
Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer

CAPITOLO I

SOCIETÀ E DIRITTO¹

SOMMARIO: 1. Il diritto come fenomeno sociale. – 2. Le norme giuridiche e i loro caratteri. – 3. (*segue*): in particolare, il carattere relazionale delle norme giuridiche: rapporti giuridici, soggetti di diritto, situazioni giuridiche soggettive di potere e di dovere. – 4. L'ordinamento giuridico nelle concezioni normativistiche del diritto. – 5. (*segue*):...e nelle concezioni istituzionali. – 6. Elementi dell'ordinamento giuridico: pluri-soggettività, organizzazione, normazione. – 7. Pluralità di ordinamenti giuridici: crescente complessità del quadro tipologico. – 8. Ripartizioni e classificazioni del diritto: diritto positivo e diritto naturale; diritto oggettivo e diritto soggettivo; diritto scritto e diritto non scritto. – 9. (*segue*): diritto pubblico e diritto privato. Ambiti del diritto pubblico. Il diritto pubblico nella prospettiva istituzionale.

1. Il diritto come fenomeno sociale

È un dato di ordinaria esperienza che più persone si riuniscano e collaborino tra loro per perseguire scopi e realizzare obiettivi di comune interesse. Non sarebbe, più in generale, immaginabile una qualsiasi forma di convivenza umana che prescindesse da una comunione di capacità, attività, energie individuali per tendere a risultati e realizzare fini che i singoli separatamente non potrebbero realizzare (o non potrebbero adeguatamente realizzare).

Lo studio di questi fenomeni (almeno a un certo livello di consistenza) interessa i cultori di diverse discipline, abbraccia vari rami della conoscenza: dalla sociologia che è la scienza della società per antonomasia, affrontando lo studio della società nei suoi aspetti microsociali come in quelli macrosociali; alla scienza politica, che si occupa di un settore dell'organizzazione sociale – la politica appunto, nelle diverse accezioni del relativo concetto, da quelle di *politics*, di *policy*, di *polity*, di *political science* – che in un certo qual senso condiziona tutti gli altri settori dell'organizzazione sociale; alla stessa economia

¹ Questo capitolo è di Eugenio De Marco.

politica, quale scienza che spazia dallo studio dei comportamenti dei singoli soggetti economici all'esame del funzionamento del sistema economico nel suo complesso; fino alla scienza del diritto.

L'attenzione del giurista si rivolge, anzitutto, a quei profili che attengono all'ordinato svolgimento delle attività nell'ambito di una comunità umana e quindi della vita sociale: che attengono cioè all'instaurazione e al mantenimento di un ordine cui debbono conformarsi i comportamenti di tutti coloro che fanno parte di una formazione sociale, per qualsiasi fine costituita.

Non tutte le regole di comportamento a livello di gruppo interessano però la scienza del diritto.

Vari possono essere infatti i tipi e i "gradi" di aggregazione di persone: altro è il caso della "instaurazione" (se così si può dire) di un ordine "occasionale" e "momentaneo", destinato cioè a esaurirsi con la circostanza contingente e concreta che lo ha occasionalmente determinato (così, ad esempio, compimento di operazioni di soccorso improvvisate per fare fronte a una necessità imprevista), o anche il caso dell'esistenza a livello di gruppo diffuso e non dotato di specifica organizzazione di certe regole di comportamento la cui inosservanza risulta "sanzionata" unicamente dalla "generica riprovazione" degli appartenenti al medesimo gruppo; altro è invece il caso dell'instaurazione di un ordine variamente finalizzato, ma comunque concepito in vista del perseguimento di obiettivi tali da implicare un assetto organizzativo stabile e l'introduzione di regole di comportamento in grado di trovare affermazione nel gruppo sociale e suscettibili di applicazione ripetuta.

Solo in quest'ultimo caso, infatti, dal mero gruppo "occasionale" o "diffuso" si passa a un livello di gruppo sociale organizzato che, al di là delle molteplici varianti tipologiche in cui può realizzarsi – varianti che dalle più semplici ed elementari comunità costituite da soli individui possono arrivare a comunità ben più complesse fino alle comunità di Stati –, realizza quel che viene definito un "ordinamento giuridico".

2. Le norme giuridiche e i loro caratteri

L'ordine normativo che regge un gruppo sociale costituente ordinamento giuridico si configura quale risultante di un complesso di norme giuridiche sistematicamente ordinate.

Fermo restando che le singole norme che compongono un ordinamento giuridico hanno un senso solo in quanto organicamente inserite nel sistema ordinamentale, dato che solo l'ordinamento ha vita autonoma e non la singola norma che pure dell'ordinamento giuridico è elemento indefettibile, preliminarmente a un esame del concetto stesso di ordinamento è l'individuazione dei caratteri della norma giuridica.

In dottrina si definisce comunemente la norma giuridica come una regola di comportamento che si distingue da altre regole di condotta umana per

una serie di caratteri, tra i quali normalmente si annoverano: l'esteriorità, l'intersubbiettività, l'imperatività, la coercibilità, la generalità, l'astrattezza, la novità.

In realtà, l'individuazione dei "caratteri differenziali" della norma giuridica costituisce un problema ben più complesso di quanto a prima vista possa apparire dal momento che i caratteri e lo stesso schema della norma giuridica, stante la relatività dei valori giuridici, possono essere colti appieno solo sul piano delle specifiche esperienze ordinamentali e nella loro dimensione storica.

È pur vero che alcuni di questi caratteri appaiono del tutto "scontati" e perfino logicamente connaturali o quasi al concetto stesso di norma giuridica.

Così del tutto scontato appare il carattere della "novità", inteso nel senso che ogni norma giuridica apporta una innovazione nel quadro normativo, sia che introduca una regola prima inesistente o sostituisca, modifichi o integri una regola preesistente sia che ripeta una regola già esistente, mutandone la fonte e, per ciò stesso, rinnovandola.

Connaturali della norma giuridica – in quanto logici corollari della socialità del diritto – debbono poi ritenersi i caratteri dell'esteriorità e dell'intersubbiettività: caratteri che rispettivamente significano, in sostanza, che la norma giuridica richiede soltanto un adeguamento ad essa dei comportamenti esteriori degli uomini e che regola comportamenti umani nei rapporti con altri soggetti dell'ordinamento, in contesti relazionali produttivi di effetti giuridici.

Se però si ha riguardo ad altri caratteri, come quelli della imperatività e coercibilità o anche della generalità e astrattezza, pure comunemente riferiti alla norma giuridica dalla prevalente dottrina, ci si rende conto della storicità e relatività dei caratteri differenziali e dello stesso schema della norma giuridica. E si spiega anche come su questi caratteri differenziali (o reputati tali) della norma vi siano state discordanti opinioni in dottrina.

Ricorrente, comunque, è l'affermazione della dottrina sulla fondamentale importanza da attribuire all'imperatività e alla coercibilità tra i caratteri differenziali della norma giuridica: intendendosi per imperatività il configurarsi della norma come prescrizione o divieto di un determinato comportamento, rivolto ai destinatari; e per coercibilità la previsione dell'irrogazione di una sanzione a coloro che contravvengano alla prescrizione o al divieto contenuto nella norma.

A volte, peraltro, l'imperatività e la coercibilità sono state riunite sotto un unico carattere nell'assunto che un imperativo non assistito da sanzione perderebbe ogni valore. Onde la configurazione delle norme giuridiche come quelle norme "la cui esecuzione è garantita da una sanzione esterna e istituzionalizzata" (BOBBIO, 1958, p. 198).

Non è mancato, d'altro canto, in dottrina chi ha negato che la imperatività e la coercibilità contraddistinguano – o contraddistinguano sempre – le norme giuridiche, attribuendo piuttosto alle norme giuridiche carattere di giudizi ipotetici, configurandole cioè come giudizi su comportamenti umani nei quali si enunciano

le conseguenze giuridiche che debbono aversi nell'ipotesi che vengano tenuti tali comportamenti (se Tizio si comporta nel modo X, deve essergli applicata la sanzione Y). Ed è soprattutto a Kelsen, il quale ha ravvisato il senso dell'ordinamento giuridico nel fatto che "certi atti coercitivi *devono (sollen)* essere eseguiti qualora ricorrano certe condizioni" (KELSEN, 1960, e successivamente 1975, p. 57), che si sono riferiti coloro che hanno concepito le norme giuridiche in termini di giudizi ipotetici. Anche se poi la concezione kelseniana, a ben considerare, sembra riproporre una raffigurazione in chiave sostanzialmente imperativistica della norma giuridica.

A volte poi il carattere dell'imperatività è stato riferito, oltre tutto entro certi limiti, alle sole norme contenute in leggi penali nell'assunto che il "concetto di ordini generali sostenuti da minacce dati da una persona generalmente obbedita... si avvicina chiaramente di più a una legge penale emanata dal potere legislativo di uno stato moderno che a ogni altro tipo di norma giuridica" (HART, 1961, e successivamente 1965, p. 30).

Altri caratteri comunemente attribuiti in dottrina alle norme giuridiche sono, come sopra ricordato, quelli della generalità e dell'astrattezza.

Vari sono stati i significati attribuiti ai caratteri della generalità e dell'astrattezza e si è anche parlato a volte di un unico carattere della "generalità-astrattezza". La corrente dottrina, comunque, quando attribuisce alla norma il carattere della generalità ha riguardo ai destinatari della norma medesima, intendendo per "generalità" il rivolgersi della norma ad una collettività o classe indeterminata di persone. Quando attribuisce invece alla norma il carattere dell'astrattezza, ha riguardo all'azione o comportamento regolati dalla norma, intendendo per "astrattezza" il riferirsi della norma medesima ad azioni o comportamenti-tipo, destinati a valere da metro di valutazione di azioni o comportamenti singoli, cioè concreti.

Non si può tuttavia trascurare il fatto che negli odierni ordinamenti statali – sempre più caratterizzati per l'erompere del pluralismo con forte affermazione quindi di comunità e gruppi intermedi tra il cittadino e lo Stato, per il sensibile ampliamento dei fini dello Stato medesimo e quindi anche della sua sfera d'azione, per l'attivo intervento dei pubblici poteri in campo economico e sociale – la normazione finisce anche per riguardare in modo diretto e particolare interessi specifici, i contenuti delle stesse leggi possono diventare circoscritti e anche concretizzarsi; si assiste in definitiva soprattutto in campo economico-sociale ad un incremento di leggi dai contenuti concreti (c.d. "leggi-provvedimento"). Anche se poi le odierne tendenze alla concretizzazione dei contenuti normativi, anche quando inevitabili a fronte dei processi di trasformazione dei sistemi statali e in particolare di quelli ispirati a principi di democrazia pluralista, hanno spesso risvolti negativi sul piano dell'imparzialità e dell'eguaglianza nonché della stessa certezza del diritto e suscitano comunque non poche perplessità in dottrina.

Significativo, a proposito delle tendenze alla concretizzazione dei contenuti normativi, appariva quanto scriveva, con riguardo ai contenuti dell'attività legislativa nelle stesse fasi iniziali dell'esperienza costituzionale repubblicana, Predieri il

quale sottolineava il proliferare delle c.d. “leggine”, tali considerando (pur senza alcuna pretesa di impegno “dal punto di vista della concettuologia giuridica”) le “leggi-provvedimento individuali”, le leggi aventi ad oggetto “materie interessanti categorie particolarmente ristrette e individuate di cittadini”, nonché più in generale le leggi introduttive di modificazioni di limitata portata come le deroghe o le proroghe delle leggi menzionate (PREDIERI, 1963, pp. 238 s.). Un fenomeno, quello delle leggi-provvedimento, cui d’altro canto si accompagna, specie negli ultimi tempi nel nostro ordinamento, il frequente ricorso a leggi dai contenuti parimenti spesso dettagliati ma estremamente vari ed eterogenei (c.d. “leggi *omnibus*”).

3. (segue): in particolare, il carattere relazionale delle norme giuridiche: rapporti giuridici, soggetti di diritto, situazioni giuridiche soggettive di potere e di dovere

L’intersubbieltività, quale carattere qualificante della norma giuridica, per la sua stessa natura relazionale comporta, come si è visto (cfr. *supra*, § 2), l’instaurazione di rapporti giuridici tra entità costituenti “soggetti di diritto”: soggetti che non sempre si identificano con le persone umane in quanto, negli odierni ordinamenti che già riconoscono (a differenza di quanto avvenuto in sistemi anche molto progrediti del passato) la qualifica di soggetto di diritto a tutte le persone fisiche, vi sono “persone” che non sono uomini: tali sono appunto le “persone giuridiche”, intese – secondo le consolidate definizioni coniate dalla dottrina giusprivatistica – come complessi di uomini e di mezzi cui l’ordinamento riconosce una personalità giuridica con conseguente possibile assunzione della titolarità di diritti e obblighi, di situazioni di potere e di dovere finalizzate al perseguimento di quegli obiettivi, trascendenti di regola le possibilità di singole persone fisiche, che ne costituiscono la ragione del riconoscimento, purché ovviamente compatibili con la mancanza di quell’individualità naturale che contraddistingue la persona fisica. Onde, appunto, la loro qualifica di “persone in senso soltanto giuridico”.

Persone, queste ultime, a loro volta suscettibili di ulteriori distinzioni tra le quali particolarmente rilevante, ai fini del presente corso di studio, è quella tra persone giuridiche pubbliche e persone giuridiche private.

Persone giuridiche, quelle pubbliche, anzitutto comprensive, almeno di norma, dello Stato nella sua veste di organizzazione del potere pubblico ai più elevati livelli di governo (onde le varie denominazioni, oltre che di Stato persona, di Stato governo, di Stato ente, di Stato soggetto o anche di Stato in senso stretto), nonché di numerosi altri enti pubblici: enti che, in ambito statale, possono essere espressione di comunità territoriali istituzionalmente riconosciute e quindi costituiti per il perseguimento di finalità e la realizzazione di obiettivi rispondenti agli interessi propri delle comunità medesime, interessi pubblici appunto; per non dire di tutti gli altri tipi di enti, non espressione di comunità territoriali, ma parimenti istituiti per il soddisfacimento di interessi pubblici. Onde l’esistenza di regimi giuridici differenziati per gli enti

pubblici: dai regimi che disciplinano (in tutto o in parte) in modo uniforme determinati tipi di enti, ai regimi che si fondano su leggi singolari adottate *ad hoc* per un ente specifico.

Attualmente, peraltro, per diversi tipi di enti non espressione di comunità territoriali, la distinzione tra pubblici e privati tende spesso ad affievolirsi: come, ad esempio, nel caso dei c.d. “organismi di diritto pubblico”, figure che consentono che anche ad enti non facenti parte di pubbliche amministrazioni vengano applicate direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, se destinatari di finanziamenti pubblici (BIN, PITRUZZELLA, 2016, p. 21).

Più in generale, vari fattori, tra i quali le interferenze sempre più strette tra sfera pubblica e sfera privata del diritto, l’affermazione di una economia mista, il crescente pluralismo sociale, finiscono spesso per rendere meno netta la distinzione tra persone giuridiche pubbliche e persone giuridiche private, a prescindere ovviamente dal carattere sicuramente pubblicistico degli enti pubblici territoriali e degli enti la cui qualificazione pubblicistica trova esplicito o sicuro fondamento nella legge.

Le tematiche degli enti pubblici e delle rispettive categorie – compresi gli enti pubblici che trascendono la dimensione statale – saranno comunque oggetto di trattazione nelle successive parti del presente volume.

Ai soggetti di diritto poi, siano essi persone fisiche o giuridiche, enti pubblici o privati, tra i quali intercorrono rapporti giuridici, fanno per ciò stesso capo situazioni giuridiche di potere o di vantaggio e corrispondentemente di dovere o di svantaggio.

Situazioni, le prime, che trovano la più compiuta espressione nel concetto di diritto soggettivo, tradizionalmente inteso come facoltà di agire (*facultas agendi*) a tutela di un proprio interesse riconosciuto e protetto da norma di condotta dell’ordinamento giuridico (*norma agendi*). Un concetto, quello di diritto soggettivo, risalente al diritto romano (cui si deve la distinzione tra *norma agendi* e *facultas agendi*) e quindi elaborato dalla dottrina giusprivatistica, pur con più definizioni, a seconda dell’uno o dell’altro profilo maggiormente preso in considerazione per la sua definizione. Ma successivamente recepito e sviluppato dalla dottrina giuspubblicistica e in particolare da quella amministrativistica, con elaborazioni che, supportate dalla giurisprudenza, hanno ampliato l’ambito delle situazioni giuridiche soggettive di vantaggio introducendo, accanto alla classica figura del diritto soggettivo, nuove figure come quelle dei diritti affievoliti e degli interessi legittimi. Per non dire – come si vedrà in seguito (cfr. *infra*, capitolo IX) – del rilievo e degli sviluppi dello stesso concetto di diritto soggettivo nel diritto pubblico, nel diritto costituzionale ma anche a livelli internazionali e sovranazionali.

Situazioni, per contro, quelle di svantaggio, suscettibili di tradursi in doveri, obblighi ed anche in situazioni di soggezione a seconda della situazione giuridica soggettiva di vantaggio cui facciano riscontro. Con crescente acquisizione anche da parte delle situazioni di svantaggio di un rilievo pubblicistico come – con specifico riferimento alle tematiche che saranno in seguito

trattate – nelle fattispecie dei doveri costituzionali nonché dei doveri sanciti in dichiarazioni e trattati internazionali o sovranazionali.

4. L'ordinamento giuridico nelle concezioni normativistiche del diritto

Come si è già detto (cfr. *supra*, § 2), se le norme giuridiche costituiscono elemento indefettibile dell'ordinamento giuridico, solo questo ha un proprio senso compiuto, è in grado di avere una propria vita autonoma.

Il concetto di ordinamento giuridico, peraltro, è uno dei più tormentati della scienza del diritto e su di esso si sono misurate le varie correnti di pensiero giuridico, giungendo a risultati spesso lontani tra di loro.

Tra le concezioni che hanno avuto risonanza nel pensiero giuridico contemporaneo, una importante corrente di pensiero è rappresentata dalle dottrine che si richiamano a una concezione normativistica del diritto, risolvendo tutto il fenomeno giuridico nel solo aspetto normativo e considerando quindi l'ordinamento giuridico come un insieme di norme di diritto positivo.

Tale indirizzo normativistico, pur risalendo indietro nel tempo, è stato portato alle estreme conseguenze nel XX secolo ad opera di Hans Kelsen il quale, muovendo da un concetto di norma giuridica come “schema qualificativo di un fatto”, come un “dover essere” (*Sollen*) qualificabile come tale anche da un punto di vista oggettivo e correlato ad un atto di volontà rivolto alla condotta altrui, procede a una raffigurazione dell'ordinamento giuridico come “sistema di norme che regolano comportamenti umani” e quindi come un tipo di “ordinamento sociale”: un ordinamento sociale, tuttavia, che, a differenza di altri, presenta il carattere della coercitività, nel senso che reagisce “a certe circostanze, ritenute indesiderabili perché dannose alla società, ed in particolare a comportamenti umani di questo tipo, con un atto coercitivo..., che deve essere applicato al destinatario anche contro la sua volontà...”. Sicché, nella concezione kelseniana, l'ordinamento giuridico si configura come “struttura gerarchica...composta da vari piani di norme giuridiche”, una struttura nella quale il fondamento della validità di una norma va ricercato in una norma di grado superiore, la quale a sua volta deve fondare la propria validità su un'altra norma ad essa sovraordinata: non potendo, tuttavia, la ricerca della validità di una norma, nei termini appena indicati, proseguire all'infinito, si deve necessariamente pervenire a “una norma presupposta come ultima e suprema”, una “norma fondamentale” che, proprio perché norma suprema, “deve essere *presupposta*, in quanto non può essere *posta* da una autorità la cui competenza dovrebbe riposare su una norma ancora più elevata”; una norma fondamentale, invero, che si pone come “fonte comune della validità di tutte le norme appartenenti allo stesso ordinamento” (KELSEN, 1960, e successivamente 1975, pp. 9, 12 ss., 45, 55 ss., 217 ss., 230).

5. (segue):...e nelle concezioni istituzionali

Alle concezioni normativistiche del diritto si sono contrapposte in particolare le concezioni istituzionali. Concezioni volte ad escludere che

l'ordinamento giuridico si risolva nel mero dato normativo, considerando piuttosto le prescrizioni normative la risultante del venire in essere di un corpo sociale organizzato.

Tali concezioni si sono affermate, in un'ottica peraltro precipuamente sociologica, in Francia ad opera di Hauriou; mentre nella dottrina italiana la prima e più compiuta elaborazione della concezione istituzionale del diritto si deve a Santi Romano.

Così, nella concezione di Hauriou l'istituzione, e nella specie la c.d. "istituzione corporativa" suscettibile di personificarsi, è configurata come "fondamento della continuità delle cose sociali" e nello stesso tempo il "vero elemento oggettivo del sistema giuridico"; mentre la regola di diritto è declassata a un ruolo di parte del tutto secondaria nell'insieme del sistema giuridico che viene in essere in un secondo momento, tanto da giustificare l'affermazione che "sono le istituzioni a fare le regole di diritto, non tali regole a fare le istituzioni" (HAURIOU, 1925, traduz. ital. 1967, pp. 12 ss., 44 ss.).

Nella concezione poi di Romano, il cui pensiero si colloca in un'ottica decisamente giuspositivistica, essenziale per la definizione del diritto e per la comprensione del fenomeno giuridico è la distinzione delle singole norme giuridiche dall'ordinamento giuridico: inteso, questo, non come "un insieme o un complesso di norme", bensì come "un'unità a sé...concreta ed effettiva...diverso dai singoli elementi materiali che lo compongono"; come un concetto unitario cioè da anteporre alle norme che ne fanno parte...". L'ordinamento giuridico si configura pertanto, nella teorizzazione di Romano, come una "complessa e varia organizzazione", l'insieme dei "numerosi meccanismi e ingranaggi, (*de*)i collegamenti di autorità e di forza, che producono, modificano, applicano, garantiscono le norme giuridiche, ma non si identificano con esse"; in altri termini come "un'entità che si muove in parte secondo le norme, ma, soprattutto, muove, quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo della sua attività, che non un elemento della sua struttura", sicché si può anche dire che "ai tratti essenziali di un ordinamento giuridico le norme conferiscono quasi per riflesso".

Il concetto di diritto è così ricondotto da Romano al concetto di società, viene anzi ravvisata una stretta correlazione tra diritto e società (*ubi ius ibi societas e ubi societas ibi ius*): intesa la società non come mero rapporto tra gli individui che la compongono, bensì come "un'entità che costituisca, anche formalmente ed estrinsecamente, un'unità concreta, distinta dagli individui che in essa si ricomprendono" ed effettivamente costituita. Onde l'equivalenza del concetto di "ordinamento giuridico" con quello di "istituzione", intesa appunto come "ogni ente o corpo sociale" ad "esistenza obbiettiva e concreta" (ROMANO, 1946, e successivamente 1977, pp. 11 s., 14 ss., 35 ss., 43, 47, 50).

6. Elementi dell'ordinamento giuridico: plurisoggettività, organizzazione, normazione

Non è qui possibile riportare le molte altre autorevoli opinioni emerse nel filone delle concezioni istituzionali del diritto, che hanno registrato i maggiori consensi nella nostra dottrina. Si può tuttavia osservare che soprattutto da un

certo periodo di tempo a questa parte si è registrata nella nostra dottrina una progressiva attenuazione della polemica tra fautori della concezione normativista e fautori della concezione istituzionale del diritto, molte delle esasperazioni iniziali sono venute meno e le due concezioni sono state sempre più spesso considerate non altrimenti che due diverse ottiche da cui riguardare il medesimo fenomeno. E comunque anche i maggiori sostenitori dell'una o dell'altra concezione hanno non di meno posto l'attenzione su taluni aspetti di non irriducibilità reciproca.

Così, anche giuristi fautori della concezione istituzionale del diritto, come Mortati, hanno osservato che “non senza sorpresa si constata come...il solco che sembra dividere l'istituzionalismo del Romano ed il normativismo del Kelsen si appiana per il fatto che l'uno e l'altro finiscono per respingere nel campo del pregiudiziale la realtà sociale, richiamata da entrambi, ma su presupposti e con fini diversi” e che “chi pone in termini, se non di contrasto, di irriducibilità la concezione normativa e quella istituzionale del diritto muove dal presupposto della estraneità al diritto di ogni riferimento alla concreta realtà sociale sottostante alle norme, che considera riservata alle scienze sociologiche o politiche e quindi sottratta alla competenza del giurista” (MORTATI, 1962, p. 162; 1975, I, p. 9). Mentre, anche un giurista decisamente critico della concezione normativistica kelseniana come Massimo Severo Giannini ha ritenuto non di meno che “contrapporre Kelsen a Romano è un errore, poiché questa contrapposizione non esiste” dal momento che “anche Romano riconosce che...senza normazione propria non esiste un ordinamento giuridico” (GIANNINI, 1990, p. 309).

D'altro canto, anche chi, come Modugno, ritiene che “l'aspetto normativo dell'ordinamento giuridico, od «ordinamento normativo», acquista una sua autonomia rispetto agli altri punti dai quali si può guardare l'ordinamento giuridico e l'indagine su di esso si presenta pertanto come necessaria e imprescindibile”, osserva non di meno, sia pure per inciso, che la disputa tra concezioni istituzionaliste o realistiche e concezioni normativistiche “è una disputa di scarso significato, lumeggiando le varie tesi ora l'uno ora l'altro dei diversi aspetti di uno stesso fenomeno” (MODUGNO, 1985, pp. 85 s.).

Ed invero, imprescindibile è l'esigenza di includere in un aggregato sociale perché possa qualificarsi ordinamento giuridico un triplice ordine di elementi ravvisabili nella “plurisoggettività”, nella “organizzazione” e nella “normazione”: elementi tutti parimenti indispensabili, necessari ai fini dell'esistenza dell'ordinamento.

Una necessità – come sottolineato da Giannini, cui è dovuta l'enunciazione della stessa tripartizione – nel senso propriamente giuridico, dovendo i predetti elementi coesistere tutti e tre, nessuno potendo stare solo a sé, né essendo possibile una separata individuazione reale ma solo concettuale (GIANNINI, 1958, p. 219).

È superfluo rilevare, infatti, che se difettasse l'elemento della plurisoggettività mancherebbero gli stessi destinatari delle norme giuridiche, siano essi persone fisiche o giuridiche. Mancherebbe quindi un elemento fondamentale per l'instaurarsi di un qualsiasi ordinamento giuridico; mancherebbero gli

stessi presupposti di quel carattere relazionale essenziale al concetto stesso di diritto, che per sua natura deve regolare rapporti tra i soggetti componenti una società.

Difettando a sua volta l'organizzazione, mancherebbero quegli apparati, quelle strutture la cui funzionalità è presupposto dell'effettività che è condizione di validità di ogni ordinamento giuridico, che deve sempre porsi come corpo sociale organizzato.

D'altro canto, non si potrebbe nemmeno prescindere dalla normazione, quale fattore per l'instaurazione e il mantenimento di un ordine stabile cui si debbono conformare i comportamenti di tutti coloro che facciano parte di una formazione sociale, per qualsiasi fine costituita; difettando tale fattore, potrebbe aversi al massimo, come già rilevato (cfr. *supra*, § 1) la "instaurazione" (se così si può dire) di un mero ordine di fatto "occasionale" e "momentaneo", destinato cioè ad esaurirsi con la circostanza contingente e concreta che lo ha occasionalmente determinato, non certo un *quid* tale da costituire un ordinamento giuridico.

Onde la necessaria coesistenza dei tre elementi considerati. Quale che sia infatti la "etichettatura formale" che si voglia attribuire alla plurisoggettività e all'organizzazione, è evidente che senza di esse potrebbe soltanto configurarsi un sistema normativo (per così dire) cartaceo, meramente formale, un ordine normativo quindi in realtà assolutamente inesistente. Ma anche senza la normazione non si andrebbe al di là, come si è detto, di un mero agglomerato umano, al più solo occasionalmente e momentaneamente operante in qualche situazione contingente e concreta, ma destinato a perdere ogni consistenza, ogni coesione, appena venuta meno tale situazione.

7. Pluralità di ordinamenti giuridici: crescente complessità del quadro tipologico

Anche se oggi giorno la pluralità degli ordinamenti giuridici rappresenta un dato di tutta evidenza nella realtà ed è comunemente ammessa nella dottrina, non sono tuttavia mancate, anche in tempi alquanto recenti, autorevoli prese di posizione a favore dell'unicità dell'ordinamento giuridico (concezione monistica).

Il massimo teorizzatore della "unicità" dell'ordinamento giuridico nella moderna dottrina giuridica è stato Kelsen, la cui concezione si differenzia da ogni altra precedente in quanto si presenta come costruzione rigorosamente scientifica (e tale quindi da respingere ogni prospettiva di carattere storico o ideologico) intesa a dimostrare l'unità teoretica di ogni diritto vigente, a considerare "tanto il diritto internazionale quanto gli ordinamenti giuridici dei singoli Stati come un sistema unitario di norme". Sistema unitario di norme che, sempre nella concezione di Kelsen, può essere concepito attraverso due concezioni monistiche, entrambe ritenute scientificamente valide: quella del primato dell'ordinamento giuridico statale con conseguente fondamento della validità

del diritto internazionale nell'ordinamento giuridico statale; e quella del primato dell'ordinamento giuridico internazionale, con conseguente necessità di reperire il fondamento della validità dell'ordinamento giuridico statale in quello internazionale (KELSEN, 1960, traduz. ital. 1975, pp. 360 s., 372). È evidente, peraltro, che l'astratto razionalismo e l'elevatissimo grado di astrazione dalla realtà che sono alla base della concezione kelseniana fanno sì che tale concezione trovi ormai sempre minor seguito in dottrina.

Nettamente prevalenti in dottrina sono gli orientamenti volti ad affermare la pluralità degli ordinamenti giuridici. Anche se le posizioni dei fautori delle concezioni "pluralistiche" appaiono notevolmente differenziate tra di loro.

Vi è infatti il pluralismo più circoscritto insito nelle concezioni di quanti hanno ritenuto la giuridicità del solo ordinamento statale, ammettendo però l'esistenza di tanti ordinamenti giuridici quanti sono gli Stati in un determinato momento storico. Pluralismo che è stato appropriatamente definito in dottrina come "monotipico".

Sennonché, anche il pluralismo monotipico, in quanto espressione di un determinato contesto storico caratterizzato dalla posizione di assoluta preminenza assunta dall'entità politica Stato, appare ormai inadeguato a spiegare il complesso quadro ordinamentale della realtà contemporanea.

Vi è, d'altro canto, il pluralismo sostenuto dai fautori della concezione istituzionale del diritto, un pluralismo che ammette la giuridicità anche di ordinamenti diversi da quelli statuali, spingendo a volte la visione pluralistica alle estreme conseguenze (c.d. "pluralismo politipico").

Nella nostra dottrina la più compiuta teorizzazione della pluralità degli ordinamenti giuridici risale a Santi Romano e si presenta come il logico corollario della concezione istituzionale del diritto propria dell'Autore.

Una volta stabilita, difatti, la piena equivalenza tra ordinamento giuridico ed istituzione, intesa come ente o corpo sociale organizzato, consegue necessariamente che "ci sono tanti ordinamenti giuridici quante istituzioni".

Nella concezione di Romano, pertanto, non solo lo Stato viene considerato una mera specie del genere diritto, e non solo viene affermata la giuridicità di ordinamenti come quello internazionale e quello della Chiesa cattolica: l'uno quale entità a sé che "vincola e domina la volontà statale, cioè...la trascende", pur nella reciproca separazione e indipendenza dell'ordine giuridico statale da quello internazionale; l'altro quale ordinamento parimenti a sé stante e distinto dallo Stato, dotato di autonomia che trova fondamento in esso medesimo e non deriva quindi dallo Stato. Ma anche una gamma vastissima di entità esistenti e operanti nell'ambito dello Stato dà luogo ad ordinamenti giuridici: dagli enti regolati dallo Stato, ma che hanno anche un ordinamento proprio non riconosciuto dallo Stato (come, ad esempio, gli ordinamenti disciplinari privati, l'organizzazione interna di stabilimenti di lavoro, le c.d. "associazioni non riconosciute", ecc.) agli enti meramente leciti per il diritto statale e che "possiedono talvolta un proprio ordinamento giuridico, estraneo, almeno direttamente, a quest'ultimo, e che resta o dovrebbe restare concluso in sé medesimo". Financo le stesse associazioni illecite – e qui la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici viene portata alle estreme conseguenze e svolta in tutte le sue implicazioni – costituiscono, sempre

nella concezione di Romano, ordinamenti giuridici (ROMANO, 1946, e successivamente 1977, pp. 106, 113 ss., 125, 131).

Non occorre spendere parole per ricordare come la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, nella versione del “pluralismo politipico”, al di là di alcune esasperazioni di Santi Romano e di alcuni suoi allievi, abbia registrato crescenti consensi nella nostra dottrina, fino ad essere ormai pressoché generalmente accettata.

La realtà contemporanea offre infatti un quadro di crescente pluralismo, in processi di continua trasformazione e in contesti che vedono la proliferazione di nuovi tipi di ordinamenti fino a poco tempo addietro del tutto inimmaginabili anche dai più convinti sostenitori delle dottrine pluralistiche e l’instaurazione di relazioni e connessioni interordinamentali sempre più complesse.

Anzitutto, a livello internazionale si sono affermati nuovi tipi di organizzazioni di Stati. Basti pensare alla costituzione nel 1945 dell’Organizzazione delle Nazioni Unite (O.N.U.): organizzazione aperta a tutti gli Stati che si propongano il fine del mantenimento della pace, sulla base dell’eguaglianza dei diritti e del principio di autodeterminazione dei popoli, e che si è pertanto posta come organizzazione istituzionale della cooperazione politica tra Stati a competenza generale e vocazione universale; nonché organizzazione dotata di personalità internazionale e (rispetto alla Società delle Nazioni del 1919) di una struttura più complessa e di più accentuati poteri autoritativi, tali da comportare limitazioni della sovranità degli Stati associati fino a renderli assoggettabili a misure coercitive e anche a interventi repressivi delle forze dell’O.N.U. quando il loro comportamento sia tale da mettere in pericolo la pace e la sicurezza internazionale. Per non dire poi delle numerose organizzazioni speciali, collegate all’O.N.U. e operanti su scala mondiale nei settori economico, sociale, culturale, sanitario, ecc.

Come pure, basti pensare, a livello sovranazionale, al fenomeno del tutto nuovo delle Comunità europee. Comunità che sorte negli anni cinquanta inizialmente con finalità di integrazione economica, come si vedrà ampiamente in seguito (cfr. *infra*, capitolo V), hanno successivamente sviluppato – a seguito di successivi Trattati tra i quali, in particolare, quelli di *Maastricht* del 1992 e di *Lisbona* del 2007 – caratteri di Unione per diversi aspetti anche politica, nel corso di processi di trasformazione tuttora *in itinere*, dando vita ad un sempre più complesso ordinamento di tipo sovranazionale che non trova riscontri in precedenti forme di aggregazioni e di unioni di Stati.

D’altro canto, seppure in ottiche del tutto diverse, altro interessante nuovo profilo dell’odierna fenomenologia ordinamentale può essere ravvisato nel ruolo di quegli organismi di carattere “transnazionale” che vanno sotto il nome di imprese multinazionali e che consistono per lo più in gruppi di tipo oligopolistico che svolgono la propria attività in più Stati, sempre operando però nell’ottica di una gestione integrata delle risorse disponibili.

Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer