma non la sua validità e che il «valore di legge» è, invece, modifica con effetti permanenti del diritto legislativo. La forza di legge è meno del valore.

Nella forza di legge la legge è oggetto; nel valore di legge la legge è soggetto. La forza di legge è l'*essere* osservata e applicata della legge “di fatto”, da cui non segue che *debba* esserlo, come dall'essere non deriva alcun dover-essere. Il valore di legge, invece, è *Geltung*, perché è il suo dover-essere osservata e applicata “di diritto”. Il testo costituzionale lo conferma: quando, agli artt. 134 e 136, la legge è oggetto di giudizio di validità e non soggetto di validità, quando è essere, è «forza» e non «valore» di legge. L'esito è esattamente il rovescio della identificazione della forza di legge con la potenza e della conversione del valore di legge nel limite, nel suo sindacato, con la conseguente alleanza tra legislazione e giurisdizione (costituzionale). All'opposto, nel testo il valore di legge è la potenza, l'atto sovrano, fondativo, di fare e disfare leggi, quello che più si avvicina, nel diritto costituzionale vigente, alla *force de loi*; la forza di legge è efficacia provvisoria e non innovazione, è il regime, il limite.

Ne derivano conseguenze normative immediate per le fonti del diritto e per la giustizia costituzionale.

V. Ma, soprattutto, lo scarto tra forza e valore fonda una dottrina interpretativa del valore *di* legge. Il diritto costituzionale autorizza, infatti, la domanda, relativa, comparativa, sul valore *di* legge ma non già quella, assoluta, irrelata, sul valore *della* legge, che è quella che interessa la teoria generale del diritto.

Dall'art. 77, comma 1, e dalla condizione di equi-*valenza* che istituisce si trae che la legge è costituita dal testo costituzionale quale valore, è valore costituito, perché nel valore *di* legge “di” è la preposizione che rende valore lo specificatore di legge, che è il soggetto. Se ne ricava la frase che la legge è il valore, ove il sintagma nominale che precede il verbo essere è il soggetto referenziale e quello post-verbale è il predicato nominale. Ciò che conta è che la legge non *ha* valore, non rinvia ad altro da sé, come sarebbe se la locuzione fosse valore *della* legge o,

ovviamente, legge di valore, ma è, in senso atelico, valore o, più esattamente, in senso telico, 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* (questo sì) valore di legge, può fare ciò che fa la legge, perché partecipa del medesimo valore. Concatenando, la legge è costituita nell'art. 70 come una forma. Unendo, ne deriva che la forma di legge è il valore o che la legge è il valore in quanto forma e che, nella Costituzione, il legame sociale, rappresentato nella deliberazione parlamentare rappresentativa del popolo sovrano, si fonda su una forma e non su una sostanza.

Se si scompone il sintagma valore di legge e si muove dalla genealogia del valore, il valore quale predicato della forma di legge nel diritto costituzionale vigente dice che le filosofie materiali dei valori non sono dottrine interpretative utili del valore di legge che, invece, profittando del legame tra il valore, le cose e la procedura, implica la logicizzazione del valore.

Più precisamente, negli artt. 70 e 77, comma 1, il valore (di legge) è una forma rappresentativa del popolo. La legge è, infatti, atto della persona rappresentativa. È lo scarto tra principio rappresentativo e principio democratico, tra governo repubblicano e governo popolare. Il problema è che la Costituzione vigente, all'art. 1, attribuisce la sovranità al rappresentato, il popolo e, per ciò stesso, esclude la sovranità del rappresentante che fa la legge di cui è predicato il valore.

Il valore non può essere quello del valore del rappresentante della *rappresentazione* teologico-politica, che è fuori gioco come dottrina interpretativa del diritto vigente. In generale, perché la teologia politica non spiega o lascia sempre un fondo di inspiegato ed inspiegabile, visto che non c'è spiegazione speculativa o scientifico-sperimentale di Dio. Nel particolare, perché ricorrere all'economia suppletiva, trascendente, creativo-costruttiva e non mimetica della rappresentazione significa che la rappresentanza politica incorpora un plusvalore dei rappresentanti rispetto ai rappresentati. Ma il valore non può neppure essere quello del rappresentato, che vive nella concezione, immanente, della rappresentanza descrittiva, quale mimesi, rispecchiamento, del popolo rappresentato. E questo non già perché la volontà dei rappresentanti non coincide o non corrisponde a quella del popolo, ma perché la volontà del popolo – e di qualsiasi altra organizzazione umana – come unità non esiste in natura e come tale non può essere né riprodotta né tradita.

Non significa che il testo costituzionale sia irrisolto. Per comprendere il valore (di legge) quale forma rappresentativa del popolo nel e per il governo (rappresentativo e) popolare, si deve mettere a profitto il concetto di valore, che esiste solo nella dimensione della normatività. Rileva che il valore ha a che vedere con la validità, perché si vale in base ad un parametro di validità che attribuisce valore. La forza (di legge) è originaria, il valore-validità è derivato. La spiegazione del *valore* di legge sta nel diritto costituito dal diritto, nella costitutività del diritto. Il *fatto* che il Parlamento approvi a maggioranza dei rappresentanti eletti un testo è quali-

ficato come *diritto*, come valore legislativo, da una norma posta nell'atto costitutivo del popolo, che trasforma un essere, una volontà, in una forma di dover-essere. Il valore è attribuito al dato di fatto in forza di una "ragione" che lo legittima. Quel fatto è legge in forza di un giudizio normativo di valore. E quel valore è derivato dalla Costituzione che è la prima legge parlamentare. È la questione dell'origine della pretesa di validità/valore di legge. Con movimento inverso a quello che deriva la legge dalla Costituzione, il discorso conduce dalla legge alla Costituzione/legge.

VI. La legge è costituita dalla Costituzione, che pone il valore di legge quale *tertium comparationis* che consente il giudizio di equi-valenza tra le fonti. Anzi, la Costituzione è tale perché, almeno, costituisce il legislatore e la legge, li "struttura". È la competenza sulla competenza. Guardato in questo modo, il valore di legge presuppone qualcosa, la Costituzione, che lo attribuisca e – kelsenianamente, ovvero se si accetta l'idea che il diritto valido è prodotto da e secondo il diritto pre-esistente – lo costituisca. Per questo la Costituzione è logicamente superiore: è fondamento e, perciò, parametro di validità della legge, in una fonda il giudizio di valore di legge e, al contempo, costituisce la legge quale parametro di validità delle altre fonti.

Ma il valore di legge è eziologicamente concatenato, geneticamente legato, al documento costituzionale che ne è scaturigine in un senso più preciso. Il legame tra valore e legge nella Costituzione vigente è la forma rappresentativa del popolo. A sua volta, la Costituzione che pone quel legame è la prima forma rappresentativa, la prima legge parlamentare deliberata in forma scritta dai rappresentanti del popolo. Ne segue che la Costituzione è fondamento del valore di legge e valore di legge essa stessa. E fonda il valore di legge proprio perché di essa è predicabile il medesimo valore. Ma così la Costituzione serba dentro di sé il proprio valore, riferendolo alla legge che costituisce e rende ragione non solo della legge ma anche del proprio dover-essere, della propria validità. È, poi, logico che il valore di legge sia attribuito e derivato dalla Costituzione deliberata, ma che sia predicato della legge costituita. Non avrebbe alcun senso che la Costituzione riferisse il valore a sé medesima, come non ha senso alcun enunciato autoreferenziale: l'autoriferimento come l'autodissoluzione di una norma è impensabile. Non ha senso che una norma ponga le condizioni della propria validità perché la riflessività è logicamente insensata. È, invece, ragionevole che la Costituzione pronunci il valore di qualcosa che le somiglia, che riconosca, cioè, la legge come valore e confermi, *à rebours*, il proprio valore.

Il «valore di legge», la forma rappresentativa del popolo, è allora ciò che lega Costituzione e legge: è il comune fondamento di validità della Costituzione e del diritto legislativo derivato nel governo rappresentativo e popolare, che rende la prima regola costitutiva del popolo valida, ordinante e ordinata, e la seconda partecipe della prima, perché ripete la Costituzione quale forma rappresentativa e co-

stitutiva del popolo dentro la Costituzione. Il valore di legge presuppone la Costituzione, che fonda il giudizio di valore, ma il fondamento costituzionale non è l'*assoluto* che condiziona unilateralmente il fondato, perché questo, una volta che è stato posto, vincola il principio presupposto. Ne deriva, contro il dualismo tra costituente e costituito, un rapporto di duplice dipendenza costitutiva tra Costituzione e legge. Ne derivano conseguenze normative di dottrina della Costituzione/legge e della legge/costituzione, ove la prima partecipa della seconda e viceversa.

VII. Infine, una *dottrina* del valore di legge può rideterminare – rispetto all'esistente – il rapporto con ciò che non è valore per il diritto positivo, sia esso giurisdizione, amministrazione o economia.

Fonda una teoria dell'interpretazione che segue (è seconda rispetto a) la teoria delle fonti. Chi interpreta, chi applica la legge, viene dopo la posizione della legge, perché la norma viene dopo la disposizione, che è ciò che *vale* come legge. Fonda, dunque, una confinazione più precisa, meno mobile, tra legislazione e giurisdizione, tra la cosa e l'idea, tra la disposizione e la norma, tra il segno scritto e il significato e, tornando all'inizio, tra la lettera e lo spirito. Il valore di legge è un argomento normativista contro le dottrine giusrealiste, scettiche o volitivo-creative dell'interpretazione giuridica.

Così, chi esegue la legge compie atti di governo e non di sovranità. Se la legge mette in forma il legame sociale, vale perché è costitutiva e non riproduce l'esistente, l'*oikonomico*, non è amministrazione, non è funzionamento. Si ricava, *a contrario*, una concezione materiale di amministrazione, che deve essere immenza, ordinabilità, dispositivo.

Infine, il valore di legge è argomento controfattuale rispetto al fatto dell'artramento del politico innanzi all'economico: depone a favore della determinazione della legge del valore da parte del valore di legge nella Costituzione economica.

VIII. Preveniamo una critica. Tutto questo mette in questione l'idea della Costituzione come limite al potere sovrano, ove la legge fa la parte del villano e che presuppone la relazione disgiuntiva tra Costituzione e legge e l'alleanza della prima con il diritto giurisprudenziale a protezione dei diritti contro la legge. E così parrebbe stare dalla parte del costituzionalismo politico contro quello giuridico. Non è così. Innanzitutto, di tale dicotomia, seppure convenzionalmente usata, è incerta la solidità teorica: il primo, in fondo, è una dottrina politica del costituzionalismo giuridico che ha prodotto la legge, ma anche la Costituzione-legge dopo il tornante rivoluzionario. Ma, soprattutto, la scelta non ha senso dal punto di vista dogmatico: lo studioso di diritto positivo si deve misurare con la Costituzione e questa esclude, alla radice, una teoria interpretativa dell'ordinamento vigente che muova dagli esiti neoparlamentaristici del costituzionalismo politico.

Meno radicalmente, il valore di legge dice che il punto di vista della legge e della rappresentanza del popolo, posto di fronte alla giurisdizione (anche costituzionale), svuota di senso la competizione tra l'una e l'altra e la domanda su chi "decida" il significato delle disposizioni costituzionali. Svuota di senso quella domanda perché dalla separazione del valore dalla forza e dal non valore nel diritto positivo si ricava che legislazione e giurisdizione sono grandezze incommensurabili, non misurabili con le stesse unità di misura e tra le quali non si può e non si deve scegliere. Il valore, però, è la (forma di) legge, Soggetto e non oggetto.

Capitolo I

FORZA/LEGGE

Sommario: 1. La *force de loi*: il «valore senza pari». – 2. La forza di legge: la forma e la materia. – 3. La forza di legge: la validità. Kelsen. – 3.1. Hart. – 3.2. Alexy. – 4. La forza di legge: l'efficacia. I realisti (scandinavi).

1. La *force de loi*: 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 francesi¹, 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, dunque, della volontà generale². In quella dottrina e in quel diritto positivo, che predica delle deliberazioni dell'Assemblea nazionale ciò che Rousseau riferiva alla deliberazione del popolo³, non esiste il gradualismo tra norme, non

¹ 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»; 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.

² L'idea della (e, al contempo, la critica alla) legge come «*pouvoir initial*» è tutta in R. CARRÈ DE MALBERG, *La legge espressione della volontà generale*, Giuffrè, Milano, 2008, *passim* e spec. 33 ss.

³ In quello 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 diretta, 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 rappresentan-

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, per questo, sovrano e gli altri, che sono «agenti», «semplici autorità», «funzioni», che eseguono/applicano⁴. Si dà – come si darà nel diritto costituzionale 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 sovrano⁵. Non vi è alcuno spazio di riserva per «un eventuale scarto tra la legge e il suo fondamento»⁶.

Quel «valore di legge» è tutt'uno con la sua «forma» rappresentativa: «rappresentare» significa «volere per la nazione»⁷ e, nello specifico, «fare le leggi che sono l'espressione della volontà generale significa rappresentare tale volontà»⁸. La fonte della forza di legge è la volontà generale, perché la volontà della Nazione 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 però esiste prima del processo di rappresentanza⁹. La forza è una qualità, la «virtù sovrana» della legge, che è l'auto-vincolo del popolo e non la sua efficacia, il comando, l'obbedienza, perché non si comanda o ubbidisce a sé stessi¹⁰. 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 seconda¹¹: o la legge è formale o non è, quindi, la stessa espressione legge forma-

za alla «dottrina democratica della legislazione» di Rousseau H. HOFMANN, *Il diritto del diritto. Il diritto del potere e l'unità della Costituzione*, cit., 25-26.

⁴ Quella dottrina, le sue connessioni e i suoi errori, vive con notevole sistematicità nelle pagine di R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica del diritto. Confronto con le idee e le istituzioni 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.

⁵ R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica del diritto*, cit., 45; ID., *La legge*, cit., 35.

⁶ F. FURET, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *L'eredità della Rivoluzione francese*, Laterza, Roma-Bari, 1989, 11.

⁷ R. CARRÈ DE MALBERG, *La legge*, cit., 30.

⁸ Letteralmente, R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica*, cit., 51, nota 15, 53 e 81; ID., *La legge*, cit., 35-37.

⁹ R. CARRÈ DE MALBERG, *op. ult. cit.*, 26 ss. e 209.

¹⁰ *Ivi*, 96, 200 ss. e spec. 208.

¹¹ *Ivi*, 21-22, 74-76 e 94-96.

le è un pleonasma¹². 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, forza e valore coincidono: diversamente il Parlamento non sarebbe sovrano.

A catena, se la legge è valore perché è l'espressione della volontà generale, non tiene la separazione tra potere costituente e costituito, tra Costituzione, prodotto normativo del primo e legge, manifestazione del secondo. È vero che la natura del potere costituente del popolo nella teoria rivoluzionaria è ambigua¹³. 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, indipendenza e libertà assoluta della nazione: è il culto dell'Essere supremo¹⁴, della nazione/popolo che semplicemente inizia da sé, infondato. 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. E ciò implica, contro il pericolo della restaurazione, una Costituzione in un qualche modo superiore e rigida per l'esclusione del suo cambiamento informale e dell'onnipotenza dei poteri costituiti, che, al più, possono essere poteri di revisione della Costituzione e solo nella forma solenne espressa. Così, nel diritto positivo post-rivoluzionario, l'art. 1 della Costituzione del 1791 riduce il potere costituente, dopo la sua prima ed unica manifestazione, a procedimento parlamentare di revisione. Sembra diverso il noto e radicale divieto dell'art. 28 della Costituzione giacobina del 1793, permeata di argomenti democratici, in forza del quale una generazione non può assoggettare alle sue leggi le generazioni future¹⁵. Secondo i termini del coevo dibattito che negli Stati Uniti opponeva Pai-

¹²R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica*, cit., 50 ss.; ID., *La legge*, cit., 56 ss.

¹³Quell'ambiguità è ricostruita accuratamente nei classici P. PASQUINO, *Il concetto di rappresentanza e i fondamenti del diritto pubblico della Rivoluzione: E. J. Sieyès*, n 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-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.

¹⁴H. ARENDT, *Sulla rivoluzione*, Einaudi, Torino, 2009, 211 ss.

¹⁵E l'art. 28, con il suo diritto a "rivedere" sempre la Costituzione, non poteva che apparire contraddittorio o, meglio, giuridicamente insensato a chi, come Carrè de Malberg, discorreva non già di potere costituente del popolo/nazione ma di sovranità dell'assemblea rappresentativa. L'assemblea rappresentativa, per essere sovrana, deve imporre la *mise en forme* del potere costituente, che impli-

ne 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»¹⁶. Resta, però, ferma anche nella Costituzione giacobina la previsione di regole speciali per la sua riforma. Ma la superiorità formale o, finanche, la rigidità delle Costituzioni rivoluzionarie è fragile. Se prima di tutto viene la 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 intensità¹⁷. Non si vede come distinguere la rappresentatività dell'Assemblea costituente da quella costituita nella medesima forma e come fondare e garantire la superiorità della Costituzione rispetto alla legge. Una Costituzione che fosse vincolante, che fosse superiore gerarchicamente alla legge, alla fin fine, non sarebbe democratica perché prevarrebbe sulla Nazione.

Si livella il rapporto tra Costituzione e legge in quanto hanno la medesima forma, sono entrambe il prodotto di una Assemblea rappresentativa della volontà generale, egualmente sovrana sia che si tratti dell'Assemblea nazionale straordinaria, costituente, che del Corpo legislativo ordinario, costituito¹⁸. Non vi è differenza qualitativa perché «il sovrano rimaneva vivo nella Costituzione, permaneva cioè nella legge»¹⁹. 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 ge-

ca sempre un certo ordine, una certa organizzazione: l'esito è lo scivolamento del potere costituente in potere di revisione, perché il potere costituente o è costituito o non esiste come potere giuridicamente rilevante. Ciò che di assoluto e informale viene prima e fuori dall'Assemblea rappresentativa rileva come questione di fatto: R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, CNRS, Paris, t. II, 1922, 493 ss.; ID., *La legge*, cit., 125 ss. Sul potere costituente in Carré A. PACE, *L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, 2002, 100 ss.; M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994, 226-227.

¹⁶ S. HOLMES, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, in G. ZAGREBELSKY-P.P. PORTINARO-J. LUTHER, *op. cit.*, 182.

¹⁷ Sempre che si riesca a risolvere il paradosso che affligge l'illimitatezza di ogni volere e, con essa, 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.

¹⁸ R. CARRÉ DE MALBERG, *La teoria gradualistica*, cit., 77 ss. e 84 ss.; ID., *La legge*, cit., 145 ss.

¹⁹ M. FIORAVANTI, *Stato costituzionale in trasformazione*, Piccole Conferenze, a cura di A. VIGNUDELLI, Mucchi, Modena, 2021, 17.

nerale, 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. Né la previsione di un procedimento speciale di revisione costituzionale determina operativamente la superiorità di "grado" della Costituzione, se la legge non ha altro giudice che il Parlamento.

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'Esecutivo²⁰. 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, seppure ricorrendo alla forma solennemente prevista, l'ordine costituzionale delle competenze, ma perché il potere legislativo, 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 intrasmissibile²¹. 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 originario²².

²⁰ R. CARRÈ DE MALBERG, *La legge*, cit., 123.

²¹ 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 *Rivista internazionale di scienze sociali e discipline ausiliari*, n. 82, 1920, 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.

²² R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica*, cit., 133; ID., *La legge*, cit., 99-108.

Al contrario, l'Esecutivo adotta regolamenti, «diritto secondario»²³, 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 sovrana²⁴. A rovescio, la libera conferibilità, la concessione, con legge della potestà regolamentare all'Esecutivo prova che la Costituzione ha eguagliato a sé la legge, che la legge è potere costituente²⁵. 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 relazione²⁶. 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 crea nuovo diritto, pone norme, che «sono fattori costitutivi dell'ordinamento»²⁷ e, in ogni caso, solo la legge, generale o individuale che sia, crea diritto della «comunità»; i secondi necessitano della manifestazione legislativa preliminare e, dunque, non creano mai ciò che prima non c'era e, nei casi eccezionali in cui creano nuovo diritto, creano solo «diritto particolare», di una parte e non della comunità, della universalità dei cittadini²⁸. Il diritto legislativo è diritto di specie e qualità diverse da quello creato dalle autorità ese-

²³ R. CARRÈ DE MALBERG, *La legge*, cit., 62.

²⁴ R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica*, cit., 81 ss.

²⁵ 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, particolare, non è manifestazione della volontà generale? Ma se non fosse una competenza originariamente propria, non potrebbe delegarla. Resta che si tratta di un dualismo tra legge in senso materiale e formale differente da quello della dottrina tedesca: li aumenta quantitativamente e qualitativamente i poteri dell'Esecutivo, qui è orientato alla sua limitazione.

²⁶ R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica*, cit., 96 e 162-163; ID., *La legge*, cit., 23 e 49 ss.

²⁷ R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica*, cit., 148. L'enfasi è aggiunta.

²⁸ *Ivi*, 163 ss. e spec. 164, nota 36.

cutive: 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 applicazione²⁹. La legge è valida perché esiste, cioè per il solo "fatto" di esistere. Anzi, la Costituzione non deve neppure contemplare il "potere", letteralmente, 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». La lotta contro l'antico regime e la fedeltà alla Rivoluzione sostengono una difesa politica, interna, della Costituzione, rimessa allo stesso corpo legislativo e alle forme solenni del cambiamento, ma non una difesa giurisdizionale, esterna, che sarebbe incompatibile con la volontà della Nazione che ha voluto la Costituzione e che continua a volere la legge. Tutto si tiene.

Per ora il punto è che la *force de loi* nasce come una qualità della legge derivata dal legislatore, come una forza che deriva dalla sua forma parlamentare, nello specifico dalla forma rappresentativa del popolo/nazione, 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. È potenza che trae simbioticamente validità dalla sua forma. 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 discutere 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, seppure parzialmente, solo ove si rifondasse una genealogia comune tra Costituzione e legge.

Interessa, però, che, esaurite le dottrine rivoluzionarie e mutato il diritto costituzionale, la locuzione è rimasta nel diritto della «reazione e restaurazione»³⁰ delle monarchie.

È 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

²⁹ 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.

³⁰ 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*, vol. VII, Editori Riuniti, Roma, 1972, 398.

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». È stata affiancata dall'espressione "originale" «valore di legge».

Seguiamo i passaggi, le conversioni e gli spostamenti della forza di legge. Per farlo, prima, discuteremo le teorie del concetto di diritto che pongono in relazione efficacia e validità della legge, o perché l'efficacia è condizione sufficiente e/o necessaria della validità o perché l'una si identifica con l'altra. Non discuteremo, invece, la teoria della loro irrelazione³¹, perché il sintagma «forza di legge», che è diritto costituzionale vigente, impone di trovare la forma della loro relazione. La prima è la Scuola tedesca del diritto pubblico di fine Ottocento. La seconda è la teoria a "gradi" dell'ordinamento e le sue varianti.

Non ricostruiremo le teorie, il pensiero dei loro autori, ma ne profitteremo, come profittano i parassiti, per definire i termini della questione in discussione.

2. La forza di legge: la forma e la materia

La forza di legge, disegnata dal monismo del diritto rivoluzionario francese, è messa in questione nella struttura dualistica della monarchia costituzionale, nel dualismo tra Governo e rappresentanza del popolo. È lì, nel principio monarchico, nell'originarietà e nell'autonomia dell'amministrazione, che precede e non dipende dalla previa norma, il punto di passaggio che separa la forza di legge dalla forma della rappresentanza parlamentare e che apre alla pensabilità di decreti del Governo con forza di legge, che sospendono/derogano e, comunque, che non si limitano ad eseguire la legge.

Quel dualismo vive nella distinzione, in seno al concetto di legge, tra legge in senso formale e legge in senso materiale. Il che significa che si danno leggi che hanno solo la forma – ma non la materia – legislativa e atti che, senza la forma di atto legislativo, creano diritto legislativo. Ma per ciò stesso la forma rappresentativa non porta più con sé la materia legislativa e la seconda vive senza la prima. La legislazione materiale è sottratta al procedimento legislativo ed è affidata al Governo, all'amministrazione che è lo Stato e precede il diritto. È la distinzione nata storicamente in occasione del conflitto politico-costituzionale tra il *Reichstag* e il Governo prussiano in materia di bilancio.

Teoricamente, nel diritto del bilancio tedesco le soluzioni a quel conflitto sono tre: la teoria classica del positivismo giuridico di Laband e Gneist della legge di autorizzazione del Parlamento quale legge solo formale³²; la tesi della legge di

³¹ Quale è, per certi versi, quella N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993.

³² P. LABAND, *Il diritto del bilancio*, a cura di C. FORTE, Giuffrè, Milano, 2007 e R. GNEIST,

bilancio come legge sostanziale, con conseguente prevalenza della autorizzazione della rappresentanza parlamentare³³; la tesi di Jellinek della legge di bilancio come atto amministrativo, con concessioni ai rapporti di forza tra i poteri³⁴. Interessante quel dibattito perché, nel conflitto tra formalisti, sostanzialisti e “realisti”, i sostanzialisti perdono e la forza di legge non ha più nulla a che vedere con la dottrina della *force de loi*: non è più la *forma* di governo parlamentare pura, non è più solo la forma della rappresentanza parlamentare. È una forza con-divisa, ma proprio per questo non è (e non sarà più) “potenza”.

Il punto di avvio è Laband. L'autorizzazione di bilancio presuppone, e non crea, diritto. E la accidentale forma legislativa della sua approvazione – l'accordo tra il Re/Governo e la rappresentanza del popolo³⁵ – non fa diventare sostanzialmente legge un atto che non lo è. Al contrario, la natura dell'atto approvato «agisce sull'atto che approva»³⁶.

Il dualismo, unitamente alle premesse kantiane, potrebbe apparire funzionale all'esaltazione della forma: solo la forma è data *a priori*; la sostanza in sé è inconcepibile³⁷. Potrebbe interpretarsi come l'esaltazione della rappresentanza popolare³⁸. Ma non è così perché muta il senso specifico della forma di legge. Se la legge di bilancio è forma di legge, ciò non ne determina il contenuto, che è amministrativo. La rappresentanza del popolo non è costitutiva, fondativa, tanto che il

Legge e bilancio, a cura di C. FORTE, Giuffrè, Milano, 1997, 3 ss. Per tutti almeno G. REBUFFA, *Conservatori e progressisti nella scuola tedesca del diritto pubblico (Gneist, Laband, Jellinek)*, in *Democrazia e diritto*, n. 1, 1979, 89 ss. e 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.

³³ Lo scritto militante di E. LASKER, *Zur verfassungsgeschichte Preussens*, Brockhaus, Lipsia, 1874, 335 ss.

³⁴ G. JELLINEK, *Legge e decreto. Ricerche di diritto pubblico su base storica e comparata*, a cura di C. FORTE, Giuffrè, Milano, 1997, 113 ss.

³⁵ P. LABAND, *Il diritto del bilancio sulla base delle disposizioni della Carta costituzionale prussiana alla luce della Costituzione della Confederazione della Germania del nord*, in ID., *Il diritto del bilancio*, cit., 21-22.

³⁶ Criticamente, S. ROMANO, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, in ID., *Scritti minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1990, 61.

³⁷ C. FORTE, *Presentazione*, in P. LABAND, *Il diritto del bilancio*, cit., XIII.

³⁸ Nella sua critica al concetto di legge formale dello Stato borghese di diritto, politicamente semplice ma logicamente falsa, C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, a cura di A. CARACCILO, Giuffrè, Milano, 1981, 118 (e già ID., *Dottrina della Costituzione*, a cura di A. CARACCILO, Giuffrè, Milano, 1984, 201), notava che la approvazione del bilancio, che è un atto amministrativo, con legge formale, la sua formalizzazione, mostrasse «la politicizzazione del concetto», vale a dire che «il potere politico del Parlamento è abbastanza grande per ottenere per un verso che una normativa abbia validità come legge soltanto quando vi abbia cooperato il Parlamento, e contemporaneamente dall'altro verso per imporre un concetto di legge formale, cioè che prescinde dal contenuto oggettivo del fatto». In una, per Schmitt, la formalizzazione esprime «il successo politico della rappresentanza popolare rispetto al Governo, della società rispetto allo Stato monarchico e burocratico».