



Pluralità degli ordinamenti e Costituzione Repubblicana

Dario Martire

dottorando in diritto costituzionale e diritto pubblico generale

Università “Sapienza” di Roma

Tutor Prof. Cesare Pinelli

1. Premessa

Nell’analizzare il tema oggetto della mia tesi di dottorato non potevo non partire dalla più che nota teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi Romano.

Questa teoria si afferma in polemica con le concezioni giuspositivistiche e statalistiche che riducevano tutto il diritto allo Stato.

La constatata crisi dello Stato moderno porta Romano ad elaborare una teoria che tenga conto della “realtà” al cui interno si affermano, con una forza senza precedenti, formazioni sociali di tutti i tipi (ordini corporativi, partiti, sindacati) che rivendicano la loro “autonomia” e “indipendenza” dallo Stato.

Il mio lavoro, muovendo dal presupposto, variamente condiviso da numerosi costituzionalisti, che *la Costituzione repubblicana abbia riconosciuto una pluralità di ordinamenti giuridici*, all’esterno e all’interno dell’ordinamento costituzionale, si propone di indagare le modalità con le quali tale riconoscimento è avvenuto. In questa prospettiva i riferimenti alla teoria della pluralità degli ordinamenti serviranno a vagliare, al di là degli stessi richiami nel testo, quando si sia in presenza di un ordinamento giuridico onde stabilire come la Costituzione abbia voluto incidere sul fenomeno analizzato e quali caratteristiche gli appartengano.

Nel farlo ho dovuto preliminarmente delimitare il campo della ricerca, escludendo dall’analisi i rapporti dell’ordinamento costituzionale con quelli esterni (ad es. l’ordinamento internazionale, dell’Unione Europea, della Chiesa cattolica), concentrandomi piuttosto *sui rapporti tra l’ordinamento costituzionale e quelli interni*.

In particolare ho preso in considerazione da un lato gli ordinamenti che si pongono con lo Stato in termini di libertà da esso, come esterni alla sua struttura; dall'altro quelli che, al contrario, si pongono, o almeno si considerano posti, al suo interno.

La scelta si è indirizzata verso cinque ordinamenti che già ad una prima analisi mostravano connotati opposti: gli ordinamenti che, potremmo dire, venivano valorizzati dal dato costituzionale (ordinamento sportivo, parlamentare, comunale), e quelli che, al contrario, venivano fortemente ridimensionati (militare) se non addirittura negati (penitenziario).

2. L'ordinamento sportivo come formazione sociale

Con riferimento ai rapporti tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento statale, mi sembra di poter condividere la diffusa opinione che il primo assuma rilevanza costituzionale ai sensi dell'art. 2 e dell'art. 18 Cost., *in quanto formazione sociale riconosciuta dalla Costituzione e associazione legittimata a porre un ordinamento autonomo da quello statale*, anche se, occorre affermarlo immediatamente, *non indipendente e, soprattutto, immune dai principi costituzionali*.

La tesi sembra anzitutto confermata da una constatazione generale cui può giungere chiunque si accosti al tema in questione. *Nell'ambito dell'ordinamento costituzionale repubblicano gli ordinamenti non si pongono, mai, come ordinamenti originari, in quanto trovano la loro legittimazione e quindi, in un certo senso, derivano la loro legittimità dalla Costituzione. Si tratta quindi in ogni caso di ordinamenti che derivano dalla Costituzione e che, per tale motivo, non possono essere originari.*

Un secondo e complementare argomento per accogliere la tesi riportata può basarsi sulle disposizioni della Carta olimpica adottata dal Cio dove risulta fondamentale, per il movimento olimpico e per la sua organizzazione, l'assoluta necessità di preservare spazi di autonomia e di non ingerenza dall'esterno, ed in particolare dagli Stati nazionali. Difatti, tra i principi fondamentali della Carta si legge: «Il Movimento Olimpico raggruppa sotto l'autorità suprema del C.I.O. le organizzazioni, gli atleti e tutti coloro che accettino di essere guidate dalla Carta Olimpica. Il criterio di appartenenza al Movimento Olimpico consiste nel riconoscimento da parte del C.I.O. L'organizzazione e la gestione dello sport devono essere controllate *da organismi sportivi indipendenti, riconosciuti come tali*». I C.N.O. possano sì beneficiare del sostegno dei poteri pubblici nella realizzazione dei propri obiettivi, ma allo stesso tempo, devono preservare la loro *autonomia e resistere a tutte le pressioni, incluso quelle di ordine politico, religioso od economico* che potrebbero impedire loro di rispettare la Carta Olimpica.

In terzo luogo occorre considerare il fatto che il fenomeno sportivo si diffuse, nei paesi europei, ed in particolare in Italia, *attraverso libere associazioni*, in una prospettiva di *autonomia e indipendenza dallo Stato*.

La legge 280 del 2003 rappresenta il principale intervento legislativo che sia mai stato fatto in tema di ordinamento sportivo, con l'obiettivo dichiarato di chiarire normativamente quali siano i "confini" tra i due ordinamenti. In tal modo l'autonomia dell'ordinamento sportivo non è più affidata alla tradizione o alla ricostruzione della dottrina giuridica (Giannini o Romano); si prevede, addirittura all'articolo 1, che la Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo.

Come è stato correttamente sostenuto, al fine di superare il caos giurisdizionale di inizio secolo, vi è stata la «affermazione in via legislativa del paradigma del pluralismo giuridico, per cui quello statale e quello sportivo nazionale costituiscono due ordinamenti distinti: affermazione che peraltro viene giustificata per il tramite dell'inciso, probabilmente di ispirazione gianniniana, che definisce l'ordinamento sportivo nazionale come una "articolazione" dell'ordinamento sportivo internazionale» (GROSSI).

Ciò detto, mentre la gran parte degli studiosi dell'ordinamento sportivo tende a limitarsi a rinvenirne il fondamento costituzionale, approfondendo poi ulteriori prospettive di indagine, il taglio prescelto nella ricerca mi impone invece di continuare a trattare *i rapporti tra l'ordinamento sportivo e la Costituzione*.

La Costituzione del 1948 non conteneva alcuna norma di riferimento per quanto riguardava il fenomeno sportivo, né nel senso di diritto allo sport del singolo, né tanto meno come ordinamento sportivo. Il legislatore costituzionale, con la riforma del 2001 ha deciso invece di aggiungere, tra le materie inserite nel comma 3 dell'art. 117, la locuzione "ordinamento sportivo". Si è proceduto pertanto alla costituzionalizzazione dello sport, anche se, occorre dire, forse nell'utilizzare tale terminologia il legislatore non ha inteso formalizzare e riconoscere il fenomeno sportivo in termini ordinamentali.

La norma, infatti, si presta ad essere interpretata in senso "riduzionistico" poiché, nello stesso comma, il legislatore ha nuovamente utilizzato il termine ordinamento, ma con riferimento al settore della comunicazione, settore di cui certamente si può negare il carattere ordinamentale.

Si ritiene pertanto che il legislatore non abbia voluto, per tramite di tale norma, attribuire rilevanza costituzionale al fenomeno sportivo come ordinamento, ma abbia semplicemente previsto una materia, qual è quella riconducibile all'attività sportiva complessivamente intesa, nel quale sia lo Stato, con la normativa di principio, sia le Regioni, con le normative di dettaglio, possono intervenire per legiferare.

Tutto quanto detto non significa tuttavia che la Costituzione non contenga norme riferibili al fenomeno sportivo.

Al contrario si ritiene di aderire alla dottrina che riconduce lo sport nell'ambito della tutela costituzionale offerta dagli art. 2 e 18 Cost.

Lo sport rappresenta infatti uno degli ambiti in cui i membri della comunità sono “uniti” da alcuni valori, i quali rappresentano motivo di coesione che determinano una comunità.

Lo sport è, a tutti gli effetti, una formazione sociale. L'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e non può essere posto in dubbio che lo sport consenta all'essere umano lo sviluppo della sua personalità, spiegando esso una dimensione della persona attinente alla sua spiritualità, fondata sull'agonismo sportivo e sulla lealtà sportiva (GUARINO).

La riconduzione del fenomeno sportivo nell'ambito della tutela *ex art. 2 Cost.* modifica, di gran lunga, il metodo di analisi dei rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento statale. Il riconoscimento dello sport come ordinamento autonomo in virtù dell'art. 2 Cost. e come formazione sociale determina un radicale cambiamento. Esso riceveva l'esistenza dall'ordinamento dello Stato e trovava unicamente in questo la sua legittimazione. L'ordinamento dello Stato poteva conseguentemente atteggiare o modificare l'ordinamento minore nel modo che meglio avesse ritenuto opportuno. Ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, il rapporto si capovolge. Lo sport, come è poi nella realtà storica, è un ordinamento che esiste indipendentemente dallo Stato e che lo Stato riconosce ed accetta in quanto tale. Il suo essere una “formazione sociale”, una formazione per di più sovranazionale, comporta per lo Stato un obbligo di garanzia e di tutela. Lo sport è pertanto un ordinamento che si pone come “indipendente” nei confronti dello Stato (GUARINO).

La tesi di Guarino trova conferma nella circostanza che l'elemento caratterizzante il fenomeno sportivo è rappresentato dalla condivisione di una regola fondamentale, vale a dire la conduzione dell'attività sportiva improntata al miglioramento del proprio benessere psico-fisico e al rispetto delle regole del “gioco”, di quello che viene definito “fair play”, con la conseguenza fisiologica che la controversia c.d. “tecnica” sia risolta all'*interno* dell'ordinamento sportivo con rinuncia ad avvalersi dei rimedi apprestati dall'ordinamento giuridico generale.

Questa sembra essere stata la logica fatta propria dalla legge 280 del 2003. L'art. 1 utilizza il termine “riconosce”, che può solo essere interpretato nel senso che l'ordinamento della Repubblica percepisce e individua qualcosa che è già noto, che è già esistente, al fine di regolarne i rapporti, quelli che sono stati definiti i “confini” tra i due ordinamenti.

Da una parte della dottrina si è ritenuto che la concezione dello sport come attività improntata al fair play e all'etica e alla lealtà sportiva non appartenga più ai nostri tempi, in quanto contaminato dal rilievo economico che il fenomeno ha assunto (MANFREDI).

Tale conclusione non può condividersi; è certamente vero che il fenomeno sportivo abbia assunto nel corso degli ultimi anni una rilevanza economica del tutto spropositata rispetto alle origini; ma non può negarsi che quando si ha a che fare con il mondo dello sport, sia sempre presente una componente “ludica”, che presuppone una condivisione di valori, che è presente sia nel mondo del professionismo che nel mondo amatoriale, che difficilmente può essere cancellata, anche in un periodo storico come il nostro in cui l’aspetto economico sembra governare indisturbato qualsiasi aspetto della convivenza sociale (GROSSI).

Lo sport, secondo quanto stabilito dall’art. 2 della Carta europea dello Sport, è costituito da «qualsiasi forma di attività fisica che, attraverso una partecipazione organizzata o non, abbia per obiettivo l’espressione o il miglioramento della condizione fisica e psichica, lo sviluppo delle relazioni sociali o l’ottenimento di risultati in competizioni di tutti i livelli».

Inteso in tal senso lo sport rappresenta sicuramente un’attività attraverso la quale l’uomo svolge la propria personalità, e pertanto trova espresso riconoscimento nell’art. 2 della Costituzione italiana.

L’interpretazione sistematica della Costituzione consente quindi di attribuire rilevanza costituzionale allo sport, inteso sia come diritto del singolo allo sport (ed in tal senso la norma di riferimento non può non essere anche l’art. 32), sia come diritto del singolo a svolgere la propria personalità all’interno della formazione sociale di riferimento.

Si può immediatamente cogliere l’importanza decisiva che assume il concetto di relazione quando si analizza la tematica dei diritti inviolabili e delle formazioni sociali: parte della dottrina, partendo invece da un conflitto di valori tra principio personalistico e principio pluralistico, è giunta ad affermare che «è proprio dalla formula dell’art. 2 della Costituzione che si evince un dato scarsamente coerente con la prospettiva dell’indipendenza degli ordinamenti infrastatali rispetto all’ordinamento statale. Come s’è anticipato, si tratta dell’affermazione del principio personalistico, che secondo la dottrina in assoluto prevalente comporta la chiara e netta preminenza del riconoscimento e della tutela dei diritti inviolabili dell’uomo sul principio pluralistico, ed altresì la funzionalità di questo secondo principio all’attuazione del primo: in altri termini, l’art. 2 contiene l’esplicito ancoraggio del principio del pluralismo sociale al riconoscimento e alla promozione dei diritti personali individuali (...) secondo una dimensione e un riferimento ideale di tipo personalistico» (MANFREDI).

Attraverso tale lettura, tuttavia, si giunge a svilire il principio pluralistico, fino ad annullarlo completamente e, di conseguenza, si priva di valore anche il principio personalistico, la cui tutela è invece alla base della teoria anzidetta.

Tali interpretazioni (che contrappongono il principio personalistico ed il principio pluralistico), postulando un conflitto ed imponendo una gerarchia dei valori, sviliscono il significato dell’art. 2 Cost., in quanto è proprio all’interno delle formazioni sociali e tramite di esse che l’uomo realizza

la sua essenza, la sua personalità, il suo esser uomo in quanto tale. Pertanto, non si verifica alcun conflitto di valori. Il conflitto di valori semmai può determinarsi tra l'esigenza di autonomia della formazione sociale e l'esigenza di tutela degli individui e quindi, come già sostenuto in precedenza, tra art. 2 e art. 24 Cost. Conflitto che impone quindi un bilanciamento, posto che «i principi non si strutturano, di regola, secondo una “gerarchia dei valori”. Se ciò avvenisse, si determinerebbe un'incompatibilità col carattere pluralistico della società, inconcepibile nelle condizioni costituzionali materiali attuali. In caso di conflitto, il principio più elevato priverebbe di valori tutti i principi inferiori e darebbe luogo a una minacciosa “tirannia del valore” fondamentalmente distruttiva» (MODUGNO). Un approccio metodologico diverso prevede la possibilità del bilanciamento dei valori, che implica «la possibilità della limitazione del singolo valore fino al punto di estrema tensione che non produca il suo totale sacrificio, che non pregiudichi cioè la sua ineliminabile ragion d'essere».

Sembra quindi di potersi affermare che attraverso l'art. 2 Cost. è avvenuto il riconoscimento di ordinamenti giuridici diversi rispetto all'ordinamento statale, e nei confronti dei quali il legislatore non può, discrezionalmente, intervenire fino al punto di eliminare ogni brandello di autonomia attribuita agli stessi. La Costituzione, mediante l'art. 2, riconosce l'esistenza di ordinamenti distinti ed autonomi, anche se non indipendenti.

Come è stato giustamente sostenuto «non vi ha dubbio che il Costituente italiano adottò la dottrina istituzionalistica e della pluralità degli ordinamenti giuridici per risolvere il problema dei rapporti o del comportamento dello Stato rispetto a tutte le “formazioni sociali”, *di natura istituzionale nonché territoriale*, sia che esistano nell'ambito del suo territorio e lo trascendano come enti originari. (...) Dal fatto che la Costituzione pone accanto all'uomo come singolo, le “formazioni sociali” delle quali naturalmente egli fa parte per il conseguimento degli scopi comuni con gli altri uomini, discende che tali formazioni debbono venire considerate come entità correlativamente e naturalmente dotate di diritti e garanzie insopprimibili» (AMBROSINI).

Gli ordinamenti riconducibili all'art. 2 Cost., tra cui si ritiene debba essere ricompreso anche l'ordinamento sportivo nazionale, non si pongono nei confronti dell'ordinamento della Repubblica come indipendenti, e cioè sovrani, in quanto il concetto di indipendenza è strettamente legato a quello di sovranità; quando si ha riguardo a ordinamenti interni non si vuole fare riferimento a tale concetto. Già Giannini si riferiva all'ordinamento sportivo (mondiale) in termini di originarietà, ma mai di sovranità, e non potrebbe essere altrimenti, posto che la sovranità ha a che fare con gli Stati; il diverso concetto di autonomia, presuppone, come affermato da grossi, una relazione tra due soggetti; nel caso dell'ordinamento sportivo il rapporto di relazione e di autonomia è sì con l'ordinamento dello Stato, ma non per volontà dello Stato stesso; è, infatti, la Costituzione e quindi la Repubblica che lo riconosce e lo garantisce ai sensi dell'art. 2 Cost. Difatti, «lo Stato veramente

democratico riconosce e garantisce non soltanto i diritti dell'uomo isolato, che sarebbe in realtà un'astrazione, ma i diritti dell'uomo associato secondo una libera vocazione sociale» (DESIERVO). Si ritiene che non sia il concetto di indipendenza che caratterizza un ordinamento, bensì il concetto di originarietà, nel senso che ogni ordinamento fonda la sua esistenza, come ebbe a dire Giannini, esclusivamente sulla “forza” dell'ordinamento stesso, e non su quella di altri ordinamenti; caratteristica sicuramente ascrivibile all'ordinamento sportivo, che presuppone la spontaneità nell'unione, la condivisione spontanea di valori unificanti; *tale ordinamento, all'interno dell'ordine costituzionale, per i motivi che dicevo all'inizio risulta tuttavia autonomo, non originario, non sovrano. L'art. 2 Cost “riconosce” la formazione sociale sport, in quanto ordinamento, all'interno del quale l'uomo svolge la sua personalità; quel riconoscimento fa venir meno l'originarietà; quest'ultima costituisce il presupposto di quel riconoscimento, ma nel momento in cui vi è, potremmo dire, il “contatto” costituzionale l'originarietà viene meno e viene riqualificata come autonomia; autonomia che risulta funzionale allo svolgimento della personalità dell'uomo.*

La problematica principale ha riguardato il conflitto tra il principio dell'autonomia dell'ordinamento sportivo e il principio del diritto di azione e di difesa, espressamente qualificato come inviolabile dall'art. 24 Cost.

3. L'ordinamento parlamentare come ordinamento competenziale

In secondo luogo ho esaminato i rapporti tra ordinamento parlamentare e ordinamento statale, rilevando che il principio, affermato sin dalle origini del diritto parlamentare e ancora oggi rivendicato dalle Assemblee, in base al quale esse operano alla luce ed in funzione di un loro proprio “diritto”, ha trovato attuazione negli artt. 64 e 72 Cost. che disciplinano l'ordinamento parlamentare in termini di autonomia.

La Costituzione, con riferimento all'ordinamento parlamentare, per motivi che possiamo individuare nella “tradizione” e, soprattutto, nel ruolo che l'organo “Parlamento” è chiamato a svolgere nel sistema istituzionale designato, attribuisce una funzionale autonomia alle Assemblee, configurando anche l'ordinamento parlamentare come ordinamento autonomo. Mentre nei casi citati l'autonomia rimane un connotato intrinseco, il Parlamento è sempre stato considerato un organo dello Stato, in cui l'affermazione dell'Assemblea si correla sempre ad un'istanza di indipendenza dalla Corona e, in particolar modo, dai funzionari reali preposti all'amministrazione della giustizia secondo le norme dell'ordinamento generale. L'autonomia è strutturata quindi in modo diverso rispetto a quella dell'ordinamento sportivo e, per certi versi, come vedremo, anche rispetto all'ordinamento del Comune.

Prima di tutto, quindi, esse si oppongono al Re e, nel momento in cui si afferma lo Stato moderno, si innesta un continuo conflitto tra ordinamento dello Stato e ordinamento parlamentare. Il successivo passaggio storico del riconoscimento esplicito della potestà regolamentare riflette infatti il conflitto tra la monarchia e la rappresentanza parlamentare: negli ordinamenti in cui prevale la prima si vincola il regolamento delle Assemblee al rispetto delle leggi, e, di riflesso, si riconduce (o si tenta di farlo) l'ordinamento parlamentare all'ordinamento dello Stato; al contrario nei contesti in cui ha la meglio la Camera rappresentativa il riconoscimento ha ad oggetto un potere considerato preesistente.

Da qui la teorizzazione della nozione di ordinamento "interno" cui la dottrina ha fatto spesso riferimento per spiegare le particolari caratteristiche delle Camere all'interno appunto dell'ordinamento dello Stato.

Ed è in tale contesto che si afferma la disputa dottrinale tra la tesi che fa leva sulla qualità ricognitiva-dichiarativa delle norme costituzionali che prevedono il potere di adottare il regolamento e la tesi che invece le attribuisce carattere costitutivo, al fine di ricondurre tale potere, ed indirettamente l'organo titolare del potere stesso, allo Stato.

Parte della dottrina ripropone la tesi della natura dichiarativa dell'art. 64 Cost., al fine di sostenere anche sotto la vigenza della nuova Carta costituzionale, la separatezza del diritto parlamentare ritenendo sussistente un'indipendenza sostanzialmente analoga ai precedenti ordinamenti ed estesa a tutti gli organi costituzionali (MARTINES, MANZELLA).

Obiettivo della teoria è di impedire la sindacabilità della fonte regolamento parlamentare da parte della Corte costituzionale. L'indipendenza delle Assemblee viene cioè rivolta non più nei confronti del Re, ma dell'organo costituzionale chiamato a verificare la legittimità degli atti del potere legislativo.

L'Autore che esprime con maggior vigore la concezione che attribuisce carattere costitutivo al regolamento parlamentare è certamente Vezio Crisafulli.

Per Crisafulli l'entrata in scena della Corte costituzionale esprime un concetto ben preciso: l'indipendenza delle Camere non comporta "onnipotenza o assenza di limiti (e di controllo sul rispetto dei limiti)". I regolamenti parlamentari non rientrano più tra gli atti interni di ordinamenti particolari e, *chiusi*, rispetto all'ordinamento generale. Il testo costituzionale, oltre a riconoscerne l'esistenza, ne disciplina la deliberazione. *Dal combinato disposto degli artt. 64 e 72 risulta la norma di riconoscimento, che consente di ascrivere i regolamenti parlamentari tra le fonti del diritto oggettivo.*

E quindi la situazione può essere assimilata a quella prevista per le fonti di autonomia, per le quali ovviamente sussiste un limite, trattandosi di autonomia, che può consistere in un limite territoriale o materiale di validità, con la conseguenza che il potere previsto può essere esercitato solo nella

propria sfera. Il che non toglie peraltro che “le norme prodotte siano costitutive del diritto oggettivo (dell’ordinamento generale, cioè)”.

Le caratteristiche dell’ordinamento parlamentare sono, da questo punto di vista, molto simili a quelle dell’ordinamento regionale, a nulla rilevando il fatto che nell’un caso sia prevista la natura “regolamentare” dell’atto e nell’altro la natura “legislativa”. Ciò che rileva è la natura, potremmo dire, competenziale che viene attribuita ai rispettivi ordinamenti, e non a caso, in entrambi si fa riferimento alla nozione di “autonomia”. Anche nel caso dell’ordinamento parlamentare la Costituzione riserva un “settore” in cui le Camere, con i loro regolamenti, possono e devono intervenire. Ciò non significa, ed in tal senso va letta la sentenza n. 120 del 2014 della Corte costituzionale, che essi siano, come in passato, fonti puramente interne. Al contrario essi sono, a tutti gli effetti, fonti dell’ordinamento generale della Repubblica.

Ho, pertanto, approfondito la giurisprudenza costituzionale relativa giungendo alla conclusione che tale ordinamento ha ricevuto legittimazione anche dalla Corte costituzionale che, in particolare nella decisione n. 379/1996, ha legittimato l’ampia autonomia rivendicata dalle Assemblee legislative.

4. L’ordinamento del Comune

Dall’analisi dei primi due ordinamenti ho quindi tratto la seguente conclusione: il Costituente, nel disciplinare i rapporti con l’ordinamento statale, ha utilizzato il concetto di “autonomia”, che si prestava ad una valorizzazione dei rapporti tra ordinamenti in termini non di separazione e indipendenza, ma di influenza, di conformazione, soprattutto in attuazione dei principi costituzionali. I maggiori problemi si ponevano, difatti, nel bilanciare due principi costituzionali che potevano venire in conflitto, vale a dire, in particolare, il diritto di difesa da un lato (art. 24 Cost.), l’autonomia dell’ordinamento dall’altro.

L’analisi del terzo ordinamento ha confermato alcune delle conclusioni a cui ero giunto. Nell’esaminare l’ordinamento comunale sono partito dalla rilevanza di esso nell’ambito dell’ordinamento dello Stato liberale, nel quale veniva concepito in termini di ente “autarchico”. In particolare, nell’ambito di tale ordinamento, tutto ciò che il Comune può fare è ciò che lo Stato, con le sue leggi e i suoi controlli, gli consente di fare. Non vi è autonomia, in quanto il Comune viene inserito in una costruzione per così dire “piramidale” dello Stato; tutto viene ricondotto ad esso, tutta la realtà sociale viene ricostruita partendo dal punto di vista statale e all’interno di esso. Pertanto viene elaborata la nozione di “autarchia” che sembra accantonare tutti i problemi teorici che lo Stato liberale, ed i suoi principi intrinseci, pone con la nozione di “autonomia”.

Al contrario, la Costituzione Repubblicana, pone tra i suoi principi fondamentali l'art. 5, che consentiva, anche prima della revisione costituzionale del 2001, di ritenere che l'autonomia rappresentasse un principio concernente tutti gli enti territoriali.

Nella dottrina dell'Esposito vi è, rispetto alle precedenti, un radicale cambio di prospettiva. L'illustre Autore parte dal principio affermato nell'art. 5 Cost. per giungere ad analizzare, alla luce del principio "positivo" di riconoscimento e promozione di tutte le autonomie locali, il titolo V e le norme in esso previste. Difatti, «la coesistenza nello Stato di questi centri di vita territoriale non costituisce, nella nostra Costituzione, un mero espediente giuridico-amministrativo o un utile strumento di buona legislazione ed amministrazione. Anche se questo è uno dei fini delle autonomie locali, *la inserzione della dichiarazione tra i principi fondamentali della nostra Costituzione, la circostanza che se ne sia trattato in sede separata dalla organizzazione amministrativa, le concordi dichiarazioni in Assemblea costituente, stanno a provare come il nostro legislatore ha voluto accentuare, con chiara coscienza, che le autonomie locali hanno nella vita dello Stato un ben maggiore significato.* Queste autonomie non hanno rilievo solo per la organizzazione amministrativa, ma incidono in profondità sulla struttura interiore dello Stato, e non solo tendono ad adeguare gli istituti giuridici alla complessa realtà sociale che vive nello stato, ma *costituiscono per i cittadini esercizio, espressione, modo d'essere, garanzia di democrazia e di libertà*».

Anche per Benvenuti l'ordinamento del Comune, e degli enti territoriali, alla luce delle norme costituzionali, non può più essere considerato un ordinamento derivato dallo Stato. Esso deriva i propri poteri esclusivamente dall'ordinamento repubblicano. La premessa strutturale consente quindi all'Autore di svincolare le comunità intermedie territoriali dal loro legame genetico con l'ordinamento dello Stato. I rapporti tra i loro ordinamenti non sono più concepibili in termini di "autarchia", bensì in termini di "autonomia"; pertanto il Comune, così come la Provincia e la Regione, è libero di individuare i propri interessi anche se differenti e contrapposti a quelli dello Stato, inteso come Stato-persona. Si tratta quindi di una suddivisione di ordinamenti.

Dall'analisi del terzo ordinamento viene confermata quindi l'utilizzazione del concetto di "autonomia" nell'approccio dell'ordinamento Repubblicano con ordinamenti che si è inteso valorizzare e nei confronti dei quali si è avuto, per così dire, "fiducia", ritenendo che l'attribuzione di autonomia fosse funzionale al raggiungimento dei fini e dei valori costituzionali.

5. L'ordinamento militare e l'ordinamento (fattuale) penitenziario

Da ultimo ho preso quindi in considerazione due ordinamenti, aventi caratteristiche, del tutto opposte rispetto agli ordinamenti c.d. autonomi ed aventi tra di loro, in parte, peculiarità

assimilabili. Si tratta dell'ordinamento militare e dell'ordinamento penitenziario, in ordine ai quali, peraltro, la stessa qualificazione in termini di ordinamento giuridico è discussa.

Come è noto, la dottrina più risalente ha ricostruito l'organizzazione militare come un vero e proprio ordinamento giuridico, basato principalmente sull'onore e sulla disciplina militare; l'ordinamento militare ha, difatti, costituito storicamente una "istituzione" nel senso romaniano del termine, dato che trovava in sé stessa la sua forza vitale fondata su proprie regole di condotta che l'ordinamento dello Stato ha inizialmente piuttosto riconosciuto che imposto.

L'art. 52, comma 3, si esprime con una "forza" difficilmente riscontrabile in altre disposizioni costituzionali, prescrivendo che l'ordinamento militare si informa allo spirito democratico della Repubblica, ed abbandonando una nozione istituzionistica di Forze armate, allo scopo di realizzare quella continuità e quella immedesimazione tra Forze armate e società civile, obiettivo del resto dichiarato dall'Assemblea costituente.

Tuttavia, e ciò risulta confermato dall'analisi della giurisprudenza costituzionale, se la Costituzione non legittima un ordinamento estraneo e separato rispetto all'ordinamento statale, dall'altro, come affermato da Carlo Esposito, "se i soggetti dell'ordinamento militare venissero considerati come soggetti in tutto e per tutto equiparati ai cittadini, non si avrà democratizzazione delle Forze Armate, bensì il loro scioglimento, con conseguente tradimento delle finalità che i costituenti avevano previsto con la positivizzazione dell'art. 52, comma 3". La Costituzione recepisce l'assoluta specialità della funzione militare che quindi consente la compressione di alcuni diritti incompatibili con la funzione "speciale" realizzata dall'ordinamento militare; tuttavia tale compressione, come sempre quando si deve operare un bilanciamento, può operare fino al punto di estrema tensione che non produca il sacrificio totale del diritto garantito (MODUGNO). Difatti, la legge n. 382 del 1978 (Norme di principio sulla disciplina militare), prevede, all'art. 3 (ora trasfuso nell'art. 1465 del Codice sull'ordinamento militare), che "ai militari spettano i diritti che la Costituzione della Repubblica riconosce ai cittadini. Per garantire l'assolvimento dei compiti propri delle Forze armate la legge impone ai militari limitazioni nell'esercizio di alcuni di tali diritti, nonché l'osservanza di particolari doveri nell'ambito dei principi costituzionali. Lo Stato predisporre misure effettive volte a tutelare e promuovere lo sviluppo della personalità dei militari nonché ad assicurare loro un dignitoso trattamento di vita". Basti pensare all'art. 1475, rubricato "Limitazioni all'esercizio del diritto di associazione e divieto di sciopero" secondo cui: "La costituzione di associazioni o circoli fra militari è subordinata al preventivo assenso del Ministro della difesa. I militari non possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali. I militari non possono aderire ad associazioni considerate segrete a norma di legge e a quelle incompatibili con i doveri derivanti dal giuramento prestato. I militari non possono esercitare il diritto di sciopero".

Difatti, nella giurisprudenza costituzionale se, da un lato, si afferma con estrema forza che con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana si supera radicalmente la logica istituzionalistica dell'ordinamento militare e, pertanto, esso viene ricondotto nell'ambito del generale ordinamento statale, come tale non più esaltato come posto a tutela di beni e valori di tale particolare importanza da superare, nella gerarchia dei valori garantiti, tutti gli altri, dall'altro, in varie decisioni, si sostiene che nell'ordinamenti militare (diversamente dall'ordinamento statale) si aggiunge il rispetto del rapporto gerarchico-disciplinare cui ogni militare è soggetto nei confronti del superiore in grado: e si tratta di un bene irrinunciabile (la disciplina militare) che è alla base dell'ordinamento militare, senza del quale si verifica la sovversione dell'ordinamento stesso.

La conclusione a cui sono giunto è pertanto quella di poter ricostruire l'ordinamento militare come ordinamento "speciale". La nozione di "specialità" è sembrata la più idonea per descrivere i rapporti tra questo ordinamento e l'ordinamento statale, alla luce del dover essere costituzionale.

Diversamente da quanto affermato da autorevole dottrina, secondo cui l'ordinamento militare, inteso in senso stretto, non ha legittimazione, non è riconosciuto dall'ordinamento dello Stato, per cui esso deve essere assorbito dall'ordinamento statale e cessare di esistere (BACHELET, MODUGNO), si ritiene infatti di poter affermare che la ricostruzione della *societas* militare mediante la qualificazione "ordinamento giuridico" sia ancora, nei limiti di cui darò conto, possibile. In particolare, la maggiore critica riguarda il requisito della normazione, che ogni ordinamento, per poter essere definito tale, deve avere, che mancherebbe nell'ordinamento militare, in quanto interamente proveniente dall'ordinamento dello Stato.

Si ritiene che l'art. 52, comma 3, imponga, senza dubbio, un intervento di conformazione dell'ordinamento statale e quindi della sua legislazione; ciò è esplicito nella norma costituzionale ove si sceglie di imporre una conformazione dell'ordinamento militare ai principi democratici, il che significa sostanzialmente che l'ordinamento militare, autonomamente, non è stato ritenuto, al momento della Costituente, in grado di raggiungere quei fini e valori costituzionali. Per questo si impone l'entrata in scena dell'ordinamento statale ed il superamento della logica istituzionalistica dell'ordinamento militare. In tale ottica, la Costituzione, con l'art. 52, comma 3, esclude categoricamente che l'organizzazione militare assurga a ordinamento autonomo e questo perché si ritiene incompatibile l'attribuzione di autonomia e il raggiungimento di quel particolare scopo che si presenta estraneo alla storia dell'organizzazione militare, ossia quell'informarsi allo spirito democratico della Repubblica, che si reputa non raggiungibile pel tramite di autonomia da riconoscere all'organizzazione militare.

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

L'ordinamento militare non è, per tali motivi, un ordinamento autonomo; ma proprio perché non autonomo è consentito allo Stato ed al suo ordinamento, proprio in vista di quei valori costituzionali di tutela della persona, anche militare, di intervenire con una forza maggiore rispetto ad ordinamenti cui è invece riconosciuta autonomia.

Tuttavia si ritiene che questo non sia sufficiente per ritenere superata la ricostruzione della *societas* militare come ordinamento giuridico. Se non ci sono dubbi che non si possa più parlare di ordinamento militare autonomo, come anticipato, si è ritenuto di poter ricostruire tale ordinamento come "speciale". Difatti, quando la normazione dell'ordinamento statale afferma, come all'art. 715 del d.P.R. 90 del 2010, che nelle relazioni di servizio e disciplinari il militare è tenuto a osservare la via gerarchica o, come all'art. 718, che il militare ha il dovere di conservare e migliorare le proprie conoscenze e le capacità psicofisiche e deve tendere al miglioramento delle sue prestazioni al servizio delle Forze armate attraverso la pratica di attività culturali e sportive, si fa riferimento a una normazione che è propria dell'ordinamento militare, perché esprime dei valori che sono propri di tale ordinamento, e di nessun'altro; è certamente vero che è la normazione statale a stabilirle, ma si tratta di norme che trovano la loro origine all'interno dell'ordinamento militare e che, pertanto, rinviano ad esso. Si tratta di norme che non innovano l'ordinamento (statale), si limitano a rinviare ai principi dell'ordinamento militare, a quella "*disciplina militare*", per ripetere le parole della Corte costituzionale, *senza la quale si determinerebbe la sovversione dell'ordinamento stesso* (sent. 278/1990).

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

E' quindi solo con il venir meno della disciplina militare e dell'onore che si determinerebbe la cessazione "*effettiva*" dell'ordinamento militare. *Ma ciò sarebbe in contrasto con la normativa costituzionale, che attribuisce rilevanza, in vista del valore "difesa della patria", alla organizzazione gerarchica e disciplinare delle Forze armate, senza la quale non si avrebbe democratizzazione delle stesse, bensì scioglimento (ESPOSITO).*

Infine, come anticipato, mi sono occupato del fenomeno che con assai maggiore difficoltà può rientrare nella nozione di ordinamento, ossia l'ordinamento penitenziario che, come l'ordinamento militare, è stato in passato configurato come ordinamento estraneo e separato dall'ordinamento statale, sempre in virtù della nota teoria della supremazia speciale ed anche mediante la teoria romaniana degli "ordinamenti interni", secondo le quali i diritti costituzionalmente garantiti non

dovrebbero “entrare” nell’ordinamento penitenziario se non quando si è certi che essi non rappresentino un ostacolo al funzionamento del sistema penitenziario.

La locuzione ordinamento giuridico è scarsamente utilizzata, se non nel senso di “disciplina giuridica”; *ciò in quanto, ragionando diversamente, si potrebbe dare l'impressione di voler conferire dignità e quindi autonomia a una serie di prassi amministrative che certamente contrastano con la Costituzione e non solo con essa.*

La ragione del ricorso alla nozione è opposta. Proprio l'utilizzo di essa rende possibile misurare lo scarto tra i principi costituzionali posti a base della regolazione della realtà carceraria e le prassi amministrative.

Nell'adoperare la nozione mi riferisco dunque ad un fenomeno ad alto tasso di effettività, anche se non provvisto di sufficiente legittimazione.

Dall’analisi delle norme costituzionali di riferimento (art. 13, comma 4; art. 27, comma 3) emerge, difatti, che l’ordinamento penitenziario non trova alcuna legittimazione costituzionale, posto che la valorizzazione della dignità e della persona non consentono una compressione ulteriore di diritti costituzionalmente garantiti in un luogo, il “carcere”, in cui si entra già limitati nell’esercizio del diritto fondamentale della libertà personale. Anzi, *al contrario dall'analisi delle norme costituzionali si può inferire che il mezzo per raggiungere le finalità e l'attuazione dei valori costituzionali sia rappresentato dall'assicurare e non dal privare i diritti costituzionalmente garantiti all'interno dell'ordinamento penitenziario.*

Le finalità indicate dalla normativa costituzionale richiedono, pertanto, un superamento della logica ordinamentale. Difatti, l’analisi della normativa legislativa, dal punto di vista del dover essere, evidenzia tale superamento. Tuttavia si ritiene di poter affermare l’esistenza in fatto di un ordinamento penitenziario, nel quale non trovano applicazione i diritti costituzionalmente garantiti.