

P. Carnevale, A. Celotto, C. Colapietro, F. Modugno
F. Rimoli, M. Ruotolo, G. Serges, M. Siclari

Diritto pubblico

a cura di

Franco Modugno



SESTA EDIZIONE



Giappichelli

CAPITOLO I

ORDINAMENTO, DIRITTO, STATO *

SOMMARIO: 1. Diritto, storia, funzione sociale. – 2. Ordinamento e giuridicità. – 3. Il diritto come linguaggio e come significato: l'interpretazione. – 4. Tratti differenziali della norma giuridica. – 5. Coerenza e completezza dell'ordinamento. – 6. Lo Stato. – 7. Gli aspetti fondamentali dello Stato. – 8. Le forme di Stato. – 9. Le forme di governo. – 10. La forma di governo in Italia.

1. Diritto, storia, funzione sociale

Lo studio del diritto non può non passare per una visione anzitutto storica: come ogni fenomeno umano, anche il diritto, infatti, si svolge entro una dimensione diacronica di tipo evolutivo, che rende ragione della sua mutevolezza e della sua intima connessione con il divenire costante dei fenomeni sociali.

E tuttavia è propria del diritto, al contempo, l'aspirazione a svolgere una funzione di guida, di controllo e di stabilizzazione dei comportamenti individuali e collettivi, nonché delle aspettative di comportamento dei singoli da parte dei consociati; in altre parole, a rendere coercitive le proprie determinazioni e, in conseguenza di ciò, vietate, obbligatorie o semplicemente permesse determinate condotte.

Così, tra le tante definizioni di cui è stato oggetto, c'è quella per cui il diritto è un insieme di precetti rivolti a determinare, entro una determinata società, a) **la repressione** dei comportamenti individuati dal soggetto detentore del potere normativo come socialmente pericolosi; b) **l'allocazione** a individui e collettività di beni e servizi; c) **l'istituzione e allocazione** di poteri pubblici (TARELLO, 1997, 3 ss.).

Questa tripartizione potrebbe rispecchiare, in linea di massima, anche un'evoluzione storica del fenomeno giuridico e una sua progressiva

Le funzioni
del diritto

* Il paragrafo 1 del presente capitolo è stato redatto dal prof. Francesco Rimoli. I paragrafi dal 7 al 10 sono stati rivisti, rielaborati e arricchiti dal dott. Giuliano Serges.

differenziazione funzionale, sia sotto il punto di vista sociale (il sistema giuridico si distingue in quanto sottosistema del sistema sociale complessivo), sia da quello materiale (entro il sistema giuridico si vanno formando progressivamente diversi sottosettori); d'altronde, l'analisi inerente alle funzioni del diritto si è sempre più affiancata, e talora sovrapposta, a quella relativa alla sua struttura: proprio per i limiti che ciascuna presenta, infatti, analisi funzionale e analisi strutturale sono entrambe rilevanti per la comprensione del fenomeno giuridico (BOBBIO, 1971 e 1975). Così, secondo una progressione che aggiunge ciascuna funzione alla precedente (senza ovviamente eliderla), dalla funzione *sub a*) si genera il diritto "penale", da quella *sub b*) il diritto "civile", ma anche quello "commerciale", nonché parte di quello "amministrativo" e di quello "tributario", da quella *sub c*) il diritto "costituzionale" e, *lato sensu*, quello "pubblico", comprendente il diritto "processuale", nonché la maggior parte di quello amministrativo e tributario (TARELLO, 1997, 8 ss.; SACCO, 2007, 237 ss.), con una molteplicità che può essere tuttavia semplificata nella elementare (benché talora sfuggente) dicotomia tra diritto pubblico e privato (BOBBIO, 1995, 3 ss.).

A tali tre funzioni, che potrebbero dirsi "primarie", se ne dovrebbe però aggiungere una quarta, ossia quella, già accennata, in virtù della quale il diritto è finalizzato, tramite il suo carattere coercitivo, verso d) **la stabilizzazione delle aspettative comportamentali** dei destinatari con l'assorbimento, entro certi limiti, del conflitto sociale (LUHMANN, 1975; Id., 1981), anche per mezzo dei procedimenti che disciplinano, nei sistemi giuridici moderni, le diverse forme di decisione, tradotte in atti formali (leggi, atti amministrativi, sentenze, ecc.), regolati da disposizioni puntuali che gli stessi poteri pubblici devono rispettare. In tal senso, questa potrebbe dirsi una "funzione trasversale", che inerisce a tutte le branche del diritto; peraltro, sulla funzione del diritto si sono, ovviamente, elaborate teorie della più diversa natura (un sintetico quadro in TREVES, 1993, 289 ss.).

La funzione
del diritto

A questo risultato, tuttavia, si è giunti tramite un lunghissimo percorso. Il diritto nasce, nelle società primitive, come fatto, ossia come ripetizione più o meno uniforme di comportamenti accompagnati progressivamente dalla convinzione diffusa dell'obbligatorietà degli stessi: ed è questo, come si vedrà, il modo di formazione della *consuetudine* (su cui *infra*, cap. II, § 16). Di tale consuetudine si opera poi, lentamente, una qualche forma di recezione entro modelli più evoluti in cui la scrittura delle norme, e soprattutto il generarsi di un'autorità qualsivoglia, capace però di imporre, tramite la creazione di quelle norme, le proprie decisioni alla collettività su cui domina, creano il primo nucleo

di quello che sarebbe poi diventato il diritto moderno, secondo l'accezione che tuttora noi utilizziamo. Tale processo evolutivo, di estrema complessità e variabilità di forme, si fonda essenzialmente, come detto, sull'affermazione di un dispositivo di potere che assume, di tempo in tempo, le tre modalità, delineate da Max Weber, del potere *carismatico* (basato sulla dedizione totale a una persona e al suo valore, nonché alle regole da questa poste), di quello *tradizionale* (fondato sulla legittimità sacrale delle regole tramandate e dei soggetti chiamati a conservarle e farle rispettare) e di quello *razionale* (che si legittima sulla legalità, ossia su insiemi coerenti di regole statuite secondo certi paradigmi, e sul potere dei soggetti investiti da queste dell'autorità di comando) (WEBER, 1922, I, 207 ss.). Ferma restando la continua commistione, nell'esperienza storica concreta, delle tre forme (che, come tali, sono piuttosto in sé "idealtipi"), e la loro periodica riemersione nelle diverse fasi storiche, è evidente tuttavia come sia prevalentemente l'ultima a porsi alla base della formazione del diritto moderno. Concorrono a questo esito, ovviamente, le trasformazioni – e talora le rivoluzioni – prodotte dal succedersi degli eventi storici e dai mutamenti sociali ed economici che ne sono stati insieme cause ed effetti nel corso dei secoli entro l'area geopolitica occidentale (per rimanere a quella a noi più vicina).

Dall'origine consuetudinaria del diritto primitivo, il diritto si trasforma, passando dunque per il graduale affermarsi, entro la singola collettività, di un'unità di dominio che sia in grado di imporre regole di comportamento e di punirne la violazione, dapprima con la sola attività dei giudici, *longa manus* del sovrano, e poi con la legge, posta da un monarca o, più tardi, da un parlamento eletto: da qui sorge la concezione, per certi versi ingenua ma tuttora ben radicata nella percezione comune e anche in buona parte della dottrina giuridica, della *coercitività del diritto* intesa come suo carattere saliente. E nondimeno, come si vedrà trattandone all'interno della categoria dogmatica delle cosiddette "fonti fatto", il diritto nascente appunto dal fatto, la norma consuetudinaria, resterà anche negli ordinamenti moderni come elemento rilevante, talvolta "di disturbo" per la sua peculiare natura, nei confronti della costruzione rigorosa del sistema giuridico (GROSSI, 2008). Ma i percorsi della storia, come detto, sono sempre complessi: e ancor più si rende necessario, dunque, uno sguardo all'evoluzione dei modelli. In altre parole, come si opera quel grande processo di trasformazione che porta dal diritto non scritto, efficace in società arcaiche ma poco funzionale alle necessità di uniformità proprie delle società più evolute, al diritto scritto, ben più idoneo a un'applicazione omogenea e alla realizzazione di quel principio di certezza dei rapporti giuridici che costituisce il presupposto per l'as-

solvimento di quelle funzioni primarie del diritto di cui si è detto poc' anzi?

Sistemi
di *common law*
e di *civil law*

Emerge qui, appunto dall'osservazione storica, una delle grandi classificazioni della scienza giuridica, ossia quella (apparentemente) nitida differenza tra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law*.

I primi sono generati dalla trasformazione del diritto consuetudinario in diritto giurisprudenziale mediante l'opera collettiva di giudici esplicitamente orientati al *law finding*, con esiti poi sanciti dal monarca o dal Parlamento in forma legislativa, ovvero lasciati a una sequela di decisioni giudiziali vincolate al principio del rispetto del precedente (*stare decisis*), in un contesto entro il quale peraltro allo stesso monarca si imponeva di rispettare, fuori da un'area più libera di esercizio del suo potere sovrano (*gubernaculum*), una serie di norme consuetudinarie e privilegi cui doveva conformarsi la sua attività di *iurisdictio* (è questa la genesi del modello tradizionale del diritto inglese e della sua *rule of law*, nonché dei Paesi che da tale cultura giuridica hanno tratto fino a oggi alimento: McILWAIN, 1945, 89 ss.; LOSANO, 1978; BARBERIS, 2008, 93 ss. e 2016, 13 ss.; GLENN, 2010, 221 ss. e 377 ss.).

I secondi sono costruiti progressivamente come sistemi in cui invece il diritto scritto, posto dal sovrano, avrebbe avuto sempre maggior prevalenza, relegando di fatto quello consuetudinario in una posizione marginale; qui i giudici dovrebbero, in ossequio a un principio di separazione tra i poteri (legislativo, esecutivo, giudiziario) che costituisce uno dei cardini dello Stato di diritto continentale, essere piuttosto meri applicatori della legge posta dal Sovrano (monarca o Parlamento), senza quindi poter mai travalicare il loro ruolo andando a "creare" diritto, rinvenendolo nelle consuetudini o nell'equità (è il modello proprio dei sistemi continentali, che sarà esaltato nello Stato di diritto ottocentesco di area germanica, il *Rechtsstaat*, ma anche nell'esperienza francese e in quella italiana, in buona parte a queste ispirata) (FERRAJOLI, 1999).

La genesi
degli
ordinamenti
giuridici

Si vedrà in seguito però che la realtà è molto più complessa, e che i ruoli sono assai più sfumati, con un sostanziale ravvicinamento dei modelli nel corso dei secoli: pur lasciando da parte (ma tenendo sempre presente) l'immenso patrimonio di cultura giuridica derivante dal diritto romano, e soprattutto dalla sua tarda codificazione giustiniana (533 d.C.), un primo momento "rivoluzionario" per la costituzione del diritto moderno si ha con la grande riforma pontificia operata da Gregorio VII nella seconda metà del secolo XI, allorché si va lentamente creando, per la prima volta, un vero e proprio "ordinamento" canonico, che intende disciplinare la Chiesa cattolica raccogliendo e sistemando le numerose disposizioni fino ad allora disordinatamente succedutesi nei se-

coli, e creando un *corpus* capace di offrirsi all'esegesi dei commentatori in forma organica. Sorge da qui, secondo un'autorevole storiografia, la reazione che, nei secoli successivi, porterà i nascenti Stati a generare propri ordinamenti, in grado di contrapporsi a quello canonico per assicurare la propria identità e la propria indipendenza, nonché il carattere secolare (ossia, non sacrale) del proprio diritto (BERMAN, 1983, 83 ss.; PRODI, 2000, 59 ss.). Emerge anche, parallelamente, la percezione della necessità di una struttura complessiva dell'insieme delle disposizioni poste, secondo una prospettiva che troverà nei secoli a venire un esito nella connessione/distinzione tra un *sistema esterno*, inteso come sequenza convenzionale degli oggetti di una scienza, e dunque per noi come mera giustapposizione di norme in un contesto unitario (le XII Tavole, il *jus civile* muciano) e un *sistema interno*, inteso come organizzazione dialettica di un dato ambito di sapere ottenuta tramite la definizione dei suoi oggetti e una completa classificazione degli stessi, ma coeso al punto tale che si possano inferire dalla classe più elevata dei suoi oggetti, tramite sottoclassi e specie, le caratteristiche proprie del singolo fenomeno (esempi sono nelle *Institutiones* gaiane e in quelle giustiniane: MODUGNO, 1993, 4 ss.).

In realtà, la sistematizzazione del diritto vigente e la creazione di un ordinamento nel senso in cui oggi lo intendiamo procedono in stretta connessione con lo sviluppo delle istituzioni politiche della prima modernità: e fatta eccezione per le istanze universalistiche, tanto ambiziose quanto astratte, che sopravvivono per tutta l'amplessima età medievale (Chiesa, Sacro Romano Impero), è evidente che ciò si connette alla nuova dimensione nazionale dell'istituzione statale, e radica in tale prospettiva la stessa idea di diritto, resa intimamente funzionale alla nuova costruzione teorica dalle idee di sovranità e di "ragion di Stato", che generano una nuova forma di potere, concentrato e sempre più assoluto, e al contempo una reazione al medesimo, dapprima con le coraggiose tesi dei cosiddetti "monarcomachi" (le *Vindiciae contra Tyrannos*, scritte da autore incerto nel 1579, o l'opera *Franco-gallia* di François Hotman, del 1573), e poi con le pur varie teorizzazioni, tra la fine del XVII e la metà del XVIII secolo, del principio di divisione dei poteri da parte di Locke e Bolingbroke in Inghilterra, e di Montesquieu in Francia. Da qui nascerà, insieme alle complesse e varie declinazioni dello Stato di diritto (COSTA-ZOLO, 2002), il costituzionalismo moderno (MATTEUCCI, 1997, 127 ss.; FIORAVANTI, 2009, 5 ss.; RIMOLI, 2011, 71 ss.), che giungerà, nelle sue diverse declinazioni, fino ai giorni nostri, e che farà della tutela di un nucleo primario di diritti di libertà (centrato anzitutto sul binomio libertà personale/proprietà, e poi sviluppato in misura sempre

più ampia negli ordinamenti nazionali e internazionali) (RIDOLA, 2006), e del citato principio di divisione e separazione dei poteri (con il corollario del controllo reciproco tra i medesimi) a questa funzionale, i suoi cardini essenziali.

Prima di questo passaggio, tuttavia, si può cogliere, nel lunghissimo arco temporale che sommariamente definiamo Medioevo, una cultura giuridica tutt'altro che priva di rilevanza per lo studio del fenomeno giuridico: sullo sfondo di un tessuto connettivo composto dal *ius commune*, modellato sull'eredità giuridica del diritto romano derivante dalla riscoperta delle compilazioni giustiniane, si delineano i molti *iura propria* che costellano un panorama istituzionale estremamente composito, strutturato socialmente ed economicamente su quegli istituti feudali che sopravvivranno ancora per buona parte dell'età moderna almeno fino alla rivoluzione francese, e che in questa fase saranno altresì il presupposto della formazione, mediante processi di aggregazione progressiva prodottisi tramite il cosiddetto "meccanismo monarchico", dello stesso Stato moderno (ELIAS, 1980, 127 ss.; GROSSI, 2007, 65 ss.). Quest'ultimo accentrerà su di sé la produzione del diritto e creerà finalmente, su base ovviamente nazionale, un ordinamento giuridico vero e proprio, secondo le caratteristiche che si avrà modo di esaminare (*infra*, § 2 ss.). Ma il diritto medievale, che si caratterizza con una produzione "corale", fondata su una pluralità di soggetti, su un'integrazione continua tra le norme scritte e quelle consuetudinarie, sul prezioso lavoro di sistemazione svolto dai molti operatori giuridici (avvocati, notai, giureconsulti, commentatori e glossatori) *in utroque iure* (ossia, nel diritto civile e in quello canonico), costituisce tuttora, a dispetto dei luoghi comuni, un oggetto di studio del massimo interesse per comprendere le scaturigini del diritto medesimo e la continua interazione tra diritto e fatto (PRODI, 2000; GROSSI, 2004; ASCHERI, 2009; in termini più generali KELLY, 1992, 109 ss.; FASSÒ, 2001, II, 180 ss.; TODESCAN, 2002, 68 ss.; PADOA SCHIOPPA, 2007, 188 ss.), tanto da far diventare la tarda età medievale, secondo un'autorevole dottrina, un vero "laboratorio sapienziale" (GROSSI, 2007, 37 ss.).

Ordinamento
giuridico e
Stato moderno

Nondimeno, i processi di trasformazione che condussero alla creazione delle nuove unità di dominio, ossia degli stati nazionali, trovarono il loro coronamento dapprima nella pace di Augusta (1555), ove si affermò l'indipendenza religiosa degli Stati con il noto principio *cuius regio eius religio*, e poi, soprattutto, in quella di Westfalia (1648, trattati di Osnabrück e Münster), che sancì definitivamente l'affermazione della sovranità statale e la stessa creazione di un diritto internazionale (già anticipato sul piano teorico da Grozio con il suo *De iure belli ac*

pacis, del 1625). Di qui in poi, infatti, la storia della costruzione sistematica del diritto diventa essenzialmente storia dei diritti nazionali, graduale evoluzione strutturale di ordinamenti giuridici autonomi che determinano le proprie modalità di produzione, e tentano, almeno nell'area dell'Europa continentale, in correlazione con il rafforzarsi dello Stato assoluto (v. *infra*, § 8), di concentrare al massimo sia la produzione sia l'applicazione del diritto posto dal sovrano, generando in seguito una reazione che passerà, come detto, attraverso la lenta ma inarrestabile affermazione dei principi dello Stato di diritto, della sua divisione di poteri e degli istituti a questa correlati (come il principio di legalità o la riserva di legge: v. *infra*, cap. II), per arrivare infine, nell'età contemporanea (e salvo l'anticipazione nordamericana con la Costituzione statunitense del 1787), all'emersione delle costituzioni rigide, con il corollario, relevantissimo, del controllo di costituzionalità delle leggi (*infra*, cap. II, § 7).

Il grande e progressivo processo di codificazione, che inizia già dal secolo XVIII nella temperie del razionalismo illuminista e troverà la sua acme nel Codice napoleonico del 1804 (cui si ispireranno quelli di altri Stati per tutto il secolo XIX: il Codice civile italiano è del 1865; quello tedesco del 1900), è lo specchio del compimento di una profonda metamorfosi funzionale del diritto (un ampio quadro in TARELLO, 1976; FASSÒ, 2001, III, 5 ss.). Quest'ultimo infatti vede la sua origine ormai definitivamente posta in un paradigma discendente (dal sovrano ai sudditi), assai più consono a un modello sociale in cui l'autorità pubblica e l'egemonia delle classi borghesi mercantili richiedevano certezza di rapporti giuridici, celerità di azione delle istituzioni e difesa dei propri interessi, e relegata ai margini ogni possibile modello ascendente, ossia di formazione "dal basso" della norma giuridica. Nei sistemi continentali, in cui il diritto scritto è assolutamente prevalente e la consuetudine posta ai margini, il processo di codificazione ha infine una valenza epocale, serve a superare l'incerto uso del diritto romano come diritto comune (FASSÒ, 2001, II, 294 ss.), sancisce di fatto i caratteri degli ordinamenti contemporanei, concentra l'attenzione dei giuristi e degli operatori pratici del diritto sulla disposizione, sviluppa le tecniche dell'interpretazione testuale, genera (per esempio in Francia con l'*école de l'exégèse*, cui reagiranno, durante l'Ottocento e oltre, numerose correnti del pensiero giuridico, dalla Scuola storica di von Savigny, al "movimento del diritto libero" di Kantorowicz, alla sociologia giuridica di Ehrlich; sul tema LARENZ, 1960; FASSÒ, 2001, III, 188 ss.; TODESCAN, 2002, 255 ss.; PADOA SCHIOPPA, 2007, 502 ss.) alcuni importanti dogmi teorici, come quello della completezza dell'ordinamento e delle tecni-

Il processo di
codificazione

che di eliminazione (o addirittura di negazione) delle lacune dello stesso (su cui MODUGNO, 2009), e, infine, rende possibile l'attuazione di quel principio di esclusività, ossia di monopolio della produzione giuridica in capo allo Stato, che era il fine primario di una vasta e ambiziosa costruzione teorico-pratica, strettamente funzionale alle esigenze sociali ed economiche della dominante borghesia mercantile. Non solo: la codificazione del diritto consente il progressivo (sebbene mai del tutto compiuto) distacco dalla prospettiva giusnaturalistica, portando l'origine (e la legittimazione) del diritto nell'autorità sovrana, secondo un principio già affermato da Hobbes nel *Leviatano* (*auctoritas, non veritas facit legem*; HOBBS, 1651, Pt. II, cap. XXVI): il diritto positivo diventa dunque il fulcro del fenomeno giuridico reale, e la sua creazione spetta solo allo Stato, che è ormai individuato come soggetto politico in sé, prescindendo dalla sua forma contingente (BOBBIO, 1965, 107 ss.; FASSÒ, 2001, III, 176 ss.). Il diritto naturale può costituirne ispirazione, può rappresentare ancora un termine di paragone implicito, ma la secolarizzazione dello Stato e del suo diritto è infine raggiunta, e la stessa scienza giuridica assume una prospettiva sempre più informata a un giuspositivismo di tipo normativista che troverà in Kelsen e nella scuola giuridica viennese della prima metà del Novecento il suo esito teorico più noto ed evoluto (FASSÒ, 2001, III, 274 ss.).

La costruzione
“a gradi”
dell'ordinamen-
to giuridico

La teoria della costruzione “a gradi” (*Stufenbau*) dell'ordinamento giuridico (KELSEN, 1934 e 1960), finemente elaborata dagli autori in questione (oltre al più celebrato Hans Kelsen, si devono ricordare Adolf Merkl e Alfred von Verdross), costituisce l'approdo scientifico di un'esperienza concreta che nella realtà si era già andata affermando dal secolo precedente, con la definizione di un livello primario e uno secondario di normazione, il primo affidato agli organi legislativi e il secondo all'asse monarca-esecutivo, in una sorta di traduzione giuridico-formale della progressiva sottomissione politica di quest'ultimo al Parlamento e ai ceti borghesi che ne erano divenuti l'ossatura, e insieme il punto di partenza per una riflessione dottrinale che avrebbe, nel corso del secolo XX, definito tutti i profili dogmatici dei rapporti strutturali operanti all'interno dell'ordinamento medesimo, perfezionandone quell'aspetto di sistematicità “interna” di cui si è detto in precedenza. Tale potenza tassonomica del modello gradualista fu probabilmente la ragione principale della prevalenza che questo infine ebbe, nonostante i limiti che gli derivavano da un eccesso di formalismo e di astrazione, sulle teorie concorrenti con cui, fin dall'inizio, si erano contrapposti, nella ricostruzione del fenomeno giuridico-costituzionale, l'approccio “sostanzialista” (o “decisionista”) del pensiero di Carl Schmitt (SCHMITT,

1928), o la più raffinata “dottrina dell’integrazione” di Rudolf Smend (SMEND, 1928).

Ovviamente, tale processo si svolse in stretta connessione con l’evolversi della forma di Stato, che dalla forma liberale dello Stato di diritto ottocentesco si mosse, sia pur con la parentesi della devastante esperienza dei totalitarismi sorti dalla crisi di questo nella prima metà del Novecento tra le due guerre mondiali, verso il paradigma (peraltro non del tutto realizzato e sempre problematico) dello Stato sociale (*Welfare State*) del secondo dopoguerra, fondato sull’emersione della nuova categoria dei diritti sociali (già anticipata tra il 1919 e il 1933 dalla Costituzione dell’infelice repubblica weimariana) e sul faticoso perseguimento di un’eguaglianza di tipo sostanziale (v. *infra*, § 8; cap. X) (GIROTTI, 1998; RIMOLI, 2005; per un esame della giurisprudenza costituzionale in materia COLAPIETRO, 1996), nonché di un processo di metamorfosi della forma di governo, che, pur declinata in diverse varianti (parlamentare, presidenziale, parlamentare a tendenza presidenziale, direttoriale), modificò la propria struttura, in precedenza dualista (ossia basata sulla contrapposizione tra Parlamento da un lato e monarca-esecutivo dall’altro), in una monista, ossia fondata essenzialmente su una sovranità popolare espressa da un parlamento rappresentativo, con il cui indirizzo politico l’esecutivo – seppur in misura diversa secondo la forma di governo vigente nel singolo ordinamento, massima nel regime parlamentare che si fonda su un rapporto fiduciario, minore in quello presidenziale, ove è sempre possibile un “governo diviso” (v. *infra*, § 9) – deve stabilmente confrontarsi (ELIA, 1970; MORTATI, 1973; RESCIGNO, 1989; LUCIANI, 2010).

Ma soprattutto, è tratto saliente degli assetti istituzionali contemporanei il già accennato affermarsi pieno delle costituzioni rigide, che a differenza di quelle flessibili possono essere modificate solo con particolari e più onerosi procedimenti legislativi di revisione, e tendono a tutelare, talvolta in modo assoluto, un nucleo di principi fondamentali, e un insieme di opzioni di valore che sono poste a base del singolo ordinamento. Di qui ha assunto sempre maggiore importanza l’opera di controllo e di garanzia che le corti costituzionali, deputate a vigilare sul rispetto delle costituzioni rigide, svolgono nell’assetto concreto, giuridico e politico, della forma di governo (v. *infra*, cap. XII).

Dovrebbe coronarsi in tal modo l’idea, di lunghissima tradizione, di prevalenza del “governo delle leggi” opposto al “governo degli uomini”, ossia di quel *nómos basiléus* che fin dal pensiero antico si pone come scaturigine prima, in un peraltro inestricabile intreccio di forza e giustizia, di *hýbris* e *dike*, del fenomeno giuridico e della sua capacità di condizionare

Le costituzioni
rigide

i comportamenti individuali e collettivi (DOGLIANI, 2004, 33 ss.; ZAGREBELSKY, 2008, 43 ss.; GASTALDI, 2008, 41 ss.). Certo, il costituzionalismo contemporaneo, che sovente inclina, in certe sue correnti dottrinali (come per esempio quella assai composita definita “neocostituzionalismo”, sulla quale non è qui possibile soffermarsi: ma si veda criticamente POZZOLO, 2001), verso il recupero più o meno dissimulato di istanze giusnaturalistiche (RIMOLI, 2015), non risolve tutti i problemi, non potendo rendere certe e oggettive scelte politico-giuridiche che in realtà, a ben vedere, sono comunque frutto di opzioni di valore soggettive entro democrazie peraltro sempre meno capaci di mantenere un adeguato grado di rappresentatività popolare, e finisce con lo spostare il problema sui modelli della decisione e dell’organizzazione, sia sul piano costituzionale e legislativo che su quello giurisdizionale, laddove emerge sempre più prepotentemente, a dispetto di ogni limitazione teorica, la figura dell’interprete (massimamente del giudice costituzionale) e l’intera attività ermeneutica come luogo di “co-creazione” delle norme (sul tema MODUGNO, 2015).

Tutto ciò in un contesto in cui la più consueta dimensione statale – su cui come si è visto molte delle categorie della dogmatica del diritto pubblico si sono forgiate – è posta in crisi dai faticosi e confusi processi di integrazione sovranazionale da un lato, e da una caotica e aggressiva globalizzazione sistemica delle dinamiche economico-finanziarie dall’altro. Si pone in dubbio ormai, e fondatamente, la stessa sovranità degli Stati-nazione sorti dalla prima modernità, e con essa l’intero assetto sistemico che ne è scaturito, alla luce della nascita di un “antisovrano” che, in forme anonime e transnazionali, ne assume sempre più il posto (LUCIANI, 1996), talora ben sostenuto, di fatto, dalle tecnocrazie delle istituzioni sovranazionali, e non più controllabile mediante gli strumenti propri delle democrazie liberali, nati entro una dimensione essenzialmente statale. Né tranquillizzano le tesi che intravedono un freno a tali rischiose trasformazioni in una sorta di processo di “costituzionalizzazione spontanea” nelle nuove organizzazioni del potere globale (mediatico, informatico, finanziario; è il modello di “*societal constitutionalism*” proposto da TEUBNER, 2012).

Le categorie tradizionali, tuttavia, rimangono ancora di estrema utilità per la comprensione del funzionamento concreto dei sistemi giuridici: se è vero che il confronto con il dato reale è infine per il giurista (come per lo storico, il sociologo o il politologo) imprescindibile, lo è altrettanto la conoscenza del dato formale, dell’aspetto sistematico esterno e interno del diritto organizzato in ordinamento e delle sue dinamiche evolutive, di un dover essere che comunque condiziona l’essere concreto della vita individuale e collettiva.

2. Ordinamento e giuridicità

Il concetto di “ordinamento”, come si deduce dalla matrice latina *ordo*, è fortemente legato all’idea di *ordine*. L’ordinamento, infatti, è ordine in un duplice senso: *a) strutturale* in quanto **sistema**, ossia **insieme ordinato di parti**; *b) teleologico*, cioè a dire finalistico, perché volto alla **produzione di un ordine sociale**.

Ordine e
ordinamento

Esso, perciò, è al tempo stesso promotore di un ordine fuori di sé – l’ordine del gruppo sociale – ma è anche costruttore e manutentore di un ordine dentro di sé – l’ordine sistematico – e si presenta per questo sotto le due spoglie dell’*ordo ordinans* (ordine che ordina) e dell’*ordo ordinatus* (ordine che è ordinato, *recte*, che si ordina), legate fra loro da un nesso di reciproca implicazione, l’una veste presupponendo l’altra. Un ente composito può, infatti, pretendere di svolgere una funzione ordinativa solo a patto di assicurare un ordine a sé medesimo: il caos difficilmente esporta ordine.

Nel sintagma “ordinamento giuridico”, al sostantivo “ordinamento”, inteso come composizione di elementi in “insieme” o “sistema” per realizzare un “ordine”, si accompagna significativamente l’aggettivo “giuridico”. Simile qualificazione individua e designa il fenomeno che noi appelliamo con il termine “diritto” che, tuttavia, nella nostra, come in altre lingue, si presenta come intrinsecamente ambiguo, possedendo una doppia accezione (tale ambiguità, peraltro, fu osservata già dal filosofo Samuel von Pufendorf, nel primo libro del *De iure naturae et gentium* del 1672, con specifico riferimento al termine latino “*ius*”). Esso, infatti, può indicare sia l’**insieme delle norme** dell’ordinamento (**diritto c.d. in senso oggettivo**, come *norma agendi*, “*law*” in lingua inglese), sia gli **aspetti subiettivi** del diritto (**diritto c.d. in senso soggettivo**, come *facultas agendi*, “*right*” in lingua inglese), da tener distinti, nel loro complesso, dalla specifica e tecnica situazione giuridica soggettiva denominata diritto soggettivo (LAVAGNA, 1985, 16).

Insomma, sotto la medesima espressione linguistica – diritto – si cela una realtà duplice, potendo essa definire, sia il fenomeno giuridico nella sua obiettiva epifania a traverso il sistema delle regole giuridiche costitutive dell’ordinamento, sia la pretesa del singolo a fare o non fare alcunché (diritto di difesa, diritto di libera manifestazione del pensiero, diritto di proprietà, ecc.) sulla base di quanto ad esso riconosciuto dall’ordinamento stesso.

Non si può, però, non segnalare che fra i due profili – oggettivo e soggettivo – del diritto esiste una evidente priorità logica del primo rispetto al secondo, giacché le singole pretese soggettive sarebbero in-

concepibili senza una norma giuridica che le prevedesse e disciplinasse (salvo ovviamente a voler ritenere esistenti diritti c.d. “innati” o “naturali” dell’uomo). Ciò spiega la ragione per cui noi ora ci interesseremo soltanto del diritto in senso oggettivo, rinviando a suo luogo la specifica trattazione sulle varie forme del diritto in senso soggettivo (v. *infra*, cap. X, § 5).

Qui basti osservare, in via del tutto introduttiva, che la stessa idoneità ad essere centro di imputazione di interessi giuridicamente rilevanti e, quindi, il riconoscimento della capacità a vantare quelle pretese, non solo si atteggiano per il singolo a conseguenza della riconosciuta capacità ad essere destinatario di norme, ma discendono altresì da una decisione del diritto oggettivo, il quale definisce le condizioni per quella che noi denominiamo **soggettività giuridica**.

A questo proposito, va rammentato che la qualificazione di soggetto nell’ordinamento appartiene a tutti gli individui-**persone fisiche** che operano ed interagiscono nell’ordinamento medesimo, anche se privi della **capacità di agire** (su cui v. immediatamente *infra*), cui si aggiungono enti-**persone giuridiche**, – composti in genere da un’unione di persone, con lo scopo di realizzare determinati interessi (associazioni o corporazioni), o da una struttura volta a perseguire fini determinati o determinabili (fondazioni o istituzioni) –, nonché le **collettività** e persino l’intero **popolo** (LAVAGNA, 1985, 359).

Orbene, le varie posizioni subietive ascrivibili al singolo soggetto (diritti, doveri, facoltà, ecc.), che del diritto in senso soggettivo costituiscono altrettante forme espressive, sono ricondotte sotto l’etichetta unitaria e comprensiva di **situazione giuridica soggettiva** e l’idoneità ad esserne titolari si definisce tradizionalmente **capacità giuridica** (sulle singole tipologie di situazioni giuridiche soggettive e sulla loro sistematica v. *infra*, cap. X, § 5).

Ora, è l’ordinamento (vale a dire il diritto in senso oggettivo) a statuire che per i soggetti-persone fisiche, la capacità giuridica si acquista al momento della nascita (per il nostro ordinamento v. l’art. 1 c.c.).

La questione
dell’acquisto
della capacità
giuridica

Molto si è discusso se la soggettività giuridica sia predicabile anche ai nascituri (tra i quali vanno distinti i concepiti e i non concepiti) in quanto la legge riconosce loro alcuni diritti, il cui acquisto è subordinato all’evento della nascita. Secondo l’art. 462 del nostro codice civile: “Sono capaci di succedere tutti coloro che sono nati o concepiti al tempo dell’apertura della successione [...] Possono inoltre ricevere per testamento i figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, benché non ancora concepiti”; mentre l’art. 784 c.c. prevede che: “La donazione può essere fatta anche a favore di chi è soltanto concepito, ovvero a favore dei figli di una determinata persona vivente al tempo della donazione benché non ancora concepiti”.

Pertanto, anche i nascituri sono titolari della capacità di succedere e di ricevere per donazione. Resta, in ogni modo, quantomai problematica la qualificazione giuridica della

posizione del concepito, per la quale, forse, vale ancor'oggi la definizione di Francesco Santoro-Passarelli: “centro autonomo di rapporti giuridici, in previsione ed attesa della persona” (SANTORO-PASSARELLI, 1966, 26; *contra* GAZZONI, 2007, 123). Non ha certo risolto i problemi, ma, anzi, ha alimentato il dibattito, l'entrata in vigore della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), che all'art. 1 così dispone: “1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, *che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito*” (corsivo nostro).

Sempre per le persone-fisiche soggettività e capacità giuridica, congiuntamente acquisite, di regola, al momento della nascita, possono tuttavia disgiungersi: è possibile, infatti, che alcune norme, non avendo come destinatari tutte le persone fisiche, limitino la capacità giuridica dei soggetti esclusi (MARTINES, 2005, 104).

Si pensi ad esempio all'art. 48 Cost., nella parte in cui attribuisce il diritto di voto soltanto ai cittadini, uomini e donne, che hanno raggiunto la maggiore età.

Diversa, poi, dalla capacità giuridica è la capacità di agire, cioè l'idoneità del soggetto a compiere direttamente attività rilevanti per il diritto, o, meglio, a porre in essere atti che producano effetti di tipo personale o patrimoniale. Essa si acquista con il raggiungimento della maggiore età, vale a dire al compimento del diciottesimo anno (art. 2 c.c.) e, di regola, si estingue con la morte. Tuttavia, in presenza di situazioni che rendono il soggetto in tutto o in parte incapace di curare i propri interessi, l'ordinamento prevede che la capacità di agire possa essere limitata o esclusa, in seguito ad interdizione od inabilitazione (su questi istituti, cui *adde* l'amministrazione di sostegno, v. gli artt. 404-432 c.c. ed in tema Corte cost., sentt. nn. 440/2005, 114 e 144/2019. Sulla specifica questione dell'incapacità elettorale *ex* art. 48, 4° comma, Cost. v. *infra*, cap. IV, § 3).

La capacità di agire

Tutto questo – si badi bene – non certo per volere dimostrare una pretesa superiorità del diritto in senso oggettivo su quello in senso soggettivo o, più seccamente, del *diritto* sui *diritti*, che non avrebbe alcun senso, sol che si pensi al fatto che molla iniziale della costituzione dei gruppi sociali e, quindi, degli ordinamenti giuridici (*i.e.* del diritto oggettivo) è proprio l'esigenza di assicurare un miglior godimento e una valorizzazione degli stessi interessi dei singoli. Ciò costituisce un interesse stesso dell'ordinamento. Si potrebbe, qui, riecheggiare a buon bisogno la celebre affermazione del Bodin circa il rapporto fra sfera pubblica e sfera privata, secondo la quale: “*Nihil publicum esse potest ubi nihil sit privatum*”.

Ciò che si è voluto qui motivare è molto più semplicemente la scelta di un ordine e di un indirizzo di trattazione.

Ciò detto, riportando il discorso sul diritto in senso oggettivo, va precisato che per l'ordinamento il contrassegno della “giuridicità” consiste

Ordinamento e giuridicità

innanzitutto nella **capacità qualificatoria della condotta umana** – statante ciò che è lecito, illecito, doveroso, obbligatorio, permesso, vietato, ecc. – secondo un **modello esclusivo** (regola o norma) che costituisce, in sostanza, l'anticipazione logica, "voluta" e prospettata, della condotta medesima (il suo "dover essere"). Nondimeno, pure giuridico va considerato non soltanto lo spiegare efficacia condizionante del comportamento – vale a dire la sua **regolazione** – ma anche il fatto dell'adeguarsi di quest'ultimo a quello – ossia la sua **regolarità**. Per cui, possiamo dire che la giuridicità è **qualità** che attiene alla condotta sia come prospettata dalla norma sia come conformemente posta in essere dal destinatario della norma stessa.

Trattandosi, poi, di condotta valutata e valutabile all'interno di un gruppo sociale, stante la ineludibile inerenza del diritto alla società, tale capacità si sostanzia in definitiva in idoneità ordinativa della società.

Tuttavia, l'ordinamento giuridico non si occupa della regolazione-qualificazione di ogni comportamento umano. Da un lato, non ogni condotta risulta, infatti, appartenere alla sfera del "giuridicamente rilevante". Si pensi all'atteggiamento di colui che all'uscita da un luogo affollato non ceda il passo ad una signora, passandole tranquillamente avanti od anche ad un giovane passeggero di un mezzo pubblico che non offra il posto a sedere ad una persona anziana. Per quanto si tratti di atteggiamenti biasimevoli, né la signora, né l'anziano, potranno giuridicamente pretendere la precedenza ad uscire o il posto a sedere, giacché quelle pretese si attesterebbero su di un terreno, quello della buona educazione, che si presenta estraneo alla sfera del "giuridicamente qualificato".

È ovvio, però, che la situazione muterebbe radicalmente se, nel primo esempio, il luogo affollato da cui si esce fosse una nave che sta affondando e l'uomo che non cede il passo fosse il comandante della nave medesima o, nel secondo esempio, il giovane si trovasse a sedere in un posto riservato agli anziani. In tali situazioni, infatti, ci sarebbe una norma a garantire il "diritto alla precedenza" della signora o il "diritto al posto" dell'anziano: ciò che, ove ce ne fosse bisogno, sta a dimostrare il principio di relatività dei valori giuridici (su cui, per tutti, CRISAFULLI, 1970, 65 s.).

D'altro lato, la valutazione (il giudizio di valore) della condotta rispetto alla "regola" prefissata, propria dell'ordinamento giuridico, assume ad oggetto la condotta del singolo solo in funzione dell'ordinazione complessiva della società, del gruppo sociale cui il singolo appartiene, di modo che regole che si volgessero a disciplinare la condotta dell'individuo considerato *uti singuli* non avrebbero il crisma della giuridicità. In tal senso si parla di necessaria **plurisoggettività** dell'ordinamento e delle regole ordinamentali.

Un esempio di tale principio teorico-generale può essere individuato, all'interno del nostro ordinamento, nel regime dei c.d. trattamenti sanitari obbligatori, disciplinati dall'art. 32, 2° comma, Cost., in base al quale "Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana". Sia la dottrina sia la giurisprudenza ritengono che tale disposizione vada letta nel senso che il singolo non possa essere obbligato ad un trattamento sanitario, se non per un'esigenza di salvaguardia della collettività (nella specie della salute della comunità: e.g. una vaccinazione). Si vede, dunque, come la facoltà del singolo di disporre di una propria esigenza (la salvaguardia della salute) possa essere differentemente disciplinata a seconda che essa si rifletta o meno su un piano plurisoggettivo.

Come abbiamo già accennato, l'ordinamento giuridico si presenta nella duplice veste di *ordo ordinans* e di *ordo ordinatus*.

Esaminando l'ordinamento giuridico quale *ordo ordinans (societatis)*, poniamo subito un'acquisizione che ci deriva dalla Teoria dei sistemi: **ogni ordinamento è un sistema valutativo-deontico tendenzialmente chiuso** (*autologico e autopoietico* secondo l'insegnamento di Niklas Luhmann); vale a dire che esso in quanto sistema che legge, valuta e ordina (*rectius*, tenta di ordinare) la realtà sociale, muove sempre da una determinata **prospettiva di valori** (sul tema di recente, LONGO, 2011); prospettiva che per forza di cose non può che essere **parziale**. Da ciò dobbiamo trarre due conseguenze: la prima attinente alla realtà diacronica dell'ordinamento, la seconda alla sua realtà sincronica.

L'ordinamento giuridico come "problema"

Sotto il primo profilo, va sottolineato che il succedersi nel tempo di diversi ordinamenti giuridici riferiti al medesimo gruppo sociale si traduce in una successione fra diversi sistemi di valori, di modo che un nuovo ordine si afferma, sostituendolo, ai danni di un vecchio ordine. L'ordinamento, quindi, piuttosto che dal fatto (come vorrebbe il celebre brocardo *ex facto ius oritur*), cioè dal non diritto, sorge piuttosto sulle ceneri di un precedente ordinamento e quindi il passaggio dialettico non è tra caos (disordine) e ordine, bensì fra due ordini diversi. Solo nella prospettiva del nuovo ordine il vecchio potrà eventualmente essere valutato, definito, classificato come "disordine"; valutazione che per forza di cose non può che verificarsi *ex post*. Meccanismo, questo, esemplificato dal celeberrimo "dilemma degli insorti": un'insurrezione riuscita dà vita ad un nuovo ordinamento, un'insurrezione fallita solo ad una serie di processi per tradimento (su questo tema cfr. cap. II, § 6, dove si traccia un quadro del c.d. *periodo istituzionale transitorio* italiano).

L'intrinseca chiusura assiologica (riguardo, cioè, ai valori) e, dunque, la sua parzialità valutativo-deontica determina anche la seconda notazione che attiene alla vita sincronica dell'ordinamento, o, meglio, dei vari ordinamenti che coesistono nella medesima realtà sociale.

Deve infatti porsi in evidenza che ogni singolo ordinamento giuridico persegue solo uno degli “ordini” possibili e reali ed è inoltre (secondo il noto insegnamento mortatiano) non rappresentativo della società nel suo complesso, bensì espressione delle forze dominanti in un determinato momento. Ciò sta a significare che non esiste propriamente un solo ordinamento giuridico, e tuttavia non può nemmeno significare che si diano senz’altro tanti ordinamenti quanti sono i gruppi o le classi che costituiscono la trama della società complessiva. È indiscutibile che nella società convivano innumerevoli (potenzialmente infiniti) sistemi di valori; tuttavia, **non ogni sistema sociale di valori può assurgere al rango di ordinamento giuridico. Un ordinamento per definirsi tale deve possedere almeno due caratteristiche:** un sufficiente grado di **organizzazione** (secondo l’insegnamento di Santi Romano) e una **pretesa esclusività** delle proprie valutazioni e dei propri comandi. È tuttavia indiscutibile che le varie parti dell’ambiente sociale interferiscono con il sistema giuridico producendo, volta a volta, attriti, frizioni, veri e propri contrasti e reciproci mutamenti. E sta qui la radice della c.d. **pluralità degli ordinamenti (ordini) giuridici.**

La funzione ordinativa dell’ordinamento giuridico non va considerata solo in quanto rivolta (o nel suo nesso con) il gruppo sociale (società), ma anche nei confronti (o nel rapporto) dell’ordinamento con sé medesimo. In altri termini, la funzione ordinativa non va solo considerata, in modo attivo, quale strumento di valutazione e qualificazione del reale (ossia della società), bensì anche come *oggetto* a sua volta di valutazione e qualificazione. Detto in modo più semplice: l’ordinamento, se valuta e qualifica il reale (la società), deve a sua volta essere valutato e qualificato, giacché per *ordinare* deve risultare esso stesso *ordinato*.

È per questa esigenza di autodisciplina che, accanto alle norme ordinarie della realtà esterna (**regole di comportamenti**), esso annovera altre norme ordinarie, sì, ma dell’ordinamento stesso (regole **organizzative, costitutive** della normazione, della soggettività, ecc.).

Quest’ultime, al pari delle prime, sono modelli preordinati, ma non della condotta dei consociati, bensì delle stesse regole di condotta, che ad esse devono conformarsi. In sostanza, si tratta di **meta-norme** (o **norme sulla normazione**), il cui compito essenziale è definire le condizioni alla cui stregua una norma può sorgere e permanere nell’ordinamento. Meglio, bisognerebbe dire di **validamente** sorgere e permanere.

Si pensi ad esempio, per le norme legislative, alla previsione dell’art. 70 Cost. che attribuisce ad entrambe le Camere la potestà legislativa, onde una legge che non fosse approvata dalle due Camere risulterebbe viziata per contrasto con lo stesso art. 70; ovvero alla previsione dell’art. 17, 1° comma, legge n. 400/1988 che prescrive l’*iter* di forma-

zione dei regolamenti governativi – (“Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, sentito il parere del Consiglio di Stato che deve pronunziarsi entro novanta giorni dalla richiesta, possono essere emanati regolamenti per disciplinare [...]”) – la cui non ottemperanza da parte di un regolamento – ad esempio, per mancata acquisizione del parere del Consiglio di Stato – configurerebbe un vizio di invalidità.

Va rilevato, quantomeno in prima battuta, che laddove una norma non risulti, infatti, conforme al modello preordinato per essa da altra norma (*i.e.* una norma di comportamento che risulti non conforme alla relativa norma sulla normazione), la conseguenza che se ne trae è, appunto, la sua **invalidità**, da intendersi come inidoneità a **validamente** ordinare, qualificare, costituire il suo oggetto. L’invalidità, quindi, altro non sarebbe che il prodotto di un **vizio** della norma, derivante dalla sua disformità dal modello previsto dalla rispettiva norma sulla normazione.

Sia ben inteso, questo non significa quasi mai inidoneità ad ordinare *tout-court*, cioè a spiegare i suoi effetti condizionanti. In altri termini, la norma non conforme alla rispettiva norma sulla normazione è, comunque sia, efficace, vale a dire in grado di produrre gli effetti dalla stessa previsti. Tali effetti si esplicheranno, tuttavia, in modo non conforme a quanto valutato e prescelto dall’ordinamento.

Validità ed efficacia della singola norma giuridica

Tutto questo sta a significare che **non vi è assoluta corrispondenza tra il binomio validità-invalidità e quello di efficacia-inefficacia**. Una norma può infatti essere giuridicamente efficace anche se invalida, fintantoché non sia adeguatamente accertata la sua invalidità; come pure, per converso, si dà il caso di una norma perfettamente valida, ma non giuridicamente efficace, laddove la sua efficacia sia sospesa o condizionata ad opera di un’altra norma (c.d. quiescenza della norma valida).

A questo proposito, anticipando quanto si vedrà a suo luogo (v. *infra*, cap. XII, § 7.4), si può richiamare il caso della legge invalida per contrasto con la Costituzione, la quale continua ad essere efficace ed obbligatoria per tutti, sino a che non si pervenga alla declaratoria di incostituzionalità pronunziata dalla Corte costituzionale. Di talché, nelle more della decisione della Corte, la legge viziata si presenta, sul piano dell’efficacia, non dissimile da una legge perfettamente valida. D’altra parte, si può evocare l’ipotesi di una disciplina legislativa priva di vizi che, tuttavia, abbia bisogno di una normativa regolamentare di specificazione necessaria a consentirne l’applicazione o che sia caratterizzata da un termine iniziale di efficacia. Ebbene, senza l’adozione della prima o la scadenza del secondo, essa risulterebbe priva di capacità cogente.

Va, ad ogni modo, precisato che quando si parla di invalidità si deve tener conto che essa può presentarsi in una duplice forma, quale cioè **invalidità “in senso forte”** da distinguersi dalla **invalidità “in senso debole”**.

Mentre la seconda è l'ordinaria invalidità delle norme, che si presenta quale conseguenza della violazione di una qualsivoglia norma sulla normazione; violazione che, pur viziando la norma, non ne revoca in dubbio il suo *status* di norma propria di quell'ordinamento; la prima si ha invece nel momento in cui il vizio della norma discende da una disformità dallo schema normativo di riferimento talmente radicale da inficiare la configurabilità astratta dell'atto come giuridico e, dunque, l'appartenenza stessa della norma all'ordinamento. È il caso di *vulnera* arrecati a quelle norme essenziali che, presiedendo al processo riproduttivo dello *ius*, ne definiscono i tratti fondamentali perché destinati ad assicurare il riconoscimento della regola giuridica (norme ascrivibili di potere, norme che ne determinano la sua struttura *in essentia*, ecc.).

Si pensi al recente caso di una legge regionale della Calabria (n. 5/2010) approvata, non dal Consiglio regionale, ma dal Presidente della Regione in qualità di Commissario *ad acta* per l'attuazione del c.d. piano casa, definita dalla Corte costituzionale una mera parvenza di legge, priva dei necessari requisiti previsti dalla Costituzione per poter essere ritenuta atto legislativo, e pertanto insuscettibile fin dalla sua origine di determinare effetti di alcun genere (Corte cost., sent. n. 361/2010).

Per ciò che attiene al piano degli effetti si può quindi dire che da un vizio di "invalidità debole" derivi l'**annullamento** o la **disapplicazione** dell'atto-norma a seguito di un procedimento teso ad accertarne la natura viziata; diversamente da un vizio di "invalidità forte" dovrebbe derivare una situazione di **nullità/inesistenza**. Condizione, quest'ultima, talmente radicale da impedire che l'atto produca qualsiasi tipo di effetto, persino indipendentemente dall'eventuale accertamento del vizio.

Orbene, proprio l'ipotesi da ultimo considerata consente di precisare che, pur se in generale vera, la prefigurata divaricazione fra piano della validità e piano dell'efficacia delle norme può tuttavia essere rimessa in discussione proprio quando l'invalidità ridondi in vizio di appartenenza della norma all'ordinamento, in quanto, cioè, essa non risulti generata da una fonte (riconoscibile come) idonea alla sua produzione. Giacché, in tal caso, il vizio della norma spiega immediatamente i suoi effetti sull'esistenza della norma medesima e, quindi, sulla stessa possibilità di vedere ad essa riconosciuta efficacia nell'ordinamento.

È, del resto, proprio il fatto che l'invalidità della norma non ne revochi in dubbio l'appartenenza all'ordinamento che fa sì che ad essa si continui a riconoscere la capacità di spiegare i suoi effetti, ancorché in una dimensione di efficacia precaria soggetta all'eventualità che se ne accerti il vizio.

Insomma, l'essere la norma viziata efficace, nonostante la sua invalidità, discende dal fatto della sua perdurante appartenenza all'ordinamento, cioè, in sostanza, dalla sua riconoscibilità come norma di quell'ordinamento, conseguenza della sua **conformità essenziale** allo stesso preso come un tutto.

Nondimeno, va osservato altresì che i due piani della validità e dell'efficacia tendono inevitabilmente a riavvicinarsi una volta che ci si ponga, non a monte, bensì a valle dell'accertamento dell'invalidità.

Esaminando, infatti, le conseguenze che nell'ordinamento vengono riconosciute a quell'accertamento, ci si accorge che esse, in buona misura, si traducono in una incidenza sulla sfera di efficacia della norma. Sia l'**annullamento** sia la **disapplicazione** – che costituiscono le figure tipiche che danno forma a quelle conseguenze – rispondono, infatti, all'esigenza di impedire che la norma continui a produrre i suoi effetti, impedendo che essa possa continuare a spiegare la sua capacità qualificatoria in tutti i rapporti giuridici sorti a far tempo dall'avvenuto accertamento della sua invalidità, sino a giungere, nel primo caso (vale a dire l'annullamento), a una rimozione anche degli effetti generati in precedenza.

Ecco, perciò, che sia pur teoricamente distinta dalla validità, l'efficacia presenta uno speciale rapporto, più che con la validità stessa, con l'**invalidità**, costituendo il luogo di ricaduta degli effetti del suo reale e concreto manifestarsi.

Tirando le fila di questo lungo discorso, si tratta a questo punto di definire, in chiusura, i **caratteri tipici di ogni** ordinamento giuridico.

Dalla stretta inerenza dell'ordinamento al gruppo sociale, si trae il requisito necessario della **plurisoggettività**, onde solo in presenza di una pluralità di soggetti, destinatari delle prescrizioni di un sistema regolatorio, quel sistema può assurgere alla qualifica di ordinamento giuridico.

Peraltro, per tutto quel che s'è detto sinora, accanto all'elemento della plurisoggettività, va tenuto presente l'aspetto indeclinabile della **normazione**, in assenza del quale nessun ordinamento giuridico sarebbe neppure pensabile.

È, poi, evidente che la normazione si atteggia ad effetto dell'esercizio di un potere che suppone un assetto organizzato del gruppo sociale, il quale si costituisce, secondo una terminologia largamente in uso, in **istituzione**. Ecco, perciò, il terzo fattore costitutivo, dato dall'**organizzazione**.

La dottrina si è a lungo interrogata sulla precedenza del fattore normativo o di quello istituzionale in ordine alla nascita dell'ordinamento giuridico, secondo una risalente polemica fra i sostenitori del c.d. normativismo e del c.d. istituzionismo. Astenendoci dal prendere posizione su tale problema, in questa sede ci limitiamo a concludere per la necessaria compresenza dei tre aspetti della normazione, dell'organizzazione e della plurisoggettività perché un ordinamento abbia a dirsi esistente, conformemente ad una consolidata teoria (GIANNINI, 1950, 455 ss.; 1958, 219 ss.).

Gli aspetti
definitivi
dell'ordinamento
giuridico