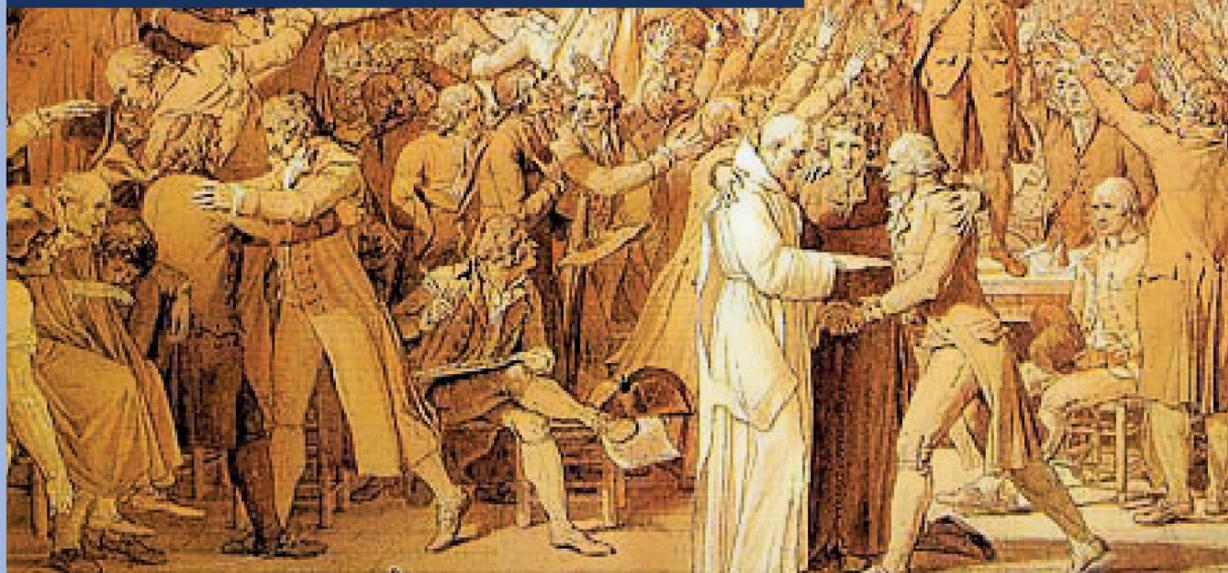


Giovanni Guzzetta
Francesco Saverio Marini

Diritto pubblico italiano ed europeo



QUINTA EDIZIONE



Giappichelli

Capitolo 1

Fonti, norme e ordinamenti

SOMMARIO: 1. La norma giuridica. – 2. Le fonti del diritto. – 3. La distinzione tra disposizione e norma. – 4. I principi. – 4.1. L'efficacia delle norme programmatiche. – 5. La pluralità degli ordinamenti giuridici. – 6. Lo Stato. – 6.1. Altri significati del termine "Stato". – 7. L'ordinamento internazionale. – 8. L'Unione europea. – 8.1. I connotati strutturali del processo di integrazione europea. – 8.2. La natura del diritto europeo e i rapporti tra gli ordinamenti italiano ed europeo. – 9. L'ordinamento della Chiesa cattolica e i suoi rapporti con lo Stato.

1. La norma giuridica

Appartiene all'oggetto di discipline diverse dal diritto pubblico, quali la filosofia e la sociologia del diritto, lo studio delle ragioni che fanno del diritto una delle manifestazioni dello spirito umano. In questa sede è dunque sufficiente limitarsi ad alcune considerazioni empiriche che rendono evidente l'importanza del fenomeno e l'utilità del suo studio.

Anzitutto, non è dato riscontrare nell'esperienza umana nessuna forma di associazione tra individui o di società nelle quali i rapporti tra le persone non siano in qualche modo regolati da norme, esplicitamente poste o implicitamente riconosciute, spontaneamente osservate o malvolentieri subite, comunque in qualche misura accolte dal corpo sociale, anche se episodicamente trasgredite da singoli o da gruppi. Cosicché può essere tutt'oggi valido l'antico brocardo secondo il quale *ubi societas, ibi ius*.

Ubi societas
ibi ius

La **norma giuridica** appartiene, perciò, alla categoria delle **norme sociali**: ha ad oggetto, cioè, gruppi sociali e relazioni intersoggettive. E, là dove vi sono gruppi sociali, non vi sono individui che non vivano sotto il diritto.

Funzione del diritto è proprio quella di disciplinare la convivenza, propiziare la **regolarità**, rendere prevedibile e certo lo svolgersi delle relazioni umane e le soluzioni dei conflitti, sottrarre parzialmente l'uomo all'incertezza del futuro. Il che ovviamente prescinde dal contenuto di volta in volta assunto dalle singole norme giuridiche, le quali possono essere impiegate e piegate an-

Funzione
del diritto

che per le più inumane finalità (si pensi a quelle tese ad assicurare la purezza della razza nell'ordinamento nazionalsocialista).

La teoria del diritto si è a lungo posta l'interrogativo se sussistano dei caratteri **sostanziali** capaci di circoscrivere le norme giuridiche rispetto ad altre formulazioni linguistiche a carattere deontologico.

I tentativi di circoscrivere accettabilmente un significato sostanziale della norma giuridica sembrano, tuttavia, destinati al fallimento. O meglio, il significato c'è, ma appare talmente generale ed onnicomprensivo da risultare sostanzialmente inutile ai fini qui invocati.

*La norma
come
giudizio*

In effetti sono ben poche le manifestazioni dell'animo umano che non siano in grado, almeno potenzialmente, di realizzare quella **qualificazione in termini deontologici** in cui consiste il fenomeno giuridico.

*Critiche
alla tesi
imperativistica*

Al riguardo va premesso che, in una prospettiva teoretica (che si occupa delle categorie giuridiche generali, applicabili a qualsiasi ordinamento), la norma giuridica non sembra potersi descrivere come un imperativo, cioè un ordine o un comando, avente strutturalmente l'attitudine ad imporre o a proibire certi comportamenti (anche se in questo senso v. VON THON, JHERING, DEL VECCHIO, CARNELUTTI). È, infatti, sufficiente rilevare che la norma giuridica nasce, talvolta, anche a prescindere dalla volontà del suo autore (come nella consuetudine) e comunque può a questi sopravvivere. Dal lato passivo (dei suoi "destinatari"), poi, la norma si impone a prescindere dalla effettiva conoscenza che ne abbiano i sottoposti, ha come destinatari anche coloro che sono incapaci di intendere e volere (come i minori o gli incapaci) e può regolare retroattivamente atti compiuti prima della sua vigenza. Argomenti che consentono, piuttosto, di qualificare la **norma giuridica** come un **giudizio** ovvero come una valutazione, positiva o negativa, dei comportamenti umani operata dall'ordinamento giuridico in cui la norma è inserita (GROSSI).

Muovendo da queste premesse, i confini della normatività diventano amplissimi, essendo ben poche le manifestazioni dalle quali direttamente o indirettamente non si possa trarre un tale "giudizio". Ciò vale per le prescrizioni, ma anche per le definizioni, le esortazioni o le invocazioni. Secondo un classico esempio, anche l'invocazione alla divinità (si pensi al preambolo di una Costituzione che esordisca con la frase "in nome di Dio onnipotente") può essere apprezzata giuridicamente. Infatti, da esso potrà ricavarsi un "giudizio" di favore verso il fenomeno religioso e di sfavore rispetto all'ateismo o all'agnosticismo, da utilizzare nell'attività interpretativa di altre norme.

In tale prospettiva del tutto prive di normatività rimangono allora solo le manifestazioni in nessun modo rilevanti per operare

un giudizio: quelle cioè del tutto prive di senso o contraddittorie (si pensi ad una sequenza di parole a casaccio).

Ulteriori tentativi di definire, sul piano teoretico, criteri sostanziali più circoscritti per identificare le norme giuridiche risultano, infatti, inadeguati allo scopo. Considerando solo i più utilizzati, la conclusione vale anzitutto per il criterio della **generalità** (intesa come **applicabilità della norma ad un numero indeterminato e indeterminabile di destinatari**) e per quello dell'**astrattezza** (intesa come **suscettibilità della norma di applicarsi ad un numero indefinito di casi**).

Generalità
e astrattezza:
critica

A tal proposito è sufficiente osservare che esistono norme giuridiche, pacificamente riconosciute come tali, che si riferiscono a singole categorie (cittadini, lavoratori, ecc.) o a singole persone (Presidente della Repubblica, Presidente del Consiglio, ecc.) o che sono rivolte a regolare una serie limitata e predeterminata di soggetti e di casi. Per limitarci agli esempi più noti, possono menzionarsi le norme meramente retroattive (vietate, nell'ordinamento italiano, solo nel caso delle norme penali incriminatrici dall'art. 25, comma 2, Cost.), le quali si riferiscono a fatti e soggetti del passato per definizione limitati, quelle di amnistia e indulto (art. 79 Cost.), i condoni, le norme transitorie o le leggi che regolano i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti (art. 77 Cost.). Queste norme non sono né generali né astratte, in quanto i casi di applicazione e i destinatari sono individuabili *a priori*.

Alla stessa conclusione si deve giungere con riferimento al criterio della **novità** (in base al quale sarebbero normative solo le prescrizioni che introducono un *quid novi* nell'ordinamento). L'inattendibilità di tale criterio deriva dalla circostanza che esso ha, per definizione, un carattere relativo e si risolve dunque in un concetto tautologico. Esso infatti presuppone la già avvenuta qualificazione come "normativo" di ciò che viene innovato ed in relazione al quale si deve individuare la novità.

Novità:
critica

Inoltre il criterio, quand'anche accettabile logicamente, non presenta pressoché alcuna rilevanza pratica, in quanto è inidoneo a distinguere ciò che è norma da ciò che non lo è. Infatti, tutti gli atti giuridici, anche quelli che sembrano risolversi in un'attuazione od applicazione di norme (come le sentenze o i provvedimenti amministrativi), in realtà introducono un contributo di novità nella situazione giuridica preesistente, rendendo ad esempio definitiva la qualificazione di una situazione che prima non lo era (GROSSI).

In conclusione, qualsiasi formulazione di tipo qualificatorio è suscettibile di essere apprezzata in termini deontologici e di costituire, pertanto, una norma giuridica.

Box di approfondimento

Cosa differenzia le regole **naturali** e **sociali** rispetto alle regole **giuridiche**? La differenza risiede nel fatto che le prime formulazioni, le quali esprimono leggi scientifiche, tecniche o sociali sono originate dalla constatazione di una regolarità di fatto ed esprimono, dunque, una relazione causale o statisticamente probabile tra fenomeni. Esse sono formulate in base alla constatazione dell'**essere** della realtà: ad esempio, l'acqua si ghiaccia a una certa temperatura, ciò da cui si può trarre la regola che per far ghiacciare l'acqua **deve** essere portata a quella temperatura. La norma giuridica, invece, pretende di ordinare la realtà che altrimenti potrebbe essere diversa, pretende cioè di imprimerle un **dover essere** ed esprime pertanto il carattere doveroso e non naturalmente necessitato delle conseguenze che dal diritto si vogliono far discendere. Il fatto che, a termini dell'art. 12 della Cost. italiana, "la bandiera della Repubblica è il tricolore italiano: verde bianco e rosso a tre bande verticali di uguali dimensioni", costituisce, com'è evidente, non un dato di natura (una regolarità di fatto), ma l'espressione di una scelta.

Il diritto, per questa caratterizzazione **deontologica**, costituisce il regno delle scelte (fondate sulla libertà o sull'arbitrio), mentre le altre norme sociali o quelle tecniche o scientifiche costituiscono il regno della necessità (o della probabilità). E non è un caso che secondo Cicerone, il termine *lex* provenisse dal verbo *legere*, cioè scegliere (cfr. *De legibus*, I, 19). E questo perché delle norme giuridiche l'uomo non è solo il destinatario, ma anche l'autore.

Conseguentemente, il problema del diritto, a differenza delle altre manifestazioni di normatività, non è l'accertamento di una verità esistenziale o fenomenica, quanto quello dell'effettività, dell'efficacia, della validità o dell'opportunità delle norme.

Infine, mentre nelle regole naturali o sociali, l'ordine (esistenziale o fenomenico) precede logicamente la formazione (o, meglio, la formulazione) delle regole (che hanno carattere **descrittivo**), e queste ultime sono elaborate a partire dalla constatazione di una preesistente "regolarità"; viceversa, nel caso del diritto, sussiste una priorità logica (anche se non necessariamente temporale; si pensi alla norma retroattiva) della norma rispetto al fatto giuridicamente ordinato o qualificato: essa ha, cioè, carattere "**pre-scrittivo**".

Quanto detto sulle regole scientifico-naturali vale anche per le c.d. leggi sociali, le quali si distinguono dal diritto in quanto anch'esse ricavate dall'esistente, dall'osservazione di fenomeni sociali, nei quali si cerca di rintracciare una regolarità e delle costanti. Le regole sociali non sono regole deontologiche, basate sul dover essere, ma valutazioni probabilistiche empiricamente fondate sull'osservanza delle tendenze sociali.

Priorità logica
della norma
rispetto
al fatto

La constatazione, poi, di un'origine del fenomeno giuridico non empiricamente necessitata ma frutto di un giudizio deontologico, non significa che esso non abbia alcun rapporto con la realtà. Al contrario, il diritto, anzi soprattutto il diritto (in quanto prodotto in base a scelte e non in base alla constatazione di concatenazioni causali), ha bisogno di un riscontro nella pratica, ha bisogno che le sue regole in qualche misura si "avverino". Regole mai osservate interessano poco il fenomeno giuridico e contraddicono la sua funzione ordinatrice. Il diritto ha, pertanto, bisogno di "**effettività**" (cioè, almeno, di una **media osservanza delle norme da par-**

te dei loro destinatari). Ma, ancora una volta, la “osservanza” di una norma giuridica è qualcosa di intrinsecamente diverso dall’“applicazione” di una regola naturale.

2. Le fonti del diritto

Stabilire il modo in cui debba prodursi il diritto costituisce la prima, cruciale, esigenza di ogni fenomeno giuridico. Accade così che, all’interno del complessivo patrimonio di regole giuridiche, venga identificato un particolare tipo di queste, le quali sono indirizzate a individuare gli atti o i fatti giuridici idonei a creare diritto. Tali norme prendono il nome di **norme sulla produzione**, proprio perché sono dirette a regolare i comportamenti umani (e fatti naturali) al venire in essere dei quali consegue la produzione di norme giuridiche. Tali atti o fatti (o concatenazione dei medesimi) si chiamano, **fonti del diritto**. Si pensi ad es. agli artt. 70 ss. Cost. che, indicando il modo in cui si adottano le “leggi” (cioè l’insieme di comportamenti e fatti che vanno dall’iniziativa legislativa fino all’entrata in vigore), stabilisce le condizioni affinché dagli atti con quella denominazione si produca diritto.

Norme sulla produzione

Le norme sulla produzione operano, dunque, sul piano del c.d. **possibile giuridico**, indicando il modo in cui il mondo del diritto (l’insieme delle norme giuridiche), si costituisce o si modifica (e cioè il modo in cui la norma diviene **possibile sul piano giuridico**).

Possibile giuridico e lecito materiale

Tutte le norme diverse da quelle sulla produzione, invece, si limitano alla mera qualificazione (un **giudizio** positivo o negativo) del reale (si pensi ad una norma che contenga, strumentalmente, anche solo una qualificazione di tipo definitorio: “tesoro è qualunque cosa mobile di pregio, nascosta o sotterrata, di cui nessuno può provare d’essere proprietario”, di cui all’art. 932 c.c.).

Considerando quest’ultima prospettiva le norme contenenti qualificazioni del reale attengono al piano del **lecito materiale**, stabilendo quali comportamenti il diritto valuta positivamente e considera leciti, e quali invece ritiene illeciti (GROSSI). Così, ad esempio, il comportamento consistente nel ritrovare un tesoro nel fondo di proprietà altrui, non costituisce un illecito, ma, al contrario, è considerato positivamente dall’ordinamento, cosicché, secondo quanto stabilito dall’art. 932 c.c. “se il tesoro è trovato nel fondo altrui, purché sia stato scoperto per solo effetto del caso, spetta per metà al proprietario del fondo e per metà al ritrovatore”.

Ricapitolando: tutte le norme di un ordinamento contengono una qualificazione nella prospettiva del lecito materiale (norme, come si dice tecnicamente in dottrina, di produzione). All’interno di questo insieme generale, vi sono poi delle particolari norme che, oltre a qualificare il lecito e l’illecito, definiscono anche il

possibile giuridico, le modalità di creazione del diritto (norme sulla produzione).

Fatti questi preliminari chiarimenti, deve sottolinearsi che la nozione di fonte del diritto risulta fondamentale. Le norme prodotte dalle fonti, infatti, consentono di operare una selezione tra le possibili ed infinite norme (astrattamente concepibili dalla mente umana), e formano il **diritto positivo** di un singolo ordinamento, il diritto cioè effettivamente posto, stabilito.

*Fonti legali
e fonti extra
ordinem*

Tali fonti del diritto sono, anzitutto, come accennato, le c.d. **fonti legali**, quelle cioè formatesi in conformità alla volontà dell'ordinamento (alle sue norme sulla produzione). Il che ha notevoli conseguenze pratiche, in quanto è nei confronti delle norme prodotte dalle fonti legali che si concentrano tutti gli sforzi dell'ordinamento rivolti a propiziare l'osservanza e ad assicurarne l'effettività. Si pensi – con riferimento allo Stato – all'uso della forza, all'attività di accertamento degli organi giurisdizionali o di esecuzione di quelli amministrativi, alla minaccia di sanzioni in caso di inosservanza delle norme, ecc. Esiste, pertanto, rispetto a tali fonti una **presunzione favorevole** dell'ordinamento, la quale fa ritenere che, salvo prova del contrario, esse producano norme del diritto vigente, che vadano osservate e fatte osservare.

Oltre alle fonti legali, esistono però nell'esperienza giuridica anche le c.d. **fonti extra ordinem**, ossia quei comportamenti che, pur in assenza di una norma sulla produzione che li abiliti a creare diritto o addirittura malgrado un espresso divieto dell'ordinamento, riescono comunque a produrlo. Proprio perché sorgono senza una previa norma sulla produzione (e talvolta contro un espresso divieto dell'ordinamento), la loro formazione è accompagnata da un incerto destino. Prima della propria affermazione, prima cioè di conseguire **vigenza** (l'essere efficaci nel sistema giuridico), le norme create in tal modo sono in uno stato di precarietà e vale nei loro confronti una **presunzione negativa**, dimostrata dalla refrattarietà, degli apparati e dei sottoposti, alla loro osservanza. Si pensi al colpo di Stato o alla rivoluzione, i quali, prima dell'esito vittorioso, si scontrano con tutti gli "anticorpi" dell'ordinamento tesi a precludere l'effettività delle norme che ne derivano. Una volta affermatesi, seppure illegalmente, le norme prodotte in conseguenza di tali eventi acquisiscono, però, la capacità, in forza dell'effettività acquisita, di innovare l'ordinamento, divenendone parte (seppure a seguito di una legittimazione *a posteriori* e fattuale).

*Fonti-fatto
e fonti-atto*

Un'altra distinzione elaborata dalla dottrina pubblicistica (e, particolarmente, da CRISAFULLI) tra le fonti è quella tra le **fonti-fatto** e le **fonti-atto**. Solo in quest'ultimo tipo di fonte l'ordinamento dà rilevanza alla volontà di produrre un effetto normativo da parte dell'autore dell'atto (primo elemento), al quale attribuisce un **potere**

normativo (secondo elemento). Così un esempio di fonte-atto è rappresentato, nell'ordinamento italiano, dalla legge ordinaria: vi è un'attribuzione di potere nell'art. 70 Cost. e rileva la volontà dei parlamentari di produrre un effetto normativo, che può anche essere modulato apponendovi termini, condizioni risolutive, ecc.

Un esempio di fonte-fatto è, invece, ravvisabile nella consuetudine. Infatti, per la formazione di una fonte siffatta, come vedremo, è necessaria e sufficiente la ripetizione costante di un comportamento ritenuto giuridicamente obbligatorio (o permesso). L'ordinamento si disinteressa, in tal caso, dell'eventuale volontà del soggetto di produrre un effetto normativo.

È bene precisare che la rilevanza della distinzione non risiede in una diversa forza normativa (non essendo le norme prodotte dalle fonti-atto necessariamente prevalenti rispetto a quelle prodotte dalle fonti-fatto), né in una diversa capacità di resistenza all'abrogazione, né in un diverso regime di impugnabilità. Piuttosto, come evidenziato da GROSSI, la rilevanza della differenziazione si manifesta nella dimensione e nelle caratteristiche dei vizi della volontà che possono inficiare la validità della fonte. Nelle fonti-fatto, la volontà rilevante è, in genere, solo quella di porre in essere un certo comportamento, nelle fonti-atto, invece rileva anche la volontà di produrre determinati effetti normativi.

È evidente, infine, che anche tutte le fonti *extra ordinem* rientrano nella categoria delle fonti-fatto, dal momento che con riguardo ad esse non sussiste, per definizione, l'attribuzione da parte dell'ordinamento di un potere normativo; elemento, quest'ultimo, che come si è detto è coesenziale perché si abbia una fonte-atto.

La diversa
rilevanza
delle volontà

Box di approfondimento

La distinzione tra le fonti legali e quelle *extra ordinem* consente, inoltre, di chiarire ulteriormente il rapporto tra diritto ed effettività. Quest'ultima, come detto, costituisce un requisito indefettibile delle norme. Essa però opera con funzione diversa a seconda che le norme siano poste da fonti legali o extralegali. Nel primo caso, l'effettività avrà un valore **confermativo** della pretesa dell'ordinamento di regolare la creazione del diritto, propria delle norme sulla produzione (sarà, per dirla con KELSEN, una **condicio sine qua non** della nascita del diritto). Solo una volta constatato l'eventuale avverarsi di una condizione negativa, solo una volta apprezzata, cioè, l'**ineffettività** si dovrà escludere che il diritto si sia prodotto.

Nel caso delle fonti *extra ordinem*, invece, il giudizio preventivamente negativo emesso dall'ordinamento implicherà un diverso ruolo per l'effettività. La quale non avrà funzione confermativa, ma **costitutiva**. Non essendovi norme sulla produzione abilitanti alla creazione, il fatto che certe norme nate illegittimamente vengano mediamente osservate, e considerate giuridiche, sarà l'unico mezzo attraverso il quale il diritto possa sorgere e le norme si possano affermare. L'effettività sarà cioè una **condicio per quam**, una condizione positiva, capace di vincere la presunzione negativa (e l'ostilità del sistema) di cui si è parlato.

3. La distinzione tra disposizione e norma

Il fatto che alcune fonti (le c.d. fonti-atto) consistano in manifestazioni di volontà normativa fa sì che tali manifestazioni si concretizzino e formalizzino frequentemente in dichiarazioni, cioè in formulazioni linguistiche (“anticipatamente”) rivolte ad esprimere il risultato normativo che persegue chi pone la fonte.

Ciò non sarebbe sempre necessario. Manifestazioni di volontà possono aversi anche per “comportamenti concludenti”, attraverso i quali, cioè, è possibile desumere il contenuto della volontà normativa. Di solito, però, la volontà si manifesta attraverso l’uso del linguaggio ed in particolare attraverso la scrittura, anzi la “prescrittura”: una scrittura cioè che avviene nel momento stesso in cui si forma la fonte (e si manifesta la volontà), che ne costituisce parte essenziale e che preesiste, dunque, al prodursi dell’effetto normativo che, anzi, come in questo caso, concorre a determinare.

Disposizioni Quando la scrittura è momento coesistente e costitutivo della formazione della fonte, le formulazioni linguistiche in cui essa si sostanzia prendono il nome di **disposizioni** e, com’è stato detto, esprimono il **voluto dell’atto** (CRISAFULLI). Con tale termine, dunque, si fa riferimento alle formulazioni linguistiche, di senso compiuto, sintatticamente e logicamente unitarie, nelle quali può essere scomposto un atto giuridico e che mirano a preconstituire gli effetti: le norme.

Sebbene attraverso le disposizioni si miri a determinare con precisione l’effetto normativo desiderato, tale risultato, tuttavia, non si ottiene necessariamente. Il linguaggio è infatti intrinsecamente ambiguo; ogni parola, espressione o proposizione può costituire il vettore di numerosi significati possibili. Esso richiede, pertanto, un’attività di interpretazione i cui esiti possono essere anche notevolmente divergenti in ragione di vari fattori, quali l’evoluzione del linguaggio, il contesto socio-culturale, l’ambivalenza dei significati, ecc.

In secondo luogo, ciascuna norma desumibile da una disposizione si innesta in un contesto che non è vuoto. Essa cioè, una volta prodotta, interagisce con le potenzialmente infinite altre norme esistenti nell’ordinamento e concorre a determinare il sistema giuridico vigente. Il significato oggettivo della disposizione, e dunque la norma, si traggono da tale interazione (ossia dall’intero sistema normativo) (cap. 2, § 2).

Il dogma della norma vera Anche per queste ragioni non si può sempre addivenire ad una sola interpretazione corretta di una disposizione. La pretesa illuministica di pervenire alla “**norma vera**” e unica costituisce, infatti, un dogma, privo di riscontro nella realtà (CRISAFULLI). Proprio per questo motivo ogni ordinamento escogita meccanismi e dispositivi istituzionali volti a porre fine ai contrasti interpretativi, attribuendo a particolari soggetti il compito di fissare, seppur transitoriamente, l’interpretazione che debba valere (D’ATENA).
Nomofilachia Nell’ordinamento italiano tale funzione **nomofilattica** è svolta

dalla **Corte di Cassazione** cui spetta di assicurare “l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale” (art. 65 del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 sull’Ordinamento giudiziario) (cap. 9, § 2), in quello europeo dalla **Corte di Giustizia dell’Unione europea**, dal Tribunale e dai tribunali specializzati (ai quali l’art. 19 del Trattato sull’Unione europea attribuisce il compito di assicurare il rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione dei Trattati) (cap. 12, § 7).

Box di approfondimento

Le disposizioni, come chiarito, costituiscono formulazioni linguistiche attraverso le quali si manifesta la volontà normativa. Da ciò consegue che, solitamente, il c.d. **diritto scritto** è prodotto dalle fonti-atto, in relazione alle quali l’ordinamento attribuisce rilevanza a tale volontà normativa. Nelle fonti-fatto, invece, e pensando in particolare alle consuetudini, si è soliti individuare le fonti di **diritto non scritto**, poiché in tal caso è irrilevante la volontà di produrre norme e manca dunque una “scrittura” di tale volontà. Talvolta, le norme consuetudinarie possono essere anche redatte per iscritto successivamente al loro sorgere (si pensi alle raccolte degli usi generali di commercio realizzate dalla Commissione speciale permanente istituita presso il Ministero dell’industria e commercio in base al d.lgs. n. 152/1947). Ciò non vale, tuttavia, a conferir loro un valore diverso, non essendo la scrittura elemento essenziale della formazione della fonte.

Esistono, tuttavia, delle eccezioni alla coincidenza tra fonti di diritto scritto e fonti-atto, da un lato, e fonti di diritto non scritto e fonti-fatto, dall’altro lato.

Vi sono infatti dei casi di **diritto non scritto prodotto da fonti-atto**.

È quanto accade per i principi che si possono indurre attraverso un procedimento di astrazione generalizzatrice dalle norme. Si pensi alla ipotesi dell’*analogia legis* di cui all’art. 12, comma 2, delle disposizioni sulla legge in generale, in base al quale “se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe”. In questo caso l’interprete, esaminata la disposizione analoga, ne ricava un principio (costituente la *ratio* della norma), suscettibile di applicazione anche al caso sottoposto al suo esame (si pensi al divieto di circolare per strada con un leone, che è suscettibile di estendersi anche alla circolazione con un leopardo, in quanto la *ratio* del primo divieto è, in realtà, quella di evitare la circolazione con animali feroci).

Un altro esempio di fonte-atto di diritto non scritto può ravvisarsi qualora una disposizione individui il proprio contenuto (le norme da essa prodotte) non attraverso un’espressa formulazione, ma *per relationem*, attraverso un rinvio formale ad altre norme. Il caso più esemplare è quello dell’ordine di esecuzione per l’adattamento dell’ordinamento interno alle norme del diritto internazionale pattizio (cfr. cap. 2, § 16.1).

Inoltre, non mancano, com’è stato rilevato in dottrina (GROSSI), nemmeno ipotesi di **diritto scritto da fonti-fatto**. Ciò avviene nelle ipotesi in cui, pur sussistendo una volontà normativa, essa non è rivolta alla produzione di diritto “dello Stato” (è il caso dei contratti collettivi con efficacia *erga omnes* previsti dall’art. 39 Cost., il quale peraltro non ha avuto attuazione: cfr. cap. 2, § 14) oppure nei casi in cui l’ordinamento non riconosca all’autore il potere di adottare norme giuridiche e consideri, dunque, l’atto normativo illegittimo benché dalla sua adozione derivi la produzione normativa (è il caso, almeno secondo l’interpretazione che sembra preferibile, del decreto legge) (cap. 2, § 9).

Diritto non
scritto e
fonti-atto

Diritto scritto
e fonti-fatto

4. I principi

Altra distinzione rilevante è quella tra principi (*rectius*: norme di principio) e altre norme.

Principi generali

I **principi** (come, ad es., i principi generali dell'ordinamento, v. cap. 2, § 3) si traggono per astrazione generalizzatrice da una pluralità di norme e si distinguono da queste ultime per un'**eccedenza di contenuto deontologico** (BETTI). Tale eccedenza consiste nel fatto che le norme dalle quali si induce il principio esprimono un "dover essere" relativo a determinate fattispecie giuridiche, mentre attraverso il principio (ricavato dalla *ratio* ispiratrice della singola norma) il loro ambito di applicazione viene esteso.

È il caso dell'*analogia legis* (cap. 2, § 3) o dell'*analogia juris* (principi generali dell'ordinamento) o dell'interpretazione sistematica di due o più norme. In quest'ultimo caso, ad esempio, in presenza di una norma "A" che regola la fattispecie "A" e di una norma "B" che regola la fattispecie "B", è possibile che dalla lettura combinata delle due norme si induca un principio "X" che si applica anche alla fattispecie "C". Il principio "X" ha, dunque, una portata normativa maggiore della sommatoria di "A" più "B" (e qui sta l'eccedenza).

In questa prospettiva tali principi impliciti non sono "**principianti**" (ESPOSITO), perché essi si traggono da norme preesistenti: sono la risultante e non la premessa di un'attività interpretativa.

Principi espressi

"Principianti" sono semmai i c.d. **principi espressi** (o di seconda generazione) che hanno in comune con i precedenti solo il *nomen juris*. Essi sono previsti in disposizioni e sono privi della menzionata eccedenza di contenuto deontologico (D'ATENA). La loro specificità consiste nel fatto che essi sono norme giuridiche caratterizzate da un maggior grado di generalità rispetto alle altre, cosicché sono suscettibili di un'ulteriore specificazione in norme di portata meno generale. Si pensi ad una disposizione che preveda il diritto di accesso alle scuole dei non abbienti. Tale principio (o norma di principio) può essere infatti applicato sia con norme (di dettaglio) che stabiliscano la gratuità delle scuole, sia con norme (di dettaglio) che istituiscano borse di studio per i non abbienti.

Peraltro la distinzione tra norme di principio e norme di dettaglio (o, se si vuole, tra principi espressi e altre norme) ha natura relativa, potendosi immaginare vari gradi di generalità. Si pensi, ad esempio, ai rapporti tra gli artt. 5, 114, comma 2 e 123 della nostra Costituzione, dai quali si evincono una serie di norme in rapporto di reciproca specificazione: la Repubblica promuove le autonomie locali (art. 5), le autonomie locali sono garantite attraverso la potestà statutaria (art. 114, comma 2), lo Statuto regionale ha una certa competenza garantita (art. 123).

Ad ogni modo, il dato comune alle due tipologie di principi è che esse sono entrambe in grado di esprimere una maggiore generalità rispetto ad altre norme.

Box di approfondimento

I principi (anche quelli espressi) non vanno, poi, confusi con i **valori**. Secondo la ricostruzione più convincente, questi ultimi non hanno carattere deontologico e non esprimono un “dover essere”, ma rappresentano semmai il presupposto assiologico delle singole manifestazioni normative (D’ATENA). In questa prospettiva, i valori non sono oggetto dello studio del diritto, ma di altre scienze umanistiche, come la politica, la sociologia, la filosofia, ecc.

Spesso, tuttavia, in dottrina (soprattutto nell’interpretazione delle fonti apicali dell’ordinamento, come la Costituzione) non si tiene conto di questo dato e si fanno coincidere i valori con le **norme** (in genere costituzionali) **più generali** (o **principi costituzionali**), che sono alla base delle scelte (di valore) dell’ordinamento: la libertà, l’eguaglianza, la democrazia, ecc. Da questo equivoco si è poi sviluppata una particolare tecnica di interpretazione costituzionale, la c.d. “**interpretazione per valori**”, in base alla quale, tra l’altro, nel caso di tensioni tra valori costituzionali (*rectius*, norme costituzionali generali) e norme costituzionali di dettaglio, l’interprete dovrebbe privilegiare l’applicazione dei primi. Approccio che, oltre ad utilizzare una terminologia impropria (quella di valore), sovverte, ingiustificatamente, gli ordinari criteri di interpretazione.

Carattere non deontologico dei valori

L’interpretazione per valori: critica

4.1. L’efficacia delle norme programmatiche

Le norme molto generali (che spesso consistono in principi desumibili dalla Costituzione) non sono, solitamente, autoapplicative, nel senso che necessitano per produrre appieno i propri effetti di una normativa di attuazione. Esse hanno, dunque, carattere **programmatico**, stabiliscono cioè un programma anzitutto per gli organi con potestà normativa (si pensi all’art. 3, comma 2 o all’art. 34, comma 4, Cost. it.). Si pone allora l’interrogativo se prima di tale intervento attuativo ad opera dei pubblici poteri, esse debbano considerarsi *tamquam non essent* (una sorta di dichiarazioni politiche) ovvero producano subito qualche, parziale, effetto.

La prima tesi è stata accolta in Italia, nell’immediato dopoguerra, dalla Corte di Cassazione, per la quale le norme programmatiche (in quel caso della Costituzione), pur essendo norme giuridiche, non avrebbero prodotto effetti, in quanto sospensivamente condizionate all’attuazione successiva. In seguito si è, però, affermata, ed è ora unanimemente condivisa, l’opposta interpretazione.

Si deve soprattutto a MORTATI e CRISAFULLI l’aver messo in luce che sono almeno tre le conseguenze giuridiche della presenza di siffatte norme, anche prima che se ne completi il disposto con una normativa di attuazione.

I tre profili di efficacia

Esse, anzitutto, pongono un **vincolo giuridico** a carico delle autorità pubbliche. Anche se manca la previsione espressa di una sanzione, infatti, il vincolo non può considerarsi meramente morale o etico. La sanzionabilità o la coercibilità non sono, infatti, ritenute requisito tassativo per l'esserci norma giuridica, anche perché, se così fosse, molte delle norme anche costituzionali esistenti dovrebbero ritenersi non giuridiche.

Va, poi, aggiunto che anche sul tema della assenza di una sanzionabilità giuridica delle omissioni del legislatore (per la mancata attuazione di norme programmatiche) si è sviluppato e continua ad alimentarsi un considerevole dibattito in dottrina. Aperture in questo senso sono venute di recente dal diritto dell'Unione europea, là dove si è affermata la tesi della responsabilità dello Stato nazionale per il mancato adempimento delle norme dell'Unione europea non autoapplicative (solitamente le direttive) che conferiscono diritti ai cittadini (cap. 2, § 19.3).

La seconda conseguenza della presenza di disposizioni programmatiche è l'**invalidazione** di norme con esse contrastanti provenienti da fonti subordinate. È il caso che si verifica, nella forma più evidente, allorché le norme programmatiche siano contenute in una Costituzione rigida, vincolando, così, anche il legislatore ordinario.

Infine, le norme programmatiche valgono per l'**interpretazione** delle altre norme del sistema e concorrono alla determinazione dei **principi generali dell'ordinamento**.

5. La pluralità degli ordinamenti giuridici

L'insieme di una **pluralità di persone organizzata da un sistema di norme** viene definito **ordinamento giuridico (in senso ampio)**.

La manifestazione più evidente (anche se non l'unica) di un ordinamento giuridico si ha, in particolare, nel momento in cui una collettività effimera si struttura più stabilmente attraverso un processo di **entificazione**, quando cioè il gruppo diviene vero e proprio **sogetto di diritto**, al quale fanno capo rapporti distinti rispetto a quelli riconducibili ai singoli componenti. Sussiste, in altri termini, un'unità che non dipende più dall'appartenenza al gruppo di questo o quel soggetto, ma vive di vita propria al di là dei singoli destini individuali. È tale gruppo-ente che rappresenta, secondo il concetto elaborato dal giurista SANTI ROMANO, un'**istituzione**.

*L'ordinamento
in senso
stretto*

Ad evitare equivoci, è bene comunque avvertire che l'ordinamento giuridico è un'espressione utilizzata in diverse accezioni. Essa, infatti, può alternativamente indicare "il tutto" (ordinamen-

to in senso ampio, di cui si è appena detto), ossia il gruppo sociale organizzato e le regole che ne determinano l'organizzazione, oppure "la parte" (**ordinamento in senso stretto**), e precisamente **il solo sistema di norme** (il c.d. diritto oggettivo) che regolano la vita del gruppo. Esemplificando, è altrettanto corretto dire che l'Italia (organismi, persone fisiche, norme, ecc.) **è** un ordinamento giuridico sovrano (primo senso) o affermare che l'Italia **ha** un ordinamento giuridico (l'insieme delle norme "dello Stato", secondo senso).

Negli ultimi quattro secoli l'ordinamento giuridico per antonomasia è stato visto nello **Stato** (modernamente inteso). Ma sarebbe scorretto assolutizzare tale affermazione e ritenere che esso ne costituisca l'unica manifestazione. Si tratta di un errore prospettico che ha a lungo ingannato la dottrina. Un errore causato dalla circostanza che "la preminenza (pratica) dello Stato nell'applicazione del diritto si [è trasformata] in monopolio (teorico) della sua creazione" (CESARINI SFORZA). Poiché, cioè, lo Stato si è dimostrato a lungo l'unico soggetto in grado di far valere il suo diritto, di assicurare la sua effettività, si è creduto che non potesse esservi diritto al di fuori dello Stato (GIANNINI).

*Pluralità
degli
ordinamenti*

Ma si tratta di un salto logico e di un'affermazione che non trova riscontro nella realtà.

Non solo esistono, infatti, molteplici ordinamenti statuali (l'ordinamento italiano, francese, austriaco, ecc.), ma si riscontrano altresì molteplici ordinamenti non statuali. Basti pensare, per averne la riprova, ai fenomeni di cui pullula l'esperienza giuridica: dal diritto dell'Unione europea al diritto internazionale, dall'ordinamento della Chiesa cattolica a quello di associazioni criminose talora profondamente radicate in un certo ambiente sociale, pur se combattute dallo Stato, ecc.

*Pluralismo
monotipico
e politipico*

Vi è, dunque, un **pluralismo monotipico** degli ordinamenti (più ordinamenti dello stesso tipo: statuali) e un **pluralismo politipico** (più ordinamenti di tipi diversi).

La constatazione dell'esistenza di una tale **pluralità di ordinamenti giuridici**, oggi pacificamente ammessa in dottrina, nasce da un'intuizione di SANTI ROMANO ed è foriera di rilevantissime conseguenze, la prima delle quali riguarda la **relatività** e **convenzionalità** delle **valutazioni giuridiche**.

Ogni sistema di regolazione riconducibile ad un gruppo sociale dotato di una propria identità (cioè ogni ordinamento giuridico) è, infatti, in grado di compiere opzioni valutative che si esprimono in norme giuridiche. Queste ultime, a conferma della differenza tra norme giuridiche ed altre norme sociali, trovano applicazione nella realtà proprio per la natura non deterministica, causalmente non obbligata, della produzione normativa.

Il carattere non naturalmente necessitato delle norme giuridiche è così anche la ragione della pluralità degli ordinamenti. Men-

tre, infatti, il principio di non contraddizione escluderebbe che una regola della fisica sia valida (a parità di condizioni) se in un altro luogo del pianeta è valida la regola opposta, il fenomeno giuridico esprime valutazioni deontologiche non obbligate, ma convenzionali, capaci dunque di sussistere anche in presenza, in altri ordinamenti, di valutazioni di segno opposto. Lo stesso fenomeno valutato positivamente da un certo ordinamento può essere valutato negativamente da un altro (si pensi all'omertà mafiosa e all'obbligo di dichiarare il vero in sede testimoniale).

Ciò non vuol dire, ovviamente, che non si ponga un problema di compatibilità concreta tra tali valutazioni. Che, cioè, la pretesa regolativa di un sistema di norme non possa scontrarsi, in via di fatto, con la pretesa regolativa di un altro. Ma tale conflitto atterrà al profilo dell'effettività di un ordinamento, alla sua dimensione pratico-applicativa, senza inficiare la dimensione logica della possibile coesistenza di valutazioni deontologiche opposte.

Proprio per quanto detto, l'esistenza di più ordinamenti pone il problema del rapporto tra di essi e anche sotto tale profilo opera il principio di relatività.

Ogni ordinamento può avere la sua qualificazione. Per definirne i rapporti, di volta in volta, sarà dunque necessario collocarsi nella prospettiva di un singolo ordinamento ed eventualmente valutare il modo in cui tale ordinamento considera i sistemi di norme esterni o interni ad esso. In questa prospettiva, si possono descrivere i possibili atteggiamenti di un ordinamento verso un altro.

Indifferenza Il primo atteggiamento è quello di **ignorare** del tutto l'altro ordinamento, disconoscendo integralmente il sistema di norme ad esso sotteso e considerando i suoi componenti nella loro individualità e non come parte di un gruppo sociale organizzato (si pensi ad un'associazione filatelica nei confronti di un'associazione a tutela della pizza napoletana).

Illiceità Il secondo atteggiamento è quello della **qualificazione negativa**. In tal caso l'ordinamento viene riconosciuto, ma per essere combattuto ed estirpato. Si pensi all'atteggiamento dello Stato verso un'associazione per delinquere.

Liceità Il terzo consiste nel riconoscere materialmente l'esistenza del gruppo cui fa capo un relativo sistema di norme e considerarla **lecita**, adottando misure per i fatti che la riguardano contro le possibili minacce alla sua vita. Si pensi alla tutela della libertà di associazione da parte dello Stato (cap. 13, § 20).

Diritto "nello Stato" Un quarto atteggiamento consiste non solo nella qualificazione di liceità, ma nella scelta di ritenere in qualche misura **rilevanti** l'azione e le norme di quell'ordinamento. Ad esempio, lo Stato può considerare rilevanti le norme che un altro ordinamento (come una società per azioni) pone in essere, offrendo i propri organi e mezzi per assicurarne l'osservanza ed il rispetto. In questo caso, dunque,

il diritto dell'ordinamento preso in considerazione (ad esempio, lo statuto della società per azioni) può essere qualificato anche come **diritto “nello Stato”** (GROSSI). Un diritto, cioè, diverso da quello dello Stato, sottoposto dunque ad un diverso regime giuridico, ma pure sempre considerato dallo Stato a determinati fini.

Infine, lo Stato (o altro ordinamento) può valorizzare al massimo l'ordinamento giuridico che prende in considerazione, **appropriandosi** del diritto da questo creato e riconoscendolo come diritto proprio, come, cioè, **diritto “dello Stato”** (GROSSI). È il caso, ad esempio, dell'ordinamento italiano rispetto alle consuetudini generali dell'ordinamento internazionale.

Esemplificando ulteriormente, prendiamo il caso di un gruppo di persone che vivono nello stesso luogo (in ipotesi un gruppo di case in cima ad una montagna) e mettiamoci dal punto di vista dello Stato. Questo può, come detto, ignorare la circostanza che si tratti di un gruppo organizzato e valutare solo le posizioni dei singoli verso se stesso. Addirittura (è il secondo scenario) lo Stato può considerare con sospetto e in modo negativo quella “associazione”, ritenendola dannosa per la propria vita. Potrebbe temere, ad esempio, che in quel gruppo si affermi un contro-potere con finalità secessionistiche e, dunque, lo “combatte”, considerando illecita l'associazione.

Nell'ambito delle qualificazioni positive (i tre ultimi atteggiamenti descritti sopra), invece, lo Stato può, anzitutto, considerare lecita e garantita l'aspirazione degli uomini ad associarsi in quel gruppo. Lo Stato, in questo caso, pur continuando a disinteressarsi del diritto prodotto in quella comunità, valuta meritevole di tutela la circostanza materiale che le persone si associno per un fine comune. Esso riconoscerà così un diritto di associazione e ne garantirà la tutela contro le turbative al suo godimento: per impedire, ad esempio, che diventi membro del gruppo qualcuno che i consociati non vogliono.

In quarto luogo, oltre a tutelare la materiale possibilità di associarsi, lo Stato può attribuire rilevanza al sistema di norme che il gruppo si è dato (norme organizzative, diritti e doveri reciproci dei consociati). Esemplificando, lo Stato potrebbe qualificare quella comunità come un “condominio” (cfr. ad es. artt. 1117 c.c. e 61 att. c.c.). Così, riconoscendo il diritto interno di tale condominio (il suo regolamento) come diritto “nello Stato”, lo Stato predispone anche i mezzi per assicurarne l'osservanza tra i consociati. Utilizza cioè il proprio apparato amministrativo e giurisdizionale per contribuire all'effettività dell'ordinamento minore. Si pensi al caso che uno dei componenti della comunità non adempia ai propri obblighi condominiali: gli interessati potranno, in ipotesi, ricorrere al giudice dello Stato che accerterà la violazione ed eventualmente condannerà il responsabile all'adempimento.

*Diritto
“dello Stato”*

Lo Stato può, infine, riconoscere quel gruppo come una comunità integrata nella propria organizzazione ed erigere, ad esempio, il gruppo a “Comune” o, considerando il diritto italiano, a “Circo-scrizione di decentramento comunale” (cfr. artt. 117 e 133 Cost. e artt. 15 e 17 del d.lgs. n. 267/2000, “Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali”). In questa prospettiva, il diritto prodotto dalla comunità (si pensi allo statuto del Comune: art. 6, d.lgs. n. 267/2000, Testo unico degli enti locali) diventa diritto “dello Stato” (prodotto da atti che, nel diritto oggettivo italiano, prendono il nome di statuto e regolamento comunali). Tale normativa entra, dunque, a far parte dell’ordinamento giuridico statale, perché i due ordinamenti sono integrati.

6. Lo Stato

Gli elementi dello Stato

Lo **Stato** è un **ordinamento giuridico**, costituito, come tutti gli ordinamenti, da un gruppo sociale ordinato da regole. La sua peculiarità risiede, tuttavia, nella contestuale presenza di tre elementi: il **popolo**, il **territorio** e la **sovranità**.

Il popolo e la cittadinanza

Il popolo costituisce l’elemento personale dello Stato. Esso non coincide, però, con l’insieme dei soggetti sottoposti alle norme del relativo ordinamento. Gli appartenenti al popolo, infatti, diversamente dagli stranieri e dagli apolidi, intrattengono con lo Stato un legame giuridico peculiare: quello della **cittadinanza**. Questa costituisce un particolare *status* (ossia, una somma di situazioni giuridiche soggettive), acquisito nei modi prestabiliti dall’ordinamento (solitamente in relazione alla nascita o alla stabile residenza) e rappresentativo di una relazione di appartenenza all’ente. Ciò consente anche di cogliere la distinzione con altri concetti limitrofi, come la **popolazione** (con riferimento alla quale il criterio identificativo non è la cittadinanza, ma la residenza nel territorio dello Stato) e la **Nazione** (intesa come una comunità di individui che condividono alcune caratteristiche socio-culturali, come la lingua, la religione, la storia, le tradizioni, l’etnia e, solitamente, un luogo geografico e un governo). È proprio rispetto al popolo ed ai criteri di identificazione di esso che lo Stato assume, sotto il profilo soggettivo, la propria specifica fisionomia storico-politica.

Il territorio

Al pari del popolo, ma da un altro punto di vista, anche il **territorio** costituisce un elemento ad un tempo indefettibile e qualificante dello Stato. Indefettibile perché nella sua definizione concettuale non ci può essere Stato senza territorio. Qualificante perché, ad aversi territorio, non è sufficiente, come ritenuto da qualcuno, che sussista uno spazio fisico sul quale l’ordinamento eserciti il proprio potere. È necessario che tale relazione sia così **stabile e caratterizzante** da concorrere a formare la fisionomia e

l'identità stessa dello Stato. Questa è la ragione per la quale tribù nomadi e governi in esilio, quand'anche destinatari di una porzione geografica assoggettata alla propria giurisdizione, non potrebbero qualificarsi "Stati". Solo nel momento in cui il legame si consolida stabilmente e il territorio cessa di avere carattere occasionale, si può dire che sia effettivamente nato uno Stato.

Sotto il profilo normativo, poi, non sembra corretto ritenere che il territorio costituisca il limite spaziale di efficacia delle norme. Infatti, la natura di ordinamento giuridico consente in astratto allo Stato di regolare qualsiasi fattispecie in qualsiasi luogo. Ciò non toglie, tuttavia, che – in concreto – l'effettività di ognuna di tali "pretese normative" si realizzi più facilmente nell'ambito del territorio sottoposto al controllo dello Stato.

L'elemento certamente più originale e complesso, tra quelli costitutivi dello Stato, è quello della **sovranità**.

Senza addentrarsi nei meandri delle tante ricostruzioni avanzate in sede dottrinale, è sufficiente riconoscere che tale concetto evoca il carattere di totalità, di assolutezza, di esclusività e di **autofondazione dell'ordinamento al quale tale attributo è riconosciuto**.

*Sovranità
come pretesa
di assolutezza*

Dal punto di vista del suo contenuto la sovranità, come pretesa di assolutezza, richiama la natura **politica** dell'ordinamento. Lo Stato – in quanto ente a fini generali – può, cioè, pretendere di regolare qualsiasi settore della vita di relazione senza essere condizionato da alcunché e senza dipendere da nessun tipo di limite, sia esso oggettivo o soggettivo.

Posta tale premessa, però, si assiste, anche in considerazione della multidisciplinarietà degli studi sulla sovranità, ad una congerie di definizioni e precisazioni di tale termine. Si assiste, in particolare, a molte letture di essa che si potrebbero qualificare di tipo **descrittivo**, nel senso che mirano a considerare e ricercare la sovranità come "dato di fatto". Con la conseguenza che per l'indagine scientifica si tratterebbe essenzialmente di accertare se essa sia o meno riscontrabile con riferimento ad un certo oggetto o ad un certo ordinamento. Se, in altri termini, l'ordinamento sia in grado di godere in pratica della *puissance absolue* (BODIN) che dovrebbe caratterizzarlo come ente sovrano.

La prospettiva della scienza del diritto, però, è parzialmente diversa. Questa va, infatti, alla ricerca innanzitutto di una nozione **giuridica** della sovranità, riconducibile a categorie deontologiche.

La sovranità non può, dunque, essere trattata solo alla stregua di un mero fatto empiricamente rilevabile; non si può esprimere ed esaurire nell'affermazione di un essere (l'essere sovrano, appunto), ma deve anzitutto concernere una tensione deontologica, la dimensione di un dover essere dell'ordinamento. L'ente che si dichiara sovrano ha la pretesa di essere sovrano, ha la volontà di

*La duplice
dimensione
della sovranità
in senso
giuridico*

essere sovrano (cioè totale, assoluto, ecc.), prima ancora di esserlo in realtà. Nell'affermazione della sovranità vi è un'aspirazione, un *Sollen*, un **dover essere** (GUZZETTA). L'esigenza – ovviamente fondamentale – che l'ordinamento sia anche *concretamente* sovrano si pone, al pari di ogni altra formulazione normativa (cioè deontologica), in termini di **effettività (cioè di media osservanza da parte dei destinatari)**.

Il problema della sovranità dal punto di vista giuridico va, dunque, articolato in due profili tra loro concettualmente distinti: quello del dover/voler essere sovrano, intendendo ciò come **pretesa alla totalità, assolutezza e indipendenza dell'ordinamento**, e quello dell'effettività riscontrabile con riferimento a tale pretesa.

Il “dover-essere” sovrano (o, se si vuole, il “voler-essere” sovrano) costituisce un momento logicamente precedente e diverso dall'esserlo effettivamente. Ciò consente anche di comprendere come la sovranità in senso giuridico non si identifichi necessariamente con l'esistenza di una forza coercitiva in grado di assicurare l'effettività della sovranità contro tutto e tutti. Se così fosse, del resto, sarebbe lecito dubitare che piccoli Stati (come, ad esempio, la Città del Vaticano o il Lussemburgo) possano dirsi sovrani, in quanto strutturalmente inadeguati, ad esempio, a resistere contro una consistente forza “esterna” che li volesse insidiare.

Infatti, come si è accennato, l'effettività – della sovranità, come di qualsiasi pretesa – può essere perseguita e viene concretamente realizzata in tanti modi differenti. I quali vanno dalla minaccia di sanzioni per l'eventuale trasgressione della relativa pretesa alla circostanza di uno spontaneo conformarsi dei comportamenti (o assoggettarsi dei sottoposti) alle norme, dall'accettazione e dal riconoscimento posto in essere da altri soggetti, potenzialmente antagonisti rispetto alla pretesa normativa di sovranità, fino alla predisposizione e concreta applicazione di strumenti persuasivi o coercitivi per assicurare l'effettività stessa. Il fatto che il modo più utilizzato ed efficace per garantire quest'ultima sia l'uso (o la minaccia dell'uso) della forza costituisce un dato ricorrente, ma non una condizione logicamente necessaria e unica perché si realizzi quella media osservanza che la definisce.

Vero è che, storicamente, lo Stato ha goduto di un tendenziale monopolio degli strumenti coercitivi (o, come è stato detto, del monopolio dell'uso legittimo della forza: WEBER) e che esso si è dotato degli strumenti più efficaci per assicurare alle proprie norme, ed alla propria pretesa di sovranità, una concreta effettività. Ed è altrettanto vero che, nel perfezionare l'idea della sovranità, si sia constatata una tendenziale corrispondenza tra pretesa di sovranità e sua effettività. Ma ciò non fa venir meno la distinzione concettuale tra momento prescrittivo e momento applicati-

vo. Né smentisce la constatazione che, almeno sul piano teorico, la carenza (totale o parziale) di un efficace apparato coercitivo non osta alla sovranità, effettiva, di un ordinamento.

Poste queste premesse, si comprende anche perché la dottrina tradizionale usi declinare il concetto di sovranità secondo tre attributi: l'**originarietà**, l'**indipendenza verso l'esterno** e la **supremazia verso l'interno**. Intesa la prima, in alternativa e opposizione alla nozione di **derivazione** dell'ordinamento, come la pretesa, cioè, dello Stato di trovare in se stesso il proprio fondamento normativo e la propria giustificazione; di non derivare il proprio sistema di norme da nessun altro ordinamento.

Conseguenza della originarietà è il **principio di esclusività** dell'ordinamento statale: è solo l'ordinamento che determina le proprie valutazioni giuridiche. Una delle principali espressioni di tale esclusività consiste nella disponibilità delle proprie fonti del diritto. È ben vero che nell'ordinamento si applicano spesso norme e valutazioni giuridiche provenienti da altri ordinamenti, ma ciò avviene sempre per volontà dell'ordinamento statale, che quelle norme e valutazioni richiama.

Anche la produzione del diritto extra-legale (ad opera di fonti *extra ordinem natae*) non contraddice il principio di esclusività, in quanto l'ordinamento, "facendo buon viso a cattivo gioco", finisce per ripristinare e riaffermare la propria sovranità legittimandole *a posteriori*. Tale legittimazione successiva si realizza anche attraverso consuetudini costituzionali le quali, come ha insegnato ESPOSITO, confermano, tra l'altro, la vigenza delle regole nelle fasi instaurative o rivoluzionarie degli ordinamenti (cap. 2, § 15).

È, dunque, un paradosso solo apparente che, proprio esercitando la propria, assoluta, sovranità, lo Stato possa liberamente accettarne delle (auto-) **limitazioni**. Possa, cioè, decidere di non occuparsi direttamente di alcuni settori della vita di relazione o affidare ad altri soggetti la disciplina di essi. In questa prospettiva può cogliersi il significato della formula utilizzata dalla Costituzione italiana nell'art. 11, là dove prevede che l'Italia "consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni" o nell'art. 7, là dove riconosce la sovranità alla Chiesa cattolica nel suo "ordine" (cfr. cap. 1, § 9).

Quello sinora trattato costituisce il concetto **assoluto** di sovranità, fornitoci dalla teoria generale del diritto, predicato dello Stato complessivamente inteso come comunità politica. Accanto ad esso si deve, però, considerare un concetto **relativo**, cui fanno frequentemente ricorso i singoli ordinamenti statali per indicare quali soggetti, nell'ambito dell'ordinamento costituito, esercitino i poteri supremi di direzione dello Stato. Conseguentemente, così come nello Stato assoluto tali poteri supremi erano attribuiti al

*Ordinamenti
originari e
ordinamenti
derivati*

*L'autolimita-
zione come
manifestazione
di
sovranità*

Re, negli ordinamenti ispirati al principio democratico tale qualifica è riconosciuta al popolo. Per questo motivo, ad es., la Costituzione italiana afferma (art. 1, comma 2) che “la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione”. Come si vede anche da questo esempio, la nozione di sovranità (in senso relativo) è differente da quella descritta più sopra. Il popolo, infatti, in Italia non ha un potere assoluto, ma esercita la sua “sovranità” (in questo secondo senso) nelle forme e nei limiti previsti dalla Costituzione.

Box di approfondimento

Come ogni ordinamento giuridico statale, anche la Repubblica italiana, intesa come Stato-Istituzione, si caratterizza per un popolo e un territorio e per la presenza di norme che li disciplinano.

Quanto al territorio della Repubblica esso è definito dai confini stabiliti innanzitutto con il Trattato di Pace tra l'Italia e le Potenze Alleate (al quale veniva anche allegato l'accordo De Gasperi-Gruber del 5 settembre 1946, relativo alla questione altoatesina), firmato a Parigi il 10 febbraio 1947 e reso esecutivo nel nostro ordinamento con il d.lgs.C.P.St. n. 1430/1947. Ad esso è da aggiungere il Trattato di Osimo (10 novembre 1975) che definì i confini tra Italia e Jugoslavia chiudendo formalmente la questione del territorio di Trieste. Quanto, poi, ai confini marittimi viene in rilievo la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, firmata a Montego Bay il 10 dicembre 1982 (e eseguita in Italia con la l. n. 689/1994), la quale attribuisce ad ogni Stato il potere di fissare la larghezza del proprio mare territoriale fino ad un limite massimo di 12 miglia dalla costa.

Quanto alle norme sulla cittadinanza, esse sono, innanzitutto, rinvenibili nella Carta costituzionale, la quale, da un lato, memore della legislazione repressiva fascista (l. n. 108/1926, c.d. legge dei fuoriusciti), vieta la revoca della cittadinanza per motivi politici (art. 22) e, dall'altro, allude ad essa allorché consente al legislatore ordinario, ai fini dell'ammissione ai pubblici uffici e dell'accesso alle cariche elettive, di parificare ai cittadini “gli italiani non appartenenti alla Repubblica” (per l'identificazione dei quali, benché non cittadini si ricorre al concetto di Nazione). La disciplina organica della materia è, poi, contenuta nella l. n. 91/1992, la quale applica innanzitutto il principio dello **jus sanguinis**, stabilendo cioè che siano cittadini coloro che nascono da padre o madre italiani (o i minori da essi adottati). In via integrativa, qualora cioè sia necessario per evitare l'attribuzione dello *status* di apolide, la legge prevede l'applicazione dello **jus soli** per coloro ai quali non sia riconoscibile altra cittadinanza e che siano nati nel territorio della Repubblica o in esso siano stati rinvenuti.

A queste regole generali se ne aggiungono numerose altre che disciplinano essenzialmente le condizioni (ad esempio, la residenza in Italia per un certo periodo) per l'acquisto della cittadinanza: in particolare, essa può essere attribuita a causa del **matrimonio** con il cittadino italiano, per **beneficio di legge** (per gli stranieri i cui genitori o ascendenti fino al secondo grado siano stati cittadini italiani) o per **naturalizzazione** (per gli stranieri cui essa sia concessa con decreto del Presidente della Repubblica).