



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2016 ANNO I N.2.

# Il diritto come struttura e come forma: un dibattito



**2016 ANNO I NUMERO 2**

di Vittorio Italia, Cesare Dell'acqua, Teresa Serra e Mario Bassani pp. 115-127 articolo non  
soggetto a revisione



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA ANNO 2016, I, N.2

## IL DIRITTO COME STRUTTURA E COME FORMA: UN DIBATTITO

di Vittorio Italia, Cesare dell'Acqua, Teresa Serra e Mario Bassani

### Abstract

The text presents the main comments to the theses of Prof. Catelani expressed at the seminar held at the University of Milan on 28 January 2016 and on the occasion of the meeting of May 4, 2016 held in Brixen.

Key words: fundamental rights, public administration, legal positivism.

### Riassunto

Il testo raccoglie i principali interventi di commento alle tesi del Prof. Catelani espresse in occasione dell'incontro seminariale tenutosi presso l'università di Milano il 28 gennaio 2016 e del convegno di Bressanone del 4 maggio 2016

Parole chiave: diritti fondamentali, pubblica amministrazione, giuspositivismo.

Vittorio Italia, già ordinario di diritto pubblico presso l'Università di Milano è autore del primo paragrafo; Cesare dell'Acqua già ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università di Napoli "Federico II" è autore del secondo paragrafo; Teresa Serra, professore emerito di Filosofia del diritto presso l'università di Roma "La Sapienza" è autrice del terzo paragrafo, mentre l'Avv. Prof. Mario Bassani è autore del paragrafo quarto.

### 1. Vittorio Italia: il problema del diritto come struttura e come forma

La prima volta che ho avuto occasione di leggere l'opera del Prof. Catelani, ho pensato che essa era un'indagine simile a quelle opere di astronomia che esplorano i grandi spazi celesti. Per intenderci, ho pensato all'opera di Galileo: Dialogo sui due massimi sistemi del mondo tolemaico e copernicano, stampata nel 1632.

È evidente la diversità dell'oggetto, dei tempi, e degli Studiosi, ma vi sono molte corrispondenze, perché in quest'opera sono stati considerati i problemi di fondo del sistema del diritto, della sua struttura e della sua forma.

L'opera è meritevole, per molti profili, quali: l'attenta documentazione, il dialogo con le tesi di alcuni noti Maestri, l'analisi dei problemi, l'approfondimento e la correttezza delle soluzioni.

Ma all'Autore dell'opera è avvenuto come a quegli astronomi moderni, che hanno voluto penetrare ancora più a fondo l'immensità dell'universo, ed hanno individuato - con strumenti più perfezionati - nuove galassie, nuovi movimenti di espansione dell'intero universo, con l'interrogativo ancora presente se esso sia finito o infinito.

Anche nel diritto, sia pure su scala ridotta, vi sono oggi nuove prospettive, nuove strutture e nuove forme.

Infatti, il sistema normativo del diritto si è modificato, e da un sistema sostanzialmente equiordinato con le norme che erano sullo stesso piano (lo Statuto albertino era considerato legge ordinaria) si è passati ad un sistema normativo gerarchico, sia in ambito nazionale, sia europeo. La gerarchia delle norme, delle leggi e dei principi fa vedere nuove ed affascinanti galassie giuridico-normative, e questa gerarchia ha modificato la struttura e la forma, con categorie (quali le Direttive) che erano sconosciute per gli studiosi del 1800, e con forme di diritto "leggero" (le *Droit souple*, secondo il Consiglio di Stato francese), tra le quali vi sono le "Linee Guida", di particolare importanza per gli appalti pubblici. Tutto ciò ha dei riverberi sull'interpretazione, l'applicazione, la disapplicazione e l'abrogazione, e vi è ora una nuova geometria, con nuovi teoremi, come i teoremi della geometria piana quando sono applicati ad una superficie concava o convessa, che danno risultati diversi.

Dati questi cambiamenti, ci si deve chiedere se questa importante opera del collega Catelani sia valida. La risposta è affermativa. Infatti, le impostazioni di fondo sono valide, come in matematica è sempre valida la tavola pitagorica. Nel diritto vi è sempre il meccanismo giuridico del "sillogismo", con la premessa maggiore, quella minore e la conclusione. Le critiche alle tesi di Aristotele sul sillogismo non ne hanno scalfito la validità. Anche oggi, nelle aule dei Tribunali, e negli Uffici della pubblica amministrazione viene usato, necessariamente, questo meccanismo logico.

Si potrà obiettare che la giustizia e la pubblica amministrazione funzionano male, e per molti aspetti l'obiezione è vera. Ma ciò non dipende dal meccanismo logico del sillogismo, bensì dall'imprecisa formulazione delle leggi, e dalla sfera di discrezionalità troppo ampia dell'amministrazione, che lascia spazio a "malizie e "macchinazioni". L'opera del collega Catelani, proprio per l'ampiezza del suo oggetto, non può dirsi conclusa, è un'opera in continuo completamento, ed il "pànta rei" di Eraclito fa parte di questa struttura e forma.

E' quindi auspicabile che l'opera del collega Catelani possa essere ancora approfondita con l'indagine sui nuovi problemi che si ritrovano nella galassia della gerarchia delle norme e

queste integrazioni potranno essere effettuate sulla base delle solide considerazioni espresse nelle due edizioni dell' opera.

Concludo, ribadendo la valutazione positiva su questa bella ed approfondita opera, ed auspico che vi sia una nuova edizione così integrata, sulla quale poter effettuare ancora, spero in questa sede, un Convegno di Studio.

## **2. Cesare dell'Acqua: il diritto nell'età dell'emergenza**

Devo anzitutto ringraziare Alessandro Catelani per questa nuova edizione di un volume già da me conosciuto e apprezzato sin dalla sua prima versione. Non pretendo certo di riassumere in poche frasi di circostanza la complessità di un'opera che affronta in forma compiuta una tematica centrale della riflessione giuridica.

Mi limiterò a paragonarlo ad un viaggio, un lungo viaggio alla ricerca del significato più profondo dell'esperienza giuridica. Esiste un nome per descrivere questo percorso, e questo nome è nomopoiesi. Quest' ultima può tuttavia essere intesa in due modi distinti: in senso statico, fissata una volta per tutte in un momento storicamente definito; oppure in senso dinamico-evolutivo, come parte di un processo destinato a non avere mai fine. Al riguardo mi ha molto colpito una recente frase di Giuseppe Guarino: “al mondo non esiste nulla di più astratto del diritto”.

Può apparire un'affermazione sorprendente, soprattutto perché proviene da un grande giurista non certamente incline al formalismo giuridico. Tuttavia mi domando se tale opinione sia valida in ogni contesto e in ogni circostanza, o se invece sia applicabile solo all' interno di una dimensione statica della nomopoiesi.

Si tratta in pratica di verificare la sua conformità alla contingenza storica attuale, caratterizzata secondo alcuni da una vera e propria “dittatura dell'emergenza”, che i tradizionali strumenti del diritto faticano ormai a governare. Definizione certo assai semplificata e forse superficiale, ma che in fondo rispecchia fedelmente la nostra abituale condizione di vita all' interno e all' esterno dei confini nazionali.

L'astrattezza della norma, che rappresenta gran parte della sua forza-più ancora della generalità, spesso aggirata e contraddetta dalla prassi legislativa non solo nazionale-non sembra più costituire uno scudo sufficiente a preservarne l'effettività, ma ne svela piuttosto l'intima fragilità e debolezza. Basti pensare al cd. “stato di assedio permanente” introdotto di recente in Francia in risposta agli attacchi terroristici dell' estremismo islamico nella capitale.

La nomopoiesi disegna dunque un tracciato incerto e oscillante, qualche volta persino tortuoso e accidentato, comunque assai distante dall' orgogliosa rivendicazione di De Lolme (“la legge può fare tutto, tranne che trasformare l'uomo in donna”): ma anche su questo punto è lecito

ormai discutere) e persino dalle più recenti concezioni neopositivistiche di matrice anglosassone.

Pensiamo allo scambio libertà/sicurezza su cui ci si interroga nelle democrazie occidentali di fronte alla minaccia di un terrorismo ormai globale e di ondate migratorie senza misura nei confini geografici. Ma si pensi anche alle tematiche più intimamente connesse con la condizione umana, come quelle relative alla nascita (procreazione assistita) e al fine-vita (testamento biologico ed eutanasia), nei cui confronti si invoca una sorta di self-restraint legislativo a garanzia della libertà di coscienza individuale (cui fa da speculare contrappeso una crescente supplenza giudiziaria).

Tutto questo non può stupire, perché l'emergenza modifica le funzioni del diritto e di conseguenza mutano anche l'essenza e la natura stessa del fenomeno giuridico. È la rivincita del tempo sul diritto, quando invece era sempre stata la norma a pretendere di governare il tempo. Dobbiamo in definitiva prendere atto della persistente validità dell'antico brocardo latino *tempus regit actum*. Se infatti il tempo cancella la prevedibilità della norma, viene a cadere il tradizionale postulato della certezza del diritto. Allo stesso modo gli stati di crisi, da sempre considerati situazioni giuridiche extra-ordinem, sono destinate ad entrare in conflitto con l'implicita razionalità della costruzione giuridica, nel momento stesso in cui contribuiscono a formare il nostro *habitat* quotidiano.

Il re si scopre nudo come nella celebre fiaba di Andersen, e le faticose e ingegnose ricostruzioni ex-post della migliore dottrina non sono sufficienti a fornirgli un nuovo vestito idoneo allo scopo. Di fronte ai temi ultimi che oggi tengono il campo il diritto sembra regredire alle sue origini, quando la norma nasceva alle soglie del mito (e sarebbe assai interessante approfondire le simmetriche corrispondenze tra i simboli del mito e i riti della norma giuridica). Aggiungo che in questa direzione la migliore antropologia culturale ha molte cose da insegnare alla teoria generale del diritto. Quest'ultimo non ci appare più come un tutto organico, armonico, autonomo e autosufficiente, ma come una costruzione fragile e asimmetrica, talora persino temporanea. La stessa nobile visione kelseniana di un sistema giuridico puro e affrancato da ogni influenza di carattere politico, sociale, ed economico si rivela incompatibile con la realtà da noi concretamente vissuta.

D'altra parte anche le vecchie metafore spesso utilizzate in passato per descrivere il diritto sembrano cadute in desuetudine. L'immagine che l'attualità ci trasmette non è più quella classica e ormai usurata della "fortezza assediata", ma piuttosto quella di una fragile e reversibile linea di confine: una frontiera mobile fra ordine e disordine, fra norma e caos.

Rimane da comprendere quale spazio si apra per l'interprete in un quadro normativo così profondamente alterato. L'interpretazione, si sa, è l'ombra del diritto, lo segue ovunque ed è

destinato a dividerne il destino. In più ha una caratteristica particolare che noi giuristi fingiamo spesso di ignorare: non finisce mai.

Da un lato l'emergenza sembra restringere oggettivamente la discrezionalità dell' interprete (non fosse altro perché irrigidisce il rapporto autorità-libertà potenziando l'aspetto precettivo e sanzionatorio della norma); dall' altro lato riconosce pur sempre a quest' ultimo la funzione di tramite essenziale con l' infra-diritto (dove spesso si nascondono sia la ratio che il movente della norma) e con il meta-diritto (in cui è invece racchiuso il suo fondamento etico). Giustamente Alessandro Catelani sottolinea al riguardo la centralità dei principi, dei valori, e dei diritti fondamentali.

Io sono su questo punto completamente d'accordo con lui, a condizione tuttavia di considerarli non solo fattori di stabilizzazione sistemica , ma anche e soprattutto fattori di integrazione dell' ordinamento costituzionale nel tessuto sociale, secondo la classica intuizione di Rudolf Smend ancora oggi attualissima.

Il compito dell'interpretazione è allora quello di declinarli storicamente con l'ausilio determinante delle norme e delle Corti costituzionali. Solo così sarà possibile ricomporre l'unità del fenomeno giuridico, oggi troppo spesso diviso fra forma (la norma positiva) e sostanza (la realtà sociale). In questo modo sarà possibile anche evitare i rischi contrapposti di un formalismo eccessivo e di un garantismo spinto fino all' annullamento della precettività normativa.

Nello stesso tempo sarà anche più agevole recuperare il necessario consenso dei governati, alla fin fine l'unica vera fonte di legittimazione del comando giuridico.

### **3. Teresa Serra: Considerazioni sul libro di A. Catelani “il diritto come struttura e come forma”**

“Il diritto come struttura e come forma” colpisce per la completezza della discussione, al punto che potrebbe essere considerato una introduzione alla scienza giuridica in grado di funzionare anche da un punto di vista didattico per la comprensione del senso, della ragione e della ineludibilità del diritto. Mi pare che già nella introduzione al testo sia chiara la posizione dell'Autore che mette ben in evidenza alcuni punti fondamentali: la relazionalità del diritto e, come non essere d'accordo, la ineludibilità del diritto positivo. Il punto anche che la ragion d'essere del diritto ha validità sul piano etico. E con questo Catelani sgombra immediatamente il campo dalla preoccupazione che possa soggiacere ad una esasperazione del formalismo. Qui mi pare che si colleghi la chiara accettazione della necessità del diritto positivo al costituzionalismo, sia a garanzia che le norme rispettino la loro ragion d'essere, sia sul profilo della legalità come tutela dei diritti fondamentali. Da cui anche la necessità della regolamentazione giuridica e quindi l'analisi della realtà normativa. Cosa è la norma? E'

l'espressione della volontà che contiene un imperativo, entità dinamica. Imperatività della norma, dunque, diritto positivo come "complesso di norme che sono espressione di una volontà umana collettiva" (p. 16). Incontro, a questo punto, tra diritto e politica che coinvolge anche il rapporto tra sistema normativo e cultura e civiltà di un popolo. C'è ben chiaro nell'autore il rapporto tra diritto e società, questo fenomeno decisamente più ampio che però ha bisogno di essere organizzato: "Il rapporto con la società è l'elemento vivificante del diritto, è il diritto vivente, l'aspetto concreto, vivo e tangibile dell'ordinamento. Però il corpo sociale non è esso stesso il diritto, nel senso che, a prescindere dalla norma, esso abbia di per sé efficacia precettiva" (p.66). Catelani è attento a distinguere, nell'ambito dei fenomeni sociali, quelli che sono giuridici da quelli che non lo sono, "il diritto non è la società organizzata, ma l'organizzazione della società", ma "la società costituisce il contenuto della norma e ne è il presupposto".

Non mi soffermerei qui sulle osservazioni che l'A. fa a proposito di Santi Romano, anche se, incidentalmente, devo ricordare che mi ha assai interessato la particolare interpretazione in senso giusnaturalistico della visione istituzionale.

Dal volume si evince la costante attenzione dell'Autore a tutta la letteratura sul giuridico e sui suoi aspetti. Interessante il suo punto di vista sulla sanzione, sul problema della certezza, sulla categoricità dell'imperativo giuridico, sul problema della pluralità degli ordinamenti giuridici, sulla divisione dei poteri e così via. Ma vorrei soffermarmi solo su alcuni punti mettendo a confronto alcune problematiche su cui recentemente si discute con la posizione di Catelani: da una parte l'eterno rapporto tra norma giuridica e norma morale, dall'altra il tema della Costituzione materiale e della costituzione formale, quindi il potere costituente, e quindi rapporto società diritto.

### **3.1. Il rapporto tra norma giuridica e norma morale.**

Uno dei punti importanti della visione del giuridico in Catelani è il senso della trascendenza. In relazione alla norma morale questa trascendenza ricompare prepotentemente. Esistono, mi pare, almeno due tipi di norme morali, norme di convenienza sociale e norme morali vere e proprie, che coesistono su due piani diversi, le prime nei rapporti tra consociati e le seconde nei rapporti con la divinità. Tutte queste norme, religiose, morali o del costume costituiscono "solo il presupposto di manifestazioni di volontà normative della collettività, la quale soltanto ne fa proprio il contenuto" (p. 16). Il riferimento alla divinità mi pare sia importante, ma forse può rappresentare un passo ulteriore, necessario a rafforzare la norma morale, ma ininfluenza in relazione al tema della laicità di cui peraltro Catelani è ben consapevole, forte dell'importanza che assegna agli aspetti culturali della società. Anche se ciò non esime l'autore dalla considerazione che, comunque, ogni norma, anche quella morale,

presupponga l'esistenza di un potere normativo trascendente, perché portatore di valori assoluti. Il tema della laicità mi pare fondamentale anche alla luce di quanto poi Catelani afferma a p. 182: “ Dai precetti morali insegnati dalle varie religioni, e soprattutto dal Cristianesimo, così come da concezioni filosofiche laiche che giungano a conclusioni del tutto conformi, si sono enucleati quei principi che, senza identificarsi con alcuna religione o filosofia, ed a prescindere dal variare del diritto positivo, devono essere alla base di qualunque ordinamento giuridico, in quanto indispensabili a una civile convivenza”. Quale è il ragionamento dell'A.? Se tutto è riconducibile solo alla materia, se non esiste Dio, ossia una entità spirituale trascendente, viene a mancare la distanza tra bene e male quindi la possibilità di trovare una regola. Mi sembra questo il nodo da sciogliere proprio in relazione al rapporto diritto-verità e quindi anche diritto e giustizia. La visione di Catelani sembra porsi contro la deriva anassologica della cultura occidentale del XX secolo che ha fatto morire la verità con ciò dando un contributo fondamentale alla crisi dello stesso diritto.

Se non esistono Verità, ma solo quelle verità che si identificano con un individuo assolutizzato fosse anche identificato nella sua appartenenza al gruppo, viene meno lo stesso obbligo giuridico. In questo ambito, l'obbedienza del cittadino alla legge, che, comunque, una volta emanata, si erge al di sopra di lui come volontà ipostatizzata, non regge alle difficoltà proprie di un soggetto che si assolutizza e si interroga sul perché debba obbedire alla legge se questa, non che realizzare un'idea di giustizia o rispecchiare i nessi e le convinzioni sociali, altro non è che la sua volontà già espressa. L'obbedienza alla legge viene sempre più collegata con una rispondenza della legge alla visione personale del momento, realizzando una ulteriore difficoltà nella conservazione, in un orizzonte anassologico, di una sensibilità giuridica che si basa su una visione della giustizia. In mancanza di un riferimento ad un assoluto, o ad una legge sempre valida, il vaglio della legge attraverso una griglia coscienziale o fa perdere di vista la distinzione tra diritto e morale, riconducendo la legge alla legge della coscienza e, quindi, riducendo la portata obbligatoria della legge positiva, o, per converso, nell'ottica di una coscienza che rifugge dai valori e assolutizza il benessere, conduce ad una riduzione del diritto all'economia, o, infine, portando all'eccesso la visione estetizzante, finisce col condurre il problema del giusto ad un problema di gusto. In tutti i casi quello che ne deriva è la perdita della ragion d'essere del diritto che porta a riconoscere l'assolutezza dell'obbligazione politica. Certamente l'atteggiamento di fronte alla verità e ai valori è mutato, ma non per questo muta la ricerca del valore e il bisogno di far riferimento ad un qualche valore sia pure soggettivamente scelto o accettato. Se è vero che la teoria formale del diritto deve essere distinta dalla teoria della giustizia è altrettanto vero che ogni teoria è collegabile ad una visione della giustizia. Catelani vuole comprendere il locus della razionalità e della validità (come giustizia) del diritto, e trova che esso non possa essere trovato in una via alternativa, libera da ogni riferimento assiologico, in una atmosfera averitativa e secolarizzata. La difesa del diritto



positivo di Catelani ripropone i classici problemi della verità del diritto dopo che a diventare problematico è stato anche il senso del diritto positivo che pure, esprimendo l'unica dimensione morale accettata dal volontarismo, era diventato valore? In realtà la non legittimazione legittima tutti, la perdita della distanza tra giusto e ingiusto, vero e falso rende tutto giusto e tutto ingiusto, tutto vero e tutto falso. Con le parole di Severino possiamo dire: “Se la verità assoluta è fuggita, se non c'è più verità, allora la legittimità dello Stato non può più essere ‘vera’ legittimità: lo Stato non può più vantare una ‘vera’ legittimità. Quale valore di verità ci può essere alla base della pretesa dello Stato di essere il detentore legittimo della forza e della violenza?”.

Veniamo quindi al rapporto società diritto, al rapporto tra costituzione e principi generali: Dice Catelani “la riaffermazione della positività del diritto non si traduce di per sé minimamente nella negazione dei valori che vengono di consueto tenuti presenti dalle norme positive. Affermare la natura positiva del diritto, e quindi il suo carattere umano e volontaristico, non esclude la valorizzazione, da parte del diritto stesso, di valori etici e anche soprannaturali, e non si traduce nella negazione di qualunque realtà metafisica”8P.165).Significa soltanto riconoscere che i precetti di comportamento tra gli uomini, che sono propri del gruppo organizzato, promanano dalla volontà umana e non da quella divina”.

### **3.2. Costituzione materiale, costituzione formale e potere costituente; rapporto tra società e diritto.**

Il riferimento a Mortati è qui d'obbligo. Ma Catelani accoglie un concetto di costituzione diverso da quello di Mortati prediligendo non il rapporto tra poteri, ma la costituzione come dato normativo formale: “L'assetto dello stato – almeno di quello che è improntato ai principi di libertà e democrazia- non è rimesso al rapporto di forza tra gruppi di potere, ma alla sfera di autodeterminazione, che viene costituzionalmente garantita, dai componenti della collettività” (p.206). E tuttavia l'Autore ha anche ben chiara l'importanza del rapporto tra poteri. E qui occorrerebbe riprendere il tema sia del potere costituente sia dell'indirizzo politico e della costituzione materiale: il rapporto tra norma e società a cui Catelani dedica anche il capitolo 22, sull'interpretazione, cui si collega il tema della logica giuridica. Una interpretazione che “è in un certo senso creazione del diritto, al quale attuandolo, aggiunge qualcosa di nuovo. Questo è il fenomeno giuridico nella sua completezza. Costituito sia dalle norme che dalla realtà sociale, sulla quale la norma stesa è in grado di incidere” (p. 246). Torno al potere costituente e parto dalla considerazione che si tratta di discutere entro un quadro di accettazione del principio democratico: come organizzare i molteplici poteri e come definire quali siano i poteri reali? La domanda che mi pongo e che rivolgo a Catelani è la seguente: “E' la costituzione a legittimare, incorporandoli e strutturandoli, i poteri reali della società o sono questi poteri ad autoinserirsi o a chiedere di essere inseriti nella struttura costituzionale

formale che quindi va trasformata? In questo braccio di ferro il tema della legittimazione rincorre il tema del soggetto del potere costituente nel suo rapporto col potere costituito?

Catelani ha ben presente la costituzione come dato normativo formale. Ma nella realtà contemporanea si comincia a parlare di costituzione infinita, cioè quella costituzione che non si conclude con un documento ma è perennemente incompiuta e in attesa di nuovi apporti e combinazioni. Costituzione infinita o costituzione dinamica, rapporto tra potere costituente e potere costituito e priorità del primo sul secondo? Quello che, a guardare la situazione contemporanea. Lascia perplessi, è che alla costituzione si possa dare la funzione di misura e legge fondamentale nel momento in cui i concetti di misura e fondamento hanno perso la loro valenza e consistenza, le si riconosca una funzione veritativa in un ambito umano che si connota sempre di più su base anassologica. Eppure, una volta che si sia perso il senso della misura e il senso del fondamento, e quindi ci si fermi ad una legge e ad una misura svincolate da un più ampio e complesso concetto di diritto e di misura, ci si rende conto che occorre ricostituire la misura stessa e la legge. E dal volume di Catelani questa esigenza traspare fortemente. La crisi del diritto sta anche nel fatto che, da un lato, la costituzione realizza l'incontro del diritto con la politica e, dall'altro, esemplifica lo spirito contrattualistico dei nostri tempi che 'valorizza' non tanto ciò su cui si conviene e la necessità che quanto convenuto soggiaccia alla ratio fondamentale del pactum (vale a dire pacta sunt servanda), ma la forma contrattuale per se stessa, per cui si realizza una contrattazione permanente che rende difficile l'equilibrio e che contrasta con la realtà stessa di una 'costituzione', essendo più vicina ad un costituire continuo. Sembra realizzarsi una fusione tra l'orizzonte convenzionalistico e quello positivistico, tra Hume e Hobbes, tra un pragmatismo procedurale di formazione delle regole e una visione contrattualistica con conseguenze normative ben chiare. Il continuo rifarsi alla costituzione sembra assumere in sé caratteri che sono tipici della convenzione humeana. Peraltro, se accettiamo la definizione humeana di identità come collezione di impressioni continuamente mutevoli, non appare strano il riferimento a Hume, nel momento in cui l'identità stessa si disperde annullata dal mondo del virtuale e del mutevole. Eppure la costituzione come volontà di fondazione sembra essere l'unico punto di riferimento assiologico e teleologico attualmente utilizzabile, in quanto risponde ad un volontarismo e ad un rifondazionismo che ben si lega con l'onnicentrismo. Si tratta di mettere in discussione la equivalenza – tutta occidentale – tra stato e ordinamento giuridico? Vale a dire, lo stesso assetto di poteri, dal quale poi in definitiva ha avuto origine la costituzione formale che su di esso si riversa, è dinamico e mutevole e proprio per questo suo dinamismo cerca e trova nella costituzione formale una garanzia almeno fino a quando le trasformazioni sociali non siano tali da rendere difficile un assetto duraturo di poteri. Non la società condiziona la norma né la norma subordina a sé il dato sociale, ma c'è una continua circolarità fra i due momenti. Vorrei chiudere con le parole di Catelani sul diritto vivente anche sopra ricordato: "Il rapporto con la

società è l'elemento vivificante del diritto, è il diritto vivente, l'aspetto concreto, vivo e tangibile dell'ordinamento. Però il corpo sociale non è esso stesso il diritto, nel senso che, a prescindere dalla norma, esso abbia di per sé efficacia precettiva”(p.66). Il diritto vivente è, dunque, “nozione che va vista nella sua giusta luce, senza alterare quelli che sono i rapporti tra materia e forma, quali sono connaturati all'essenza della giuridicità”. “La società è pur sempre un dato materiale, che col diritto non si identifica, perché gli manca il profilo strutturale e formale, che è quello normativo”. Il diritto è vissuto dai consociati attraverso la sua concreta attuazione; ma questa resta pur sempre distinta dalle fonti normative, alle quali si viene ad ottemperare” (251). Questa distinzione salva l'obbedienza alla legge?

#### **4. Mario Bassani: La funzione regolatrice della giurisprudenza**

In tempi nei quali alla magistratura viene attribuita una funzione salvifica in contrapposizione agli altri poteri dello Stato, non è semplice affrontare questo tema in modo sereno. Per superare le suggestioni del momento sarebbe necessario ricondurre il potere giudiziario ad una posizione di terzietà rispetto ai poteri che hanno la responsabilità di governo della Nazione nella formulazione degli indirizzi e nella attuazione di essi: il potere legislativo e quello esecutivo.

Occorre però prendere atto, come scrive Catelani nella introduzione a un passo del suo scritto, che vi è una mancata assolutezza del principio della divisione dei poteri e interferenza nei loro reciproci rapporti. Ci si deve allora chiedere se la funzione della giurisprudenza è regolatrice, ovvero subalterna o se, in opposta prospettazione, invasiva.

Questo accade perché, secondo il pensiero di Catelani, il diritto non è solo norma di ordinamento, e di legittimazione del potere politico, ma anche patto di relazione, tanto che si può parlare di materialità del diritto. Ed è questo un concetto che conduce a una analisi del corpo normativo quale è quello che regola la struttura dello Stato nei rapporti dei cittadini fra di loro, e nei confronti di essi con lo Stato medesimo.

Pur essendo il diritto un complesso di norme per regolare in via stabile la vita di una comunità, senza la quale la comunità stessa non esisterebbe (*ubi societas ibi ius*) occorre annotare che la produzione normativa è condizionata da un contesto socio economico mutevole. Si pensi che gli stessi codici son frutto di un orientamento politico e di una concezione dello Stato che sono predominanti al tempo della loro elaborazione: il codice civile del 1865, il codice di commercio, e anche quello del 1942, sono espressione del pensiero liberale e di una concezione mercantilistica. Ne costituiscono attuazione le norme di tutela accentuata del credito e del commercio, con i riti particolari e severi del fallimento, della riscossione dei crediti, di esecuzione degli sfratti, del particolare regime sulla circolazione dei titoli di credito e, più recentemente, i riti accelerati nel processo amministrativo per la soluzione delle controversie

in materia dei pubblici appalti, al punto da comprimere la tutela cautelare nel nome della esigenza di realizzare opere di interesse generale senza intralci di sorta. Segno molto significativo anche del mutare dei tempi è l'evoluzione della normativa del diritto di famiglia.

Interprete di questo condizionamento è anche la magistratura quando, applicando il diritto vivente, disapplica norme ritenute non più attuali o applica norme ancora non scritte, senza condizionamenti poiché ritiene non avere altro limite se non quello imposto dall'articolo 101, c. 2, della Costituzione, secondo cui il giudice è soggetto soltanto alla legge. Interpretazione e applicazione della legge che talvolta si configurano esse stesse fonte normativa.

Ci si deve allora chiedere quale sia l'esatta portata di questo precetto costituzionale. Quando la norma afferma che il giudice è soggetto soltanto alla legge, occorre sapere cosa si intende per legge, che non è formula astratta, perché non forma ma sostanza. Ma poiché la legge è emanazione del potere legislativo, è allora il legislatore a stabilire cosa e come il giudice deve giudicare. Esempi di legge che si muovono lungo questa direttrice non mancano, come più avanti si vedrà.

Ma la legge, anche se precetto, deve essere interpretata. Vale il riferimento all'ordinamento penale, secondo cui l'obbligatorietà dell'azione penale finisce con l'essere solo affermazione del principio secondo cui tutti i delitti devono essere perseguiti e essere puniti. L'impossibilità di trattare, nessuna esclusa, ogni notizia di reato impone però una scelta che finisce con il seguire orientamenti personali del magistrato sulla preminenza della pericolosità sociale, sui riflessi politici, sulla qualificazione morale, sulla eccessiva gravità o lievità della pena che seguirebbe, e quant'altro. Sono dunque la sensibilità e la cultura, come pure i convincimenti politici, a condizionare talvolta l'operato della magistratura.

L'opinabilità della legge per chi la deve applicare è cosa non infrequente. Uno studio condotto su un anno di giurisprudenza costituzionale ha rivelato che gran parte dei giudizi decisi dalla Corte derivano da ordinanze di rimessione di giudici ordinari, amministrativi, contabili, e anche militari. Segno di legislazione poco attenta ai vincoli imposti dalla costituzione, o insofferenza nei confronti di norme non condivise?

Al di là dei convincimenti personali vi sono dei limiti entro i quali la legge deve inserirsi e, se travalicati, può essere censurata e disattesa anche se costituzionalmente legittima? Nella lettera ai Galati San Paolo li esortava a prestare obbedienza alla legge, perché è la legge a definire il lecito e l'illecito, ma dopo avere premesso che la legge è quella divina a costituire fonte del diritto: legge divina che anche Antigone invocava contro le leggi di Creonte di Tebe.

Neppure in via di teorizzazione si può ipotizzare un diritto assoluto che valga in ogni tempo e spazio, come vorrebbero i teorici della supremazia del diritto naturale. Si pensi ai dotti dell'Università di Salamanca che, al tempo della occupazione spagnola del centro e del Sud

America (crudele e avida secondo la narrazione del domenicano Bartolomé de Las Casas), asserivano che la riduzione in schiavitù degli indios non contrastava con il diritto naturale perché soggetti non dotati di anima. Teorici del diritto naturale peraltro in buona compagnia, se è esatto quanto mi pare Platone attribuisca a Aristotele, secondo cui la giustizia diventa l'utile del più forte se non si individuano valori universali che vengono prima della legge.

Riprendendo allora l'annotazione di Catelani secondo la quale è mancata assolutezza al principio della divisione dei poteri e interferenze nei loro reciproci rapporti, non è difficile trovare invasioni di campo, e sono sufficienti poche accenni per individuarne i casi. Soprattutto quando nel contesto storico nel quale viviamo la magistratura è indotta a svolgere funzioni di supplenza, e anche novative del diritto, che finiscono con l'interferire con i poteri in forza dei quali vengono esercitate le funzioni dello Stato.

Si pensi alle sentenze rese in tema di unioni civili, alla trascrizione di matrimoni contratti all'estero fra persone dello stesso genere, alla pratica dell'utero in affitto. Tutti temi che solo ora il Parlamento si appresta ad affrontare e regolamentare. Parte del disordine istituzionale è anche ingenerata da eccessiva conflittualità, come nel caso deciso dalla sentenza della III Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza 4 novembre 2015, n. 5039, nella quale viene stigmatizzato l'atteggiamento del Sindaco di Roma Capitale che impugna un atto dell'organo ad esso gerarchicamente preposto nella materia dello stato civile.

Venendo ora ai casi nei quali gli organi dello Stato hanno operato con norme che incidono sull'esercizio di altri poteri, si possono annoverare:

- a) quanto alla funzione giurisdizionale,
  - l'introduzione nella giustizia amministrativa del vizio di eccesso di potere quale ulteriore motivi di censura degli atti della pubblica amministrazione che finisce talvolta con invadere la sfera di discrezionalità tecnica;
  - altra facoltà attraverso censure di legittimità, di invasione della sfera di discrezionalità tecnica, è data dalle norme della riforma del procedimento amministrativo di cui alla legge 241/1990 e sue successive integrazioni che impongono nell'esercizio dell'azione amministrativa l'osservanza dei principi di economicità, efficienza, proporzionalità;
- b) quanto alla funzione legislativa,
  - l'anticipazione nel processo amministrativo da parte della giurisprudenza dell'istituto della tutela cautelare anticipata e il regime probatorio;
  - l'introduzione del principio d'ordine processuale dell'unico processo con l'onere della immediata impugnazione di atti endoprocedimentali introdotto dalla Corte CE e recepito dal Consiglio di Stato;

- le sentenze del giudice ordinario e di quello amministrativo anticipatrici della legislazione in materia di unioni civili e di adozione di minori da parte di persone non coniugate;
- c) quanto alla funzione giurisdizionale,
  - l'affidamento da parte del legislatore al giudice amministrativo, con norme processuali inserite nel codice dei contratti pubblici in tutte le sue redazioni (ultima il Codice degli appalti approvato con D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50) l'esercizio del potere di decidere sulla sorte dei contratti stipulati in esito ad aggiudicazioni poi dichiarare illegittime, per alcuni aspetti vincolato e per altri discrezionale, quando il giudice deve valutare quale sia l'interesse meritevole di maggior tutela, se il ripristino del diritto leso o l'esigenza di dare esecuzione a opere, forniture, o servizi (con dichiarazione di inefficacia del contratto e non di annullamento per non invadere la sfera della giurisdizione ordinaria).

Da alcune parti viene rappresentata l'esigenza che siano attentamente valutate le conseguenze di decisioni che, pur formalmente corrette, incidono con effetti negativi sul tessuto economico e sociale. Significativo a questo riguardo un incontro del Presidente della Confindustria e il Presidente del Consiglio di Stato avvenuto lo scorso 17 marzo, dal quale è scaturito un comunicato stampa per dare rilievo all'evento, ed ove si dice "(...) che è stata condivisa l'esigenza, più volte rappresentata dal mondo produttivo, di garantire al paese una giustizia amministrativa che abbia tempi ragionevoli, indirizzi interpretativi e chiari e capaci di cogliere le ricadute delle decisioni giudiziarie sull'economia (...)". Esigenza che ha trovato accesso presso il Governo nella emanazione del decreto legislativo di aggiornamento del codice degli appalti, quando fa assurgere a norma quanto già è criterio seguito dal giudice amministrativo nella fase cautelare: il bilanciamento degli interessi.

L'attività giurisdizionale non si svolge dunque nella pienezza della sua autonomia regolatrice delle norme giuridiche, perché incontra condizionamenti dagli altri poteri dello Stato, o invadendo essa stessa i poteri medesimi. Quanto teorizzato dal Montesquieu sulla rigida separazione dei poteri sembra dunque essere teorizzazione che non trova riscontro nella realtà.