



Fabrizio Politi

Diritto pubblico

DECIMA EDIZIONE



Giappichelli

PREFAZIONE ALLA X EDIZIONE

Nel 2023 si è registrata l'ennesima legge di revisione costituzionale (legge costituzionale n. 1 del 2023) che, seguendo l'approccio utilizzato negli ultimi anni delle revisioni "puntuali", ha aggiunto un nuovo comma all'art. 33 Cost., riconoscendo all'attività sportiva "*valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico*".

Sembra seguire questa identica metodologia di approccio anche il disegno di legge di revisione costituzionale presentato, sul finire del mese di ottobre, dal Governo e che introduce l'elezione diretta del Presidente del Consiglio. Il progetto di revisione si caratterizza per la stringatezza (è composto di soli cinque articoli e modifica quattro articoli della Carta repubblicana), ma introduce due elementi che scardinano il vigente quadro costituzionale: l'elezione diretta del Presidente del Consiglio e la "costituzionalizzazione" di un principio elettorale iper-maggioritario che assegna il 55% dei seggi del Parlamento al partito o alla coalizione collegata al Presidente del Consiglio eletto. Allo stato non è dato sapere fino a che punto l'attuale maggioranza politica intenda mantenere fermo o modificare il testo presentato, bisogna però rilevare che le (apparentemente ridotte) proposte di modifica incidono profondamente sul quadro costituzionale. Infatti, l'introduzione in Costituzione di un sistema elettorale fortemente caratterizzato in senso maggioritario mette a rischio il sistema di *checks and balances*, di pesi e contrappesi, su cui si fonda l'equilibrio costituzionale repubblicano, con marginalizzazione del ruolo del Presidente della Repubblica ed indebolimento della funzione degli organi di garanzia. La maggioranza parlamentare (che sarà "maggioranza" grazie alla torsione – iper-maggioritaria appunto – creata dal sistema elettorale) verrà ad avere la possibilità di nominare i componenti degli organi di garanzia costituzionale e la torsione personalistica che inevitabilmente sarà impressa dall'elezione diretta del Presidente del Consiglio finirà per accentuare molte delle patologie già presenti nel quadro politico contemporaneo.

Da decenni nel nostro Paese si discute sulla opportunità di una scelta fra sistemi elettorali di tipo proporzionale e sistemi di tipo maggioritario. L'esperienza degli ultimi decenni ha dimostrato l'illusorietà delle previsioni che assegnavano "virtù taumaturgiche" al passaggio dal sistema proporzionale al maggioritario: il livello medio della classe politica è di gran lunga peggiorato, gli esecutivi si sono rivelati tutt'altro che stabili ed è cresciuto pericolosamente il tasso di astensionismo (fra le cui cause non può non citarsi anche la riduzione dell'offerta politica conseguente al sistema maggioritario). Nel progetto di revisione, l'elezione diretta del premier giustifica e consente la "creazione" di una maggioranza parlamentare che potrà agire anche rimuovendo il premier, sicché il vero obiet-

tivo della revisione costituzionale viene ad essere appunto l'introduzione in Costituzione di un sistema elettorale iper-maggioritario che altera profondamente gli equilibri costituzionali su cui è innervata la Costituzione.

La riforma introduce un "*neoparlamentarismo*" irrigidito su una artefatta maggioranza parlamentare che diventa rappresentante di un ipostatizzato "*popolo*", quale soggetto – anziché inevitabilmente plurale – asseritamente unitario ed omogeneo (visione del popolo che nella storia ha già dato tragici risultati). Emerge così un quadro rispondente a principi esattamente antitetici a quelli che caratterizzano il costituzionalismo moderno, aperto e plurale, e con un deleterio irrigidimento dei meccanismi di funzionamento della forma di governo.

Sulmona, 6 dicembre 2023

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 giuridica. – *Nota bibliografica.*

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

Il diritto, quale oggetto di studio, si presenta innanzitutto quale “*fenomeno giuridico*” e dunque quale “*esperienza giuridica*”. Il sostantivo “*esperienza*” esprime non solo la multiforme ricchezza dell'universo giuridico, ma anche la “concretezza” del diritto. La visione del diritto quale “*esperienza giuridica*” (e non quale articolato insieme di precostituite definizioni dogmatiche) consente di cogliere la complessità del fenomeno giuridico e le peculiarità dell'epoca contemporanea (Capograssi). 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 del testo scritto della disposizione normativa. Quest'ultima impostazione infatti, facendo coincidere il diritto con la sola norma scritta, smarrisce la ricchezza – e la complessità – dell'esperienza giuridica con inevitabile deperimento anche di quella «prospettiva critica» che deve sempre accompagnare lo studio del diritto pena lo schiacciamento dello stesso in una funzione «del tutto servente rispetto alla prassi politica e agli interessi economici prevalenti» (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 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*” ed è «ordine di convivenza, immanente ai rapporti di un corpo sociale che si rispecchia nella coscienza sociale dei membri che lo compongono». L'ordinamento giuridico infatti 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 e delle norme 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 principi e delle norme che regolano i 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 dunque del potere pubblico) e regola i comportamenti che i privati sono tenuti a tenere 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 con cui i singoli devono rapportarsi 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 alle norme che pongono discipline di protezione del singolo che si trovi in una posizione di oggettiva debolezza (dalla tutela del consumatore alle diverse forme di tutela sociale).

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. La *dogmatica giuridica* (cioè la costruzione di definizioni e concetti giuridici) costituisce uno strumento che può rivelarsi estremamente utile (a volte anche necessario) per spiegare – mediante la “costruzione” dei relativi concetti – singoli istituti giuridici, ma l'utilizzo della stessa non deve condurre ad un distacco dalla realtà ed allo smarrimento della consapevolezza delle specifiche scelte valoriali sottostanti alle singole opzioni.

Molteplici sono gli esempi di istituti sulla cui natura giuridica – pubblica o privata – a lungo vi è stata discussione.

Può ad esempio ricordarsi la vicenda delle *Ipab* (Istituzioni di assistenza e di beneficenza), enti di natura privata, di vita secolare, che, sul finire del XIX secolo, con la c.d. legge Crispi (legge 17 luglio 1890, n. 6972), vengono sottoposti ad una disciplina di diritto pubblico, ma a cui, in ragione di alcune pronunce della Corte costituzionale (negli anni ottanta del secolo scorso), viene riconosciuta natura privata. La legge n. 6972 del 1890 configurava le *Ipab* come enti autonomi, amministrati da propri organi di gestione, previsti e disciplinati dallo statuto e sottoposti a vigilanza e controllo dello Stato. Successivamente, con l'avvio dell'ordinamento regionale, tali funzioni di controllo furono assegnate alle Regioni. Nella sent. n. 173 del 1981, la Corte costituzionale ha affermato che «dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana», è necessario «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 legge 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 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». 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 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 incompatibile il monopolio pubblico delle istituzioni medesime. In 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 infraregionale*), 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». Successivamente è intervenuto il d.lgs. n. 207 del 2001 il quale, dopo aver premesso (art. 1) di avere ad oggetto il riordino delle Ipab «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 e 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). E così anche il Consiglio di Stato (sez. VI, sent. n. 5103 del 10 novembre 2015), 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, sempre con riguardo alla distinzione fra natura pubblica e natura privata di determinati organismi, può ricordarsi anche la vicenda delle *fondazioni di origine bancaria*, riguardo alle quali la Corte costituzionale ha affermato la natura privatistica definendole «soggetti dell'organizzazione delle libertà sociali e non delle funzioni pubbliche» (sentt. nn. 300 e 301 del 2003).

L'approfondimento della dicotomia fra diritto pubblico e diritto privato pone questioni molto complesse (che richiedono analisi approfondite dei singoli ordinamenti storicamente succedutisi, delle relative istituzioni e del coevo pen-

siero 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 affermatasi negli ultimi secoli in Europa caratterizzata dalla presenza dello Stato moderno (v. *infra*). Ed infatti, 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 del perimetro 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, ma non solo, normativo) e della forza. Nello Stato moderno il diritto pubblico viene a disciplinare le forme di esercizio del «potere pubblico» (e dunque le forme di limitazione delle libertà dei privati), mentre al diritto privato spetta disciplinare le modalità con cui i singoli gestiscono (*rectius*, 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 àmbiti 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 àmbiti che invece devono essere lasciati 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 autoasigna anche il ruolo di unico detentore del potere di delimitazione della linea di confine del «giuridico». Lo Stato si assegna così il potere di individuazione degli àmbiti sottoponibili alla legislazione e, all'interno di quest'ultima categoria, di individuazione degli oggetti che debbano ricomprendersi nella sfera del diritto pubblico e di quelli da ricomprensione nella sfera del diritto privato. L'assegnazione di un determinato àmbito 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 consuetudi-

naria su quella scritta). Quest'ultimo aspetto, come detto, rientra nella più ampia distinzione fra «pubblico» e «privato» (distinzione che attiene all'individuazione delle ragioni giustificatrici dell'intervento del potere pubblico) e cioè fra materie rimesse all'autonomia dei singoli, ed in cui il soggetto pubblico non deve (o non dovrebbe) affatto intervenire, e materie 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» (Ridola).

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 garanzia di quanti (singoli o associati) a tale potere vengano a trovarsi sottoposti oltre che sugli istituti previsti dall'ordinamento per far valere la responsabilità di chi tale potere esercita (affinché appunto tale potere non sia “assoluto”, cioè *legibus solutus*).

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 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 (ed esistono) anche norme riguardanti casi individuali e specifici (si pensi alle c.d. leggi-provvedimento). La dottrina tradizionale, in ragione dei caratteri di generalità e astrattezza, assegna alla norma giuridica, in quanto precetto avente ad oggetto un insieme di situazioni possibili, la qualifica di comando suscettibile di indefinita applicazione (in questa ricostruzione, la generalità e l'astrattezza vengono declinate nel senso della «ripetibilità») (Crisafulli). Secondo altra 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, i cui membri perseguono 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 (il diritto) 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 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 scomparsa 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), sì 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; con l'espressione ordinamenti «originari» (o «indipendenti») si fa riferimento a quegli ordinamenti che non dipendono da altri nella loro origine o nel rispettivo funzionamento, mentre «derivati» sono quegli ordinamenti la cui nascita e funzione discendono da un altro ordinamento;
- sovrani o non sovrani, cioè se siano o meno detentori di «sovranità» (v. *infra*);
- enti a fini generali (ordinamenti politici) o a fini determinati (enti costituiti e che operano solo per determinati fini: ad esempio sportivi o ludici o religiosi, ecc.);

– enti territoriali e non (a seconda se abbiano o meno un territorio di riferimento).

Lo *Stato* è un *ordinamento giuridico a fini generali, indipendente e originario*, 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. È lo Stato, in quanto detentore della sovranità, che si attribuisce il potere di "qualificare" tutti gli altri ordinamenti giuridici.

Con riguardo allo Stato italiano, l'ispirazione pluralista della Costituzione repubblicana (v. *infra*, cap. III, par. 4), 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.) a tutela di una dimensione di libertà altrimenti soppressa laddove si riduca il 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.

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

Il principio della pluralità degli ordinamenti giuridici impone che, di fronte a determinate questioni, lo Stato (e, per la precisione il potere giudiziario statale, cioè il giudice statale) dichiari 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 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 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 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 contradaioli, 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 statale. Il Tar sottolinea che l'attribuzione al Comune di Siena dei poteri sul Palio «*ha esclusivo fondamento nel regolamento per il Palio, la cui emanazione ad opera del Consiglio comunale ... 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 ... 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 ... al fine della regolamentazione della manifestazione ludica». Ed il Tar sottolinea che la propria decisione «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 un deficit di protezione giurisdizionale per le posizioni giuridiche soggettive coinvolte (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.

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. A questo proposito 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 pubblicistico, 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» 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.

Caso diverso è la 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 ed eccependo il difetto di giurisdizione del giudice italiano, sostenendo di aver agito nella loro dimensione pubblicistica, diplomatica e consolare. La Cassazione, Sezioni Unite (ord. n. 19784 del 2015) ha ritenuto infondata la questione della giurisdizione affermando il consolato non aveva agito in via pubblicistica 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 anche 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 e seguenti del codice civile 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 (sui partiti politici v. *infra*, cap. VI, par. 4).

La fenomenologia delle vicende legate allo svolgimento dei rapporti associativi può 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.

In un 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 arcivescovi-

le, per comportamento 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, 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 ed agli 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, nell'individuazione del 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. Pertanto: «l'esclusione dell'ingerenza statale non è limitata ... alle attività di religione o di culto ed agli organi statutari ... La stessa si estende ... 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 delle rispettive 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 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 gioco calcio) con cui era stata inflitta a tale 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 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 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».

Anche la Corte costituzionale (sent. n. 49 del 2011) è stata 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 ha innanzitutto ricordato 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».* Tali questioni (v. già Cassazione, sez. un., sent. n. 4399 del 1989 e sent. n. 5775 del 2004) *«non hanno rilevanza nell'ordinamento giuridico generale e le decisioni adottate in base alle regole promananti 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.».*

Con riguardo all'autonomia dell'ordinamento sportivo, merita di essere ricordata anche vicenda che ha visto contrapposti il governo italiano ed il Comitato Olimpico Internazionale (CIO), vicenda che aveva determinato il rischio dell'esclusione dell'Italia dai XXXII Giochi Olimpici di Tokyo.

La legge n. 145 del 2018 (legge di bilancio per il 2019) all'art. 1, commi 629 e seguenti, faceva cessare di esistere la *“Coni Servizi”* (azienda pubblica, sotto il

controllo Coni, che si occupava dello sviluppo dello sport) ed assegnava alla società “*Sport e Salute s.p.a.*” (società sotto il controllo del Governo) vari compiti (fra cui quello di emettere i finanziamenti alle federazioni nazionali e agli altri organismi sportivi) e sottraendo di fatto personale al Coni (che, pur potendo avvalersi del personale di “*Sport e Salute*” vedeva minata la propria autonomia ed indipendenza), mentre l’art. 27, comma 6, della Carta olimpica prevede che i Comitati olimpici nazionali devono preservare la loro autonomia e indipendenza. Già nel giugno del 2019 (in occasione dell’assegnazione all’Italia delle Olimpiadi di Milano-Cortina del 2026), il numero uno del CIO Thomas Bach dichiarava al presidente del Consiglio Conte e al sottosegretario Giorgetti che l’Italia veniva a violare la carta olimpica, ricevendo rassicurazioni sul fatto che la vicenda sarebbe stata sanata. Di fronte all’inerzia del governo italiano, il CIO, con una lettera, indicava specificamente i punti in cui la nuova normativa italiana violava le prerogative del Coni. Dopo mesi di conflitti tra il vertice del Coni ed il ministro allo sport, il CIO rinnovava nel marzo 2020 al governo italiano la richiesta di sanare la posizione del Coni. Dopo il rinvio dei Giochi di Tokyo per la pandemia, il presidente del CIO inviava ulteriori due note al Governo italiano (14 ottobre e 2 dicembre 2020) in cui evidenziava che «*al Coni non è consentito di rispondere in pieno del suo ruolo di Comitato olimpico e di operare in accordo con la Carta Olimpica*». In particolare veniva segnalata la mancanza di autonomia del Coni non solo sotto l’aspetto finanziario, ma anche nel numero dei dipendenti e nella definizione delle competenze (in particolare il Coni veniva ad essere subordinato al Governo tramite un ente a questo sottoposto quale appunto “*Sport e Salute s.p.a.*”).

Infine, di fronte al rischio di esclusione dell’Italia dai Giochi di Tokio, il governo Conte-*bis* (che peraltro in quel momento era dimissionario, avendo presentato le proprie dimissioni il 26 gennaio) ha approvato il d.l. 29 gennaio 2021, n. 5 (conv. in legge n. 43 del 2021) in cui («Ravvisata ... la straordinaria necessità e urgenza di assicurare ... la piena operatività, l’autonomia e l’indipendenza del Comitato olimpico nazionale italiano, in coerenza con quanto stabilito dalla Carta Olimpica, anche al fine di favorire l’ottimale partecipazione della delegazione italiana ai XXXII Giochi Olimpici di Tokyo») l’art. 1 («Organizzazione e funzionamento del Comitato olimpico nazionale italiano») assegna «una propria dotazione organica» al Coni che, con proprio atto («nell’ambito dell’autonomia organizzativa e in coerenza con gli standard di indipendenza e autonomia previsti dal Comitato olimpico internazionale») «determina l’articolazione della propria dotazione organica».

5. L’interpretazione giuridica

Nell’esperienza giuridica – e cioè nella vita dell’ordinamento giuridico – un ruolo fondamentale è giocato dalla **interpretazione giuridica**.

Nello studio del fenomeno interpretativo può innanzitutto operarsi una *summa divisio* fra quanti configurano il processo interpretativo come recezione

(più o meno 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 giuridica 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 diritto: 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 appunto 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 giuridica 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 sarebbe 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*» (Paolo Grossi). All'interpretazione giuridica 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») (Paolo 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 rico-

noscersi 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 giuridica 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).

Inoltre è stato evidenziato che 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 angosciose 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 penare*».

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). E la negazione della struttura deduttiva-sillogi-

stica non vuol dire neppure esclusione di ogni possibile tentativo di studio della struttura logica delle sentenze (Giuliani).

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 giuridica. 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 dot-

trina 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 «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 ha un carattere 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 prestatuito 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'isterilirsi della norma», giacché senza l'apporto specifico dell'interpretazione, la norma sarebbe priva di capacità di attuazione. La concreta applicazione della norma presuppone l'interpretazione della stessa e, per tale ragione, l'interpretazione giuridica è destinata ad avere una «funzione normativa» in conseguenza proprio della correlazione in cui l'interpretazione viene a trovarsi con l'applicazione della norma al caso concreto. Non si deve però sconfinare nell'assegnazione all'interprete del ruolo di legislatore dovendosi invece distinguere nettamente i due ruoli. La «funzione normativa» riconosciuta all'interpretazione giuridica discende dalla natura («normativa») dell'oggetto di tale (forma di) interpretazione, la quale ha una «destinazione normativa» che non va però confusa con l'efficacia vincolante che può spettare alle interpretazioni adottate da organi le cui decisioni sono dall'ordinamento rivestite di peculiare forza. La dogmatica giuridica, quale strumento che svolge, nel processo interpretativo, la funzione di coerente ricostruzione del sistema, è espressione della «fondamentale esigenza di sintesi e d'intelligibilità» dell'ordinamento, giacché è grazie alla dogmatica che è possibile dar vita a quei procedimenti «astrattivi e costruttivi di concetti necessari per qualunque disciplina legislativa». L'interpretazione giuridica non può fare a meno della dogmatica giacché gli strumenti di questa, quale procedimento di astrazione e costruzione dei concetti, ne costituiscono «parte integrante», ma parimenti non si deve cadere nell'errore di ritenere che la dogmatica possa esaurire il momento interpretativo «con vuoti e rigidi schemi inadatti alla realtà sociologica e refrattari alla dinamica storica del diritto» (Betti). La dogmatica è necessaria all'interpretazione, ma non si deve rimanere imprigionati negli schemi della dogmatica medesima. Betti critica il pensiero kelseniano alla base del quale rinviene una concezione del diritto quale «dettato impartito da un potere sovrano ad una massa di sudditi e funzionari tenuti, volenti o nolenti, a darvi esecuzione e quindi a considerare diritto tutto quello e soltanto quello che viene loro imposto». A questa visione potestativa del diritto, Betti contrappone una concezione del fenomeno giuridico quale «ordine di convivenza immanente ai rapporti di un corpo sociale» che si rispecchia nella coscienza sociale dei membri che lo compongono per cui l'ordine giuridico viene ad essere «un organismo in perenne movimento, in continua trasformazione, che segue e rispecchia da vicino il movimento delle trasformazioni della vita sociale».