

NOVA JURIS INTERPRETATIO  
IN HODIERNA GENTIUM COMMUNIONE

## *Direttori*

**Augusto CERRI**  
Sapienza Università di Roma

**Marco D'ALBERTI**  
Sapienza Università di Roma

**Otto PFERSMANN**  
Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

**Pasquale POLICASTRO**  
Università di Szczecin, Polonia

**Renato ROLLI**  
Università della Calabria

## *Comitato scientifico*

**Antonio Stefano AGRÒ**  
Presidente di Sezione di Cassazione

**Carlo AMIRANTE**  
Università degli Studi di Napoli "Federico II"

**Giovanni BIANCO**  
Università di Sassari

**Andrea BIXIO**  
Sapienza Università di Roma

**Ermanno BOCCHINI**  
Università degli Studi di Napoli "Federico II"

**Angelo Antonio CERVATI**  
Sapienza Università di Roma

**Achille DE NITTO**  
Università di Lecce

**Gian Paolo DOLSO**  
Università di Trieste

**Loris IANNUCILLI**  
Funzionario della Corte costituzionale

**Ib Martin JARVAD**  
Università di Roskilde, Danimarca

**Vincenzo MARINELLI**  
Sostituto Procuratore Generale Corte di Cassazione

**Francesca MIGLIARESE**  
Università di Padova

**Roberto NANIA**  
Sapienza Università di Roma

**Joakim NERGELIUS**  
Università di Örebro, Svezia

**Nicola OLIVA**  
Direttore ufficio ruolo Corte costituzionale

**Cesare PINELLI**  
Sapienza Università di Roma

**Salvatore PRISCO**  
Università degli Studi di Napoli "Federico II"

**Paolo RIDOLA**  
Sapienza Università di Roma

**Marek Zirk SADOWSKI**  
Vicepresidente dell'IVR, Università di Łódź, Polonia

**Djan SCHEFOLD**  
Università di Brema, Germania

**Friedrich-Christian SCHROEDER**  
Università di Regensburg, Germania

**Massimo SICLARI**  
Università degli Studi Roma Tre

**Sergio STAMMATI**  
Università degli Studi di Napoli "Federico II"

**Paolo STANCATI**  
Università della Calabria

**Luc J. WINTGENS**  
Università di Brussels, Belgio

*Rapporti con l'estero:* Irene SIGISMONDI

*Comitato di redazione:* Ernesto APA, Giancarlo CAPORALI, Linda CERASO, Ornella CORAZZA, Alessandro CORI, Tatiana GALLOZZI, Giuseppina INCALZA, Juan Carlos MEDINA

*Coordinamento:* Irene SIGISMONDI

## NOVA JURIS INTERPRETATIO IN HODIERNA GENTIUM COMMUNIONE

Il compito del giurista è legato per ogni verso all'interpretazione: conoscenza del materiale normativo formulato in vario modo, giurisprudenza, *soft law*, percezione della coscienza sociale. Ogni decisione possibile va scelta e giustificata e queste complesse operazioni racchiudono l'oggetto di "Nova Juris Interpretatio": il suo ambito si estende dall'epistemologia del linguaggio alla teoria delle norme, alle teorie del ragionamento, nei vari campi del diritto ove i problemi dell'interpretazione aprono nuove prospettive. È una nuova riflessione sulle discipline giuridiche, ormai policentriche, che richiedono un approccio oltre i confini del diritto, ma senza prescindere: un esame comune di problemi di metodo e sostanza generali e differenziati per aree storiche e culturali. La collana ospita contributi sui temi più disparati e variegati, offrendo il terreno per confronti critici e spunti stimolanti nell'odierna società della globalizzazione (la *hodierna gentium communio*, appunto).

In "Nova Juris Interpretatio in hodierna gentium communione" sono pubblicate opere di alto livello scientifico, anche in lingua straniera per facilitarne la diffusione internazionale.

I direttori approvano le opere e le sottopongono a referaggio con il sistema del « doppio cieco » (« *double blind peer review process* ») nel rispetto dell'anonimato sia dell'autore, sia dei due revisori che scelgono: l'uno da un elenco deliberato dal comitato di direzione, l'altro dallo stesso comitato in funzione di revisore interno.

I revisori rivestono o devono aver rivestito la qualifica di professore universitario di prima fascia nelle università italiane o una qualifica equivalente nelle università straniere.

Ciascun revisore formulerà una delle seguenti valutazioni:

- a) pubblicabile senza modifiche;
- b) pubblicabile previo apporto di modifiche;
- c) da rivedere in maniera sostanziale;
- d) da rigettare;

tenendo conto della: a) significatività del tema nell'ambito disciplinare prescelto e originalità dell'opera; b) rilevanza scientifica nel panorama nazionale e internazionale; c) attenzione adeguata alla dottrina e all'apparato critico; d) adeguato aggiornamento normativo e giurisprudenziale; e) rigore metodologico; f) proprietà di linguaggio e fluidità del testo; g) uniformità dei criteri redazionali.

Nel caso di giudizio discordante fra i due revisori, la decisione finale sarà assunta da uno dei direttori, salvo casi particolari in cui i direttori provvederanno a nominare tempestivamente un terzo revisore a cui rimettere la valutazione dell'elaborato.

Il termine per la valutazione non deve superare i venti giorni, decorsi i quali i direttori della collana, in assenza di osservazioni negative, ritengono approvata la proposta.

Sono escluse dalla valutazione gli atti di convegno, le opere dei membri del comitato e le opere collettive di provenienza accademica. I direttori, su loro responsabilità, possono decidere di non assoggettare a revisione scritti pubblicati su invito o comunque di autori di particolare prestigio.



Alessandro Catelani

**Principio di legalità e Stato di diritto**





Aracne editrice

[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

Copyright © MMXX  
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

[www.giacchinoonoratieditore.it](http://www.giacchinoonoratieditore.it)  
[info@giacchinoonoratieditore.it](mailto:info@giacchinoonoratieditore.it)

via Vittorio Veneto, 20  
00020 Canterano (RM)  
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-3116-9

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,  
di riproduzione e di adattamento anche parziale,  
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie  
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: aprile 2020

*Alla piccola Fiamma, con affetto*





## 13 Capitolo I

### *Le norme e l'ordinamento giuridico*

1.1. Il diritto e la società, 13 – 1.2. La manifestazione di volontà normativa, 14 – 1.3. Il contemperamento dei contrapposti interessi dei consociati, 15 – 1.4. La categoricità delle norme giuridiche e l'imperativismo del diritto, 16 – 1.5. Il diritto come struttura della società, 17 – 1.6. Le norme pregiuridiche, 18 – 1.7. L'errata identificazione del fenomeno giuridico con un atto di forza, 20 – 1.8. La natura formale del diritto, 21 – 1.9. L'incidenza della forma giuridica sulla sostanza dei rapporti sociali, 22 – 1.10. La validità morale della norma giuridica, 23.

## 25 Capitolo II

### *La legge e i rapporti giuridici privati*

2.1. Dall'antico Stato assoluto al moderno Stato di diritto, 25 – 2.2. Il principio di separazione dei poteri e la supremazia del potere legislativo, 26 – 2.3. La legge e i rapporti tra soggetti che si trovano in posizione di parità, 27 – 2.4. Il diritto privato come limite esterno all'autoregolamentazione dei singoli, 27 – 2.5. L'autonomia privata come potestà normativa, 28 – 2.6. Il riconoscimento degli atti negoziali privati da parte dell'ordinamento statale, 29 – 2.7. L'inserimento dell'atto negoziale privato nella gerarchia delle fonti normative, 31 – 2.8. L'assenza di generalità e di astrattezza, 31 – 2.9. La moderna teoria delle norme giuridiche, 32 – 2.10. La sfera di autodeterminazione accordata ai privati, 33.

## 35 Capitolo III

### *La legge e l'attività amministrativa*

3.1. L'autonomia pubblica, 35 – 3.2. L'ingerenza della legge nell'attività amministrativa, 36 – 3.3. Atti amministrativi vincolati e discrezionali, 37 – 3.4. Buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, 37 – 3.5. L'attività amministrativa e le norme pregiuridiche, 39 – 3.6. La funzione direttiva e le norme interne, 40 – 3.7. L'indirizzo e il coordinamento, 41.

## 43 Capitolo IV

### *La legge e l'organizzazione amministrativa*

4.1. La regolamentazione legislativa dell'organizzazione amministrativa, 43 – 4.2. La diversa posizione, nei confronti della legge, degli enti pubblici e dei soggetti privati, 44 – 4.3. La contrapposizione tra pubblica amministrazione e sogget-

ti privati, 46 – 4.4. Enti pubblici comunitari e strumentali, 47 – 4.5. Lo Stato persona, 47.

49      Capitolo V  
*Norme giuridiche e principi morali*

5.1. Necessità che le norme giuridiche ottemperino a principi etici, 49 – 5.2. I valori morali dell'ordinamento giuridico, 50 – 5.3. Lo Stato a servizio del cittadino, 51 – 5.4. La tutela della persona umana, 52.

53      Capitolo VI  
*La duplice dimensione del principio di legalità*

6.1. La Costituzione e la gerarchia delle fonti normative, 53 – 6.2. La regolamentazione giuridica dell'ordinamento da parte delle norme gerarchicamente ordinate, 54 – 6.3. I diritti inviolabili dell'uomo, 54 – 6.4. Aspetti giuridici e filosofici dei diritti inviolabili, 56 – 6.5. Lo Stato democratico, 56 – 6.6. Lo Stato assoluto nel mondo moderno, 57 – 6.7. Democrazia e rispetto dei diritti umani, 58 – 6.8. La garanzia costituzionale negli Stati liberi e democratici, 59.

61      Capitolo VII  
*I diritti di libertà e i diritti sociali*

7.1. I diritti di libertà come libertà negative, 61 – 7.2. Le restrizioni legislative alla libertà personale, 62 – 7.3. La riserva di legge, 62 – 7.4. Il fondamento giuridico della libertà di coscienza, 64 – 7.5. Limiti alla proliferazione dei diritti umani, 65 – 7.6. I diritti sociali, 65.

67      Capitolo VIII  
*La costituzione materiale*

8.1. La Costituzione materiale secondo Costantino Mortati, 67 – 8.2. La Costituzione materiale in epoca contemporanea, 68 – 8.3. La validità del concetto di Costituzione materiale, 69.

71      Capitolo IX  
*La funzione giurisdizionale*

9.1. La fase attuativa della norma giuridica, 71 – 9.2. L'applicazione della norma giuridica al caso concreto, 72 – 9.3. Il sillogismo giudiziale, 73 – 9.4. La completezza dell'ordinamento giuridico, 75 – 9.5. Il problema delle lacune, 76 – 9.6. La certezza del diritto come garanzia di una sua corretta attuazione, 77 – 9.7. La medicina della legge, 78.

79      Capitolo X  
*Le norme giuridiche e il dato sociale*

10.1. Le norme giuridiche come schematizzazione della realtà, 79 – 10.2. L'adeguamento dell'astratta forma normativa ai rapporti sociali, 80 – 10.3. L'imma-

gine normativa, 82 – 10.4. L'evolversi della vita associata, 83 – 10.5. Critica al formalismo interpretativo, 84.

## 87 Capitolo XI

### *La ricostruzione della fattispecie normativa*

11.1. L'impostazione del problema normativo, 87 – 11.2. La qualificazione giuridica della fattispecie concreta, 88 – 11.3. La rilevanza del dato pregiuridico, 89 – 11.4. La giustizia come valore etico, 90 – 11.5. L'assorbimento, da parte della fattispecie astratta, del dato sociale e pregiuridico, 91 – 11.6. La determinazione dei rapporti fra le norme che compongono la fattispecie astratta, 92 – 11.7. La modificazione delle singole norme che compongono la fattispecie astratta, 93 – 11.8. Il dato sociale come fonte di diritto, 94 – 11.9. Il compito del giurista, 95.

## 97 Capitolo XII

### *La potestà normativa degli organi giudicanti*

12.1. Le sentenze dei giudici come diritto oggettivo, 97 – 12.2. Il completamento, da parte della giurisprudenza, della funzione legislativa, 97 – 12.3. Le sentenze come norme giuridiche relative a casi di specie, 98 – 12.4. Le sentenze della Corte Costituzionale, 99 – 12.5. I limiti ai poteri del legislatore ordinario, 100 – 12.6. La garanzia, da parte della Corte Costituzionale, dei diritti inviolabili dell'uomo, 101.

## 103 Capitolo XIII

### *I limiti ai poteri dell'autorità giudiziaria*

13.1. La giurisprudenza garante della legalità, 103 – 13.2. Il giudice e la legge quale entità astratta, 103 – 13.3. I limiti alla funzione creativa della giurisprudenza, 104 – 13.4. La tendenza a far prevalere il dato sociale su quello formale e normativo, 105 – 13.5. L'arbitrario disconoscimento del diritto positivo, 107 – 13.6. L'impossibilità di un'applicazione diretta del diritto naturale in contrasto con il diritto positivo, 108 – 13.7. La pretesa immodificabilità di alcune norme della Costituzione, 109.

## 111 Capitolo XIV

### *L'indipendenza della magistratura e la soggettività interpretativa*

14.1. Il Consiglio superiore della Magistratura quale garanzia nei confronti delle interferenze dell'Esecutivo, 111 – 14.2. La dipendenza degli organi giudiziari dalla legge, 112 – 14.3. L'interpretazione della legge non è un atto meccanico che conduca in ogni caso a risultati sicuri, 113 – 14.4. L'apporto soggettivo del singolo all'operazione ermeneutica, 114 – 14.5. L'interpretazione giuridica come creazione normativa, 115 – 14.6. La difficile interpretazione dei principi morali garantiti dalla Costituzione, 116 – 14.7. La validità dell'interpretazione giuridica come fatto di costume, 117 – 14.8. Indipendenza e rispetto della legalità, 119 – 14.9. La potenziale assolutezza dei poteri dei magistrati, 120.

123      Capitolo XV

*L'organizzazione verticistica dell'apparato giudiziario*

15.1. La dipendenza dei magistrati dal Consiglio superiore della Magistratura, 123 – 15.2. La presenza, nel Consiglio superiore della Magistratura, del Capo dello Stato, 124 – 15.3. L'asserita mancanza di libertà interpretativa nelle decisioni giudiziarie, 125 – 15.4. Le Associazioni dei magistrati, 125 – 15.5. La dipendenza dei magistrati dal Consiglio superiore della Magistratura nel pensiero di Piero Calamandrei, 126.

127      Capitolo XVI

*La crisi della giustizia e le possibilità di riforma*

16.1. Consiglio superiore della Magistratura e sovranità popolare, 127 – 16.2. I magistrati e i loro rapporti con l'Esecutivo, 128 – 16.3. L'indipendenza della Magistratura nei Paesi del *common law*, 129 – 16.4. L'incidenza del potere giudiziario sulla vita politica, e la conseguente difficoltà di introdurre adeguate riforme, 131.

133      *Bibliografia*

## Le norme e l'ordinamento giuridico

### 1.1. Il diritto e la società

L'esistenza di una società implica che una volontà umana, espressione della collettività, regoli i rapporti tra gli uomini che ne fanno parte: una società non può esistere se i consociati, attraverso la volontà collettiva, non regolino i rapporti intersoggettivi che tra di essi intercorrono. Il diritto è indispensabile in quanto vi devono essere dei comandi, i quali promanano dagli organi esponenziali della collettività, e che regolino l'agire dei consociati nei loro reciproci rapporti. Una società in cui non vi sia alcuna regola di comportamento, e ognuno faccia quello che vuole, non è una società. Una società, se esiste, è necessariamente ordinata, organizzata da precetti che hanno una tale fonte, e i cui destinatari sono coloro che ad essa appartengono. Una società non può esservi se non esiste un potere che la ordini; e tale potere, se non è quello normativo della legge, si identifica con la violenza e la sopraffazione. Il fenomeno giuridico è dunque un prodotto della vita associata, nel senso che la società esprime necessariamente un complesso di norme giuridiche, dalla cui esistenza il corpo sociale non può prescindere<sup>1</sup>.

Una società nella quale non esistano leggi, le quali siano espressione della volontà collettiva per regolare l'attività dei consociati nei loro reciproci rapporti, non è un ordinamento perché non esiste il diritto; e non è nemmeno una società, perché una società non può esistere a prescindere dal diritto, che deve ritenersi ad essa connaturato. Una società priva del diritto, e che non sia strutturata, appunto, come corpo sociale, non è nemmeno astrattamente ipotizzabile perché, come si afferma tradizionalmente, ogni società è un ordinamento.

Che la legge, intesa in riferimento a qualunque fonte normativa, debba essere rispettata, è un principio cardine del nostro, come di qualunque altro ordinamento giuridico; perché se la legge non viene rispettata, neppure

1. Un ordinamento si ordina a seconda di come si attegga quella volontà umana che, essendo oggettivamente esponenziale della società, possa essere qualificata come collettiva. Il giudizio sull'esistenza dell'ordinamento è un giudizio di fatto, nel senso che si tratta di accertare l'esistenza di una realtà normativa connaturata ad un corpo sociale. Si tratta di un giudizio che non ha ad oggetto un dato materiale, bensì giuridico, quale è quello costituito da un complesso di norme. Il diritto sempre esiste là dove c'è una società, alla quale appare connaturato.

esiste l'ordinamento che sulla legge si basa. La società è un organismo vivo, ma che non può prescindere dal dato giuridico. La presenza della norma giuridica è il necessario presupposto dell'esistenza dell'ordinamento giuridico. E questa prerogativa deve essere propria di qualunque società, anche la più primitiva, perché se non esiste una normativa, un complesso di norme giuridiche che costituiscano il diritto oggettivo dell'ordinamento, una società non può esservi.

Il dato sociale di per sé non è necessariamente conforme alla norma, e può anche violarla. Qualora si ammettesse che il diritto si identifichi con il dato sociale qualunque esso sia, anche se contrastante con le norme giuridiche, rispetto al quale abbia carattere prioritario, l'ordinamento giuridico non esisterebbe più.

## 1.2. La manifestazione di volontà normativa

La norma giuridica si traduce in una manifestazione di volontà. Il diritto è una manifestazione di volontà perché contiene un imperativo, e quindi un enunciato linguistico, che ha questo particolare contenuto<sup>2</sup>.

La norma è una proposizione logica, ma non una qualunque proposizione logica, bensì è quel particolare tipo di proposizione logica che si traduce in una manifestazione di volontà<sup>3</sup>. La norma non è un'entità statica, ma dinamica, è l'elemento strutturante di qualunque società, che per essere tale deve venire organizzata.

La norma giuridica non costituisce che una parte di un tutto; ed essa è elemento costitutivo, parte integrante di un sistema<sup>4</sup>. Ciascuna norma contribuisce a costruire un intero ordinamento, cioè un sistema, una più complessa struttura. Essa definisce sul piano formale e strutturale uno o più rapporti giuridici. E questi nel loro complesso, come complesso di rela-

2. La volontà normativa, in quanto espressione della collettività, è necessariamente una volontà de-psicologizzata. La norma di condotta o di azione diventa giuridica in quanto si oggettivizza, entrando a far parte di un complesso normativo. Essa diventa giuridica quando esce dalla sfera individuale per entrare in quella della collettività; ossia in quanto essa appaia espressione della volontà collettiva. Il problema della natura volontaristica del diritto non è un problema psicologico di natura intellettuale; è un problema di esistenza formale del diritto stesso. Ed è esatta l'espressione diritto oggettivo; perché questo complesso di norme, che è frutto di attività umana, e quindi di un atteggiamento soggettivo, di un'attività ordinante, rileva nella sua oggettiva esistenza.

3. La logica è il complesso delle regole che disciplinano la norma, e quindi, per ciò stesso, riflettono in termini giuridici la struttura della società.

4. Il diritto si traduce nella determinazione della connessione sistematica dei vari soggetti che fanno parte di un certo corpo sociale. Poiché ogni soggetto, solo perché è inserito in una determinata collettività, si pone nei confronti degli altri consociati in una pluralità interminata di rapporti intersoggettivi, tutti gli elementi costitutivi di una società si pongono fra di loro in reciproci rapporti, i quali costituiscono il diritto, l'ordinamento della stessa.

zioni intersoggettive, costituiscono l'ordinamento giuridico. L'ordinamento giuridico è il complesso delle relazioni intersoggettive che fanno capo alle persone che compongono il corrispondente corpo sociale.

Il nucleo centrale del fenomeno giuridico è nell'imperativismo, che costituisce una realtà ordinante e determina la vincolatezza del precetto. La realtà concreta e tangibile del fenomeno sociale, in tutte le sue implicazioni, viene strutturata dalla regolamentazione intersoggettiva dei rapporti giuridici che si attua attraverso le norme. In quanto ogni norma necessariamente si traduce in tale contemperamento, che costituisce la sua causa, il fine giuridico suo proprio, essa presuppone una realtà sociale che viene a schematizzare, e a disciplinare nei suoi aspetti esteriori; perchè esteriori sono quelli che attengono alle relazioni intersoggettive che costituiscono il complesso tessuto dei rapporti nei quali si scompone l'ordinamento. La norma rappresenta, si direbbe, l'involucro esteriore di un contenuto che è costituito dalla società, e che deve venire riempito, se ci si consente l'espressione, attraverso la sostanza dei rapporti sociali<sup>5</sup>. La norma di per sé è entità puramente astratta.

### **1.3. Il contemperamento dei contrapposti interessi dei consociati**

La legge, qualunque sia l'autorità da cui promana, ha sempre come contenuto l'imposizione di limiti fra le varie sfere di interesse dei soggetti che compongono l'ordinamento giuridico. Il diritto ha lo scopo di garantire la sfera individuale di ciascuno nei confronti degli altri consociati. Tutti i diritti soggettivi e i poteri giuridici vengono salvaguardati attraverso le norme che fanno parte dell'ordinamento giuridico al quale ciascuno appartiene.

Ogni norma giuridica definisce una relazione intersoggettiva, effettuando un contemperamento delle contrapposte sfere di interesse delle quali ciascuno è titolare; ed è attraverso tale contemperamento tra i vari soggetti, fra i quali la collettività si scompone, che viene garantita la sfera giuridica dei componenti del corpo sociale.

Il diritto è un fatto di relazione: il complesso normativo garantisce i diritti dei singoli che, quali posizioni di vantaggio su certi beni della più varia natura, hanno una loro tutela da parte della norma giuridica, e che in tanto esistono, in quanto sia rispettata la norma dalla quale traggono origine.

5. È il diritto non è la società nella sua materialità, ma quel particolare modo di essere della stessa che corrisponde a un complesso normativo categorico. E tale complesso normativo è l'elemento strutturante dell'istituzione, è l'entità che è in grado di determinare i rapporti tra i consociati. Tali rapporti possono anche corrispondere a norme di opportunità e convenienza, le quali non sono giuridiche ma solo ipotetiche, e che come tali appaiono estranee alla realtà strutturale e più propriamente giuridica.