

## PREFAZIONE ALLA VI EDIZIONE

Nell'anno del settantesimo anniversario dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, l'assetto costituzionale dell'ordinamento italiano appare sottoposto a molteplici tensioni.

Dal punto di vista dei meccanismi di funzionamento della forma di governo, vanno innanzitutto menzionate le novità registrate nell'ultimo anno (e che spiegano la necessità dell'aggiornamento del presente manuale): dall'approvazione della nuova legge elettorale di Camera e Senato (legge n. 165 del 2017) alle importanti modifiche apportate al regolamento del Senato sul finire della XVII Legislatura; dal tortuoso e faticoso percorso che ha portato alla nascita del primo esecutivo della XVIII Legislatura alle peculiari modalità operative del nuovo governo ed ai conseguenti effetti sul rapporto fra il medesimo e il Parlamento, da una parte, ed il Presidente della Repubblica, dall'altra. Si assiste anche ad una preoccupante contrapposizione fra il governo e le istituzioni europee (innanzitutto, ma non solo, con riguardo al rispetto delle regole di bilancio) che fa sorgere il timore che si intenda così mettere in dubbio un dato costituzionalmente fondato, e consolidato, quale quello della partecipazione dell'Italia al processo di integrazione europea (e, in questa prospettiva, con il rischio di un allontanamento del Paese dalle tradizionali alleanze internazionali). Inoltre sono state annunciate, da parte dell'esecutivo, proposte di riforma costituzionale (da attuare mediante singole e separate proposte di legge) aventi come scopo precipuo il rafforzamento degli istituti di democrazia diretta da raggiungere mediante l'eliminazione del quorum strutturale del referendum abrogativo, il rafforzamento dell'iniziativa legislativa popolare e la riduzione del numero dei parlamentari.

Il risultato delle elezioni politiche di marzo 2018 ha aperto nel Paese una nuova stagione politica. Già le modalità con cui i partiti che hanno dato vita alla maggioranza di governo si sono rapportati fra loro (con la stesura del "contratto di governo") e con il Presidente della Repubblica sono indici di un cambiamento di orizzonte politico che proietta sulle istituzioni dinamiche nuove, non sempre consone con il dettato costituzionale e che comunque pongono questioni di non facile soluzione, anche alla luce delle tendenze e dei precedenti registrati negli ultimi decenni. All'avvento di una nuova classe politica si accompagnano peraltro comportamenti non dissimili rispetto a quelli avuti dalle ultime maggioranze di governo: dalla perdurante condizione di subalternità del Parlamento nei confronti dell'esecutivo alle pratiche sistematiche di *spoil system* attuate in ogni settore; dagli attacchi dei detentori delle massime cariche governative verso le istituzioni di garanzia ad episodi ricorrenti di insofferenza e di arroganza nei confronti del dissenso interno e verso l'opposizione.

Di fronte alla odierna Babele delle voci ed al rincorrersi delle più disparate argomentazioni, è proprio nella Costituzione repubblicana, nei principi e valori su cui la stessa si fonda, che è possibile rinvenire la bussola che deve guidarci di fronte alle sfide della contemporaneità: la tutela della dignità umana e dei diritti inviolabili della persona; la centralità dei doveri inderogabili di solidarietà (“politica, economica e sociale”) quale espressione del principio di responsabilità ed imprescindibile fattore propulsivo dell’ordinamento giuridico; la tutela dei valori del pluralismo (declinato in tutte le sue forme: religioso, culturale, politico, istituzionale, ecc.); la fiducia nella rappresentanza politica quale indispensabile canale democratico nella consapevolezza della necessità di imprescindibili contrappesi istituzionali (dal ruolo di garanzia del Presidente della Repubblica a quello della Corte costituzionale; dal ruolo del potere giudiziario a quello delle autorità indipendenti e della pubblica amministrazione, ecc.) funzionali ad assicurare un’adeguata tutela delle minoranze e ad evitare forme di “dittatura della maggioranza”.

Quest’anno ricorre anche il centenario della conclusione della prima guerra mondiale. La comparazione fra quanto avvenuto, nel nostro Paese, negli anni immediatamente successivi alla fine delle due guerre mondiali conferma la lungimiranza e l’avvedutezza della classe politica che ha edificato la Repubblica. L’Italia (al contrario dello sfacelo che una certa narrazione mira a prospettare) si presenta oggi come una democrazia consolidata, con numerosi contrappesi istituzionali e di garanzia che assicurano un elevato tasso di pluralismo ed ampie sfere di autonomia e di libertà. In questi sette decenni sono stati raggiunti apprezzabili e diffusi livelli di benessere economico ed è stato edificato uno Stato sociale che, nonostante le contraddizioni e i limiti (che ovviamente vanno riconosciuti e corretti), assicura a tutti prestazioni (dal sistema scolastico a quello universitario, dal sistema sanitario a quello assistenziale, dal sistema previdenziale a quello della sicurezza) che pongono il Paese ai primi posti delle graduatorie mondiali. Ed è agevole evidenziare che siffatti risultati (senz’altro da migliorare e completare, ma che non vanno dimenticati né sottovalutati) sono tutti il prodotto dell’attuazione di principi ed istituti previsti dalla Costituzione repubblicana.

Sulmona, 12 novembre 2018

f.p.

## PREFAZIONE ALLA V EDIZIONE

La necessità di arricchire il capitolo dedicato alle libertà costituzionali, e più in generale di aggiornamento del manuale alla luce delle novità legislative e giurisprudenziali nel frattempo intervenute, ha consigliato di porre mano ad una rilettura dell'intero volume allo scopo di consegnare al lettore uno strumento didattico aggiornato sulle dinamiche istituzionali registrate nell'ultimo anno solare.

L'esito del referendum costituzionale tenutosi il 4 dicembre 2016, oltre a respingere la riforma costituzionale approvata dal Parlamento, ha riaperto innanzitutto la discussione sulla legge elettorale delle due Camere ma anche su alcune importanti leggi approvate nell'ultimo biennio (dalla riforma delle province alla riforma del mercato del lavoro, dalla riforma della pubblica amministrazione – oggetto della recente pronuncia della Corte costituzionale, sent. n. 251 del 2016 che ha dichiarato incostituzionale la relativa legge delega per lesione delle prerogative regionali – alla riforma della scuola). Nella lunga campagna referendaria si è registrata inoltre una grande attenzione, da parte dei più diversi settori del corpo elettorale, nei confronti dei temi delle garanzie costituzionali, della forma di governo e dell'assetto dei poteri pubblici.

Il referendum tenutosi in Gran Bretagna nel mese di giugno 2016, in cui il corpo elettorale di tale Paese si è espresso nel senso della fuoriuscita dall'Unione Europea (c.d. *Brexit*), ha inoltre aperto una grave crisi nel processo di integrazione europea.

Le tensioni contemporanee, registratesi anche in altri ordinamenti, fra le decisioni assunte dagli istituti della democrazia rappresentativa e gli esiti cui giungono i passaggi della democrazia diretta riportano all'attenzione non solo degli studiosi problemi centrali del diritto pubblico relativi alle modalità di strutturazione dell'assunzione delle decisioni negli ordinamenti democratici e, più in generale, all'essenza del principio democratico. E queste riflessioni assumono una consistenza del tutto peculiare all'interno del problematico quadro contemporaneo caratterizzato dalle questioni poste in particolare dalle migrazioni di massa e dalla perdurante crisi economica all'interno di un complesso quadro internazionale.

Sulmona, 3 gennaio 2017

f. p.

## PREFAZIONE ALLA IV EDIZIONE

Le dinamiche istituzionali registrate nell'ultimo biennio (ed ancora in evoluzione), di cui sono espressione sia l'approvazione di importanti discipline legislative (la nuova legge elettorale della Camera dei deputati, ma anche la legge di riforma delle province, la legge sul finanziamento dei partiti politici, la legge delega di riforma della pubblica amministrazione) sia alcune decisive pronunce della Corte costituzionale, hanno imposto un aggiornamento del presente manuale che è stato sottoposto ad un'ampia rilettura e revisione.

Il sistema costituzionale italiano sembra incamminato (almeno secondo le esternazioni dei maggiori *leaders* politici) verso un periodo di grandi cambiamenti realizzati innanzitutto attraverso la riforma costituzionale *in itinere*, ma anche mediante alcune leggi delega già approvate (riforma p.a., riforma del mercato del lavoro, riforma del sistema tributario, riforma della scuola, ecc.). In particolare il disegno di legge costituzionale approvato di recente dal Senato (ma nell'impianto globale già approvato da entrambe le Camere) si caratterizza per la soppressione del bicameralismo perfetto che caratterizzava la Costituzione repubblicana in luogo di un bicameralismo imperfetto in cui il Senato della Repubblica viene a rivestire un ruolo nettamente inferiore rispetto alla Camera dei deputati. La perdurante condizione di debolezza del Parlamento viene così ad essere certificata dal conferimento di gran parte del potere legislativo alla sola Camera dei deputati a sua volta eletta con un sistema elettorale che, direttamente o tramite il ballottaggio, conferisce ad una sola forza politica la maggioranza assoluta dei seggi. È così impressa al sistema costituzionale una tendenza fortemente maggioritaria e personalista i cui concreti effetti saranno misurabili solo negli anni a venire. In questo quadro appare fondamentale riflettere sulla capacità di tenuta degli istituti di garanzia.

Il processo di integrazione europea, a sua volta, continua ad imprimere al nostro assetto istituzionale ulteriori tensioni (o "torsioni") che pongono al giuspubblicista molteplici interrogativi concernenti il fondamento stesso del diritto pubblico (dalla perdita di sovranità dell'ordinamento statale al deficit democratico che caratterizza le istituzioni europee fino all'effettivo funzionamento dei meccanismi di tutela dei diritti).

Spero di essere riuscito a mostrare anche solo in piccola parte la ricchezza delle relative problematiche.

Sulmona, 31 ottobre 2015

f. p.

## PREFAZIONE ALLA III EDIZIONE

La revisione costituzionale operata dalla legge costituzionale n. 1 del 2012 (che ha interamente riscritto l'art. 81 Cost. ed introdotto modifiche agli artt. 97, 117 e 119 Cost.), con la successiva approvazione dalla legge "rinforzata" n. 243 del 2012, ha introdotto un'importante modifica nel quadro costituzionale italiano con riguardo innanzitutto alla c.d. "manovra di bilancio" (e dunque alle connesse funzioni del Parlamento e del Governo), ma che ha effetti anche sui meccanismi di funzionamento della forma di governo, sulle fonti del diritto e sulla tutela dei diritti. Ma, oltre a tale rilevante modifica costituzionale, anche le novità legislative, giurisprudenziali e politico-istituzionali registrate negli ultimi anni hanno reso necessario quest'ulteriore aggiornamento del manuale, sottoposto ad un'ampia rilettura e revisione. Le recenti dinamiche della forma di governo, la crescita del ruolo del Presidente della Repubblica, la "debolezza" del Parlamento conseguente alle contraddizioni di un assetto politico-partitico che fatica a trovare stabilità, il perdurante dibattito sulle riforme istituzionali, la necessità di modifica di una legge elettorale che ha mostrato tutti i propri limiti ma che i partiti tardano a sostituire, incidono fortemente sull'assetto politico-istituzionale ed impongono, nello studio e nella didattica del diritto pubblico, la necessità di adeguate riflessioni. Senza mutare l'impostazione del volume, si è così proceduto anche ad un aggiornamento degli esiti della giurisprudenza in particolare di quella costituzionale che negli ultimi anni (soprattutto in sede di giudizio sui conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato) ha fatto registrare importanti decisioni ed argomentazioni.

L'auspicio è che, anche (e soprattutto) in un momento così difficile per il nostro Paese, la riflessione sulle dinamiche istituzionali possa aiutare a comprendere le sottostanti opzioni valoriali e l'importanza della tutela dei diritti e della continua instaurazione e difesa di un ordinamento pluralistico, equo e solidale.

Sulmona, 6 ottobre 2013

f. p.

## PREFAZIONE ALLA II EDIZIONE

I continui interventi legislativi, spesso inseriti anche in testi di contenuto eterogeneo, impongono l'aggiornamento dei testi giuridici ed in particolare di quelli destinati alla formazione. Alle innovazioni legislative si affiancano le novità scaturenti dalla giurisprudenza che fornisce allo studioso sempre nuove occasioni di riflessione. In questa edizione hanno trovato in particolare esplicito spazio i primi decreti legislativi di attuazione della legge sul federalismo fiscale, la nuova disciplina legislativa relativa alla finanza pubblica e alla legge di stabilità e la normativa relativa alla semplificazione del quadro normativo vigente e alla eliminazione di leggi e regolamenti "obsoleti". L'occasione è stata utile per svolgere anche una revisione globale del volume e per l'ampliamento o aggiornamento di alcuni esempi giurisprudenziali e delle note bibliografiche.

La scelta di confermare l'impianto originario del manuale è dipesa anche dai positivi giudizi pervenuti dagli studenti e dai colleghi che hanno ritenuto di adottarlo per i propri corsi.

A tutti va il mio sincero ringraziamento.

Sulmona, 1° febbraio 2011

f. p.

## PREFAZIONE ALLA I EDIZIONE

Il diritto pubblico trova la sua ragione più profonda nella funzione di «limitazione del potere» e lo studio delle forme e dei principi di legittimazione del potere deve essere indirizzato alla costruzione di un reticolo di garanzie volte alla tutela delle libertà e dell'autonomia dei singoli. Le esigenze di garanzia e del pluralismo devono costituire infatti la base di ogni riflessione giuspubblicistica. E la collocazione del tema delle libertà e dei diritti fondamentali nel capitolo conclusivo del volume mira ad evidenziare come in tale argomento trovino infine compimento i tanti istituti del diritto pubblico trattati nei capitoli precedenti (da quelli relativi all'organizzazione a quelli concernenti le fonti del diritto).

La funzione didattica del manuale impone di (tentare di) perseguire la chiarezza nell'esposizione e se questa esigenza conduce verso qualche inevitabile semplificazione, si è parimenti cercato di mostrare la complessità del fenomeno giuridico sottolineandone la natura esperienziale. Secondo l'insegnamento di Capogrossi, lo studio dell'esperienza giuridica deve avvenire immergendosi in essa, perché solo così è possibile coglierne l'intima essenza. E, nell'esperienza giuridica, ruolo centrale è rivestito dall'interpretazione che non può essere ridotta ad un'operazione aritmetica, volta a dedurre da disposizioni scritte il comando posto dal legislatore, ma che invece deve schiudere tutta la sua ricchezza e complessità di momento creativo e che pone sull'interprete una proporzionale responsabilità. La centralità del fenomeno interpretativo ha indotto ad assegnare a tale argomento due paragrafi: uno nel capitolo introduttivo (relativo ai concetti di base del fenomeno giuridico) ed uno nel capitolo riguardante le fonti del diritto, e, proprio con riguardo al concetto di «fonte del diritto», si è evidenziato il valore «relativo» dello stesso che non può essere «assolutizzato» al punto di credere che il diritto «sgorghi» solo da un comando eteroimposto.

Il diritto non è un fenomeno monodimensionale e per questa ragione bisogna rifuggire dalle definizioni e dalle spiegazioni unidimensionali. Le componenti storica e sociale del diritto impongono di non perdere mai di vista le ragioni concrete di determinati istituti ed i rapporti sociali sottostanti, ma al tempo stesso il giurista, che non può assegnarsi il ruolo di «tecnico» estraneo all'insieme di valori sottesi all'ordinamento giuridico di riferimento, non può nemmeno smarrire il *proprium* della disciplina giuridica e della sua stessa funzione. Emerge così la complessità dello studio del diritto che è riflesso della complessità del fenomeno giuridico.

In ogni visione del diritto (così come in ogni visione del mondo) è sempre ravvisabile (e sottointeso) un insieme o un nucleo di valori e principi nei quali il giurista si riconosce. I valori cui è ispirato questo manuale sono quelli della tute-

la dell'individuo, dei principi del pluralismo e dei valori democratici. Spero di essere riuscito anche in piccola parte a trasmetterne qualcuno.

*La stesura di un manuale, per la scelta dei temi e dei profili da approfondire, con le consequenziali opzioni legate all'esigenza di completezza e di equilibrio fra i vari argomenti, costituisce un'operazione scientifico-didattica particolare. E per questa ragione mi piace dedicare la «fatica» di questo manuale ai miei genitori, Assunta e Nicola, oltre che per l'amore con cui mi hanno cresciuto, per l'esempio quotidiano di costante impegno nel lavoro (anche quello «oscuro») e in tutte le piccole cose della vita, nonché di attaccamento ai valori della famiglia e al rispetto di sé e degli altri e con il rammarico che purtroppo papà non potrà leggere queste povere righe.*

Sulmona, 25 febbraio 2010

f. p.



## Capitolo Primo

# DIRITTO, ORDINAMENTO GIURIDICO, NORMA GIURIDICA

1. Premessa: diritto, fenomeno giuridico, esperienza giuridica. L'oggetto del diritto pubblico. – 2. Norma giuridica e ordinamento giuridico. – 3. La pluralità degli ordinamenti giuridici. – 4. La pluralità degli ordinamenti giuridici nella giurisprudenza: il difetto di giurisdizione. – 5. L'interpretazione. – *Nota bibliografica.*

### 1. **Premessa: diritto, fenomeno giuridico, esperienza giuridica. L'oggetto del diritto pubblico**

Il diritto, quale oggetto di studio del giurista (e del giuspubblicista in particolare) si presenta innanzitutto quale “fenomeno giuridico” e dunque quale “**esperienza giuridica**”. Questa modalità di approccio allo studio del diritto rigetta l'impostazione che esaurisce il diritto nella norma giuridica (c.d. visione normativa del diritto) e che assegna allo studio del diritto la sostanza di una ricerca esclusivamente esegetica o interpretativa finendo così per rivelarsi non solo «del tutto servente rispetto alla prassi politica e agli interessi economici prevalenti», ma che conduce soprattutto a smarrire «quella prospettiva critica che costituisce l'elemento fondante di ogni visione scientifica» (Cervati). Il **diritto** mira a determinare e ordinare i comportamenti degli uomini in quanto membri di una *societas* (c.d. *funzione prescrittiva del diritto*), ma, al tempo stesso, bisogna innanzitutto ricordare che il diritto è il prodotto, storicamente condizionato, di quella stessa *societas* e dei molteplici rapporti esistenti fra i membri della medesima. Il diritto è dunque un prodotto storico e, come tale, è un fenomeno concreto e pertanto è “esperienza giuridica” (Capograssi) ed è «ordine di convivenza, immanente ai rapporti di un corpo sociale che si rispecchia nella coscienza sociale dei membri che lo compongono». Pertanto l'ordinamento giuridico è «un organismo in perenne movimento, in continua trasformazione, che segue e rispecchia ... il movimento delle trasformazioni della vita sociale» (Betti).

Nella didattica del fenomeno giuridico si tende ad operare innanzitutto una *summa divisio* fra diritto pubblico e diritto privato.

Il *diritto pubblico* ha ad oggetto lo studio dei principi relativi alla legittimazione del potere pubblico (e dunque anche alla limitazione dello stesso), ma anche all'assetto organizzativo e alle modalità di gestione di siffatto potere, nonché

lo studio delle forme di responsabilità cui sono soggetti quanti svolgono funzioni che comportano la gestione di potere pubblico. Il *diritto privato* invece ha (o dovrebbe avere) ad oggetto lo studio dei rapporti fra soggetti privati nelle molteplici forme che tali rapporti possono assumere. Il diritto pubblico (che si articola nelle varie branche del diritto costituzionale, del diritto amministrativo, del diritto penale, del diritto tributario, ecc.) disciplina pertanto l'organizzazione e l'azione dello Stato e degli enti pubblici e regola i comportamenti cui i privati sono tenuti per il perseguimento delle finalità stabilite dalla legge come «pubbliche». La tradizionale distinzione fra diritto pubblico e diritto privato tende a separare le norme relative al potere pubblico (e alle modalità di rapporto dei singoli con tale potere) dalle norme che disciplinano l'autonomia lasciata ai soggetti privati. Questa distinzione, utile dal punto di vista didattico, si rivela però, ad un esame più approfondito, tutt'altro che chiara e non sempre rispondente alla realtà. Si pensi, ad esempio, alle varie forme di intervento dello Stato negli ambiti dell'economia o allo scopo di protezione del singolo che si trovi in una posizione di oggettiva debolezza (dalla tutela del consumatore alle diverse forme di tutela sociale). E proprio questa considerazione ci dimostra quanto siano «pericolose», nello studio del diritto, le definizioni. Queste infatti, se utili da un punto di vista didattico, si rivelano inutili e controproducenti se, tramite esse, si intenda ingabbiare la realtà (che è sempre più ricca della fantasia degli uomini).

Il diritto non è «forma» (o non è solo «forma») o «definizioni», ma realtà concreta (esperienza giuridica, appunto) e pertanto, nello studio dei vari aspetti del fenomeno giuridico, bisogna sempre interrogarsi sulle problematiche concrete ad essi sottese e alle connesse dinamiche economiche e sociali. In questa opera la *dogmatica giuridica* (cioè la costruzione di definizioni e concetti giuridici) costituisce uno strumento che può rivelarsi estremamente utile (a volte anche necessario), ma che non deve condurre ad un distacco dalla realtà e dalle scelte valoriali sottostanti alle singole opzioni.

Molteplici sono gli esempi di istituti sulla cui natura giuridica a lungo vi è stata discussione. Può così ricordarsi la vicenda delle Ipad (Istituzioni di assistenza e di beneficenza), enti di natura privata, di vita secolare, enti morali che, sul finire del XIX secolo, con la c.d. legge Crispi, vengono sottoposte ad una penetrante disciplina di diritto pubblico, ma cui, in ragione di alcune pronunce della Corte costituzionale (negli anni ottanta del secolo scorso), viene riconosciuta sia la natura privata sia la tutela costituzionale di tale natura privata. La legge 17 luglio 1890, n. 6972 configurava le Ipad come enti autonomi, amministrati da propri organi di gestione, previsti e disciplinati dallo statuto e sottoposti a vigilanza e controllo dello Stato e (dall'avvio dell'ordinamento regionale) delle Regioni. Nella sent. n. 173 del 1981, la Corte costituzionale (dichiarando incostituzionale, per eccesso di delega, l'art. 25, comma 5, del d.p.r. n. 616 del 1977, che prevedeva il trasferimento ai comuni di «funzioni, personale e beni delle Ipad regionali») ha precisato che la riforma delle Ipad infraregionali dovesse avvenire tramite la «legge generale di riforma dell'assistenza», volta a superare la legge Crispi, dovendo essere adeguatamente valorizzata «la pluralità di forme e di modi in cui l'attività assistenziale viene prestata, differenze non prese come tali in considerazione dalla legge Crispi, preoccupata di unificare sul piano delle figure soggettive (al fine di sottoporle al controllo dell'autorità civile) i vari tipi di Opere Pie formati nel corso di una vicenda di durata ultrasecolare. Ma, dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, intraprendere una riforma del sistema, come è configurato dalla legge Crispi, comporta che si faccia debito conto dei precetti contenuti negli artt. 18, 19, 33 e 38 della Carta costituzionale e che sia affrontato, alla luce dell'art. 38, ultimo comma, Cost. il tema del pluralismo delle istituzioni in relazione alle possibilità di pluralismo nelle istituzioni». La Corte costituzionale invita dunque il legislatore a tenere presenti, nell'adozione della leg-

ge di riforma delle Ipab, i principi introdotti dalla Costituzione repubblicana. E, proprio per il mancato rispetto di tali principi, la Corte costituzionale (con la sent. n. 396 del 1988) ha dichiarato incostituzionale l'art. 1 della legge n. 6972 del 1890 (c.d. legge Crispi) per contrasto con l'art. 38, ultimo comma, Cost. (che tutela la libertà dell'assistenza privata) giacché riconduce tutte le istituzioni di assistenza e beneficenza (Ipab) nell'ambito degli enti pubblici. Nella sent. n. 396 del 1988 la Corte costituzionale ricorda la «posizione ambivalente» delle Ipab (in tal senso la Corte costituzionale si era già espressa nella sent. n. 195 del 1987) in ragione della peculiarità del regime giuridico di tali enti caratterizzati dall'intrecciarsi «di una disciplina pubblicistica in funzione di controllo, con una notevole permanenza di elementi privatistici, il che conferisce ad esse una impronta assai peculiare rispetto agli altri enti pubblici». La legge Crispi non ha dunque operato «una vera e propria pubblicizzazione del settore della beneficenza e poi ... dell'assistenza, ma la creazione progressiva di strumenti statali di “beneficenza legale” e la predisposizione di forme di controllo e di disciplina uniforme, nella beneficenza di origine privata». Secondo la Corte, sono venuti ormai meno i presupposti che avevano presieduto, all'epoca della legge Crispi, al generalizzato regime di pubblicizzazione, ritenuto oggi non più aderente al mutato quadro costituzionale. È pertanto costituzionalmente necessario affermare il diritto di «quelle figure soggettive sorte nell'ambito della autonomia privata, di vedersi riconosciuta l'originaria natura». Questa esigenza è infatti imposta dal principio pluralistico che ispira nel suo complesso la Costituzione repubblicana e che, nel campo dell'assistenza, è garantito, quanto alle iniziative private, dall'ultimo comma dell'art. 38, rispetto al quale è divenuto ormai incompatibile il monopolio pubblico delle istituzioni medesime. In provvisoria attuazione del disposto della sent. n. 396 del 1988, il D.p.c.m. 16 febbraio 1990 (*Direttiva alle regioni in materia di riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato alle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza a carattere regionale ed infra-regionale*), individuava i criteri per la determinazione della natura dei vari enti e riconosceva natura privata a quelle istituzioni operanti nell'ambito dell'assistenza ed aventi carattere associativo oppure carattere di istituzione promossa ed amministrata da privati oppure avente ispirazione religiosa. Nella sent. n. 466 del 1990 la Corte costituzionale ha specificato che «la privatizzazione delle Ipab costituisce una modificazione dello status della persona giuridica, che come tale non comporta apprezzamenti di natura discrezionale, essendo vincolata alla verifica della sussistenza di requisiti obiettivamente riscontrabili; contrariamente al riconoscimento giuridico, che ha carattere costitutivo, il provvedimento di privatizzazione ha una mera valenza dichiarativa, essendo rinvenibile in capo all'Ipab un vero e proprio diritto soggettivo alla qualificazione conforme alla propria effettiva natura». Il d.lgs. n. 207 del 2001, dopo aver premesso (art. 1) di avere ad oggetto il riordino delle Ipab (Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, già disciplinate dalla legge n. 6972 del 1890) «nel quadro della realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali» previsto dall'art. 22 della legge n. 328 del 2000, dispone (art. 2) che tali istituzioni «sono inserite nel sistema integrato di interventi e servizi sociali» (previsto dall'art. 22 della legge n. 328 del 2000) «nel rispetto delle loro finalità e specificità statutarie». Gli artt. 16, 17, 18 del d.lgs. n. 207 del 2001 disciplinano la trasformazione delle IPAB in persone giuridiche di diritto privato. Più precisamente si prevede che le Ipab aventi le caratteristiche (o «l'ispirazione») di cui al D.p.c.m. 16 febbraio 1990 e quelle che non possono trasformarsi in a.p.s.p. (azienda pubblica di servizi alla persona) «provvedono alla loro trasformazione in associazioni o fondazioni di diritto privato, disciplinate dal Codice civile e dalle disposizioni di attuazione del medesimo» e che tale trasformazione «si attua nel rispetto delle originarie finalità statutarie». La disciplina della trasformazione delle Ipab (sia in a.p.s.p. che in soggetti di diritto privato) è rimessa alla disciplina legislativa regionale (v. inoltre Corte cost. sentt. nn. 363 del 1990, 75 del 1992, 500 del 1993). Da ultimo v. Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 5103 del 10 novembre 2015 che – in attuazione di quanto stabilito dalle Sezioni Unite della Cassazione con ordinanza n. 8051 del 7 aprile 2014 – ha ribadito che le ex Ipab non sono organismi di diritto pubblico.

Ma può ricordarsi anche la vicenda – più recente – delle *fondazioni di origine bancaria*, sul cui patrimonio il governo intendeva allungare le mani ed anche in questo caso è stata la Corte costituzionale a bloccare tale operazione nel ribadire la natura privatistica delle stesse definite (sentt. nn. 300 e 301 del 2003) «soggetti dell'organizzazione delle libertà sociali e non delle funzioni pubbliche».

L'approfondimento della dicotomia fra diritto pubblico e diritto privato pone questioni molto complesse (che richiedono analisi approfondite dei singoli or-

dinamenti storicamente succedutisi, delle relative istituzioni e del coevo pensiero giuridico) ed articolate (perché anche all'interno dei singoli ordinamenti, in ciascuna epoca storica, si rinvencono in realtà molteplici posizioni), ma soprattutto è un tema che nasconde (in maniera più o meno esplicita) opzioni ideologiche e assiologiche e dunque – *lato sensu* – culturali. Da un rapido esame della riflessione giuridica delle varie epoche, emerge che quella fra diritto privato e diritto pubblico tende a porsi, all'interno della dottrina giuridica, come distinzione «preminente» rispetto a tutte le altre. Ma si deve anche sottolineare che, quando si rivolge lo sguardo al passato, si tende a proiettare (nel passato) una «attuale» distinzione concettuale. Non che in epoche anteriori (medioevo, antica Roma) non vi fosse una distinzione fra diritto pubblico e diritto privato, ma si trattava di una dicotomia differente da quella alla quale siamo abituati a pensare oggi. E proprio l'esame storico di tale dicotomia ci rivela la valenza ideologica della stessa nonché la «mutevolezza storica» della medesima in quanto cangiante non solo da un ordinamento all'altro, ma anche – nei diversi momenti storici – all'interno di un medesimo ordinamento.

La distinzione attuale fra diritto pubblico e diritto privato ruota all'interno dello Stato moderno (v. *infra*, cap. II), ed intorno al concetto di sovranità di cui lo Stato si proclama depositario e che giustifica l'autoassegnazione al medesimo del monopolio del potere (innanzitutto normativo ma non solo). Nello Stato moderno il diritto pubblico viene a disciplinare le forme di esercizio del «potere pubblico» (e dunque di limitazione delle libertà dei privati), mentre al diritto privato spetta disciplinare le forme e le modalità con cui i singoli gestiscono (o possono gestire) i propri beni. Ma è importante notare che lo Stato moderno afferma la propria competenza anche ad individuare quali oggetti rientrino nel primo e quali nel secondo gruppo (e cioè quali oggetti siano di interesse pubblico e quali di interesse privato) e, prima ancora, quali ambiti debbano essere ricompresi nella sfera del «giuridico». Emerge così un'ulteriore dicotomia (quella fra «pubblico» e «privato») e cioè fra quanto possa o debba essere oggetto di disciplina pubblica (la quale poi, a sua volta, può avere una connotazione giuspubblicistica o giusprivatistica) e quegli ambiti che invece devono essere lasciati alla sfera (o all'autonomia) dei singoli, dicotomia (oggetto della riflessione sviluppatasi negli ultimi decenni intorno al *principio di sussidiarietà* quale principio giustificativo dell'intervento dei pubblici poteri) che è però differente da quella «diritto pubblico-diritto privato».

Lo Stato moderno, mediante il principio della superiorità del diritto scritto su quello non scritto e dell'onnipotenza della legge, pone le premesse di una visione meramente potestativa del diritto ed in cui lo Stato si autoassegna anche il ruolo di unico detentore del potere di delimitazione della linea di confine del «giuridico» (e dunque del potere della individuazione degli ambiti sottoponibili alla legislazione statale e, all'interno di quest'ultima categoria, di quali oggetti debbano ricomprendersi nella sfera del diritto pubblico e di quali nella sfera del diritto privato). Infatti l'assegnazione di un determinato ambito al diritto privato non comporta affatto la sottrazione del medesimo alla disciplina legislativa statale (a differenza ad esempio di quanto avveniva nell'epoca medievale in ragione della prevalenza della norma consuetudinaria su quella scritta). Quest'ultimo aspetto, come detto, rientra nella più ampia distinzione fra «pubblico» e «privato» (che

attiene all'individuazione delle ragioni giustificatrici dell'intervento del potere pubblico) e cioè fra ambiti rimessi all'autonomia dei singoli ed in cui il soggetto pubblico non deve (o non dovrebbe) affatto intervenire ed ambiti in cui lo Stato può o deve porre la disciplina di settore.

La riflessione sulla distinzione fra diritto pubblico e diritto privato conduce anche ad interrogarsi sulla eventuale preminenza dell'uno o dell'altro e sulle opzioni che può sottendere la preminenza dell'uno o dell'altro termine. Ad esempio, secondo Norberto Bobbio, «la dicotomia classica fra diritto privato e diritto pubblico riflette la situazione di un gruppo sociale in cui è oramai avvenuta la differenziazione fra ciò che appartiene al gruppo in quanto tale, alla collettività, o più in generale, fra la società globale ed eventuali gruppi minori (come la famiglia), oppure ancora fra un potere centrale superiore e i poteri periferici inferiori che, rispetto ad essi godono di una relativa autonomia, quando non ne dipendono totalmente». Ma anche questa argomentazione presuppone, a sua volta, un'opzione ideologica che riconosce una prevalenza a chi eserciti un determinato potere rispetto a quanti a quel potere siano sottoposti. Ma questa citazione è utile per poter distinguere due differenti – se non contrapposte – concezioni del diritto pubblico: a) da una parte, una visione del diritto pubblico come insieme delle norme che fondano e regolano l'esercizio del potere; b) dall'altra parte un'idea del diritto pubblico che ponga le norme che fondano e che *limitano* il potere. E questa è l'impostazione classica del costituzionalismo moderno quale pensiero giuridico volto alla «limitazione del potere» (Matteucci).

Bisogna dunque concludere sottolineando che nello studio del diritto pubblico l'analisi delle questioni relative alla legittimazione del potere e alle forme di esercizio del potere medesimo deve essere sempre svolta con peculiare attenzione al tema delle garanzie. Di fronte ad ogni forma di esercizio di un potere (ed in particolare di un potere "pubblico") bisogna sempre interrogarsi sul fondamento costituzionale e legislativo (e prima ancora sulle ragioni) di tale potere e sugli istituti posti a garanzie di quanti (singoli o associati) a tale potere vengano a trovarsi soggetti oltre che sugli istituti previsti dall'ordinamento per far valere la responsabilità di chi tale potere esercita (affinché appunto tale potere non sia "assoluto").

---

## 2. Norma giuridica e ordinamento giuridico

Nello studio del diritto i due concetti da cui pare opportuno prendere le mosse sono quelli di norma giuridica e di ordinamento giuridico. Tradizionalmente si afferma che la **norma giuridica** è la regola generale e astratta volta a disciplinare una serie indeterminata di casi. La *generalità* e l'*astrattezza* consistono nell'attitudine della norma a regolare intere categorie di fatti o di comportamenti.

In merito ai caratteri della norma giuridica, questi vengono individuati nella:

– *imperatività*: la norma giuridica è un comando (è una *proposizione prescrittiva*) la cui trasgressione comporta l'applicazione di una sanzione o comunque la produzione di ulteriori effetti previsti dall'ordinamento;

– *coercibilità*: a lungo si è discusso se anche la *coercibilità* (la previsione di una sanzione irrogata a chi non obbedisca alla norma) sia un carattere proprio della norma giuridica. Nell'ordinamento è infatti frequente rinvenire norme sprovviste di sanzione. L'assenza di sanzione però non può giungere a negare la giuridicità delle relative norme giacché la coercibilità va riferita, più che alle singole norme, all'ordinamento giuridico, cioè al «sistema» costituito dalle norme medesime;

– *esteriorità*: la norma giuridica ha ad oggetto i comportamenti umani come si estrinsecano nel mondo esteriore; questo elemento serve a distinguere la norma giuridica (e dunque il diritto), fondato sulla esteriorità, dalla norma morale fondata invece sulla interiorità; a tal proposito si dice anche che la norma giuridica è una norma *eteronoma* e quella morale una norma *autonoma*;

– *generalità e astrattezza*: questi non sono requisiti essenziali, ma caratteri «naturali» delle norme giuridiche, giacché possono esistere anche norme riguardanti casi individuali e concreti (c.d. leggi-provvedimento). La dottrina tradizionale prende le mosse dal riconoscimento dei caratteri di generalità e astrattezza della norma giuridica, come precetto avente ad oggetto un insieme di situazioni possibili e, per tale ragione, suscettibile di indefinita applicazione (generalità e astrattezza nel senso della «ripetibilità») (Crisafulli). In questa ricostruzione la generalità della norma viene a concretizzarsi nella impersonalità e l'astrattezza nella ripetibilità (Cerri).

In merito alla distinzione delle norme giuridiche dalle altre norme sociali (moralì, religiose, di costume, di correttezza, economiche, ecc.), si afferma anche che le prime, a differenza delle seconde, determinano e specificano gli interessi per il cui soddisfacimento il gruppo è costituito e le procedure per la composizione degli interessi medesimi.

Le norme giuridiche sono inserite in un sistema (*ordinamento giuridico*) che ne garantisce l'osservanza mediante la previsione di apposite procedure dirette ad accertare il rispetto della norma o a dichiararne l'inosservanza applicando in quest'ultimo caso, nei confronti del soggetto della violazione, una misura punitiva (la sanzione). Secondo questa impostazione, la norma giuridica viene a comporsi di due elementi: il *precetto* e la *sanzione*. Il primo esprime il comportamento che deve essere tenuto dai destinatari della norma medesima e può essere positivo o negativo (obbligo di fare o di non fare); la seconda consiste invece nella reazione dell'ordinamento conseguente alla violazione del precetto e consiste nell'applicazione di una misura punitiva (che può essere di varia tipologia; civile, penale, disciplinare, ecc.) a carico del trasgressore.

In merito alla coattività e alla sanzionabilità della norma giuridica bisogna evidenziare che la sanzione prevista dalla norma giuridica è irrogata grazie alla forza di cui dispone il corpo sociale che le norme stesse organizzano. Emerge così il ruolo del corpo sociale «produttore» di quelle norme mediante le quali lo stesso corpo sociale si organizza. La norma giuridica presuppone l'esistenza di una società organizzata (*ubi societas ubi ius*) cioè l'esistenza di un sistema o «ordinamento giuridico».

Questa considerazione, se da un lato è utile ai fini dell'esame dei caratteri della norma giuridica, dall'altro è fondamentale ai fini dell'esame del fenomeno

giuridico, giacché dimostra che **la norma giuridica presuppone l'esistenza di un ordinamento giuridico** e cioè di una società organizzata in base ad un «sistema» di norme. Nella massima «*Ubi societas ibi ius*» si rinviene lo stretto collegamento intercorrente fra il fenomeno giuridico e l'esistenza di un gruppo sociale, costituito e ordinato, che persegue fini comuni. Un gruppo sociale così caratterizzato è una *istituzione* in quanto:

- è un ordinamento giuridico;
- *ha* un proprio ordinamento giuridico, cioè un insieme di regole e principi volti a disciplinare, in vista del raggiungimento dei fini comuni, i rapporti fra i membri della *societas* e fra questi e la *istituzione*.

Il fenomeno giuridico dunque non si esaurisce nelle norme, ma comprende anche la struttura della società: il diritto «*prima di essere norma, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per se stante*», cioè come istituzione (Santi Romano).

Alcuni criticano tale ricostruzione (ritenuta «ibrida»), in quanto contenente un complesso di elementi normativi e non normativi e perché la necessaria coesistenza di *societas* e *ius* non può giungere ad autorizzare una «confusione» fra gli stessi. Secondo quest'ultima impostazione, sarebbe la norma l'elemento specifico che caratterizza l'ordinamento: «quando si dice che il diritto è ordinamento giuridico, è la nota della normatività quella che realmente definisce, con l'ordinamento, il diritto stesso» (Mazziotti). E così l'ordinamento giuridico si risolverebbe in un sistema di norme.

Come si è potuto constatare da quanto finora affermato, il panorama – ampio e complesso – delle riflessioni scientifiche aventi ad oggetto il fenomeno giuridico può essere tendenzialmente suddiviso in tre orientamenti:

1. nel primo può essere ricompresa la c.d. *teoria normativista* secondo cui il diritto è innanzitutto norma giuridica; secondo questa concezione il carattere normativo non è solo un aspetto dell'ordinamento giuridico, ma costituisce l'elemento peculiare che distingue l'ordinamento giuridico dagli altri tipi di ordinamento e ne determina l'essenza (Kelsen). Il punto critico di tale orientamento è rappresentato dalla difficoltà di individuazione dell'elemento di differenziazione della norma giuridica da altri tipi di norma. Infatti, se è la norma a conferire giuridicità all'ordinamento, chi o cosa conferisce alla norma quella giuridicità che appunto distingue la norma giuridica dalle altre norme che giuridiche non sono? Inoltre la riduzione del diritto alla norma, ponendo l'accento sulla visione potestativa del diritto (il diritto come esercizio di un «potere» a disposizione di qualcuno: monarca, Parlamento, governo, ecc.), conduce alla sparizione della visione più profonda del diritto quale prodotto di una determinata epoca storica e dei sottostanti rapporti sociali (Paolo Grossi);

2. nel secondo va ricompresa la *teoria istituzionalista* (il diritto come istituzione), secondo cui: «*Ogni ente sociale, cioè ogni istituzione nel senso in cui tale parola è sinonimo di ente sociale, ... è un ordinamento giuridico*» (Santi Romano). Al contrario di quanto sostenuto dalla concezione normativa del diritto (secondo la quale il diritto sarebbe un complesso o sistema di norme), la concezione istituzionalista (o istituzionalistica) del diritto afferma che ogni istituzione, in quanto

ente avente una propria struttura e organizzazione, costituisce un «ordinamento giuridico», valendo anche la reciproca per cui ogni ordinamento giuridico è un'istituzione. Secondo questa impostazione, sia le singole norme che l'intero complesso delle norme giuridiche sono solo «estrinsecazioni» dell'ordinamento, che non può ritenersi risolto nelle sole norme giacché queste presuppongono l'istituzione «comprensivamente e unitariamente considerata» e di cui le norme sono appunto un aspetto ed una manifestazione. Naturalmente il diritto è anche norma, ma, «prima di essere norma, è organizzazione o corpo sociale ed è questo che alla norma comunica la natura giuridica, non viceversa». L'aspetto normativo del diritto è dunque logicamente posteriore all'aspetto istituzionale essendo quest'ultimo ad imprimere alle norme il carattere della giuridicità. Come ogni istituzione anche lo Stato è un ordinamento giuridico ed è «uno» dei numerosi ordinamenti giuridici esistenti (principio della pluralità degli ordinamenti giuridici e principio della possibile loro non esclusività), si da determinare il fenomeno per cui i diversi ordinamenti giuridici possono essere in relazione di antitesi, di indifferenza o di «socievole coesistenza» (v. *infra*, par. 3);

3. il *diritto come relazione* o come insieme coordinato di rapporti (Kaufmann). Questa impostazione, che collega la normatività del diritto e l'inerenza dello stesso ai rapporti umani, e dunque la normatività e l'organizzazione sociale, coglie il senso profondo del fenomeno giuridico giacché (come insegnava Ermogeniano «*cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit*») tutto il diritto è costituito in funzione dell'uomo (Capograssi, Cerri). Ogni concetto giuridico e lo stesso metodo del giurista devono essere sempre utilizzati per determinare i limiti e le dimensioni delle forme di tutela di interessi umani.

---

### 3. La pluralità degli ordinamenti giuridici

L'essere umano vive immerso in una pluralità di ordinamenti giuridici ciascuno dei quali, in via di principio, tende a porsi come «non esclusivo». La pluralità degli ordinamenti giuridici pone il problema della individuazione dei criteri in base ai quali i vari ordinamenti giuridici si rapportano fra di loro. I diversi ordinamenti possono infatti trovarsi vicendevolmente in una relazione di indifferenza, di coesistenza o di antitesi.

La pluralità degli ordinamenti giuridici determina anche una differenziazione fra gli stessi che possono suddividersi in molteplici categorie:

- originari (indipendenti) o derivati;
- sovrani o non sovrani;
- enti a fini generali (ordinamenti politici) o a fini determinati;
- enti territoriali e non.

Con l'espressione ordinamenti «originari» si fa riferimento a quegli ordinamenti indipendenti da altri nella loro origine e nel rispettivo funzionamento, mentre «derivati» sono quegli ordinamenti la cui nascita e funzione discende da un altro ordinamento.

Lo **Stato** è un ordinamento giuridico a fini generali, indipendente e origina-



rio, dotato di potere sovrano (*superiorem non recognoscens*) nell'ambito del proprio territorio. Rispetto allo Stato gli innumerevoli ordinamenti giuridici esistenti possono essere giuridicamente rilevanti (riconosciuti, vietati, consentiti, ecc.) o irrilevanti.

Con riguardo allo Stato italiano, deve aggiungersi che l'ispirazione pluralista della Costituzione repubblicana, oltre a riconoscere la «pluralità» degli ordinamenti, pone sostanziali limitazioni al diritto dello Stato (cfr. ad es. artt. 2, 7, 10, 11 e 18 Cost.) in ragione appunto della constatazione dell'impossibilità di riduzione del diritto alle sole norme di produzione statale. La dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici riconosce l'esistenza di molteplici ordinamenti che vengono a trovarsi nei confronti dell'ordinamento statale in rapporti di varia natura:

- di separazione (quando fra i diversi ordinamenti non vi è alcuna forma di condizionamento);
- di coordinamento (quando vi è un coordinamento reciproco paritario; cfr., ad es., riguardo ad alcune materie, i rapporti fra Stati);
- di riconoscimento (quando l'ordinamento statale riconosce l'esistenza dell'altro ordinamento ed entro certi limiti attribuisce efficacia alle norme dello stesso);
- di opposizione (quando fra i diversi ordinamenti vi è una irriducibile contrapposizione sì che lo Stato vieta l'esistenza dell'altro ordinamento);
- di indifferenza (quando un determinato ordinamento sia del tutto indifferente per l'ordinamento statale); ed ancora di derivazione, di dipendenza, ecc.

Lo schema della pluralità degli ordinamenti giuridici trova numerose forme di applicazione: dai rapporti fra Stati ai rapporti fra Stato e confessioni religiose, dai rapporti fra l'ordinamento statale e gli ordinamenti sportivi alle vicende dei rapporti associativi concernenti profili riguardo ai quali lo Stato ritiene di non dover intervenire lasciando all'associazione medesima la competenza a decidere sulle questioni interne all'associazione.

Norberto Bobbio, ponendo l'accento sul ruolo dello Stato, ha proposto un'altra tipologia di classificazione: a) ordinamenti al di sopra dello Stato (es. ordinamento internazionale, Chiesa cattolica); b) ordinamenti al di sotto dello Stato (che lo Stato riconosce assorbendoli e limitandoli); c) ordinamenti contro lo Stato.

#### 4. La pluralità degli ordinamenti giuridici nella giurisprudenza: il difetto di giurisdizione

Il principio della pluralità degli ordinamenti giuridici spiega anche perché, di fronte a determinate questioni, il potere giudiziario statale (cioè il giudice statale) dichiara la propria incompetenza a pronunciarsi nel merito: in tali casi il giudice dichiara il «difetto di giurisdizione», nel senso che il giudice dichiara che su quella determinata questione l'ordinamento statale non può intervenire giacché «estraneo» riguardo alla stessa.

Il giudice dichiara il difetto di giurisdizione quando si trova di fronte ad un

ordine di interessi non tutelabili dall'ordinamento statale perché vi è uno spazio giuridicamente «bianco» o non garantito o perché dalla legge stessa (o dalla Costituzione) devoluto ad altra sfera di tutela. Bisogna però ricordare che lo Stato moderno, per definizione, si pone quale ente a fini generali per la totalità dei propri consociati. Inoltre, con riguardo all'ordinamento italiano, l'art. 24 Cost. dispone che tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. Lo Stato democratico deve dunque assicurare una effettiva e concreta tutela giurisdizionale dei diritti e, più in generale, delle situazioni soggettive di vantaggio di ogni individuo. Pertanto la dichiarazione di difetto di giurisdizione da parte del giudice statale pone il problema che il singolo individuo possa sentirsi privato di una garanzia di giudizio (e dunque di tutela) da parte dello Stato. Bisogna però ribadire che spesso tale fenomeno è conseguenza proprio della pluralità degli ordinamenti giuridici.

A titolo di esempio può citarsi la giurisprudenza in tema di rapporti fra ordinamento statale e ordinamento sportivo, ma anche quella relativa alle questioni legate alle vicende interne ai partiti politici (si pensi alle scissioni avvenute negli anni Novanta all'interno di vari partiti politici con notevoli strascichi giudiziari) e, più in generale, a tutte le questioni legate al fenomeno associazionistico. A questo proposito va sottolineato che è difficile rintracciare esempi di associazioni del tutto irrilevanti per il diritto statale dovendosi sempre commisurare con un contratto associativo (che, in quanto “contratto”, rientra nelle forme del diritto privato) ed in cui la distinzione fra profili giudicabili e profili non giudicabili discende dalla natura degli interessi in gioco. Riemerge dunque, ancora una volta, la questione legata alla definizione della natura degli interessi coinvolti al fine di determinare l'interesse o meno dello Stato ad occuparsi della questione.

A questo proposito può citarsi la pronuncia del Tar della Toscana (sez. I) del 12 luglio 1989, n. 572, in cui si afferma la sottrazione al sindacato di legittimità del giudice amministrativo degli atti emessi dal Comune di Siena nell'esercizio dei compiti di controllo dell'attività inerente l'organizzazione e lo svolgimento del celebre «Palio», giacché «*il rapporto fra Contrade e Comune, per quanto riguarda l'esercizio di compiti di controllo dell'attività paliesca, ha connotazione metagiuridica*». Nel caso di specie il giudice amministrativo si trovava a dover giudicare della legittimità della delibera comunale di esclusione di una Contrada dalla partecipazione ad una edizione del Palio. Tale provvedimento, adottato quale sanzione nei confronti del comportamento violento di alcuni contradaioi, era stato impugnato dalla Contrada che riteneva tale provvedimento abnorme ed illegittimo. Il Tar, nella motivazione della sentenza, ricorda l'origine storica del Palio senese quale tradizionale festa popolare avente originariamente motivazioni politico-religiose ed attualmente consistente in una «*competizione ludica fra le Contrade ... secondo modalità rette da ordinamento tipico della comunità senese. Nell'ambito di questo operano con autonomia istituzionale i minori ordinamenti delle Contrade, quali formazioni sociali, ancor oggi rette da propri capitoli e statuti ... ed aventi chiaro riferimento territoriale e connotazione associativa nel quadro storico-pluralistico dell'organizzazione del comune civitatis*». Il Tar ravvisa dunque nella struttura organizzativa del Palio l'esercizio, da parte del Comune di Siena, di poteri non assegnati dalla legge statale, bensì discendenti dall'esercizio di originarie prerogative delle Contrade e del *commune civitatis*. Pertanto, se il profilo della organizzazione (del Palio) a livello cittadino è di competenza dell'Amministrazione comunale, la gestione del «giuoco delle Contrade», ivi compresi i rapporti intercorrenti fra i soggetti che, a vario titolo, prendono parte alla celebrazione ludica del Palio («nell'ambito esclusivamente delle regole del giuoco e per i fini che la tradizione storica assegna al particolare suo ordinamento»), è esercitata da una struttura organizzativa che, «pur avvalendosi degli ordinari organi comunali», esercita e conferisce agli

organi comunali funzioni «istituzionalmente diverse» da quelle previste dalla legge comunale e provinciale. «L'attribuzione dei poteri in oggetto ha esclusivo fondamento nel regolamento per il Palio, la cui emanazione ad opera del Consiglio comunale non è sottoposta alle modalità stabilite dalle disposizioni sulla produzione dei regolamenti comunali, ma è assoggettata da un proprio procedimento formativo, che coinvolge la partecipazione del magistrato delle Contrade, richiamando la rilevanza delle particolari strutture della comunità senese con riferimento a valori storici, come tali non denegati dall'ordinamento statale. L'ordinamento del Palio può considerarsi in altri termini (ed a prescindere dal riconoscimento della sua originarietà istituzionale) tipico ordinamento della comunità senese, la cui autonomia rispetto alla disciplina di diritto statale degli Enti locali deve essere circoscritta nell'ambito della funzione cui è preordinata e cioè al fine della regolamentazione della manifestazione ludica». In sede conclusiva il Tar sottolinea che la propria decisione «nella parte in cui collima con l'applicazione della regola ludica» «non lede ... il principio della indefettibilità della tutela giurisdizionale», giacché si tratta di atti la cui efficacia «si conclude nell'ambito della definizione di situazione soggettive estranee all'ordinamento dello Stato, in quanto indifferenti a fronte di interessi pubblici tutelati». E proprio quest'ultima considerazione ci ricollega alla questione relativa al rischio di assenza di protezione giurisdizionale per posizioni giuridiche soggettive (tant'è che il Tar avverte l'esigenza di specificare "l'indifferenza" per lo Stato della situazione fatta valere dai ricorrenti) ma al tempo stesso conferma l'esistenza di rapporti cui l'ordinamento giuridico statale è completamente estraneo e che il fenomeno giuridico non si esaurisce nel diritto statale.

In merito ai **rapporti fra Stati** può citarsi il caso in cui una società chiedeva la convalida di sfratto dall'immobile di cui era proprietaria, immobile concesso in affitto al Consolato generale di uno Stato straniero che eccedeva appunto il difetto di giurisdizione del giudice italiano. In tale occasione la Cassazione (Cass., sez. un., 30 maggio 1990, n. 5092) distingue a seconda che lo Stato straniero agisca *iure privatorum* o piuttosto come «titolare di una potestà di imperio» (in quanto «soggetto di diritto internazionale»). Nel primo caso la giurisdizione dello Stato ospitante (lo Stato italiano) non può essere esclusa, sia perché lo Stato straniero svolge la propria attività come soggetto all'interno dell'ordinamento italiano, sia perché non ricorrono nel caso di specie quelle ragioni per cui lo Stato italiano debba astenersi dall'esercitare la propria giurisdizione. È nel secondo caso invece che, svolgendo lo Stato straniero attività di tipo pubblicitico, si afferma il principio della «estraneità» fra le due sfere ordinamentali, estraneità che impone al giudice dello Stato ospitante di dichiarare il proprio difetto di giurisdizione, giacché in tali casi lo Stato straniero si pone quale portatore del proprio ordinamento, sottraendosi pertanto all'apprezzamento delle norme giuridiche di uno Stato diverso e ad ogni valutazione concreta effettuata mediante i relativi atti giurisdizionali. La Cassazione precisa che tale ripartizione degli atti posti in essere da uno Stato straniero risponde ad *una esigenza degli Stati di diritto, fondati su un ordinamento democratico, nei quali, così come si riduce, a favore della tutela dei cittadini, l'area di insindacabilità degli atti propri dello Stato, parimenti si restringe l'area di sottrazione a controllo degli atti riferibili a Stati esteri: e ciò anche in considerazione della sempre maggiore partecipazione dello Stato ad attività imprenditoriali, al fine di evitare che una troppo estesa immunità possa finire per scoraggiare i rapporti con i soggetti che ne beneficiano e per rendere meno agevoli i traffici e i rapporti in società aperte quali appunto quelle democratiche e industrializzate*. Il principio democratico, che restringe le sfere di azione statuali sottratte al controllo giudiziario, determina dunque una riduzione anche dell'ambito di azione «riservata» (in quanto sottratta ad ogni controllo giudiziale) allo Stato straniero. E a questa argomentazione la Cassazione aggiunge quella legata al «fine» di non arrecare danno all'esercizio delle «attività imprenditoriali» (e quindi al principio del libero mercato), creando (tramite il riconoscimento di una «troppo estesa immunità») a soggetti che, indipendentemente dalla loro natura, prendono parte ad attività economiche) figure o momenti di «irresponsabilità» e di indebito arricchimento. E così nel caso di specie lo Stato straniero, adottando uno strumento avente carattere privatistico (contratto di locazione), si è posto in una posizione giuridica identica a quella dei cittadini dello Stato ospitante, assoggettandosi alle norme e dunque alla giurisdizione dello stesso. Infatti non può dirsi che il contratto di locazione dei locali che ospitano la sede del consolato possa ritenersi sottratto al potere giurisdizionale dello Stato ospitante giacché esso non è inerente all'ordinamento dello Stato straniero. Ma la «originarietà» dello Stato ospitato riemerge in sede di esecuzione, giacché se la giurisdizione del giudice statale sussiste con riguardo alle azioni di cognizione o di condanna, resta invece preclusa la fase dell'esecuzione, in cui «scatta il principio di immunità ... essendo evidente che la sottrazione materiale della sede alla sua funzione inciderebbe sulla possibilità stessa dello

*Stato straniero di svolgere le proprie istituzionali funzioni sul territorio dello Stato ospite*». La soluzione cui giunge la Cassazione sembra dunque assicurare il principio della tutela giurisdizionale dei diritti del singolo anche nei confronti di uno Stato straniero, che possono così ottenere un ristoro di carattere patrimoniale, salvando al tempo stesso il principio della intangibilità delle attività dello Stato straniero. In tali occasioni il giudice è chiamato ad interrogarsi inoltre in merito alla questione concreta che gli viene sottoposta: E così, ad esempio, è avvenuto nella vicenda sorta in seguito ad una segnalazione, da parte del consolato del Perù, che aveva portato al sequestro di manufatti di arte precolombiana acquistati da un gallerista milanese. Tali beni erano stati consegnati, con provvedimento cautelare, ai consolati di Cile e Perù di Milano. In seguito le accuse nei confronti del gallerista si erano rivelate infondate ma i due consolati si erano rifiutati di restituire i beni, invocando le prerogative garantite agli uffici consolari dal diritto internazionale. In particolare il consolato del Perù aveva eccepito il difetto di giurisdizione del giudice italiano ex art. 43, co. 1 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari sostenendo di aver agito nella sua dimensione pubblicistica, diplomatica e consolare. La Cassazione, Sezioni Unite (ordinanza n. 19784 del 2015) ha ritenuto infondata la questione della giurisdizione poiché il consolato non ha agito in via pubblicistica (non avendo seguito la via diplomatica di cui alla Convenzione Unesco del 1970 “che rappresenta l’unico strumento mediante il quale lo Stato, attraverso l’organo consolare, può legittimamente disporre, iure imperii, di beni di proprietà privata”) dal momento che la vicenda non presentava alcun collegamento con l’esercizio tipico di potestà pubblicistiche di governo da parte dello Stato estero per il tramite della sua rappresentanza consolare. Per la Cassazione, nel caso di specie, il provvedimento di restituzione dei beni non interferisce con la funzione sovrana dello Stato giacché la questione attiene unicamente al diritto di proprietà e non all’esercizio di attività pubblicistiche (e pertanto la giurisdizione italiana deve ritenersi sussistente).

Riguardo ai **rapporti fra Stato e Chiesa** può ricordarsi la vicenda relativa alla natura del c.d. «diritto al banco in chiesa» (Cass., sez. un., 9 ottobre 1990, n. 9928). In tale occasione, alcuni fratelli contestavano al parroco della propria cittadina di aver rimosso il banco, sito nella locale Chiesa, utilizzato da oltre cento anni dalla loro famiglia che lo aveva acquistato tramite atto notarile. Secondo la Cassazione il tipo di rapporto intercorrente fra il titolare del diritto al banco e l’autorità ecclesiastica, discendendo da una concessione, meramente discrezionale, dell’autorità ecclesiastica, ben può da quest’ultima essere sempre revocato. E a nulla rileva che la concessione stessa (il cui effetto è appunto il diritto «di banco» o «al banco») sia stata affidata gratuitamente o connessa a benemerenze o anche a pagamento (ad esempio a seguito di una offerta). Infatti, indipendentemente dalla ragione che si trovi alla base della concessione, il titolare del diritto, nei rapporti con l’autorità ecclesiastica, non gode di alcuna possibilità di esperire una qualsiasi azione giurisdizionale, perché non sussiste alcun diritto soggettivo all’uso del banco da parte del fedele. L’uso del banco in Chiesa infatti «dipende dall’interesse pubblico corrispondente alla generale destinazione dell’edificio al culto» e l’autorità ecclesiastica gode di un potere discrezionale in ordine al culto e alle modalità dello stesso. In questi rapporti il fedele viene in considerazione come membro della *societas fidelium* e pertanto il parroco, in ragione del potere concessogli dalle norme canoniche, può sempre modificare o revocare la concessione.

La fenomenologia legata alla pluralità degli ordinamenti giuridici trova un’interessante casistica nelle vicende legate ai *rapporti associativi*.

A questo proposito peculiare interesse possono rivestire i **rapporti interni al partito politico** quale associazione non riconosciuta, disciplinata, per quanto concerne l’ordinamento interno, dagli accordi intercorsi fra gli stessi associati oltre che dagli artt. 36 ss. c.c. e, in quanto applicabili in via analogica, dalle norme sulle persone giuridiche private. Pertanto, in via di principio, non è escluso il potere del giudice di sindacare i rapporti scaturenti dal patto associativo, ma al tempo stesso si riconosce che il libero accordo degli associati, nel determinare l’organizzazione interna e l’amministrazione dell’associazione, può precludere l’intervento del giudice mediante la previsione di clausole compromissorie che devolvano ad organismi interni del partito la risoluzione delle controversie: «*il libero accordo degli associati nel determinare l’organizzazione interna e l’amministrazione delle associazioni non riconosciute non preclude all’autorità giudiziaria ordinaria il potere di sindacare i rapporti scaturenti dal patto associativo qualora venga adita da uno o più associati i quali intendano far valere diritti fondati sugli accordi di cui innanzi, a me-*

no che tali accordi non prevedano in via generale il deferimento delle controversie circa l'osservanza dello statuto ad apposite commissioni chiamate ad esprimere una volontà negoziale sostitutiva di quella dei contendenti (c.d. foro interno)». Nel caso di specie un soggetto, iscritto ad un partito politico, lamentava la violazione dello statuto in ragione del mancato rispetto del termine ivi previsto per l'espletamento del congresso provinciale. Il giudice dichiarava la propria giurisdizione, ma nel merito riconosceva l'insussistenza di uno specifico diritto soggettivo del singolo associato specificando però che «ciò non significa, ovviamente, che la direzione del partito ... resti sciolta dall'osservanza dei patti associativi e che nessuna conseguenza negativa possa derivarle dall'inosservanza di precise norme statutarie, tenuto conto che sull'operato della medesima grava in ogni caso una "responsabilità politica" valutabile quanto meno in sede di rinnovo delle cariche ... e eventuale deferimento dei singoli componenti al giudizio disciplinare dei probiviri» (sui partiti politici v. *infra*, cap. VI, par. 4).

La fenomenologia delle vicende legate allo svolgimento dei rapporti associativi può inoltre presentarsi intrecciata con quella legata ai rapporti fra Stati o fra Stato e Chiesa. In tal caso gli esempi di intersezione fra differenti ordinamenti giuridici si presentano ulteriormente complessi, come il caso del membro di un'associazione ecclesiastica, in cui il rapporto e il vincolo associativi assumono una peculiare connotazione in ragione della natura ecclesiastica dell'associazione stessa.

Nel caso deciso dalla Cassazione (sez. un., sent. 10 aprile 1997, n. 3127), il membro di una arciconfraternita contestava la legittimità del provvedimento di espulsione adottato dalla Curia arcivescovile, per comportamento di tale membro ritenuto gravemente lesivo del «padre spirituale». Secondo il soggetto espulso dalla confraternita, il provvedimento era illegittimo in quanto emesso da organo (Vescovo) estraneo all'associazione, che invece era munita di un proprio statuto, che prevedeva propri organi e rispettive procedure. Il ricorrente chiedeva dunque la dichiarazione di nullità del provvedimento in oggetto e che gli venisse riconosciuta a tutti gli effetti la qualità di socio dell'arciconfraternita, giacché tale espulsione causava forte discredito dello stesso nell'ambiente sociale in cui viveva. A questo proposito bisogna ricordare che l'esperienza delle arciconfraternite trova disciplina nelle leggi di attuazione del Concordato, che riconoscono la competenza esclusiva dell'autorità ecclesiastica riguardo all'attività di religione e di culto e gli organi statutari dell'ente, mentre per gli ulteriori aspetti le confraternite sono regolate dalle leggi civili. La Cassazione, nella motivazione della pronuncia, sottolinea l'importanza, per individuare il regime delle Confraternite, dell'evoluzione storica delle stesse e della relativa disciplina. In particolare viene sottolineato come le Confraternite siano sottratte ad ogni ingerenza dello Stato italiano, sia dal punto di vista amministrativo che giurisdizionale (e tale situazione non è mutata neppure in seguito all'accordo di modifica del Concordato del 18 febbraio 1984). Pertanto: «l'esclusione dell'ingerenza statale non è limitata ... alle attività di religione o di culto ed agli organi statutari ... La stessa si estende, viceversa, a tutta l'organizzazione e ad ogni questione attinente all'esistenza ed alle vicende del vincolo associativo che lega un associato alla confraternita, che si sottraggono alla giurisdizione del giudice italiano, e dal cui controllo lo Stato italiano si astiene per effetto della richiamata normativa, rimettendoli all'esclusiva competenza dell'autorità ecclesiastica».

In merito ai *rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo*, bisogna ricordare la legge n. 280 del 2003 (legge di conversione, con modif. del d.l. 19 agosto 2003, n. 220, recante disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva), secondo la quale (art. 1) «La Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale». Secondo questa legge i rapporti tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento statale sono regolati in base al *principio di autonomia*, salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento

sportivo. La stessa legge specifica che è riservata all'ordinamento sportivo la disciplina delle questioni aventi ad oggetto: 1. l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive; 2. i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive. Con riguardo a tali questioni le società sportive e i singoli tesserati hanno l'onere di adire gli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo. Esauriti i gradi della giustizia sportiva, le controversie non riservate agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (e la competenza di primo grado spetta in via esclusiva al Tribunale amministrativo regionale del Lazio).

Il d.l. n. 220 del 2003 (poi convertito nella legge n. 280 del 2003) venne emanato in seguito a (e in ragione delle) numerose pronunce adottate, in sede cautelare, da svariati tribunali amministrativi regionali che riammettevano nei diversi campionati di calcio (dalla serie A alla serie C) le squadre della rispettiva città, escluse invece dalla Federazione sportiva per diverse tipologie d'irregolarità. Negli anni successivi sono state le vicende di «Calciopoli» (relative a gravissime irregolarità fino alla corruzione arbitrale) ad aver posto all'attenzione del giudice amministrativo questioni legate alla comminazione di pesanti sanzioni da parte degli organi della giustizia sportiva nei confronti di tesserati e società accusati di comportamenti antisportivi.

A questo proposito può citarsi la sentenza del Tar Lazio, sez. III-ter, del 13 marzo 2008, che ha ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo nel giudizio proposto dall'ex Direttore sportivo di una squadra di calcio per l'annullamento dell'inibizione per cinque anni dai ranghi federali, inflitta allo stesso dalla Corte d'appello federale (organo di giustizia sportiva). In tale pronuncia il Tar, argomentando in base a quanto disposto dalla legge n. 280 del 2003, dichiara che il criterio, secondo cui i rapporti tra l'ordinamento sportivo e quello statale sono regolati in base al principio di autonomia (con conseguente sottrazione al controllo giurisdizionale degli atti a contenuto tecnico-sportivo), trova una deroga nel caso di rilevanza per l'ordinamento giuridico statale di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo. Pertanto, qualora la controversia presenti una rilevanza per l'ordinamento generale (concernendo la violazione di diritti soggettivi o interessi legittimi), non può negarsi il diritto dell'interessato a rivolgersi alla giustizia statale in attuazione di quanto disposto dall'art. 24 Cost.

Il medesimo organo giudicante (Tar Lazio, sez. III-ter), con sent. 7 giugno 2007, si era pronunciato sul ricorso proposto da una società di calcio per l'annullamento della decisione della Corte federale della Figc (Federazione italiana giuoco calcio) con cui era stata inflitta alla medesima società la sanzione di sei punti di penalizzazione nella classifica del campionato di calcio (serie B) da scontare nella stagione sportiva 2006-2007. Secondo la società ricorrente, a base della sanzione vi era soltanto l'intercettazione di una telefonata intercorsa tra un guardalinee (designato per una partita in cui era impegnata la società *de qua*) ed un dirigente di altra società, nel corso della quale telefonata il guardalinee dichiarava di aver svolto irregolarmente le proprie funzioni nella partita predetta. La società ricorrente lamentava dunque l'applicazione di una fattispecie di responsabilità presunta (ex art. 9, comma 3, del codice di giustizia sportiva) aggravata dal fatto che nessuna relazione esisteva fra i soggetti intercettati e la società medesima. Il Coni e la Figc sostenevano invece l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione vertendosi al cospetto di una sanzione disciplinare sportiva. Il Tar Lazio ha rigettato l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo giacché la sanzione inflitta assume rilevanza per l'ordinamento giuridico statale per il coinvolgimento di situazioni giuridiche soggettive connesse con la penalizzazione irrogata dall'ordinamento sportivo. Nel merito, il Tar ha rigettato tutte le questioni sollevate dalla società ricorrente, escludendo l'applicabilità agli organi di giustizia sportiva dei principi costituzionali relativi alle garanzie processuali giacché «*le decisioni degli organi di giustizia sportiva*

... sono l'epilogo di procedimenti amministrativi (seppure in forma giustiziale), e non già giurisdizionali». Alla giustizia sportiva si applicano, dunque, «oltre che le regole sue proprie, previste dalla norma federale, per analogia, quelle dell'istruttoria procedimentale, ove vengono acquisiti fatti semplici e complessi, che possono anche investire la sfera giuridica dei soggetti terzi». Per il Tar dunque sono «inapplicabili agli organi di giustizia sportiva le norme di rango costituzionale che concernono l'attività giurisdizionale e l'organizzazione dei plessi giudiziari». Particolare attenzione pone il Tar alla contestazione della prescrizione regolamentare che prevede la c.d. responsabilità presunta (in ragione dell'inesistenza di relazioni tra i soggetti intercettati e la società destinataria della sanzione, società gravata dunque di un onere di prova negativa e dunque impossibile), la quale «pone (ben più della responsabilità oggettiva, comunque fondata sul rapporto di causalità) problemi di compatibilità con i principi che governano i procedimenti sanzionatori, e forse anche con i modelli di responsabilità conosciuti dall'ordinamento giuridico statale. Va però aggiunto come proprio tali ragioni, che attengono, in definitiva, all'enucleazione dei limiti di relazione sistemica tra ordinamento sportivo ed ordinamento statale, imponevano che della relativa questione fosse investito l'organo arbitrale, a tutela dell'autonomia dell'ordinamento sportivo e nel rispetto della clausola compromissoria accettata dai soggetti dell'ordinamento federale quale parte integrante del vincolo associativo».

In senso simile il Consiglio di Stato (sez. VI, 11 luglio 2006-25 gennaio 2007, n. 268) che ha confermato la natura di «provvedimento» del lodo adottato a conclusione dell'arbitrato sportivo in quanto «espressione ultima della volontà dell'ordinamento sportivo. Come tale il lodo, ove incidente su interessi legittimi, è soggetto al giudizio di legittimità del giudice amministrativo». Per il Consiglio di Stato, il provvedimento di affiliazione delle società sportive alle federazioni rientra nell'ambito delle «ammissioni» amministrative «in quanto determina l'acquisizione di uno stato, appunto quello di soggetto dell'ordinamento sportivo, che postula il potere delle federazioni di inserire i sodalizi sportivi nelle proprie organizzazioni; si tratta, quindi, di un provvedimento adottato dalla Federazione nell'esplicazione di un potere pubblicistico, da prendere all'esito di un procedimento con le garanzie partecipative generali e di fronte al quale sono configurabili interessi legittimi giurisdizionalmente tutelabili davanti al giudice amministrativo, per la loro incidenza sullo stato di associato e sulle facoltà a esso connesse; di tale natura amministrativa partecipa anche la revoca dell'affiliazione».

Nella sent. n. 49 del 2011 la Corte costituzionale era chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità (in riferimento agli artt. 24, 103 e 113 Cost.) del d.l. n. 220 del 2003 (conv., con modif., con legge n. 280 del 2003), nella parte in cui riserva al solo giudice sportivo la competenza a decidere le controversie aventi ad oggetto sanzioni disciplinari, diverse da quelle tecniche, inflitte ad atleti, tesserati, associazioni e società sportive «anche ove i loro effetti superino l'ambito dell'ordinamento sportivo, incidendo su diritti soggettivi ed interessi legittimi». La Corte ricorda innanzitutto che l'ordinamento sportivo nazionale è «articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale» (a sua volta ordinamento autonomo avente una dimensione internazionale) e pertanto l'ordinamento sportivo nazionale risponde ad una struttura organizzativa extrastatale riconosciuta dall'ordinamento della Repubblica. Ma, anche a prescindere dalla dimensione internazionale del fenomeno, «deve sottolinearsi che l'autonomia dell'ordinamento sportivo trova ampia tutela negli artt. 2 e 18 Cost.». (v. *infra*, cap. XIII). La riserva all'ordinamento sportivo della disciplina delle questioni concernenti, oltre alle c.d. «regole tecniche», i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione delle relative sanzioni fa sì che «la giustizia sportiva costituisce lo strumento di tutela [definitivo] per le ipotesi in cui si discute dell'applicazione delle regole sportive». Per la Cassazione (sez. un., sent. n. 4399 del 1989 e sent. n. 5775 del 2004) tali questioni «non hanno rilevanza nell'ordinamento giuridico generale e le decisioni adottate in base alle regole proponenti dall'associazionismo sportivo sono collocate in un'area di non rilevanza per l'ordinamento statale, senza che possano essere considerate come espressione di potestà pubbliche ed essere considerate alla stregua di decisioni amministrative. La generale irrilevanza per l'ordinamento statale di tali norme e della loro violazione conduce all'assenza della tutela giurisdizionale statale». La Corte costituzionale ribadisce che «la possibilità, o meno, di essere affiliati ad una Federazione sportiva o tesserati presso di essa nonché la possibilità, o meno, di essere ammessi a svolgere attività agonistica disputando le gare ed i campionati ... non è situazione che possa dirsi irrilevante per l'ordinamento giuridico generale e, come tale, non meritevole di tutela da parte di questo. Ciò in quanto è attraverso siffatta possibilità che trovano attuazione sia fondamentali diritti di libertà – fra tutti, sia quello

di svolgimento della propria personalità, sia quello di associazione – che non meno significativi diritti connessi ai rapporti patrimoniali – ove si tenga conto della rilevanza economica che ha assunto il fenomeno sportivo, spesso praticato a livello professionistico ed organizzato su base imprenditoriale – tutti oggetto di considerazione anche a livello costituzionale». E pertanto l'intervento del legislatore è coerente laddove precisa che «l'autonomia dell'ordinamento sportivo recede allorché siano coinvolte situazioni giuridiche soggettive che, sebbene connesse con quello, siano rilevanti per l'ordinamento giuridico della Repubblica». Pertanto la Corte costituzionale ritiene che la normativa vigente non precluda al giudice statale di conoscere questioni che riguardino diritti soggettivi o interessi legittimi giacché «qualora la situazione soggettiva abbia consistenza tale da assumere nell'ordinamento statale la configurazione di diritto soggettivo o di interesse legittimo ... è riconosciuta la tutela risarcitoria». Per la Corte dunque «In tali fattispecie deve ... ritenersi che la esplicita esclusione della diretta giurisdizione sugli atti attraverso i quali sono state irrogate le sanzioni disciplinari – posta a tutela dell'autonomia dell'ordinamento sportivo – non consente che sia altresì esclusa la possibilità, per chi lamenti la lesione di una situazione soggettiva giuridicamente rilevante, di agire in giudizio per ottenere il conseguente risarcimento del danno. È sicuramente una forma di tutela, per equivalente, diversa rispetto a quella in via generale attribuita al giudice amministrativo ... ma non può certo affermarsi che la mancanza di un giudizio di annullamento ... venga a violare quanto previsto dall'art. 24 Cost.».

## 5. L'interpretazione

Nell'esperienza giuridica un ruolo fondamentale è quello giocato dalla **interpretazione**.

Nello studio del fenomeno interpretativo può innanzitutto operarsi una *summa divisio* fra quanti configurano il processo interpretativo come recezione passiva di un dato pre-esistente e quanti invece ritengono l'interpretazione un «*procedimento ricognitivo diretto a identificare e riprodurre negli apprezzamenti dell'interprete le valutazioni comparative degli interessi in conflitto che sono già contenute nelle norme giuridiche*» (Betti). Secondo quest'ultima impostazione è l'interpretazione che fa vivere le leggi nella realtà storica. Il primo orientamento è invece figlio del positivismo legislativo per il quale l'interpretazione si esaurirebbe in una meccanica applicazione al caso concreto di quanto disposto dal legislatore. Alla base della predetta divaricazione si rinviene una differente concezione del fenomeno giuridico: quale mero sistema di regole autoritarie imposte dal legislatore oppure come fenomeno intimamente connesso con la realtà sociale e riguardo alla quale il diritto svolge la funzione di strumento di convivenza civile.

Le diverse ricostruzioni dottrinali che mirano a restringere la libertà dell'interprete riducono il problema interpretativo ad un procedimento di ricostruzione della volontà imperativa del legislatore. Secondo questa impostazione il testo legislativo conterrebbe «coagulato» il «comando» posto dal legislatore e l'interpretazione verrebbe ad essere un procedimento avente «aritmetica precisione». A questo fine viene utilizzato lo schema del c.d. «*sillogismo giudiziale*», quale percorso argomentativo-deduttivo in cui, confrontando quanto posto da una «premissa maggiore» (la norma di legge ritenuta violata; ad esempio l'art. 2043 c.c. dispone che: «Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno») con il fatto racchiuso nella «premissa minore» (Tizio arreca un danno all'autovettura di Caio), il giudice sa-



rebbe chiamato nella sentenza a dedurre «l'inferenza» o «deduzione» (Tizio deve risarcire il danno arrecato all'autovettura di Caio). In questa concezione potestativa del diritto, il ruolo fondamentale dell'esperienza giuridica è giocato dal legislatore e dalla norma giuridica come da questi posta. Viene così a determinarsi una cesura netta fra produzione e applicazione del diritto e cioè fra il momento di «posizione della norma» (opera del legislatore) e il momento interpretativo-applicativo che riveste il ruolo di una semplice applicazione di quanto già deciso in precedenza, «fra un comando che si conchiude e si esaurisce in un testo e la vita che continua e diviene malgrado il testo e ben spesso oltre e contro il testo: è la strada che conduce a un formalismo talora esasperato nella sua astrattezza» (Kaufmann).

La contrapposta impostazione riconosce invece alla dimensione ermeneutica la qualità di «componente interna, essenziale, della positività della norma» (Grossi). All'interpretazione deve così riconoscersi sempre la qualità di fattore di creazione del diritto sia perché l'attività interpretativa contiene in sé una ineliminabile componente creativa, sia perché il diritto non può ritenersi monopolio del solo legislatore. Al tempo stesso, se il principio della certezza del diritto, quale principio volto a limitare l'autonomia dell'interprete, appare come una «mitologia giuridica» (in quanto «prodotto storico assolutizzato») (Grossi), è comunque spesso affermata l'esigenza di una garanzia di certezza, quale esigenza ineliminabile per la ordinata convivenza sociale. In secondo luogo, riconosciuto che l'attività interpretativa è creatrice di diritto, bisogna interrogarsi sul rapporto che intercorre fra legislazione e giurisdizione, sui limiti da riconoscersi all'attività interpretativa del giudice, sugli elementi di differenziazione esistenti fra il diritto posto tramite legge e quello posto tramite sentenza.

In merito alla funzione dell'interpretazione ed al ruolo che il giudice è chiamato a svolgere nell'epoca attuale, si è anche posto l'accento sulle dinamiche della contemporanea società, caratterizzata da un universo giuridico disomogeneo, molteplice, e dunque profondamente instabile, proprio perché caratterizzato dalla presenza di «valori» potenzialmente in contrasto. L'ordinamento giuridico contemporaneo sarebbe strutturalmente orientato nella prospettiva di un «diritto mite» dove gli esistenti contrasti non si risolvono con la mera e netta prevalenza di un valore sull'altro, bensì mediante complesse e «faticose» «non-esclusioni», e dunque coesistenze e integrazioni. E, di conseguenza, la ovvia creatività della giurisprudenza appare nella società contemporanea «più necessaria e più accentuata», in quanto «fattore di adattamento del diritto alle profonde trasformazioni della realtà sociale» (Zagrebelsky). E la ricostruzione dell'attività interpretativa del giudice all'interno di uno schema deduttivo «tecnicamente logico» risponde ad una «indifferenziata idea primitiva della certezza giuridica» che si pone in antitesi con «l'incertezza possibile in ogni giudizio» (Calogero).

Sferzanti, a tal proposito, sono le parole di Calogero, secondo cui, qualora l'opera del giudice si risolvesse veramente nell'opera richiesta dal c.d. sillogismo giudiziale, «Chi non saprebbe fare quello che il giudice dovrebbe fare? Non solo il più candido dei professori di logica scolastica ..., ma addirittura l'ultimo dei mortali, e magari una scimmia o un cane con cui si riuscisse ad intendersi (cioè a parlare, cioè a entrare in un qualsiasi rapporto semantico: e non è forse un perfetto sillogismo quello per cui l'asino, avendo appreso come verità generale o universale che dir si voglia, che a un certo movimento del braccio del padrone segue il dolore della frustata, affretta il passo appena si profila l'inizio di quel movimento?) saprebbe dire

quale conclusione discende da quelle premesse». Invece – evidenzia Calogero – «la vera e grande opera del giudice» non è quella di dedurre «la conclusione» da etero-imposte premesse, bensì «proprio nel trovare e formulare le premesse». Infatti «il giudice è ben lontano dal possedere l'automatica tranquillità di una macchina calcolatrice. Talune sue decisioni sono facili, altre così angosce che egli lungamente combatterà con sé medesimo e non sarà mai sicuro di averle prese secondo giustizia e verità. Le sue angosce sono le angosce stesse della vita: quelle di chiunque deve capire, studiare, interpretare, decidere, e per fare ciò adeguarsi il più possibile alle cose, vivere profondamente la sua esperienza, intendere quel che è e quel che deve essere, insomma lavorare e pensare».

Non dissimile è la testimonianza di Benjamin Nathan Cardozo che così delinea la sua esperienza di giudice: «Nei miei primi anni di magistratura il mio spirito rimase molto turbato nel constatare come l'oceano sul quale ero imbarcato fosse privo di tracce sicure. Andavo in cerca della certezza. Ero afflitto e scorato quando mi accorgevo che ricercarla era inutile. Tentavo di toccar terra, la stabile terra delle regole ben consolidate, il paradiso di una giustizia che si sarebbe annunciata con segni più chiari ed imperiosi che non i suoi scialbi e baluginanti riflessi nell'incertezza della mia mente e della mia coscienza ... Col passare degli anni, ed avendo sempre più riflettuto sulla natura dell'attività giudiziale, mi sono riconciliato con l'incertezza, poiché sono giunto a considerarla inevitabile. Sono giunto a vedere che tale attività, nelle sue zone più elevate, non è una scoperta, ma una creazione; e che i dubbi e le apprensioni, le esperienze e i timori, sono parte del travaglio della mente, sono le angosce della morte e le doglie della nascita, tra le quali si estinguono i principi che hanno fatto il loro tempo e nascono nuovi principi».

Quest'ordine di considerazioni non deve condurre a ritenere inutile ogni riflessione sul ruolo dell'interprete, ma impone al giurista di andare più a fondo nello studio e nella riflessione, rifiutando ogni impostazione formalistica o ideologicamente orientata (Cervati). La negazione della struttura deduttiva-sillogistica non vuol dire neppure esclusione di ogni possibile tentativo di studio della struttura logica delle sentenze.

Per Calogero l'attività giurisdizionale si sostanzia in quel procedimento, designato col nome di «*sussunzione*», che deve essere «non formale ma reale: non infallibile giuoco di scuola, ma problematico senso di realtà», giacché «alla logica delle parole essa antepone la logica delle cose, ma non quella dell'entusiasmo». Alla possibile obiezione di una eccessivamente ampia attribuzione di discrezionalità all'interprete, Calogero replica evidenziando come sia proprio lo schema del sillogismo deduttivo a consentire invece un agevole occultamento di scelte *lato sensu* discrezionali assunte (appunto) dietro lo schermo di un giudizio «logico», in ragione del quale «non si può che concludere in un solo modo, e con fatale necessità». Viceversa, l'esplicito riconoscimento in capo all'interprete di un potere discrezionale, che questi può utilizzare secondo un'altissima graduazione d'opportunità, priva l'organo giudicante di ogni comodo alibi ed impone allo stesso di misurarsi con «la ricchezza dell'esperienza e il senso delle cose», giacché sono quest'ultimi a determinare «quanto debba inflettersi l'indice sull'ideale quadrante della graduazione». Pertanto la sussunzione del fatto sotto la norma non può mai essere «idealmente determinata da un paradigma di logica formale», ma consiste invece in una «*delicata operazione di riconoscimento*», nello svolgimento della quale il giudice deve dimostrare padronanza di molti aspetti, dalla «conoscenza delle cose» all'esperienza tecnico-giuridica, dalla capacità ermeneutica alla capacità di intendimento della volontà del legislatore.

Per Dicey, l'autonomia e la libertà interpretativa dei giudici costituiscono «un pregio» conforme alla logica e al buon senso, mentre l'aspetto negativo è rappresentato dalla tendenza dei giudici a non

interrogarsi sullo «spirito» della legge. Dicey avverte che nemmeno l'iperproduzione legislativa parlamentare può mai giungere ad annullare le peculiarità del ruolo del giudice. La complessità e la ricchezza dei casi della vita finiscono per generare sempre nuove circostanze le quali pongono dinanzi agli organi giudicanti questioni nuove. Ed anche con riguardo alla legge parlamentare, l'interpretazione di questa darà sempre occasione ai giudici di esercitare il loro ingegno. L'attività interpretativa del giudice possiede dunque due coesistenti caratteri: è ineliminabile (nel senso che in ogni giudizio il giudice non può non svolgere un'attività interpretativa) ed ha sempre una componente di creatività. Questa conclusione conduce a riflettere sui rapporti fra legislazione e interpretazione. Per Dicey la linea di demarcazione fra le due attività non può essere tracciata con precisione e bisogna evitare di cadere in una sterile disputa relativa al significato del termine interpretazione. L'espressione «interpretazione» è notevolmente elastica ed i giudici agiscono sempre in qualità (non di «legislatori», bensì) di «interpreti del diritto» ed è facile che l'interpretazione di una norma «sconfini nell'estensione o nella fissazione *ex novo* della stessa, ossia di fatto nella legislazione». Il riconoscimento della «naturale» capacità dell'attività giurisdizionale di creare diritto, conduce Dicey ad interrogarsi sugli elementi che influenzano l'attività dei giudici, i quali non possono non essere soggetti alla «influenza delle credenze e dei sentimenti della loro epoca», e così «vengono guidati in misura notevole dalla corrente dominante dell'opinione pubblica». Tuttavia, l'inevitabile influenza delle credenze prevalenti nell'epoca in cui i giudici vivono, deve misurarsi con l'abito mentale (rappresentato dalle opinioni professionali e dai modi di pensare) tipico del giudice e che spesso è indipendente, se non contrapposto, rispetto all'atmosfera generale dell'opinione pubblica. Pertanto il diritto di produzione giudiziale si presenta tendenzialmente conservatore in ragione della ricorrenza di tre elementi che lo caratterizzano. Il diritto di produzione giudiziale infatti: 1. «mira a preservare la logica o la simmetria del sistema giuridico»; 2. è volto «più a garantire la certezza del diritto che a correggerne i difetti»; 3. ha «la tendenza a rispecchiare in ogni dato periodo le convinzioni di un'epoca precedente quella delle idee rappresentate dalla legislazione del Parlamento». L'abito mentale del giudice conduce questi ad una grande attenzione alla logica e alla coerenza delle proprie argomentazioni. Per questa via la dottrina può influenzare profondamente la giurisprudenza nella misura in cui riesce a fornire ai giudici «uno schema coerente di norme logicamente compatibili». Anche per questa ragione il giudice tende a rimanere legato agli esiti già raggiunti in precedenza piuttosto che a mutare orientamento, anche di fronte a limiti e contraddizioni. Alla critica per cui il rispetto del precedente finisce per giustificare («autoritativamente») anche le opinioni più inique, Dicey risponde che, basandosi il sistema di *common law* sulla regola dell'applicazione ai nuovi casi di regole giuridiche ricavate dai principi del diritto e dai precedenti giudiziari, le esigenze di «uniformità», di «coerenza» e di «certezza» conducono a ritenere doverosa l'applicazione di tali norme anche ai nuovi casi «a meno che non siano chiaramente irragionevoli e controproducenti». E questa conclusione corrisponde anche ad un criterio di ragionevolezza giacché non si può trattare allo stesso modo il diritto di produzione giudiziale e quello di produzione parlamentare, le cui modifiche avvengono tramite procedure pubbliche e con la pubblicità dei relativi esiti.

Riconoscere all'interprete una funzione creativa del diritto (e dunque l'inevitabilità di un diritto di produzione giudiziale) non significa affatto assimilare il potere giudiziario a quello legislativo, né fare del singolo giudice un legislatore. Il diritto di produzione giudiziale, proprio in ragione della sua origine, nasce con peculiari caratteri (anche storicamente determinati), che necessariamente lo differenziano dal diritto di produzione parlamentare. L'interpretazione giudiziale svolge un ruolo di fattore di «preservazione» nel tempo del sistema giuridico. Ed è proprio questa funzione di «preservazione nel tempo» a conferire all'interpretazione un carattere di conservazione (legato alle esigenze di continuità), ma anche un carattere di innovazione, legato agli inevitabili mutamenti che il tempo introduce. L'attività del giudice che, tramite l'interpretazione, mantiene viva la norma nell'ordinamento giuridico, deve sempre svolgersi nella ricerca di un equilibrio tra tali contrapposte esigenze.

Il problema è piuttosto quello relativo alla possibilità di determinazione di

limiti alla libertà interpretativa del giudice. Legislazione e giurisdizione si influenzano vicendevolmente. L'aumento del numero delle leggi accresce la libertà interpretativa del giudice e così anche la cattiva redazione delle stesse. La patologia della legislazione si ripercuote inevitabilmente nel momento giurisdizionale.

Ed è per questa ragione che Alessandro Giuliani invita a porre l'attenzione, prima che sul giudice, sul legislatore. A tal proposito Giuliani contrappone la figura del legislatore «razionale» (che è il legislatore del positivismo codicistico) alla figura del legislatore «ragionevole», ritenuto invece «peculiare della tradizione italiana, dal *mos italicus* fino al vichismo giuridico». Il pensiero di Vico ha avuto un ruolo importante nella riflessione, oltre che di Giuliani, anche di Giuseppe Capograssi per il quale la riduzione del diritto alla legge «non è capace di comprendere in sé e dare ragione di tutta l'intera sfera dell'esperienza giuridica». E ritenere che il diritto sia solo quello posto dalla legge, vuol dire compiere «una restrizione arbitraria della totale sfera dell'esperienza giuridica». Il diritto non può essere ridotto ad una somma di precetti comandati: la funzione dell'interpretazione giuridica viene così ad essere «non tanto e non solo un mostrare quello che c'è nella norma interpretata, ma un mostrare che nella norma interpretata c'è di più di quello che appare; c'è insomma tutta l'unità dell'ordinamento da cui nasce essa e di cui essa non è che una parte» (Capograssi). Per Capograssi la funzione dell'interpretazione è quella di «rendere efficiente» la norma, in quanto interpretare significa accostare la norma alla vita, rendere la norma assimilabile alla vita: la vita è ... il fine della norma». All'interpretazione è così assegnata la funzione di strumento di perenne sviluppo del diritto. L'interpretazione è l'attività volta «a riconoscere e a ricostruire» il significato da attribuire alla norma che è «fonte di valutazioni giuridiche» (Betti). Oggetto dell'attività interpretativa sono le dichiarazioni o i comportamenti (definiti «oggetto di valutazioni giuridiche») che si svolgono «nella cerchia sociale disciplinata dal diritto». Betti costruisce una generale teoria dell'interpretazione, al cui interno quella giuridica è definita «interpretazione in funzione normativa», la cui peculiarità è data dal fatto che l'interpretazione non ha la funzione di «tornare a conoscere una manifestazione di pensiero» (*id est*, quella del legislatore), ma di tornare a conoscerla «per integrarla e realizzarla nella vita di relazione» fornendo «la massima della decisione e dell'azione». Ed è la continua correlazione esistente fra il processo interpretativo e il «vigore dell'ordine giuridico» a consentire all'interpretazione di svolgere la funzione di conservare «in perenne efficienza» norme e precetti.

Il processo interpretativo non si esaurisce *uno actu* e non ha carattere di mera ricognizione di un pensiero altrui, ma di «concorrente complementarità» in quanto il «criterio della decisione» è ricavato da norme e precetti posti in vista di una possibile azione ma anche da valutazioni morali e da situazioni psicologiche. L'attività interpretativa presuppone e contiene, oltre al momento ricognitivo, anche un momento «rappresentativo». La «formula legislativa» costituisce solo la tappa iniziale da cui prende le mosse il processo interpretativo, ma con questa prima operazione l'interprete non termina il proprio compito essendo chiamato anche a «raffigurarsi» nelle ripercussioni pratiche l'esito dell'interpretazione sostenuta.

Nell'interpretazione giuridica si persegue sempre un esito pratico giacché il risultato intellettuale dell'attività interpretativa conduce a «prendere posizione» con riguardo a situazioni ipotizzate in anticipo. E questo «esito pratico» impone all'interpretazione giuridica di assegnare al precetto «il senso che si ricollega nell'ambiente sociale». La formulazione in termini generali e astratti della disposizione legislativa rende ancor più necessario che questa sia adattata e adeguata «alla vita e alla natura dei rapporti disciplinati». Senza l'apporto dell'interprete, la disposizione legislativa è «lettera morta»: è l'interpretazione a far sì che la disposizione «si mantenga viva e vigente nell'orbita dell'ordinamento giuridico». Il diritto non è un dato pre-stabilito in via definitiva dal legislatore ed è erroneo credere di poter «immobilizzare il diritto» bloccandone le dinamiche mediante una etero-imposta «coazione al formalismo nell'applicazione della legge». Il processo interpretativo evita «l'isterilarsi della norma», giacché senza l'apporto