

Riccardo Guastini*

Lex superior

Pour une théorie des hiérarchies normatives

Après un bref examen de la littérature théorique existante sur la hiérarchie de normes au sein d'un ordonnancement juridique, l'auteur introduit quatre concepts de hiérarchie : (i) la hiérarchie formelle, qui existe entre les normes réglant la création du droit et le droit créé conformément à celles-ci ; (ii) la hiérarchie matérielle qui existe entre deux normes lorsqu'une troisième norme positive interdit à l'une de contredire l'autre ; (iii) la hiérarchie logique qui existe lorsqu'une norme porte sur l'autre au niveau de méta-langage ; (iv) la hiérarchie axiologique qui dépend d'un jugement de valeur des interprètes attribuant à une norme une valeur supérieure à l'autre. Ensuite, l'auteur utilise cet appareil conceptuel pour éclaircir le concept de validité et de méta-norme ainsi que le statut du principe *lex superior derogat inferiori*. Finalement, sur la base de la dite distinction, l'auteur analyse le problème des auto-contraintes du législateur et le régime juridique des lois de révision constitutionnelle.

Mots-clés : hiérarchie normative, validité, méta-norme, *lex superior*, auto-contraintes du législateur, révision constitutionnelle

1 ÉLÉMENTS D'UNE MÉTATHÉORIE

On sait bien, depuis la *Théorie pure du droit*, que tout ordonnancement juridique a une structure hiérarchisée. Mais il faut se demander : en quel sens exactement?

(i) Chez Kelsen,¹ il n'y a qu'un seul type de hiérarchie : il s'agit de la relation entre les normes sur la création du droit et le droit créé conformément à ces normes. Une telle relation subsiste chaque fois qu'une norme - une norme « sur la production juridique »² - règle la création de l'autre : la première est supérieure, la seconde inférieure. La norme inférieure trouve son « fondement de validité formelle » dans la norme supérieure. En ce sens, par exemple, les normes constitutionnelles sur la législation sont supérieures aux lois. *Même si la constitution est souple*, il faut remarquer. De la même façon, une loi qui règle la production des lois futures est supérieure aux lois qui seront créées selon la procédure établie par cette loi.

* guastini@unige.it | Professeur de théorie du droit à l'Université de Gènes, Dipartimento di giurisprudenza.

1 Cf. Kelsen (1962 : titre V).

2 Cf. Bobbio (1994 : 233 ss).

(ii) Chez Merkl,³ d'autre part, on trouve, à côté de la précédente, un deuxième type de relation hiérarchique : il s'agit de la relation qui subsiste entre deux normes lorsque l'une ne peut faire l'objet de dérogation, ni abrogation, ni contradiction de la part de l'autre. C'est la relation qui subsiste, dans la plupart des ordonnancements juridiques, entre la loi et le règlement, entre la loi et la constitution. Remarquez, cependant, qu'une telle relation ne subsiste entre la constitution et les lois que *si la constitution est rigide*. Cela permet de comprendre comment, dans un ordonnancement juridique à constitution souple, la constitution est bien supérieure à la loi (d'après un certain critère), mais en même temps susceptible d'être modifiée par la loi (et donc au même niveau que la loi selon un autre critère).

(iii) D'ailleurs, la relation entre les normes sur la création du droit et le droit créé est souvent conçue comme une relation logique : la relation entre *deux « niveaux » de langage*, un méta-langage et son langage-objet.⁴

Ce qui, pourtant, ne permet pas de distinguer entre cette relation et une relation tout à fait différente, à savoir la relation qui subsiste *entre deux normes lorsque l'une porte sur l'autre*, « parle » de l'autre, la mentionne : c'est la relation qui existe, par exemple, entre une norme d'abrogation explicite et la norme abrogée par celle-ci.

(iv) Et finalement personne ne met en relation les hiérarchies normatives avec l'interprétation.⁵ Tout le monde semble croire que toute hiérarchie pré-existe à l'interprétation, de telle façon que les interprètes ne peuvent que se borner à la reconnaître.

En revanche, il est tout à fait évident que certaines relations hiérarchiques ne sont pas « trouvées » : elles sont créées par les interprètes. C'est le cas, par exemple, de la relation axiologique (de valeur) entre les principes fondamentaux ou généraux et les règles particulières d'une certaine matière.⁶ C'est également le cas de la relation entre principes constitutionnels établie par un tribunal constitutionnel afin de résoudre un conflit entre ces principes. C'est le cas, encore, de la relation entre la constitution et les principes supra-constitutionnels qui, d'après la jurisprudence de certains tribunaux constitutionnels,⁷ ne peuvent pas être modifiés ou bouleversés ni même au moyen d'une révision constitutionnelle.

Bref, il n'y a pas une seule structure hiérarchique. Il y en a plusieurs.⁸

3 Cf. Merkl (1987 : 37 ss).

4 Cf., chez Hart 1961, la distinction entre règles « primaires » et « secondaires ». Également Bobbio (1970 : 180 ss.) ; Bobbio (1994 : 235) ; Gavazzi (1967 : cap. II).

5 Deux exceptions (remarquables) sont : Tarello (1977 : 499 ss.) ; et Troper (1975 : 133 s. ; d'après Troper toute hiérarchie est, dans un certain sens, produit de l'interprétation).

6 Cf., par exemple, l'art. 117, alinea 3, de la constitution italienne (les conseils régionaux peuvent voter des normes particulières en accord avec les principes fondamentaux établis par les lois étatiques).

7 Cf., par exemple, l'arrêt 1146/1988 de la Cour constitutionnelle italienne.

8 Cf. Guastini (1997 : 463 ss.) ; Guastini (2001 : ch. V).

2 QUATRE TYPES DE RELATIONS HIÉRARCHIQUES

A mon sens, il faut distinguer entre quatre types de relations hiérarchiques.

(i) *Hiérarchies formelles ou structurelles* : formelles car elles ne regardent pas le fond (le contenu) des normes ; structurelles car elles relèvent de la structure de l'ordonnancement juridique. Il s'agit de la relation qui subsiste entre les normes réglant la création du droit et le droit créé conformément à celles-ci. Si la norme N1 règle la production de la norme N2, alors N1 est formellement supérieure à N2.

Par exemple, dans tout ordonnancement juridique les normes constitutionnelles (souples ou rigides, peu importe) sont structurellement supérieures aux normes législatives, car la constitution règle la législation (notamment : la procédure législative).

(ii) *Hiérarchies matérielles ou substantielles* : elles regardent le fond (le contenu) des normes, notamment le fond des normes inférieures. Une première norme N1 est matériellement supérieure à une deuxième norme N2 lorsqu'une troisième norme N0 établit que N2 ne peut pas contredire N1. Autrement dit, il s'agit d'une hiérarchie « positive » : c'est-à-dire, positivement établie par le droit lui-même (notamment par N0).

Bien entendu la norme N0 peut bien être exprimée par des dispositions assez différentes. Par exemple : une disposition qui établit directement qu'une certaine source du droit S2 ne peut pas déroger à une autre source S1 ; une disposition qui autorise une autorité juridictionnelle à annuler la source S2 lorsqu'elle contredit S1 ; une disposition qui établit que la source S1 ne peut être modifiée que par une procédure plus compliquée que celle nécessaire à la production de S2 ; etc.

Évidemment, une constitution souple n'est supérieure à la loi qu'au sens formel, tandis qu'une constitution rigide est supérieure à la loi aussi au sens substantiel (c'est la définition même de constitution rigide). Normalement, toute hiérarchie matérielle reflète une hiérarchie formelle, mais l'inverse n'est pas vrai : par exemple, dans une constitution souple les normes législatives sont structurellement, mais non pas matériellement, subordonnées aux normes constitutionnelles.⁹

(iii) *Hiérarchies logiques ou linguistiques* : elles regardent le langage, notamment la structure logique du langage des sources du droit. Il s'agit de la relation entre normes et méta-normes, entre un méta-langage et son langage-objet. Une première norme N1 est logiquement supérieure à une deuxième norme N2 lorsque N1 porte sur (mentionne, se réfère à) N2.

Par exemple : normes d'abrogation explicite et normes abrogées ; la norme qui définit un terme du langage législatif et les normes dans lesquelles ce terme

⁹ La notion de hiérarchie de Béchillon (1996 : 40) n'est qu'un mélange, me semble-t-il, de hiérarchie formelle et matérielle.

est employé ; la norme qui fait renvoi à une autre norme ; la norme qui détermine le domaine d'efficacité d'autres normes (c'est le cas du principe de non-retroactivité); une loi d'interprétation authentique et la loi authentiquement interprétée ; etc.

(iv) *Hiérarchies axiologiques* : elles regardent la « valeur » des normes, leur « importance », si vous voulez. Une norme N1 est axiologiquement supérieure à une autre norme N2 lorsque les interprètes attribuent à N1 une valeur supérieure à la valeur de N2. Il faut donc remarquer qu'une telle hiérarchie ne subsiste qu'en conséquence d'un jugement de valeur des interprètes.

Par exemple, il y a une hiérarchie axiologique entre normes spécifiques et principes généraux ou fondamentaux. Mais une telle hiérarchie peut être établie même entre principes : c'est bien une hiérarchie axiologique qu'on établit entre deux principes lorsqu'on résout, au moyen d'une « pondération », un conflit entre principes constitutionnels (par exemple, entre la liberté de la presse et la « privacy »).

Les hiérarchies structurelles et logiques ne dépendent que de la structure du langage des sources du droit, du contenu conceptuel des normes dont il s'agit. Tandis que toute hiérarchie matérielle dépend de l'existence d'une norme positive qui l'établit, et toute hiérarchie axiologique dépend tout simplement d'un jugement de valeur posé par les interprètes.

3 HIÉRARCHIES NORMATIVES ET VALIDITÉ

Il y a une relation évidente entre les hiérarchies formelles et matérielles et la validité. Car est invalide toute norme qui n'a pas été produite conformément aux normes formellement supérieures (c'est-à-dire les normes qui en règlent la création) et/ou qui est en contradiction avec les normes matériellement supérieures.

Par exemple, même si la constitution est souple, est invalide toute loi qui n'a pas été créée en conformité aux normes constitutionnelles sur le procédé législatif, car la loi est formellement subordonnée à la constitution. Si, au contraire, la constitution est rigide, est également invalide toute loi dont le fond contredit une norme constitutionnelle, car la loi est subordonnée à la constitution même du point de vue matériel.

Par contre, il n'y a aucune relation nécessaire entre la validité et les hiérarchies logiques et axiologiques. Cependant, certains tribunaux constitutionnels pensent que certains principes constitutionnels - les principes « suprêmes » - ne peuvent être dérochés, modifiés, ou bouleversés ni même au moyen du procédé de révision constitutionnelle. De cette façon ils traitent une hiérarchie purement axiologique comme une hiérarchie matérielle, car les principes su-

premes ne sont surordonnés aux autres normes constitutionnelles qu'en vertu d'un jugement de valeur du tribunal.

4 SUR LE PRINCIPE *LEX SUPERIOR DEROGAT INFERIORI*

Comment résoudre un conflit entre la loi et le règlement, ou entre la constitution (rigide) et la loi ? La réponse est très facile : bien sûr, tout en appliquant le principe ou critère « hiérarchique », *lex superior derogat legi inferiori*, la norme supérieure rend invalide la norme inférieure.

Mais l'application d'un tel principe suppose l'identification préalable des relations de hiérarchie matérielle entre les diverses normes (ou sources) : afin de savoir quelle norme prime sur l'autre il faut savoir quelle norme est supérieure à l'autre. Eh bien, quelle norme est supérieure et quelle norme est inférieure ? Autrement dit : comment identifier le « rang » des normes ? Le principe *lex superior* ne répond pas à cette question. Il faut donc chercher la réponse dans d'autres normes. Notamment dans les normes

(a) qui établissent qu'une certaine source S1 ne peut pas contredire une autre source S2, ou bien

(b) qui autorisent une autorité juridictionnelle à annuler (ou ne pas appliquer) la source S2 quand elle contredit la source S1.

Cela veut dire que le principe *lex superior* n'est qu'une tautologie vide (de sens), parce que le rang d'une norme ne peut pas être identifié indépendamment de sa « primauté » et/ou de son invalidité. Par conséquent, on ne dira pas « la norme supérieure l'emporte sur la norme inférieure » ; on doit dire « la norme qui l'emporte est supérieure ».

Autrement dit, on ne peut pas reconnaître l'invalidité d'une norme à partir de son rang inférieur, préalablement identifié. Au contraire, on reconnaît le rang inférieur d'une norme à partir du fait qu'une telle norme est invalide quand elle se révèle en contradiction avec une autre norme.

5 SUR LE CONCEPT DE MÉTANORME

Prima facie, une métanorme est une norme qui porte, au niveau de métalangage, sur une autre norme.

Cependant, on appelle souvent « métanorme » toute norme réglant la production du droit, c'est à dire la création d'autres normes. Cette façon de parler est critiquable.

Les normes réglant la production du droit ne portent pas sur d'autres normes : elles portent sur des actes normatifs. Par exemple, les normes constitutionnelles sur la législation ne portent pas directement sur les lois : elles portent sur l'acte législatif. Entre ces normes constitutionnelles et les lois il n'y a pas une hiérarchie logique ou linguistique, mais une hiérarchie structurelle ou formelle.

Le concept de métanorme, partant, devrait être employé exclusivement pour se référer aux normes qui mentionnent d'autres normes. On a déjà rappelé une série d'exemples.

Par ailleurs, on devrait distinguer entre les dispositions juridiques (des morceaux de textes normatifs) et les normes (les contenus de signification des dispositions). On s'aperçoit alors que la plupart des métanormes ne portent pas, à proprement parler, sur d'autres normes *stricto sensu*, mais sur des dispositions.

Par exemple, une norme d'abrogation explicite porte directement sur la disposition abrogée (et, bien sûr, indirectement, mais seulement indirectement, sur les normes contenues dans cette disposition). Une loi d'interprétation authentique, également, porte sur le texte interprété, et non pas sur les normes qui sont exprimées par ce texte.

6 APPLICATIONS (I) : AUTO-CONSTRAINTES DU LÉGISLATEUR ?

Dans une constitution souple (c'est le cas, par exemple, du Royaume Uni) le procédé législatif peut bien être réglé par une loi. Une telle loi est-elle contraignante pour le législateur futur ?

Imaginons donc une loi L1 qui règle d'une certaine façon le procédé législatif et une autre loi L2 qui règle n'importe quelle matière, par exemple le contrat de location. Or, par hypothèse, L2 n'a pas été approuvée par le procédé prévu par L1, mais par un procédé différent. Peut-on dire que L2 est invalide pour des raisons formelles ? Ou bien doit-on dire que L1 a été tacitement dérogée ou même abrogée par L2 ?

La réponse intuitive est que L2 ne peut pas être invalide. Il s'agit de deux lois, donc deux textes qui se trouvent au même niveau dans la hiérarchie des sources du droit : entre deux lois il n'y a évidemment aucune relation hiérarchique. En cas d'antinomie entre deux lois c'est le principe « *lex posterior* » qu'il faut appliquer. C'est donc la loi nouvelle, L2, qui a abrogé tacitement la loi plus ancienne, L1.

Une telle réponse, néanmoins, n'est pas convaincante.

En premier lieu, il faut distinguer l'*abrogation* d'une norme et sa *violation*. Bien sûr, en l'absence de toute hiérarchie (matérielle) entre deux lois, le législa-

teur a le droit *d'abroger* une loi précédente. Mais la question est de savoir s'il a également le droit de *violer* une loi précédente.

En deuxième lieu, l'abrogation tacite est un phénomène qui se produit lorsque deux normes règlent la même matière de deux façons incompatibles. Mais dans notre cas il n'y a aucune contradiction entre L1 et L2 : L1 règle le procédé législatif, tandis que L2 règle une matière tout à fait différente. Ce qui contredit L1 n'est pas le fond de L2, mais son procédé d'approbation, c'est-à-dire une conduite : une conduite contraire à ce qui est établi par L1. Eh bien, on a du mal à comprendre comment une conduite pourrait abroger la norme qui la règle.

En troisième lieu, ce n'est pas vrai qu'il n'y a aucune relation hiérarchique entre L1 et L2. Il n'y a pas de hiérarchie matérielle, bien sûr. Mais L1 est formellement ou structurellement supérieure à L2. Par conséquent, L2 doit être formellement invalide. Il se peut qu'il n'y ait aucune sanction positive d'une telle invalidité (aucun organe compétent à la reconnaître et à annuler L2). Mais cela ne change pas les données de la question. Par L1 le législateur a posé une contrainte au législateur futur (ou à lui-même, si vous voulez). Une telle contrainte peut bien être abrogée par la loi, mais elle ne peut pas être tout simplement violée par la conduite du législateur tant qu'elle existe.

7 APPLICATIONS (II) : LE RÉGIME JURIDIQUE DES LOIS DE RÉVISION CONSTITUTIONNELLE (LE CAS ITALIEN)

Dans la constitution italienne (qui ressemble, d'ailleurs, à la constitution française en vigueur : art. 89) on trouve : (a) une norme réglant le procédé de révision constitutionnelle (art. 138) ; (b) une norme interdisant la révision constitutionnelle de la forme républicaine de l'État (art. 139). Quel est donc le régime juridique des lois de révision constitutionnelle (LRC) dans l'ordonnement juridique italien ?

(i) *La hiérarchie structurelle*. Le pouvoir de révision constitutionnelle n'est pas un pouvoir originaire : c'est autre chose que le pouvoir constituant. C'est un pouvoir dérivé, créé par la constitution. La LRC est donc une source qui ne pré-existe pas à la constitution : elle trouve dans la constitution son fondement. Par conséquent, la LRC est structurellement subordonnée à la constitution, notamment aux normes constitutionnelles réglant la révision : la norme sur le procédé de révision ainsi que la norme interdisant un certain type de révision.

(ii) *La hiérarchie matérielle*. Cependant, la LRC est bien habilitée à modifier la constitution. Donc elle est matériellement sur le même plan que les autres normes constitutionnelles ... à l'exception des normes quelle ne peut pas tou-

cher. En effet, la norme qui interdit la révision de la forme républicaine pose des limites à la LRC, et de cette façon subordonne matériellement la LRC aux normes constitutionnelles - à identifier au moyen de l'interprétation - qui déterminent la forme républicaine de l'État.

(iii) *La hiérarchie axiologique.* D'après la doctrine et, ce qui est plus important, d'après la jurisprudence de la Cour constitutionnelle,¹⁰ les normes constitutionnelles n'ont pas toutes la même valeur. Certaines normes sont plus importantes que les autres : il s'agit des principes « supêmes », qui sont surordonnés aux autres normes constitutionnelles et donc, *a fortiori*, aux LRC. La conséquence discutable est que les LRC ne peuvent pas toucher aux principes en question. Ce qui équivaut à transformer une hiérarchie purement axiologique - non pas établie par le droit, mais stipulée par les interprètes - en une hiérarchie matérielle.

Par conséquent:

(a) Les deux normes sur la révision (art. 138 et 139) sont structurellement surordonnées aux LRC. Cela veut dire qu'elles ne peuvent pas être validement violées par les LRC. Autrement dit, toute LRC adoptée par des procédés différents de ceux établis par l'art. 138 serait inconstitutionnelle (par violation de l'art. 138). Et toute LRC qui prétendrait modifier la forme républicaine de l'État serait également inconstitutionnelle (par violation de l'art. 139).

(b) Cependant les deux normes sur la révision, quoique structurellement surordonnées aux LRC, ne sont pas matériellement supérieures aux LRC. La conséquence est qu'elles ne peuvent pas être violées tant qu'elles sont en vigueur, mais elles peuvent bien être modifiées par une LRC. Donc une LRC, adoptée (bien entendu) selon le procédé prévu par l'art. 138, modifiant le même art. 138 ou bien l'art. 139, ne serait pas inconstitutionnelle.

(c) En vertu de l'art. 139, certaines normes constitutionnelles - les normes qui identifient la forme républicaine de l'État - ne sont pas susceptibles de révision constitutionnelle. Ces normes sont matériellement supérieures aux LRC. Donc toute LRC qui prétendrait bouleverser ces normes serait inconstitutionnelle: bien entendu, jusqu'à ce que l'art. 139 ne soit pas abrogé à son tour (car on a vu que l'art. 139, lui, est bien susceptible de révision constitutionnelle).

(d) Enfin, si l'on accepte la thèse de la primauté axiologique des principes supêmes, tout en acceptant en même temps de traiter une telle hiérarchie axiologique comme une hiérarchie matérielle, toute LRC prétendant toucher aux principes supêmes serait inconstitutionnelle.

¹⁰ Corte costituzionale, décision 175/1971.

Bibliographie

Denis DE BÉCHILLON, 1996 : *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*. Paris : Economica.

Norberto BOBBIO, 1970 : *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino : G. Giappichelli.

, 1994 : *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino : G. Giappichelli.

Giacomo GAVAZZI, 1967 : *Norme primarie e norme secondarie*. Torino : G. Giappichelli.

Riccardo GUASTINI, 1997 : Gerarchie normative. *Materiali per una storia della cultura giuridica* XXVII (1997) 2. 463-488.

, 2001 : *Lezioni di teoria costituzionale*. Torino : G. Giappichelli.

Herbert L. A. HART, 1961 : *The Concept of Law*. Oxford : Clarendon Press.

Hans Kelsen, 1962 : *Théorie pure du droit*. Trad. française de la 2e édition de la *Reine Rechtslehre* par Charles Eisenmann. Paris : Dalloz.

Adolf J. MERKL, 1987 : Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto. In : Adolf

J. Merkl, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*. Trad. Carmelo Geraci. Milano : Giuffrè.

Giovanni TARELLO, 1977 : Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi. *Politica del diritto* (1977) VIII. Fasc. 5. 499-526.

Michel TROPER, 1975 : Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle. *Recueil d'études en hommage à Charles Einsenmann*. Paris : éditions Cujas. 133-151.

*

Jurisprudence italienne. Cour constitutionnelle (www.giurcost.org):

175/1971, 14 juillet 1971.

1146/1998, 29 décembre 1988.

Constitution italienne (<http://www.giurcost.org/>)

art. 117, 138 et 139.

Constitution française (www.legifrance.gouv.fr):

art. 89.

Riccardo Guastini*

Gerarchie normative

Dopo un breve esame della letteratura esistente in tema di gerarchie normative, l'autore introduce quattro concetti di gerarchia: (i) la gerarchia formale, che si dà tra le norme che regolano la produzione del diritto e le norme create conformemente ad esse; (ii) la gerarchia materiale, che si dà tra due norme allorché una terza norma positiva proibisce all'una di contraddire l'altra; (iii) la gerarchia logica, che si dà tra due norme allorché una di esse verte sull'altra a livello di metalinguaggio; (iv) la gerarchia assiologica, che dipende dal giudizio di valore con cui gli interpreti attribuiscono ad una norma un valore superiore a quello dell'altra. L'autore utilizza poi questo apparato concettuale per chiarire i concetti di validità e di metanorma, nonché lo statuto del principio *lex superior derogat inferiori*. Infine, sulla base della stessa distinzione, l'autore analizza il problema degli auto-vincoli del legislatore e il regime giuridico delle leggi di revisione costituzionale.

Parole chiave: gerarchie normative, validità, metanorme, *lex superior*, auto-vincoli del legislatore, revisione costituzionale

1 QUALI RELAZIONI GERARCHICHE?

È pacifico che ogni ordinamento giuridico (moderno) abbia una struttura gerarchica: che, cioè, le norme che lo compongono non stiano tutte sullo stesso piano, che siano gerarchicamente ordinate. Ma in che senso esattamente?

Secondo Kelsen,¹ vi è un solo tipo di relazione gerarchica tra norme: quella che intercorre tra le norme sulla produzione giuridica e le norme prodotte in accordo con esse. In questo senso, ad esempio, le norme costituzionali sulla legislazione sono sovraordinate alla legislazione stessa: anche se la costituzione è flessibile, si noti bene.

Secondo Merkl,² tuttavia, può esservi un secondo tipo di relazione gerarchica (accanto alla precedente): la relazione che intercorre tra due norme allorché una di esse non può validamente essere contraddetta, derogata, o abrogata dall'altra. Si osservi che, per quanto riguarda i rapporti tra costituzione e legislazione, tale relazione sussiste solo se la costituzione è rigida.

D'altra parte, la relazione tra norme sulla produzione giuridica e norme prodotte in accordo con esse è spesso riguardata come una relazione logica: quel

* guastini@unige.it | Professore di teoria del diritto all'Università di Genova, Dipartimento di giurisprudenza.

1 Cfr. Kelsen (1962: titolo V).

2 Cfr. Merkl (1987: 37 ss).

tipo di relazione che sussiste tra due livelli di linguaggio (un meta-linguaggio ed il suo linguaggio-oggetto).³ Le norme sulla produzione gerarchica, si pensa, sono "norme su norme", i.e. vertono su (hanno ad oggetto) le norme alla cui produzione si riferiscono. A ben vedere, però, le norme sulla produzione giuridica hanno ad oggetto non propriamente norme, ma piuttosto atti normativi, atti di produzione di norme. Questo modo di vedere, dunque, confonde la relazione tra norme sulla produzione e norme prodotte con una relazione alquanto diversa: quella che sussiste tra due norme allorché l'una verte sull'altra, "parla" dell'altra, menzionandola: ad esempio, la relazione tra una norma abrogatrice e quella da essa abrogata.

Inoltre, un po' tutti sembrano supporre che le relazioni gerarchiche preesistano all'interpretazione, sicché gli interpreti non possano fare altro che prenderne atto. Ma le cose non sono così semplici. È abbastanza chiaro ad uno sguardo disincantato che talune relazioni gerarchiche sono non già "trovate", ma create dagli interpreti.⁴ È questo il caso, ad esempio, della relazione assiologica che sussiste tra principi fondamentali o generali e norme specifiche o di dettaglio. È questo il caso, ancora, della relazione tra la costituzione e certi principi "sovra-costituzionali" che, secondo la giurisprudenza di taluni tribunali costituzionali, non possono essere derogati o modificati in alcun modo: neppure con il procedimento di revisione costituzionale.

2 TEORIA DELLE GERARCHIE NORMATIVE

Nessuna delle teorie menzionate nel paragrafo precedente appare dunque soddisfacente.⁵

In tutti gli ordinamenti giuridici evoluti le norme sono legate tra di loro da molteplici vincoli di gerarchia. Se ne possono distinguere non meno di quattro tipi.

(1) *Gerarchie strutturali o formali*, attinenti cioè non al contenuto delle norme, ma alla struttura (dinamica) dell'ordinamento: sono quelle che intercorrono tra le norme sulla produzione giuridica (in senso stretto)⁶ e le norme la cui produzione è da quelle disciplinata.⁷

3 Hart (1961: p. 92); Bobbio (1970: 180 ss); Bobbio (1994: 235).

4 Tarello (1977: 499 ss); Tarello (1980: cap. VII). Vedi anche Troper (1989: 215 ss), secondo il quale anche le gerarchie di fonti sono frutto di interpretazione.

5 Cfr. Guastini (1997: 463 ss).

6 In questo contesto, mi riferisco alle norme sulla produzione giuridica in senso stretto, ossia, da un lato, alle norme che conferiscono competenze normative e, dall'altro, alle norme che ne disciplinano i modi (i procedimenti) di esercizio.

7 Queste e quelle - si noti - sono emanazione di due diversi poteri normativi, uno dei quali trae la sua fonte di legittimità dall'altro.

In altre parole: due norme, N1 e N2, intrattengono tra di loro una relazione gerarchica strutturale o formale, allorché una di esse è una norma che disciplina la produzione dell'altra. Dunque, se N1 è una norma sulla produzione giuridica, e N2 è una delle norme la cui produzione è regolata da N1, diremo che N1 è strutturalmente o formalmente superiore a N2.

Ad esempio: anche in regime di costituzione flessibile, le norme costituzionali sono strutturalmente sovraordinate alle norme legislative, dal momento che il potere legislativo è conferito e, normalmente, disciplinato nelle sue modalità di esercizio dalla costituzione. Analogamente, le norme di una legge delegante sono strutturalmente sovraordinate alle norme del relativo decreto delegato.

Come si vede, in casi del genere, la gerarchia sussiste non perché qualcuno abbia stabilito che N1 è in qualche senso superiore a N2, ma in virtù del contenuto stesso di N1.

D'altro canto, si tratta di una gerarchia "formale" nel senso che non influisce in alcun modo sul contenuto della norma inferiore. Ad esempio, le norme costituzionali che conferiscono al parlamento la funzione legislativa e quelle che disciplinano il procedimento di formazione delle leggi nulla dicono intorno al contenuto delle leggi future.

(2) *Gerarchie materiali o sostanziali*, attinenti cioè al contenuto delle norme: sono quelle che intercorrono tra due norme allorché una terza norma statuisce che una delle prime due è invalida qualora confligga con l'altra.

In altre parole: due norme, N1 e N2, intrattengono tra di loro una relazione gerarchica materiale allorché una terza norma positiva, N3, statuisce che N2 è invalida qualora sia in conflitto con N1. In questi casi, diremo che N1 è materialmente superiore a N2.

Beninteso, una norma sul tipo di N3 può assumere le forme più diverse. Può darsi, ad esempio, che N3 disponga che una certa fonte, F2, non può contenere norme in contrasto con un'altra fonte, F1. Oppure può darsi che N3 autorizzi un organo giurisdizionale a disapplicare o addirittura ad annullare le norme provenienti dalla fonte F2 quando siano in contrasto con le norme provenienti da F1. O, ancora, può darsi che N3 stabilisca che la fonte F1 non può essere modificata se non con un procedimento speciale, diverso da (più complesso di) quello richiesto per la produzione di F2.

Come si vede, la gerarchia sussiste non in virtù del contenuto di N1 (o, tanto meno, di N2), ma in virtù di una terza norma, N3: la relazione gerarchica è istituita precisamente da N3.

La gerarchia in questione ha carattere "materiale", ossia "contenutistico", dal momento che influisce sul contenuto della norma inferiore. Anzi, essa consiste

precisamente in questo, che la norma inferiore non può assumere un contenuto confliggente (incompatibile, antinomico) con quello della norma superiore.

Ad esempio: in regime di costituzione rigida (ma non in regime di costituzione flessibile) le norme costituzionali sono materialmente sovraordinate alle norme legislative ordinarie;⁸ in genere, le norme di rango legislativo sono materialmente sovraordinate alle norme di rango regolamentare.

Spesso una gerarchia materiale riflette una gerarchia formale, ma non ogni gerarchia formale si risolve in una gerarchia materiale. Ad esempio, in regime di costituzione flessibile le norme di rango legislativo sono strutturalmente, ma non materialmente, subordinate a quelle costituzionali.⁹

(3) *Gerarchie logiche o linguistiche*, attinenti cioè al linguaggio, sono quelle che intercorrono tra due norme allorché l'una verte (metalinguisticamente) sull'altra.

In altri termini: due norme, N1 e N2, intrattengono tra di loro una relazione gerarchica logica o linguistica, allorché una di esse menziona l'altra. Così, se N1 menziona N2, diremo che N1 è logicamente o linguisticamente superiore a N2: "superiore" nel senso che, banalmente, "verte su" N2, si colloca ad un livello di linguaggio più alto. N1 è formulata in un metalinguaggio rispetto a N2, la quale costituisce il suo linguaggio-oggetto. N1 è, come si usa dire, una *metanorma* (in senso stretto) rispetto a N2.¹⁰

Sono esempi paradigmatici di norme che menzionano altre norme: le norme di abrogazione espressa nominata ("È abrogato l'articolo x della legge y"), le norme di interpretazione autentica ("L'art. x della legge y deve essere inteso nel senso che..."), le norme di rinvio ("La tale fattispecie è disciplinata dalla fonte x"). Ma appartengono al genere delle metanorme anche le norme sanzionatrici (le quali sono logicamente sovraordinate alle norme di condotta la cui violazione sanzionano), le definizioni legislative (le quali sono logicamente sovraordinate alle norme contenenti il termine definito), le norme che determinano l'ambito di efficacia di altre norme (le quali sono logicamente sovraordinate a queste ultime).

Anche in questi casi, come nel caso delle gerarchie formali, la gerarchia sussiste non perché qualcuno abbia stabilito che N1 è in qualche senso superiore a N2, ma in virtù del contenuto stesso di N1.

⁸ Nel senso che, se così non fosse, non diremmo rigida la costituzione di cui si tratta.

⁹ Questa è, direi, la definizione stessa di costituzione flessibile. Nel senso che, se la legge fosse invalida qualora confliggesse con la costituzione, sarebbe materialmente subordinata ad essa. Sicché saremmo per ciò stesso in regime di costituzione rigida.

¹⁰ Si parla di "meta-linguaggio" per riferirsi ad ogni discorso il quale abbia ad oggetto (non entità extra-linguistiche, ma) altre entità linguistiche (vocaboli, sintagmi, enunciati); e si parla di "linguaggio-oggetto" per riferirsi a queste ultime.

(4) *Gerarchie assiologiche*, attinenti cioè ai valori: sono quelle che intercorrono tra due norme allorché l'interprete attribuisce ad una di esse un valore superiore a quello dell'altra.

In altre parole, due norme, N1 e N2, intrattengono tra di loro una relazione gerarchica assiologica allorché l'*interprete*, mediante un suo *giudizio di valore*, ascrive a N1 un valore superiore rispetto al valore di N2.

Il giudizio di valore dell'interprete, beninteso, può essere sottaciuto (implicito), e, quando è espresso, può assumere forme diverse. Talvolta si dice, ad esempio, che N1 costituisce un "principio" dell'ordinamento, mentre N2 è una banale norma di dettaglio. Altre volte si dice che N2 non può essere in contrasto con N1, e ciò può sottintendere, secondo i casi, che N2 deve essere interpretata in conformità a N1, ovvero che in caso di conflitto N1 prevale su N2 (anche in assenza di una norma positiva che lo stabilisca).

Dunque, la relazione gerarchica assiologica non dipende in alcun modo dal contenuto delle norme coinvolte:¹¹ sussiste solo in virtù di un giudizio di valore dell'interprete.

In questo senso, i cosiddetti principi costituzionali supremi sono sovraordinati alle "comuni" norme costituzionali;¹² nello stesso senso i principi fondamentali di una data materia (la materia dei contratti, poniamo) sono sovraordinati alle relative norme di dettaglio (ad esempio, la disciplina della compravendita).¹³

Talora le gerarchie assiologiche si riflettono in altrettante gerarchie materiali.¹⁴ Ma non sempre una gerarchia assiologica è altresì una gerarchia materiale: nell'ordinamento vigente, ad esempio, vi è gerarchia assiologica, ma non gerarchia materiale, tra il principio generale di irretroattività delle leggi, statuito da una norma di rango legislativo (l'art. 11, c. 1, disp. prel. cod. civ.) e le leggi stesse.¹⁵

11 Se non nel senso che l'interprete giudica una norma superiore all'altra in virtù del suo contenuto.

12 Alludo alla giurisprudenza costituzionale in tema di limiti alla revisione costituzionale e di "controlimiti" all'ingresso del diritto comunitario nel diritto interno.

13 Diversa è la relazione tra leggi statali di principio e leggi regionali di dettaglio come configurata dall'art. 117 cost. con riferimento alla potestà legislativa concorrente delle Regioni: qui si tratta di una gerarchia materiale, giacché la norma regionale di dettaglio in conflitto con una norma statale di principio è invalida.

14 Ciò accade, ad esempio, quando i principi di cui si parla siano contenuti in una costituzione rigida.

15 Le molteplici relazioni gerarchiche fin qui esaminate possono essere disposte in due classi, ciascuna delle quali include a sua volta due sottoclassi. (1) *Gerarchie necessarie*. La prima classe è quella delle gerarchie che possiamo chiamare "necessarie". Uso questo termine per intendere che le relazioni gerarchiche in questione non dipendono - diciamo così - da un contingente atto di "gerarchizzazione" che qualcuno abbia contingentemente compiuto (ma che avrebbe anche potuto non compiere affatto). Esse dipendono esclusivamente dal contenu-

3 GERARCHIE NORMATIVE E VALIDITÀ

Le gerarchie formali e le gerarchie materiali sono direttamente connesse alla validità: nel senso che è invalida ogni norma la quale non sia stata prodotta in conformità alle norme ad essa formalmente sovraordinate (quelle, cioè, che ne disciplinano la produzione) e/o sia in contrasto con norme materialmente sovraordinate.

Così, ad esempio, anche in regime di costituzione flessibile è invalida la legge che sia stata creata in modo difforme da quanto prescritto in costituzione (essendo la legge formalmente, benché non materialmente, subordinata alla costituzione).¹⁶ In regime di costituzione rigida è altresì invalida la legge il cui contenuto sia in contrasto con norme costituzionali (essendo la legge subordinata anche materialmente alla costituzione).

Per contro, non vi è alcuna relazione necessaria tra la validità e le gerarchie logiche¹⁷ ed assiologiche (sebbene le gerarchie assiologiche siano talora trattate come altrettante gerarchie materiali).¹⁸

Così, ad esempio, non si vede come una legge di interpretazione autentica potrebbe incidere sulla validità della legge interpretata (pur essendo questa logicamente subordinata a quella). Il principio di irretroattività della legge in genere, statuito dall'art. 11, c. 1, disp. prel. cod. civ., non incide sulla validità delle leggi (pur essendo logicamente ed assiologicamente sovraordinato ad esse), nel senso che - al di fuori della materia penale, dove il principio di irretroattività ha rango costituzionale (art. 25, c. 2, cost.) - una legge retroattiva non è, per ciò stesso, invalida.

to concettuale delle due norme coinvolte, e anzi, più precisamente, dal contenuto di una delle due norme coinvolte. Le gerarchie strutturali (o formali) e quelle logiche (o linguistiche) sono necessarie in questo senso. (2) *Gerarchie contingenti*. La seconda classe è quella delle gerarchie che possiamo chiamare "contingenti" - o "positive", cioè "poste" - per intendere che esse dipendono non dal contenuto concettuale delle due norme coinvolte, ma - per così dire - da un atto di "gerarchizzazione": un atto contingentemente compiuto da qualcuno (che avrebbe anche potuto non compierlo). Ora, l'atto da cui dipende la sussistenza di una gerarchia contingente tra due norme può essere: (a) un atto normativo (il quale ponga in essere una terza norma), oppure (b) un atto interpretativo, compiuto cioè dall'interprete (atto "interpretativo" in quanto compiuto dall'interprete, ma non atto "di interpretazione", giacché esso consiste non nella ascrizione di significato ad una disposizione, ma in un giudizio di valore). Le gerarchie materiali e quelle assiologiche sono contingenti in questo senso: le une dipendono da un atto normativo, le altre da un atto interpretativo.

16 Sulla possibile invalidità delle leggi in regime di costituzione flessibile, si deve ricordare il classico Esposito 1964.

17 A meno di non includere tra le gerarchie logiche anche la relazione che intercorre tra norme sulla produzione giuridica e norme la cui produzione è da queste disciplinata. Il che, come diremo tra un momento, è alquanto fuorviante.

18 Di nuovo, alludo alla giurisprudenza costituzionale in tema di principi costituzionali supremi.

4 INTERMEZZO: SUL COSIDDETTO PRINCIPIO GERARCHICO

Per illustrare il criterio gerarchico, si usa dire: "lex superior derogat inferiori", la norma superiore prevale su (nel senso che rende invalida) quella inferiore.

Ma quale norma è superiore e quale inferiore? In altre parole: come identificare il "grado" gerarchico delle diverse fonti? Giacché l'applicazione del criterio gerarchico nei conflitti tra norme provenienti da diverse fonti suppone, ovviamente, la previa identificazione delle relazioni gerarchiche tra le fonti in questione: per sapere quale fonte debba prevalere occorre sapere quale fonte sia superiore all'altra.

Nondimeno, conviene osservare che nell'ordinamento vigente (e probabilmente in molti altri ordinamenti moderni) non vi sono altre norme che istituiscano relazioni gerarchiche tra fonti, se non precisamente quelle che dispongono - con una varietà di formulazioni -¹⁹ che, *in caso di conflitto, una data fonte prevale sull'altra*.²⁰

Sicché la formulazione del criterio in questione deve essere rovesciata: diversamente, si riduce ad una banale tautologia. Non "la norma superiore prevale su quella inferiore", ma al contrario "la norma che prevale è, per ciò stesso, superiore".

Non possiamo dire: la fonte A, in quanto superiore, prevale sulla fonte B, in quanto inferiore,²¹ dal momento che il "grado" gerarchico delle due fonti in questione non può essere identificato in modo indipendente dalla "prevalenza" dell'una sull'altra. Dobbiamo dire: la fonte A, in quanto prevale sulla fonte B, è superiore ad essa.

19 Ad esempio: (a) stabilendo che una data fonte A non può disporre in contrasto con un'altra fonte B, ovvero (b) autorizzando una qualche autorità giurisdizionale a disapplicare, o senz'altro ad annullare, la fonte A qualora confligga con la fonte B.

20 Certo, si può sostenere che l'art. 1 disp. prel. cod. civ., nell'elencare talune fonti del diritto (nell'ordine: leggi, regolamenti, consuetudini), implicitamente ne indichi anche il grado gerarchico. Ma, a rigore, un elenco non è perciò stesso una scala gerarchica. Così, ad esempio, che la legge sia materialmente superiore al regolamento si inferisce non già dall'art. 1, ma piuttosto dall'art. 4, c. 1, disp. prel. cod. civ. (nonché dall'art. 5, legge 2248/1865, all. E, sul contenzioso amministrativo; dall'art. 26, c. 1, R. D. 1054/1924, T. U. delle leggi sul Consiglio di Stato; e dall'art. 2, legge 1034/1971, Istituzione dei T.A.R.). D'altro canto, non vi sono norme che espressamente assegnino un qualsivoglia grado gerarchico alla costituzione: che la costituzione sia materialmente superiore alla legge si inferisce dagli artt. 134, 136, c. 1, e 138 cost. Analogamente, la superiorità delle leggi statali di principio sulle leggi regionali si desume dall'art. 117, c. 3, cost. E via esemplificando.

21 Ciò equivarrebbe a dire: la fonte A, in quanto prevale sulla fonte B, prevale sulla fonte B. Il che è assolutamente tautologico.

In altre parole, non è che l'invalidità di una fonte si inferisca dalla sua inferiorità gerarchica, previamente accertata, ma al contrario la inferiorità gerarchica di una fonte si inferisce dal fatto che essa è destinata a soccombere quando entra in conflitto con un'altra fonte.²²

5 SUL CONCETTO DI METANORMA

Prima facie, una metanorma è una norma che verte, a livello di metalinguaggio, su di un'altra norma.²³

Tuttavia, spesso, si dice metanorma ogni norma che disciplini la creazione del diritto, ossia la produzione di altre norme. Questo modo di esprimersi non è del tutto felice.

Le norme che disciplinano la produzione del diritto non vertono su altre norme: hanno ad oggetto *atti* normativi.²⁴ Ad esempio, le norme costituzionali sulla legislazione non dicono nulla delle leggi: vertono sull'atto legislativo. Tra queste norme e le leggi sussiste non una relazione logica o linguistica, ma una gerarchia strutturale o formale.

A stretto rigore, pertanto, il concetto di metanorma dovrebbe essere usato esclusivamente per riferirsi alle norme che menzionano altre norme. Ho già ricordato una serie di esempi in tal senso.

D'altra parte, occorre distinguere tra le disposizioni giuridiche (frammenti di testi normativi) e le norme che tali disposizioni esprimono (il contenuto di senso delle disposizioni). Ci si accorge allora che, propriamente parlando, la maggior parte delle metanorme vertono non su altre norme, *stricto sensu*, ma su disposizioni.

Per esempio, una norma di abrogazione espressa verte direttamente sulla disposizione abrogata, e solo indirettamente sulle norme che tale disposizione esprime. Una legge d'interpretazione autentica, allo stesso modo, verte sul testo interpretato, e non sulle norme che tale testo esprime.

22 Diversa sembra l'opinione di Pizzorusso (1997: 104 s), il quale distingue due usi del criterio gerarchico: talora, egli dice, tale criterio viene «utilizzato al fine di applicare il principio generale di "preferenza" della fonte di grado superiore»; talaltra, «per stabilire se un determinato atto normativo derivante da una fonte inferiore possa esercitare gli effetti suoi propri ovvero debba essere annullato, disapplicato, ecc.». Pare a me che il primo uso del criterio, tra quelli menzionati da Pizzorusso, presupponga il secondo.

23 In proposito: Mazzaresse 1982; Mazzaresse 1996.

24 Intendo per "atto normativo" non un documento esprimente norme (come comunemente si intende), ma un'azione produttiva di norme.

6 APPLICAZIONI (I): AUTOVINCOLI DEL LEGISLATORE?

In un ordinamento a costituzione flessibile (è il caso, ad esempio, del Regno Unito), può ben accadere che il procedimento legislativo sia disciplinato da una "comune" legge (in regime di costituzione flessibile, leggi "costituzionali" non si danno).²⁵ Ebbene: una legge siffatta è, o no, vincolante per il legislatore futuro?

Immaginiamo dunque una legge L1 che disciplini (non importa come) il procedimento legislativo, e un'altra legge L2 che disciplini a sua volta una qualsivoglia altra materia. Ora, per ipotesi, L2 è stata approvata *non* secondo il procedimento previsto da L1, ma secondo un procedimento diverso. Possiamo allora dire che L2 sia invalida per ragioni formali? O dobbiamo invece dire che L1 sia stata tacitamente derogata, o addirittura abrogata, da L2?

La risposta intuitiva è che no, L2 non può essere invalida. Abbiamo a che fare con due leggi: due testi, dunque, che si trovano sullo stesso livello nella gerarchia (materiale) delle fonti del diritto; tra due leggi non sussiste apparentemente alcuna relazione gerarchica. In caso di antinomia tra due leggi, è il principio cronologico, "lex posterior", che si deve applicare.²⁶ Sicché si deve ritenere che la nuova legge, L2, abbia tacitamente abrogato la legge precedente, L1.

Questa risposta, tuttavia, non è persuasiva.

In primo luogo, occorre distinguere *l'abrogazione* di una norma dalla sua *violazione*. Certo, tra due leggi non sussiste alcuna relazione gerarchica (materiale), sicché il legislatore ha il diritto di *abrogare* una legge precedente. Ma la questione è sapere se abbia anche il diritto di *violare* una legge precedente a lui rivolta (senza prima averla, espressamente o tacitamente, abrogata).

Una legge sorta in violazione delle norme che stabiliscono come debbano farsi le leggi non può che essere una legge invalida, anche in ordinamenti a costituzione flessibile. Certo, in tali ordinamenti, la legge (ordinaria) è in grado di liberamente modificare le regole, pur se scritte nei testi costituzionali, disciplinanti la formazione delle leggi, ma nessuna legge può trasgredirle in un singolo caso, poiché altro è mutare il diritto vigente, nelle forme da questo prescritte, altro non ottemperare a quanto esso attualmente dispone.²⁷

In secondo luogo, l'abrogazione tacita è un fenomeno che si produce allorché due norme regolano la stessa fattispecie in due modi incompatibili. Ma nel caso

25 Nel nostro ordinamento, a costituzione rigida, accade un fenomeno in tutto analogo: accade che atti non propriamente legislativi, ma aventi tuttavia "forza di legge" (decreti-legge ex art. 77 cost., e decreti legislativi delegati ex art. 76 cost.), siano per qualche aspetto disciplinati da una legge (la legge 400/1988), ossia da un atto equiparato nella gerarchia delle fonti.

26 «La legge anteriore non può sottrarsi alla forza abrogativa delle leggi successive»: così Zagrebelsky (1991: 40). In tal senso Corte cost. 14/1964, 4/1972, 6/1975. In proposito cfr. anche Pace (1983: 2348 ss). Ora anche in Pace (1997: 153 ss.).

27 Così Crisafulli (1984: 258).

che abbiamo ipotizzato non vi è alcuna incompatibilità tra L1 e L2: L1 disciplina il procedimento legislativo, mentre L2 disciplina una materia affatto diversa. Ciò che "contraddice" L1 è non il contenuto di L2, ma il suo procedimento di approvazione, ossia un comportamento (il comportamento dell'organo legislativo): un comportamento contrario a quanto stabilito da L1. Ebbene, è difficile comprendere come un comportamento possa mai abrogare la norma che lo disciplina (un assassinio ovviamente non abroga la norma che vieta l'assassinio, ma la viola).

In terzo luogo, è falso che non sussista alcuna relazione gerarchica tra L1 e L2. Certo, non vi è, tra esse, gerarchia materiale. Ma L1 è formalmente o strutturalmente superiore a L2. Per conseguenza, L2 deve essere considerata formalmente invalida. Può accadere che non vi sia, nell'ordinamento positivo, alcuna sanzione per questa invalidità, che non vi sia alcun organo competente a riconoscerla e ad annullare L2 (o a disapplicarla). Ma ciò non cambia i dati della questione. Mediante L1 il legislatore ha dettato regole al legislatore futuro (o, se preferite, ha dettato regole a sé stesso). Siffatte regole possono certo essere abrogate da una legge successiva, ma, finché sussistono, non possono essere semplicemente violate dal comportamento del legislatore.²⁸

7 APPLICAZIONI (II): IL REGIME GIURIDICO DELLE LEGGI COSTITUZIONALI NEL DIRITTO VIGENTE

Nella costituzione italiana (simile sotto questo aspetto alla costituzione francese vigente: art. 89) si trovano: (a) una norma che disciplina il procedimento di revisione costituzionale (art. 138); (b) una norma che vieta la revisione costituzionale della forma repubblicana dello stato (art. 139). Qual è dunque il regime giuridico delle leggi di revisione costituzionale (LRC) nell'ordinamento vigente?

(i) *La gerarchia strutturale*. Il potere di revisione costituzionale non è un potere originario: è altra cosa dal potere costituente. È un potere "costituito", ossia derivato, creato dalla costituzione. Banalmente, la LRC è una fonte che non preesiste alla costituzione: trova in costituzione il suo fondamento.

Pertanto, la LRC è strutturalmente subordinata alla costituzione, in particolare alle norme costituzionali che disciplinano la revisione: sia alle norme sul procedimento di revisione, sia alla norma che vieta un certo tipo di revisione.

²⁸ Secondo Pace (1997: spec. 168 ss), in regime di costituzione rigida, il legislatore non può dettare regole procedimentali alla legislazione (ulteriori rispetto alle regole disposte in costituzione), perché, così facendo, disciplinerebbe la stessa funzione legislativa, sostituendosi così alla costituzione; e d'altro canto, la violazione di siffatte regole "ulteriori", non avendo queste rango costituzionale, non potrebbe essere giudicata incostituzionale; sicché le regole in questione non sarebbero comunque vincolanti per il futuro legislatore.

(ii) *La gerarchia materiale*. Tuttavia, la LRC è abilitata a modificare la costituzione. Sicché essa è materialmente sullo stesso livello delle norme costituzionali:²⁹ ad eccezione, beninteso, delle norme che non è autorizzata a toccare.

La norma che vieta la revisione della forma repubblicana, infatti, pone dei limiti materiali alla LRC, e, così facendo, subordina materialmente la LRC a quelle norme costituzionali - che occorre identificare per via di interpretazione - che determinano la forma repubblicana dello stato.

(iii) *La gerarchia assiologica*. Secondo gran parte della dottrina e, ciò che più conta, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale,³⁰ le norme costituzionali non hanno tutte lo stesso "valore". Talune norme sono più importanti delle altre: si tratta dei principi costituzionali "supremi", che sono assiologicamente sovraordinati alle rimanenti norme costituzionali e dunque, *a fortiori*, alle LRC.³¹

La discutibile conseguenza è che le LRC non possono toccare i principi in questione.³² Il che equivale a trasformare una gerarchia puramente assiologica - una gerarchia non già stabilita dal diritto stesso, ma stipulata dagli interpreti - in una gerarchia materiale.

Per conseguenza:

(a) Le due norme sulla revisione (artt. 138 et 139) sono *strutturalmente* sovraordinate alle LRC. Ciò significa che tali norme non possono essere validamente violate dalle LRC. Sicché qualunque LRC adottata attraverso procedimenti diversi da quelli stabiliti dall'art. 138 sarebbe incostituzionale (per violazione dell'art. 138); così come sarebbe incostituzionale (per violazione dell'art. 139) qualunque LRC che pretendesse di modificare la forma repubblicana dello stato.

(b) Tuttavia, le due norme sulla revisione, sebbene strutturalmente sovraordinate alle LRC, *non* sono *materialmente* sovraordinate ad esse.³³ La conseguen-

²⁹ Se così non fosse, una legge costituzionale che disponesse diversamente dalla costituzione (come accade per ogni legge di revisione costituzionale), lungi dal modificare la costituzione stessa, sarebbe anzi costituzionalmente illegittima.

³⁰ Corte cost. 175/1971: «È da condividere l'assunto della sussistenza di una gerarchia fra norme e norme della stessa Costituzione, rispetto alla quale è individuabile (come del resto in ogni corpo di disposizioni ordinate in sistema) un ordine che conduce a conferire preminenza ad alcune di esse rispetto ad altre». Bell'esempio di "costruzione giuridica", e puro diritto giurisprudenziale.

³¹ Vedi sul tema: Troper (2001: cap. XIII); nonché Favoreu 1993; Vedel 1993.

³² Corte cost. 1146/1988.

³³ Lo sarebbero solo se una ulteriore norma costituzionale (un ipotetico art. 140) disponesse che gli artt. 138 e/o 139 non sono soggetti a revisione costituzionale. Ma anche una norma siffatta, pur non potendo essere validamente violata (finché fosse in vigore), potrebbe però essere validamente modificata (o abrogata) in assenza di una norma ulteriore (un ipotetico art. 141).

za è che le norme in questione non possono essere violate fino a che siano in vigore; possono però essere modificate (o anche abrogate) da una LRC. Pertanto, una LRC, adottata, beninteso, secondo il procedimento previsto dall'art. 138, che modificasse il medesimo art. 138 oppure l'art. 139, *non* sarebbe incostituzionale.³⁴

(c) In virtù dell'art. 139, talune norme costituzionali - quelle che identificano la forma repubblicana dello stato - non sono suscettibili di revisione costituzionale. Tali norme sono materialmente sovraordinate alle LRC. Sicché qualunque LRC che pretendesse di sovvertirle sarebbe incostituzionale: beninteso, fino a che, però, l'art. 139 non fosse a sua volta abrogato (giacché abbiamo ben visto che l'art. 139 è suscettibile di revisione costituzionale).

(d) Infine, se - e solo se - si accetta la tesi della supremazia assiologica dei principi supremi, accettando al tempo stesso di trattare questa gerarchia, puramente assiologica, come una gerarchia materiale, sarebbe incostituzionale qualunque LRC che pretendesse di sovvertire i principi supremi.

Bibliografia

Norberto BOBBIO, 1970: *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli.
 , 1994: *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino: Giappichelli.

Vezio CRISAFULLI, 1984: *Lezioni di diritto costituzionale* (vol. II). Padova: CEDAM.

Carlo ESPOSITO, 1964: *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi, e il controllo giurisdizionale* (1934). Milano: Giuffrè.

Louis FAVOREU, 1993: *Souveraineté et supraconstitutionnalité. Pouvoirs* (1993) 67.

Riccardo GUASTINI, 1997: "Gerarchie normative". *Materiali per una storia della cultura giuridica* (1997).

H. L. A. HART, 1961: *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.

Hans Kelsen, 1962 : *Théorie pure du droit*. Trad. française de la 2e édition de la Reine Rechtslehre par Charles Eisenmann. Paris : Dalloz.

Tecla MAZZARESE, 1982: *Metanorme e linguaggio deontico. Un'analisi logica. Materiali per una storia della cultura giuridica* (1982).

, 1996: *Metanorme. Rilevi su un concetto scomodo della teoria del diritto. Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*. Eds. Paolo Comanducci, Riccardo Guastini. Torino: Giappichelli.

che ne vietasse la revisione. D'altronde, quest'ultima norma (l'ipotetico art. 141) non potrebbe essere violata, ma potrebbe essere abrogata: a meno che non vi fosse una norma ulteriore (un ipotetico art. 142) il quale lo vietasse. E così avanti, all'infinito.

³⁴ Avverto il lettore che, quanto alla modifica (o abrogazione) dell'art. 139, la dottrina italiana, unanime, è di parere opposto a quello sostenuto nel testo: una legge di revisione che pretendesse di toccare l'art. 139 sarebbe costituzionalmente illegittima. Quanto alla modificabilità dell'art. 138 (o, più in generale, delle disposizioni dell'una o dell'altra costituzione in materia di procedimento di revisione) l'opinione contraria a quella qui sostenuta si legge ad es. in Ross (1958: 78 ss); Ross (1982: 205 ss); Pace (1997: 136 ss). Secondo Pace, in particolare, utilizzare il procedimento di revisione vigente per modificare il procedimento stesso sarebbe un illecito esercizio del potere di revisione per finalità sostanzialmente costituenti.

- Adolf MERKL, 1987: Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto. *Il duplice volto del diritto*. Milano: Giuffrè.
- Alessandro PACE, 1983: Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore. *Giurisprudenza costituzionale* (1983). Ora anche in: Pace (1997).
 , 1997: *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*. Padova: CEDAM.
- Alessandro PIZZORUSSO, 1977: *Delle fonti del diritto*. Bologna-Roma: Zanichelli - Il Foro italiano.
- Alf ROSS, 1958: *On Law and Justice*. London: Stevens.
 , 1982: *Critica del diritto e analisi del linguaggio*. Eds. Alberto Febbrajo, Riccardo Guastini. Bologna: Il Mulino.
- Giovanni TARELLO, 1977: Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi. *Politica del diritto* (1977) VIII. Fasc. 5.
 , 1980: *L'interpretazione della legge*. Cap. VII. Milano: Giuffrè.
- Michele TROPER, 1989: Il problema dell'interpretazione e la teoria della sovralegalità costituzionale. *Lanalisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II. Eds. Paolo Comanducci, Riccardo Guastini. Torino: Giappichelli.
 , 2001: *La théorie du droit, le droit, l'État*. Cap. XIII. Paris: P. U. F.
- Georges VEDEL, 1993: Souveraineté et supraconstitutionnalité. *Pouvoirs* (1993) 67.
- Gustavo ZAGREBELSKY, 1991: *Il sistema delle fonti del diritto*. Torino: Utet.
- *
- Giurisprudenza italiana. Corte costituzionale (www.giurcost.org):
 ·14/1964, del 7 marzo 1964.
 ·175/1971, del 14 luglio 1971.
 4/1972, del 13 gennaio 1972.
 — 6/1975, del 9 gennaio 1975.
 — 1146/1988, del 29 dicembre 1988.

*Synopsis***Riccardo Guastini*****Lex superior***

Pour une théorie des hiérarchies normatives

SLOV. | Lex superior. *Za nauk o normativnih hierarhijah*. Po kratkem pregledu obstoječega pravoslovnega spisa o hierarhiji norm znotraj nekega danega pravnega reda, avtor uvede štiri pojme hierarhije: (i) formalna hierarhija obstaja med normami, ki urejajo ustvarjanje prava, na eni strani, in pravom, ki je ustvarjeno v skladu s temi normami; (ii) materialna hierarhija obstaja med dvema normama, kadar neka tretja postavljena norma prepoveduje eni od prvih dveh, da bi bila z drugo v nasprotju; (iii) logična hierarhija obstaja, kadar se ena norma nanaša na drugo z ravni metajezika; (iv) aksiološka hierarhija je odvisna od neke vrednostne sodbe razlagalcev, ki eni od dveh norm pripisujejo višjo vrednost kot drugi. Avtor nato uporabi uveden pojmovni aparat za razjasnitev pojmov veljavnosti in meta-norme, pa tudi načela *lex superior derogat inferiori*. Končno pa, na podlagi omenjenega razlikovanja, avtor obravnava vprašanje samoomejitev zakonodajalca in pravno ureditev ustavnih sprememb.

Ključne besede: normativna hierarhija, veljavnost, meta-norma, *lex superior*, samoomejitve zakonodajalca, ustavna revizija

ENG. | Lex superior. *For a Theory of Normative Hierarchies*. After the author has given a brief literature review about hierarchy of norms in a legal order, he distinguishes four concepts of hierarchy: (i) the formal hierarchy exists between norms ruling law's creation and the law created on the basis of and in conformity with these norms; (ii) the material hierarchy exists between two norms when any contradiction between them is positively forbidden by a third norm; (iii) the logical hierarchy exists between two norms when one refers to the other from a metalinguistic level; (iv) the axiological hierarchy depends on the value judgment by which superiority is given to one norm over the other. Then such a conceptual apparatus is used in order to clarify the concept of validity, that of meta-norm, and also the status of the maxim *lex superior derogat inferiori*. Finally, on the basis of such distinctions, two issues are examined: the legislator's self-imposed constraints and the legal arrangements governing constitutional amendments.

Keywords: normative hierarchy, validity, meta-norm, *lex superior*, legislator's self-imposed constraints, constitutional revision

Summary: 1. Elements of a Meta-Theory. — 2. Four Types of Hierarchical Relations. — 3. Normative Hierarchies and Validity. — 4. On the Principle: *lex superior derogat inferiori*. — 5. On the Concept of Meta-Norm. — 6. Applications (I): Self-Imposed Constraints by Legislator? — 7. Applications (II): Legal Regime of the Constitutional Revision Laws (the Italian Case).

Riccardo Guastini is a Professor of Law at the University of Genoa and Director of its *Dipartimento di cultura giuridica Giovanni Tarello*. | Address: Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, Via Balbi 30, 16126 Genova, Italy. E-mail: guastini@unige.it