

Dario Martire

## Pluralità degli ordinamenti giuridici e Costituzione repubblicana

Spunti di riflessione alla luce  
dell'esperienza costituzionale

### 1. *Premessa*

«La Costituzione italiana entrata in vigore il 1 gennaio 1948 ha posto la dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici a base del sistema di rapporti o di comportamento dello Stato di fronte ai gruppi sociali, alle “formazioni sociali, ove si svolge (secondo l’espressione dell’art. 2) la personalità dell’uomo”, di fronte cioè ai gruppi sociali, agli enti, sia di natura istituzionale che territoriale»<sup>1</sup>.

Le riflessioni che seguono prendono le mosse dalla constatazione, evidenziata nell’affermazione di Gaspare Ambrosini, che la pluralità degli ordinamenti giuridici, teorizzata da Santi Romano ne “L’ordinamento giuridico”, abbia rappresentato per i Costituenti un punto di riferimento costante nel dibattito e nella predisposizione delle norme costituzionali<sup>2</sup>.

Uno sguardo d’insieme infatti mostra come, in passato, applicazioni di tale teoria si siano avute con riferimento non solo a ordinamenti definiti convenzionalmente “esterni” (mi riferisco alle applicazioni della pluralità degli ordinamenti giuridici in relazione ad es. alla Chiesa cattolica, all’ordinamento internazionale e dell’Unione Europea), ma anche “interni” (si pensi, fra gli altri, all’“ordinamento intersindacale” di Giugni).

Tuttavia, ad eccezione del lavoro di Ambrosini, non risultano tentativi di trattazione d’insieme della problematica dei rapporti dell’ordinamento costituzionale con gli ordinamenti c.d. interni. Il presente scritto ritorna allora sulla tematica alla luce della lunga evoluzione della nostra esperienza costituzionale.

<sup>1</sup> G. Ambrosini, *La pluralità degli ordinamenti giuridici nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, vol. I, Milano, 1973, 5.

<sup>2</sup> Cfr. S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, Ristampa della II ed., Firenze, 1967.

La tematica dei rapporti tra l'ordinamento costituzionale repubblicano e gli ordinamenti interni, ossia quegli ordinamenti che si costituiscono nell'ambito del territorio soggetto alla sovranità dello Stato, pone anzitutto una questione di fondo. Si tratta, a tutti gli effetti, di ordinamenti giuridici in senso stretto?

Già Romano ebbe a dire: «questo principio, che si potrebbe dire della pluralità degli ordinamenti giuridici, mentre è incontestato per quel che concerne i vari Stati e anche, almeno nella dottrina più recente, per i rapporti fra il diritto internazionale e i diritti statuali, è, invece, spesse volte energicamente negato per tutti gli altri ordinamenti. Per essi si pone, molto di frequente, la tesi che debbano tutti e senza eccezioni ridursi al diritto statale»<sup>3</sup>.

La distinzione tra ordinamenti esterni e ordinamenti interni riposa allora sulla constatazione, in primo luogo storica, per cui si afferma anzitutto quella che viene definita pluralità monotipica, in base alla quale gli ordinamenti sono sì una molteplicità, una pluralità, ma tutti riconducibili allo stesso ideal-tipo. Una pluralità di ordinamenti nell'ambito di una pluralità di territori, tutti ugualmente sovrani, indipendenti, esclusivi, impenetrabili<sup>4</sup>.

Dall'originario unico ordinamento riconducibile alla *civitas christiana* si passa alla molteplicità reale degli ordinamenti statali moderni. I principi che erano alla base delle Costituzioni originate dalla Rivoluzione francese, sulla base delle teorie riconducibili al Rousseau, affermano la unitarietà, indivisibilità ed illimitatezza della sovranità ed il conseguente potere illimitato dello Stato. Muta, rispetto al passato, l'organo titolare della sovranità (prima il principe, ora la Nazione, il Popolo, i singoli individui) ma non cambia la pretesa dello Stato, riconducibile al dogma moderno della completezza dell'ordinamento, che il diritto sia un suo prodotto esclusivo<sup>5</sup>.

Corollario indispensabile dell'unicità-esclusività delle valutazioni giuridiche è rappresentato dall'assenza, sul piano sia teorico sia di stretto diritto positivo, di rapporti tra l'ordinamento dello Stato e le comunità c.d. intermedie o gruppi sociali, gli ordinamenti appunto interni. Questi, dal punto

<sup>3</sup> S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., 106.

<sup>4</sup> Cfr. per tutti F. Modugno, *Legge – ordinamento giuridico – pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, 190, nonché Id., *Pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1985, XXXIV, 1 ss., A. Cammarata, *Il concetto del diritto e la «pluralità degli ordinamenti giuridici»* (1926), in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, 210.

<sup>5</sup> F. Modugno, *Legge*, cit., 190 ss., G. Ambrosini, *La pluralità degli ordinamenti giuridici nella Costituzione italiana*, cit., 3 ss.

di vista dell'ordinamento dello Stato, non esistono se non come entità statali, come organi dello Stato.

La supremazia della classe borghese realizzata attraverso l'unità politica e l'affermazione del principio dell'eguaglianza formale ed astratta di tutti i membri della comunità non ammette all'interno altro da sé, non può, per definizione, consentire il pluralismo c.d. politipico, quel pluralismo ordinamentale all'interno del territorio soggetto al suo dominio. I fatti possono e debbono essere qualificati esclusivamente da un atto dello Stato, dalla legge<sup>6</sup>.

Senonché l'unità strutturale interna ed impenetrabile dello Stato moderno, come è stato efficacemente affermato, poggiava su di una finzione, nella «pretesa identità di Stato, nazione e popolo, nell'attribuzione della sovranità a quell'entità mitica che fu la 'nazione'»<sup>7</sup>.

Finzione che, col mutare del contesto culturale, economico e, più in generale, storico-sociale, non è più in grado, se mai lo fosse stata, di descrivere la realtà per come si andava assestando.

<sup>6</sup> La distinzione tra pluralismo monotipico e politipico è utilizzata per primo da A. Cammarata, *Il concetto del diritto e la «pluralità degli ordinamenti giuridici»*, cit., 136, e ripresa sia da V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, 16, che da F. Modugno, *Legge*, cit., 190 ss.

<sup>7</sup> F. Modugno, *op. ult. cit.*, 194-195. Per l'Autore la distinzione tra la monarchia assoluta e lo Stato moderno rappresentativo, costituita dal legame tra potere e principio di sovranità del monarca da un lato e tra potere e principio di sovranità della nazione o del popolo dall'altro, non muta la finzione che è alla base dell'ordinamento generale: «*L'identità di Stato e nazione o di Stato e popolo, che si trova teorizzata nella giuspubblicistica del secolo scorso, è almeno altrettanto fittizia dell'identità di Stato e monarca del periodo assolutistico*». La 'nazione', che secondo la Costituzione francese del 1791 è l'unica titolare della sovranità e la esercita per tramite dei rappresentanti, «è una *factio* che sta dietro, per così dire, allo stato-governo titolare effettivo del potere sovrano». Peraltro, anche nell'ambito dello Stato democratico, «il dualismo di Stato e società civile, erede del vecchio dualismo di *rex e regnum* non è affatto superato, perché esso è immanente alla concezione stessa della unità-unicità-originarietà dell'ordinamento statale, e alla sua tendenziale completezza ed esaustività. *Ma, proprio per questo, l'ordinamento statale moderno sovrano reca in sé il germe della sua dissoluzione*. Lo Stato moderno, nel tentativo di realizzare l'unità politica immediata, ha enucleare cioè un'unica società politica, ha generato in sé ineludibilmente la scissione tra società politica e società civile. In realtà lo schema, o se si vuole, il modello dell'ordinamento statale sovrano ha consumato tutte le sue virtualità immanenti nel venire applicato ad una determinata società civile, quella in cui ha affermato il proprio predominio la classe borghese. *La sovranità della nazione (o del popolo) è la formola o il simbolo dell'effettivo dominio di una sola classe. Un modello di ordinamento, all'interno, unico e unitario, esaustivo ed esclusivo, non può che essere l'ordinamento di una società stabile in cui predomina una sola classe, un solo gruppo economico-sociale*», corsivi nostri.

Come anticipava con estrema lungimiranza Romano nella prolusione pisana del 1909/10 «la così detta crisi dello Stato moderno implica per l'appunto la tendenza di una serie grandissima di gruppi sociali a costituirsi ciascuno una cerchia giuridica indipendente»<sup>8</sup>.

La crisi dell'omogeneità sociale del sistema liberale ed il contestuale affermarsi, entro l'ordinamento statale, di una serie di "corpi sociali", partiti, associazioni, confessioni religiose, e, forse più di tutti, sindacati dei lavoratori, induce la scienza giuridica, e prima di tutti Santi Romano, a superare il normativismo kelseniano ed il punto di vista statalistico, ritenuto insufficiente per descrivere la realtà sociale<sup>9</sup>.

La manifestazione primaria sul piano temporale e la maggiore compatibilità assiologica del pluralismo ordinamentale monotipico rispetto a quello politipico costituiscono allora le ragioni della distinzione dottrinarie tra ordinamenti esterni e ordinamenti interni<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Pisa, 1909. V. anche Id., *L'ordinamento giuridico*, cit., 113.

<sup>9</sup> A. Cammarata, *Il concetto del diritto*, cit., S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., F. Modugno, *op. ult. cit.*, 198 ss. Per una netta distinzione tra le due teorie di Santi Romano, l'istituzionalismo e la pluralità degli ordinamenti giuridici, v. N. Bobbio, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, P. Biscaretti Di Ruffia (a cura di), Milano, 1977, 25, secondo il quale nella teoria di Santi Romano vi sono due teorie distinte e indipendenti: la teoria istituzionale del diritto, contrapposta alla teoria normativa, e quella pluralista ordinamentale, contrapposta invece alla teoria monistica o statualistica. Per l'Autore non vi è quindi alcun legame fra la prima teoria e il pluralismo, e tra teoria della norma e monismo.

<sup>10</sup> La distinzione non convince pienamente. Difatti, l'elemento del territorio per l'ordinamento dello Stato rappresenta l'ambito di validità spaziale delle norme. Se si sceglie il punto di vista dell'ordinamento statale, ogni ordinamento che sia diverso, e quindi altro rispetto all'ordinamento dello Stato, può assumere, per quest'ultimo, rilevanza solo ed esclusivamente nell'ambito del suo territorio. In altri termini, la distinzione tra ordinamenti esterni ed ordinamenti interni perde di sostanza nel momento in cui si presuppone la prospettiva dell'ordinamento statale, in quanto ciò che rileva sono le modalità con cui questo permette (o è costretto a permettere), nel territorio soggetto alla sua validità, a quel diverso ordinamento di produrre effetti. Che si tratti di ordinamento dell'Unione europea, della comunità internazionale o, al contrario, di ordinamenti dei partiti politici o dei sindacati, non muta e non sposta il centro della questione, ossia la rilevanza (o irrilevanza) di quell'ordinamento per l'ordinamento statale. Sembra considerare la distinzione equivoca anche Modugno, per il quale «questi altri ordinamenti sociali, rispetto all'ordinamento statale, sono comunemente considerati di due tipi: a) esterni, b) interni ad esso. L'ordinamento della comunità o di un'organizzazione internazionale, di una confessione religiosa, ecc., sono esempi del primo tipo. L'ordinamento di un partito politico, di un'associazione sindacale, del secondo. Si tratta, però, di una distinzione empirica descrittiva, di per sé equivoca, che richiede un discorso più approfondito»; v. F. Modugno, *op. ult. cit.*, 200.

Con riferimento a questi ultimi, si pone allora, con maggiore vigore, la problematica relativa alla possibilità di configurarli come ordinamenti in senso stretto. La teoria dell'ordinamento come teoria del diritto oggettivo, e quindi come sistema autosufficiente, chiuso, esclusivo, impenetrabile dall'esterno, ha indotto infatti parte della dottrina ad abbandonarne l'utilizzo, in quanto di ostacolo alla primaria esigenza assiologica del sistema costituzionale, ossia il primato della persona in ogni ambito di validità dell'ordinamento costituzionale<sup>11</sup>.

Come potremo vedere più avanti è l'elemento della plurisoggettività, in tali prospettive, ad evidenziare l'impossibilità di configurare fenomeni sociali (ed anche quelli che si svolgono all'interno dell'organizzazione dello Stato-apparato) come ordinamenti.

Il presente lavoro si propone allora di evidenziare la validità, sia sul piano descrittivo che su quello prescrittivo, della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, in termini tuttavia diversi rispetto alle passate ricostruzioni e più in grado di accogliere, senza urtare contro il sistema di fondo delineato dalla Costituzione repubblicana, le esigenze palesate da tale dottrina in relazione ai diritti fondamentali.

## *2. Le caratteristiche dell'ordinamento giuridico. Originarietà, normazione, organizzazione, plurisoggettività*

La ricerca impone allora anzitutto una scelta di tipo metodologico, che riguarda l'individuazione dei criteri di riconoscimento e le caratteristiche intrinseche di un ordinamento giuridico.

<sup>11</sup> Cfr. per tutti G. Manfredi, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Torino, 2007, 60-61, che richiama, a supporto della sua teoria, L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Padova, 1988, 566, E. Tosato, *Persona, società intermedie e Stato*, Milano, 1989, 225 e ss., E. Rossi, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989, 190 e ss., V. Crisafulli, L. Paladin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 115. V. inoltre L. Di Nella, *La teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici: analisi critica dei profili teorici e delle applicazioni al fenomeno sportivo*, in *Riv. dir. sport.*, 1998., 5 ss. Per il superamento della teoria della pluralità degli ordinamenti nell'ambito delle articolazioni dello Stato v. M. Manetti, *La legittimazione del diritto parlamentare*, Milano, 1990, 103, che rinvia a M.S. Giannini, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 219 ss. e ID., *Autonomia*, in *Studi per Luigi Rossi*, Milano, 1952, 208 ss., V. Bachelet, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano, 1962, 166 ss, 184, F. Modugno, *Pluralità degli ordinamenti*, cit., 27 ss., 30; v. inoltre F. Pinto, *Forze armate e Costituzione*, Venezia, 1969, 45 ss.

Massimo Severo Giannini osservò che Santi Romano aveva lasciato in ombra il tema degli elementi dell'ordinamento. Per l'Autore de "L'ordinamento giuridico" «diritto non è o non è soltanto la norma che così si pone, ma l'entità stessa che pone tale norma. Il processo di obbiettivazione, che dà luogo al fenomeno giuridico, non si inizia con l'emanazione di una regola, ma in un momento anteriore: le norme non ne sono che una manifestazione, una delle sue varie manifestazioni, un mezzo con cui si fa valere il potere di quell'*io* sociale di cui si parla»<sup>12</sup>.

L'insufficienza del momento normativo porta Romano all'elaborazione dell'ordinamento giuridico come "istituzione" per cui ogni ordinamento giuridico è istituzione e ogni istituzione è un ordinamento giuridico<sup>13</sup>.

Senonché tale equazione rimane, almeno nella prospettiva gianniniana, la sola descrizione che Romano fece dell'istituzione.

Le critiche di indeterminatezza furono in un primo momento superate sulla base della relativa semplicità degli ordinamenti presi in considerazione.

In altri termini, le prime applicazioni della teoria pluralistica ordinamentale di Romano furono tentate, con relativo successo, nell'ambito del diritto internazionale e del diritto canonico (tematiche peraltro già affrontate anche da Romano), con la conseguenza che l'approfondimento della nozione di ordinamento giuridico non rappresentava un presupposto ne-

<sup>12</sup> S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., 19.

<sup>13</sup> S. Romano, *op. ult. cit.*, 27. Per Romano, come è noto, il concetto del diritto deve contenere alcuni elementi indispensabili: «a) Anzitutto deve ricondursi al concetto di società. Ciò in due sensi reciproci, che si completano a vicenda: quel che non esce dalla sfera puramente individuale, che non supera la vita del singolo come tale non è diritto (*ubi ius ibi societas*) e inoltre non c'è società, nel senso vero della parola, senza che in essa si manifesti il fenomeno giuridico (*ubi societas ibi ius*). Senonché quest'ultima proposizione presuppone un concetto di società, che è assolutamente necessario porre in rilievo. Per società deve intendersi non un semplice rapporto fra gli individui [...] ma un'entità che costituisca, anche formalmente ed estrinsecamente, un'unità concreta, distinta dagli individui che in essa si comprendono. [...] b) Il concetto del diritto deve, in secondo luogo, contenere l'idea dell'ordine sociale: il che serve per escludere ogni elemento che sia da ricondursi al puro arbitrio o alla forza materiale, cioè non ordinata. [...] c) L'ordine sociale che è posto dal diritto non è quello che è dato dalla esistenza, comunque originata, di norme che disciplinino i rapporti sociali: esso non esclude tali norme, anzi se ne serve e le comprende nella sua orbita, ma, nel medesimo tempo, le avanza e le supera. Il che vuol dire che il diritto prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante».

cessario per il compimento delle relative ricerche<sup>14</sup>. Si trattava infatti di ordinamenti che, per loro natura, risultavano, secondo la definizione che ne dà Giannini, “conchiusi”<sup>15</sup>.

L'insufficienza della teoria elaborata da Romano viene, invece, alla luce nel momento in cui Giannini si appresta ad analizzare il fenomeno sportivo, che implica, per le sue caratteristiche, un approfondimento degli elementi dell'ordinamento giuridico.

Per Giannini l'ordinamento giuridico appartiene alla categoria delle nozioni giuridiche liminali, il cui contenuto non può che essere ricavato da altre realtà, nel caso di specie, dalla sociologia. Trattandosi di concetti liminali «le qualificazioni giuridiche che si operano mediante tale concetto non sono creative di realtà giuridica, ma semplicemente registrative: sono i fatti che impongono ai diritti di assumere alcuni loro *dati* a contenuto di *qualificazioni giuridiche*»<sup>16</sup>. Gli elementi costitutivi degli ordinamenti giuridici sono tre: plurisoggettività, normazione, organizzazione.

La prima è costituita dall'esistenza di un determinato numero di soggetti (persone fisiche, enti), che sono tenuti uniti dal rispetto e dall'osservanza di una serie di norme, ritenute per tutti vincolanti. Tale corpo di norme rappresenta appunto la normazione. L'organizzazione è, invece, quel complesso di persone, di servizi personali e di servizi reali, di tutti quei servizi che sono realizzati attraverso cose o mezzi<sup>17</sup>. Deve avere «carattere permanente e duraturo, ed esercita sui soggetti, che sono i componenti dell'ordinamento, un potere, l'autorità, che limita, in nome dell'interesse comune

<sup>14</sup> M.S. Giannini, *Prime osservazioni sugli ordinamenti sportivi*, *Riv. dir. sport.*, 1949, 11, per il quale «i problemi sollevati da quest'applicazione, se non potevano a rigore dirsi problemi periferici, tuttavia toccavano solo alcuni aspetti parziali del corpo centrale dei problemi della teoria degli ordinamenti, ma non quello assolutamente centrale relativo alla stessa nozione dell'ordinamento. [...] Di fronte all'ordinamento sportivo tornava, in altre parole, a riproporsi, scarnita ai suoi termini elementari, la questione essenziale: che cosa è un ordinamento giuridico? E rimanendo inevasa la risposta, ogni ulteriore ricerca subiva un arresto. Sicché si spiega come sia diffuso il convincimento dell'esistenza dell'ordinamento sportivo, ma non si sappia poi precisare in che cosa quest'ordinamento consista».

<sup>15</sup> M.S. Giannini, *op. ult. cit.*, 11, secondo cui gli Stati nell'ordinamento internazionale e i fedeli e gli uffici nell'ordinamento canonico «costituiscono i soggetti dell'ordinamento, che è così ben visibile nella sua materialità personale, ed è chiaro nelle sue membrature organizzative, e nell'ordine delle sue fonti».

<sup>16</sup> M.S. Giannini, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in C. Gini (a cura di), *Atti del XIV congresso internazionale di sociologia*, vol. IV, Roma, 1951, ora in Id., *Scritti*, III, (1949-1954), Milano, 2003, 411. Cfr. C. Pinelli, *Massimo Severo Giannini costituzionalista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2015, 853-854.

<sup>17</sup> M.S. Giannini, *op. ult. cit.*, 13.

del gruppo, le libertà di ciascun soggetto»<sup>18</sup>. La peculiarità della sua ricostruzione risiede nella considerazione per cui organizzazione e normazione sono legate da “vincoli strettissimi”; quella che, in virtù di una concezione sociologica, viene definita interazione simultanea. L'organizzazione pone le norme; le norme creano l'organizzazione, per cui «ogni modifica dell'una è modifica dell'altra»<sup>19</sup>.

Dei tre elementi degli ordinamenti giuridici, la plurisoggettività è certamente quello che, nella prospettiva di Giannini, può apparire maggiormente controverso. Tale elemento, pur essendo, al pari degli altri, necessario, se ne distingue in quanto «ragion d'essere di un ordinamento, così come la sua ragion d'esistere» e al tempo stesso quale «datità giuridicamente inerte dell'ordinamento [...] tratto necessario dell'ordinamento, ma [...] caratterizzante di esso: sono, del resto, proprio la normazione e l'organizzazione che qualificano l'individuo come soggetto: *il soggetto in sé, giuridicamente, non esiste*; esisteranno realtà, naturali o artificiali, alle quali gli uffici dell'ordinamento, in applicazione di norme dell'ordinamento, riconosceranno la qualità di soggetto, mediante un procedimento apposito»<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> M.S. Giannini, *op. ult. cit.*, 13. Giannini esclude che la nozione di ordinamento giuridico possa essere limitata a quegli organismi aventi una certa “unitarietà formale”, alle associazioni riconosciute. Attraverso la sua ricostruzione dell'ordinamento giuridico, come nozione liminale, «il numero dei fenomeni che essa spiega è il massimo possibile, perché ogni fatto sociale nel quale ricorre normazione organizzazione e plurisoggettività, vi rientra. Mentre con le limitazioni apportate dall'opinione criticata, restano inespliciti numerosi fenomeni sociologici nei quali il vincolo associativo è compresente alla normazione: a parte lo stesso ordinamento sportivo [...] vi sono i fatti di alcuni ordini regolari di religioni, e delle convenzionalmente dette *societas latronum*. A noi pare che qualificando i primi come associazioni ecclesiastiche lecite, e le seconde come associazioni illecite, si fa una caratterizzazione insufficiente, perché parziale e non esaustiva del fenomeno».

<sup>19</sup> M.S. Giannini, *op. ult. cit.*, 13, nonché ID., *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 219 ss., ove afferma che almeno due datità «son sempre presenti in qualunque gruppo giuridicamente rilevante. Esse sono la normazione e l'organizzazione, ossia in ogni gruppo giuridicamente rilevante esiste un insieme di norme proprie del gruppo e un complesso di uffici permanenti che assolvono *utilità collettive* del gruppo. E siccome il gruppo è, per definizione, un'entità composta di più entità individuali, anche la plurisoggettività è da considerare un tratto riscontrabile in qualsiasi gruppo giuridicamente rilevante».

<sup>20</sup> M.S. Giannini, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, cit., corsivi nostri. V. inoltre C. Pinelli, *Massimo Severo Giannini costituzionalista*, cit., 854-855, secondo cui «la considerazione della plurisoggettività come componente “inerte” sul piano giuridico non tiene conto di quanto detto degli ordinamenti diffusi, a cominciare da quello sportivo, dove l'acquisizione della qualità di soggetto deriverebbe solo da un atto di volontà di chi intenda aderirvi. *Infine, se l'ipotesi della pluralità degli ordinamenti si propone di spiegare i conflitti di normazione tra gruppi compresenti, la considerazione della plurisoggettività come componente*



La teoria gianniniana costituisce tuttora una fondamentale integrazione di quella di Romano e risulta certamente utile ai fini della presente indagine. In particolare le considerazioni di Giannini sulla plurisoggettività si inseriscono nell'ambito delle teorie dell'ordinamento come teorie del diritto oggettivo, seppur in una prospettiva slegata dall'ideologia statualistica, senza che tuttavia si tenga in debito conto che nell'ordinamento costituzionale repubblicano la problematica dei conflitti di normazione acquista una nuova valenza in quanto non disgiungibile dall'affermazione di una persona considerata come soggetto in quanto tale<sup>21</sup>. In questa prospettiva, a differenza di quella gianniniana, la ricerca di ordinamenti giuridici diversi da quello generale si connette strettamente al riconoscimento, o al mancato riconoscimento, dei diritti fondamentali della persona, poiché è proprio la mancata effettività dei diritti riconosciuti dalla Costituzione in un determinato contesto a costituire la "spia" della sussistenza di un ordinamento giuridico diverso da quello generale.

Quanto detto si collega strettamente all'individuazione dei caratteri necessari di un ordinamento giuridico.

Per Giannini l'originarietà è tratto distintivo di quegli ordinamenti che si fondano esclusivamente sulla propria "forza", e non su quella di altri ordinamenti. L'ordinamento originario risulta quindi arbitro della propria esistenza e validità, distinguendosi dagli ordinamenti derivati, che, proprio perché derivati, trovano la loro fonte in una norma di un altro ordinamento<sup>22</sup>. Per Romano le istituzioni originarie sono quelle in cui si concreta un ordinamento giuridico che non è posto da altre istituzioni e che è, quanto alla sua fonte, indipendente. Al contrario, per le istituzioni derivate l'ordinamento è stabilito da un'altra istituzione, pertanto superiore rispetto alla prima<sup>23</sup>.

Comune alle due accezioni è quindi sia la dicotomia originarietà-derivazione, sia la possibilità di configurare ordinamenti giuridici derivati.

L'ordinamento giuridico, in sé considerato, non può non esser originario in quanto è negli aspetti peculiari di ciascuna comunità (o istituzione),

*giuridicamente inerte degli ordinamenti equivale a escludere ogni spazio di libertà dei soggetti in presenza di conflitti fra ordinamenti, a cominciare dalla scelta di recedere dall'ordinamento-gruppo al quale abbiano aderito», corsivi nostri.*

<sup>21</sup> Cfr. ancora C. Pinelli, *Massimo Severo Giannini costituzionalista*, cit., 855.

<sup>22</sup> M.S. Giannini, *Prime osservazioni sugli ordinamenti sportivi*, cit., 17.

<sup>23</sup> S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., 141; vi è inoltre per l'Autore, fra questi due casi opposti, un terzo intermedio, quando si hanno istituzioni il cui ordinamento è in parte originario e in parte derivato.

in quegli elementi di coesione che contraddistinguono quel determinato insieme rispetto ad altro, che va individuato il substrato necessario di ogni ordinamento giuridico<sup>24</sup>.

In altri termini, è l'aspetto assiologico dell'istituzione ad assumere rilevanza. L'autopercezione di sé come qualcosa di diverso e di distinto dall'altro, in quanto fondato su valori peculiari e propri di una determinata comunità; l'aspetto, potremmo dire, identitario evidenzia la presenza di un ordinamento giuridico. Se non vi sono elementi in grado di mostrare peculiarità e differenze rispetto ad altro non si è certamente in presenza di distinti ordinamenti giuridici. D'altronde i conflitti di normazione cui fa riferimento Giannini non sono altro che la conseguenza di divisioni assiologiche in ordine alle fondamenta dei rispettivi ordinamenti confliggenti.

Ed allora se è vera la premessa, la conseguenza è che non vi è ordinamento se non originario. In tale prospettiva collegare, sul piano della genesi, un ordinamento ad un altro si rivela una *contradictio in adiecto*, non potendo l'ordinamento fondarsi su valori e su peculiarità assiologiche proprie di altre istituzioni<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Che l'ordinamento giuridico per poter essere tale debba necessariamente essere ordinamento originario è affermato anche da Modugno, per il quale gli ordinamenti c.d. derivati sono, al più, delle "semplici articolazioni, settori, parti dell'ordinamento da cui derivano", mentre l'ordinamento non può non essere originario, v. F. Modugno, *Legge – ordinamento giuridico – pluralità degli ordinamenti*, cit., 257. L'Autore fa riferimento inoltre a F.P. Luiso, *La giustizia sportiva*, 1975, 385, V. Gueli, *Relatività storica e carattere convenzionale della qualifica di un ordinamento come giuridico*, in *Studi in onore di F. Messineo*, IV, Milano, 1959, 205, secondo cui per affermare che un ordinamento è giuridico «occorre che esse abbia il carattere della 'originarietà', caratteristica tuttavia propria, oltre agli ordinamenti statali, solo dell'ordinamento internazionale e della Chiesa cattolica». Cfr. infine A. Cammarata, *Il concetto del diritto e la «pluralità degli ordinamenti giuridici»*, cit., 214 ss., e W. Cesarini Sforza, *Ordinamenti giuridici (Pluralità degli)*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, XII, 1965, 3.

<sup>25</sup> In tal senso mi sembra la posizione di P. Grossi, *Sui rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo*, in *Riv. dir. amm.*, 1-2/2012, 11, per il quale Giannini analizza la struttura dell'ordinamento giuridico, inquadrandone gli elementi costitutivi fondamentali, ossia plurisoggettività, organizzazione e normazione. Tuttavia resterebbe in ombra un aspetto altrettanto decisivo. Secondo l'Autore, affinché si possa parlare di ordinamento giuridico, deve necessariamente «trattarsi di una comunità, piccola o grande, che trova il suo fattore di coesione in valori assunti (e condivisi) da ciascuno dei suoi membri quale fondamento ineludibile, quel fondamento che giustifica interamente ogni regola comunitaria e la assolutizza nella coscienza dei soci, imponendone una inderogabile osservanza; quel fondamento che, nella sua tipicità e irripetibilità, identifica quel singolo ordinamento rispetto a ogni altro, lo rende in sé – cioè nel proprio ordine – completo ed autosufficiente. In altre parole, *il carattere originario di un ordinamento esprime l'idea che le ragioni o le giustificazioni fondative di questo corrispondano, nel profondo, alla vita*

Occorre quindi precisare due aspetti di notevole importanza. Il primo riguarda la necessità di distinguere il concetto di originarietà da quello di derivazione, non solo sul piano semantico, ma anche sul piano funzionale. Il secondo riguarda la differenziazione tra la nozione di originarietà e di indipendenza, a volte usate in modo promiscuo e quindi equivoco.

Iniziando dal primo si vuole evidenziare una differenza fondamentale tra i due termini: mentre l'originarietà esprime quel legame indissolubile tra i membri dell'istituzione in virtù di determinati valori condivisi, sopra esternata, la derivazione, nella nostra prospettiva, indica la legittimazione dell'istituzione all'interno dell'ordinamento costituzionale repubblicano.

L'ordinamento costituzionale, al pari di qualsiasi ordinamento riconducibile allo Stato, non tollera ordinamenti completamente avulsi dal suo sistema. La Costituzione, in quanto atto supremo nella qualificazione di qualsiasi atto o fatto normativo e, pertanto, anche di ordinamenti che pretendano di esplicare effetti nel territorio soggetto alla sua sovranità, legittima o, al contrario, delegittima, ordinamenti diversi dallo Stato ed esige che si conformino ai valori da essa perseguiti.

Le norme costituzionali rappresentano allora il punto di contatto tra l'ordinamento dello Stato e gli altri ordinamenti. Da questo punto di vista è esatto affermare che ogni ordinamento, al pari di ogni fatto o atto normativo, viene qualificato e conformato da una norma costituzionale e, pertanto, deriva la propria legittimazione, all'interno dell'ordinamento repubblicano, dalla Costituzione.

Mentre allora l'originarietà viene ad esprimere la caratteristica ontologica ed assiologica dell'ordinamento in sé, la derivazione rivela il suo fondamento all'interno dell'ordinamento costituzionale repubblicano. Sembra allora di poter affermare che nella pluralità degli ordinamenti giuridici si determina una scissione tra il piano deontico e quello assiologico. Mentre infatti quest'ultimo si ritrova nell'ordinamento "minore", come identificazione, in quella che abbiamo definito originarietà, il piano del dover essere ricade sotto l'alveo dell'ordinamento costituzionale.

Passando al secondo aspetto, al rapporto cioè tra originarietà e indipendenza (intesa quindi come impenetrabilità dall'esterno), si rende necessario, in una prospettiva costituzionale, recidere il collegamento tra le due nozioni. In altri termini, dalla ritenuta sussistenza dell'originarietà, e quindi di un ordinamento giuridico, non è automatico, sul piano prescrittivo, con-

*della relativa comunità, per come questa, nel suo complesso ma peculiare strutturarsi, sia stata capace di individuare e salvaguardare gelosamente i propri caratteri e la propria specifica identità», corsivi nostri.*

cludere che si è in presenza di un ordinamento indipendente, come tale chiuso e impenetrabile dall'esterno. In tal modo si arriverebbe a constatare la presenza di una serie di monadi non disposte a comunicare tra di loro, ciò che, evidentemente, in un ordinamento, come quello costituzionale, teso a permeare tutti i fatti e gli atti operativi nell'ambito della sua validità, non è consentito.

Il concetto di indipendenza, strettamente legato a quello di sovranità, si rivela allora inidoneo per l'analisi dei rapporti e delle relazioni tra l'ordinamento costituzionale repubblicano e gli ordinamenti che abbiamo definito interni. Vi è quindi la necessità di impostare il problema in termini diversi, di individuare cioè una nozione che sia in grado di realizzare due opposte esigenze: da un lato descrivere quella originarietà che abbiamo visto essere indispensabile per la configurazione dell'ordinamento giuridico, dall'altro la necessità, che nell'ambito dell'ordinamento costituzionale repubblicano, quegli ordinamenti originari siano conformati alle esigenze della Costituzione.

Il concetto di autonomia si rivela maggiormente utile. Come affermato da Grossi «autonomia è nozione squisitamente relazionale, che postula sempre la sussistenza di un'entità alla quale rapportarsi. Sotto questo profilo si pone – concettualmente – come l'opposto di *sovranità*: che è nozione insulare, chiusa nella sua compattezza e contrassegnata di assolutezza. Ed è, infatti, la nozione elaborata e definita durante la modernità, quando si voleva fornire al nuovo soggetto politico Stato una perfetta indipendenza e quando il continente europeo appare sempre di più – dal Trecento al Settecento – come un arcipelago composto di tante entità insulari – gli Stati sovrani – separate l'una dalle altre da profonde e invalicabili frontiere»<sup>26</sup>.

Anche Romano aveva posto in luce la tendenza degli ordinamenti ad aprirsi verso l'esterno. Nell'analizzare la fattispecie dell'espulsione nell'ambito di un partito politico (considerato, nell'impostazione di Romano, un'istituzione a tutti gli effetti e quindi un ordinamento giuridico in senso obiettivo) escludeva la possibilità per il giudice ordinario di intervenire *se non per le questioni, collegate all'espulsione, aventi ad oggetto "effetti civili", effetti che non potevano non assumere rilevanza per l'ordinamento giuridico statale*<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> P. Grossi, *Sui rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo*, cit., 14, corsivi dell'Autore.

<sup>27</sup> S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., 216-217, corsivi nostri. Cfr. E. Rossi, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989, 67, E. Tosato, *Rapporti fra*

Riassumendo, l'ordinamento in sé, per essere tale, deve essere ordinamento originario; nell'ambito dell'ordinamento fuori da sé si pone invece il problema dei rapporti che si determinano con l'ordinamento dello Stato (secondo quanto stabilito in *primis* dalle norme costituzionali); se si tratti di ordinamenti autonomi o, al contrario, di ordinamenti delegittimati, e che quindi non hanno ragione di esistere nell'ambito dell'ordinamento costituzionale repubblicano.

Già ad una prima analisi si ritiene infatti di poter affermare che l'atteggiamento della Costituzione, nei confronti degli ordinamenti inerenti all'articolazione della Repubblica, sia graduato dal favore, dal sospetto e finanche dall'implicito rigetto degli ordinamenti. In altri termini, tali istituzioni sembrano mostrare, sul piano del dover essere costituzionale, connotati opposti: quelli che, potremmo dire, vengono valorizzati dalla norma costituzionale di riferimento, in quanto frutto dell'associazionismo spontaneo degli individui (come ad esempio l'ordinamento sportivo), e quelli che, al contrario, sono fortemente ridimensionati (l'ordinamento militare) se non addirittura negati (l'ordinamento penitenziario).

Sembra quindi desumersi una sorta di graduazione degli ordinamenti all'interno della Costituzione stessa: dalle istituzioni (ordinamento penitenziario e militare) che più difficilmente mostrano connotati intrinseci compatibili con i principi fondamentali della Costituzione, a quelle (formazioni sociali e associazioni) che invece si pongono a base del nuovo ordine costituzionale. Tuttavia occorre sin da ora rilevare come anche nell'ambito degli ordinamenti "autonomi" e quindi valorizzati dalla Costituzione si ponga la questione dell'affermazione, al loro interno, dei diritti costituzionalmente riconosciuti.

### 3. *La pluralità degli ordinamenti giuridici e le formazioni sociali riconosciute dalla Costituzione repubblicana*

Come abbiamo visto, secondo Ambrosini, la teoria (o, utilizzando le sue parole, la dottrina) della pluralità degli ordinamenti giuridici è saldamente ancorata, nella Costituzione repubblicana, anzitutto all'art. 2.

Nel saggio sopra richiamato si legge infatti: «non vi ha dubbio che il Costituente italiano adottò la dottrina istituzionalistica e della pluralità degli ordinamenti giuridici per risolvere il problema dei rapporti o del com-

portamento dello Stato rispetto a tutte le “formazioni sociali”, di natura istituzionale nonché territoriale, sia che esistano nell’ambito del suo territorio e lo trascendano come enti originari. [...] Dal fatto che la Costituzione pone accanto all’uomo come singolo, le “formazioni sociali” delle quali naturalmente egli fa parte per il conseguimento degli scopi comuni con gli altri uomini, discende che tali formazioni debbono venire considerate come entità correlativamente e naturalmente dotate di diritti e garanzie insopprimibili»<sup>28</sup>.

Si possono allora cogliere due aspetti di estrema rilevanza per l’indagine che stiamo conducendo: da un lato l’Autore considera come postulato di ogni suo ragionamento l’equazione art. 2 Cost.-istituzionalismo-pluralità degli ordinamenti giuridici; dall’altro estende tale equazione oltre le formazioni sociali di natura tendenzialmente privatistica, in quanto esterne alla struttura dello Stato, ricomprendendo anche quelle che definisce formazioni sociali di “natura istituzionale nonché territoriale”. Su quest’ultimo aspetto torneremo più tardi.

Con riferimento al primo profilo, l’obiettivo dell’Autore sembra essere quello di evidenziare il diverso approccio che la Costituzione repubblicana ha inteso realizzare rispetto all’ordinamento previgente, nell’ambito dei rapporti con la socialità e con la spontaneità delle formazioni poste in essere dai singoli, dei rapporti quindi tra lo Stato e i gruppi<sup>29</sup>.

Nel dire “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità” si intravede allora quel riconoscimento (termine di assoluta importanza e sul quale torneremo) del principio associativo, caratteristica insopprimibile dell’essere umano<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> G. Ambrosini, *La pluralità degli ordinamenti giuridici nella Costituzione italiana*, cit., 11 ss.

<sup>29</sup> Secondo M. Corsale, *Pluralismo giuridico*, in *Enc. del dir.*, XXIII, Milano, 1983, 1014, «la caratteristica essenziale del modello pluralistico è il riconoscimento della pluralità degli ordinamenti giuridici e la conseguente definizione dei rapporti fra questi ultimi e quello fra di essi che tende ad arrogarsi il monopolio della creazione e dell’amministrazione del diritto, lo Stato».

<sup>30</sup> Come è noto, gli ordinamenti nascenti dalla rivoluzione francese si svilupparono in senso antipluralistico ed antiassociazionistico. Celebre la legge Le Chapelier del 14-17 giugno 1793, che vietò qualsiasi associazione di mestiere: “Essendo la soppressione di tutte le specie di corporazioni di cittadini dello stesso Stato e professione una delle basi fondamentali della costituzione francese è proibito di ristabilirle di fatto sotto qualsiasi pretesto e qualsiasi forma”. Sul tema interessante appare la lettura di P. Ridola, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, 1987, 27, il quale afferma: «Una considerazione più attenta consente pertanto di correggere parzialmente l’opinione dominante nella letteratura

La Costituzione repubblicana, diversamente dagli ordinamenti precedenti, si propone l'obiettivo di realizzare un ordinamento che riconosca non solo i diritti dell'individuo considerato come singolo, ma anche come soggetto inserito nella società e, pertanto, aperto alle interazioni con gli altri, come soggetto avente intrinsecamente una dimensione relazionale. Le parole di Moro rimangono, da questo punto di vista, emblematiche: «Poiché lo Stato assicura veramente la sua democraticità, ponendo a base del suo ordinamento il rispetto dell'uomo guardato nella molteplicità delle sue espressioni, l'uomo che non è soltanto singolo, che non è soltanto individuo, ma che è società nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello Stato. La libertà dell'uomo è pienamente garantita, se l'uomo è libero di formare degli aggregati sociali e di svilupparsi in essi. Lo Stato veramente democratico riconosce e garantisce non soltanto i diritti dell'uomo isolato, che sarebbe in realtà una astrazione, ma i diritti dell'uomo associato secondo una libera vocazione sociale»<sup>31</sup>.

La Costituzione repubblicana, tramite l'art. 2, rappresenta allora certamente un capovolgimento, sul piano assiologico, dell'ordinamento liberale ove l'individuo veniva considerato atomisticamente. Tuttavia parte della dottrina, postulando un conflitto di valori tra il principio personalistico e quello pluralistico, è giunta ad affermare che «è proprio dalla formula dell'art. 2 della Costituzione che si evince un dato scarsamente coerente con la prospettiva dell'indipendenza degli ordinamenti infrastatali rispetto all'ordinamento statale. [...] si tratta dell'affermazione del principio personalistico, che secondo la dottrina in assoluto prevalente comporta la chiara e netta preminenza del riconoscimento e della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo sul principio pluralistico, ed altresì la funzionalità di questo secondo principio all'attuazione del primo: in altri termini, l'art. 2 contiene l'esplicito incoraggiamento del principio del pluralismo sociale al riconoscimento e alla promozione dei diritti personali individuali [...] secondo una dimensione e un riferimento ideale di tipo personalistico»<sup>32</sup>.

Il problema della tutela dell'individuo all'interno delle formazioni sociali (e dei loro ordinamenti), che mette in luce l'assoluta importanza dell'elemento "plurisoggettività" nella teoria della pluralità degli ordinamenti,

francese, secondo la quale un costante filone antiassociativo percorre tutta la legislazione del periodo rivoluzionario, senza soluzione di continuità, dalla loi le Chapelier fino alla costituzione dell'anno III per sfociare poi, con l'avvento del Consolato e la Costituzione dell'anno VIII, nella completa scomparsa della libertà di associazione».

<sup>31</sup> A. Moro, *Intervento*, Atti A.C., seduta generale, I, 368.

<sup>32</sup> G. Manfredi, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e tutela giurisdizionale*, cit., 60-61.

potremmo dire, costituzionalmente orientata, non è, ad avviso di chi scrive, posto nella giusta prospettiva. L'art. 2 Cost. è il compromesso, realizzato in sede costituente, teso a risolvere il problema del collegamento tra il polo statale e quello sociale, astrattamente risolto dall'ordinamento liberale attraverso la semplicistica dicotomia individuo/Stato, come se, oltre ad essi, non vi sia null'altro.

La Costituzione repubblicana supera quella dicotomia cercando di ridurre ad unità ciò che è necessariamente molteplice e diverso, attraverso un processo continuo di ricongiungimento tra il sociale e il giuridico. Ed allora attraverso la lettura di tale dottrina si giunge a svelire non solo il principio pluralistico, fino ad annullarlo completamente, ma anche, pel tramite di tale annullamento, del principio personalistico, la cui tutela è invece alla base della teoria anzidetta<sup>33</sup>. Tali interpretazioni (che contrappongono il principio personalistico ed il principio pluralistico), postulando un conflitto ed imponendo una gerarchia dei valori, sviliscono il significato dell'art. 2 Cost., in quanto è anzitutto all'interno delle formazioni sociali e tramite di esse che l'uomo realizza la sua essenza, la sua personalità, il suo esser uomo in quanto tale<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> La Corte costituzionale, nella sentenza n. 75 del 1992, punto 2 del considerato in diritto, nell'ambito di una questione concernente il volontariato, ha affermato che effettuare spontaneamente e gratuitamente prestazioni personali a favore di altri individui, costituisce «l'espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell'uomo, derivante dall'originaria identificazione del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e dal conseguente vincolo di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini. Esso è, in altre parole, la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa. Si tratta di un principio che, comportando l'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta costituzionale come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente. Della natura di tali diritti fondamentali il volontariato partecipa: e vi partecipa come istanza dialettica volta al superamento del limite atomistico della libertà individuale, nel senso che di tale libertà è una manifestazione che conduce il singolo sulla via della costruzione dei rapporti sociali e dei legami tra gli uomini, al di là di vincoli derivanti da doveri pubblici o da comandi dell'autorità», corsivi nostri.

<sup>34</sup> Cfr. C. Pinelli, "Nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità", in *Lungo andare, Una Costituzione alla prova dell'esperienza, Scritti scelti 1985-2011*, Napoli, 2012, 162-164. Per l'Autore la dottrina ha erroneamente distinto la locuzione "sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità" dall'altra "sia come singolo", come se fossero principi opposti e in grado di ostacolarsi. Ed invece tale distinzione «perde il carattere di una contrapposizione, allorché si sostiene che la Costituzione non differenzia le formazioni "egoistiche" da quelle improntate alla solidarietà. Viene infine abbandonata



Ciò non significa ovviamente accantonare il profilo della tutela individuale nell'ambito di tali ordinamenti sostenendo che «lo Stato può tutelare soltanto i diritti da esso conferiti, non quelli conferiti da un altro ordinamento»<sup>35</sup>. Si vuole tuttavia sostenere che non è mediante un astratto conflitto tra valore personalistico e pluralistico che si giunge ad una tutela dell'individuo negli ordinamenti; in tal modo si determina solamente il ritorno ad anacronistiche concezioni della società proprie di ordinamenti passati.

Non vi è dubbio infatti che la prospettiva dell'indipendenza (intesa quindi come impenetrabilità) degli ordinamenti diversi da quello statale sia incompatibile con questa lettura dell'art. 2 Cost.; ciò che invece non convince è il presupposto dell'incompatibilità, ossia l'attribuzione di indipendenza ad ordinamenti che, al contrario, proprio perché immersi nell'ordinamento costituzionale, per i motivi che abbiamo esposto sopra, non possiedono tale caratteristica<sup>36</sup>.

Analizzando il dibattito che è sfociato nell'art. 2 Cost. emerge anzitutto una contrapposizione tra chi evidenziava il carattere artificiale, in quanto creato, dello Stato, rispetto ai naturali vincoli comunitari delle formazioni sociali, e chi, all'opposto, esaltava l'aspetto sociale dell'uomo in quanto legato al profilo storico, alle sue progressive conquiste. Abbandonato il progetto di La Pira, troppo intriso di ideologismo, sia filosofico che reli-

*quando si nota che "il concetto di persona fatto proprio dall'art. 2 Cost. presuppone certo l'originarietà del singolo (soggetto ontologico), come suo proprio momento logico, ma non si esaurisce in questo, poiché la sua essenza assiologica, su cui si fonda il suo complessivo valore primario, è data anzi dall'intersoggettività, dalla socialità, intesa come distinta dalla statalità. Come tale, il concetto di persona e i suoi propri valori e diritti rappresentano quel nucleo assiologico primigenio, cioè quel "dover essere" o quell'a priori positivo senza il quale non è possibile concepire una democrazia pluralistica"», corsivi nostri.*

<sup>35</sup> W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, cit., 61, nt. 1.

<sup>36</sup> Anche Guarino, in G. Guarino, *Lo sport quale «formazione sociale» di carattere sovranazionale*, in *Scritti in onore di Aldo Piras*, Milano, 1996, 349, sostiene che lo sport sia una formazione sociale. Attraverso la norma prevista dall'art. 2 Cost. lo sport, in quanto formazione sociale, acquista una differente collocazione costituzionale. Mentre nell'ordinamento precedente costituiva un ordinamento derivato e, come tale, «riceveva l'esistenza dall'ordinamento dello Stato», trovando in quest'ultimo la sua legittimazione, nell'ordinamento costituzionale lo sport, in linea con la tradizione, è «un ordinamento che esiste indipendentemente dallo Stato e che lo Stato riconosce ed accetta in quanto tale. Il suo essere una "formazione sociale", una formazione per di più sovranazionale, comporta per lo Stato un obbligo di garanzia e di tutela. Lo sport è pertanto un ordinamento che si pone come "indipendente" nei confronti dello Stato». La tesi di Guarino, nella parte in cui afferma la natura indipendente di un ordinamento in quanto formazione sociale, non può, per i motivi esposti, essere condivisa.

gioso, in quanto legato ad un organicismo societario, l'ordine del giorno Dossetti fu diretto a salvare i suoi presupposti essenziali: *a)* la precedenza sostanziale della persona umana rispetto allo Stato e la destinazione di questo al servizio di quella; *b)* il riconoscimento della necessaria socialità di tutte le persone, destinate a completarsi e a perfezionarsi attraverso una naturale solidarietà economica e spirituale, anzitutto mediante le comunità intermedie; *c)* l'affermazione dell'esistenza sia dei diritti fondamentali delle persone, sia dei diritti delle comunità anteriormente ad ogni concessione da parte dello Stato<sup>37</sup>.

Ne uscì una norma di compromesso che riconosceva l'autonomia delle formazioni sociali e il collegamento di tale autonomia di gruppo con i diritti individuali.

Dall'ancoraggio del pluralismo al personalismo che emerge dall'art. 2 Cost. quella dottrina sopra richiamata deduce la superiorità gerarchica del principio personalista su quello pluralista. Tuttavia, come affermato da Ridola, «cadrebbe in errore però chi, dall'esame dei lavori preparatori, traesse la conclusione che al testo costituzionale sia rimasto estraneo il riconoscimento di una dimensione collettiva dell'esercizio dei diritti fondamentali»<sup>38</sup>. Difatti il successivo emendamento presentato da Moro, diretto ad affermare la protezione del profilo collettivo venuto meno nell'art. 2, nonostante non sia stato accolto, fu recuperato nell'ambito dell'art. 18 Cost., in quella garanzia dell'aspetto teleologico, mediante il collegamento cioè tra i divieti previsti dalla legge penale per il singolo e quelli per l'associazione, e quindi il gruppo, per cui «tutto quello che un cittadino può fare da solo, che può compiere senza urtare i precetti della legge penale, può essere oggetto e scopo di associazione» ritenuta «la forma più ampia che si trovi in qualsiasi Costituzione» di protezione costituzionale dell'aspetto associativo<sup>39</sup>.

Se allora il profilo collettivo è intrinsecamente connesso al profilo individuale va posta l'attenzione su quel collegamento che l'art. 2 Cost. pone con il sociale, considerato sicuramente anteriore rispetto allo Stato e, per tale motivo, riconosciuto e non concesso. L'utilizzo di quel termine non può, difatti, essere sottovalutato, rappresentando il compromesso tra l'esigenza di unità, propria di qualsiasi pluralismo, e la necessaria «libertà so-

<sup>37</sup> Cfr. E. Rossi, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, cit., 32 ss., P. Ridola, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, cit., 208 ss.

<sup>38</sup> P. Ridola, *op. ult. cit.*, 210.

<sup>39</sup> L. Basso, *Intervento sull'art. 18 Cost.*, in *nascitacostituzione.it*. Sul dibattito cfr. gli Autori richiamati alla nota 35.

ziale” dell’individuo. Ed allora la ragione del riconoscimento istituzionale da parte della Costituzione trova il proprio fondamento nel riconoscimento dell’inscindibilità delle due dimensioni, individuale e collettiva, dei diritti della persona e, dunque, della dimensione di originarietà assiologica di ciascuna istituzione. Quella originarietà, propria del gruppo che assurge ad ordinamento, costituisce il presupposto del riconoscimento costituzionale, operato tramite l’art. 2 Cost. che, pel tramite di tale riconoscimento, riqualifica l’originarietà in termini autonomistici, come ordinamento distinto ma non impenetrabile.

Attraverso l’art. 2 Cost. si determina, pertanto, il riconoscimento di ordinamenti giuridici diversi rispetto all’ordinamento statale, e nei confronti dei quali il legislatore non può, discrezionalmente, intervenire fino al punto di “seppellire” ogni brandello di autonomia attribuita agli stessi.

L’accoglimento del principio pluralistico ha determinato, e l’art. 2 Cost. rappresenta, da questo punto di vista, come è stato detto la “pietra angolare” o la “supernorma” della Costituzione repubblicana, il riconoscimento di ordinamenti giuridici distinti e diversi dallo Stato, ha riconosciuto loro un diritto di esistenza, nell’ambito dell’ordinamento costituzionale repubblicano, con l’evidente corollario di garantire loro la possibilità di utilizzare delle strutture autonome, per finalità differenti rispetto a quelle statali.

Già Dossetti, nella sua proposta presentata alla Commissione per la Costituzione, aveva dedicato la parte prima ai rapporti tra lo Stato come ordinamento giuridico e gli altri ordinamenti, prevedendo poi, all’art. 1, che «Lo Stato protegge, favorisce, coordina e, dove occorra, integra le attività dei singoli, delle famiglie, degli enti territoriali e delle altre forme sociali. L’articolo definisce il compito e la funzione giuridica e politica dello Stato, statuendo il principio che esso ha autorità per esercitare il controllo e la coordinazione delle attività dei singoli e delle varie forme sociali e che esso ha il diritto-dovere di intervenire là dove ogni altra iniziativa si riveli insufficiente»<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> Cfr. la relazione presentata dall’On. Dossetti nella Commissione per la Costituzione, I Sottocommissione, in [www.nascitacostituzione.it/05appendici/01generali/00/01/10-dossetti.htm](http://www.nascitacostituzione.it/05appendici/01generali/00/01/10-dossetti.htm). Cfr. F. Traniello, *Concezioni cristiane del pluralismo sociale*, in AA.VV., *Il pluralismo sociale nello Stato democratico, Atti del corso di aggiornamento culturale dell’Università cattolica*, Milano, 1980, 19, per il quale le ideologie legate alle opere di Maritain e da Mounier avevano avuto il pregio di dimostrare che la gran parte delle teorie politiche moderne, comprese anche quelle liberal-democratiche, nascondevano una natura tendenzialmente totalitarista, per il loro legame con le concezioni assolutistiche che fondavano lo stato moderno. In tal modo il pluralismo diveniva critica, oltre che del totalitarismo, più che altro delle origini dello stato moderno. Secondo Mounier, «il cancro dello Stato si forma nel seno stesso delle nostre democrazie. Dal giorno in cui esse hanno disarmato l’individuo di tutti i

Ordinamenti distinti, autonomi, non indipendenti, richiedendo per il raggiungimento di finalità costituzionali, in vista cioè dell'attuazione dei diritti inviolabili dell'uomo, anche, ove necessario, l'intervento dell'ordinamento giuridico dello Stato, con tutti gli strumenti da esso apprestati, non potendo non assumere rilevanza la tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei singoli all'interno delle formazioni sociali nell'ambito dell'ordinamento giuridico generale.

#### 4. *L'applicazione della pluralità degli ordinamenti giuridici agli enti territoriali ed i rapporti con la Costituzione repubblicana*

Come abbiamo visto nel precedente paragrafo, Ambrosini ricomprende nella sua equazione art. 2 – istituzionalismo – pluralità degli ordinamenti, anche le formazioni sociali di “natura istituzionale nonché territoriale”. Per l'Autore la “dottrina” della pluralità degli ordinamenti è stata utilizzata dal Costituente anche per la configurazione dei rapporti tra l'ordinamento repubblicano e gli enti territoriali.

In tale prospettiva assume una notevole importanza l'art. 5 Cost.: “La Repubblica, una e indivisibile, *riconosce* e promuove le *autonomie locali*; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'*autonomia* e del *decentramento*”.

Della norma in oggetto si vogliono evidenziare due aspetti: da un lato l'utilizzo del termine riconoscimento con riferimento anche alle autonomie locali, dall'altro la differenza concettuale (che presuppone una differenza assiologica) che sussiste tra autonomia e decentramento.

Cominciando dal primo, è indubbio che l'inserimento di una norma come l'art. 5 tra i principi fondamentali della Costituzione repubblicana rappresenti, come nel caso dell'art. 2 Cost., un capovolgimento assiologico rispetto all'ordinamento liberale.

Difatti, Vittorio Emanuele Orlando, nei Principii di diritto amministrativo del 1891, pur ritenendo l'autogoverno locale uno dei pilastri del-

*suoi radicamenti vitali, di tutti i suoi poteri vicini, dal giorno in cui esse hanno proclamato che 'tra lo Stato e l'individuo non c'è nulla' (legge Le Chapelier, 1791), che non si doveva lasciare che gli individui si associassero secondo 'i loro pretesi interessi comuni' (ivi), è aperta la via verso gli Stati totalitari moderni. La centralizzazione estende a poco a poco il suo potere, con l'aiuto del razionalismo, che ripudia ogni vitale diversità: lo statalismo democratico fluisce nello stato totalitario come il fiume nel mare»*, corsivi nostri.

lo Stato di diritto, afferma con estrema naturalezza che «le circoscrizioni territoriali, tanto le maggiori come le minori, *vanno considerate puramente e semplicemente come organi dello Stato*, e che tutta la loro attività non è che conseguenza di una delegazione di poteri che lo Stato fa ad essi»<sup>41</sup>. Per l'Autore è necessario distinguere tra il diritto astratto o generale e il diritto positivo. Se, dal primo punto di vista gli enti territoriali hanno un'origine naturale, frutto di spontaneità e socialità innate nell'uomo, dal secondo non può dubitarsi che è il legislatore che crea tali enti, dalla legge ciascun ente territoriale trae la sua origine<sup>42</sup>.

Per Romano se è vero che il diritto moderno non ha attribuito (al Comune) una posizione nella organizzazione costituzionale dello Stato, bensì di ente di amministrazione, tuttavia non si può non tenere conto che la «sua intima natura, le tradizioni che lo sorreggono, la sua indistruttibile vitalità contribuiscono a farne, se non uno dei poteri costituzionali dello Stato, almeno una forza che tocca ed incalza siffatti poteri, nella cui cerchia potrebbe, quando che sia, entrare, come, in tempi scorsi, è entrato: *per modo che la sua importanza va misurata in rapporto, non soltanto a ciò che esso è, ma anche a ciò che, nonostante la sua effettiva potenzialità, non è, e, oltre la sua posizione attuale, si deve prender in considerazione quella che, appunto per motivi d'ordine costituzionale, gli si è tolta, ma potrebbe, in astratto, conservare*»<sup>43</sup>.

Sia nella parole di Orlando che in quelle di Romano emerge anzitutto l'assoluta incompatibilità tra i valori propri dell'ordinamento dello Stato liberale (quei motivi d'ordine costituzionale) e le caratteristiche, per così dire, «naturali» degli enti territoriali<sup>44</sup>. In secondo luogo in entrambi è pre-

<sup>41</sup> V.E. Orlando, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1892, 140, corsivi nostri.

<sup>42</sup> V.E. Orlando, *Principii di diritto amministrativo*, cit., 135-139.

<sup>43</sup> S. Romano, *Il Comune, (parte generale)*, in V.E. Orlando, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, parte I, Milano, 1897, 501, corsivi nostri.

<sup>44</sup> Come osserva Berti in G. Berti, *Art. 5*, in *Principi fondamentali. Art. 1-12. Commentario della Costituzione a cura di Giuseppe Branca*, Bologna Roma, 1975, 279-280, «I comuni e le province debbono allora accettare funzioni delegate e possono esplicare poteri pubblici (essere cioè soggetti pubblici), solo sul presupposto di tale delega. Divengono così organi dello Stato, solo soggettivamente differenti dall'amministrazione statale in senso stretto, ma in realtà saldamente ancorati a questa attraverso una fitta trama di controlli che la stessa amministrazione esercita su di essi in nome di interessi comuni e in funzione di finalità unitarie. La legge comunale e provinciale è in realtà una legge dell'amministrazione statale, che include i comuni e le province come partizioni o addirittura come organi di essa. La dottrina giuridica ha tentato invero di rappresentare in modo parzialmente diverso la collocazione dei comuni e delle province nell'ordinamento, ponendo in risalto l'indipendenza soggettiva di tali enti dalla persona giuridica dello stato, ma pervenendo alla

sente questo riferimento costante al diritto “astratto”, un diritto che non è positivo e che non può essere “recepito” nell’ordinamento dello Stato<sup>45</sup>. Tale riferimento al diritto astratto assume allora un’importanza fondamentale, in quanto, anche nei maggiori Autori dell’ordinamento liberale, emerge quel riferimento a ciò che tali “enti” sono e che, per ragioni assiologiche di fondo dell’ordinamento generale, devono esser relegate nell’alveo di quello che è definito diritto “astratto” che, pertanto, non esiste nella realtà concreta dell’ordinamento positivo.

Proiettata sull’art. 5 Cost. ove, non a caso e in continuità con quanto affermato nell’art. 2 Cost., si utilizza appunto il termine “riconoscimento”, si evidenzia che, in tal modo, il Costituente abbia voluto conferire dignità costituzionale ad ordinamenti diversi da quello statale, prender cioè coscienza di un ordinamento altro, originario e anteriore rispetto all’ordinamento statale, frutto della spontaneità e della unione di individui.

L’Autore che più di ogni altro valorizza in questa direzione l’art. 5 Cost. è sicuramente Benvenuti, il quale, rielaborando le categorie mortatiane

fine a disegnare per essi una condizione di autarchia, significante un preciso rapporto con lo stato, nel quale gli enti suddetti operavano per raggiungere finalità che erano anche dello Stato e a patto di ciò potevano emanare atti aventi la stessa efficacia degli atti statali. Non vi era in realtà manifestazione di questi enti che non fosse doppiata dallo stato mediante una propria manifestazione che prendeva per lo più il nome di controllo», corsivi nostri.

<sup>45</sup> Cfr. F. Benvenuti, *Mito e realtà nell’ordinamento amministrativo italiano*, in F. Benvenuti, G. Miglio (a cura di), *L’unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, Venezia, 1969; R. Ruffilli, *La questione regionale: dall’unificazione alla dittatura. (1862-1942)*, Milano, 1971; C. Ghisalberti, *Contributo alla storia delle amministrazioni preunitarie*, Milano, 1963; E. Ragionieri, *Politica e amministrazione dello Stato unitario*, in *Problemi dell’unità d’Italia*, Bari, 1967; A. Petracchi, *Le Origini dell’Ordinamento comunale e provinciale italiano: storia della legislazione piemontese sugli enti locali dalla fine dell’antico regime al chiudersi dell’età cavouriana (1770-1861)*, Venezia, 1962; C. Pavone, *Amministrazione centrale e amministrazione periferica da Rattazzi a Ricasoli (1859-66)*, Milano, 1964. Come è noto la legge 20 marzo 1865, n. 2248 costituisce il testo di riferimento della normativa sugli enti locali dall’unificazione politica alla caduta del fascismo. Sul dibattito dell’epoca, oltre ai già citati, cfr. M.S. Giannini, *I Comuni*, in *I Comuni*, M.S. Giannini (a cura di), Vicenza, 1967, G. Volpe, *Autonomia locale e garantismo. La separazione delle competenze tra Stato e regione*, Milano, 1972, G. De Cesare, *La formazione dello Stato unitario (1860-1871)*, Milano, 1978, A. Berselli, *Il governo della Destra. Italia legale e Italia reale dopo l’Unità*, Bologna, 1977. V. inoltre E. Rotelli, *Autonomie e accentramento nello sviluppo del sistema politico italiano*, in Id., *L’alternativa delle autonomie*, Milano, 1978, C. Alfieri, *Della dottrina liberale nella questione amministrativa*, Firenze, 1867, E. Ragionieri, *Accentramento e autonomie nella storia dell’Italia unita*, in Id., *Politica e amministrazione nella storia dell’Italia unita*, Bari, 1967, A. Caracciolo, *Stato e società civile. Problemi dell’unificazione italiana*, Torino, 1977, R. Romanelli, *L’Italia liberale*, Bologna, II ed., 1990, U. Allegretti, *Profilo di storia costituzionale italiana*, Bologna, 1989, B. Croce, *Storia d’Italia dal 1871 al 1915*, Bari, 1928.

dello Stato-comunità e dello Stato-persona, intese rispettivamente come ordinamento generale e come persona giuridica statale e organi che sono espressione della sua volontà<sup>46</sup>, afferma: «Questa disposizione è di speciale momento perché vi si ammette che *le autonomie sono “riconosciute” e non costituite dall’ordinamento statale che esse cioè hanno un proprio diritto di essere, diritto che è coevo con quello dello Stato ma che da esso non discende*. Non si vuol dire con ciò che gli enti autonomi siano dotati del carattere della originarietà, nel qual caso essi sarebbero tutti enti sovrani, si vuol dire soltanto che essi rappresentano un fenomeno giuridico originale, anche se nei loro confronti vi sia bisogno di un riconoscimento dell’ordinamento statale, riconoscimento da cui i vari soggetti autonomi traggono origine come soggetti nell’ambito dell’ordinamento. Tale considerazione è avvalorata dal fatto che la stessa norma stabilisce che sia *la legislazione dello Stato ad adeguare i propri principi ed i propri metodi alle esigenze della autonomia e non viceversa, dal che si ricava l’ulteriore fondamentale corollario che le autonomie sono considerate nel nostro Stato come elementi basilari e insostituibili, da cui lo Stato trae i motivi della propria esistenza come Società complessa ed i motivi del proprio ordinamento come ordinamento sovrano*»<sup>47</sup>.

Per Benvenuti l’ordinamento degli enti territoriali, alla luce delle norme costituzionali, non può più essere considerato un ordinamento derivato dallo Stato. Esso deriva i propri poteri esclusivamente dall’ordinamento repubblicano. Tali ordinamenti non sono tuttavia originari, ma, secondo l’Autore, il concetto di originarietà va legato a quello di sovranità (e quindi di indipendenza). Abbiamo già evidenziato come nelle nostre riflessioni l’originarietà sia nozione diversa rispetto a quella di indipendenza e di sovranità.

La premessa strutturale consente allora all’Autore di svincolare le comunità intermedie territoriali dal loro legame genetico con l’ordinamento dello Stato. I rapporti tra i loro ordinamenti non sono più concepibili in termini di “autarchia”, bensì in termini di “autonomia”; pertanto ogni ente territoriale è libero di individuare i propri interessi anche se differenti e contrapposti a quelli dello Stato, inteso come Stato-persona<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> F. Benvenuti, *L’ordinamento repubblicano*, Padova, 1996, 47; cfr. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, 45 ss.

<sup>47</sup> F. Benvenuti, *L’ordinamento repubblicano*, cit., 48, corsivi nostri.

<sup>48</sup> Come rileva Bruno Migliorini in B. Migliorini, *Storia del termine ‘autarchia’ (1934)*, ora in Id., *Saggi sulla lingua del Novecento*, Firenze, 1963, 186-187, il termine “autarchia” rappresentava la risposta ad una esigenza sul piano linguistico. Come in Germania, ove si utilizzava il termine *Selbstverwaltung*, secondo l’interpretazione della pubblicistica tedesca ed in particolare di P. Laband, anche in Italia occorre individuare, per definire

Si tratta, pertanto, di «una suddivisione di ordinamenti»<sup>49</sup>. Gli enti territoriali riconosciuti dall'art. 5 Cost. e dal titolo V costituiscono ordinamenti giuridici autonomi, ma qui, e veniamo al secondo profilo che abbiamo sopra evidenziato, ai rapporti cioè tra autonomia e decentramento, il concetto di autonomia è utilizzato in termini diversi rispetto all'autonomia delle formazioni sociali.

le attribuzioni delle persone amministrative, gli enti c.d. autarchici, un termine che fosse tuttavia diverso da "autonomia", troppo legato al concetto di "indipendenza", e utilizzato per lo Stato. Sulla nozione di autarchia cfr. S. Romano, *Decentramento amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. IV, 1897, ora in Id., *Scritti minori*, a cura di G. Zanobini, Milano, 1950, vol. II, *Diritto amministrativo*, 12-13, S. Romano, *Il Comune*, cit., 598. L'Autore esamina la nozione partendo dalla distinzione teorizzata dagli autori tedeschi, risalente al diritto inglese, tra *Staatsverwaltung*, l'amministrazione di Stato in senso stretto, e *Selbstverwaltung*, l'amministrazione degli enti territoriali. Cfr. per questo aspetto L. Raggi, *Esame delle varie teorie moderne sopra la nozione di autarchia*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1902, XXXIII, 182 ss. e XXXIV, 33 ss.; v. inoltre R. Ruffilli, *Pagine regionalistiche di Santi Romano e Giuseppe Capograssi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1971, 641 ss.; più recentemente cfr. F. Roversi Monaco, *Profili giuridici del decentramento nell'organizzazione amministrativa*, Padova, 1970. Cfr. poi G. Cianferotti, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, I, Milano, 1998, 679 ss., E. Gustapane, 'Autarchia'. Profilo storico di un termine in disuso, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, XXX (1980), 201-210, G. Treves, *Autarchia, autogoverno, autonomia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, 277, ora in *Studi in onore di G.M. De Francesco*, II, Milano, 1957, 577, R. Romeo, *La Germania e la vita intellettuale italiana dall'unità alla prima guerra mondiale*, in Id., *L'Italia unita e la prima guerra mondiale*, Bari, 1978, 122 ss., S. Cassese, voce *Autarchia*, in *Enc. del dir.*, IV, Milano, 1959, F. Rugge, *Autonomia e autarchia degli enti locali: all'origine dello Stato Amministrativo*, in Aa.Vv., *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra ottocento e novecento*, A. Mazzacane (a cura di), Napoli, 1986. Come è noto, la nozione risale a R.V. Gneist, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, Berlin, 1879, trad. it. a cura di Isacco Artom, *Lo Stato secondo il diritto ossia la giustizia nell'amministrazione politica*, Bologna, 1884.

<sup>49</sup> F. Benvenuti, *L'ordinamento repubblicano*, cit., 65. Cfr. inoltre C. Pinelli, *L'ordinamento repubblicano nel nuovo impianto del titolo V*, in S. Gambino (a cura di), *Il 'nuovo' ordinamento regionale. Competenze e diritti*, Milano, 2003, 156, secondo cui sul piano teorico fu proprio Benvenuti a identificare Repubblica e Stato-comunità. Il dilemma relativo alla personalità giuridica, attribuito dello Stato ma non della Repubblica, veniva risolto da Benvenuti ricordando come «non sempre la personalità giuridica è richiesta per attribuire capacità giuridica e, in ipotesi, di capacità di agire, e riconducendo la contraria opinione a un'indebita generalizzazione dell'esperienza dello Stato-persona, e alla tendenza dell'antropomorfismo giuridico ad ipostatizzare le caratteristiche proprie degli individui». Peraltro osserva Pinelli che tale ricostruzione non fu solo un espediente teorico, ma, al contrario, la nozione di ordinamento repubblicano, comprensivo di tutti gli enti dello Stato comunità, rappresentò la risposta ad una serie di problemi interpretativi insorti nell'esperienza. Cfr. anche G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, 173 ss., A. Barbera, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, 1973, 73, A. Mazzitelli, *La tutela dell'ambiente nella Costituzione. Il principio dello sviluppo sostenibile*, Cosenza, 1999, 102 ss.



Ciò che il Costituente sembra voler evidenziare è la differenza ontologica e assiologica dell'autonomia rispetto al decentramento<sup>50</sup>: mentre infatti quest'ultimo è ispirato all'idea della delegazione, della derivazione e, conseguentemente della revocabilità, del potere, il primo esprime, all'opposto, la proprietà, l'originarietà (intesa qui come opposto di derivazione) e, quindi, la non revocabilità, del potere stesso. In tale prospettiva gli enti territoriali hanno *poteri propri, non derivati dallo Stato, poteri di natura costituzionale e dalla Costituzione garantiti*<sup>51</sup>.

Se allora per le formazioni sociali l'autonomia esprime la riqualificazione dell'originarietà, per gli enti territoriali, considerati tutte in un'unica categoria (regioni, province, comuni, città metropolitane), il riconoscimento esprime solo la non derivazione del potere dall'ordinamento statale inteso come persona giuridica. Quella scissione che abbiamo evidenziato nei paragrafi precedenti tra originarietà come caratteristica dell'ordinamento in sé e derivazione come fondamento di legittimazione nell'ambito dell'ordinamento repubblicano, nell'art. 5 si sbilancia sul secondo piano. Difatti, l'originarietà dell'ordinamento considerato in sé, intesa come autopercezione di sé, sembrerebbe presente, tra gli enti territoriali, solo nel Comune che, da questo punto di vista, è quello che, più degli altri, risulta caratteriz-

<sup>50</sup> Secondo C. Esposito, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 81, «la coesistenza nello Stato di questi centri di vita territoriale non costituisce, nella nostra Costituzione, un mero espediente giuridico-amministrativo o un utile strumento di buona legislazione ed amministrazione. Anche se questo è uno dei fini delle autonomie locali, *la inserzione della dichiarazione tra i principi fondamentali della nostra Costituzione, la circostanza che se ne sia trattato in sede separata dalla organizzazione amministrativa, le concordi dichiarazioni in Assemblea costituente, stanno a provare come il nostro legislatore ha voluto accentuare, con chiara coscienza, che le autonomie locali hanno nella vita dello Stato un ben maggiore significato*. Queste autonomie non hanno rilievo solo per la organizzazione amministrativa, ma incidono in profondità sulla struttura interiore dello Stato, e non solo tendono ad adeguare gli istituti giuridici alla complessa realtà sociale che vive nello stato, ma *costituiscono per i cittadini esercizio, espressione, modo d'essere, garanzia di democrazia e di libertà*», corsivi nostri.

<sup>51</sup> G. Ambrosini, *Autonomia regionale e federalismo. Austria, Spagna, Germania, URSS*, Roma, 1950, 10, corsivi nostri. Per Esposito la dichiarazione che «la Repubblica non solo riconosce, ma anche “promuove”, le autonomie locali, consente di precisare che la unità e la indivisibilità della Repubblica non possano considerarsi principio direttivo positivo, ma solo “limite” al riconoscimento delle autonomie (che costituiscono invece il principio positivo). Infine, e soprattutto, *la elevazione del principio generico delle autonomie locali ad elemento fondamentale del nostro Stato, vale ad escludere che alcuna di queste autonomie possa differire nel genere e non nella specie dalle altre, e che essa possa vantare particolare titolo di nobiltà e sia qualitativamente diversa dalle altre*», corsivi nostri, in C. Esposito, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, cit., 1954, 73.

zato «dall' avere quale suo elemento costitutivo un territorio, ciò che vale a conferirgli natura di ente politico, per la generalità dei fini perseguibili nel suo ambito, ed a determinare un immediato suo collegamento con i cittadini in esso conviventi. [...] il comune è l' organismo politico elementare, il più vicino ai cittadini, ed è un organismo "necessario" nel senso che non vi è nessuna parte dello stato che non sia assegnata ad un comune né nessun cittadino che non vi appartenga»<sup>52</sup>.

Questo particolare ente territoriale, per ragioni storiche e legate alla tradizione italiana, mostra caratteristiche diverse rispetto agli altri e, in particolare, alle regioni, create e non preesistenti rispetto alla Costituzione repubblicana<sup>53</sup>. Il Comune è, in tale prospettiva, l' ente territoriale che, più degli altri, mostra caratteristiche simili alle formazioni sociali contemplate dall' art. 2 Cost. e, pertanto, quelle caratteristiche ontologiche e assiologiche che evidenziano la presenza di un ordinamento giuridico originario, secondo la definizione che ne abbiamo dato.

Tuttavia il dato positivo, l' art. 5 Cost. appunto, fa riferimento alle autonomie locali senza alcuna distinzione. Quel riconoscimento delle auto-

<sup>52</sup> C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 995.

<sup>53</sup> In Assemblea Costituente l' On. Ruini, in risposta all' On. Rescigno che intendeva rinunciare al suo emendamento, che riconfigurava i Comuni come enti autarchici, solo nell' ipotesi in cui autonomia ed autarchia fossero stati interpretati come sinonimi, rispose: «Desidero chiarire a questo punto che non intendo affatto confermare le proposizioni dell' onorevole Rescigno. *In Italia si è sempre parlato di enti autonomi*. V' è un significato nelle leggi e nelle tradizioni che rimane fermo, e al quale io non intendo derogare. È venuto uno scienziato eminente, il Santi Romano, che ha fatto una teoria dell' autarchia, teoria discutibilissima; che può essere accettata o no in sede dottrinale. Ma, nonostante le lezioni che ci vuol dare l' onorevole Rescigno, non intendiamo abbandonare il solido terreno della tradizione legislativa e politica», corsivi nostri. Cfr. il suo intervento in *www.nascitacostituzione.it*, art. 128, seduta del 17 luglio 1947. Cfr. inoltre M. Ruini, *La nostra e le cento costituzioni del mondo. Commenti e note alla nostra costituzione (Scritti di Meuccio Ruini)*, Milano, 1962, V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Milano, 1976. Afferma Carlo Cattaneo in C. Cattaneo, *Lettera Seconda*, citato in F. Benvenuti, *Mito e realtà nell' ordinamento amministrativo*, cit., 151: «nella legge francese e nelle due o tre riproduzioni che se ne fecero in Piemonte, il concetto del Comune venne capovolto e negato perché non si considerò che *il Comune era un fatto spontaneo di natura come la famiglia; e si suppose che non esistesse alcun diritto naturale dei Comuni, né alcun limite giuridico al beneplacito dei legislatori*», corsivi nostri. La teoria dell' Autore risente dell' influenza di autori giusnaturalisti francesi e della teorica del *pouvoir municipal*. Cfr. per tale aspetto G. Berti, *Caratteri dell' amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1969, L. Vandelli, *Poteri locali*, Bologna, 1989, 43, A. Petracchi, *Le Origini dell' Ordinamento comunale e provinciale italiano: storia della legislazione piemontese sugli enti locali dalla fine dell' antico regime al chiudersi dell' età cavouriana (1770-1861)*, cit., G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, trad. it., Milano, 1912, 306.

nomie locali rappresenta più il riconoscimento di un principio, quello appunto per cui l'ordinamento costituzionale repubblicano è improntato alla distribuzione del potere, obiettivo perseguito attraverso l'attribuzione di autonomia normativa e organizzativa agli enti diversi dallo Stato e, come tali, riconosciuti e non creati dallo stesso.

L'art. 5 Cost. non esalta, come avviene invece nell'art. 2, l'elemento dell'antioriorità come originarietà. Se avesse voluto procedere in tale direzione la Costituzione avrebbe probabilmente dovuto inserire delle norme speciali per riconoscere una particolare posizione ai Comuni, in quanto espressione di spontaneità e libertà degli individui, come avviene nell'ambito delle formazioni sociali. La riconduzione dei Comuni nell'ambito della generale categoria degli enti territoriali ne ha compresso l'aspetto peculiare.

Per tale motivo chi scrive ritiene di non poter giungere alle stesse conclusioni del paragrafo precedente. Qui il riconoscimento esprime solo la non derivazione dallo Stato.

La pluralità degli ordinamenti, nell'ambito del pluralismo istituzionale, esprime allora quella suddivisione di ordinamenti nell'ambito dell'ordinamento repubblicano. Gli ordinamenti degli enti territoriali costituiscono ordinamenti parziali dell'ordinamento della Repubblica<sup>54</sup>.

<sup>54</sup> La nuova formulazione dell'art. 114 Cost., in questa prospettiva, rappresenta il completamento dell'art. 5 Cost. Difatti, come osservato da C. Pinelli, *L'ordinamento repubblicano nel nuovo impianto del titolo V*, cit., 154, «nel riferirsi non più al territorio della Repubblica ma al suo ordinamento, e nel considerare esplicitamente lo Stato come uno dei soggetti di cui è costituita la Repubblica, (l'art. 114) elimina le ambiguità latenti nella versione previgente e si collega più coerentemente ai principi supremi di unità-indivisibilità e autonomia dell'art. 5. Che la parola Stato sia utilizzata nel senso di Stato-apparato è tutt'altro che addebitabile a ragioni di "pura demagogia", poichè il richiamo dell'art. 5 ai "servizi che dipendono dallo Stato" non può che presupporre un'identica accezione, e impedire ogni riconduzione del termine "Repubblica" a quello di "Stato"»; *contra* A. Anzon, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime ed il modello originario a confronto*, Torino, 2002, 212, per la quale «la formula dell'art. 114, per ragioni che è difficile immaginare diverse dalla pura demagogia, nell'utilizzare la parola Stato nel senso di Stato-apparato (a differenza peraltro che in tante altre disposizioni costituzionali) e nell'accostare quest'ultimo agli enti minori ha voluto strizzare l'occhio alla vecchia tesi escogitata nell'esperienza tedesca dello Stato federale monarchico, del doppio o triplo grado di "statualità", in cui si affiancherebbero, per così dire alla pari, *Länder, Oberstaat* e Stato federale complessivo: questa tesi come è noto è stata ben presto rigettata dal Tribunale costituzionale Federale tedesco, mentre è riconosciuto pacificamente in Germania che la Legge Fondamentale riserva al *Bund* una posizione di supremazia, al pari peraltro di quanto avviene in tutti i moderni Stati federali (e regionali) contemporanei. [...] Insomma, quello che si vuole dire è che dal nuovo art. 114 non è possibile estrarre, sul punto specifico, significati diversi da quelli che esprimeva il vecchio art. 114».

Possiamo quindi già trarre una conclusione. Tra ordinamenti riconducibili alle formazioni sociali e ordinamenti degli enti territoriali, per quanto entrambi valorizzati dalla Carta costituzionale, sussiste una differenza di fondo che deriva, sostanzialmente, dalla necessità, propria anche dello Stato repubblicano, di ricondurre nell'ambito della struttura statale gli enti territoriali. Se infatti l'autonomia delle formazioni sociali evidenzia un possibile contrasto attinente l'affermazione dei diritti costituzionalmente riconosciuti nell'ambito degli ordinamenti diversi da quello statale, e quindi l'attenzione si concentra sull'elemento della plurisoggettività, della persona come soggetto giuridico in sé, l'autonomia degli enti territoriali attiene esclusivamente al profilo organizzatorio e normativo. In questo secondo caso l'aspetto relativo all'originarietà dell'ordinamento considerato in sé, che potrebbe valere per il Comune, viene superato dalla considerazione di tutti gli enti territoriali, sul piano del principio di cui all'art. 5 Cost., come categoria unitaria.

Di più. Prima della riforma costituzionale del 2001, in base alla disciplina prevista dall'art. 128 Cost., il Comune, che presenta quelle caratteristiche peculiari sopra evidenziate, subisce una compressione maggiore rispetto all'altro ente territoriale di nuova creazione, la Regione che, al contrario, non le presenta. Allora l'elemento dell'originarietà, propria dell'ordinamento comunale, viene in un certo senso accantonata e si sposta l'attenzione sul profilo della non derivazione dallo Stato di tutti gli enti territoriali. La pluralità ordinamentale si esprime quindi per tutti gli enti territoriali, in termini autonomistici, ma attraverso una autonomia che non è riqualificazione dell'originarietà, bensì espressione di un principio costituzionale diretto all'affermazione di una pluralità di centri di potere nell'ambito dell'ordinamento statale che non può, pertanto, disporre a proprio piacimento degli stessi, potendo intervenire secondo le forme e i limiti previsti dalla Costituzione repubblicana.

##### *5. Un'ulteriore declinazione della pluralità degli ordinamenti giuridici. La specialità dell'ordinamento militare*

Al termine del paragrafo dedicato ai requisiti dell'ordinamento giuridico abbiamo tracciato una linea di demarcazione tra quegli ordinamenti che, nell'ambito dell'ordinamento costituzionale, risultano riconosciuti e valorizzati e quelli che, all'opposto, vengono osteggiati dalla Costituzione. Analizzati i primi, non resta che dedicare la nostra attenzione alla seconda

categoria delineata, nella quale spicca, senza ombra di dubbio, l'ordinamento militare.

L'ordinamento dei corpi militari è stato infatti ricostruito, dalla dottrina più risalente, come un vero e proprio ordinamento giuridico, in cui quindi i rapporti con l'ordinamento statale sono regolati non in termini di risoluzione di antinomie tra norme, bensì di spazio che l'ordinamento militare riesce a ritagliarsi senza che l'ordinamento statale possa intervenire<sup>55</sup>. Ordinamento giuridico caratterizzato da norme e regole di condotta relative alla disciplina militare, intesa come «*complesso dei doveri* connessi con lo *status* militare» o, in altre parole, come quel complesso di prescrizioni, autonomamente poste e, in caso di violazione, autonomamente sanzionate, ma in ogni caso «*unitario*, che regolano appunto i doveri e le situazioni giuridiche in genere che si ricollegano a tale *status*»<sup>56</sup>.

La disciplina militare è apparsa allora come «la legge fondamentale delle istituzioni militari, che regola, attraverso i doveri imposti ai singoli, anche i rapporti tra militari ed, entro certi limiti, la stessa organizzazione gerarchica»<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Cfr. M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 169 ss., che fa riferimento a ordinamenti giuridici di stato o ordinamenti giuridici particolari che si fondano su fatti organizzatori, G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1959, 17 ss., G. Guarino, *Recensione a Silvestri, L'attività interna della p.a.*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 422 ss., A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 84 ss., per il quale le Forze armate hanno «vita autonoma, che non mette capo all'ordinamento generale».

<sup>56</sup> V. Bachelet, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, cit., 81. Sulla disciplina militare cfr. poi G. Morbidelli, *I tre aspetti della democratizzazione delle forze armate*, in *Città e Regione*, 1976, n. 2, 44 ss., A. Baldassarre, *Disciplina militare e Costituzione*, in *Democrazia e diritto*, 1975, 635 ss., P. Verri, *Le regole della disciplina militare in Italia nell'epoca moderna e contemporanea*, supplemento al n. 1-2 della *Rassegna della giustizia militare*, Roma, 1977, 12 ss., A. Boldetti, G. Paganetto, *Norme di principio sulla disciplina militare e libertà costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2-3, 1979, 507 ss., G. Vitagliano, *I fondamenti costituzionali della disciplina militare*, in *Rass. arma cc.*, 2004, I, 36 ss., A.M. Sandulli, *Disciplina militare e valori costituzionali*, in *Dir. e soc.*, 1978, 648 ss., P. Nuvolone, *Valori costituzionali della disciplina militare e sua tutela legislativa nel codice penale militare di pace e nelle nuove norme di principio*, in *Rass. giust. mil.*, 1979, 21 ss.; vedi inoltre G. Neppi Modona, L. Violante, *Poteri dello Stato e sistema penale*, Torino, 1978, 522 ss., e L. Violante, *La giustizia militare*, in *Le istituzioni militari e l'ordinamento costituzionale*, Roma, 1974, 161 ss.

<sup>57</sup> V. Bachelet, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, cit., 81. Cfr. inoltre P. Verri, *Le regole della disciplina militare in Italia nell'epoca moderna e contemporanea*, cit., 12 ss.

Ad avviso di chi scrive due sono le ragioni, estremamente connesse, che hanno indotto la dottrina a ricostruire il fenomeno riconducibile ai corpi militari mediante la nozione di ordinamento giuridico.

La prima è di natura storica. Come affermato da Modugno «l'origine storica dei corpi militari ha giocato un ruolo determinante nella formazione dell'idea di ordinamento "interno" se non addirittura "separato" ("oltre lo Stato") per l'organizzazione militare»<sup>58</sup>.

La seconda, evidentemente legata alla prima, è invece relativa all'assiologia del sistema militare, aspetto che ridonda, secondo l'interpretazione che ne abbiamo dato nei paragrafi precedenti, nella stessa nozione di ordinamento giuridico.

Cominciando dall'analisi di quest'ultima occorre anzitutto interrogarsi circa le caratteristiche ontologiche e assiologiche del militare come soggetto e del contesto militare, sia normativo che organizzativo, inteso quindi come sistema in sé.

La disciplina militare è anzitutto regola di condotta di qualsiasi militare, ossia di qualsiasi soggetto che si trovi a svolgere, per obbligo o per scelta, il servizio militare, che sia quindi legato alle Forze armate da un rapporto di servizio. Tuttavia, a differenza di una comune regola di condotta, questa presenta una caratteristica tipica, difficilmente riscontrabile in altre regole comportamentali. Si tratta di una regola destinata ad orientare e, pertanto, a condizionare tutte le altre prescrizioni, appartenenti sia all'ordinamento militare che all'ordinamento statale. La disciplina militare è infatti quel complesso di norme o prescrizioni relative alla fedeltà, all'onore, alla lealtà,

<sup>58</sup> F. Modugno, *L'ordinamento militare è in estinzione?*, in *Studi in onore di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, 452 ss., il quale così conclude: «Il riferimento va fatto all'epoca in cui tutte le "forze armate", mercenarie o anche non mercenarie, erano costituite da "corpi di stipendiati (soldati) al servizio delle corone, e poi dello Stato" e in cui il loro ordinamento constava di "norme interne" e di "organizzazioni interne nelle quali lo Stato aveva ben poco da dire". [...] Divenute soggettività ed organizzazione oggetto di norme appartenenti all'ordinamento generale, una notevole parte della normazione (norme di condotta e norme sanzionatorie: le c.d. sanzioni di corpo), unitamente a regole etiche e deontologiche ispirate ai valori generali dell'"onore militare", del "sentimento del dovere", nonché a quelli particolari dello "spirito di corpo" o della "fedeltà alla bandiera", ecc., si mantennero e formarono il complesso di quella che è stata definita la "disciplina militare". Si tratta cioè di un complesso di norme e regole, variamente cogenti, le quali, pur irrilevanti sul piano del diritto oggettivo statale, prescrivevano (o prescrivono) comportamenti, imponevano (o impongono) prestazioni, prevedevano (o prevedono) sanzioni, limitavano (o limitano) diritti fondamentali, in breve determinavano (o determinano) uno *status* (di militare) – talora esteso a tutta la vita della persona fisica in quanto "militare in congedo" – per molti versi ingiustificato alla stregua delle leggi statali, quando non addirittura incompatibile in radice con i principi generali dell'ordinamento statale o con le norme costituzionali».

al senso di responsabilità, all'obbedienza, allo spirito di corpo, al coraggio, allo spirito di sacrificio, norme che sono quindi dirette alla formazione del militare, ad ottenere quella che è stata definita «l'adesione intima della mente, del cuore e dell'anima, l'accordo dei voleri e dei sentimenti»<sup>59</sup>.

Si evince quindi quell'aspetto che abbiamo ritenuto fondamentale per la individuazione di un ordinamento giuridico, vale a dire la peculiarità, la differenziazione, la coesione, la specialità assiologica, che nell'ordinamento militare assume una rilevanza decisiva<sup>60</sup>.

Venendo al primo profilo, quello storico, in passato le forze armate sono state effettivamente costituite da corpi separati e distinti dalla organizzazione statale riconducibile al sovrano, la cui regolazione era quindi demandata a fonti autonome, che trovavano la loro origine nel corpo stesso<sup>61</sup>.

L'ordinamento militare, sul piano storico, ha costituito «una "istituzione" nel senso romaniano, avente in sé una sua forza vitale e una sua regola di condotta che lo Stato di diritto ha inizialmente piuttosto *ricosciuto* che *imposto*»<sup>62</sup>.

Per tali motivi la dottrina ha utilizzato la nozione di *besonderes Gewaltverhältnis*, che rimandava al potere "speciale" delle istituzioni pubbliche nei confronti dei soggetti "dipendenti", tra cui ovviamente anche e soprattutto i militari, e mediante la quale si perveniva alla giustificazione di quegli spazi vuoti di diritto statale (*rechtsfreien Räume*), estranei appunto

<sup>59</sup> V. Bachelet, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, cit., 78.

<sup>60</sup> Per V. Bachelet, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, cit., 79-80, considerando l'adesione intima che la disciplina militare richiede, questa «dovrebbe piuttosto considerarsi una "regola di vita" del tipo di quelle che sono caratteristiche degli ordini religiosi: le cui "Regole" hanno infatti più di un aspetto in comune – sotto il profilo giuridico – con i regolamenti di disciplina militare. È da notarsi che disciplina, in questo senso, è non solo la regola, ma anche l'*osservanza* della regola».

<sup>61</sup> Cfr. F. Modugno, *L'ordinamento militare è in estinzione?*, cit., 452-453, ove afferma che «le "forze armate", mercenarie o anche non mercenarie, erano costituite da "corpi di stipendiati (soldati) al servizio delle corone, e poi dello Stato" e in cui il loro ordinamento constava di "norme interne" e di "organizzazioni interne nelle quali lo Stato aveva ben poco da dire». V. anche M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 163, F. Pinto, *Forze armate e Costituzione*, cit., il quale sostiene che «quando cioè lo stato, come ordinamento autonomo, distinto rispetto alla figura del sovrano, non si è ancora con decisione imposto, gli ordinamenti e le istituzioni militari costituiscono un *prius* rispetto a questo, di cui non sono semplicemente un'articolazione organizzativa, essendo piuttosto vero il contrario. Gli eserciti dunque, e non la coscienza di essere cittadini, sono gli assi portanti dello stato e chi detiene il potere all'interno di questo trova la sua legittimazione reale unicamente nel fatto di poter disporre dell'apparato militare su cui fondare la propria forza e la propria posizione».

<sup>62</sup> V. Bachelet, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, cit., 68.

all'ordinamento dello Stato, potere che, esclusa la riserva di legge, veniva quindi determinato in modo del tutto libero o fin troppo discrezionale dall'amministrazione, risultando il riflesso di poteri autonomi della stessa<sup>63</sup>.

La teoria della supremazia speciale viene quindi elaborata in relazione ad una serie di fenomeni che si strutturano in modalità, per loro natura, tali da essere improntate, a tutti gli effetti, al principio di autorità<sup>64</sup>.

Il fulcro di queste teorie è rappresentato da questo imprescindibile collegamento tra i due termini del rapporto, caratterizzato dalla autorità del primo nei confronti del secondo e che va, tuttavia, distinto, dal generale vincolo di dipendenza in cui versano i singoli di fronte allo Stato<sup>65</sup>. Le forze armate, per come sono strutturate e per la speciale attività che devono

<sup>63</sup> Cfr. H.J. Koch, R. Rubel, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, 1992, H. Comes, *Der rechtsfrei Raum*, Berlin, 1976, T. Müller, *Die Lehre vom rechtsfreien Raum im Lichte des Suizids: eine strafrechtsdogmatische, rechts- und moralphilosophische Studie am Grenzbereich des Rechts*, Frankfurt am Main, 1999, O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, München-Leipzig, 1924, Vol. II, rist., Berlino, 1969, Id., *Zur Lehre vom öffentlich rechtlichen Verträgen* (1888), ora in *Kleine Schriften zum öffentlichen Recht*, Berlin, 1981, I, F. Schmitthenner, *Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts* (1845), Hamburg-Berlin-Frankfurt am Main, 1967, P. Laband, *Il diritto pubblico dell'impero germanico* (1911), Torino, 1914, H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1910), rist., Tübingen, 1923, G. Zanobini, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, ora in Id., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, F. Merusi, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1965. Cfr. inoltre, per quanto riguarda la dottrina dei diritti pubblici soggettivi, che ne rappresenta lo svolgimento, G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (1905), tr. it. a cura di G. Vitagliano sulla II ed. tedesca, 1912, nonché S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, 1900, A. Baldassarre, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989. V. infine per una ricostruzione dell'istituto A.M. Offidani, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale. Il concetto di supremazia speciale nell'evoluzione della dottrina*, Torino, 1953, R. Balduzzi, *Principio di legalità e spirito democratico nell'ordinamento delle forze armate*, Milano, 1988.

<sup>64</sup> Sul principio di autorità cfr. M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, 1950, I, 78 ss., nonché W. Cesarini Sforza, *Il problema dell'autorità*, in *Riv. int. fil. del dir.*, 1940, 88 ss. e V. Bachelet, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, cit., 1 ss.

<sup>65</sup> Cfr. A.M. Offidani, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale*, cit., 11. In particolare l'Autore distingue tra una concezione oggettiva e soggettiva dei fenomeni di supremazia speciale: le teorie del primo tipo interpretano la specialità «in funzione di un particolare atteggiamento della sfera del cosiddetto diritto oggettivo: e riconoscono nei fenomeni di supremazia speciale uno sviluppo caratteristico, un modo proprio di presentarsi dell'ordinamento giuridico [...]. I fenomeni predetti sarebbero manifestazioni di un peculiare sistema giuridico obiettivo, che ne costituirebbe fonte di legittimità, circoscrivendone al suo ambito l'efficacia». Le teorie soggettive della supremazia speciale interpretano, al contrario, il fenomeno come una «particolare forma di una tra le varie maniere attraverso le quali il diritto si esplica nei suoi soggetti», A.M. Offidani, *op. ult. cit.*, 62-63.



porre in essere, esprimono certamente il settore in cui l'autorità, legata alla gerarchia, determina una compressione "speciale" della sfera di libertà del soggetto, per tale motivo "vincolato" e "dipendente" dal potere.

La disciplina militare, che esprime quella specialità assiologica che abbiamo visto essere determinante nell'analisi dell'ordinamento giuridico in sé, è a tal punto penetrante nell'ordinamento militare e nella sua organizzazione che «il punto di equilibrio fra autorità e libertà appare infatti in questo caso fortemente dislocato nel senso dell'autorità»<sup>66</sup>.

Come è noto, la teoria della supremazia speciale viene superata mediante la teorizzazione della nozione di ordinamento interno, e, pertanto, le problematiche sottese alla prima si riversano nella seconda sotto forma di rapporti tra i vari ordinamenti giuridici che si determinano<sup>67</sup>.

La specialità, che è caratteristica della supremazia, non è più legata all'esercizio del potere specifico, bensì è quest'ultimo ad esprimere la specialità dell'ordinamento, in quanto interno. Nel rapporto tra generalità e specialità Romano dirà che sono «generalmente quegli *status*, quei rapporti, quei poteri, diritti, obblighi, ecc., che si fondano sull'ordinamento dello Stato considerato nel suo complesso, come istituzione in cui restano assorbite le altre; mentre si diranno speciali i correlativi momenti che si fondano sull'ordinamento di un'istituzione statale considerata in sé, isolatamente»<sup>68</sup>.

La nozione di ordinamento interno coniata da Romano se, da un lato, rappresenta un approdo scientifico più raffinato rispetto alle ricostruzioni prospettate fino ad allora, dall'altro pone il problema, difficilmente superabile, concernente i rapporti tra ordinamento generale e ordinamento interno ed in particolare pone quella che è stata definita una *contradictio in adiecto*, in quanto l'ordinamento interno, nonostante sia irrilevante per l'ordinamento statale, al tempo stesso, né risulta assolutamente dominato, trovando la propria ragion d'essere nell'ordinamento altro<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> V. Bachelet, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, cit., 7.

<sup>67</sup> Cfr. ancora A.M. Offidani, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale*, cit., 175 ss.

<sup>68</sup> S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., 221; cfr. inoltre A.M. Offidani, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale*, cit., 183.

<sup>69</sup> Cfr. V. Bachelet, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, cit., V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1970, 39 ss., F. Modugno, "L'ordinamento" militare è in estinzione?, cit., 455, per il quale «la nozione di "ordinamento interno" è in sé equivoca, [...] perché, per un verso, l'essere "interno" rispetto ad altro ordinamento non consente ad esso di fondarsi su almeno una norma che non sia norma positiva dell'ordinamento che lo comprende e che lo riduce, perciò, a parte o articolazione di quest'ultimo; per altro verso, poi, in quanto con il sintagma si volga significare la estraneità delle norme che lo compongono all'ordinamento che lo comprende, esso non è già in alcun modo interno,

Le contraddizioni insite nella teoria romaniana degli ordinamenti interni sono messe in luce anzitutto da Bachelet, che rappresenta certamente l'Autore che pone le basi per il superamento di tutte quelle dottrine, compresa quella di Romano, finalizzate, più o meno consapevolmente, alla limitazione di diritti nei confronti dei soggetti dell'ordinamento militare e invece pienamente riconosciuti ai cittadini dell'ordinamento statale.

Bachelet procede ad una verifica della possibilità di ricostruire, dal punto di vista dogmatico, l'ordinamento militare come ordinamento "interno". Gli ordinamenti interni, in quanto facenti parte dell'organizzazione statale, non sono un'entità a sé stante, distinta e separata dall'ordinamento statale. Con riferimento a tali istituzioni non è possibile procedere in termini di "riconoscimento" e "disconoscimento", ma, al contrario, solo di "creazione"<sup>70</sup>. Il riferimento alla "creazione" e l'accantonamento del "riconoscimento" determina il venir meno della separazione sul piano della fonte, poiché l'ordinamento militare non è ordinamento giuridico in senso stretto, in quanto delineato, configurato e condizionato dall'ordinamento statale. La differenza rispetto ai veri e propri ordinamenti giuridici, espressione del pluralismo sociale, nel pensiero dell'Autore ineliminabile, è che, in tal caso, la nozione di ordinamento interno rappresenta solo un "espediente organizzativo" che «non può portare – se non fittiziamente – ad una loro *alterità* rispetto all'ordinamento dello Stato»<sup>71</sup>.

Le istituzioni che fanno parte dell'ordinamento statale, in quanto rientranti nell'ambito della sua organizzazione, non pongono mai la norma fondamentale dell'ordinamento; è lo Stato, il suo ordinamento che, nel crearle, porrebbe anche i principi essenziali e le finalità dell'istituzione stessa, finalità che sarebbero quindi strumentali rispetto a quelli statuali. Dal punto di vista di Bachelet l'ordinamento militare, in quanto ordinamento interno, «ha il suo fine essenziale nell'ordinamento statale, ed è quindi a questo intrinsecamente ordinato; esso non esiste che nell'ordinamento e per l'ordinamento dello Stato. Quando pur si voglia considerare intrinsecamente l'ordinamento interno in sé, si ritrova sempre e inevitabilmente in esso anche l'ordinamento statale»<sup>72</sup>.

bensì distinto e separato da esso»; v. poi M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 14-15, R. Balduzzi, *Principio di legalità e spirito democratico nell'ordinamento delle Forze armate*, cit., 28-29.

<sup>70</sup> V. Bachelet, *op. ult. cit.*, 34.

<sup>71</sup> V. Bachelet, *op. ult. cit.*, 35.

<sup>72</sup> V. Bachelet, *op. ult. cit.*, 39.

Le critiche di Bachelet all'opera di Romano si inseriscono evidentemente in un contesto storico in cui l'esigenza primaria e fondamentale è dare attuazione a quella parte della Carta costituzionale che riguarda i diritti di libertà, da affermare anche nell'ambito dell'ordinamento militare, eliminando quelle distinzioni, irragionevoli e quindi inaccettabili per l'ordinamento costituzionale, tra cittadini da un lato e militari dall'altro.

Tuttavia occorre rilevare come, nella concezione di Romano, la nozione di ordinamento giuridico sia una nozione rigorosamente formale; non hanno pertanto alcun rilievo, nel suo impianto teorico, le finalità; l'elemento teleologico non assume rilevanza per la puntuale configurazione di un ordinamento giuridico in senso stretto. Peraltro nell'ordinamento costituzionale repubblicano le finalità di tutte le istituzioni, anche quelle che pongono, assiologicamente, evidenti problemi sul piano della plurisoggettività e dell'affermazione quindi dei diritti costituzionalmente riconosciuti, sono delineate dalla norma costituzionale e non dallo Stato in senso stretto.

Infine, lo stesso Autore non manca di rilevare che, nel caso dell'ordinamento militare, può verificarsi che determinati aspetti relativi alla "disciplina particolare dell'istituzione", ossia da un lato l'ampia discrezionalità dell'amministrazione, dall'altro la soggezione dei militari, "rendano più difficile l'accertamento e la sanzione della invalidità dei loro atti, consentendo così una più larga operatività e permanenza degli atti invalidi emessi [...] all'interno dell'istituzione", invalidi ovviamente dal punto di vista dell'ordinamento dello Stato. Per Bachelet tuttavia questa constatazione non comporta affatto un contrasto tra ordinamenti, ma solo che nei confronti di certe categorie di atti dello Stato e in particolare della pubblica amministrazione l'ordinamento dello Stato prevede una minore o comunque meno efficace tutela<sup>73</sup>.

Ad avviso di chi scrive è quest'ultimo punto che assume estrema rilevanza. La difficoltà insita nell'accertamento e nel sanzionare non solo gli atti ma anche i comportamenti che si determinano nell'ordinamento militare esprime un'esigenza che la Costituzione repubblicana pone in luce e che comporta conclusioni diverse, anche sul piano della configurazione di un ordinamento giuridico militare in senso stretto. La rilevanza costituzionale della specialità assiologica dell'ordinamento militare in sé rappresenta il frutto delle particolari e "speciali" funzioni che le forze armate, anche nell'ordinamento costituzionale repubblicano, sono chiamate a svolgere e che, tornando al piano storico, hanno sempre svolto, rappresentando que-

<sup>73</sup> V. Bachelet, *op. ult. cit.*, 41-42.

ste il loro fine fondamentale, connaturato alla loro stessa esistenza. Esse hanno infatti un senso se, e solo se, improntate a quel fine.

Tali caratteristiche ontologiche si intrecciano al piano assiologico, potendo raggiungersi quei fini solo attraverso determinati mezzi, che sono tutti riconducibili alla disciplina militare e alla gerarchia organizzativa.

Nell'analisi dell'ordinamento militare non può allora non considerarsi il conflitto che, sul profilo assiologico, si determina tra la Costituzione, nella parte in cui riconosce e garantisce i diritti inviolabili anche ai militari, e l'essenza, l'in sé, delle forze armate, la sua originarietà ordinamentale.

Tale profilo era già stato evidenziato da Esposito, nel momento in cui affermava che se «in forza di quella regola sulla democraticità delle forze armate, ai militari fossero garantiti nei confronti dei superiori la libertà personale, la competenza dell'autorità giudiziaria per ogni forma di detenzione, la libertà di soggiorno e di locomozione, e così via, non vi sarebbe organizzazione democratica delle forze armate, ma puro e semplice scioglimento di esse e trasformazione dei militari in civili»<sup>74</sup>.

L'art. 52, comma terzo, Cost. stabilisce infatti che l'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica. Quell'informarsi allo spirito democratico evidenzia quel conflitto assiologico che, alla luce del dato costituzionale, va necessariamente ridimensionato e riqualificato invertendo il rapporto tra autorità e libertà. Da un lato l'ordinamento militare, la sua specialità assiologica basata su una supremazia del principio di autorità a discapito delle libertà fondamentali del soggetto, dall'altro la Costituzione repubblicana, che pone al centro la persona e le sue libertà e che pretende di riqualificare il suddetto ordinamento (ed in particolare la sua plurisoggettività).

L'art. 52, comma 3, Cost. ha rappresentato la premessa fondamentale per sostenere l'assorbimento dell'ordinamento militare nell'ordinamento statale. Il fatto che la norma costituzionale preveda nello stessa locuzione la parola «ordinamento» delle Forze armate, lasciando intendere che si possa ancora parlare di ordinamento giuridico in senso stretto, e che lo stesso debba informarsi allo spirito democratico della Repubblica, nella prospettiva di una parte della dottrina, può significare due cose: «che ciò che si deve informare allo spirito democratico *non è già* informato allo stesso spirito», da cui il conflitto assiologico; «che il presunto ordinamento delle forze armate deve informarsi allo spirito di un altro ordinamento, cessando per ciò stesso di essere un ordinamento. Ma tale apparente con-

<sup>74</sup> C. Esposito, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione italiana. Saggi*. Padova, 1954, 255-256.

tradizione si supera facilmente se si considera l'uso atecnico del termine "ordinamento"»<sup>75</sup>.

La scelta da parte della Costituzione sembrerebbe quindi chiara: l'ordinamento militare, inteso in senso stretto, non ha legittimazione, non è riconosciuto dall'ordinamento dello Stato, esso deve essere assorbito dall'ordinamento statale e cessare di esistere.

Secondo tali interpretazioni la Costituzione, con l'art. 52, comma 3, esclude categoricamente che l'organizzazione militare assurga a ordinamento e questo perché si ritiene incompatibile l'attribuzione di autonomia e il raggiungimento di quel particolare scopo che si presenta estraneo alla storia e ai valori dell'organizzazione militare, ossia quell'informarsi allo spirito democratico della Repubblica, che si reputa non raggiungibile per tramite di autonomia da riconoscere all'organizzazione militare.

Si ha sostanzialmente un atto di sfiducia nei confronti del mondo militare, senza la quale ovviamente non può esservi attribuzione di autonomia.

In realtà questa seconda affermazione prova troppo. È evidente che la norma costituzionale escluda, in quanto illegittimo, un ordinamento militare autonomo; il contrasto assiologico sopra evidenziato è fin troppo evidente. Siamo quindi in presenza di una situazione diversa ed opposta rispetto agli ordinamenti autonomi analizzati nei paragrafi precedenti. La Costituzione impone allo Stato ed al suo ordinamento, proprio in vista di quei valori costituzionali di affermazione del primato della persona, anche nel contesto militare, di intervenire, conformandolo, con una forza maggiore rispetto ad altri ordinamenti cui è invece riconosciuta autonomia.

Tuttavia, l'ordinamento giuridico può manifestarsi attraverso varie declinazioni. Se infatti risulta incoerente con l'assiologia costituzionale configurare un ordinamento militare autonomo, risulta possibile riqualificarlo come ordinamento "speciale".

Diversamente quindi da quanto affermato dalla dottrina esposta, si ritiene che la ricostruzione della *societas* militare mediante la qualificazione "ordinamento giuridico" sia ancora possibile.

Come abbiamo sopra affermato, il dato necessario per desumere la sussistenza dell'ordinamento giuridico è l'originarietà. Nel caso dell'ordinamento militare è evidente che la specialità assiologica non solo sussista, ma sia anche legittimata dalla Costituzione. Si tratta, a tutti gli effetti, di una specialità funzionale che incontra il limite dell'affermazione del primato della persona.

<sup>75</sup> F. Modugno, *L'ordinamento militare è in estinzione?*, cit., 457.

La maggiore critica avanzata dalla dottrina in ordine alla sussistenza di un ordinamento giuridico militare in senso stretto riguarda l'assenza dei requisiti della normazione e della organizzazione, che ogni ordinamento, per poter essere definito tale, deve avere, e che invece mancherebbero nell'ordinamento militare, in quanto interamente provenienti dall'ordinamento dello Stato.

Tuttavia per l'ordinamento militare l'autonomia, ancorché risulti inesistente in base ai criteri formali, rivela tutta la sua "forza" se si valuta in base alla sua già richiamata peculiarità teleologica e assiologica, che connota sia l'organizzazione che la normazione di cui essi non sarebbero autori ma oggetto. L'autonomia normativa e organizzativa non si trova quindi nel momento produttivo ma si ricostruisce sul piano contenutistico.

Difatti, quando la normazione dell'ordinamento statale afferma, come all'art. 715 del d.P.R. 90 del 2010, che nelle relazioni di servizio e disciplinari il militare è tenuto a osservare la via *gerarchica* o, come all'art. 718, che il militare ha il dovere di conservare e migliorare le proprie conoscenze e le capacità psicofisiche e deve tendere al miglioramento delle sue prestazioni al servizio delle Forze armate attraverso la pratica di attività culturali e sportive, si fa riferimento a una normazione che è propria dell'ordinamento militare, perché esprime dei valori che sono propri di tale ordinamento; è certamente vero che è la normazione statale a stabilirle, ma si tratta di norme che trovano la loro origine all'interno dell'ordinamento militare e che, pertanto, rinviano ad esso. Si tratta di norme che rinviano ai principi dell'ordinamento militare, in quanto nell'ambito di tale ordinamento «vi si aggiunge [*rispetto ai rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*] il rispetto del *rapporto gerarchico-disciplinare* cui ogni militare è soggetto nei confronti del superiore in grado: e si tratta di un bene *irrinunciabile* (la *disciplina militare*) che è alla *base dell'ordinamento militare, senza del quale si verifica la sovversione dell'ordinamento stesso*»<sup>76</sup>.

La Corte costituzionale, da ultimo con la sentenza n. 215 del 2017, ha avuto modo di affermare che «È vero che le fattispecie di reato di cui all'art. 226 cod. pen. mil. pace e all'abrogato art. 594 cod. pen. si distinguono solo per la qualità del soggetto attivo e della persona offesa (oltre che per tipologia ed entità della sanzione), tuttavia – a differenza di altre fattispecie oggetto di scrutinio da parte di questa Corte [...] – è proprio la qualifica militare di entrambi i soggetti (colui che offende e colui che subisce l'offesa) a rilevare per l'individuazione dei beni giuridici protetti

<sup>76</sup> Cfr. sentenza Corte costituzionale n. 278 del 1990, punto 3 del considerato in diritto, corsivi nostri.

dall'art. 226 cod. pen. mil. pace. *Continuare a punire penalmente l'ingiuria tra militari, pur per fatti ingiuriosi non riconducibili al servizio e alla disciplina militari, come definiti nell'art. 199 cod. pen. mil. pace, risponde infatti, oltre che all'esigenza di tutela delle persone in quanto tali, anche all'obiettivo di tutelare il rapporto di disciplina inteso come insieme di regole di comportamento, la cui osservanza è strumentale alla coesione delle Forze armate e, dunque, ad esigenze di funzionalità delle stesse*<sup>77</sup>.

Il riferimento della Consulta alla coesione delle Forze armate, alle esigenze di funzionalità delle stesse, evidenzia quel riconoscimento costituzionale dell'organizzazione gerarchica delle Forze armate stesse, che legittima, purché ragionevole, quella diversità di trattamento tra il soggetto militare ed il cittadino.

Si ritiene allora che l'art. 52, comma 3, imponga, senza dubbio, un intervento di conformazione dell'ordinamento militare, e in questo stia la derivazione, come legittimazione, in quanto funzionalmente limitato, dell'ordinamento stesso, dalla Costituzione repubblicana.

Trattandosi, come negli altri casi, di ordinamenti derivati dalla Costituzione, quest'ultima, nel caso specifico, riqualifica l'ordinamento in termini di specialità funzionale e, pertanto, legittima lo Stato ad un intervento conformante estremamente più ampio rispetto agli ordinamenti che abbiamo definito autonomi.

Ma tale attività di conformazione non comporta il venir meno dell'originarietà militare, della disciplina militare, bene irrinunciabile per le finalità costituzionali, in quanto senza la stessa non si avrebbe democratizzazione delle Forze armate, bensì, come ebbe a dire Carlo Esposito, semplice scioglimento delle stesse<sup>78</sup>.

## 6. *Brevi riflessioni conclusive*

Molte delle conclusioni in realtà sono già state evidenziate nel corso dei paragrafi precedenti. Per tale motivo in questo paragrafo conclusivo mi limiterò a mostrare solo alcuni dei risultati raggiunti e, in secondo luogo, ad illustrare alcuni possibili ulteriori sviluppi potenzialmente oggetto di interesse per la dottrina costituzionalistica.

<sup>77</sup> Cfr. sentenza Corte costituzionale n. 215 del 2017, punto 5.3 del considerato in diritto, corsivi nostri.

<sup>78</sup> C. Esposito, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, cit., 255-256.

Nel paragrafo dedicato ai requisiti dell'ordinamento giuridico abbiamo ritenuto di attribuire particolare rilevanza, nell'analisi dell'ordinamento in sé, alla nozione di originarietà, intesa come specialità assiologica, caratteristica estendibile a tutti gli ordinamenti in senso stretto. In seconda battuta abbiamo invece posto il problema dei rapporti che l'ordinamento costituzionale instaura, o pretende di instaurare, con tali ordinamenti, problematica attinente l'ordinamento fuori da sé che presuppone la derivazione, in quanto legittimazione, o la non derivazione, e quindi delegittimazione, degli stessi dalla Costituzione: ordinamenti autonomi, speciali, delegittimati.

Si ritiene quindi, dopo questa analisi, di poter concludere che la Costituzione ponga una graduazione degli ordinamenti: da quelli che, per profili attinenti all'in sé dell'ordinamento (ordinamento militare), si situano all'estremo opposto, sul piano dei valori, con i principi fondamentali della Costituzione, a quelli (formazioni sociali e associazioni) che, al contrario, trovano nell'assiologia costituzionale un punto di contatto e di sviluppo.

In tutti i casi la Costituzione, seppur con istituti diversi sotto il profilo giuridico, riqualifica, nell'ambito dell'ordinamento costituzionale repubblicano, l'originarietà dell'ordinamento richiamato, mediante la configurazione degli stessi come ordinamenti autonomi o, come nel caso dell'ordinamento militare, come ordinamento speciale, tuttavia entrambi funzionali allo svolgimento delle finalità prescritte dalle norme costituzionali.

Venendo agli sviluppi occorre anzitutto rilevare come l'influenza che la dottrina di Santi Romano ha avuto sulla Costituzione e, più in generale, sul diritto costituzionale sia un tema complesso che non può certamente essere esaminato in questa sede.

La dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici ha avuto, in molteplici campi del diritto, sviluppi che potrebbero trovare un forte dissenso anche da parte dell'Autore de "l'ordinamento giuridico".

Già Gino Giugni, qualche anno dopo aver contribuito allo sviluppo della dottrina romaniana attraverso la teorizzazione dell'"ordinamento intersindacale" che, seppur utilizzando una nozione di ordinamento giuridico diversa da quella di Romano, applicava il modello ai rapporti collettivi di lavoro, avvertiva che «le dottrine camminano con le loro gambe e per forza propria, indipendentemente dagli autori che le hanno enunciate»<sup>79</sup>.

Il presente lavoro, partendo dalle riflessioni di Ambrosini, si era posto l'obiettivo di spiegare ed evidenziare, attraverso l'elaborazione di una teoria unitaria, gli sviluppi che la Costituzione repubblicana aveva innestato

<sup>79</sup> G. Giugni, *Il diritto del lavoro*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, cit., 178.



sulla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, sia sul piano del singolo ordinamento oggetto di analisi, richiamato o respinto dalla norma costituzionale, che su quello dei rapporti che, sulla scorta della prima analisi, si andavano a determinare con l'ordinamento generale.

Tale lavoro non può, ad oggi, considerarsi concluso, essendo necessario soffermarsi su ulteriori profili relativi sia alla categoria degli ordinamenti che abbiamo definito autonomi (penso all'ordinamento parlamentare e, con approccio necessariamente diverso, all'ordinamento sindacale), sia alla categoria degli ordinamenti delegittimati; penso al sistema penitenziario che merita molti approfondimenti, anche e soprattutto sul piano della effettività, per come cioè il sistema si afferma in concreto e contro il dover essere costituzionale.

Santi Romano, in uno scritto precedente l'"ordinamento giuridico", aveva esplorato l'ipotesi della instaurazione in fatto di un ordinamento derivato in ordinamento originario, ed aveva messo in luce l'aspetto relativo all'auto-attribuzione fattuale di poteri e competenze, in contrasto con l'ordinamento positivo<sup>80</sup>.

Tali considerazioni appaiono, ad avviso di chi scrive, estremamente attuali in relazione ad alcuni fenomeni di interesse costituzionalistico in cui l'aspetto fattuale assume, per ragioni storiche e di diritto positivo, notevole rilevanza; da un lato l'ordinamento sindacale ed i suoi rapporti con l'ordinamento statale, caratterizzati dalla costante diffidenza del primo verso la normazione e l'organizzazione del secondo; dall'altro e all'opposto, un sistema penitenziario che, nonostante i progressi sul piano delle norme costituzionali di riferimento, tendenti alla valorizzazione della dignità e della persona anche all'interno del sistema, non sembra riuscire ad affermarsi in piena coerenza con le finalità costituzionali.

Peraltro occorre infine rilevare come ulteriori considerazioni potranno trarsi dall'influenza che su tali ordinamenti hanno esercitato e continuano ad esercitare, per tramite dell'ordinamento statale, gli ordinamenti dell'Unione europea e, seppur con strumenti diversi, la Convenzione europea per la salvaguarda dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

<sup>80</sup> S. Romano, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, ora in *Scritti minori*, Milano, 1950, 107 ss.; cfr. inoltre Alb. Romano, *Il principio di legalità nella Costituzione italiana*, in Aa.Vv., *Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Annuario AIC, Padova, 1999, 77.

*Plurality of legal orders and the Italian Constitution*

The starting point for the work is the consideration that the theory of plurality of legal orders has been a landmark for the Constituents, especially for the drafting of the Constitution. In particular the aim of this report is an in-depth analysis of the relations between the so-called “internal legal orders” and the Constitution. Starting from the analysis of the notion of “legal order” and its characteristics, this study will try to find a link between the theory of the plurality of legal orders and the articles 2 (about social groups) and 5 (about territorial autonomies) of the Italian constitution. Finally, the last part of the work will be focused on the military legal system, that, unlike the others systems, is significantly more scaled down than before.

*Keywords:* plurality of legal orders, internal legal orders, social groups, military legal system.

Dario Martire, Dottore di ricerca in Diritto costituzionale e diritto pubblico generale, Dipartimento di Scienze giuridiche, Università «Sapienza» di Roma, Piazzale Aldo Moro 5, email: [dariomartire@hotmail.it](mailto:dariomartire@hotmail.it)