

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2011

ESTRATTO



Edizioni ETS

VITO VELLUZZI

IL GIURISTA, LA LEGGE, LA COSTITUZIONE.
A PROPOSITO DI *MORALITÉ* DI MARCELLO GALLO

Con queste rapide osservazioni non intendo riassumere a tutto tondo, in poche battute e con inevitabile genericità i contenuti del libro del Prof. Marcello Gallo (*Moralité*, Napoli, Esi, 2011, pp. 211). Ciò potrebbe recare offesa sia all'autore, sia ai potenziali lettori. L'Autore vedrebbe sviliti gli importanti contenuti del suo lavoro e il lettore avrebbe accesso alle riflessioni di un maestro del diritto (senza specificazioni) attraverso una prosa meno ricca, profonda ed elegante di quella del libro. La strada intrapresa nelle considerazioni a seguire è un'altra, ovvero intendo offrire qualche riflessione su due fuochi tematici ricorrenti nelle pagine del libro, proponendoli come quelli più interessanti per il filosofo del diritto, oltre che per i giuristi di vari ambiti disciplinari, tra i quali primeggiano, com'è prevedibile, il diritto penale e il diritto costituzionale. Cercherò, quindi, di fare soltanto il mio mestiere, il filosofo del diritto (analitico). Che il libro sia di sicuro interesse per il filosofo del diritto è testimoniato sia dalla frequente citazione di due tra i più grandi filosofi del diritto del Novecento, Kelsen e Hart, nonché dai puntuali riferimenti a filosofi "generalisti", quali Bacone e Hockam. Ma è rilevabile soprattutto dai temi affrontati e dal metodo usato.

Inizio dal metodo. Quest'ultimo è ispirato alla coerenza, ovvero alla riconduzione delle riflessioni compiute ad alcuni principi e criteri guida. Per quanto l'autore neghi, facendo professione di umiltà, l'ambizione di costruire un "sistema", la trama di considerazioni tessuta saggio dopo saggio a partire da questioni giuridiche particolari si annoda sempre intorno ai medesimi principi e criteri, tra loro perfettamente armoniosi e non soltanto compatibili. Se non si tende alla costruzione di un sistema, si pensa al diritto come ad un sistema, in particolare ad un sistema di norme e principi in grado di delineare in maniera sì problematica, ma pur sempre sufficientemente chiara, competenze istituzionali, confini tra poteri, rapporti gerarchici tra norme.

L'adozione del metodo, dei principi e dei criteri che lo ispirano, quindi, non è indifferente rispetto ai temi affrontati e allo loro importanza per il filosofo del diritto. Ma non voglio parlare dei principi basilari del sistema individuati e sviluppati dall'Autore, bensì ricostruirli, per così dire, induttivamente, a partire da due fuochi tematici ricorrenti, come ho già affermato. Ed ecco che i due fuo-

chi tematici prendono la forma: a) del significato della Costituzione nel sistema giuridico italiano; b) dell'interpretazione della legge, con particolare attenzione al compito e al contenuto dell'art. 12, comma primo delle preleggi.

Primo fuoco tematico: una formula di sintesi adeguata per spiegare questo punto potrebbe essere "la Costituzione è uno sbarramento". Mi spiego. La tendenza in atto in dottrina e in giurisprudenza, ci avvisa il Prof. Gallo a p. 211, è quella di considerare la Costituzione una norma come tutte le altre, ma la Costituzione non è una legge delega, da essa, cioè, non discendono "... obblighi, a contenuto positivo e a contenuto negativo, rivolti al legislatore ordinario (statuale e regionale)" (p. 195). La figura pertinente è quella dell'onere. Il legislatore, quindi, è sottoposto ad un obbligo condizionato (questo è un onere dal punto di vista deontico, come ci ha insegnato, tra gli altri, Giacomo Gavazzi), ovvero a norme la cui struttura logica è la seguente: "Se vuoi x devi y", e nel caso del legislatore diviene "Se vuoi che le tue leggi non siano invalidate devi rispettare la Costituzione". La Costituzione è, così configurata, uno sbarramento all'azione legislativa, la quale può svolgersi sin dove non trova ostacolo nelle norme costituzionali. La funzione di garanzia dei diritti svolta dalla Costituzione (rigida) risiede in ciò: questi diritti non possono essere violati dal legislatore. Il legislatore, quindi, non ha alcun obbligo incondizionato di attuare le norme costituzionali.

Da questa lettura discendono almeno due, importanti, conseguenze. La prima riguarda le posizioni soggettive sancite dalle norme costituzionali: la Costituzione è "matrice" e non fonte di diritti, di posizioni soggettive (individuate, in maniera icastica, dal prof. Gallo come interessi legittimi, interessi, cioè, per la cui attuazione e realizzazione è necessaria la mediazione di un potere, nella situazione che stiamo discutendo del potere legislativo, v. p. 204). Scrive, infatti, l'Autore: "Quale, allora, la funzione della garanzia costituzionale? Essa non è mai prestata a singole situazioni giuridico-soggettive ... ma è sempre e immanabilmente prestata ad altre norme. La garanzia costituzionale non ha per oggetto situazioni giuridico-soggettive, bensì norme generali e astratte, norme di natura ordinaria" (pp. 206-207). La seconda conseguenza riguarda il ruolo della Corte costituzionale. Se la Costituzione è uno sbarramento, un argine al potere legislativo, le sentenze della Corte dovrebbero muoversi nel solco del modello kelseniano di legislazione negativa. Il bersaglio critico del Prof. Gallo è costituito principalmente dalle cosiddette sentenze additive, ovvero, dalle sentenze "che dichiarano la illegittimità di un disposto di legge 'in quanto' o 'perché' non enuncia uno o più elementi di fattispecie ... Con la conseguenza di 'aggiungere' al disposto su cui la Corte è chiamata a pronunciarsi elementi che nel testo mancano" (p. 27). Più in particolare la critica è rivolta a coloro, e sono molti, che

ritengono tali sentenze vincolanti, mentre la loro efficacia andrebbe, a detta del prof. Gallo, limitata al rango di consigli al legislatore (v. p. 71).

Alcune considerazioni su questo primo fuoco tematico. Oggidì è diffusa l'idea che la Costituzione non sia sbarramento, bensì fondamento, e fondamento alquanto pervasivo, del sistema giuridico. Ne è limpida prova la tesi dell'applicazione diretta delle norme costituzionali, tesi che ha due rilevanti ramificazioni: l'applicazione diretta può servire a colmare lacune normative *tout court* a livello legislativo, ragion per cui il legislatore è obbligato ad attuare le norme costituzionali, se non lo fa il giudice può risolvere le controversie basandosi direttamente sulle norme costituzionali; oppure ove una norma costituzionale contempli un diritto sociale (categoria discussa e dagli incerti contenuti), ossia un diritto a ottenere una prestazione e gli apparati statali si rifiutino di erogarla, il cittadino può rivolgersi al giudice affinché possa ottenere la prestazione senza la mediazione di una o più norme legislative. Sulla prima ramificazione della tesi dell'applicazione diretta della Costituzione non è dato trarre, dal libro del Prof. Gallo, argomenti favorevoli o contrari. Si è visto, invece, come la seconda ramificazione della tesi incontri la ferma opposizione dell'Autore. Ma v'è una prova ulteriore della diffusione della concezione della Costituzione come fondamento, ovvero la tesi dell'efficacia vincolante per i giudici ordinari delle sentenze additive: se la Costituzione è fondamento (nel senso sopra indicato) del sistema giuridico, è doveroso innestare nelle leggi ciò che in esse manca per renderle conformi a Costituzione. Pure quest'ultima tesi è avversata dal Prof. Gallo nella misura in cui, vale la pena ripeterlo, a tali sentenze si attribuisca efficacia *erga omnes*. Aggiunge l'Autore che così ragionando si finisce per violare l'art. 101, comma secondo Cost., (v. p. 67).

Non credo che interessi a quale delle due concezioni (da me denominate un po' sommariamente dello sbarramento e del fondamento) della Costituzione vada la mia preferenza, voglio solo sottolineare un aspetto: se la concezione sostenuta con estremo rigore dall'Autore rischia di relegare le norme Costituzionali a un ruolo, per così dire, di nicchia, la concezione alternativa alloca la gran parte della "gestione" del sistema giuridico nelle mani della Corte costituzionale e dei giudici ordinari. Inoltre, l'impressione che si trae leggendo il libro è che l'Autore non sposi una concezione della Costituzione per calarla dall'esterno sul sistema giuridico italiano, bensì ritenga che quella concezione sia presente nei contenuti delle norme della Costituzione italiana, per cui l'alternativa non è tra due concezioni della medesima Costituzione, bensì tra due diverse Costituzioni.

Secondo fuoco tematico: l'interpretazione della legge. Una formula riassuntiva adeguata potrebbe essere "l'articolo 12, comma primo, delle preleggi preso

sul serio”. Inizio con una notazione a mo’ di cronaca sociologico-giuridica. Un rapido esame da me compiuto della giurisprudenza ha evidenziato un dato che il Prof. Gallo giudicherebbe sconcertante: il numero di sentenze (di merito e di legittimità) che non menziona e/o non usa i criteri interpretativi di cui al summenzionato articolo è molto più elevato delle sentenze che al medesimo articolo si richiamano. Il Prof. Gallo muove, invece, da un presupposto semplice e lineare: l’articolo 12, comma primo è una norma vigente del sistema giuridico italiano, non v’è alcuna ragione plausibile per ignorarla o screditarla. V’è di più: in fondo il contenuto della norma in questione “appartiene al modo di essere, ontologico e deontologico, della lettura di norme giuridiche” (p. 53). Se non ho frainteso i molteplici spunti forniti in argomento dall’Autore, il faro dell’interprete non può che essere il testo normativo, è all’interno di esso, del significato proprio delle parole e della loro connessione che l’intenzione del legislatore diviene ragionevole, che i principi orientano la scelta del significato corretto o preferibile; è dentro quel recinto semantico e sintattico che le scelte valutative dell’interprete restano scelte interpretative appunto, e non si trasformano in “visioni ideologiche, mascherate da interpretazioni” (p. 127).

Su questo secondo fuoco tematico mi permetto di esprimere una breve valutazione in assonanza di vedute col Prof. Gallo e che prescinde dal ruolo che si voglia assegnare all’art. 12 primo comma delle preleggi. Ritenere il testo normativo il punto di partenza e il punto di arrivo dell’attività interpretativa, non vuol dire essere ingenui e nostalgici amanti di una visione semanticamente insostenibile e giuridicamente inopportuna del ruolo dell’interprete nel sistema giuridico. Significa, al contrario, riconoscere l’inevitabile discrezionalità dell’interprete derivante dall’ambiguità delle parole e dalla vaghezza dei significati senza accettare, però, che sia confusa con l’arbitrio. Significa richiedere all’interprete una seria assunzione di responsabilità evitando la confusione dei ruoli. Si tratta, quindi, di pretendere dall’interprete stesso giustificazioni della propria attività conformi alla separazione dei poteri (comunque intesa: separazione in senso forte, distinzione, bilanciamento) e compatibili con l’ambito dei possibili significati dei testi normativi oggetto di interpretazione. Pensarla diversamente vuol dire esporsi a molteplici rischi, uno dei quali è stato autorevolmente indicato da Hart: il rischio di confondere la definitività di una sentenza con la sua infallibilità.

Ho intitolato queste rapide considerazioni sul libro del Prof. Gallo “Il giurista, la legge, la Costituzione”. Spero che la ragione del titolo sia ora chiara al lettore. Ho indicato per prima la legge perché nelle riflessioni dell’Autore essa è il riferimento fisiologico del giurista e solo laddove la fisiologia viene meno, mu-

tando in patologia, la Costituzione e il suo garante, la Corte costituzionale, svolgono un ruolo significativo. In più la legge è in grado di imbrigliare l'interprete garantendo il rispetto dei ruoli istituzionali, essa fornisce un quadro semantico e sintattico articolato i cui confini non sono però manipolabili dall'interprete a proprio piacimento.

Se l'Autore sia nel giusto è questione di opinioni, ma che il libro sia una lettura eccellente è fuor di dubbio. Le riflessioni proposte nei saggi stimolano il lettore a seguire i fili di un articolato e rigoroso ragionamento, e il ragionamento non lascia mai il passo alla "moda giuridica del momento" o all'asserzione apodittica. Insomma il Prof. Gallo si mostra come un giuspositivista desideroso di porre in evidenza le ragioni del diritto positivo e la forza di queste ragioni più che la semplice forza del diritto positivo.

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di maggio 2012