



diritto & religioni

Semestrale
Anno XII - n. 1-2017
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

23



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno XII - n. 1-2017
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttori
Mario Tedeschi - Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, R. Coppola, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero (†), A. Fuccillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli (†), R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale

Diritto canonico

Diritti confessionali

Diritto ecclesiastico

Sociologia delle religioni e teologia

Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci

A. Bettetini, G. Lo Castro

M. d'Arienzo, V. Fronzoni,

A. Vincenzo

M. Jasonni, L. Musselli (†)

G.J. Kaczyński, M. Pascali

R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa

Giurisprudenza e legislazione canonica

Giurisprudenza e legislazione civile

*Giurisprudenza e legislazione costituzionale
e comunitaria*

Giurisprudenza e legislazione internazionale

Giurisprudenza e legislazione penale

Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco, R. Rolli

P. Stefani

L. Barbieri, Raffaele Santoro,

Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali, C.M. Pettinato

S. Testa Bappenheim

V. Maiello

A. Guarino, F. Vecchi

Parte III

SETTORI

*Lettere, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

M. Tedeschi

Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Antonio Giuseppe Maria Chizzoniti - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Chiara Ghedini - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Ivàn Ibàn - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Francesco Rossi - Prof. Annamaria Salomone - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura - Prof. Ilaria Zuanazzi.

1. *I diritti umani: la questione dell'Olocausto*

Lo scritto prende origine da una mia relazione ad un recente convegno organizzato sul tema del “valore” della memoria, in ricordo dell'Olocausto. Il “ricordare” una delle pagine più dolorose e drammatiche della storia stimola un confronto propositivo sulla questione dell'Olocausto, della *Shoah*, (letteralmente distruzione), in particolare sullo sterminio compiuto dai nazisti e dai loro alleati nei confronti di tutti coloro che vennero imprigionati ed uccisi nei campi di concentramento durante il regime di Hitler. Non soltanto degli ebrei, ma anche prigionieri di guerra, persone diversamente abili, persone affette da disturbi mentali, persone con tendenze omosessuali. La constatazione di siffatte ingiustizie e di tali tragici eventi trasmette un profondo senso di amarezza di fronte alla crudeltà di quanto accaduto; e ad un tempo incoraggia a mantenere viva la memoria di quello che è stato ed obbliga alla ribellione contro tutte le forme di ingiustizia che nel mondo attuale ancora si perseguono.

Ricordare Auschwitz significa commemorare la *Shoah*, i forni crematori, la pianificazione di uno sterminio di massa in nome di una folle ideologia, della persecuzione di chiunque era considerato diverso per razza, religione, idee politiche, tendenze sessuali¹.

¹ Sono trascorsi decenni dalla liberazione di Auschwitz, ma l'interesse nei confronti del più famigerato Lager nazista non accenna a diminuire. I motivi sono l'elevatissimo numero di vittime, il numero enorme dei deportati di tutte le popolazioni europee, gli efferati crimini e l'indiscriminato sfruttamento cui furono sottoposti i prigionieri. Auschwitz consiste in una barbarie civilizzata per la compresenza inestricabile, nel funzionamento del Lager, di perfetta efficienza burocratica e metodi moderni di sterminio accanto a procedure di eliminazione degne del più lontano medioevo barbarico. I motivi dell'attualità del Lager consistono proprio nel groviglio tra antico e moderno, tra razionalità produttivistica e barbarie ancestrale. Per questi motivi il Lager è ancora piaga aperta

La memoria e la storia sono le uniche forze che possono opporsi agli orrori e agli errori degli uomini per evitarne la ripetizione. La Shoah diviene così il paradigma storico della violazione dei diritti umani nella contemporaneità. Un uso corretto della memoria non deve limitarsi al ricordo del passato, quanto incitare ad agire nel presente per una giusta causa.

Questa memoria deve stimolare ad occuparci delle ingiustizie quotidiane perpetuate intorno a noi. Occuparsi di memoria storica del nazismo significa considerare i soprusi, le ingiustizie, la condizione di chi si trova nel bisogno, nell'indigenza, di chi vive le difficoltà e le ingiustizie sociali. Attualmente occuparsi di memoria storica del nazismo significa tutelare i diritti umani degli oppressi, dei diversi, degli emarginati, degli umili, dei più deboli di cui tutti siamo parte nel tessuto sociale.

Il problema delle circostanze storiche, materiali, tecniche, giuridiche e burocratiche in cui è avvenuto lo sterminio può attualmente considerarsi sufficientemente chiarito, mentre diversa è la situazione per quanto riguarda il significato etico e politico della Shoah e la comprensione umana di quanto avvenuto, ovvero, la sua attualità².

Per questo motivo il giorno della memoria può essere uno degli strumenti adatti per fare memoria, dove spesso l'Olocausto è considerato un fatto privato, accaduto solo ad una categoria di persone ben delimitata, di qualcuno che era diverso da altri. Questo pensiero risulta preoccupante perché con il trascorrere del tempo potrebbe condurre all'oblio. L'Olocausto invece è un evento storico che ha coinvolto tutto e tutti ed è ineliminabile dalle coscienze e dalle attenzioni collettive e comunitarie.

L'Olocausto è un'azione terribilmente efficace che alcuni uomini hanno compiuto ai danni di altri uomini, nell'indifferenza e persino nella tacita approvazione. È necessario tenere ben presente la storia della Shoah per evitare che possa ripetersi, quale pericolo sempre incombente che non riguarda solo una categoria specifica di individui, sia essa religiosa, culturale, geografica e antropologica.

La giornata della memoria ricorda non solo lo sterminio del popolo

del nuovo millennio e simbolo degli orrori del Novecento, della guerra e dei genocidi.

² A volte viene meno un tentativo di comprensione globale, ma anche il senso e le ragioni del comportamento dei carnefici e delle vittime e spesso le loro parole continuano ad apparire come un enigma. In questa prospettiva, il Lager non si presenta solo come il campo della morte, ma come luogo di un esperimento ancora impensato, in cui i confini tra l'umano e l'inumano si cancellano.

³ intera riflessione morale del nostro tempo, al cospetto del Lager, mostra la sua insufficienza, per lasciare apparire tra le rovine, il profilo incerto di una nuova esperienza etica come la testimonianza. La memoria storica è importante quanto la sua testimonianza, dove il passaggio dal fatto attuale e fattuale, con testimoni viventi, a fatto storico raccontato dai documenti risulta purtroppo un aspetto inevitabile.

ebraico, le leggi razziali, la persecuzione italiana dei cittadini ebrei, degli italiani che hanno subito la deportazione, la prigionia, la morte, ma anche coloro che, anche in schieramenti diversi, si sono opposti al progetto di sterminio totale e, a rischio della propria vita, hanno salvato altre vite e protetto i perseguitati.

In occasione del giorno della memoria si alternano ogni anno cerimonie, iniziative, incontri e momenti di narrazione e di riflessione, in modo particolare nelle scuole di ogni ordine e grado, su quanto è accaduto, per mantenere viva la memoria di un tragico e oscuro periodo della storia del nostro paese e dell'Europa, affinché simili accadimenti non si ripetano nel corso degli eventi. La tragedia dello sterminio di milioni di ebrei fu accompagnata dall'annientamento di zingari, omosessuali, malati di mente, oppositori politici, religiosi, e minoranze che in qualche modo disturbavano la pura razza ariana.

Così la vita di milioni di persone si è conclusa in terribili sofferenze e nell'oblio, per cui occorre porre al centro dell'attenzione commemorativa e storiografica questo lato oscuro della storia, affinché la violenza dell'intolleranza, dell'ignoranza, dell'ignominia, nel buio della civiltà non si ripetano. La memoria storica si ripropone e acquista rinnovato rilievo e precipua attualità nella lotta pacifista e non violenta, per non dimenticare, per estendere i diritti di giustizia, libertà e uguaglianza a chi non ne gode, al fine di proteggere, tutelare ed emancipare le persone più deboli e permettere ad ogni essere umano di raggiungere il diritto ad una esistenza libera e dignitosa.

Episodi quali quelli ora descritti e più in generale ogni forma di avversione contro i "nuovi diversi" necessitano di una attenta riflessione in termini critico-costruttivi. Il monito è quello di aprirsi alle differenze, agli altri, alle loro esigenze, ai caratteri di cui ognuno è portatore ed alle difficoltà che ciascuno presenta. Una società "senza discriminazioni" dove l'altro sia considerato quale depositario di una ricchezza individuale, da condividere nella comunità sociale per una civiltà a misura di persona.

Questo l'obiettivo proposto! Tuttavia non sufficiente, sì che v'è necessità di affrontare questione relativa alle concrete modalità, volte contrastare fenomeni purtroppo a tutt'oggi esistenti e dilaganti - discriminatori, nel cui ambito si avverte una mortificazione "essenzialmente gratuita" della persona per qualsivoglia motivo, anche, non di rado, il più banale ed il più futile.

La problematica così ampia ed impossibile da trattare in modo compiuto ed esaustivo - poiché, evoca la tutela e la garanzia dei diritti umani³, *alias* dei

³ Una bibliografia ragionata sull'argomento "diritti umani" non può che partire dai documenti in cui tali diritti sono stati solennemente proclamati. In questo senso l'argomento si lega strettamente con

diritti fondamentali dell'uomo, suggerisce, in questa sede, più d'uno spunto di riflessione⁴. A tale riguardo mi sembra significativo soffermarci su due aspetti

la storia del costituzionalismo europeo. Un buon punto di partenza è dato dall'esperienza inglese, con l'*Habeas corpus act* del 1679 e il *Bill of rights* del 1689, successivo alla gloriosa rivoluzione del 1688. Meritano poi di essere ricordati la *Dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti* del 1776 e i primi dieci emendamenti della stessa Costituzione USA (*Bill of rights*) del 1791. Se ci spostiamo sul continente europeo la nostra attenzione si deve innanzitutto concentrare sulla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789; deve essere poi presa in considerazione anche la Costituzione giacobina del 1793, per i primi accenni ai diritti sociali che essa contiene. Una prima effettiva proclamazione dei diritti sociali (dato che la Costituzione rivoluzionaria francese del '93 non entrò mai in vigore) si trova però solo nella *Costituzione di Weimar* del 1919. Infine, una pagina importante del costituzionalismo occidentale è data anche dalla nostra *Carta costituzionale*, di cui meritano di essere esaminati, per ciò che riguarda i diritti fondamentali, i principi fondamentali (artt. 1-12) e la prima parte dedicata ai «diritti e doveri dei cittadini» (artt. 13-54). Può essere tra l'altro utile, in questo quadro, un confronto con la parte relativa ai diritti fondamentali dello Statuto albertino (artt. 24-32). Inoltre, alla luce di progressi nel processo dell'integrazione europea, può essere utile dare uno sguardo al catalogo dei diritti contenuti nelle Costituzioni degli altri Stati dell'Unione europea (*Le Costituzioni dei paesi dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001). Dalla fine della seconda guerra mondiale i diritti umani hanno trovato solenne riconoscimento anche a livello internazionale e sovranazionale. In questa sede è opportuno ricordare la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1948; la *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del 1950, elaborata in seno al Consiglio d'Europa; l'*Atto finale di Helsinki* del 1975 e la *Carta di Parigi per una nuova Europa* del 1990, prodotti della Conferenza sulla cooperazione e la sicurezza in Europa, e, infine, la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Ulteriore documentazione sulla proclamazione e la protezione a livello internazionale dei diritti fondamentali può essere ritrovata nel Vol. GIOVANNI CONSO, ANDREA SACCUCCI (a cura di), *Codice dei diritti umani*, CEDAM, Padova, 2001.

⁴ Il giurista PECES BARBA MARTINEZ, nella sua *Teoria dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1993, ha parlato, con riferimento all'evoluzione dei diritti dell'uomo, di un processo di progressiva positivizzazione (riconoscimento dei diritti da parte degli ordinamenti giuridici); universalizzazione (estensione dei diritti a tutti i gruppi sociali); specificazione (proliferazione dei diritti rispetto alle diverse esigenze della vita sociale); internazionalizzazione (riconoscimento dei diritti da parte del diritto internazionale). Per quel che riguarda la positivizzazione dei diritti, la discussione si è sempre svolta intorno a un dilemma di fondo: i diritti dell'uomo esistono solo in quanto riconosciuti dagli ordinamenti giuridici (una posizione che può essere definita di positivismo giuridico) oppure, come sostengono le tesi giusnaturaliste, un nucleo originario di diritti si ricollega alla natura umana e quindi preesiste a ogni concreto ordinamento giuridico, che risulta anzi legittimo solo in quanto non contraddice il diritto di natura. Sul giusnaturalismo è utile vedere ALESSANDRO PASSERIN D'ENTREVES, *La dottrina del diritto naturale*, Comunità, Milano, 1980 e LEVIS STRAUSS, *Diritto naturale e storia*, Il Mulino, Genova, 1990. Una critica delle tesi giusnaturaliste, a sostegno della 'storicità' delle varie categorie di diritti, è invece presente in molte opere di Norberto Bobbio; tra queste si può qui ricordare *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990). Nel dibattito filosofico-politico, si è avuta una ripresa delle posizioni giusnaturaliste a partire dalla pubblicazione, nel 1971, di *A theory of justice* di JOHN RAWLS, Feltrinelli, Milano, 1999. Pochi anni dopo, nel 1977, RONALD DWORKIN, in *Taking the rights seriously*, ha sostenuto la positivizzazione dei principi di diritto naturale a opera dei cataloghi dei diritti contenuti nelle Costituzioni e attraverso l'operato delle Corti costituzionali (*I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982). L'universalizzazione e la specificazione dei diritti si collega invece alla classificazione operata dal sociologo inglese THOMAS HMPHREY MARSHALL in alcune celebri lezioni tenute nel 1949 a Cambridge (ora in *Cittadinanza e classe sociale*, UTET, Torino, 1976). Marshall parlò di tre tipi di diritti. "I diritti del primo tipo" sono quelli che attengono alla piena affermazione della libertà individuale (libertà di pensiero, libertà religiosa, libertà di

essenziali: la Carta costituzionale da un lato, ed il principio di legalità⁵ dall'altro.

stampa, libertà di associazione); “i diritti del secondo tipo” sono i diritti politici (l’elettorato attivo e passivo, il diritto di partecipare all’esercizio del potere politico); “i diritti del terzo tipo” sono i diritti sociali, ovvero il diritto all’istruzione, all’assistenza sanitaria, all’assistenza sociale in caso di disoccupazione, diritti che presuppongono un’azione dello Stato per consentire a ogni cittadino di vivere la vita di un essere civile secondo gli standard prevalenti nella società. In questo quadro, esempi classici di riflessioni sui diritti del primo tipo si rinvengono in JOHN LOCKE, *IL SECONDO TRATTATO SUL GOVERNO*, Rizzoli, Milano, 1998, (opera del 1690) e JOHN STUART MILL, *Saggio sulla libertà*, Mondadori, Milano, 2002 (opera del 1859). La riflessione sui diritti politici richiama invece quella sul rapporto tra liberalismo e democrazia. A questo proposito, si può ricordare il celebre discorso di BENJAMIN CONSTANT, *La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni*, Einaudi, Torino, 1991. Ma, in qualche modo, al tema si ricollega anche ISAAH BERLIN in *Two concepts of liberty* (in *Quattro saggi sulla libertà*, Feltrinelli, Milano, 1989) con la descrizione della dicotomia tra “libertà da” (libertà negativa, intesa come non interferenza) e “libertà di” (libertà positiva, intesa come effettiva capacità di decisione, autonomia, autogoverno). Ma il tema più dibattuto e complesso è quello dello *status* dei diritti sociali. La concezione che le esigenze di protezione sociale potessero costituire sviluppo e potenziamento delle libertà individuali fu propria, tra fine Ottocento e inizi Novecento, del *new liberalism* inglese (basti pensare a LEONARD HOBHOUSE, *Liberalismo*, Sansoni, Firenze, 1973). In Italia, un ragionamento simile venne compiuto da CARLO ROSSELLI, *Socialismo liberale*, Einaudi, Torino, 1997. Ma per la definizione dei diritti sociali nell’ambito dei diritti di libertà è interessante anche la prefazione di Piero Calamandrei alla seconda edizione, del 1945, a *Diritti di libertà* di Francesco Ruffini (che, pubblicato per la prima volta dalle edizioni Gobetti nel 1926, aveva invece rappresentato l’estrema difesa delle fondamentali libertà di pensiero, di religione, di stampa e di associazione contro il nascente regime fascista); il saggio di Calamandrei è ora presente nella raccolta *La libertà dei moderni*, a cura di GAETANO PECORA, DUNOD, Milano, 1997). Nel già ricordato *L’età dei diritti*, Norberto Bobbio riprende, da un lato, la classificazione di Marshall, dall’altro, ne introduce però una diversa: dopo aver parlato dei diritti sociali come diritti di seconda generazione, individua una serie di nuovi diritti come “diritti di terza generazione”. Tra questi ricorda il diritto a un ambiente sano, i diritti dei consumatori, i diritti alla qualità della vita, alla *privacy*, il diritto allo sviluppo. E delinea, infine, dei “diritti di quarta generazione”, legati alla tutela dell’integrità del patrimonio genetico a fronte dei progressi della ricerca biologica. Si tratta di tematiche sviluppatasi a partire dagli anni Settanta: basti pensare allo sviluppo dei movimenti femministi, alle lotte sul divorzio, obiezione di coscienza, aborto. E nella stessa temperie culturale è nato in fondo, a partire dagli USA, anche il dibattito sul multiculturalismo: ci si è posti cioè l’interrogativo di quali diritti dovessero essere riconosciuti ai gruppi, alle comunità in quanto tali (basti pensare alle minoranze razziali e religiose), e quali rapporti vi fossero tra questi diritti e i diritti dell’individuo (si veda, a questo proposito, CHARLES TAYLOR, *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, Anabasi, Milano, 1993). Il tema si collega oggi anche al problema dell’universalità dei diritti umani, che può essere così riassunto: la protezione dei diritti fondamentali è tipica del solo mondo ‘occidentale’ e quindi estranea ad altre civiltà, che preferiscono dare la preferenza ad altri valori, oppure i diritti umani devono essere protetti e garantiti da tutti gli Stati membri della comunità internazionale? Ma, da un diverso punto di vista, sempre a partire dagli anni Settanta, ci si è interrogati sulle degenerazioni burocratiche dei moderni *Welfare State*, tornando a rivendicare, contro l’ingerenza statale, “i diritti del primo tipo” e auspicando uno “Stato minimo”: basti qui ricordare ROBERT NOZICK, *Anarchia, Stato, Utopia*, trad. it., Mondadori, Milano, 2000. Per quello che riguarda, infine, l’internazionalizzazione dei diritti umani, meritano di essere considerati, per una panoramica generale, di ANTONIO CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, e la voce sull’argomento dell’*Enciclopedia giuridica Treccani* redatta da Claudio Zanghì (vol. XI, 1989). Studi importanti sull’argomento sono poi quelli di PAOLO DE STEFANI, *Il diritto internazionale dei diritti umani*, CEDAM, Padova, 1994, e *La tutela giuridica internazionale dei diritti umani*, CEDAM, Padova, 1997.

⁵ Principio di legalità riceve nella esperienza giuridica un significato ed una portata diversa secondo

2. La tutela della persona. Articolo 2 cost. quale clausola generale di ordine pubblico costituzionale

Con riguardo al primo profilo, giova ricordare che la drammatica esperienza del secondo conflitto mondiale ha indubbiamente dato una spinta forte, sì che il legislatore, non soltanto nazionale (mi riferisco non soltanto all'esperienza giuridica italiana⁶) è stato messo alle strette. In un sistema or-

che esprime il primato della legge come manifestazione della sovranità del popolo (significato forte) oppure si limita a nominare la subordinazione di tutti, a cominciare dalle autorità pubbliche, al diritto (da chiunque posto: in questo caso legge non vuol dire atto del parlamento ma genericamente atto normativo). Nel primo significato principio di legalità si distingue da Stato di diritto (o *rule of law*) e prevale come principio su quello evocato dall'altro; nel secondo significato diventa sinonimo o al più momento interno dello Stato di diritto. Diversa, anche se collegata, è la distinzione tra legalità formale e legalità sostanziale. Per una bibliografia essenziale, ma di certo non esaustiva, v., ADELINA ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, 20-22 settembre 2007), Giuffrè, Milano, 2008, p. 87 ss.; NICOLA BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001; ROBERTO BIN, *Stato di diritto*, il Mulino, Bologna, 2004; LORENZA CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, CEDAM, Padova, 1966; ID., *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990; STEFANO COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1993; PIETRO COSTA - DANILO ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto - Storia, teoria, critica*, Giuffrè, Milano, 2002; PAUL CRAIG, *Formal and substantive conception of the rule of law*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 35 ss.; VEZIO CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, CEDAM, Padova, 1984; STEFANO FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, XXIII; RICCARDO GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. pubbl.*, IX, Torino, 1994; CARLO MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1982; LIVIO PALADIN, *Le fonti del diritto*, CEDAM, Padova, 1996; GIUSEPPE UGO RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 247 ss.; ID., *L'atto normativo*, Zanichelli, Bologna, 1998; ID., *Principio di legalità, Stato di diritto, Rule of law*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Jovene, Napoli, 2009, I, p. 305 ss.; FILIPPO SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Cedam, Padova, 1969; FEDERICO SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Giappichelli, Torino, 2001; ID., *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2009; PAOLO STANCATI, *Legalità (principio di)*, in *Il Diritto - Enc. giur. Sole 24 Ore*, VIII, Giuffrè, Milano, 2007, p. 688 ss.; MASSIMO TUCCI, *L'amministrazione tra pubblico e privato e il principio di legalità dall'antichità ai giorni nostri*, Giuffrè, Milano, 2008.

⁶ Volgendo un seppur sintetico sguardo al tema della codificazione in Italia è lapalissiano lo spirito del legislatore, volto per l'appunto a dare assoluto rilievo alle situazioni di carattere patrimoniale tralasciando del tutto (o quasi) quelle di natura esistenziale. Il codice del 1865, che può dirsi il codice dell'unità d'Italia, sulle orme del codice napoleonico, pone al centro dell'ordinamento la proprietà privata, in particolare la proprietà immobiliare terriera: alla persistenza e all'incremento di questa è prevalentemente ispirata la disciplina della famiglia e delle successioni per causa di morte, mentre i contratti sono regolati quali modi di acquisto della proprietà. La categoria dell'essere è subordinata a quella dell'avere (chi possiede è). Netta è la diffidenza verso le comunità intermedie, non v'è spazio per partiti sindacati, associazioni e società. E' un codice individualista poiché soltanto la proprietà individuale è presa in considerazione. Il codice del 1942, viceversa, pone al centro dell'attenzione l'impresa, l'attività produttiva, la regolamentazione del lavoro, la necessità di organizzazione della produzione, la forma politica e giuridica dell'interventismo dello Stato sui rapporti economici. Si assiste ad un ribaltamento di prospettiva: non è più una situazione statica, la proprietà immobiliare ad essere al centro dell'ordinamento ma situazioni dinamiche quali lavoro e impresa. L'interesse del legislatore è quello di potenziare lo Stato, aumentare la produttività sino a fare del produttivismo la

dinamentale in cui la categoria dell'essere aveva per anni sovrastato quella dell'avere si è assistito nell'immediato dopo guerra ad una inversione di tendenza: la Carta costituzionale⁷ sotto questo profilo testimonia non soltanto la consapevolezza, ma piuttosto la volontà di reagire ad uno stato di cose che aveva svilito la persona umana riducendola ad una sorta di "oggetto". Con l'entrata in vigore della Carta costituzionale la categoria dell'essere prevale incondizionatamente su quella dell'avere e la persona diviene il "valore dei valori" dell'ordinamento. In particolare, l'art. 2 cost., il quale rappresenta il fulcro della tutela della persona umana, si pone quale "clausola generale di ordine pubblico costituzionale".

L'art. 2 cost., il quale "*riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità*", è norma aperta ed il suo contenuto è atipico assumendo il ruolo di clausola generale di tutela. Essa prevede che l'uomo sia tutelato in tutte le manifestazioni essenziali al suo sviluppo, anche quando queste non siano state esplicitate e realizzate attraverso una legislazione di tipo regolamentare. La persona, in virtù della clausola generale, è tutelata anche nelle ipotesi non tipicamente previste. Discorrere di elasticità della tutela della personalità significa che

caratteristica precipua dell'ordinamento (sulla solidarietà produttivistica del periodo fascista, FRANCESCO LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 7 ss. e *passim*; ma, per osservazioni critiche, v. RAFFAELE CICALA, *Produttività, solidarietà e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, II, p. 287 ss.). Abbandonata la strada del liberismo economico e delle costruzioni individualistiche, l'accento è posto sulla solidarietà economica e sull'interesse superiore della nazione, considerati i più sicuri parametri della meritevolezza di tutela giuridica degli istituti civilistici, particolarmente in tema di autonomia negoziale e di situazioni patrimoniali, e tra queste, principalmente la proprietà privata (v., particolarmente, FRANCESCO LUCARELLI, *La proprietà pianificata*, ESI, Napoli, 1974, ed *ivi* ampi riferimenti) e l'impresa (v., tra gli altri, FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, *L'impresa nel codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, p. 376 ss.; STEFANO SOTGIA, *Il diritto commerciale dell'ordinamento corporativo*, CEDAM, Padova, 1942, p. 16 ss.). Anche il diritto di famiglia ben si armonizza con l'organizzazione gerarchica e autoritaria (v., per tutti, ANTONIO CICU, *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 11 ss.; *Id.*, *Il diritto di famiglia nello Stato fascista*, in *Jus*, 1940, p. 373 ss.) dello Stato corporativo e aconfittuale che nella Carta del lavoro trova la più coerente ed autentica espressione. La categoria dell'essere prevale ancora una volta sulla categoria dell'avere (per una prospettiva critica, v. PIETRO PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, ESI, Napoli, 1979, p. 32; VITO RIZZO, *Alcune considerazioni in tema di cultura giuridica, produzione scientifica e insegnamento del diritto civile nell'Italia del '900*, in MARCO COMPORZI, S. MONTICELLI (a cura di), *Studi in onore di Ugo Majello*, II, ESI, Napoli, 2005, p. 571.

⁷ La Costituzione si presenta quale sintesi di una pluralità di ideologie, frutto dei fermenti culturali degli anni del dopoguerra: tra le principali si ricordino, il liberismo; il marxismo, nell'accezione positiva di lotta di classe; il personalismo ed il solidarismo, sia laico che cristiano, consapevoli, entrambi della necessità di grandi riforme di struttura idonee a realizzare un nuovo rapporto tra Stato e cittadino, rapporto che si caratterizzasse per il rispetto della persona umana e delle sue libertà. Il pluralismo ideologico che caratterizzò la costituzione, non equivale tuttavia ad un pluralismo senza limiti, né ad un qualunquismo: a tale proposito si ricordi la XII disposizione transitoria e finale della costituzione, la quale recita chiaramente il netto rifiuto delle concezioni fasciste.

non esiste un numero chiuso di ipotesi tutelate e che tutelato è il valore della persona senza limiti, salvo quelli posti nel suo interesse e in quelli di altre persone. L'elasticità diventa strumento per realizzare tutele atipiche, fondate sull'interesse all'esistenza e sul libero svolgimento della vita di relazione. La tutela della personalità si può considerare unitaria, non definita, senza limiti, elastica, adattabile quanto più possibile alle situazioni concrete ed alle condizioni culturali, ambientali nelle quali essa si realizza. Situazioni diverse e vane che rispondono ad atteggiamenti ed interessi specifici, le quali assumono una fisionomia nell'ambito di una ragione giustificatrice unitaria che le armonizza e considera sotto un unico profilo. A tale proposito va sottolineata la natura della norma costituzionale, la quale non è soltanto mera regola ermeneutica, ma norma di comportamento, idonea ad incidere anche sul contenuto delle relazioni tra situazioni soggettive, funzionalizzandole ai nuovi valori. In termini diversi se è vero che la norma costituzionale può essere applicata indirettamente per il tramite della norma ordinaria, tuttavia non va "trascurato" che la stessa è norma di diritto sostanziale, non meramente interpretativa sì che, oltre che possibile, è fondamentale l'applicazione delle norme costituzionali in via diretta ai rapporti interpretati⁸.

3. Il principio di legalità: dalla "mera soggezione alla legge" alla "legalità costituzionale"

Ciò impone, conseguentemente, una riflessione ulteriore sulla "spinosa" questione della legittimità e della legalità, quali termini fondamentali del lessico politico. Il "mito della legalità" svincolata da qualunque contenuto materiale ha potuto fungere da base per regimi dittatoriali; anche la legittimità schmittiana con la sua indeterminatezza può giustificare regimi altrettanto arbitrari⁹.

⁸ In contrario non sembra si possa opporre il secondo comma dell'art. 12 disp. prel. il quale relegherebbe i principi costituzionali a semplici e residuali strumenti di auto integrazione del sistema. Se la Costituzione fosse letta alla luce dell'art. 12, ricorrendo ad essa soltanto dopo aver esperito inutilmente l'interpretazione letterale e quella logica interna alle norme di rango ordinario e tutt'al più al procedimento analogico, si attribuirebbe all'art. 12 un ruolo costituzionale che non ha. D'altro canto se si volessero appiattare i principi costituzionali a criteri ermeneutici dei principi generali dello Stato utilizzandoli soltanto come rimedi residuali, l'art. 12 sarebbe manifestamente incostituzionale, perché impedirebbe di realizzare la corretta gerarchia delle fonti (sconosciuta al legislatore del 1942 per assenza di una Costituzione rigida. Così PIETRO PERLINGIERI, *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 805.

⁹ CARL SCHMITH, *La tirannia dei valori*, cit. p. 4 (in ideale collegamento ad un aperto nemico dello stato sociale: ERNST FORSTHOFF, *Lo stato moderno e la virtù*, in *Id.*, *Stato di diritto in trasformazione*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1973, p. 11 ss.). La logica del valore si deforma non appena essa abbandona il campo ad essa adeguato dell'economia e della giustizia commutativa, e trasforma in valori

Il vero superamento delle difficoltà del principio di legalità consiste allora, non nel rimpiazzarlo con un principio ancora più indeterminato, ma nel porgli accanto un nuovo principio capace di controbilanciare il primo: il “principio di costituzionalità” che consente non soltanto di limitare le facoltà del legislatore ma di vincolarne anche le deliberazioni. La Costituzione fornisce la base per una legittimità non più semplicemente formale o plebiscitaria ma che, fondandosi su principi e ideali che sono il frutto della sedimentazione delle decisioni del potere costituente, garantisce all’ordine costituito un consenso non soltanto procedurale ma anche sostanziale¹⁰.

“Legalità” può, sinteticamente, significare “soggezione alla legge”, o anche “rispetto della legge”¹¹. In questa accezione si è parlato, almeno sin dall’Ot-

e valorizza beni, interessi scopi ed ideali diversi da quelli economici. Il valore superiore giustifica allora pretese imprevedibili e valorizzazioni; l’attuazione diretta del valore distrugge l’attuazione giuridicamente sensata, che è possibile soltanto in ordinamenti concreti, sulla base di norme precise e di chiare decisioni (così CARL SCHMITH, cit., p. 9). Come si potranno produrre decisioni chiare quando manchi al popolo sovrano la possibilità di riferirsi ai fondamenti della propria razionalità non è chiaro: come decidere se si è privati dei parametri del giudizio (di valori)? questa insistenza sulla natura economica è ben lungi dal voler preservare un’area umanistica, non contaminata dalla mercificazione capitalistica; persegue al contrario un progetto intrinsecamente regressivo. Ciò che spaventa nel discorrere di valori è proprio ciò che ad essi viene assolutamente negato: la loro capacità di essere strumenti attraverso i quali divengono possibili discussione e decisioni razionali (e, pertanto, intrinsecamente democratiche, poiché l’argomentazione razionale non esclude nessuno). La natura pubblica dell’argomentazione per valori (ROBERT ALEXI, *Teoria dell’argomentazione giuridica*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1998, p. 153 ss.) è negata e ridotta all’economico. Ma valori non mercantili non mercificano: essi consentono di discutere senza che alcuno possa sottrarsi alla discussione per convenienza. Pretendere, come invece Schmith, che i beni siano sottratti alla logica del valore significa soltanto questo: che alcune posizioni tradizionali non sono discutibili secondo il valore e che i processi di decisione non sono illuminati da discussione, ma soltanto irrazionalisticamente generati da entità disumane. Ecco che la apparente difesa dei valori non economici dal valore che sarebbe sempre economico è in realtà la difesa del più forte (che potrà arricchirsi) secondo la forza della ragione.

¹⁰ Pur tra incertezze tecniche ed una totale asistematicità, non è possibile «fare a meno di applicare alla Costituzione, quasi quotidianamente, la razionalità propria dell’ “universo dei valori”, cioè la “ragionevolezza”. Quest’ultima, anzi, viene sentita come l’essenza stessa del giudizio di costituzionalità, vale a dire come l’effettiva metodologia di risoluzione delle possibili antinomie all’interno del sistema della “doppia legalità”». Si distingue la ragione dalla ragionevolezza: la prima rimanda ad una razionalità rispetto al fine, la seconda ad una razionalità rispetto ai valori. Lo Stato costituzionale, infatti, comporta un ordine di valori sostanziali (o materiali) superiori; questo a sua volta implica una doppia legalità, cioè una legalità legale, per così dire, ed una legalità costituzionale; tale diade comporta, infine, una risoluzione ed una mediazione che rispondono alla logica della ragionevolezza. Così, ANTONIO BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 655 ss. «La ragionevolezza non è una norma (né quindi un principio), ma un giudizio su di una norma particolare ricavata da norme generali: ragionevole o irragionevole è non il principio né il concorso di principi, ma la regola concreta applicata, individuata dall’interpretazione a seguito del bilanciamento. Ragionevole è la scelta di chi pone una regola adeguata, proporzionata, non discriminatoria, non contrastante con la giustizia; il controllo concerne sia il rapporto tra il fine perseguito dalla regola e i mezzi adoperati sia la congruenza tra il fine della regola e i valori che i principi applicabili tutelano»: testualmente, PIETRO PERLINGIERI e PASQUALE FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, cit., p. 24 s.

¹¹ “Legittimità” invece significa, piuttosto, conformità ad una legge, cioè corrispondenza di un atto

toconto, di “principio di legalità”: per esprimere, nel modello del cosiddetto “Stato di diritto”, non solo il primato del legislatore, ma addirittura una sorta di identificazione tra diritto e legge, o tra giuridico e legislativo. Positivismismo giuridico, del resto, è stato inteso come positivismo legale: tutto il diritto nella legge, e cioè nella legge dello Stato, il vero “padrone del diritto”.

Nell'intendere la legalità nel senso di “mera soggezione alla legge”, ciò potrebbe avere quale conseguenza precipua che le leggi (configurate, in base ad alcune regole fondamentali, come “norme di riconoscimento”) costituiscano la “norma”, cioè, letteralmente, la “misura” primaria e in qualche modo indispensabile dei comportamenti dei diversi soggetti di un ordinamento. Secondo la logica predetta il diritto viene ad essere concepito quasi esclusivamente in termini volontaristici, perdendo di vista il giusto ordine delle cose, e ancor più dei valori.

Una volta distinto il potere costituente dal potere costituito, sarà chiara la differenza tra titolo del potere ed esercizio del potere. La forma democratica dello Stato sarà legittimata dalla volontà popolare, che ne è all'origine; mentre il governo, la cui legittimità è sempre derivata, dovrà conformare l'esercizio del potere alle norme fondamentali che gli sono state imposte. Scaturisce da qui l'ulteriore, fondamentale distinzione tra legalità e superle-

o di un comportamento specifici al modello astratto configurato da una norma di legge. L'accezione di legittimo nel senso di “consentito” o di “permesso” deriverebbe solo come conseguenza. Questo vocabolo esprime l'idea di un confronto o di una comparazione, e presuppone che operazioni di questo genere possano svolgersi sul piano esclusivamente formale, in certo modo sovrapponendo l'uno sull'altro i due termini implicati, di valore ovviamente diseguale, quasi a misurare la corrispondenza dei perimetri ed aspirando alla maggiore coincidenza, diciamo così, delle superfici lineari. “Conformità” indicherebbe, appunto, identità di forme, in senso geometrico e nella prospettiva mentale dell'esattezza. Il “merito”, cioè il contenuto o la sostanza delle cose, resta per definizione estraneo a tale vicenda. Con questo significato, si parla spesso di legittimità degli atti amministrativi, a proposito della congruità delle determinazioni delle pubbliche amministrazioni, concepite come atti di volontà, rispetto al modello legale (sulla base del tradizionale principio, secondo cui nel diritto amministrativo, o pubblico, è, di norma, tutto vietato tranne ciò che è espressamente permesso); o della giurisdizione amministrativa come giurisdizione di legittimità (e cioè come controllo sulle modalità dell'esercizio dell'attività amministrativa) o della Corte di cassazione come giudice di legittimità, in quanto custode della “esatta osservanza della legge” e della sua uniforme interpretazione. E', peraltro, interessante l'uso dell'espressione “legittimo” in una materia che mi è più congeniale perché civilistica, cioè in riferimento alla famiglia o alla successione “legittima”, che ripropone o sovrappone il primato dello schema legale anche riguardo a strutture che per molti versi potremmo definire “naturali” (la nozione di famiglia quale “società naturale fondata sul matrimonio” è propria della stessa Costituzione). E nelle quali, certamente, la dimensione “sostanziale” delle relazioni – cioè degli affetti, dei legami, delle volontà, dei sentimenti – risulta intrinsecamente refrattaria ai perimetri, tanto più a quelli esclusivamente formali. Con l'espressione “liceità”, infine, si esprime generalmente l'idea dell'ammissibilità o della possibilità rispetto a regole o a principi di una giuridicità non necessariamente legislativa o addirittura, in senso stretto, secondo distinzioni tradizionali, di nessuna giuridicità: le regole morali, quelle cavalleresche, o quelle della semplice convenienza, o altro. Liceità, del resto, richiama “licenza”, come facoltà consentita.

galità, nucleo fondante di quel principio di legalità¹².

¹² Il mondo europeo-continentale uscito dalla rivoluzione francese ha aspirato fondamentalmente, attraverso il trionfo della “*loi*”, alla certezza dei rapporti giuridici (il *rule of law* britannico è un'altra cosa). Certezza nel senso, almeno, di prevedibilità delle conseguenze dei comportamenti, imputabili teoricamente a qualsiasi protagonista dell'esperienza giuridica, senza eccezioni né esclusioni. Il diritto “eguale” era, programmaticamente, anche questo: che si potesse pre-vedere, sapere prima, a cosa si va incontro. Dove la previsione, piuttosto che un pronostico, è una vera e propria prescrizione, con i verbi usati all'indicativo. La lotta contro l'arbitrio era stata, propriamente, una lotta contro il regime delle differenze: queste, infatti, per secoli, avevano generato, da un lato privilegi e dall'altro discriminazioni, finendo per rendere ingovernabile la complessità di quel sistema sociale. Si pensò che le garanzie dipendessero principalmente, se non esclusivamente, dalla dichiarazione dei diritti (la *Déclaration des droits*) o, per lo meno, che l'eliminazione dei soprusi dovesse necessariamente seguire la strada della legislazione: ciascuno avrebbe potuto trovare nella legge un baluardo utile per la garanzia dei propri diritti. Dunque, si pensò che i diritti dipendessero dalla legge; o, detto in altro modo, che la soggezione alla legge fosse il modo migliore per assicurare – nel senso di riconoscere, ma anche di costituire – i diritti: i diritti di ciascuno. In questi termini, l'aspirazione alla legalità è stata fatta coincidere, ideologicamente, con l'ideale della libertà, almeno attraverso l'idea che il legislatore debba identificarsi con un'assemblea parlamentare e che questa debba essere rappresentativa o, preferibilmente, elettiva. In ultima analisi, l'espressione di un libero voto, o la formazione di una volontà collettiva attraverso il libero confronto non delle “parti” come nel processo giudiziario, ma, nella procedura parlamentare, dei “partiti”, assicura formalmente il rispetto del principio secondo cui ciascuno, in quanto indirettamente coautore della legge, resti tuttavia “legittimamente” anche soggetto, e cioè assoggettato, alla sua impersonale volontà. Nell'ambito di siffatta impostazione si annodano alcune riconosciute aporie e qualche paradosso, materia di molte eleganti e sofisticate riflessioni: primieramente in connessione con l'idea della cosiddetta onnipotenza del legislatore. Se infatti si reputa non solo possibile, ma anche necessario, in termini di garanzia, che lo spazio della giuridicità, del diritto rilevante, segua la strada della legislazione, e se dunque il diritto della maggioranza deve risultare come il diritto di tutti, sarà poi dato parlare di libertà di ciascuno, riferendosi anche ai dissenzienti, alle minoranze, agli esclusi? Se, d'altra parte, i legislatori risulteranno titolari, per mandato, di una potestà sovrana formalmente illimitata, potremo considerare effettivamente conclusa l'esperienza del cosiddetto Stato assoluto, o dovremo pensare che il potere assoluto si sia soltanto spostato dal sovrano alle assemblee? Del resto, l'ideale rivoluzionario ha avuto in questi due secoli sviluppi pratici plurivalenti: un po' utopia, un po' anche tragedia. Il meccanismo del diritto legale, nella sua asserita neutralità o asetticità, o nel suo proclamato tecnicismo, così come ha potuto rassicurare, ha anche potuto opprimere. In definitiva, la sua impalcatura, sia pure entro certi limiti, resiste, per definizione, esaltando l'autonomia delle procedure, a prescindere dalle effettive utilità che produce, una volta che l'efficacia degli atti è stata concettualmente separata dalla loro validità. E la “certezza del diritto” (del diritto legale) appare per se stessa un valore, o un obiettivo, sia pure mitico: non solo nel senso che di fronte ad un'esigenza di tutela si penserà, in primo luogo, di adottare come rimedio una legge, ma anche nel senso che così sembrerà soddisfatto il bisogno di possibile garanzia. E' necessaria una precisazione: con l'espressione “principio di legalità” si indicano tre regole distinte, così sintetizzabili: è *invalido ogni atto dei pubblici poteri che sia in contrasto con la legge*; è *invalido ogni atto che dalla legge non sia espressamente autorizzato*; è *inefficiente – diciamo così – ogni legge che conferisca un potere senza compiutamente disciplinarlo*. Le prime due proposizioni individuano quel limite negativo all'azione dei pubblici poteri comunemente noto come “principio di legalità in senso formale”; inteso invece, con l'ultimo asserto, in senso sostanziale, il principio esprime la necessità che ogni atto dei pubblici poteri sia positivamente fondato sulla legge. E' stata giustamente rilevata la relazione proporzionale diretta tra la garanzia dei diritti dei cittadini e la misura in cui la legge disciplina l'attività dei poteri pubblici (la quale funge quindi da parametro per valutare l'operatività del principio di legalità): tale garanzia viene infatti a mancare quando la legge conferisce un potere senza disciplinarlo in alcun modo, è minima se la legge conferisce poteri discrezionali, è massima allorché la legge pone vincoli sostanziali al potere che conferisce predeterminando il contenuto degli atti.

Quando la legge si identifica con qualsiasi atto che promani dall'organo competente – nel rispetto delle procedure, ma a prescindere da ogni riferimento ad una scala di valori generalmente condivisi – prevale il concetto di legge formale, scissa da quella materiale; ed il principio di legalità si svuota di ogni contenuto di garanzia. Appare allora evidente come il grado di maggior tutela dei diritti fondamentali della persona, si realizzi in un sistema, in cui alla sovranità della legge (appunto in senso formale) si sostituisca la sovranità della Costituzione, intesa come norma superiore e fondante – sulla quale misurare la legge medesima –, che rende tutti i poteri funzionali alla garanzia dei diritti fondamentali.

Una costituzione rigida assicura quel sistema di vincoli all'attività legislativa, in un contesto predeterminato dei meccanismi di produzione delle norme, che impedisce al potere legislativo, in quanto espressione di una maggioranza, di variare a proprio piacimento la latitudine dei poteri conferiti al governo ad essa omogeneo.

In sostanza, è il processo di mutazione della società moderna che costituisce la chiave ermeneutica necessaria ad un uso dei nostri strumenti decisori che assicuri l'effettività del risultato.

Lo schema del diritto positivo legale era ideologicamente coerente ad una società omogenea, declinata soltanto al singolare. Nella società pluralistica è tutto diverso: più complicato e difficile. La legalità, ma anche la legittimità, e perfino la liceità – in quello che viene chiamato “Stato costituzionale” – non sono, ovviamente, la stessa cosa di quelle concepite nel cosiddetto Stato di diritto. Pluralità, e pluralismo, significano moltitudini di uomini e di donne sulla stessa scena. Moltitudini distinte, organizzate, composte; ma anche moltitudini approssimative, generiche, indeterminate. Ciascuno di noi, oggi, ha numerose e differenti appartenenze, spesso conflittuali e comunque potenzialmente in contrasto: le famiglie (quella di origine e quelle che si costruiscono), gli amici, gli affetti, le scuole frequentate, le lingue che si parlano, il lavoro, il tempo cosiddetto libero, le radici, la città, le nazionalità ecc.

Lo Stato costituzionale dà spazio, per definizione, a interessi contrapposti, talora alternativi. Costruisce ipotesi di convivenza fondate sui contenuti, sulle capacità di mediazione, di reciproco ascolto, o anche di competizione, con equilibri strutturalmente instabili, ma perciò stesso più vicini alla realtà degli interessi implicati, necessariamente e vitalmente mutevoli. Non si accontenta di soluzioni date. Non riesce a dare configurazioni generali e neppure a concepirle come definitive: non già per incapacità, ma per l'impossibilità di soluzioni orientate univocamente.

Il diritto dello Stato costituzionale – o, forse si dovrebbe dire, il diritto “costituzionale” dello Stato pluralista – non può seguire il parametro della

legalità formale, perché la Costituzione, in quanto deposito di valori e di idealità, è il contrario di un sistema formale. Detto in altre parole, la “legalità” costituzionale è una nozione complessa, tendenzialmente insofferente rispetto allo schema logico della linearità e dunque, in definitiva, alla stessa concezione formale della legalità. Essa implica giudizi non già soltanto di “conformità”, ma più propriamente di “compatibilità” o di congruità rispetto ad una serie molto ampia di variabili, che attengono al piano degli interessi sostanziali. È in tal senso che l’ancoraggio a quel deposito di valori e idealità consente il recupero del principio di legalità al più alto livello dell’ordinamento. In questo sistema, che non è solo concettuale, i diritti non “dipendono” necessariamente dalle leggi e la soggezione alla legge, per gli stessi giudici, non significa soggezione al legislatore. È sufficiente, da un lato, ricordare che – secondo l’art. 2 della Costituzione – “*la Repubblica*” (non “lo Stato”) si limita a “*riconoscere*” e a “*garantire*” i “*diritti inviolabili dell’uomo*”, presupponendo che questi siano conoscibili *aliunde*.

Il discorso, lungi dalla reviviscenza di modelli quali il diritto naturale, l’auspicio è quello di riflettere e di tentare di configurare la legalità in termini di giustizia. Non tutto quello che risulta formalmente consentito, e dunque “legale” o anche “legittimo”, può, infatti, nell’esperienza giuridica attuale, configurarsi come costituzionalmente compatibile con l’assetto dei valori e degli interessi, e con gli stessi modi di sentire, radicati nella comunità, indisponibili da parte di qualsiasi legislatore¹³.

4. *Tutela della persona nell’interpretazione sistematica e assiologia. L’importanza dell’“educazione” del giurista.*

Le considerazioni che precedono suggeriscono di abbracciare l’idea di una rivalutazione del “positivismo giuridico”, del c.d. positivismo etico, inteso quale dottrina che da un lato tende a riscoprire il principio di legalità, e dall’altro si caratterizza per una valutazione storico-relativa del fatto in relazione al precetto di legge, nel pieno rispetto della legalità costituzionale.

¹³ La prospettiva costituzionale della “legalità” implica, nelle forme proprie – ma anche in forme improprie (nella “società aperta degli interpreti della Costituzione”, per ripetere l’espressione di Peter Haberle) – una sorta di sindacato sostanziale sull’esercizio del potere, anche quando pienamente discrezionale: sia che esso riguardi – tra gli innumerevoli possibili esempi – per i giudici nei processi penali l’uso della custodia cautelare o nei processi civili la prassi dei continui rinvii; sia che riguardi, per il potere esecutivo, lo strumento della decretazione d’urgenza o, in altro senso, della legislazione delegata; sia che riguardi lo stesso Parlamento, a proposito del cosiddetto “eccesso di potere legislativo”.

Il giurista positivista tende all'approfondimento della giurisprudenza degli interessi e il suo adeguamento a tutte le forme e tipi di interessi, da quelli individuali a quelli collettivi e di gruppo, da quelli determinati a quelli diffusi, da quelli patrimoniali a quelli morali ed esistenziali. La rivalutazione dell'interesse negli istituti e nelle situazioni soggettive costituisce la prospettiva piú naturale per rivedere criticamente l'eccessiva considerazione riservata al profilo strutturale – che nelle analisi spesso è il criterio classificatorio preferito – e per recuperare un metodo d'indagine rivolto a privilegiare l'interesse rispetto alla volontà, il profilo oggettivo e funzionale rispetto a quello soggettivo e descrittivo, la funzione socio-economica rispetto alla struttura.

L'impossibilità di porre sullo stesso piano gli interessi patrimoniali e quelli esistenziali, strettamente legati alla persona, e la constatazione della diversità delle relative problematiche, comporta che le situazioni esistenziali, piuttosto che in termini di interessi, si pongono all'attenzione del giurista in termini di valori caratterizzanti l'ordinamento. La rifondazione, in altri termini di un sistema che si fondi sulla legalità costituzionale, la quale, appunto appare, meglio di qualsiasi altra, idonea a realizzare la funzionalizzazione delle situazioni patrimoniali a quelle esistenziali, riconoscendo a quest'ultimo, in attuazione di principi costituzionali, una indiscussa preminenza¹⁴.

Chiarito dunque che la concezione assiologia del diritto è l'unica strada che preserva la comunità dalla violenza, nondimeno appare fondamentale, nella prospettiva indicata, la configurazione del ruolo del giurista. Questi, infatti, nell'approcciarsi alle scienze giuridiche non può prescindere da una pluralità di inquietudini ed interrogati; in altri termini non occorre limitarsi ad applicare la norma al fatto sic et simpliciter in maniera automatica e matematica, diversamente occorre domandarsi *in primis* se nel campo del diritto esistano concetti e categorie indiscutibili in ossequio ad una logica dogmatica o se di-

¹⁴ Si è discusso al riguardo della c.d. «depatrimonializzazione» del diritto civile: Con il termine di «depatrimonializzazione» s'individua una tendenza normativo-culturale; si sottolinea che nell'ordinamento si è operata una scelta tra personalismo (superamento dell'individualismo) e patrimonialismo (superamento della patrimonialità fine a se stessa, del produttivismo prima e del consumismo poi come valori). Con ciò non si prospetta l'espulsione del contenuto patrimoniale nel sistema giuridico: il momento economico, quale aspetto della realtà sociale organizzata, è ineliminabile. La depatrimonializzazione esprime una valutazione qualitativa del momento economico e l'esigenza di trovare nella tutela della persona umana un aspetto idoneo non ad «umiliare» l'ispirazione economica, ma quanto meno ad attribuirle una giustificazione istituzionale di supporto al libero sviluppo della persona. Gli istituti patrimoniali non sono immutabili: ora travolti dalla loro incompatibilità con i principi di rango costituzionale ora esautorati o integrati dalla legislazione speciale e comunitaria; sempre tuttavia protesi ad adeguarsi ai nuovi «valori» nel passaggio da una giurisprudenza civile degli interessi patrimoniali ad una piú attenta ai valori esistenziali. Questi non sono piú relegabili aprioristicamente nel ruolo di limiti o di finalità esteriori non idonei ad incidere sulla funzione dell'istituto e quindi sulla sua natura. Così PIETRO PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit.

versamente sia più opportuno valutare le singole peculiarità del caso concreto e trovare poi in modo sistematico la soluzione nel sistema ordinamentale. O ancora, se sia perseguibile una analisi separata dall'inserimento del singolo istituto in un discorso globale e complessivo nell'intera realtà giuridica e sociale. La cultura giuridica è il risultato dell'attività interpretativa di tutti gli operatori del diritto. Non è sufficiente la conoscenza della legge e del singolo precetto, né l'interpretazione delle singole disposizioni, né una ricostruzione dei singoli concetti, degli istituti o del sistema. Piuttosto è invece auspicabile confrontare il sistema con il fatto, con la realtà sociale e con le questioni ed i problemi concreti. E per la conoscenza del fatto da regolare o anche da giudicare, nell'una o nell'altra ipotesi non si può prescindere da un incessante confronto del sistema normativo con la realtà sociale, la scienza e la prassi.

Il principio di legalità non si riduce al rispetto dei singoli precetti, bensì il coordinamento delle singole norme alla luce dell'intero ordinamento giuridico¹⁵. Da questo punto di vista, allora, l'interpretazione non potrà essere più letterale, bensì da un lato logico-sistematica (ossia la singola norma dovrà essere letta ed interpretata alla luce dell'ordinamento giuridico nella sua interezza e complessità, con rigore scientifico) e, dall'altro, teleologico-assiologica, ossia finalizzata all'attuazione dei nuovi valori costituzionali e dei principi costituzionali. Ciò significa che tra più interpretazioni possibili, l'interprete dovrà privilegiare quella che meglio realizza i valori costituzionali¹⁶. L'interprete, nel momento in cui si accinge all'attività interpretativo-co-

¹⁵ Sul principio di legalità penale GIOVANNI FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*. Constitutional Case Law in Criminal Matters, Including Principles and Democracy, in *Cass. Pen.*, 1, 2017, p.13 ss.; GIOVANNI MARIA FLICK, *Il principio di legalità: variazioni sul dialogo fra Corte di giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale italiana*, su *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 4, 2014.

¹⁶ giurisprudenza, sulla differenziazione tra legalità formale e sostanziale, si veda, tra gli altri, Corte Cost., 14 giugno 2007, n. 190, su *Foro it.*, 132, 5, 2009, p. 1358 ss.; Corte Cost., 6 febbraio 2009, n. 32, con nota di ANTONIA BARAGGIA, *Legalità sostanziale e (attuale) sostanza della legalità. Brevi riflessioni a margine della sentenza 32/2009*, in *Le Regioni*, 2009; Corte Cost., 3 ottobre 2003, n. 307, con nota di QUIRINO CAMERLENGO, *Il nuovo assetto costituzionale delle funzioni legislative tra equilibri intangibili e legalità sostanziale*, su *www.forumcostituzionale.it*; Corte Cost., 4 aprile 2011, n. 115, su *www.ilsole24ore.com*; VINCENZO MARIA DONOFRIO, *Poteri testualmente adespoti e principi informatori del sistema amministrativo: il Consiglio di Stato ne celebra la potenziale ammissibilità*, nota a Cons. Stato, 20 marzo 2015, n. 1532, su *www.dirittoamministrativo.it*; FRANCESCO MAZZACUVA, *La Corte europea sul principio di legalità della pena*, nota a CEDU, 22 gennaio 2013, Camilleri c. Malta, e *La Corte europea torna sul principio di legalità della pena e chiarisce la portata della c.d. formula di raddbruch*, nota a CEDU, Grande Camera, 18 luglio 2013, Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina, entrambe su *www.penalecontemporaneo.it*;

¹⁶ Da questo punto di vista l'interpretazione assiologica rappresenta il superamento storico e culturale dell'interpretazione letterale. Quale ruolo dunque attribuire all'articolo 12 delle Preleggi? Perlingieri ne propone addirittura l'abrogazione. Una interpretazione a gradi non è proponibile. Sembra poi assurdo collocare all'ultimo gradino, come invece propone l'art. 12, il ricorso ai principi generali

noscitiva, deve utilizzare tutti i criteri che ritenga opportuni (quello logico, quello letterale, quello teleologico ecc.) senza priorità logico-cronologiche di alcuna sorta; senza schemi precostituiti.

Occorre sempre e prima di ogni altra cosa fare riferimento ai principi costituzionali, più precisamente l'interpretazione delle norme va condotta alla luce dei principi e dei valori costituzionali dell'ordinamento giuridico; sì che sarà impensabile stabilire *a priori* se una norma è chiara oppure no: sarà l'interpretazione della norma medesima a rivelarne o no la chiarezza.

In ossequio alla prospettiva indicata l'interpretazione giuridica diviene attività critico-costruttiva, nel senso di attività vincolata, controllata nonché responsabile¹⁷: in altri termini, «se è vero che di una norma non può essere data una unica interpretazione (e cioè non si può dire *sic et simpliciter* che una interpretazione sia vera o falsa), è altresì vero che qualsiasi interpretazione deve essere sorretta da rigorose argomentazioni, scientificamente valide.

Le, seppur brevi, considerazioni svolte suggeriscono una riflessione sul diritto codificato e sull'esperienza delle codificazioni in generale. Si dovrebbe avere il coraggio di distaccarsi dalla (apparente) certezza di quella dimensione dogmatica e geometrica del diritto, per aprire le porte ad una dimensione maggiormente plastica del giuridico la quale seppur fitta di (apparenti) incertezze, ha in sé la potenzialità effettiva di elevare il grado della nostra civiltà.

dell'ordinamento giuridico. Secondo la dottrina tradizionale l'art. 12 nel rinviare ai principi generali dell'ordinamento giuridico vuole riferirsi ai principi costituzionali (principio di uguaglianza, democraticità, di legalità, principio del solidarismo ecc.). Il Perlingieri, diversamente, ritiene che l'art. 12, nel fare appello ai principi generali, non vuole, né può intendere i principi costituzionali; e ciò per due ordini di motivi: a) il codice civile precede cronologicamente la Costituzione, il codice è infatti del 1942, mentre la costituzione è del 1948; dunque, il legislatore del '42 non poteva fare riferimento a principi che in quel tempo non era stati ancora emanati; b) la seconda ragione risiede nel sistema di rigidità delle fonti che caratterizza il vigente ordinamento: in altri termini si vuol dire che non sarebbe possibile fare riferimento ai principi costituzionali in ultimo grado, dato che la Costituzione si trova al primo gradino della gerarchia delle fonti del diritto; se così fosse l'art. 12 sarebbe incostituzionale. A tale riguardo si sottolinea che è più ragionevole ritenere che l'art. 12 non si riferisca ai principi costituzionali, bensì agli altri principi generali desumibili dalla legislazione ordinaria (es. principio di buona fede, principio dell'affidamento, principio di conservazione del contratto ecc.).

¹⁷ L'interpretazione sarà attività vincolata (vincolata cioè alle scelte ed ai valori dell'ordinamento giuridico); attività controllata (ogni interpretazione deve essere corredata da una idonea motivazione); attività responsabile (poiché dolo e colpa grave nella decisione sono esenti da responsabilità da parte di chi li ha commessi; v. art. 55 c.p.c. e art. 54, comma 2, Cost.); attività creatrice, poiché esplicita storicamente i valori dell'ordinamento ed individua la normativa da applicare al caso concreto.