



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2017 ANNO II N.3.

# L'effettività e la flessibilità della norma giuridica

**L'interpretazione e le nuove figure del diritto positivo.**



**2017 ANNO II NUMERO 3**

di Alessandro Catelani pp. 42-58 articolo rivisto



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA ANNO 2017, II, N.3

## L'EFFETTIVITÀ E LA FLESSIBILITÀ DELLA NORMA GIURIDICA

---

L'interpretazione e le nuove figure del diritto positivo.

di Alessandro Catelani

### Abstract

The positive juridical norms are enacted by the exponential organs of an organized society. They also exist without the social consent from the partners. Every juridical norm must have suited for the concrete case, in how much it is, in its contents and not as commanding, a flexible entity. Besides the right evolves him during the time, and it changes its own juridical configuration.

Key words: Juridical norm, Flexibility , Interpretation

### Riassunto

Le norme giuridiche positive sono quelle che promanano dagli organi esponenziali di una società organizzata. Esse esistono anche a prescindere dal consenso da parte dei consociati. Ogni norma giuridica deve, attraverso l'interpretazione, essere adattata al caso concreto in quanto è, nei suoi contenuti e non nella sua imperatività, un'entità flessibile. Il diritto peraltro si evolve nel corso del tempo, e muta la propria configurazione giuridica.

Parole chiave: Norma giuridica, Flessibilità, Interpretazione

Alessandro Catelani, studioso di diritto pubblico e filosofia del diritto ha insegnato nelle Università di Perugia, Sassari e Siena.

1. Il giudizio sulla positività del diritto deve accertare, oltre all'esistenza della norma giuridica in sé considerata, la sua effettiva provenienza da una società organizzata. Le norme della società sono quelle che promanano dagli organi esponenziali del relativo ordinamento. L'indagine per accertare la positività deve identificarsi con il giudizio che verte su questo presupposto. Si tratta di verificare se le norme promanano da quegli organi che concretamente appaiono esponenziali della collettività, e perciò la rappresentino. E la rappresentatività deve essere quindi valutata sulla base della effettiva idoneità degli organi in questione a condizionare il comportamento dei consociati che ne fanno parte.

Sulla base della provenienza da certi organi esponenziali, ogni complesso di norme giuridiche sempre esiste là dove c'è una società, alla quale appare connaturato. La norma giuridica è quella che è in grado di condizionare, quale elemento formale, la struttura della società. Il diritto è la struttura della società e la forma delle cose; per cui solo la norma che possiede questa capacità può considerarsi giuridica. E' l'astratta forma normativa che plasma la sostanza, la materia dei rapporti sociali; ma, perché questo avvenga, occorre che la norma promani dagli organi esponenziali di una società organizzata.

2. Il diritto positivo, proprio perché è opera umana, rispecchia un certo aspetto sociale, ed ha come sua unica spiegazione una situazione di fatto, qualunque siano le cause che la determinano, e le ragioni per le quali ad essa si perviene. Può dirsi quindi costituito un ordinamento giuridico quando una società assuma una determinata struttura giuridica. Ed a tale risultato si può pervenire per varie vie, le quali non rilevano giuridicamente, mentre rileva invece il risultato del concreto assetto che la società assume e che, se è stabile e duratura, acquisisce carattere strutturale e giuridico. L'esistenza del diritto positivo si accerta dunque come fatto, e non sulla base di un giudizio di valore, condotto richiamando superiori principi etici o di altra natura.

Come esiste una società, giusta o cattiva che sia, ed il sociologo la deve studiare per quello che è, altrettanto deve dirsi per il diritto ad essa inerente, il quale non ne è che un aspetto imprescindibile. Il giurista che studia il diritto positivo deve esaminare quello effettivamente vigente, esistente all'interno di una certa società, qualunque sia la valutazione che, da un punto di vista morale, esso ne intenda dare. Come il medico studia il corpo umano e il sociologo la società, e qualunque altro studioso un diverso aspetto di sua competenza, così deve essere studiato il diritto positivo. L'esistenza di un ordinamento è un dato di fatto, che come tale prescinde da qualunque valutazione di altra natura.

Questo vale quindi anche quando un ordinamento violi i diritti umani. La storia è piena di regimi assolutistici che sono realmente esistiti, come nel caso della Russia sovietica e della Germania nazista - ed esistono -, in spregio ad ogni principio morale, ed ai quali tuttavia appare indispensabile riconoscere il carattere di ordinamento in grado di mettere norme alle quali si deve riconoscere pienamente il carattere della giuridicità, e che come tali devono essere considerati.

3. L'attività materiale si distingue da quella più propriamente giuridica in quanto non determina modifiche strutturali nei rapporti intersoggettivi. Anche la formazione di un ordinamento sovrano non consta dunque di atti giuridici, ma di un'attività pregiuridica che

crea un rapporto di forza, in base al quale certi organi assumono carattere esponenziale di una determinata società organizzata.

Bisogna distinguere un ordinamento, un corpo sociale nella sua concretezza, dalle forze che lo determinano, e che sono della più varia natura, in quanto hanno carattere pregiuridico. E' un dato pregiuridico un colpo di Stato, un'invasione, una guerra, o anche una pacifica rivoluzione. Le forze che si impongono all'interno di un ordinamento possono essere della più varia natura.

La società, che per essere tale è necessariamente anche un ordinamento, si forma sulla base di molteplici fattori che è difficile, per non dire impossibile, considerare compiutamente, e che per di più variano a seconda delle circostanze. Presso le società più antiche e primitive vi può essere stata l'appartenenza ad un clan familiare e tribale, e formatosi per fattori accidentali di comunanza di interessi, come la caccia, la pesca e l'agricoltura in certe zone. In epoche più avanzate e moderne le guerre dinastiche feudali possono avere creato comunità strutturate in un determinato modo. Ma ci si consenta di non sviluppare ulteriormente considerazioni che sono di competenza del sociologo e dello storico, e di considerare la società organizzata, in quanto sovrana, così come si è formata sulla base di forze e di circostanze della più varia natura, che danno luogo alle situazioni più disparate e imprevedibili. In epoca contemporanea le guerre, le invasioni, l'affermarsi del principio di nazionalità, sono i dati che più di frequente ricorrono, ma che non rispecchiano una concezione logica e razionale, ma la precedono e la condizionano. E' la società stessa che, una volta strutturata, esprime i principi giuridici ai quali si ispira, e che si riflettono, negli Stati moderni, nelle loro Costituzioni.

Basta pensare a quanto è accaduto in Italia. In Italia si è affermato lo Stato sulla base del principio di nazionalità, che ha portato alle guerre di Indipendenza del Risorgimento. Facendo riferimento al Risorgimento italiano si può considerare l'ideologia liberale come a suo fondamento. Tuttavia ricondurre unicamente a tale ideologia il Risorgimento italiano sarebbe errato. Le forze che l'hanno concretamente determinato non erano solo mosse da questo intento, ma anche, ad esempio, da spirito di conquista per la Francia di Napoleone III, da anticlericalismo e dalla massoneria, e da spirito repubblicano e non monarchico come per Mazzini, nonché da altri interessi della più varia natura. E queste non sono che schematizzazioni di una realtà culturale e sociale infinitamente più complessa, che è impossibile definire a priori. Ricondurre tutto questo a una norma giuridica sarebbe errato; perché il sistema normativo sul quale si basava lo Statuto Albertino era una realtà, rispetto a questi dati di fatto, oggettivamente diversa e solo consequenziale.

Una volta acquisito, da parte di certe norme, il carattere giuridico sulla base della loro positività ed effettività, questo loro carattere non viene meno, anche se cessano di essere

positive, e non hanno più alcun interesse concreto se non per gli storici, come ad esempio in Italia per il diritto degli Stati preunitari. Ogni norma abrogata resta giuridica, anche se priva di una sua concreta utilità. Viceversa, anche una legge preparata ma non ancora approvata, è soltanto un progetto che, fino a che non viene approvato, non può considerarsi diritto in senso proprio. Altrettanto deve dirsi per una Costituzione redatta da rivoluzionari, prima che riescano a prendere il potere.

4. Comunemente si identifica l'effettività delle norme giuridiche con la loro concreta osservanza da parte del corpo sociale. Si insiste sull'esigenza che le norme vengano concretamente osservate perché costituiscano diritto positivo; e si ritiene che la loro stessa esistenza, l'esistenza del fenomeno giuridico, sia condizionata dalla loro osservanza all'interno della società. Il diritto positivo sarebbe solo quello al quale effettivamente si ottempera, e la sua stessa validità sarebbe integralmente condizionata dal dato sociale della sua concreta attuazione.

Tale opinione è però in questi termini, e cioè se riferita all'osservanza dei singoli precetti dell'ordinamento, inaccettabile. L'osservanza delle norme da parte dei consociati è un dato materiale, che non alcun valore sul piano della loro concreta esistenza e vincolatezza giuridica. Cioè essa riflette una situazione di fatto di una situazione materiale di conformità o non conformità alla norma, che in quanto tale non ha nulla a che vedere con il precetto, il quale esiste indipendentemente da essa, e che in quanto tale è estranea al fenomeno giuridico.

La effettività del diritto non si basa sull'osservanza delle norme che lo compongono, bensì sulla reale autorità degli organi da cui quelle norme promanano, e che li rende esponenziali di un certo ordinamento. L'osservanza o meno di una singola norma non ha significato, fino a che non venga scardinata la concreta rappresentatività di tutto il complesso normativo di una società organizzata. E questo accade con riferimento alla sorte degli organi relativi, da cui quel complesso promana, che possono essere sovvertiti, oltre che pacificamente, anche in maniera violenta.

Il principio di effettività può avere valore in quanto riferito all'ordinamento integralmente considerato, al sistema normativo nella sua complessità, non ai singoli precetti di cui quello si compone. Per certe norme anacronistiche, che formalmente non sono mai state abrogate, e che non sono più osservate, non si tratta di prevalenza del dato sociale su quello giuridico, come comunemente si ritiene, in quanto il fenomeno va ricostruito diversamente: la loro efficacia è venuta meno in quanto si trattava di norme incompatibili con altri precetti e principi generali, attraverso un'abrogazione non espressa, ma tacita. E quindi la caducazione della norma va riferita al piano normativo.

Il principio di effettività, per essere correttamente inteso, deve essere visto con riferimento alla vigenza del complesso normativo, e non all'attuazione pratica e concreta dei singoli precetti giuridici, che può anche mancare. Non è da confondere l'effettività con la materiale osservanza della legge, che può anche non esservi. Si deve parlare di esponenzialità degli organi, e non di reale osservanza dei precetti, che, entro certi limiti, manca anzi costantemente. E' anzi aspetto imprescindibile di ogni società una percentuale costante di violazioni delle norme isolatamente considerate: tra il comportamento dei consociati e la norma è naturale che vi sia una costante dissociazione, perché altrimenti non avrebbe una sua ragion d'essere la sanzione, la quale è giustificata dall'inosservanza del precetto, che è naturale che vi sia. La positività dell'ordinamento, e cioè l'effettività dello stesso, è nel fatto che esista una certa società organizzata, la quale in quanto tale sia strutturata sulla base di un determinato complesso normativo. Per essere più esatti, si tratta di un requisito che è da riferire agli organi esponenziali dell'ordinamento, in quanto in grado di esserne rappresentativi, e non all'osservanza delle singole norme. E' solo l'esponenzialità dell'organo che è determinante per l'esistenza di un profilo strutturale e formale della società, a prescindere dalla sua capacità di garantire l'osservanza dei singoli precetti emanati. Il diritto positivo è proprio di una società organizzata, e questa resta strutturata e organizzata anche se al suo interno vi siano delle violazioni ai singoli precetti.

5. Il fatto che la volontà collettiva si traduca in un'imputazione formale e strutturale alla società dalla quale proviene, significa che è del tutto indifferente, per la sua esistenza, la circostanza per cui vi sia un effettivo consenso dei consociati ai quali la norma si indirizza. Quello che viene accertato in via di fatto, ai fini della positività del diritto, è soltanto l'esponenzialità, e pertanto l'imputazione formale e giuridica dell'attività compiuta da certi organi alle corrispondenti collettività.

Quello su cui tanto si insiste, e che tanta suggestione esercita sugli interpreti, del consenso sociale a un ordinamento, non ha di per sé un significato, perché le norme conservano la loro validità e la loro giuridicità fino a che non venga abrogata espressamente o tacitamente. Il mancato consenso sociale potrà provocare la fine di un certo sistema giuridico, ma con esso non si identifica. Esso può avere un significato in quanto forza determinante del crollo di un sistema; ma fino a che non si sostituisce un nuovo assetto istituzionale a quello preesistente, esso non è in grado di togliere valore di giuridicità positiva a quello esistente. La valorizzazione del consenso sociale al diritto positivo, che ne è stata fatta, si basa su di un equivoco, e cioè sul ritenere quel consenso come determinante della giuridicità delle norme corrispondenti. Il dato sociale e culturale di un popolo può rigettare un sistema giuridico ad esso non adatto e imposto con la forza; ma questo non è sufficiente a togliere validità di diritto positivo al sistema stesso,

fino al momento in cui certi organi ne conservino l'esponenzialità. Un ordinamento, se viene meno, è soltanto in conseguenza di una diversa struttura dello Stato, che nasce per effetto di un nuovo Governo che prende il potere, e quindi della creazione di diversi organi esponenziali della collettività. Il fatto sociale antiggiuridico può diventare determinante solo quando esso faccia sì che il preesistente diritto positivo non possa più provenire dagli organi esponenziali di quel certo ordinamento.

E' vero invece che una rilevanza mediata del consenso sociale sulla struttura della società pienamente sussiste: la mancanza di consenso porta inevitabilmente, a scadenza più o meno lunga, a un cambiamento di regime. Spesso chi ha in mano la forza bruta, dell'esercito o della polizia, e controlla i mezzi di comunicazione di massa per i quali non esiste un pluralismo democratico, è portato a sottovalutare il consenso sociale. Questo può all'apparenza apparire secondario, ma poi corrode le coscienze degli uomini, e ha effetti devastanti sulle forze al potere. Siccome il potere è detenuto dagli uomini, questo si dissolve assai più rapidamente di quanto si possa ritenere a prima vista. Se le norme morali operano solo indirettamente, in quanto condizionano il dato giuridico e strutturale, il mancato consenso sociale è indubbiamente il dato pregiuridico che più di ogni altro fa venire meno la positività del diritto, la sua effettiva inerenza ad un corpo sociale.

#### 6. Il problema dell'effettività riguarda unicamente gli ordinamenti sovrani.

I poteri normativi di un ordinamento sovrano sono giuridici in sé, in quanto hanno un contenuto categorico, e cioè strutturante di un certo corpo sociale. Per le norme interne ad un ordinamento sovrano, e proprie invece degli ordinamenti minori e derivati, la loro giuridicità deriva da quelle superiori dell'ordinamento nel quale sono inserite, sulla base della gerarchia delle fonti normative. La validità riguarda unicamente le norme degli ordinamenti minori e derivati, nei confronti dei precetti dell'ordinamento superiore nel quale sono inseriti.

Per ogni società organizzata, in grado di emanare norme giuridiche attraverso i propri organi esponenziali, bisogna distinguere due ipotesi: e cioè che l'ordinamento sia interno ad altro superiore, nel qual caso l'effettiva vigenza delle norme si traduce in un problema di validità che si pone nei confronti delle norme di quest'ultimo; oppure che non abbia un'autorità ad esso superiore. In questa seconda ipotesi, la giuridicità della norma è un dato di fatto, costituito dalla presenza di comandi i quali hanno, all'interno dell'ordinamento stesso, carattere di categoricità, in quanto in grado di vincolare tutti coloro che ne fanno parte. Un problema di validità in questa ipotesi non si pone affatto.



7. Ogni norma giuridica, in quanto effettivamente inerente ad un certo corpo sociale, deve essere interpretata in relazione alle esigenze di quest'ultimo. L'interprete deve adattare l'astratta fattispecie normativa, nella sua inevitabile rigidità, conseguente alla natura schematica ed astratta dei precetti dei quali consta, alle concrete esigenze e alle particolarità della fattispecie concreta, quali si rinvencono, nella loro infinita mutevolezza, in rerum natura.

Ogni problema interpretativo si identifica con la determinazione del rapporto tra diritto e società, tra materia e forma, e non deve essere ricondotto alla ricostruzione di un sistema in sé chiuso ed autonomo, come tale avulso dalla vita associata alla quale si riferisce. Il problema fondamentale dell'interpretazione giuridica è quello di adeguare l'astratta forma normativa alle esigenze della vita associata, rispettando i precetti contenuti nella fattispecie astratta, ma nello stesso tempo dando ad essi un significato che li renda idonei a disciplinare in maniera soddisfacente i rapporti intersoggettivi.

Il rapporto con la società è l'elemento vivificante del diritto, è il diritto vivente, l'aspetto concreto, vivo e tangibile dell'ordinamento. Tanto più il diritto raggiunge i propri scopi di garanzia di civile convivenza, quanto più è aderente alla vita, alle esigenze della società, alle istanze che da quella promanano. Il sistema normativo deve essere interpretato non in sé, quale astrazione, bensì in rapporto alla vita associata, alla corretta regolamentazione dei rapporti sociali ai quali è destinato.

Il diritto, in quanto realtà formale, non costituisce un sistema che in quanto espressione di logica e di razionalità sia estraneo alle concrete esigenze della società alla quale si riferisce, ma è esso stesso destinato alla regolamentazione di tali rapporti, così come concretamente si configurano, e unicamente in tale disciplina ha una sua ragion d'essere. La forma, se considerata nella sua strattezza, urta necessariamente, costantemente, con le esigenze nuove e in perenne mutamento della vita collettiva, per cui una sua corretta interpretazione deve essere condotta in riferimento alle esigenze della realtà concreta, nella quale unicamente ha un suo significato.

Occorre dunque distinguere l'esame del diritto come struttura e come forma della società da quello che è un fenomeno degenerativo e riduttivo, e che possiamo chiamare, così come viene comunemente definito, "formalismo" giuridico. Tale formalismo si traduce nell'interpretare la norma in maniera avulsa dalla realtà, e dalle effettive esigenze del corpo sociale, valorizzando soltanto il dato, appunto, formale, quale si deduce dalla norma considerata in sé, quale fattispecie astratta. Non tenere conto della realtà sociale ai fini interpretativi è "formalismo" giuridico, nel senso tradizionalmente inteso di incapacità di uscire da un'interpretazione solo astratta della norma, e di valutare adeguatamente aspetti morali e di giustizia, verso i quali non si abbia sufficiente sensibilità, o che comunque non si



sia capaci di valorizzare adeguatamente ai sensi del diritto positivo. Tale atteggiamento è fortemente criticabile, perché conduce a palesi iniquità, disconoscendo quella che è la fondamentale funzione di ogni sistema normativo.

#### 8. La norma giuridica è, nei suoi contenuti, flessibile.

La norma dà la rappresentazione ideale di un certo fenomeno, che viene definito, generalizzando, attraverso caratteristiche costanti, i suoi aspetti. La forma rispecchia l'aspetto esteriore della realtà, compiuta attraverso quella schematizzazione che è richiesta per effettuare la disciplina dei rapporti intersoggettivi. Essa non è il riflesso di tutti gli aspetti del reale, ma solo di quelli che hanno questa rilevanza. Per sua natura la forma ha dunque un valore - per così dire - deformante di un contenuto più specifico e, in quanto tale, diverso. Proprio perché l'idea è un'astrazione, è praticamente impossibile che essa riproduca con assoluta esattezza la situazione alla quale si riferisce. L'idea implica sempre un'astrazione, e quindi 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.

La norma richiede un'opera di adattamento che lascia un certo spazio, a volte anche assai ampio, all'interprete. Tra la norma come entità astratta, e quindi tra la fattispecie astratta della quale la norma è espressione, e la situazione giuridica intersoggettiva, alla quale la norma deve essere applicata, non vi è mai o quasi mai una corrispondenza perfetta, in quanto la situazione sostanziale, alla quale la norma è destinata, è cangiante e mutevole, e presenta infiniti aspetti che la differenziano l'una dall'altra; 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.

Ogni singola norma deve quindi, all'occorrenza, essere modificata e ridimensionata in relazione alle particolarità della fattispecie concreta, attraverso il concorso di altre norme e principi giuridici. Molto spesso, neppure esiste una norma specifica la quale sia adatta alla fattispecie portata all'esame dell'interprete, e questa deve essere ricostruita attraverso il ricorso ad altri precetti dell'ordinamento. Nella fattispecie astratta, attraverso i loro reciproci rapporti, si crea una situazione normativa diversa dalle singole norme che la compongono, e che vengono, per la regolamentazione della fattispecie concreta, fra di loro contemperate. Si tratta dunque di una situazione normativa nuova, che risulta dal concorso di più norme giuridiche; concorso che modifica l'astratta configurazione dei singoli precetti che ad essa partecipano.

La fattispecie astratta, nella sua genericità, necessita di essere specificata, così da adattarsi alla situazione concreta, o viceversa la norma specifica può, quando occorra, essere estesa ad altre situazioni simili. I precetti delle norme giuridiche devono essere specificati da quelle norme più particolareggiate che appaiono adatte alla situazione alla quale si riferiscono, e che vanno individuate in relazione alla fattispecie che vengono a disciplinare. Nel caso inverso, qualora norma più specifiche richiedano una più ampia applicazione, che vada al di là della fattispecie concreta alla quale la norma si riferisce, e per la quale non vi siano ragioni per adottare soluzioni difformi, deve essere invece adottata una interpretazione estensiva. La schematizzazione del reale tanto più è rigida, quanto più conduce a risultati assurdi e inattendibili. La forma è invece, non nel suo imperativismo, ma nei suoi contenuti, una realtà flessibile, che si presta ad assumere più specifici o più ampi contenuti. Interpretare il diritto significa anche costruire l'ordinamento, perché la norma, nella sua astrattezza, che si presta ad assumere più specifici o più ampi contenuti, deve essere completata attraverso il richiamo alla realtà sostanziale alla quale si riferisce. Anzi, l'ordinamento appare completo nella misura in cui esso venga interpretato alla luce della fattispecie concreta che esso ha ad oggetto, e quindi venga adeguato alla realtà.

9. La fattispecie astratta deve tradursi in un'immagine normativa la quale costituisca lo specchio della realtà alla quale essa fa riferimento, e che vuole strutturalmente modificare nel senso voluto. L'interpretazione della norma deve essere condotta costantemente in riferimento ad una certa situazione concreta, perché la forma, nella quale si traduce la fattispecie astratta, non è concepibile a prescindere dalla sostanza con la quale è in rapporto, e alla quale deve essere adeguata dall'interprete. La realtà concreta non modifica la coattività della norma giuridica, ma ne condiziona l'operatività, adattandola al suo contenuto.

La situazione concreta è fonte di diritto nel senso che essa è alla base di quell'adeguamento della fattispecie astratta a quella concreta, quale viene compiuta in via interpretativa, e che si considera con esattezza come l'unica realtà giuridicamente tangibile dell'ordinamento. Il diritto effettivamente applicato lo è, al meno così dovrebbe, quando viene in considerazione una corretta interpretazione compiuta sulla base di un'esatta ricostruzione dei rapporti sociali. Poiché la norma deve rispettare la realtà alla quale si riferisce, tanto più corretta sarà l'interpretazione che ne viene data, quanto più la norma riprodurrà fedelmente questa realtà, che essa, come entità normativa, deve cogliere.

E sotto questo riguardo si può dire che la fattispecie concreta entra a far parte del contenuto della norma, in quanto il contenuto precettivo della norma opera con quelle modalità che gli sono imposte dalla situazione concreta, sulla quale viene ad incidere. E'

appunto compito dell'interprete adeguare la fattispecie astratta, le norme giuridiche, alla situazione concreta. E questo viene fatto non modificando la configurazione della norma giuridica la quale, nel suo dover essere, impone un certo comportamento, bensì ricostruendo in un certo modo la realtà sulla quale la norma deve agire, perché i contenuti precettivi delle norme, nel loro concreto atteggiarsi, sono integralmente condizionati da quest'ultima. Si può dunque dire che la norma giuridica, in relazione ad ogni specifica fattispecie concreta, fa propria l'immagine della realtà che in essa si rispecchi, e che viene, per così dire, ad assorbire; perchè le modalità concrete attraverso le quali agisce la norma, gli specifici contenuti precettivi che devono essere applicati al caso che viene deciso, sono individuati e definiti da quell'immagine della realtà che è costruita dall'interprete, e che diventa parte integrante dei suoi contenuti.

10. La fattispecie astratta viene dunque ricostruita sulla base di quella concreta.

La ricostruzione del fatto è importante sotto tutti i suoi aspetti, e non solo in riferimento all'accertamento di una situazione considerata nella sua materialità, ma anche soprattutto per la sua qualificazione giuridica; perché la qualificazione del fatto implica la sua valutazione morale, così come di opportunità e convenienza, e di ogni altro profilo pregiuridico, e quindi anche il richiamo a quei valori che attraverso i principi giuridici vengono fatti propri da ciascun ordinamento, e che risultano pertanto determinanti per la ricostruzione della fattispecie astratta. La ricostruzione della fattispecie astratta, effettuata con il concorso di più norme, determinato, nel suo concreto atteggiarsi, da criteri pregiuridici, si identifica con la valutazione e qualificazione della fattispecie concreta, ed è implicita pertanto nella ricostruzione di quest'ultima: si richiamano, considerandole pertinenti, quelle norme che sono implicite in questa valutazione.

Il procedimento legislativo non parte dalla norma per arrivare al fatto, ma viceversa parte dal fatto per ricostruire su di esso la norma corrispondente. E' la fattispecie astratta ad essere ricostruita sulla base di quella concreta, e non viceversa. L'istanza sociologica o etica, o comunque pregiuridica, copre gli spazi in bianco della volontà normativa - quale si manifesta nelle norme individualmente considerate, ma soprattutto nei rapporti tra le norme stesse - dotandola di un contenuto adeguato alla realtà alla quale si riferisce.

La ricostruzione del fatto non si traduce quindi soltanto nell'accertamento di una certa realtà materiale, ma anche e soprattutto nella percezione di certi valori che sono indispensabili per disciplinare i rapporti della 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. I valori che vengono percepiti e interpretati sono valori assoluti o contingenti, che sempre però devono essere propri della società alla quale la norma deve essere applicata. La percezione del dato materiale, la ricostruzione della fattispecie concreta, è dunque da un lato l'esatta determinazione del fatto, dall'altro è l'individuazione di tutte quelle regole pregiuridiche della varia natura che sono indispensabili per valutarlo, e alla luce dei quali il dato normativo, nella sua formale astrattezza, deve essere interpretato.

Tutta la sfera del pregiuridico opera nell'accertamento del fatto, e soprattutto nella sua valutazione. E tale fase preliminare dell'interpretazione giuridica ne condiziona integralmente i risultati, restando condizionato dalla sensibilità dell'interprete il percepire la configurazione, le esigenze e i valori della vita associata. Se tale sensibilità manca, e nella misura in cui manca, si cade nel formalismo giuridico inteso nel suo significato tradizionale di fenomeno degenerativo, traducendosi nell'assenza di sensibilità morale e in incapacità di cogliere i valori e il significato della vita di relazione, quale si presenta nelle sue molteplici componenti, per sostituirla con un'applicazione delle proposizioni normative considerate nella loro letteralità. Un'interpretazione correttamente compiuta presuppone invece nell'interprete la capacità di conoscere e di valorizzare il dato pregiuridico, e non solo la norma intesa nella sua astrattezza e tecnicità. Il giurista vero e di valore non è un tecnico, ma è colui che conosce e sa valutare le esigenze della vita associata, ed è dotato di cultura vera, e non soltanto tecnica e superficiale. Perché sono queste qualità, e solo queste, che consentono un'applicazione illuminata della norma.

11. La fattispecie astratta risulta dalla determinazione delle norme che sono chiamate a farne parte; il che consente una pluralità di soluzioni che l'interprete utilizza avvalendosi di criteri pregiuridici. I rapporti fra le norme ammettono un'infinita gamma di possibili soluzioni, fra le quali l'interprete deve effettuare una scelta, applicando correttamente criteri pregiuridici.

La libertà dell'interprete si riscontra sia nella scelta delle norme che è connaturata alla ricostruzione del fatto, sia nell'adeguamento della fattispecie concreta alle norme così individuate che possono, a seconda dei suoi orientamenti, essere considerate in maniera estensiva o restrittiva, o integrate con principi di carattere generale. La ricostruzione del fatto esige una ricostruzione della realtà che è del tutto soggettiva, e che può avvenire in infiniti modi. Ed è soprattutto il giudizio di valore che se ne dà che è determinante per la sua interpretazione normativa; perché a seconda degli aspetti che in esso si evidenziano si richiamano le norme corrispondenti, prima ancora di risolvere i problemi interpretativi

determinati dal concorso di più norme nell'unica fattispecie. E' il dato pregiuridico che è determinante per il richiamo di tutte quelle norme che appaiono pertinenti, fra i 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, e consentendo a volte anche di giungere a soluzioni radicalmente diverse da quelle che si avrebbero attraverso un'applicazione letterale del diritto positivo.

Come appare dall'analisi dell'interpretazione giuridica, che 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, spesso assai ampi, entro i quali è ammessa tale integrazione.

12. Il diritto, come realtà normativa, si evolve nel corso del tempo. Non è soltanto la società materialmente intesa come corpo vivo che è in continua evoluzione, ma è lo stesso di diritto positivo che cambia, adattandosi alle nuove esigenze della società. Se la norma come realtà statica deve, in via interpretativa, essere adattata alle mutevoli esigenze del corpo sociale, anche la norma, con il passare del tempo viene, proprio per la sua natura strutturale e formale, ad essere modificata dagli organi esponenziali della società. Vengono quindi modificate e cambiano le fonti normative, ed i loro reciproci rapporti, anche quali sono configurati dalla loro gerarchia. Lo studio della storia del diritto sotto questo aspetto è affascinante, perché consente di individuare situazioni fra di loro anche estremamente differenziate, nelle varie epoche, in relazione all'evolversi della vita associata. Se la realtà normativa e formale e quella sostanziale sono di per sé separate, e i rapporti tra l'una e l'altra sono quelli assai difficili propri dell'interpretazione giuridica, che vede la norma, nella sua natura astratta e formale, quale entità rigida, piegarsi alle concrete istanze del corpo sociale, si assiste anche ad un'evoluzione interna all'uno e all'altro fenomeno; perché l'evoluzione riguarda non solo - come è universalmente sottolineato - la società concretamente intesa, ma anche la norma, proprio nella sua natura strutturale e formale.

13. Una figura giuridica nuova e di grande interesse, è quella che viene chiamata dal legislatore " Linee guida ". Si tratta in sostanza di direttive, di atti di indirizzo e di coordinamento, che hanno lo scopo di sospingere i destinatari verso determinati scopi di interesse collettivo. Sono norme teleologiche che, con maggiore o minore rigidità, mirano a condizionare l'attività degli organi o soggetti destinatari. In quanto tali, si tratta di vere e

proprie norme giuridiche, contenute in atti amministrativi, e che hanno pertanto la stessa natura formale dei regolamenti amministrativi. Sono subordinate agli atti legislativi in senso proprio e formale, e possono essere annullate davanti alla giurisdizione amministrativa, o ad opera della stessa autorità amministrativa, che eserciti i propri poteri di autotutela.

Questo deve dirsi in generale, perché occorre analizzare il contenuto di tali norme, per accertare se realmente si tratti di precetti categorici, come tali giuridici, oppure di semplici raccomandazioni o consigli, privi del carattere della categoricità. Le linee guida possono anche tradursi in semplici indicazioni non strettamente vincolanti per i destinatari, nel qual caso non possono essere equiparate, nella loro sostanza normativa, ai regolamenti amministrativi. Questo deve dirsi per quello che riguarda il contenuto intrinseco di tali atti, che non ha nulla a che vedere con il concreto comportamento dei destinatari, i quali possono ottemperare a quanto prescritto nelle linee guida anche se si tratta di semplici raccomandazioni, come viceversa possono disattenderne il significato, anche se in ipotesi si tratti di atti rigorosamente vincolanti. Questi profili vanno tenuti nettamente distinti, perché solo in apparenza collegati, e in realtà del tutto indipendenti l'uno dall'altro.

Le linee guida possono essere prive dei caratteri della generalità e dell'astrattezza, qualora si rivolgano ad un singolo destinatario, o ad un numero determinato di essi. In tal caso non viene meno il loro carattere di norma giuridica. La definizione tradizionale della norma giuridica, basata sulla generalità e l'astrattezza, ha un suo fondamento nel principio di divisione dei poteri, o se si preferisce - per così dire - nell'id quod plerumque accidit, e cioè nel fatto che promanando il potere legislativo, a differenza di quello esecutivo, da autorità che hanno il compito di disciplinare l'intera e complessa gamma dei rapporti intersoggettivi all'interno della società, necessariamente le norme giuridiche sono generali ed astratte, a differenza dei provvedimenti delle autorità amministrative, che concernono singole e circoscritte fattispecie. La giuridicità è insita invece nella natura intrinseca del precetto, e cioè nella sua categoricità, nella sua natura strutturale, oltre che formale, e la generalità e l'astrattezza sono in realtà di per sé caratteri puramente accidentali.

Le linee guida presuppongono una posizione di supremazia dell'organo che le emette, nei confronti dei destinatari.

I vincoli imposti possono essere generici o specifici a seconda delle circostanze.

Come per il potere regolamentare, il loro fondamento è nella legge dello Stato. E' quest'ultima che conferisce poteri giuridici ad hoc alle autorità amministrative; così che in mancanza di tale specifico conferimento tale potere non può esistere.

Le linee guida possono essere emanate anche sulla base di accordi tra varie autorità amministrative.

## Riferimenti bibliografici

- Aléxy R. (1977), *Concetto e validità del diritto*, (Torino: Einaudi).
- Aléxy R. (2015), *La natura del diritto. Per una teoria non positivista*, (Napoli: ESI).
- Alves P.M.S. (2015), *Giudizi e norme: atti tetici ed atti nomotetici*, in *Riv. int. di fil. del dir.*, 25.
- Argiroffi A. (2013), *Ermeneusi e diritto*, in *Riv. int. di fil. del dir.*, 387.
- Azzariti G. (2007) (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, (Torino: Giappichelli).
- Barberis M. (2015), *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale tra storia e teoria*, in *Quaderni fiorentini storia pensiero giur.*
- Barberis M. (2015), *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in *Materiali storia cultura giur.*, 163.
- Barberis M. (2013), *Eguaglianza, ragionevolezza e diritto*, in *Riv. int. di fil. del dir.*, 191.
- Barcellona M. (2006), *Critica del nichilismo giuridico*, (Torino: Giappichelli).
- Barra F. (2013), *Decidere “per caso”*, in *Pol. del dir.*, 565.
- Benedetti G. (2014), *Oggettività esistenziale dell’interpretazione-Studi su ermeneutica e diritto*, (Torino: Giappichelli).
- Betti E. (1990), *Teoria generale dell’interpretazione*, Voll. I er II, Milano, 1990.
- Bobbio N. (1958), *Teoria della norma giuridica*, (Torino: Einaudi).
- Bobbio N. (2011), *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, (Roma-Bari: Laterza).
- Bongiovanni G. (2012), *Costituzionalismo e teoria del diritto*, (Roma-Bari: Laterza).
- Borrello M. (2006), *Diritto e forza*, (Torino: Giappichelli).
- Capograssi G. (1975), *Analisi dell’esperienza comune*, (Milano: Giuffrè).
- Carcattera G. (2015), *La logica della ricerca giuridica*, in *Riv. int. di fil. del dir.*, 577.
- Cartabia M. (1997), *L’effettività come presupposto e vittima dei decreti legislativi “integrativi e correttivi”; il paradosso dell’effettività*, in *Rass. di dir. parl.* 1997, p. 45.
- Casu A. (2016), *Etica e diritto*, in *Rass. parl.*, 139.
- Catania A. (2009), *Diritto positivo ed effettività*, (Napoli: ESI).
- Catelani A. (2013), *Il diritto come struttura e come forma*, (Soveria Mannelli: Rubettino).



- Catelani A. (2013), *Diritto e senso della vita*, in *Riflessioni sul senso della vita* ( a cura di) A. Catelani, M. Bianca, S. Zacchini ), Roma, 2010.
- Catelani A. (2013), *Lo Stato di diritto nel mondo moderno-Saggi*, Saarbrücken.
- Catelani A. (2016), *Problemi giuridici della società contemporanea*, Roma.
- Cattaneo M. A. (2005), *Diritto e forza*, (Padova: CEDAM).
- Conte A. (2011), *Due declinazioni del principio di effettività*, in *Sociologia filosofica del diritto*, 87.
- Costanzo A. ( 2012), *Logica giudiziaria*, Roma.
- Costanzo A., (2005), *Logica dei dati normativi*, (Milano: Giuffrè).
- Costanzo A. (1997), *Teoria generale del diritto. Regole, casi, teorie*, (Milano: Giuffrè).
- Croce B. (1963), *Filosofia della pratica*, (Bari: Laterza e figli).
- Cruz L. M. (2016), *La dinamicità del sistema giuridico: l'attività dell'interprete tra la norma e il caso*, in *Riv. int. di fil. del dir.*, 283.
- De Fiores C. (2015), *Interpretazione della legge e interpretazione costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 13.
- De Marco R. (2016), *Soggetto e ordinamento giuridico*, in *Riv. int. di fil. del dir.*, 535.
- Falzea A. (2008), *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, (Milano: Giuffrè).
- Frosini T. E. (1990), *Legislazione e interpretazione*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 384.
- Furguele G. (2010), *Notazioni sull'insopprimibile nesso tra diritto e interpretazione*, in *Materiali storia pensiero giur.*, 781.
- Gentile F. (2005), *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, (Padova: CEDAM).
- Groppali M. (1954), *Il principio di effettività e la riduzione del diritto al fatto*, in *Riv. int. di fil.del dir.*, 49.
- Grossi P. (2007), *Mitologie giuridiche della modernità*, (Milano: Giuffrè).
- Guastini R. (2014), *La sintassi del diritto*, (Torino: Giappichelli).
- Guastini R. (2006), *Lo scetticismo interpretativo rivisitato*, in *Materiali storia cultura giur.*, 227.
- Guastini R. (2006), *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giur. Cost.*, p. 743
- Hart H. L. A. (1965), *Il concetto di diritto*, (Torino: Einaudi).

- Irti N. (2011), *Diritto senza verità*, (Roma-Bari: Laterza).
- Irti N. (2005), *Nichilismo giuridico*, (Roma-Bari: Laterza).
- Italia V. (2014), *La malattia delle leggi*, (Milano: Giuffrè).
- Italia V. (2016), *Le "Linee guida" e le leggi*, (Milano: Giuffrè).
- Kelsen H. (1985), *Teoria generale delle norme*, (Torino: Einaudi).
- Kelsen H. (1973), *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, (Torino: Einaudi).
- Manzella A. (2009), *Le zone di non legge*, in *Rass. parl.*, 1047.
- Modugno F. (2015), *L'interpretazione giuridica*, Vol. I, *L'oggetto*, (Padova: CEDAM).
- Modugno F. (2015), , *Al fondo della teoria dell'interpretazione "conforme alla Costituzione "*, in *Dir. e soc.*, 461.
- Patterson D. (2010), *Diritto e verità*, (Milano: Giuffrè).
- Perelman C. (1979), *Logica giuridica nuova retorica*, (Milano: Giuffrè).
- Pessoa L. C. (2010), *Metodi interpretativi e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. int. di fil. Del dir.*, 611.
- Petrillo F. (2011), *Interpretazione degli atti giuridici e correzione ermeneutica*, (Torino: Giappichelli).
- Pino G. (2010), *Diritto e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, (Bologna: IL Mulino).
- Piovani P. (1965), *Effettività (principio di)*, in *Enc. del dir.*, Vol. XIV, (Milano: Giuffrè).
- Piovani P. (1953), *Il significato del principio di effettività*, (Milano: Giuffrè).
- Possenti V. (2012), *Nichilismo giuridico. Ultima parola ?*, (Soveria Mannelli: Rubettino).
- Punzi A. (2016), *Il realismo storico di Paolo Grossi*, in *Riv. int. di fil. del dir.*, 73.
- Rescigno G.U. (2009), *Comunicare, comprendere, interpretare il diritto*, in *Dir. pubbl.*, 687.
- Ridolfi G. (2016), *Uno sguardo alla filosofia kelseniana. Riflessioni su Che cos'è la giustizia?*, in *Riv. Int. di fil. del dir.*, 139.
- Rodotà S. (2006), *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, (Milano: Giuffrè).
- Romano S. (1962), *L'ordinamento giuridico*, (Firenze: Sansoni).
- Ross A. (1985), *Diritto e giustizia*, (Torino: Einaudi).

- Ruggeri A. (2010), Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali, in Pol. del dir.,3
- Schmitt C. (1972), Le categorie del politico, (Bologna: Il Mulino).
- Tarello G. (1980), L'interpretazione della legge, in Trattato di diritto civile e commerciale, Vol. I, 2, (Milano: Giuffrè).
- Tracuzzi G. 2012, Diritto come coesistenza, (Bari: Cacucci).
- Velluzzi V. (2010), Le clausole generali- Semantica e politica del diritto, (Milano: Giuffrè).
- Viola F. (1989), Ermeneutica e diritto, in Riv. int. di fil. del dir., 336:
- Viola F. 2012 (2012), Diritto e interpretazione, (Roma-Bari: Laterza).
- Vignudelli A. (2011), Interpretazione e Costituzione, (Torino: Giappichelli).
- Vogliotti M. (2015), lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna, in Quaderni fiorentini pensiero giur., 131.
- Zaccaria G. (2012), La comprensione del diritto, (Roma-Bari: Laterza).
- Zaccaria G. (2006), Il giudice e l'interpretazione, in Pol. del dir., 461.
- Zagrebelsky G. (2009), Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune, (Torino: Einaudi).
- Ziino D. (2011), Profili dell'interpretazione giuridica, (Milano: Giuffrè).