

COSTANTINO MORTATI E LE COSTITUZIONI MODERNE

ALESSANDRO CATELANI

Abstract

The idea of a " Material Constitution " as created by Costantino Mortati, a famous jurist, is to be studied in comparison with the " Formal Constitution " composed of all the written norms included in the Constitution. A " Material Constitution " refers to the governmental organization, as it exists independently from what the law teoretically foresees. This idea was developed in reference to a Corporative order, prior the Republican Constitution and it's nowadays still considered valid. Nonetheless we need to state the superiority of law over social data - thus overruling the relation between those twe elements as Mortati defined them -. Every material aspect to our social intercourses has to abide the law and can be accepted only if it agrees with what written in the "Formal Constitution ". Therefore a " Material Constitution " needs to be considered as a way to implement the norms of the Constitution. The aforementioned norms have to meet a society's needs through the interpretation competent institutions can give though.

Keywords: Material Constitution; Legality

1. Il concetto, elaborato da Costantino Mortati, di Costituzione materiale. 2. La Carta Costituzionale degli Stati moderni. 3. Validità del concetto elaborato dal Mortati all'epoca in cui è stato formulato. 4. Il sociologismo giuridico di Santi Romano. 5. Essenza normativa del diritto. 6. La reale portata della Costituzione formale. 7. Carattere strutturale del fenomeno giuridico. 8. Assenza di giuridicità delle norme contrastanti con il diritto di un ordinamento sovraordinato. 9. Inammissibilità di un assetto istituzionale non conforme ai precetti costituzionali. 10. L'effettività dell'ordinamento giuridico intesa in riferimento al concreto comportamento dei consociati. 11. Il consenso sociale alle norme giuridiche. 12. La rilevanza interpretativa del dato sociale. 13. Le norme non giuridiche che definiscono il contenuto dei precetti costituzionali. 14. La Costituzione materiale correttamente intesa. 15. La Costituzione come dato normativo e formale. 16. Il potere normativo come forza strutturante dell'ordinamento giuridico. 17. La Costituzione come espressione di indirizzo politico. 18. Costituzione materiale e giusnaturalismo.

1. Nell'ambito della ricchissima produzione giuridica di Costantino Mortati, forse nessun concetto espresso dall'insigne studioso ha avuto maggiore fortuna di quello di " Costituzione materiale ", che l'Autore elaborò in contrapposizione a quello di " Costituzione formale ", che sarebbe costituita dal testo contenente le norme costituzionali, e quindi da quella che comunemente viene chiamata la Carta Costituzionale.

Secondo il Mortati vi sarebbe un assetto istituzionale vigente al di là del dato formale costituito dai precetti costituzionali, quale risulta dagli orientamenti del corpo sociale e dalla volontà delle forze politiche. E tale dato concreto esisterebbe a

prescindere dal dato formale rappresentato da quei precetti giuridici che sono contenuti nella Carta Costituzionale. Sarebbe questa la vera Costituzione, e non quella chiamata formale, e quindi cartacea. I due concetti non sarebbero coincidenti: la Costituzione vera sarebbe quella effettivamente esistente nella società, come dato sociale realmente osservato, e non l'insieme rigido ed astratto delle norme costituenti, appunto, la " Costituzione formale " .

Il concetto di Costituzione materiale è stato universalmente apprezzato, e viene comunemente ritenuto valido, così che ad esso spesso si fa riferimento. Tuttavia su tale nozione domina la massima incertezza, essendo l'idea sociologica di una Costituzione materiale come Costituzione vivente assai suggestiva, ma anche difficilmente compatibile con il comune riferimento alla Costituzione, intesa nei suoi contenuti normativi: si tratta dunque di un'idea che, a distanza di tanti anni dalla sua formulazione, appare tuttora nebulosa ed incerta. Viene considerata pienamente attuale e non certo superata, ma nello stesso tempo si fa fatica a determinarne i contenuti.

2. Per comprendere i concetti elaborati dal Mortati a proposito della Costituzione materiale, occorre anzitutto definire il concetto di Costituzione alla quale comunemente si fa riferimento, che è quello della Costituzione che Mortati definisce " formale " .

Si tratta di un complesso di norme che definiscono i principi fondamentali di un ordinamento giuridico, che è quello statale. Ogni Stato consta di un ordinamento, che ha un assetto istituzionale determinato da un complesso di norme; e fra tutti i precetti giuridici, quelli costituzionali si trovano al vertice di una piramide normativa, con una posizione sopraordinata rispetto a qualunque altra fonte di norme giuridiche, che deriva da una loro collocazione determinata dalla natura formale dell'atto - la Carta Costituzionale - nel quale sono contenute.

A tale complesso normativo contenuto nella Carta Costituzionale Mortati vorrebbe contrapporre il corpo sociale, quale si presenta nella sua effettiva portata, nella sua consistenza istituzionale, risultante dall'assetto dei poteri in concreto sussistente nella società. Da un punto di vista giuridico il dato preminente sarebbe costituito dalla società, e non dalla norma. Il diritto vero, effettivo, concreto, come assetto istituzionale dell'ordinamento, sarebbe nella realtà del corpo sociale, e non nell'astratta previsione normativa della Costituzione, chiamata appunto, proprio per questi motivi, " formale " .

A livello costituzionale l'ordinamento è, negli Stati moderni, disciplinato integralmente dagli organi esponenti della società organizzata. Le fonti normative sono esclusivamente di spettanza degli organi competenti, ad esclusione di ogni fonte ad esse esterna. Da ciò la presenza di una Costituzione scritta, quale unico atto al quale compete disciplinare l'assetto istituzionale dell'ordinamento.

Indubbiamente però non si tratta dell'unica situazione che si possa verificare. Esistono situazioni della massima rilevanza, come nel mondo anglosassone, in cui la Costituzione non è scritta; nel qual caso i precetti costituzionali vigenti devono ritenersi quelli che si individuano sulla base dei criteri con cui si formano i precetti consuetudinari, senza al riguardo nessuna differenza: quello che rileva è allora il concreto assetto istituzionale dei poteri, osservato con la convinzione che esso corrisponda ad una giuridica necessità. Si è allora in presenza di norme giuridiche le quali, pur non essendo scritte, hanno uguale natura, anche se sono deducibili dal comportamento dei consociati, e non da un documento scritto.

3. Il concetto elaborato dal Mortati di Costituzione materiale era, all'epoca in cui è stato formulato, pienamente valido e perfetto in ogni sua parte. La Costituzione allora vigente, lo Statuto Albertino, quale Costituzione flessibile, aveva assorbito pienamente

il dato sociale rappresentato da un ben preciso rapporto di forza, identificatesi con l'avvento al potere di un partito unico, e questo ne aveva cambiato radicalmente i caratteri, facendolo diventare parte integrante - nella nuova versione dello Stato corporativo, quale realtà giuridica effettiva e concreta, in contrasto con i precetti statutari - della Costituzione materiale dell'ordinamento. In tale fenomeno, il sociologismo giuridico fatto proprio dall'Autore aveva trovato piena conferma, in una vicenda storica e giuridica ben precisa, che aveva creato una nuova realtà istituzionale contrappoentesi alla Costituzione scritta, ormai anacronistica e discredita.

Con la nuova Costituzione repubblicana la situazione è radicalmente cambiata. Da ciò l'importanza di accertare se i concetti mortatiani, espressi in riferimento ad un assetto costituzionale radicalmente diverso, siano tuttora validi ed attuali.

4. Attraverso la sua suggestiva costruzione, Mortati riprende la teoria che identifica il diritto con la società, formulata dal Romano a proposito dell'ordinamento giuridico.

L'identificazione del diritto con la società, pur senza negare del tutto ogni rilevanza al fenomeno normativo, era stata autorevolmente compiuta da Santi Romano nella sua teoria, diventata famosa, dell' " Ordinamento giuridico ". Il Romano ha identificato il fenomeno giuridico con il dato sociale, con l'esistenza della società. Secondo il Romano il diritto non è la norma, ma l'entità che pone la norma, e cioè la società, il corpo sociale: " ...il diritto non è soltanto la norma che così si pone, ma l'entità stessa che pone tale norma. Il processo di obiettivazione, che dà luogo al fenomeno giuridico, non inizia con l'emanazione di una regola, ma in un momento anteriore: le norme non sono che una manifestazione, una delle sue varie manifestazioni, un mezzo con cui si fa valere il potere di quell'io sociale di cui si parla..." (*L'ordinamento giuridico*, n. 7); " ...il diritto prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante..." (*L'ordinamento giuridico*, n. 10). Per Romano, il diritto ed il dato sociale nella sua materialità si identificano, perché sarebbe diritto, secondo questa concezione, qualunque rapporto sociale così come concretamente si configura - anche se eventualmente sia solo forza bruta - indipendentemente da una sua relazione con il dato normativo. L'assenza del diritto si avrebbe soltanto in ciò che è assolutamente individuale e non sociale.

Riprendendo il noto aforisma " ubi societas ibi *jus* ", il Romano è giunto ad affermare che il diritto si identifica con lo stesso ordinamento giuridico, che egli chiama istituzione o corpo sociale. Il diritto sarebbe la stessa società a prescindere dal dato normativo, che non ne costituirebbe che una manifestazione mediata e secondaria. Le forze che producono il diritto avrebbero la priorità rispetto alle norme, le quali non ne sarebbero che il risultato: l'essenza della giuridicità, la sua più genuina espressione, risiederebbe nel corpo sociale di cui anche la norma sarebbe manifestazione, se pure secondaria e, come tale, non in grado di condizionare la socialità del diritto, e quindi il fenomeno giuridico nella sua vera portata.

Mortati applica questa teoria alla Costituzione propria di un ordinamento statale: poichè il diritto si identificherebbe con la società, l'assetto istituzionale dei poteri, nei quali risiederebbe la più genuina essenza della giuridicità, sarebbe rappresentato dal corpo sociale quale concretamente si configura, anziché dalla Carta Costituzionale, che contiene soltanto un astratto complesso di norme, come tale avulso da quell'ordinamento, che pure ha ad oggetto.

5. Quanto affermato dal Mortati si presta a delle critiche e, pur contenendo aspetti incontrovertibili di veridicità, non può essere accettato senza alcune essenziali precisazioni.

La teoria che ripone l'essenza della giuridicità nell'ordinamento giuridico, quale dato di fatto rappresentato dalla realtà sociale, svaluta la portata e la funzione del fenomeno normativo, invertendo i termini del rapporto tra norma e società. Si deve obiettare al sociologismo giuridico che, per comprendere l'essenza del diritto nella sua reale portata, bisogna avere presente che non è la società che condiziona la norma, ma la norma che condiziona la società, e subordina a sé il dato sociale. Le norme giuridiche costituiscono un dover essere, che non si identifica con tutto quello che avviene materialmente all'interno della società, e che rappresenta soltanto una realtà materiale, una sostanza, che non ha nulla di giuridico. Il diritto non si identifica con la stessa società, perché la sostanza dei rapporti intersoggettivi ne costituisce soltanto il materiale contenuto. L'elemento vivificante della realtà giuridica è la norma, mentre la società ne è l'elemento passivo.

La vastità dei problemi che l'interprete deve affrontare, per definire i caratteri del fenomeno giuridico, consente tuttavia di muovere dalla constatazione fondamentale che 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 una volontà collettiva, non disciplinino i rapporti intersoggettivi che fra di essi intercorrono. Il diritto è indispensabile in quanto vi devono essere dei comandi i quali promanano dagli organi esponenti 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 tutti coloro che ad essa appartengono. Il fenomeno giuridico è un prodotto della vita associata, nel senso che la società esprime necessariamente un complesso di norme giuridiche che regolano l'agire dei consociati nei loro reciproci rapporti, e dalla cui esistenza il corpo sociale non può prescindere.

Il diritto è una manifestazione di volontà perché contiene un imperativo, e quindi un enunciato linguistico, che ha questo particolare contenuto. 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. La norma non è un'entità statica, ma dinamica, è l'elemento strutturante di qualunque società, che per essere tale deve venire organizzata.

Il diritto positivo è, in contrapposizione all'essere, un dover essere imposto da un'autorità, la quale agisce in quanto esponente di una certa collettività.

La norma giuridica plasma la struttura della società, e gli attribuisce - per così dire - una veste giuridica. Anche se una società non può sussistere a prescindere dal diritto, essa con il diritto non si identifica, perché non ogni fenomeno sociale ha carattere giuridico, ma solo possiede tale carattere in quanto normativo. A prescindere da norme di comportamento che siano giuridiche in quanto espressione della volontà collettiva, ciascuno sarebbe legittimato, dalla società alla quale appartiene, ad agire come meglio crede, sia rispettando l'altrui personalità, che arrecando ad essa pregiudizio.

Il diritto identificato con la società, a prescindere da ogni precetto di comportamento da essa emanato, che regoli l'agire dei consociati nei loro reciproci rapporti, è la negazione dello stesso diritto, identificandosi con il caos. Una società nella quale non esistano leggi, le quali siano espressione della sua 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.

6. Mortati definisce la Carta Costituzionale “ Costituzione formale “, contrapponendola a quella materiale, identificata con l’effettivo assetto istituzionale dell’ordinamento, e con ciò stesso svaluta il concetto di forma, che si ridurrebbe ad una enunciazione di precetti astratta e, con ciò stesso, priva di significato.

In realtà nella forma risiede l’essenza del fenomeno giuridico. Il diritto, che nella sua intima essenza ha natura normativa, costituisce un dato formale, che in quanto tale si può contrapporre a quello sostanziale della società, sulla quale esso viene ad incidere.

L’essenza della giuridicità è nella norma, nella fattispecie astratta in grado di condizionare la realtà, riportandola a schemi giuridici, costringendola entro una veste formale, che l’organizza in termini di struttura. Il pensiero, l’idea, quando si atteggi in termini di norma categorica, ha come suo contenuto la realtà della vita associata. Ed il diritto è un’entità astratta, in quanto rappresentazione ideale di una certa struttura, che ha come suo contenuto il corpo sociale. La distinzione tra sostanza e forma è quella tra pensiero e idea, e realtà concreta. La norma come entità astratta è la forma delle cose, quale si atteggia in termini di struttura. La corrispondente realtà sottostante è il corpo sociale.

La forma, intesa in senso giuridico, è l’aspetto sensibile della società considerata in ciò che attiene ai reciproci rapporti dei soggetti e degli oggetti che la compongono; quindi non ciascuna entità socialmente rilevante, considerata sotto qualunque aspetto sensibile essa possa essere percepita, bensì solo quel suo particolare aspetto sensibile che attiene ai rapporti con gli altri elementi costitutivi del corpo sociale. Tutti questi aspetti attengono alle relazioni intersoggettive nelle quali si sostanzia il diritto. La forma, nel mondo giuridico, attiene ad un aspetto esteriore che presuppone un certo contenuto, con il quale però non si identifica. La realtà sostanziale delle cose, dei fenomeni sociali, costituisce, per così dire, la materia grezza dell’inquadramento giuridico che si compie attraverso le norme, e che riveste caratteri formali. 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.

La forma giuridica è la rappresentazione concettuale della realtà, è l’idea che rappresenta l’atteggiarsi, il modo di essere delle persone e delle cose nei loro reciproci rapporti. Ogni realtà materiale può essere rappresentata attraverso concetti, attraverso idee, attraverso una manifestazione del pensiero. Questa realtà ideale, quale è rappresentata dal pensiero umano, costituisce un’astrazione corrispondente ad una sottostante situazione concreta.

La norma dà la rappresentazione ideale di un certo fenomeno, che viene rappresentato, generalizzando, attraverso caratteristiche costanti, i suoi aspetti. La forma rispecchia l’aspetto esteriore della realtà compiuto attraverso quella schematizzazione che è richiesta per effettuare la disciplina dei rapporti intersoggettivi. Quindi essa non è il riflesso di tutti gli aspetti esteriori del reale, ma solo di quelli che hanno questa rilevanza. Essa coglie soltanto certe caratteristiche costanti di un fenomeno associativo che viene astrattamente rappresentato. La forma riflette sempre una schematizzazione della realtà; e come tale necessariamente ha valore deformante di un suo contenuto più specifico, ed in quanto tale, diverso. Proprio perché l’idea è un’astrazione, è praticamente impossibile che essa riproduca con assoluta esattezza la situazione concreta alla quale si riferisce. L’idea implica sempre un’astrazione, una generalizzazione della realtà materiale, che deve essere adattata alla materia nella sua concretezza. E quanto più nitida è l’immagine del reale che viene compiuta attraverso

la forma, tanto meglio, in quanto più accurata, risulta essere la regolamentazione, compiuta dal diritto, delle contrapposte sfere dei consociati.

La forma, come rappresentazione del reale, si traduce anche, necessariamente, in una proposizione logica, la quale consta di prescrizioni di comportamento. Il mondo delle idee è quello della logica. E la forma giuridica delle cose si connette a quel particolare tipo di idee che è rappresentato dalle manifestazioni di volontà aventi carattere normativo o precettivo. Il diritto, attraverso la logica, esprime un'idea, e il mondo del diritto, che è quello della norma, è il mondo delle idee. Proprio perché il mondo delle norme riflette rappresentazioni astratte, che devono essere applicate al caso concreto, la norma esprime, in termini imperativi, un'idea attraverso la logica.

7. Strettamente connesso alla natura formale del diritto è il suo carattere strutturale. Tale aspetto caratterizza il fenomeno giuridico, in quanto derivante dalla categoricità delle norme giuridiche. La forma è la generica espressione di qualunque entità normativa con la quale viene ad identificarsi; mentre le realtà più propriamente giuridica deve essere riservata a quei particolari aspetti formali che sono espressione di norme giuridiche contenenti imperativi categorici e non ipotetici, e pertanto idonei a creare una struttura. Nel caso del diritto si tratta di un particolare tipo di forma, di quello che corrisponde unicamente a precetti di comportamento che si traducano in norme giuridiche, le quali incidano sui rapporti tra i consociati, modellandoli in termini di struttura, con carattere di rigidità. Si tratta quindi di una forma particolare, quella giuridica, che è costituita da una struttura.

Il diritto è la struttura della società, e si identifica pertanto con la categoricità della norma. Non è soltanto un fatto normativo, perché qualunque fenomeno sociale può tradursi in un fatto normativo, ma è un fatto normativo qualificato dalla categoricità del precetto. E' questo l'elemento determinante della giuridicità. La forma, per corrispondere ad un fenomeno giuridico, deve atteggiarsi in termini di struttura, identificandosi con un imperativo categorico e non ipotetico. Il diritto vero e proprio è per sua natura una forma rigida, e cioè una struttura, una forma dotata di rigidità. Non ogni relazione intersoggettiva ha carattere di giuridicità, ma solo quella dotata di rigidità.

L'ordinamento giuridico è la struttura della società, è il sistema complessivo dei rapporti giuridici, nei quali si scompone la posizione di ciascun individuo nei confronti degli altri consociati. Gli elementi costitutivi della società sono i soggetti, le persone fisiche - o quelle giuridiche - che la compongono. E la struttura della società attiene alla determinazione dei rapporti fra gli elementi attivi del corpo sociale, condizionandone il comportamento. Il diritto è ordinamento, è società organizzata, struttura del corpo sociale, in quanto si identifica con il momento del dover essere dei singoli consociati nei loro reciproci rapporti.

Proprio in quanto il singolo non può vivere isolato, ma deve essere inserito in una collettività, mentre l'esistenza del singolo estraniato dalla società non è neppure astrattamente concepibile, ciascuna norma deve necessariamente avere lo scopo di temperare le esigenze di ciascuno con quelle degli altri consociati. Al di là di un giudizio di valore che si può dare delle singole norme, occorre sottolineare che ogni società presuppone una sua, se pure maggiore o minore a seconda delle circostanze, aderenza al fine di temperare adeguatamente le reciproche sfere dei soggetti che la compongono.

Il diritto oggettivo definisce la posizione di ciascun soggetto nell'ambito dell'ordinamento giuridico. E questa posizione a sua volta consta di una pluralità di rapporti giuridici, nei quali quella posizione può essere astrattamente scomposta, e che ne costituiscono altrettanti distinti settori. I rapporti a loro volta contengono molteplici

situazioni giuridiche soggettive. L'ordinamento è la struttura della società, quale risulta dal complesso dei rapporti giuridici che definiscono la posizione del singolo al suo interno, in tutti i suoi molteplici aspetti. L'ordinamento non è concepibile a prescindere da un complesso di norme, che effettuino questo condizionamento.

8. L'assetto istituzionale della società può anche non essere conforme alle norme costituzionali, nel qual caso gli atti e i comportamenti da esso difformi devono essere adeguati ai contenuti precettivi della Carta Costituzionale. Le norme contrastanti con le disposizioni costituzionali non sono il diritto positivo, bensì la sua negazione; sono ciò che si contrappone frontalmente al diritto positivo, e che quest'ultimo viene a combattere. Le norme interne allo Stato, che siano riconosciute contrarie alle norme costituzionali, non hanno carattere giuridico perché non sono consentite, né direttamente né indirettamente, dai precetti dell'ordinamento superiore, che è quello statale. Ogni norma, per essere giuridica, deve essere riconosciuta dallo Stato nella quale sia inserita. Se non è riconosciuta in tal modo, neppure indirettamente, essa non vincola nessuno, nessun membro della società, e non è norma giuridica, in quanto anzi antiggiuridica.

La teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi Romano ha riaffermato la piena giuridicità di ogni ordinamento, identificato con il dato sociale materialmente inteso, anche se contrastante con il diritto dello Stato. Ogni ordinamento, e quindi qualunque situazione sociale esistente *in rerum natura*, avrebbe, solo per ciò stesso, carattere giuridico, anche se contrastante con l'ordinamento statale. Ma ritenere che le norme contrastanti con il diritto dello Stato siano giuridiche in sé, anche se non per l'ordinamento statale è, nonostante ogni contraria apparenza, del tutto infondato. Gli ordinamenti minori non sono entità distinte e contrapposte rispetto allo Stato, ma sono entità separate in quanto parti di un tutto, le quali pur sempre mantengono la loro qualità di elementi costitutivi dello stesso. Essi vivono all'interno dello Stato come parte integrante di un più ampio organismo. Le norme di un ordinamento antistatale non sono in grado di esistere in quanto isolate, perché per loro natura sono inserite in un'organizzazione sovrana, e tale organizzazione sovrana toglie loro ogni giuridica efficacia, e per di più punisce chi le emette sulla base della loro antiggiuridicità. In quanto immorali, sul piano etico, esse trovano pertanto in pieno un corrispondente trattamento da parte del diritto positivo, che ne annulla ogni validità ed efficacia.

La giuridicità delle norme antistatali, come viene comunemente intesa, si basa sull'identificazione del fenomeno giuridico con il dato sociale, con una situazione di fatto la quale, qualunque sia, anche se eventualmente la più spregevole da un punto di vista morale, sarebbe identificabile con il diritto. Ma il diritto con la materialità delle situazioni che possono verificarsi non si identifica, perché è una realtà ideale ed astratta ed ha natura formale. Il che consente di comprendere come attribuire carattere giuridico a qualunque norma, anche se immorale o addirittura criminale, sia del tutto impossibile: perché rileva il dato normativo e formale e non la materialità dei rapporti intersoggettivi, viene in considerazione il rapporto tra distinti ordinamenti giuridici, e pertanto quello fra le norme illegali e quelle dello Stato, del quale le prime pur sempre fanno parte. Ogni dato sociale è necessariamente inserito in un più ampio contesto, nell'ambito del quale la vincolatezza delle norme antiggiuridiche non sussiste in alcun modo. Ogni ordinamento minore non è di per sé isolato, e non si contrappone allo Stato in quanto indipendente, ma è parte integrante dell'ordinamento statale, e come tale, come elemento costitutivo di un ordinamento più ampio, è integralmente condizionato da quest'ultimo. Coloro che sono membri, soggetti dell'ordinamento minore, sono contemporaneamente soggetti dell'ordinamento statale, così che quello minore non può esistere, come idoneo a produrre diritto positivo in contrasto con il primo.

Comunemente, si mettono tutte le manifestazioni della vita associata sullo stesso piano, attribuendo valore giuridico a qualunque fenomeno che si verifichi all'interno della società, materialmente intesa, come dato oggettivo e concreto, qualunque esso sia. Ma in realtà tale posizione paritaria non solo non sussiste, ma neppure è astrattamente configurabile, trattandosi, per ogni organizzazione inferiore a quella statale, di entità interne e subordinate rispetto allo Stato. La presenza dello Stato è una dimensione necessaria di tutte le organizzazioni minori che, come tali, sono inserite in un ordinamento più ampio, di natura statale, che rende loro impossibile di avere consistenza giuridica. La natura formale del diritto implica che gli ordinamenti giuridici minori e derivati che vivono, per così dire, all'interno di un ordinamento sovrano, non possono avere il carattere della giuridicità se le loro norme sono contrastanti con quelle dell'ordinamento superiore.

9. Per quello che riguarda la Costituzione, il riferimento alla realtà sostanziale ha una sua piena validità, ma deve essere intesa in riguardo ad una situazione consona ai precetti costituzionali, per essere intesa correttamente. Qualora il comportamento dei consociati, anche se reiterato nel tempo, e ormai universalmente accettato, non sia consono alle disposizioni costituzionali, esso deve ritenersi estraneo alla Costituzione, ed anzi con essa contrastante.

Non si può disconoscere la Carta Costituzionale senza scardinare le fondamenta stesse dello Stato di diritto; e se le forze politiche adottano scelte consone alle esigenze del corpo sociale, questo deve ritenersi consentito solo nell'ambito delle prescrizioni costituzionali. Ma a ciò si deve arrivare non contrapponendo una realtà sostanziale valida in quanto tale a prescindere da quella formale, ma interpretando correttamente il testo costituzionale. E' l'interpretazione corretta di esso, il coglierne il significato più valido e genuino, quello che deve esser reso coattivo nei rapporti intersoggettivi. Il dato sociale e, nel caso di specie, le decisioni delle forze politiche, non possono disconoscere il testo della Costituzione scritta, ponendosi con essa in contrasto.

Da queste considerazioni deriva che non si può ritenere valido il concetto di Costituzione materiale, qualora lo si intenda in riferimento a qualunque assetto istituzionale che sia proprio della società, anche se contrastante con i precetti costituzionali. Se si fa riferimento, per definire il fenomeno giuridico, unicamente alla coattività che avrebbe il dato pregiuridico del comportamento delle forze sociali, anche quando, in ipotesi, apertamente contrastante con i precetti costituzionali, si viola la Costituzione correttamente intesa, perché si disconoscono apertamente i precetti costituzionali, contraddicendo i principi dello Stato di diritto. Si dovrebbero applicare quelle che sono le opinioni e i convincimenti emergenti in seno al gruppo sociale, senza che la norma giuridica abbia la benché minima capacità di modificarle, non essendo essa diritto, ma essendo invece il diritto il dato sociale nella sua materialità, nella sua sostanza non normativa.

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

l'interprete deve cogliere solo quei valori che sono in essa insiti, per poi utilizzarli nell'adattamento della fattispecie astratta a quella concreta.

10. Il concetto di Costituzione materiale è stato elaborato anche in conseguenza dell'impressione largamente diffusa - anche questa strettamente collegabile alla teoria del Romano - secondo cui il diritto effettivamente vigente non sarebbe quello proprio dell'astratta enunciazione normativa, bensì del concreto comportamento dei consociati: la norma giuridica in tanto sarebbe valida ed esistente, in quanto fosse concretamente osservata, così che qualora essa venisse disattesa, non esisterebbe più. L'esistenza del diritto sarebbe condizionata dalla materiale osservanza della norma, anziché dalla norma stessa, e quindi da questo dato sociologico, al quale spetterebbe priorità assoluta rispetto a quello normativo. La dottrina è spesso propensa a considerare essenziale all'esistenza del diritto la sua concreta osservanza, considerando conseguentemente la sanzione indispensabile al precetto.

Mortati ha sostanzialmente accolto questa impostazione, dando la preminenza all'oggettivo comportamento dei consociati rispetto alla norma astratta in sé considerata. La Costituzione in tanto sarebbe valida ed esisterebbe realmente nella sua giuridicità, in quanto realmente vissuta dal corpo sociale.

Questo modo di vedere si presta tuttavia a delle critiche. Il principio di effettività deve essere correttamente inteso in riferimento all'esistenza della norma, con la quale si identifica il fenomeno giuridico nella sua positività, e quindi a questo dato oggettivo e formale, che non ha nulla a che vedere con il concreto comportamento dei consociati. Il diritto positivo è quello proprio di una collettività organizzata; per cui questa resta tale, ed è strutturata sul piano normativo, anche se al suo interno vi siano violazioni dei precetti di cui consta. Queste sono anzi istituzionalmente parte integrante della realtà sociale, tanto che la norma stessa le ha previste e disciplinate giuridicamente attraverso la sanzione. L'effettività è quella dell'esistenza della norma, non della sua concreta osservanza. L'osservanza delle norme da parte dei consociati è un dato materiale, che non ha alcun valore sul piano della loro concreta esistenza e vincolatezza giuridica. Cioè essa riflette una situazione di fatto di mancata conformità alla norma, che in quanto tale non ha nulla che vedere con il precetto, il quale esiste indipendentemente da essa. Quest'ultima è una circostanza che è estranea al fenomeno giuridico.

L'esistenza della norma e la sua applicazione possono dunque anche non avere alcun rapporto l'una con l'altra: vi può essere una norma che è giuridica e che non è osservata, e vi può essere un precetto che è osservato, e che non è giuridico. Non si possono negare i caratteri della giuridicità alla norma solo perché non è applicata. L'ordinamento consente che vi sia una discrepanza tra la norma e la sua attuazione. Le norme giuridiche non perdono la loro giuridicità per il fatto di non essere concretamente applicate. Questo consegue alla natura di realtà ideale che è propria del diritto: il diritto e la società sono due entità distinte, per cui quella che è l'osservanza dei singoli precetti, dei quali consta l'ordinamento, non ha nulla a che vedere con la vincolatezza delle norme, che è connaturata alla loro giuridicità. Il diritto positivo vi è anche là dove si commettano infrazioni.

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 normale che vi sia.

La sanzione costituisce una mera accidentalità della norma, che può anche mancare. Il diritto, come fatto formale, sussiste indipendentemente dalla sua pratica attuazione, la quale può anche non esservi, e con la quale la norma non ha, in ultima

analisi, alcun diretto rapporto che ne condizioni l'esistenza. La volontà normativa, che si traduce in un dato formale e strutturale, non ha nulla a che vedere con la forza la quale, come materiale coazione che si renda necessario esercitare nel caso in cui la norma venga disattesa, ha lo scopo di consentire alla norma stessa di esplicare, nella loro materialità, i propri effetti. E la stessa sanzione non è che un precetto giuridico, come tale formale ed astratto, il quale richiede, per essere attuato, un uso della forza, che in quanto tale è indipendente da esso, considerato nella sua essenza giuridica e precettiva. La norma vive - se così si può dire - di vita propria, e la sua osservanza, sia o meno dovuta alla coazione, ne è una mera accidentalità.

11. A maggior ragione non rileva l'effettivo interiore consenso dei destinatari al precetto che viene loro imposto: il comando è un dato esteriore, estraneo alla sfera soggettiva del singolo, e la sua categoricità è oggettivamente inerente alla volontà normativa, e non ha nulla a che vedere con l'adesione interiore che ad essa dia il destinatario, in aggiunta a quella inerente al proprio oggettivo comportamento. E' quest'ultimo che deve essere conforme al precetto, senza che in alcun modo rilevi il suo convincimento soggettivo e personale.

Il diritto non penetra all'interno delle coscienze, ed è solo una realtà esterna, non perché imponga necessariamente un calcolo utilitaristico anziché una valutazione morale, come spesso si ritiene, ma perché è soltanto un fatto di relazione, che ha lo scopo di garantire, in ogni società, la coesistenza fra gli uomini. Il che richiede una stabile struttura, senza della quale una società non può esistere. L'utilità del diritto è nel garantire l'esistenza della società, attraverso un adeguato assetto dei rapporti intersoggettivi, senza che a tale funzione, almeno in via immediata e diretta, altera si accompagni. L'imperativo giuridico, proprio del diritto positivo, necessariamente investe solo il comportamento esteriore dei consociati, mentre resta del tutto irrilevante quello che avviene nella sfera psichica del destinatario che ottemperi alle sue decisioni, e quindi nella sua coscienza.

Quello su cui tanto si insiste, e che tanta suggestione esercita sugli interpreti, del consenso sociale ad un ordinamento, non ha di per sé significato, perché le norme conservano la loro validità e la loro giuridicità fino a che non vengano abrogate 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.

Poiché il diritto positivo è quello proprio di un certo assetto sociale, esso muta non per l'inosservanza di una singola norma o di una pluralità di esse, ma per il fatto che l'intera struttura della società ne sia stravolta, e modificata attraverso l'istituzione di un nuovo sistema. E questo accade soltanto qualora, ai preesistenti, si sostituiscano nuovi organi esponenziali dell'ordinamento. L'inosservanza della singola norma - o di una pluralità di esse - ha un suo significato soltanto in quanto appaia indice rivelatore di questo diverso e più vasto fenomeno. Poiché l'inosservanza possa avere valore come caducazione della norma, occorre che l'intero sistema sia sostituito da un diverso complesso normativo, da un diverso sistema positivo, considerato nella sua interezza. E' il cambiamento dell'organo idoneo a porre il diritto che determina il cambiamento dell'ordinamento giuridico, e non già il dato materiale dell'inosservanza delle norme. 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.

La effettività del diritto non si basa sulla osservanza delle singole 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 in riferimento alla sorte degli organi relativi, dai quali quel complesso promana, che possono essere sovvertiti, oltre che pacificamente, anche in maniera violenta, attraverso guerre, rivoluzioni o colpi di Stato.

12. Il concreto assetto del corpo sociale, quello che Mortati chiama la Costituzione materiale, non è tuttavia certo privo di rapporti con il dato normativo che lo disciplina, ma ha un'importanza ben precisa e insostituibile per l'attuazione delle norme che compongono la Carta Costituzionale.

Quando si fa riferimento alla Costituzione materiale, si vuole anzitutto contrastare, a proposito della Carta Costituzionale, quello che viene chiamato il formalismo interpretativo; e cioè valorizzare, al di là del freddo ed inerte dato normativo, la realtà sociale sottostante a quest'ultimo.

Il diritto, in quanto realtà formale, non costituisce un sistema in sé chiuso ed autonomo che, in quanto espressione di logica e di razionalità, sia estraneo alle concrete esigenze della società alla quale si riferisce, perché esso destinato proprio alla regolamentazione di quei rapporti, così come concretamente si configurano, ed unicamente in tale disciplina ha una sua ragion d'essere. La norma, considerata nella sua astrattezza, urta necessariamente, costantemente, con le esigenze nuove ed in perenne mutamento della vita collettiva, per cui una sua corretta interpretazione deve essere condotta in riferimento alla realtà concreta, nella quale unicamente ha un suo significato. Il sistema normativo deve essere interpretato non in sé, quale astrazione, bensì in rapporto alla vita associata, alle concrete esigenze della società alla quale è destinato.

Bisogna quindi superare l'impostazione normativistica in ciò che essa ha di formale, considerando tale termine in senso deteriore. Il limite connaturato a tale impostazione, intesa sotto quest'ultimo significato, è che essa si traduce in un'analisi delle norme compiuta esclusivamente nell'ambito del sistema normativo. Tale impostazione è gravemente carente, e conduce a palesi iniquità, trascurando un aspetto essenziale del sistema, e cioè la vita associata alla quale le norme si dirigono, e nella quale esse hanno la loro giustificazione.

Attenersi ad un'interpretazione che sia soltanto letterale, e quindi rigida, della norma, significa considerare come precettiva una schematizzazione deformante della realtà - sia perché la norma sia troppo generica che, viceversa, troppo particolareggiata -, la quale presenta infiniti aspetti, infinite varianti, delle quali l'interpretazione deve tenere conto, se non si vuole giungere a risultati inaccettabili. Sotto questo aspetto, interpretare il diritto significa anche costruire l'ordinamento, perché la norma nella sua astrattezza deve essere completata attraverso il richiamo alla situazione sostanziale alla quale si riferisce. Anzi, l'ordinamento appare completo solo nella misura in cui esso venga interpretato alla luce della fattispecie concreta, e venga quindi adeguato alla realtà.

La natura formale del diritto non esclude, ma anzi presuppone, che la norma giuridica sia una realtà strettamente aderente alle concrete istanze che promanano dalla società, non per un scelta arbitraria dell'interprete, o perché si debba sempre accogliere supinamente il dato sociale qualunque esso sia, ma perché è l'ordinamento

stesso che impone di adeguare i suoi precetti alle necessità di un ordinato vivere civile, soddisfacendo quei valori propri della persona umana, che il sistema normativo ha lo scopo di tutelare. E' la situazione sostanziale ciò che ha tenuto presente il legislatore nell'emanare la norma, così che la volontà legislativa, nella determinazione della fattispecie astratta, è necessariamente incompleta, in quanto spetta alla situazione sostanziale alla quale essa fa riferimento renderne concreto il significato. Il fatto che la norma sia destinata alla società implica che debbano essere adottate quelle interpretazioni che più appaiono consone alle sue esigenze più vive ed attuali. Il diritto vive nella società, ed ha un suo significato in rapporto alle modalità con le quali esso venga concretamente applicato. La società è un corpo vivo, in continuo mutamento, e cogliere le istanze che promanano dalla società è il compito più importante e più difficile per l'interprete. La norma deve essere adeguata alla realtà sostanziale, pur restando intatta la sua essenza normativa e strutturale.

L'interprete deve adattare l'astratta fattispecie normativa, nella sua inevitabile rigidità conseguente alla natura schematica dei precetti giuridici dei quali consta, alle concrete esigenze ed alle particolarità della fattispecie concreta, quali si rinvencono, nella loro infinita mutevolezza, *in rerum natura*.

La fattispecie astratta, così come letteralmente formulata, mai o quasi mai coincide con quella concreta; onde è compito dell'interprete adattarla ai rapporti intersoggettivi, con quelle modalità che si rendono necessarie, con quei criteri di opportunità e di giustizia che maggiormente appaiono validi in relazione alle esigenze della vita associata, quale si manifesta, nella sua mutevolezza, nel corso del tempo. L'interprete deve adeguare la realtà astratta alla situazione concreta, tenendo conto della sostanza del fenomeno contingente che la norma viene a disciplinare, del dato sociale e del suo più intrinseco significato. L'applicazione della norma al caso concreto non è un fatto meccanico, ma richiede finezza interpretativa e sensibilità verso le esigenze dei consociati. L'imperatività della norma e la sua natura categorica, che si identificano con gli effetti giuridici che la norma produce nei rapporti intersoggettivi, non escludono che la determinazione dei suoi contenuti precettivi, di ciò che essa concretamente impone ai consociati, siano preliminarmente definiti dall'interprete, antecedentemente alla determinazione dei suoi effetti giuridici.

La norma giuridica, in relazione ad ogni fattispecie concreta, fa propria l'immagine della realtà che in essa si rispecchia, e che viene, per così dire, ad assorbire; perché le modalità concrete attraverso le quali agisce la norma, gli specifici contenuti precettivi che devono essere applicati nel caso che viene deciso, sono individuati e definiti da quell'immagine della realtà che è ricostruita dall'interprete, e che diventa parte integrante dei suoi contenuti. La situazione sostanziale conforme ai precetti costituzionali viene ad arricchire la norma di contenuti in maniera decisiva, attraverso la sua pratica attuazione.

13. Assume in tal modo rilevanza quel vastissimo settore del dato pregiuridico, che di fatto condiziona con i suoi precetti gran parte della vita associata. Le norme di convenienza e di opportunità, di equità, le norme del costume in tutti i loro infiniti aspetti, ed ogni altra norma pregiuridica valida nei rapporti intersoggettivi, entrano a far parte del contenuto dei precetti giuridici.

All'interno dell'ordinamento giuridico e nell'ambito dei rapporti intersoggettivi, si rinvencono numerosissime norme, della più varia natura, le quali, in quanto estranee alla produzione normativa degli organi esponenti della società, non sono obbligatorie per i consociati. Tali norme hanno, nei confronti delle norme giuridiche le quali disciplinano la struttura di ciascun ordinamento, carattere ipotetico e non categorico.

Se la norma giuridica costituisce un imperativo categorico, al quale il destinatario è obbligato ad ottemperare, nella norma ipotetica tale obbligo invece non sussiste in questi termini, ma è condizionato dall'intento di raggiungere certi obiettivi, che possono essere pubblici o privati, a seconda delle circostanze. Il soggetto è libero di seguire o meno quelle norme, ma le deve seguire se vuole raggiungere certi scopi, che possono essere della più varia natura. Spesso il singolo, qualora vuole raggiungere un utile, deve tenere un certo comportamento. Ebbene, il precetto che gli impone tale comportamento, quale condizione per il raggiungimento dello scopo corrispondente, è l'imperativo ipotetico.

Ogni comportamento umano si svolge dunque secondo certe regole; e queste regole sono indubbiamente il frutto di una scelta individuale. Tuttavia vi sono regole che ciascuno è libero di seguire o meno, ed altre che gli vengono imposte. Quelle che gli vengono imposte - si intende da un punto di vista umano, ed a prescindere da ogni riferimento alla morale - sono le norme giuridiche; le altre hanno carattere pregiuridico. Fra le norme pregiuridiche, da un punto di vista umano, vanno considerate anche quelle morali. Le norme morali sono assolute; ma lo sono soltanto nei confronti delle Divinità, e non nei rapporti fra gli uomini. Esse diventano giuridicamente coattive soltanto se fatte proprie da norme giuridiche, delle quali vengono a formare il contenuto.

Le norme pregiuridiche, nella multiforme ed infinita gamma di sfumature con cui si atteggiavano nella vita associata, sono assolutamente indispensabili ai fini interpretativi, in quanto sono destinate a dare concretezza alle norme giuridiche, le quali devono soddisfare le esigenze di quella società, che hanno il compito di regolamentare. La norma giuridica, nella sua astrattezza, deve soddisfare, per non rimanere un dato freddo ed inerte, ma per corrispondere a criteri di giustizia sostanziale, le concrete istanze che promanano dal corpo sociale.

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

La Costituzione materiale non è cosa diversa dalla Carta Costituzionale considerata correttamente come complesso di norme interpretate in riferimento alle esigenze concrete della vita associata. La Costituzione, come tutti gli altri testi normativi, in tanto ha un significato, in quanto sia considerata in riferimento ai rapporti intersoggettivi, ai quali è destinata. Ogni complesso normativo non può avere significato in sé, come entità astratta avulsa dalle esigenze della società alla quale si riferisce, ma necessita, per essere correttamente inteso, di essere integrato con quella valorizzazione delle esigenze della vita associata, che è destinato a soddisfare. Nell'interpretazione giuridica il dato pregiuridico ha chiaramente un'importanza fondamentale e decisiva, perché viene a dotare i precetti costituzionali, quali appaiono nella loro genericità, di un valido contenuto; anche se a tale dato non può essere attribuita una posizione prioritaria rispetto a quanto statuito dalla norma che deve essere attuata, e per ciò stesso interpretata, perché ciò si tradurrebbe nel disconoscimento di qualunque valore e

significato al dato normativo e formale, rispetto al quale il dato pregiuridico ha solo carattere complementare.

Quando le norme giuridiche della Carta Costituzionale vengono correttamente attuate, la Costituzione non è vissuta in quanto tale, ma ne è vissuta l'interpretazione che è compiuta dagli organi ai quali compete attuarla. Tuttavia anche allora il momento normativo dell'interpretazione sempre si esaurisce in una ristrutturazione temporanea e contingente del corpo sociale, al di là del quale non può avere valore. In ogni momento successivo, qualunque problema interpretativo dovrà essere risolto sulla base della norma giuridica, ed a prescindere dal preesistente assetto istituzionale che si è in concreto formato, e che in quanto tale non può avere valore precettivo. Gli elementi dell'interpretazione, dell'attuazione della norma giuridica, saranno da un lato la fattispecie astratta e dall'altro quella concreta, nei limiti in cui quest'ultima si presti ad entrare a far parte del contenuto di norme giuridiche, delle quali sia destinata a condizionare l'operatività. E naturalmente, quando l'attuazione avvenga a livello legislativo, altre leggi ordinarie, purchè costituzionalmente valide, potranno modificare quelle preesistenti.

Nell'ambito dell'ampia fattispecie astratta definita dalla norma, il comportamento umano può essere ad essa conforme, anche se non ha, nella norma stessa, la sua letterale previsione. Tuttavia bisogna specificare che esso non ha mai valore precettivo, così che può essere sempre cambiato, purchè si adottino soluzioni che pur sempre siano consone alla norma. In secondo luogo, qualora appaia contrastante con la norma, esso deve ritenersi antiggiuridico e deve essere considerato illegittimo.

Due sono quindi i punti che devono essere sottolineati: il primo è che non si può considerare valida ogni situazione sottostante alla norma, e quindi ogni fattispecie concreta che si verifichi per effetto della volontà umana, perché questo implicherebbe il venir meno del principio di legalità, e lo scardinamento delle fondamenta stesse dello Stato di diritto. Il secondo aspetto da evidenziare è che ogni situazione concreta, anche se aderente al dettato costituzionale, e quindi conforme alla norma stessa, non ha valore normativo e cogente, perché può essere modificato da una interpretazione successiva, da qualunque interpretazione successiva, la quale sia costituzionalmente conforme alle sue disposizioni. L'interpretazione può, anzi deve, essere modificata in relazione all'evolversi delle mutevoli esigenze proprie del corpo sociale: purchè appaia conforme alle concrete istanze che promanano dalla società, ogni nuova interpretazione sarà valida, qualora non sia contrastante con i precetti costituzionali.

15. Lo stesso concetto di Costituzione, al quale Mortati fa riferimento, è diverso da quello qui accolto: la Costituzione non è un rapporto tra poteri, ma un dato normativo e formale. Mortati fa riferimento alle classi sociali, a gruppi di potere, e a rapporti di interesse che definiscono l'assetto istituzionale nel quale si tradurrebbe la Costituzione. Ma la Costituzione non è questo dato sociologico, bensì un dato normativo e formale.

L'assetto dello Stato - almeno di quello che è improntato ai principi di libertà e di democrazia - non è rimesso ad un rapporto di forza tra gruppi di potere, ma alla sfera di autodeterminazione, che viene costituzionalmente garantita, dei componenti della collettività. Questo naturalmente non significa che all'interno dell'ordinamento statale non esistano gruppi di potere in grado di influenzare l'opinione pubblica - tali sono in primo luogo i partiti politici - ma significa che queste forze non rilevano giuridicamente nell'assetto costituzionale dell'ordinamento, qualora agiscano nei limiti del lecito. La Costituzione non si occupa di questi gruppi di potere, perché viene invece a disciplinare le libere istituzioni rappresentative, e i diritti inviolabili delle persone.

16. Quando l'ordinamento elabora la Carta Costituzionale, esso esercita un potere giuridico normativo. Tale potere, nel sociologismo giuridico, viene considerato come una forza che agisce all'interno della società al pari delle altre, e la cui portata non è determinante, perché sarebbe invece determinante il concreto assetto di potere che si forma all'interno del corpo sociale.

Tale impostazione si presta a delle critiche: non si possono mettere sullo stesso piano tutti i poteri, in quanto il potere giuridico normativo ha una sua peculiarità, come potere formale strutturante dell'istituzione, che lo colloca su un piano diverso da ogni altra forza che agisce all'interno della società. Un conto è esercitare un potere che abbia rilevanza giuridica, diverso è esercitare un potere che sia solo rilevante nella sua materialità. I poteri giuridici creano, modificano o estinguono rapporti giuridici, e quindi, a differenza di ogni altro, hanno una incidenza strutturale nell'ordinamento. Non si possono considerare tutti i poteri indistintamente soltanto come forze sociali. Si ritiene comunemente - sulle orme del Romano - che la norma altro non sia che l'espressione brutale della forza, e che come tale agisca all'interno della società in maniera indistinta rispetto agli altri poteri; ma tutto questo è gravemente errato, perché il potere giuridico possiede caratteristiche proprie, che sono connaturate alla sua natura normativa, che è strutturale e formale. Ogni ordinamento è ordinato - appunto in quanto ordinamento - da un potere normativo che, quale dato formale, è in grado di imporgli una certa struttura.

17. Come espressione di un potere normativo - del massimo potere normativo dello Stato, che è quello Costituente - la Costituzione è indubbiamente espressione di indirizzo politico, perché tutti i poteri normativi - ed in particolare questo - sono espressione di indirizzo politico. Nell'esercizio di questa funzione, la Costituzione fissa i fini supremi dello Stato, ed i principi di fondo che regolano i rapporti tra pubblici poteri e cittadini. E la determinazione delle finalità dello Stato, negli ordinamenti che riconoscono i diritti inviolabili dell'uomo, non può che essere incentrata sulla salvaguardia della persona umana, e sui suoi diritti inviolabili. La norma costituzionale disciplina la struttura della società nei suoi aspetti fondamentali, lasciando alle fonti normative subordinate il compito di regolamentare gli aspetti più particolareggiati dell'ordinamento giuridico.

La norma poi deve essere completata, per la sua pratica attuazione, dall'attività interpretativa, che delle norme viene a specificare - e ad arricchire - i contenuti. Ed anche l'interpretazione delle norme è indubbiamente frutto di scelte politiche.

E' questo arricchimento e completamento che si effettua a livello interpretativo, in sede di concreta attuazione della norma, che giustifica e valorizza il concetto di Costituzione materiale elaborato dal Mortati. L'attuazione concreta dei precetti contenuti nella Costituzione deve necessariamente avvenire con quelle modalità che sono indispensabili per soddisfare le concrete esigenze della società alla quale sono destinate, e che vengono a disciplinare. Ed il processo attuativo basato sull'interpretazione giuridica costituisce espressione di indirizzo politico al suo massimo livello, in quanto completa l'opera effettuata in sede di strutturazione dell'ordinamento a livello normativo. Sotto questo riguardo, ha una sua piena validità il concetto di Costituzione materiale.

18. Le ragioni del successo della teoria della Costituzione materiale sono evidenti.

Attraverso la teoria della Costituzione materiale Mortati ha espresso, al livello più alto, la tendenza, che da tempo si è manifestata - ma che sta addirittura trionfando nel periodo in cui viviamo - a sciogliere, a fluidificare - se così si può dire - nel dato sociale, nella vita associata considerata in sé, il fenomeno giuridico, attraverso una

valorizzazione del principio di effettività che scivola, spesso inavvertitamente, verso concezioni giusnaturalistiche. Lo sforzo degli studiosi moderni è prevalentemente rivolto a valorizzare il comportamento umano ed il dato sociale dell'effettivo atteggiarsi dei rapporti intersoggettivi. La vita associata si svolge necessariamente secondo regole proprie, che sono quelle del costume, della morale, della prassi sociale, della convenienza e dell'opportunità, o di altre norme pregiuridiche, conformemente ad infiniti criteri che è impossibile schematizzare, anche se solo sommariamente, in maniera preconstituita, ed a tale vita associata, o esperienza di vita, o attività, o manifestazione di volontà, di sentimento o di desiderio, quale si atteggia nell'infinita gamma di sfumature che può assumere l'animo umano, si dà il nome di diritto; un diritto che viene identificato con la stessa società, secondo i canoni della teoria istituzionale che rivive, aggiungendovi particolarità innumerevoli e suggestive, nella dottrina di numerosi autori. Lo stesso riportare la validità della norma giuridica al consenso sociale, che tanto fascino e suggestione esercita sugli interpreti, non è che una versione moderna di una concezione giusnaturalistica: il diritto vero sarebbe non nei precetti espressi dagli organi esponenziali di un ordinamento, ma nel cuore degli uomini; e solo questo atteggiamento interiore ne garantirebbe la validità e la durata.

Attraverso l'identificazione del diritto con la società, il diritto positivo non appare più come un fatto umano e contingente, con tutte le carenze, anche gravissime, che possono essergli proprie, ma è qualcosa di più stabile e profondo, immutabile nella sua più intima essenza nonostante il trascorrere del tempo e gli atteggiamenti che esso può assumere. Il suo fascino è stato proprio in questa concretizzazione di un assoluto, nell'esaltazione della socialità allo stato puro, anche se eventualmente privo di qualunque idealità. E' questo che è piaciuto a molti fra i maggiori studiosi italiani di diritto: identificando il fenomeno giuridico con la società, si è venuti a dire che il diritto è connaturato alla natura umana, ripetendo quanto già detto dai sostenitori del diritto naturale. Con questa teorica il trascendente diventa immanente, diventa realtà tangibile e concreta, pur restando assoluto. Ed il successo di una tale impostazione è nel fatto che in essa il trascendente perde quei connotati che lo rendevano poco credibile alla mentalità moderna, per assumere quelli - come viene ritenuto - del diritto positivo vero e proprio, privo di ogni astrazione, ed invece dotato di attendibilità, in quanto avente la concretezza del dato sociale.

Anche il successo della teoria della Costituzione materiale si inquadra in questa tendenza a valorizzare come vero diritto, come l'espressione più genuina della giuridicità, il dato sociale, in contrapposizione al dato freddo ed inerte della norma giuridica. La Costituzione vera non sarebbe quella scritta, ma quella realmente esistente, come concreto assetto istituzionale dei poteri, all'interno della società. L'esistenza stessa della Costituzione come realtà inerente alla struttura della società presenta il fascino latente, ma non per questo meno intenso, di un nuovo assoluto. Al di là di ogni situazione contingente di diritto positivo, l'identificazione del diritto con il corpo sociale presenta la solidità di un valore eterno, come tale idoneo ad essere depositario dell'essenza più intima della giuridicità. La valorizzazione del dato sociale e pregiuridico ha fatto rivivere, anche nella problematica della Costituzione materiale, il fascino mai sopito del giusnaturalismo, e degli ideali ad esso connaturati, che invano, riducendo il diritto positivo a dato contingente e volontaristico, molti cercano di negare.

Ma questo non deve essere il concetto da accogliere di Costituzione materiale. L'insigne Autore che ha formulato la teoria della Costituzione materiale non si è limitato ad evidenziare una realtà sociologica, ma ha definito correttamente i rapporti tra l'astratta fattispecie normativa e la concreta vita associata, mettendo in risalto quei profili del rapporto delle norme con il corpo sociale, che consentono di definire nella loro completezza i contenuti dei precetti costituzionali. Soltanto qualora la norma

costituzionale faccia proprie le più valide esigenze della vita associata, essa potrà veramente raggiungere i propri scopi. E questa necessità, che è alla base della corretta attuazione della Carta Costituzionale, è stata efficacemente espressa attraverso il concetto di Costituzione materiale.

BIBLIOGRAFIA

C. MORTATI, *La Costituzione materiale*, ora in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, Milano, 1998; id., *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. del dir.*, Vol. XI, Milano, 1971, 169; id., *Istituzioni di diritto pubblico*, Vol. I, Padova, 1975, 30; id., *Brevi note sul rapporto tra Costituzione e potere politico nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, Milano, 1973, 82; M. GALIZIA (a cura di), *Forme di Stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Milano, 2007; A. CATELANI-S. LABRIOLA (a cura di), *La Costituzione materiale-Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano, 2001; M. GALIZIA-P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, 1990; F. LANCHESTER (a cura di), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Napoli, 1989; G. GUARINO, *I decreto delegati luogotenenziali: sulla normatività della Costituzione materiale*, in *Foro pen.* 1947, 105; id., *Materia costituzionale, Costituzione materiale, leggi costituzionali*, in *Jus* 1946, 97; C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984; id., *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981; id., *Le categorie del politico*, Bologna, 1972; M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, 1999; id., *Costituzione e popolo sovrano-La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 2004; A. D'ATENA, *Una Costituzione senza Costituzione per l'Europa*, in *Dir. e soc.* 2009, 191; G. VOLPE, *Storia costituzionale degli italiani, I, L'Italietta*, Torino, 2009; S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Milano, 1962; H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1973; id., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1978; H. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965; A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1965; G. CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune*, Milano, 1975; K. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto*, Milano, 1996; N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958; id., *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996; id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Torino, 1988; C. PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica*, Milano, 1979; R. ALÉXY, *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1977; id., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1988; G. GAVAZZI, *Diritto positivo*, in *Noviss. Dig. It.*, Vol. V, Torino, 1960; P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007; A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche-Parte prima*, Milano, 1996; A. CATELANI, *Il diritto come struttura e come forma*, Torino, 1998; id., *Aspetti formali e strutturali e principi etici nella disciplina del corpo sociale*, in *Aquinas* 2008, 43; N. IRTI, *Il nichilismo giuridico*, Bologna, 2005; id., *Il salvagente della forma*, Bari, 2007; R. LÒWITH, *Il nichilismo europeo*, Bari-Roma, 2006; F. MODUGNO, *Legge, ordinamento giuridico, pluralità degli ordinamenti*, Milano, 1986; S. RODOTA', *La vita e le regole*, Milano, 2009; G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge-Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009; G. PINO, *Diritto e interpretazione,-Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010; A. CATANIA, *Manuale di teoria generale*, Bari-Roma, 2010; R. MARRA, *Per una scienza di realtà del diritto (contro il feticismo giuridico)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2009, 5; L. CARLASSARE, *Sovranità popolare e Stato di diritto*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, Vol. I, Bari-Roma, 2006; A. CATELANI, *Il principio di legalità e la tutela di diritti umani nel moderno Stato di diritto*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo Stato*, Milano, 2003, 501; S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.* 2005, 467;

P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953; A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, Napoli, 2009; A. CATELANI, *Positività ed effettività delle norme giuridiche*, in A. CATANIA (a cura di), *Dimensione dell'effettività*, Milano, 2005, 48; F. GENTILE, *Ordinamento giuridico-Tra virtualità e realtà*, Padova, 2005; G. SALVIOLI, *L'effettività nel diritto internazionale*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.* 1953, 271; M. GROPPALI, *Il principio di effettività e la riduzione del diritto al fatto*, in *Riv. internaz. di fil. del dir.* 1954, 273; F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Torino, 1999; R. MARRA, *Sanzione*, in *Dig. Civ.*, Vol. XVIII, Torino, 1998; W. CESARINI SFORZA, *Norma e sanzione*, in *Riv. internaz. di fil. del dir.* 1921, 60; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. I, 2, Milano, 1980; R. GUASTINI, *Lo scetticismo interpretativo rivisitato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2006, 227; G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione-Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990; F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova, 1998; A. CATELANI, *I simboli del linguaggio e l'interpretazione giuridica*, in *Symbolon* 1999, 25; F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione-Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999; J. RUSHKA, *La Costituzione del caso giuridico-Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, Bologna, 2009; V. VELLUZZI (a cura di), *Significato letterale e interpretativo del diritto*, Torino, 2001; id., *Interpretazione sistemica e pratica giurisprudenziale*, Torino, 2002; T. SERRA, *Pensare per problemi-Domande sulla topica giuridica in un momento in trasformazione*, in *Teoria del diritto e dello Stato* 2002, 69; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999; V. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, Milano, 1998.