

ALESSANDRO CATELANI

LEGALITA' COSTITUZIONALE E INTERPRETAZIONE GIURIDICA

1. Elevatissimo valore morale e ideale dei precetti costituzionali. 2. La tutela costituzionale dei diritti inviolabili dell'uomo. 3. Difficoltà dell'applicazione dei precetti costituzionali ai rapporti intersoggettivi. 4. L'importanza determinante, per il rispetto della legalità, dell'interpretazione giuridica. 5. La ricostruzione e la valutazione della fattispecie concreta, e l'impostazione del problema normativo. 6. La ricostruzione della fattispecie astratta e la soggettività dell'operazione interpretativa. 7. L'attuazione dei precetti costituzionali come espressione di indirizzo politico. 8. La tendenza a prescindere, nell'interpretazione giuridica, dal diritto positivo. 9. La validità morale del fenomeno giuridico. 10. L'applicazione di precetti etici, che prescinda dal diritto positivo, quale espressione di arbitrio e di illegalità. 11. La " Costituzione materiale " di Costantino Mortati.

1. La Costituzione, in quanto garantisce un assetto istituzionale basato sulla libertà e la democrazia, possiede indubbiamente un significato elevatissimo sia culturale che morale, al punto di rappresentare - per molti - un vero mito; un testo sacro, una bibbia laica, ammirata ed apprezzata da tutti, qualunque sia il loro credo filosofico o religioso. Ci si deve chiedere quale sia in realtà l'effettiva consistenza, al di là di questa impressione che se ne ricava, del testo costituzionale.

Vi sono validissime ragioni che giustificano il prestigio – e in certo senso anche la mitizzazione – del testo costituzionale. La consistenza della Carta Costituzionale giustifica ampiamente questa impressione.

La Costituzione fa propri tutti quei valori ideali e spirituali che sono propri della collettività che di essa è oggetto.

La presenza, in una società organizzata, di un complesso di valori ideali, è esigenza insopprimibile della natura umana; perché attraverso la vita associata si proietta, si manifesta la personalità dei singoli in un più complesso corpo sociale, il quale non può sussistere su presupposti esclusivamente utilitaristici, ma ha proprie necessità spirituali, che sono il riflesso di quelle connaturate ai propri componenti. Ogni società si basa fundamentalmente su valori spirituali e non su valori pratici, e sono quelli spirituali che ne garantiscono la validità e la durata. Una società non può esistere garantendo solo il soddisfacimento di necessità materiali. Se mancano i valori spirituali, essa non può durare. Ogni collettività ha dunque una sua validità intrinseca sul piano etico che è impossibile cancellare. Ogni espressione stabile di

vita associata, l'esistenza di ogni società, si accompagna necessariamente a un complesso di valori ideali.

Ogni ordinamento è impregnato – se così si può dire – di valori etici. L'osmosi tra valori spirituali e norme positive avviene a livello di principi generali del diritto, che in gran parte sono norme costituzionali. Le norme che più direttamente attengono a principi etici sono costituzionalizzate, quali quelle sulla libertà, sulla tutela della salute, dell'arte o dell'economia, o tutte le altre che la Costituzione qualifica di pubblico interesse. E i principio etici fungono da norme fondamentali dell'ordinamento, e ad esso danno – sul piano etico – validità e giustificazione.

Al livello più alto, la coincidenza tra etica e diritto è necessaria e costante. L'assorbimento, da parte dell'ordinamento giuridico, di norme extragiuridiche, avviene, al vertice della piramide normativa, attraverso i principi generali del diritto che ne fanno proprio il contenuto; così che essi si ripercuotono fino alla base del sistema delle norme, incidendo sulle specifiche disposizioni che ad esso si richiamano.

La Costituzione, facendoli propri, ha reso giuridicamente coattivi precetti etici, perché questa è la sua essenziale funzione. Quelle norme morali che riguardano la civile convivenza, in quanto attengono ai rapporti intersoggettivi, ne sono diventate parte integrante; così che è proprio la stessa Costituzione che, nella sua giuridica vincolatezza, ne impone l'osservanza. La Costituzione ha codificato, attribuendo loro una posizione sopraordinata nella gerarchia delle fonti normative, valori dello spirito, quali criteri generalissimi ai quali lo Stato si deve uniformare. Le norme morali non sono scritte, per cui, per avere una loro consistenza sul piano giuridico, devono essere espresse attraverso norme positive, che siano anch'esse opera umana, ma che esprimano concetti etici, valori assoluti, fissi e immutabili, e rappresentino un limite e un condizionamento contenutistico nei confronti delle concrete norme legislative, che rispetto ad essi sono subordinate.

A prescindere da una tale positivizzazione e concretizzazione, quei precetti morali non possono essere fatti valere. Sono pertanto le norme costituzionali, e solo quelle, che sono in grado di tutelare, nel nostro ordinamento, i diritti inviolabili dell'uomo.

La norma morale, come realtà pregiuridica, non è diritto in sé, ma lo diventa, in quanto entra a far parte del contenuto di una norma giuridica. E tale assorbimento, da parte dell'ordinamento giuridico, di precetti etici avviene, al vertice della piramide normativa, attraverso i principi generali del diritto che ne

fanno propri i contenuti; così che essi si ripercuotono fino alla base del sistema delle norme, incidendo sulle specifiche disposizioni che ad esso si richiamano.

2. Nel nostro ordinamento, l'art. 2 della Costituzione sui diritti inviolabili dell'uomo è la norma che ha recepito integralmente, più di ogni altra, tutta la tematica della morale e dell'umanesimo sia cristiano che laico. Non c'è in esso soltanto la salvaguardia della persona in quanto tale, ma anche della sua dimensione associata, quale si realizza attraverso la tutela dei gruppi sociali intermedi, nei quali essa si manifesta.

La causa del diritto positivo, che è quella di garantire un corretto svolgimento della vita associata, appare strettamente e inscindibilmente connessa a quel nucleo di norme morali che garantiscono il rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo; a quelle situazioni giuridiche soggettive che danno attuazione, sul piano dei rapporti intersoggettivi, a quei precetti morali che sono divenuti giuridicamente coattivi ad opera della Costituzione.

A livello di principi generali dell'ordinamento, i valori spirituali convergono verso quella tutela della persona umana che può essere garantita soltanto attraverso un contemperamento delle contrapposte sfere giuridiche. In una struttura associata, ciascuno rinuncia ad una parte della propria personalità a favore della collettività nella quale viene inserito, per garantire l'esistenza stessa di quest'ultima, quell'esistenza che gli è indispensabile per sopravvivere. In tal modo l'osmosi tra il giuridico e il pregiuridico si realizza pienamente in ogni ordinamento, al vertice della piramide normativa, traducendosi in una garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo.

La legge ordinaria che regola i diritti di libertà si pone in rapporto con i precetti costituzionali, rispetto ai quali ha una funzione attuativa, appunto in quanto subordinata; ed è tale conformità rispetto alle norme superiori che garantisce l'osservanza dei precetti contenuti nella Costituzione, e quindi delle garanzie in essa insite. Le norme giuridiche positive subordinate, alle quali spetta concretamente la regolamentazione dei rapporti intersoggettivi, garantiscono i diritti di libertà dei consociati, in quanto devono essere necessariamente conformi alla Costituzione, e pertanto ai precetti morali che in quella sede sono positivizzati.

Quei principi, che hanno ad oggetto la vita, l'integrità fisica delle persone, la loro dignità e libertà in tutti i molteplici aspetti della manifestazione della personalità di ciascuno, pur essendo comuni a molte religioni, non si identificano

con quelle specifiche prescrizioni che possono avere valore solo all'interno di ognuna di esse, ma hanno invece valore universale, e devono essere seguite anche da coloro che non hanno alcuna religione, e sono atei e miscredenti. Inoltre quei precetti non possono identificarsi con quelle prescrizioni morali che, pur avendo valore universale, riguardano la coscienza del singolo senza avere ad oggetto i rapporti intersoggettivi.

3. L'alto valore morale e ideale della Carta Costituzionale giustifica in pieno il prestigio di cui essa gode presso la collettività, e che si può spingere fino alla sua mitizzazione. Ci si deve tuttavia chiedere se la sua presenza sia di per sé sufficiente a garantire lo Stato di diritto, e l'effettivo rispetto dei diritti umani, quali sono salvaguardati dai precetti costituzionali; in una parola, se essa sia realmente vissuta nell'ambito dei rapporti intersoggettivi, che costituiscono il corpo sociale. Ci si deve chiedere quale sia la realtà che corrisponde a un testo normativo dotato di un valore così elevato sul piano etico e ideale.

In realtà, alla presenza di un complesso normativo moralmente valido non necessariamente fa riscontro una effettiva tutela dei diritti di ciascuno. Perché lo Stato di diritto e la garanzia dei valori morali che ad esso è connaturata sussistano realmente, non è sufficiente l'enunciazione astratta di principi morali contenuta nella Costituzione – e in altri corrispondenti documenti a livello comunitario e internazionale - , ma occorre che tali principi, attuati da una legislazione conforme, siano realmente osservati e fatti valere.

4. Comunemente si considera l'applicazione della legge al caso concreto come un'operazione meccanica, e puramente accessoria rispetto alla norma che viene attuata; mentre in realtà una corrispondenza del genere non può sussistere. L'operazione interpretativa è di un'estrema complessità, ed è ben lungi dal giungere a risultati sicuri.

Il problema fondamentale del rispetto della legalità è quello dell'interpretazione giuridica. Questo profilo, che assai difficilmente i giuristi vengono a cogliere, è l'elemento che condiziona il rispetto dello Stato di diritto, e della garanzia che esso rappresenta per la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo.

L'applicazione delle norme al caso concreto non è un'operazione che necessariamente implichi una valida salvaguardia dei diritti del singolo, in quanto

traducentesi unicamente nella trasposizione del dato normativo alla sostanza dei rapporti sociali, ma presenta margini altamente elevati di discrezionalità, che consentono anche di distorcerne e alterarne i contenuti. Proprio perché l'idea è un'astrazione, è praticamente impossibile che essa riproduca con assoluta esattezza la situazione alla quale si riferisce. L'idea, nella quale la norma si traduce, implica sempre una schematizzazione della realtà, che deve essere adattata alla materia nella sua concretezza. Ogni disposizione più generica necessita di essere attuata da altra più specifica. Ogni norma inferiore, che si elabora in via interpretativa, riempie uno schema vuoto e ha una portata innovativa, perché le possibilità di esecuzione della norma astratta sono molteplici. Alle possibilità date dallo schema normativo corrispondono molteplici decisioni esatte. La scelta dipende dalla volontà dell'interprete, e quindi non ha carattere soltanto conoscitivo. Scriveva il Kelsen: " In tutti i casi di indeterminatezza si presentano parecchie possibilità di esecuzione...In conseguenza, l'interpretazione della legge non deve condurre necessariamente a un'unica decisione come la sola esatta, bensì, possibilmente, a varie decisioni che hanno tutte il medesimo valore in quanto corrispondono alla norma da applicarsi anche se una soltanto tra esse, all'atto della sentenza, diventa diritto positivo...La teoria comune dell'interpretazione vuol far credere che la legge applicata al caso concreto possa fornire sempre e soltanto l'unica decisione esatta, e che l'esattezza della decisione dal punto di vista del diritto positivo sia fondata sulla legge stessa..."(*Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1970, 120-122).

Per sua natura, la norma ha valore – per così dire – deformante di un contenuto più specifico e, in quanto tale, diverso. L'idea implica sempre una generalizzazione della realtà materiale, che deve essere adattata alla materia, nella sua concretezza. Essa coglie soltanto certe caratteristiche costanti di un fenomeno associativo che viene astrattamente rappresentato. Il fenomeno giuridico come entità formale necessariamente dunque si presta, per sua natura, a essere integrato da disposizioni più specifiche, che lo adattino alla situazione sostanziale. Ogni disposizione più specifica aggiunge sempre e necessariamente qualcosa di nuovo rispetto alle prescrizioni legislative, che la norma configura nella loro generalità; per cui l'interprete ha vaste possibilità di adattamento del precetto giuridico, il cui significato può essere ampliato o ristretto a seconda delle circostanze, in rapporto al variare della ricostruzione della fattispecie concreta.

5. Tanto più il diritto raggiunge i propri scopi di garanzia di una civile convivenza, quanto più è aderente alla vita, alle esigenze della società, alle istanze che da quella promanano; ma, perché questo accada, occorre che la norma sia interpretata nel senso di soddisfare nel migliore dei modi queste esigenze. Questo non deve alterare la rigidità del diritto, la sua natura strutturale; perché la norma non deve essere modificata, quale risulta dalla sua effettiva formulazione, ma solo devono essere adottate quelle interpretazioni che più appaiano consone alle esigenze vive ed attuali della società. La norma deve essere adeguata alla realtà sostanziale, pur restando intatta la sua essenza normativa e strutturale.

Le norme giuridiche non sono entità rigide, ma flessibili.

La flessibilità della norma non può essere compresa nella sua effettiva portata se non si distingue, nell'ambito della norma stessa, l'efficacia imperativa del precetto dal suo contenuto, da ciò che la norma concretamente dispone e comanda. L'imperativismo della norma, la sua coattività, non può essere cambiata, ed è un dato di assoluta rigidità. Può però essere modificato, attraverso l'interpretazione, il contenuto della norma, ciò che essa stabilisce in concreto. Tale contenuto varia a seconda della ricostruzione compiuta dall'interprete, che deve adeguare la fattispecie astratta, le norme giuridiche nel loro contenuto normativo, alla situazione concreta.

Le modalità attraverso le quali agisce concretamente la norma giuridica sono condizionate dalla ricostruzione della realtà quale è compiuta dall'interprete. L'interpretazione giuridica non si basa soltanto sulle norme, ma in primo luogo su un'analisi della fattispecie concreta, alla quale quella astratta, basata sulle norme, si deve applicare. Ogni attività interpretativa è basata integralmente sulla valutazione del fatto. Ed è non soltanto la ricostruzione della fattispecie concreta nella sua materialità, ma soprattutto il giudizio di valore che di essa viene dato, che appare determinante per la soluzione che si accoglie a livello interpretativo.

Il procedimento interpretativo non parte dalla norma per arrivare al fatto, ma viceversa parte dal fatto per ricostruire su di esso la fattispecie normativa. E' la fattispecie astratta ad essere ricostruita sulla base di quella concreta, e non viceversa. L'opera del giurista non è quindi solo quella di considerare la norma isolata in sé, ma prima ancora la realtà sostanziale alla quale la norma si riferisce, ed alla quale è funzionalizzata. E l'interpretazione del fatto, a differenza di quella del diritto isolatamente considerato, presuppone giudizi di valore, quali elementi essenziali di una realtà pregiuridica che deve essere considerata in tutte le sue componenti, e che deve essere dominata dal concetto di giustizia.

Il richiamo di norme pregiuridiche, attraverso le quali si valuta il fatto, è determinante per l'individuazione di quei precetti giuridici che vengono a comporre la fattispecie astratta, e quindi per la stessa impostazione del problema normativo. E' il dato pregiuridico che è determinante per il richiamo di quelle norme che appaiono pertinenti; fra le quali vi sono anche quei principi fondamentali che sono in grado di condizionare, ridimensionandole anche in maniera decisiva, le norme più specifiche attinenti alla fattispecie concreta, consentendo a volte anche di giungere a soluzioni radicalmente diverse da quelle che si avrebbero attraverso un'applicazione letterale del diritto positivo. Deve dunque essere utilizzato il concorso di più norme nei limiti, e quindi con quei contenuti, che appaiono idonei a disciplinare la fattispecie concreta, in quanto ad essa obiettivamente si riferiscano. Ogni profilo giuridico della fattispecie astratta, definita dall'interprete, appare consequenziale alla ricostruzione di quella concreta, e soprattutto del giudizio di valore che di essa venga dato; perché la stessa individuazione delle norme che devono essere applicate dall'organo giudicante viene effettuata sulla base di quella concreta, nonché della sua valutazione.

Tutta la sfera del pregiuridico opera nell'accertamento del fatto e soprattutto della sua valutazione. E tale fase preliminare dell'interpretazione giuridica ne condiziona integralmente i risultati, restando condizionato dalla volontà dell'interprete il percepire la configurazione, le esigenze e i valori della vita associata. La ricostruzione del fatto non si traduce soltanto nella ricostruzione di una certa realtà materiale, ma anche e soprattutto nella percezione di certi valori che sono indispensabili per disciplinare la vita associata. Attraverso di essi si può qualificare in un certo modo la situazione corrispondente, quale si è manifestata nella sua materialità. Questa valutazione del fatto, sulla base di elementi extragiuridici, integra la realtà normativa, quale appare costituita dal dato esclusivamente formale, ed è indispensabile, proprio per ciò stesso, per integrarne il significato in maniera consona alle particolarità della fattispecie concreta. E' rimesso alla sensibilità del giurista avvertire quelle esigenze di opportunità e convenienza, e soprattutto quei valori morali, che devono essere alla base delle sue interpretazioni. Anche la valutazione morale fa parte, in quanto extragiuridica, della realtà sostanziale. La moralità, come l'opportunità, la convenienza, l'equità, costituiscono entità pregiuridiche, che il giurista deve valorizzare ai fini interpretativi.

6. Spetta all'interprete risolvere i problemi della ricostruzione della fattispecie astratta derivanti dal concorso di più norme; e questa seconda operazione è derivata e conseguenziale rispetto alla prima, che si basa, come abbiamo visto, sull'analisi del fatto. Quando si ha presente l'interpretazione giuridica, si deve fare riferimento, prima ancora che al problema dell'adattabilità di ogni singola norma, a quello della ricostruzione della fattispecie astratta, perché non vi è mai, o quasi mai, una meccanica corrispondenza tra i singoli precetti normativi e la fattispecie concreta, ma quest'ultima si pone in rapporto con una pluralità di norme, atteggiandosi pertanto diversamente a seconda di come essa venga elaborata dall'interprete.

Come appare dall'analisi dell'interpretazione giuridica, che sin qui è stata compiuta, il giudizio di valore può ricorrere in due situazioni distinte, anche se tra di loro strettamente interdipendenti e connesse: e cioè nella valutazione pregiuridica del fatto, da cui deriva il richiamo delle norme che sono destinate a comporre la fattispecie astratta, e nella determinazione del contenuto delle norme stesse entro gli spazi, di consueto assai ampi, entro i quali è ammessa l'integrazione. Sia nell'accertare la situazione di fatto nella sua materialità, sia compiendo un giudizio di valore, sia nella determinazione dei rapporti tra le norme, che è decisiva per la ricostruzione della fattispecie astratta, l'interprete apporta un contributo estremamente soggettivo all'operazione ermeneutica. Il diritto è di per sé una realtà oggettiva, ma per essere vivo ed operante nella società richiede un'interpretazione la quale è necessariamente soggettiva, che solo l'uomo, quale interprete, può compiere. L'apporto del singolo all'interpretazione giuridica è necessariamente e inevitabilmente individuale, perché le norme pregiuridiche che vengono applicate possono essere interpretate nella maniera più varia. L'interpretazione è condizionata dall'apporto personale di chi la compie, a livello di valorizzazione del dato pregiuridico. Il diritto, come disciplina normativa, viene applicato nella struttura della società dagli organi competenti conformemente a criteri pregiuridici, i quali condizionano integralmente la sua effettiva efficacia.

Quello che appare assolutamente determinante per la corretta applicazione della legge, e per la conseguente garanzia dei diritti umani che ne deriva, è la capacità di chi la legge è chiamato ad applicare e far valere. La norma giuridica viene inevitabilmente filtrata – se così si può dire – attraverso il giudizio dell'organo giudicante; così che è il livello morale e intellettuale di quest'ultimo a condizionarne la pratica e concreta applicazione.

A sua volta il singolo è condizionato dalla propria preparazione culturale, ed ancor più dall'ambiente, sia familiare che sociale, nel quale è inserito. La sua *forma mentis*, il suo modo di ragionare, variano nel corso del tempo in correlazione alle opinioni dominanti all'interno della società della quale fa parte, ed ancor più in via immediata e diretta – oltre che naturalmente dalle proprie personali capacità – da quella specifica formazione, dalla quale è condizionato. Ed è l'aderenza, più o meno valida, a criteri pregiuridici, che condiziona integralmente, al di là della formula letterale della legge, la sua effettiva vigenza.

La legge deve garantire l'osservanza di principi etici, ma è essa stessa condizionata, nella sua pratica applicazione, dal livello culturale e morale della classe giudicante; e quindi, in sostanza, dalla stessa società alla quale quelli appartengono. Lo Stato di diritto sarà concretamente realizzato se e nella misura in cui gli interpreti saranno in grado di far valere correttamente quella normativa. Soltanto quando vi sia qualcuno in grado di applicarla correttamente, la società avrà gli strumenti adeguati per svolgere una funzione di garanzia a salvaguardia dei diritti inviolabili della persona. Il rispetto dei diritti umani è fondamentalmente un fatto di costume, nel quale si rispecchia la civiltà di una Nazione.

7. L'attività attuativa dei precetti costituzionali costituisce sempre espressione di indirizzo politico.

La individuazione dei fini dello Stato è opera della carta Costituzionale. La Costituzione è diritto politico per eccellenza, perché individua quelle che sono le finalità pubbliche, che soddisfano l'interesse della collettività statale. La politica concerne la condotta e il governo di una comunità, ed è politico quel fine verso il quale la comunità orienta la sua condotta, e per il cui conseguimento essa svolge un'azione di governo.

L'applicazione dei precetti costituzionali al caso concreto viene ad individuare, a rendere concrete e tangibili, quelle finalità di pubblico interesse, alle quali i precetti costituzionali hanno fatto riferimento.

La determinazione del fine da parte della Costituzione, anche se questa è rigida, lascia spazio alla libertà della sua concreta individuazione, e consente ampiamente un'attività creativa dello stesso. La determinazione dell'indirizzo politico è sempre interpretativa della Costituzione. Si tratta di dare concretezza e consistenza ai fini pubblici che la Costituzione prescrive: "I fini generalissimi che la Costituzione o le leggi costituzionali impongono di soddisfare devono venire

adeguati alle situazioni concrete, variabili nel tempo, il che importa appunto un'attività che determini il come e il quando della loro progressiva attuazione, con un'efficacia che le deriva dal fatto di essere immediato svolgimento di precetti costituzionali, e che si esplica nel senso di vincolare alle sue prescrizioni l'esercizio dei poteri discrezionali conferiti ai vari organi, in misura diversa secondo la loro natura e secondo l'indole delle rispettive funzioni. " (C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Vol. I, Padova, 332). L'attività legislativa, che è tipicamente libera nel fine, trova il suo scopo predeterminato nella Costituzione. Tuttavia si tratta di una finalità che ammette una così ampia interpretazione che, anche se questa libertà non è mai assoluta, resta un largo margine alla discrezionalità legislativa.

La ragion d'essere della libertà della scelta del fine è data dalla natura delle valutazioni, che spetta agli organi pubblici effettuare. Si tratta di valutazioni che investono la sorte stessa della collettività, considerata nei fondamenti della sua esistenza. Quelli politici sono i fini generalissimi propri della collettività rappresentata in quanto tale, e che le singole autorità devono adeguare alla situazione concreta. E' politico tutto ciò che presuppone una visione globale degli interessi della collettività. La funzione di indirizzo assume carattere politico quando viene a definire i fini supremi della collettività rappresentata, le esigenze stesse considerate nella loro globalità, e quindi in ciò che di più essenziale può esserle proprio, nei suoi aspetti fondamentali, che ne condizionano l'esistenza, e ne sono la ragion d'essere. Quando vengono in considerazione i problemi di fondo della comunità, allora la scelta stesa, la predeterminazione dei fini, che costituisce l'aspetto di maggior rilievo del principio di legalità, la maggiore garanzia che la legge accordi al cittadino, viene rimessa alla scelta, difficilmente sindacabile, degli organi pubblici. I fini politici sono quelli che, in quanto attengono ad una collettività nel suo complesso, sono concretamente determinati da quest'ultima. L'attività interpretativa li individua nella loro compiutezza.

8. Si è manifestata di recente la tendenza a considerare l'interpretazione vera e propria come un'operazione intellettuale basata esclusivamente, a prescindere dal diritto positivo, sulla giustizia come valore etico, e quindi sul concetto di giusto e di ingiusto che si rinverrebbe nella natura umana. La crisi costante del diritto positivo, che viene identificato assai spesso con l'espressione più brutale della forza, conduce a ritenere superabile il dato normativo, e a considerare superiore l'applicazione immediata e diretta di quelli che vengono reputati ben più validi principi morali. In

tal modo, anche in riferimento ai precetti costituzionali, si vorrebbe superare il diritto positivo in ciò che esso ha di arbitrario e di contingente, in nome di valori assoluti, i quali unicamente sarebbero in grado di realizzare in concreto quella giustizia, alla quale il diritto positivo non sarebbe idoneo.

Occorre altresì precisare che tale tendenza appare strettamente connessa, così da essere con essa confusa, a quella valorizzazione del dato sociale nell'ambito della fenomenologia giuridica, che ha caratterizzato, in maniera assolutamente prevalente, tutta la dottrina giuridica del Novecento, e che appare tuttora come la maggiormente seguita. Ogni decisione dovrebbe essere adottata sulla base del senso di giustizia che vige all'interno della società, e quindi secondo valori morali, ma non considerati in quanto tali nella loro assolutezza, bensì in riferimento alle mutevoli opinioni che si manifestano, al riguardo, all'interno del corpo sociale. Sarebbero le convinzioni sociali quelle che avrebbero carattere più squisitamente giuridico, a prescindere dalla norma, che della giuridicità sarebbe una manifestazione indiretta e secondaria. E il giurista vero sarebbe quello che conosce e interpreta la realtà sociale, operando secondo giustizia, a prescindere da ogni interferenza normativa. Questa sarebbe la vera giustizia, e non l'applicazione della norma, che spesso si ritiene riservata a causidici e a burocrati di corte vendute. Il diritto vero sarebbe il dato sociale che si dovrebbe contrapporre, con assoluta prevalenza, all'opera interpretativa – che viene considerata con estremo discredito a livello filosofico – compiuta dagli operatori pratici della giustizia.

La tendenza a valorizzare la giustizia come valore etico, anche se filtrato attraverso il dato sociale, è fortissima nell'attuale cultura giuridica; e dovrebbe portare al disconoscimento dell'interpretazione considerata nei suoi aspetti normativi. Si dovrebbe applicare la giustizia come valore assoluto – con le precisazioni che abbiamo fatto – anziché il diritto positivo, come complesso di norme emanate dagli organi esponenti della società organizzata.

9. Tale tendenza deve essere criticata sotto vari aspetti.

Anzitutto è gravemente errato considerare le norme giuridiche unicamente come un brutale atto di violenza, del tutto svincolato da ogni valore etico perché, anche se nettamente distinte, le norme giuridiche e le norme morali hanno fra loro stretti rapporti.

La causa del diritto, che abbiamo avuto modo di definire, ha un significato elevatissimo sul piano morale. L'ordinamento, in quanto rappresenta la proiezione

della personalità del singolo nei suoi rapporti con i consociati, ha necessariamente lo scopo – profondamente etico – di assicurare un temperamento fra le sfere giuridiche dei suoi componenti; e quindi la sua coincidenza con l'etica non è puramente casuale, ma è a esso connaturata. Pur nei limiti della loro exteriorità, o meglio, nell'ambito della propria finalità strutturale e causale, le norme giuridiche adempiono ad una funzione fondamentale indispensabile per la società, che è quella di garantire un corretto svolgimento della vita associata. E questa specifica e peculiare loro finalità, inerente alla loro struttura e configurazione, deve essere di per sé considerata morale.

Questo non impedisce naturalmente che il diritto positivo, proprio perché creazione umana e non divina, possa anche esprimere deviazioni dai principi etici, ai quali dovrebbe per sua natura ottemperare. Ma affermare tutto ciò non ha nulla a che vedere con la negazione integrale, assoluta, di qualunque eticità della norma giuridica. Ciò si avrebbe invece qualora si identificasse – come peraltro è stato fatto – il diritto con un brutale atto di violenza privo di ogni valore etico.

Considerare la norma giuridica isolatamente dalla morale significa considerarla non nella sua intrinseca essenza, come si pretende di fare, ma come norma che necessariamente è venuta meno ai propri compiti, ossia come entità che devia dai propri fini. L'arbitrio del legislatore può provocare solo temporanee deviazioni da quella che è la sua fondamentale funzione. A meno che il precetto non sia – come può accadere, essendo la norma espressione di una volontà umana e non divina - apertamente contrario alla morale, morale e diritto sono due realtà talmente compenstrate, che solo a fatica possono essere scisse. Il diritto adempie ad una funzione sociale di garanzia dell'esistenza, sotto l'aspetto strutturale, della società, e tale esigenza è eticamente valida.

Anche quando accadono fatti assolutamente patologici, accanto a norme immorali vi sono necessariamente precetti validi sul piano etico; perché altrimenti gli organi corrispondenti non potrebbero essere esponenziali di un corpo sociale. Accanto a norme contrarie alla morale vi è pur sempre un nucleo di precetti che ha lo scopo di garantire l'ordinario svolgersi della vita associata, e che coesiste con quelle più contingenti e caduche, che sono espressione di forza bruta, e di atti di violenza.

10. Anche a prescindere dalla validità morale del fenomeno giuridico in sé considerato, alla eventuale ingiustizia, che può derivare dall'applicazione delle

norme giuridiche, il disconoscimento integrale del diritto positivo non è certo un rimedio. Quella che viene prospettata come la massima manifestazione della modernità e del progresso si traduce invece nel ritornare indietro di parecchi secoli, facendo rivivere lo Stato assoluto. Era il sovrano dei secoli passati che giudicava secondo coscienza; e questa sua assoluta libertà si identificava con l'arbitrio e con la possibilità di commettere ogni sopruso; fino a che, sottoponendo la volontà del principe alle norme giuridiche non si è creato, in epoca moderna, lo Stato di diritto.

La tendenza a superare il diritto positivo in nome di più elevati principi etici, lungi dall'essere espressione - come avrebbe la pretesa - di rigore morale, costituisce invece lo strumento che può scardinare le fondamenta dello Stato di diritto, aprendo la porta alla costruzione di uno Stato assoluto. Se pretende di infrangere il principio di legalità, il giusnaturalismo, anche se inteso in senso moderno come aspetto del sociologismo giuridico, lungi dall'aver una funzione garantista, svolge il compito opposto di legittimazione di qualunque sopruso. Tutte le leggi devono essere rispettate, e non violate in nome di principi che si assumono superiori. Se si disconosce il principio di legalità, il governo della collettività non è rimesso alla volontà popolare, ma alla legge del più forte. Sempre le rivoluzioni e gli Stati totalitari sono stati realizzati con la violenza da persone che si reputavano superiori alle altre, in quanto portatrici di valori assoluti. Il governo diventa totalitario quando disconosce, sulla base di una certa ideologia, il volere della collettività. Ma una concezione del genere pregiudica i diritti inviolabili, ed è all'antitesi del diritto naturale correttamente inteso.

Spesso si insiste sulle manchevolezze del diritto positivo per auspicare la realizzazione di una giustizia che abbia veramente valore assoluto. Non è certo difficile dimostrare le carenze del diritto positivo, che è opera umana, rispetto alla giustizia che, almeno se correttamente intesa, è opera divina; ma presenta una difficoltà insuperabile applicare la giustizia - se così si può dire - allo stato puro, a prescindere dal dato normativo. La norma morale non è applicabile in via immediata e diretta nei rapporti tra i consociati, perché la sua applicazione, che pretenderebbe di avere valore assoluto, è invece opera umana, con tutti i limiti e le manchevolezze che sono ad essa connaturate. Il giudizio basato sulla coscienza del singolo non può avere valore assoluto.

Qualora si pretenda, non tenendo conto del diritto positivo, di fare un passo avanti per realizzare finalmente la giustizia, non ci si rende conto che ogni valutazione, se è svincolata da schemi normativi precostituiti, non solo non è

perfetta come pretenderebbe di essere, ma è anche, rispetto all'altra, infinitamente più arbitraria.

Un totale relativismo si riscontra sia nel sentimento che nella ragione. Non solo il richiamo al sentimento, ma anche alla ragione non dà alcuna certezza: l'uso della logica può condurre a qualunque risultato, e il giudizio di ciascuno è un dato estremamente soggettivo. Ogni ragionamento può essere corretto oppure può non esserlo; e il richiamo alla ragione in sé considerata non è sufficiente a condurre a risultati sicuri.

11. Il problema della garanzia della legalità costituzionale appare inscindibilmente connesso alla nozione stessa di Costituzione, ed al concetto di "Costituzione materiale", che venne elaborato da Costantino Mortati.

Il concetto elaborato dal Mortati di Costituzione materiale, quale realtà sociologica traducesse in un assetto istituzionale dei poteri basata su un rapporto di forza, era, all'epoca in cui è stato formulato, pienamente valido e perfetto in ogni sua parte. La Costituzione allora vigente, lo Statuto Albertino, quale Costituzione flessibile, aveva assorbito pienamente il dato sociale rappresentato da un ben preciso rapporto di forza, identificantesi con l'avvento al potere di un partito unico; e questo ne aveva cambiato radicalmente i caratteri, facendolo diventare parte integrante – nella nuova versione dello Stato corporativo, quale realtà giuridica effettiva e concreta, in contrasto con i precetti statutari – della Costituzione materiale dell'ordinamento. Questo era stato possibile a causa del carattere flessibile dell'atto statutario, che aveva consentito alle leggi ordinarie di svuotarne i contenuti garantisti propri della sua natura liberale, per costruire invece uno Stato totalitario. La situazione alla quale Mortati ha fatto riferimento aveva consentito al legislatore ordinario statale di creare un regime assoluto, attraverso l'introduzione di un complesso normativo che aveva privato di ogni efficacia giuridica garantista i precetti costituzionali. Il dato sociologico e normativo, ed il conseguente indirizzo politico, si ricavava da questa complessa realtà istituzionale, che si poteva anche contrapporre alla Costituzione formale, sulla quale era destinato a prevalere. In tale fenomeno, il sociologismo giuridico dell'Autore aveva trovato una piena conferma, in una vicenda storica e giuridica ben precisa, che aveva creato una nuova realtà istituzionale contrappoentesi alla Costituzione scritta, ormai anacronistica e discreditata.

Con la nuova Costituzione repubblicana la situazione è radicalmente cambiata. La Costituzione ha carattere rigido e non flessibile, così che nessun'altra fonte normativa subordinata, all'interno dell'ordinamento, la può modificare. Di conseguenza, quel complesso di norme che danno attuazione, attraverso disposizioni più specifiche, ai precetti costituzionali, non sono più in grado di modificare il testo costituzionale, ma devono essere ad esso conformi.

In tale regime di Costituzione rigida appare però essenziale, per definire l'assetto istituzionale dell'ordinamento, la fase attuativa di quei precetti che, nella loro genericità, sono contenuti nella Costituzione. Ed è in questa fase che appare indispensabile il concetto di Costituzione materiale. La Costituzione materiale deve essere intesa come complesso di norme interpretate in riferimento alle esigenze concrete della vita associata. La Costituzione, come tutti gli altri testi normativi, in tanto ha un significato, in quanto considerata in riferimento ai rapporti intersoggettivi, ai quali è destinata. Ogni complesso normativo non può avere significato in sé, come entità astratta, avulsa dalle esigenze della società alla quale si riferisce, ma necessita, per essere correttamente inteso, di essere integrato con quella valorizzazione della vita associata, che è destinato a soddisfare.

Quando le norme giuridiche della Carta Costituzionale vengono correttamente attuate, la Costituzione non è vissuta in quanto tale, ma ne è vissuta l'interpretazione che è compiuta dagli organi ai quali compete attuarla. La legge ordinaria statale, le sentenze della Corte Costituzionale e dei giudici ordinari o speciali, nonché il concreto comportamento degli organi pubblici, costituzionali o meno, o anche dei semplici consociati, rendono tangibile la Costituzione scritta, facendola – per così dire – vivere all'interno della società; ma non sono in grado di sostituirsi ai precetti costituzionali o di modificarli, dovendo mantenersi nei limiti delle loro prescrizioni normative.

Si deve intendere la Costituzione materiale quale realtà sociologica basata su una corretta interpretazione dei precetti costituzionali, compiuta utilizzando quei criteri pregiuridici, che in perfetta aderenza al dato normativo esprimono le esigenze più vive e valide della società, oggetto delle disposizioni contenute nella Carta Costituzionale. Quei criteri pregiuridici che sono recepiti attraverso apposite norme – quali sono, ad esempio, qualora l'attuazione avvenga a livello legislativo, quelle emanate dal Parlamento in attuazione della riserva di legge che riguarda i diritti di libertà, oppure le leggi attuative dell'autonomia delle Regioni e degli enti territoriali minori – acquistano carattere giuridico ed una giuridica vincolatezza, a livello interpretativo dei precetti della Costituzione. E' questa la Costituzione materiale

correttamente intesa. Nell'interpretazione giuridica il dato pregiuridico ha chiaramente un'importanza fondamentale e decisiva, perché viene a dotare i precetti costituzionali, quali appaiono nella loro genericità, di un valido contenuto. E' l'interpretazione corretta della Carta Costituzionale, il coglierne attraverso le norme pregiuridiche di opportunità, di convenienza e di equità, il significato più valido e genuino, quello che deve essere reso coattivo nei rapporti intersoggettivi.

Non si può invece ritenere valido il concetto di Costituzione materiale qualora lo si intenda in riferimento a qualunque assetto istituzionale che sia proprio della società, sulla base di un rapporto di forza, anche se eventualmente contrastante con i precetti costituzionali. Il dato sociale e, nel caso di specie, le decisioni delle forze politiche, non possono disconoscere il testo della Costituzione scritta, ponendosi con essa in contrasto. Non si può ritenere valido il concetto di Costituzione materiale, qualora lo si intenda in riferimento a qualunque assetto istituzionale che sia proprio della società, anche se contrastante con i precetti costituzionali. Se si fa riferimento, per definire il fenomeno giuridico, unicamente alla coattività che avrebbe il dato pregiuridico del comportamento delle forze sociali, anche quando, in ipotesi, sia apertamente contrastante con i precetti costituzionali, si viola la Costituzione correttamente intesa, perché si disconoscono apertamente i precetti costituzionali, contraddicendo i principi dello Stato di diritto.

La società, considerata in riferimento al comportamento dei soggetti che la compongono, non è diritto ma la sua attuazione, o eventualmente la sua negazione. Ma è pur sempre un dato materiale, che con il diritto non si identifica, perché gli manca il profilo strutturale e formale, che è quello normativo. E' materia inerte, strutturata in un certo modo, ma a prescindere da quell'elemento vivificante del diritto propriamente inteso, che è costituito dal dato normativo. Si tratta pur sempre di una situazione di fatto, essenziale nella sua materialità, nella realtà tangibile della quale consta, ma contingente e non normativa, e come tale soggetta a modificazioni a seconda non solo del mutare delle norme, ma anche di come si atteggi la loro interpretazione. La sostanza dei rapporti giuridici costituisce una situazione di fatto priva di valore normativo che rappresenta, anziché la norma, la materia che ne è oggetto, dalla quale l'interprete deve cogliere solo quei valori che sono in essa insiti, per poi utilizzarli nell'adattamento della fattispecie astratta a quella concreta.

BIBLIOGRAFIA

A. CATELANI, *Lo Stato di diritto nel mondo moderno-Saggi*, Saarbrücken (Germania), 2013; id., *Il diritto come struttura e come forma*, Soveria Mannelli, 2013; L. CARLASSARE, *Sovranità popolare e Stato di diritto*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, Vol. I, Bari-Roma, 2006; G. U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.* 2005, 266; S. STAMMATI, *Stato di diritto e principio di legalità nella forma di Stato europeo*, in *Rass. parl.* 2005, 39; S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.* 2005, 467; A. CATELANI, *Il principio di legalità e la tutela dei diritti umani nel moderno Stato di diritto*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo Stato*, Milano, 2003, 501; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Dig. Pubbl.* ,Vol. IX, Torino 1991; G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 205; C. NITSCH, "Astratto e concreto"- *Note sulla teoria dell'interpretazione di Riccardo Guastini*, in *Riv. int. di fil. del dir.* 2014, 127; A. ARGIROFFI, *Ermeneusi e diritto*, in *Riv. int. di fil. del dir.* 2013, 387; G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione-Dialogo del diritto con l'arte, la letteratura, la religione, la musica*, in *Riv. int. di fil. del dir.* 2013. 339; F. MODUGNO, *L'interpretazione giuridica*, Padova, 2012; G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012; D. CANALE, *Teoria dell'interpretazione giuridica e teoria del significato*, in *Materiali storia cultura giur.* 2012, 155; A. CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Roma, 2012; F. PETRILLO, *Interpretazione degli atti giuridici e correzione ermeneutica*, Torino, 2011; A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, Torino, 2011; D. ZIINO, *Profili dell'interpretazione giuridica*, Milano, 2011; L. C. PESSOA, *Metodi interpretativi e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. int. di fil. del dir.* 2010, 611; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011; G. PINO, *Diritto e interpretazione-Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2012; G. FURGIUELE, *Notazioni sull'insopprimibile nesso tra diritto e interpretazione*, in *Quaderni fiorentini storia pensiero giur.* 2010, 781; A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Pol. del dir.* 2010, 3; V. VELLUZZI, *Le clausole generali-Semantica e politica del diritto-Idee per una critica della ragione giuridica*, Milano, 2010; G. U. RESCIGNO, *Comunicare, comprendere, interpretare il diritto*, in *Dir. pubbl.* 2009, 687; A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, Napoli, 2007; G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007; R. GUASTINI, *Lo scetticismo interpretativo rivisitato*, in *Materiali storia cultura giur.* 2006, 227; A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni cost.* 2001, 38; A. CATELANI, *I simboli del linguaggio e l'interpretazione giuridica*, in *Symbolon* 1999, 25; E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Voll. I e II, Milano 1990; T. E. FROSINI, *Legislazione e interpretazione*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.* 1990, 384; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. I, 2, Milano, 1980; G. AZZARITI, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, in *Pol. del dir.* 2013, 3; P. CARETTI, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, in *Dir. e soc.* 2013, 1; S. RODOTA', *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012; 41; G. ROLLA, *L'influenza delle Carte sovranazionali sulla configurazione legale dei diritti e i lineamenti del sistema costituzionale*, in *Pol. del dir.* 2012, 181; E. CANNIZZARO, *Diritti " diretti" e diritti "indiretti": i diritti fondamentali tra Unione, CEDU, e Costituzione italiana*, in *Il Dir. dell'Unione europea* 2012, 23; M. MEZZANOTTE, *Legalità costituzionale e diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rass. parl.* 2012, 379; G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giusnaturalistici e difficoltà applicative*, in *Pol. del*

dir. 2011, 45; G. CARELLA, *Diritti umani, conflitti di legge e conflitti di civilizzazione*, Bari, 2011; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2010; P. BECCHI, *La dignità umana nella società postsecolare*, in *Riv. int. di fil. del dir.* 2010, 503; P. CARETTI-G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali-Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002; C. DE FIORES, *I diritti inviolabili dell'uomo tra crisi della sovranità e uso della forza*, in *Pol. del dir.* 2000, 225; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997; C. MORTATI, *La Costituzione materiale*, ora in *Quaderni fiorentini storia pensiero giur.*, Milano, 1998; id., *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. del dir.*, Vol. XI, Milano, 1971,79; A. CATELANI, *Costantino Mortati e le Costituzioni moderne*, in *Dir. e soc.* 2010, 305; A. BARBERA-G.GIUFFRÈ (a cura di), *Una e indivisibile*, Milano, 2007; A. CATELANI-S. LABRIOLA (a cura di), *La Costituzione materiale-Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Miano, 2001; G. ZAGREBELSKY, *Premessa a Costantino Mortati-La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1998; M. GALIZIA-P.GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, 1990; F. LANCHESTER (a cura di), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Napoli, 1989; G. GUARINO, *I decreti delegati luogotenenziali: sulla normatività della Costituzione materiale*, in *Foro pen.* 1947, 97; id., *Materia costituzionale, Costituzione materiale, leggi costituzionali*, in *Jus* 1946, 97.