

Le ocaiole delle Contrade di Siena tra consuetudini e formalismi giuridici
(Nota a Tribunale di Siena, 19 gennaio 2010)

di Antonio Leo Tarasco

SOMMARIO: 1. Il problema della partecipazione femminile nella Nobile Contrada nell'Oca di Siena. - 2. Ambito applicativo del principio di parità uomo-donna e sua applicabilità ai rapporti associativi. - 3 La condizione femminile nella Nobile Contrada dell'Oca. - 4. La forza della consuetudine. - 4.1. Considerazioni generali. - 4.2. Il diritto consuetudinario e le Contrade di Siena. - 5. Conclusioni (e una critica).

1. Il problema della partecipazione femminile nella Nobile Contrada nell'Oca di Siena.

Con la sentenza che si annota, il Tribunale di Siena affronta il ricorso proposto da sessantadue donne *ocaiole* della Nobile Contrada dell'Oca di Siena per vedersi riconosciuto il diritto, in qualità di protettori della medesima Contrada, a partecipare all'organo assembleare della Contrada riservato, invece, per antica ed inveterata consuetudine, esclusivamente ai maschi contradaioi, secondo una norma vigente unicamente nella Nobile Contrada dell'Oca rispetto alle complessive diciassette contrade¹.

La sentenza respinge il ricorso non già nel merito ma prima ancora in rito, denegando la legittimazione attiva delle ricorrenti sulla base del presupposto che le ricorrenti "si sono fatte portatrici in modo inammissibile degli interessi di una collettività indeterminata di soggetti" riuniti, invece nella *Società delle donne* della *Contrada dell'Oca*, così operando "una sostituzione processuale non consentita dalla legge".

In pratica, il numero consistente delle ricorrenti non viene giudicato sufficiente dal tribunale senese per poter agire processualmente a nome di tutte le donne *ocaiole*, specificamente rappresentate dalla cennata *Società delle donne*; della sostanziale non rappresentativa delle ricorrenti è testimonianza l'intervento in giudizio di altre donne che hanno agito per il rigetto del ricorso proposto dalle altre ocaiole, così dimostrando chiaramente l'assenza di rappresentatività del ricorso principale proposto.

Oltre al problema della verifica della legittimazione processuale degli organismi rappresentativi di interessi diffusi ad agire a tutela delle categorie che si pretendono rappresentate, il profilo interessante della sentenza riguarda il tema della consuetudine e della sua prevalenza o meno

* Pubblicato in *Corriere giuridico*, 2010, fasc. 9, pag. 1226-1332.

¹ La sentenza del Tribunale di Siena, 19 gennaio 2010, si può leggere in *Corriere giuridico*, 2010, fasc. 9, pag. 1223-1225; in *Foro it.*, 2010, 1011, con nota di richiami, nonché sempre in *Foro it.*, *Anticipazioni e novità*, n. 2/2010, 21.

rispetto alle norme statuali. Ciò perché l'esclusione delle donne dall'elettorato attivo e passivo dell'Assemblea della Contrada (ma non di altri organismi contradaiooli) viene fondata proprio su un'antichissima consuetudine, incontrastata e rispettata dal Medioevo all'Era moderna; e l'assenza di un ricorso unitario proposto da tutte le ocaiole dimostra proprio come tale consuetudine, per quanto criticata da taluni (*rectius*, da talune), sia allo stato ancora rispettata dalla maggioranza delle stesse donne, prima ancora che dagli uomini.

Il problema di una partecipazione femminile più ampia alla vita contradaioala, fondata su una consuetudine interna alla contrada, esprime cristallinamente la dialettica tra l'ordinamento giuridico statale fondato sulla norma scritta e la norma consuetudinaria consolidatasi nell'ordinamento infra-statale.

Procediamo con ordine nell'esaminare i diversi aspetti di tale questione.

2. Ambito applicativo del principio di parità uomo-donna e sua applicabilità ai rapporti associativi.

Quanto alla tematica del rispetto delle "pari opportunità" uomo-donna all'interno degli organismi associativi, deve rilevarsi come dal combinato disposto degli artt. 3 e 51 Cost. si desume che le "pari opportunità" sono fissate nella Costituzione in funzione anti-discriminatoria e non già per imporre una *replicazione al femminile* di ogni attività maschile: le pari opportunità perseguono l'obiettivo di garantire le donne da una ingiustificata discriminazione basata unicamente sull'attributo sessuale.

La normativa primaria (d. lgs. 11 aprile 2006, n. 198 recante il *Codice delle pari opportunità tra uomo e donna*) ha attuato il precetto costituzionale prevedendo particolari norme (anche a contenuto "positivo") esclusivamente a tutela della parità nei rapporti familiari (art. 23) e lavorativi (art. 25), per l'accesso al lavoro (art. 27), agli impieghi pubblici (art. 31) e all'accesso alle cariche elettive (art. 56). Ne restano fuori altri rapporti contrattuali, come quello concernente l'adesione ad una associazione, abbia o meno ottenuto il riconoscimento della personalità giuridica.

In tal modo, ai sensi dell'art. 16 cod. civ., ben può un'associazione fissare determinati requisiti per l'ammissione dei soci, ivi inclusa l'appartenenza ad un determinato genere. Infatti, come riconosciuto da illustre dottrina, nelle collettività associate per la realizzazione di "un interesse di serie", il rapporto è "aperto [*solo*, n.d.A.] a quanti appartengono alla serie o categoria enunciata nell'atto costitutivo; ma è, al tempo stesso, chiuso per coloro che alla serie o categoria non appartengono"².

Inoltre, tra gli stessi associati, indipendentemente dall'appartenenza ad un determinato genere, non è scontato un trattamento eguale, se si pensa che talune deroghe al principio di uguaglianza non integrano necessariamente una discriminazione tra gli associati, potendo piuttosto rispondere, specie

² F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale, vol. I. Le categorie generali, le persone, la proprietà*, Cedam, Padova, 1991, 191 ss., 205.

nelle associazioni più complesse, ad esigenze effettive che derivano dalla coesistenza in seno all'associazione di interessi differenziati, benché tesi alla realizzazione di uno scopo comune³.

Infine, non può mancare pure di osservarsi che costituisce un consolidato principio giurisprudenziale quello per cui non sussiste un obbligo a carico dell'associazione di accogliere le domande di ammissione di volta in volta presentate da chi pur si dimostri in possesso dei requisiti prescritti, dal momento che l'ammissione rappresenta - da entrambe le parti, ente ed aspirante socio - un atto di autonomia contrattuale, con la conseguenza che l'adesione ad un ente già costituito presuppone necessariamente lo stesso accordo necessario per la conclusione di qualsivoglia altro contratto civilistico⁴. Lo stesso dicasi anche con riguardo alla richiesta di ammissione ad un partito politico⁵, che parimenti costituisce - come le diverse *Contrade* di Siena - un'associazione non riconosciuta.

I principi giurisprudenziali sinteticamente richiamati possono essere *a fortiori* estesi ad istanze di ammissione di soggetti che non risultino in possesso dei requisiti fissati dallo Statuto per l'acquisto della qualità di socio (come il sesso)⁶.

3. La condizione femminile nella *Nobile Contrada dell'Oca*.

Sulla base di tali premesse, può passare ad esaminarsi specificamente la condizione femminile nella *Nobile Contrada dell'Oca*.

La previsione statutaria concernente il possesso del requisito del sesso maschile per partecipare ai diversi organi della *Contrada* (prevista, si badi, solo implicitamente, poiché dallo statuto non emerge *claris verbis* un divieto, probabilmente dandosi lì per scontato quell'assetto) non costituisce motivo di ingiustificata discriminazione nei confronti delle donne. E ciò per una valutazione fondamentale, che a sua volta apre ad ulteriori e pregnanti considerazioni.

Come già rilevato, le donne non sono generalmente escluse da ogni attività delle *Contrade*. L'art. 104 dello Statuto della *Nobile Contrada dell'Oca* prevede un'apposita organizzazione collaterale (la *Società delle donne*) con il compito di affiancare la *Contrada* nella sua attività organizzativa. Di essa fanno parte esclusivamente donne. Il riferimento all'art. 104 ha a sua volta almeno tre implicazioni logico-giuridiche.

³ Così G. VOLPE PUTZOLU, *Le associazioni tra codice e costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 306, *sub nota* n. 83. Si veda pure P. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza. Libro Primo. Delle persone e della famiglia. Artt. 1-455*, ESI - Zanichelli, Napoli - Bologna, 1991, *sub art.* 16, part. 319-320.

⁴ In tal senso, C. cass., sez. I, 7 maggio 1997, n. 3980, in *Foro it.*, 1998, I, 1590.

⁵ Tribunale Verona, 7 dicembre 1987, in *Giur. merito*, 1989, 287.

⁶ Nel senso della qualificazione delle storiche *contrade* di Siena come associazioni non riconosciute si veda Tribunale Milano, 9 novembre 1992 (in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 747, nonché in *Riv. dir. ind.*, 1993, II, 45, con nota di G. GUGLIEMMETTI, *Sul diritto alla "identità personale" delle contrade di Siena*) che, in una controversia concernente il diritto sull'immagine e sui simboli del palio di Siena, ha riconosciuto la legittimazione attiva di una *contrada*, in quanto persona giuridica di antico diritto, rivestente la qualifica di associazione non riconosciuta; attribuisce alle *Contrade* la qualità di "soggetti giuridici legalmente riconosciuti" e, in quanto tali, "abilitati a compiere atti giuridici e ad avere diritti di proprietà immobiliare", la decisione della Commissione tributaria di I grado di Siena, 25 ottobre 1990, in *Foro it.*, 1992, III, 132, secondo cui le storiche *contrade* di Siena, ancorché prive di formale riconoscimento amministrativo, devono egualmente essere considerate persone giuridiche pubbliche, per avere acquistato tale *status* già prima dell'unificazione d'Italia.

Oltre a fare desumere logicamente il dato per cui l'adesione alla *Contrada* e ad i suoi organi è riservata esclusivamente ai maschi, la stessa sopravvivenza della *Società delle donne* potrebbe porre dei seri problemi giuridici ove si volesse interpretare in maniera radicale il principio costituzionale della parità uomo-donna: infatti, per converso, si potrebbe astrattamente dubitare della legittimità dell'esclusione degli uomini della predetta *Società*! Ed analogo problema potrebbe porsi, *coeteris paribus*, per le altre associazioni diverse dalle *Contrade* che limitano alle donne la partecipazione (si pensi alla F.i.d.a.p.a. – *Federazione italiana donne arti professioni ed affari*, i cui organi ed il cui stesso nome sono declinati geneticamente al femminile). Infatti, se la parità uomo-donna deve essere intesa in senso biunivoco, essa non può significare unicamente *estensione alle donne* dei diritti degli uomini ma *identità* delle situazioni giuridiche godute da ciascun sesso.

Oltre a tali considerazioni, in terzo luogo la previsione statutaria della *Società delle donne* chiarisce inequivocabilmente che le donne non sono affatto emarginate dalla vita contradaiaola. Pertanto, interpretando il principio di parità non come una sorta di obbligo di svolgimento da parte delle donne delle *medesime attività svolte dagli uomini*, in un processo di imitazione continuo che non tenga conto delle differenze biologiche (è inimmaginabile, ad esempio, che in omaggio alla parità uomo-donna nell'accesso al pubblico impiego, un'ipotetica selezione pubblica o privata per puericultrice sia aperta agli uomini!), si può ritenere che lo statuto della *Contrada* abbia ragionevolmente differenziato i ruoli partecipativi in corrispondenza ai principi e ai convincimenti caratteristici dell'età medievale da cui essa deriva. Di tal guisa, il principio di parità uomo-donna risulta comunque rispettato se si guarda alla complessità della vita della *Nobile Contrada dell'Oca* e non alla partecipazione o meno al singolo organo *Assembleare*.

Altro punto controverso oggetto del ricorso delle *ocaiole* riguarda la qualifica di *Protettori ordinari* riconosciuta alle donne del *Popolo della Contrada* a partire dalla fine degli Anni settanta; ciò da cui vorrebbe pure farsi derivare, ai sensi degli artt. 9 e 14 dello Statuto della *Nobile Contrada dell'Oca* che attribuisce ai *Protettori* del *Popolo della Contrada* il "diritto di intervento e di voto nelle Assemblee Generali Ordinarie e Straordinarie", la loro ammissione *ex lege* all'*Assemblea Generale*, essendo questa composta "da tutti gli elettori della medesima" *Contrada* (art. 19).

Tuttavia, soltanto un'interpretazione formalistica delle citate disposizioni statutarie potrebbe portare alla conclusione che le donne del *Popolo della Contrada*, per il fatto stesso di esser divenute *Protettrici* perchè hanno elargito una quota, siano divenute anche componenti dell'*Assemblea*. Ad escludere tale conclusione è la valutazione del contegno tenuto dalle parti anche successivamente al riconoscimento delle donne quali *Protettori Ordinari* della *Contrada* (arg. *ex art.* 1362, comma 2, cod. civ.).

Inoltre, essendo lo Statuto declinato al maschile, non avrebbe potuto essere questa la comoda "scorciatoia" per la modifica statutaria di un elemento che da secoli caratterizza la vita della *Contrada*. Ciò risulta chiaro anche dal fatto che non è mai stata posta in dubbio l'esclusione delle donne dall'*Assemblea* della *Contrada* nonostante il loro riconoscimento come *Protettori*. La clausola non scritta (diventare *Protettori* ma non membri dell'*Assemblea*) è stata da sempre tacitamente condivisa da tutti i membri della *Nobile Contrada dell'Oca*.

Deve desumersi che l'accettazione della quota annua da parte delle donne del *Popolo della Contrada* abbia, sì, conferito alle stesse il titolo di *Protettori Ordinari* ma non i diritti ed i poteri

tipici dei componenti dell'*Assemblea*, non avendo il riconoscimento del titolo di *Protettori* alle donne né interrotto la consuetudine (non scritta) né modificato la (conseguente) norma statutaria (scritta) che condiziona l'appartenenza ai diversi organi contraddaioli all'essere maschi.

In sintesi, la differenziazione di ruoli maschili e femminili non assume un carattere irragionevole o discriminatorio⁷ se si pensa ch'essa - come or ora accennato - rinviene la propria giustificazione nell'origine medievale delle *Contrade* che contribuisce a caratterizzarla geneticamente e, di conseguenza, funzionalmente. Tale considerazione introduce il tema del rilievo della consuetudine nella vita della *Nobile Contrada dell'Oca* e, più in generale, delle *Contrade* tutte (si veda il successivo § 4).

4. La forza della consuetudine.

4.1. Considerazioni generali.

Su un piano più generale, come detto, la questione affrontata nella sentenza concernente il fondamento consuetudinario della esclusione delle donne dalla vita di taluni organi contraddaioli (come l'*Assemblea*) pone più delicati problemi di teoria generale in ordine al rapporto tra ordinamento giuridici. Essa chiama in causa la forza normativa della consuetudine ed i suoi effetti giuridici sulla vita associata.

Al riguardo, sia consentito osservare che il rapporto tra l'ordinamento statuale e l'ordinamento dei soggetti sub-statali non può ricostruirsi in termini di pura superiorità delle norme statuali rispetto a quelle formate dalle collettività non statuali. E ciò perché l'ordinamento giuridico italiano è la risultante non solo delle norme prodotte dallo Stato ma altresì di quelle formate da soggetti sovra-statali (convenzioni e consuetudini internazionali) e dai diversi gruppi sociali che generano norme consuetudinarie (semprechè sussistano, ovviamente, i tradizionali requisiti dell'*opinio juris seu necessitatis*).

A partire da tale considerazione, può provare ad indagarsi intorno alla forza della consuetudine in rapporto alle disposizioni scritte di derivazione strettamente statale. Al riguardo, se le uniche disposizioni esistenti (artt. 1, 8 e 15 disp. prel. cod. civ.) sembrano relegare la consuetudine entro un ruolo ancillare e subordinato rispetto alla legge, un'interpretazione sistematica che tenga conto anche del *diritto vivente* sembra deporre in un senso diverso, se non addirittura opposto.

Non potendosi svolgere in questa sede complesse ricostruzioni costituzionali e di teoria generale del diritto, e rinviando sul punto a riflessioni più approfondite⁸ può limitarsi a rilevare che sul piano

⁷ Ed è ciò che il combinato disposto degli artt. 3 e 51 Cost. intende prevenire e reprimere.

⁸ In argomento, non può che rinviarsi agli approfondimenti contenuti in N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Cedam, Padova, 1942; L. BOVE, *La consuetudine in diritto romano. Dalla Repubblica all'età dei Severi*, Jovene, Napoli, 1985; Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002; G. CARBONE, *La consuetudine nel Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1948; V. CRISAFULLI, *Variazioni sul tema delle fonti con particolare riguardo alla consuetudine*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, Giuffrè, Milano, 1967, vol. III, 253 ss.; J. GILISSEN, voce *Consuetudine*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Utet, Torino, 1988, vol. III, 489 ss.; P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2003; R. ORESTANO, *Dietro la consuetudine*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, 523 ss.; A. ROCCO, *La consuetudine e il diritto dello Stato*, *Riv. dir. pubbl.*, 1930, I, 345 ss.; S(ANTI) ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983 (rist. inalterata); C. ROSSANO, *La consuetudine nel Diritto costituzionale. Premesse generali*, Jovene, Napoli, 1992; R. SACCO, *Il diritto non scritto*, in G. ALPA - A.

del diritto vivente la consuetudine disciplina vaste aree della vita associata, anche di rilievo costituzionale.

La consuetudine costituisce la forma di produzione giuridica (per così dire) *naturale* di cui le diverse articolazioni sociali (gruppi sociali, professionali ma anche poteri pubblici che della società sono indiretta manifestazione) si è sempre avvalsa per disciplinare le esigenze e risolvere i problemi che la vita associata ha via via presentato. Independentemente dal livello normativo nel quale agisce (costituzionale, primario o regolamentare), la consuetudine non si limita ad integrare le lacune normative colmandole di precetti specificativi, ma si spinge, talvolta, fino al punto di contraddire il testo normativo, non escluso quello di rango costituzionale. E ciò dà la misura della forza della consuetudine e della superiorità del diritto non scritto rispetto a quello strettamente statale: ne costituiscono esempi il principio dell'autodichia dei supremi organi costituzionali rispetto alla garanzia costituzionale del giudice naturale precostituito per legge (secondo il combinato disposto degli artt. 25, comma 1, Cost. e 102 Cost.); l'esclusione dei tesoriери dei supremi organi costituzionali dall'obbligo di rendere il conto della propria gestione contabile alla Corte dei conti, in chiarissimo contrasto con l'art. 103, comma 2, Cost.⁹

Anche nel settore del Diritto amministrativo, nonostante sia retto dal principio di legalità (*ex art. 97 Cost.*), la consuetudine sembra operare, tra l'altro, attraverso l'istituto dell'*ab immemorabili*. Questo può essere ricostruito come una consuetudine di antichissima tradizione che lascia apparire legittima – fino a prova contraria – una situazione di fatto sorta in tempi remoti, consolidatasi (*longa repetitio*) fino al punto da essere da tutti reputata come legittima (*opinio juris*). E ciò, nonostante essa appaia *contra legem*: infatti, la peculiarità dell'istituto consiste proprio nel “considerare legittimo l'esercizio di diritti il cui acquisto non sarebbe attualmente possibile da parte di coloro che li esercitano”¹⁰. L'istituto dell'*ab immemorabili*, perciò, potrebbe essere interpretato nel senso di legittimare consuetudini (pur se) *contra legem* sorte in tempi antichi, tanto che della loro origine si è smarrita la memoria (*cuius memoria non extat*)¹¹. Nonostante ciò, esse vengono rispettate e lo Stato rinuncia alla pretesa di far valere il proprio ordinamento *formale*, considerando

GUARNERI – P. G. MONATERI – G. PASCUZZI – R. SACCO, *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco. *Il diritto non scritto e l'interpretazione*, Utet, Torino, vol. II, 1999; R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007; A. L. TARASCO, *La consuetudine nell'ordinamento amministrativo. Contributo allo studio delle fonti del diritto non scritte*, Editoriale scientifica, Napoli, 2003; ID., *Forza ed attualità della consuetudine amministrativa in una democrazia liberale*, in *Amministrazione in cammino* (www.amministrazioneincammino.it) e in *Ritorno al diritto*, n. 6/2007, 137 ss.

Nella dottrina straniera recente, più aperta di quella connazionale, si vedano S. Díez Sastre, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante* (Prólogo de Francisco Velasco Caballero), Marcial Pons, Madrid, 2008; G. TEBOUL, *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, LGDJ, Paris, 1989.

⁹ Si veda la fondamentale C. cost. 10 luglio 1981, n. 129, pubblicata *ex pluribus* in *Foro it.*, 1981, I, 2631.

¹⁰ A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Jovene, Napoli, 1989, 112.

¹¹ Come esempio di consuetudini amministrative, richiamandosi all'opera del CELANO (B. CELANO, *Consuetudine e norme sulla produzione di norme*, in P. COMANDUCCI E R. GUASTINI (a cura di), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 1996, 185 ss.), si citano quelli di scuola quali l'istituto dell'immemorabile, gli usi civici, le modalità di costituzione del regime di demanialità, salvo precisare che “se dubbi possono risultare i caratteri costitutivi del fenomeno consuetudinario, del tutto chiaro appare il risultato il formarsi di una vera fonte legale” (L. BENVENUTI, *Prassi e consuetudine nell'ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 2/2009, 227 ss., qui 235 - testo dell'intervento tenuto al convegno svolto all'Università degli studi di Milano il 20 e 21 Settembre 2007 su “*La consuetudine giuridica: teoria, storia, ambiti disciplinari*”).

prevalente l'ordinamento *sociale* consolidatosi: ciò che la comunità ha stabilito nel tempo (*diuturnitas*) e rispettato come diritto obiettivo (*opinio juris*)¹².

Nei casi ora citati, può osservarsi come la forza della consuetudine si esprima indipendentemente dalla conformità della norma non scritta rispetto al diritto statale. In particolare, è utile osservare come, nelle ipotesi descritte, lo Stato si sia limitato a recepire le consuetudini formate dopo aver riscontrato la sussistenza dei requisiti della *diuturnitas* e dell'*opinio juris*, cioè della ripetizione della condotta in un notevole lasso di tempo e della convinzione di agire in base ad una necessità giuridico-sociale. In ogni caso, anche quando la consuetudine formatasi è difforme dal diritto scritto statale, se i diversi poteri pubblici (magistratura, amministrazioni pubbliche) non sanzionano la condotta *contra legem* essi mostrano di legittimare la condotta consuetudinaria. Ciò che è accaduto, tra l'altro, nel caso emblematico affrontato nella decisione della Corte costituzionale n. 129/1981, in cui la Consulta ha annullato i decreti emessi dalla Corte dei conti con i quali - in attuazione del dettato di cui all'art. 103, comma 2, Cost. - era stato prescritto ai tesoriери di Camera, Senato e Presidenza della Repubblica di presentare il conto delle gestioni contabili per gli anni 1969-1977: così, un provvedimento pur conforme alla legge (costituzionale e primaria) è stato giudicato illegittimo perché contrario ad una consuetudine costituzionale risalente alla Monarchia Sabauda.

4.2. Il diritto consuetudinario e le Contrade di Siena.

Ebbene, se estendiamo tale ragionamento alla realtà delle storiche *Contrade* di Siena, possiamo svolgere le seguenti ulteriori considerazioni.

Sorte durante il Medioevo, intorno al 1200, le storiche *Contrade* di Siena hanno formato nel tempo un *corpus* normativo autonomo ed indipendente sia dal Comune senese (si veda l'art. 7 del Regolamento comunale di Siena per l'esecuzione del Palio del 18 ottobre 1906, che le definisce "enti autonomi non dipendenti dall'autorità comunale") che dallo Stato: l'ordinamento si è perciò limitato a prendere atto dell'esistenza di tali soggetti, considerando le storiche contrade di Siena, ancorché prive di formale riconoscimento amministrativo, come "persone giuridiche pubbliche, per avere acquistato tale *status* già prima dell'unificazione d'Italia"¹³.

In particolare, le disposizioni statutarie appaiono la traduzione scritta di consuetudini antiche, osservate nel tempo ininterrottamente nella convinzione della loro giuridicità. Tali norme rispondono a sensibilità e convincimenti socio-culturali caratteristici della società medievale in cui le *Contrade* sono sorte e che rappresentano il nucleo irrinunciabile della loro struttura.

Ne deriva che una meccanica ed indistinta prevalenza delle norme statuali rispetto a quelle del micro-ordinamento delle diverse *Contrade* rischierebbe di privare di significato la stessa sopravvivenza delle *Contrade* che si reggono culturalmente e, perciò, giuridicamente, proprio su

¹² In questo senso, l'immemorabilità potrebbe valere come *prova* della vigenza effettiva di una consuetudine, e non come *fonte* dell'acquisto del diritto, che andrebbe, invece, ricercata nella stessa consuetudine.

Il ruolo della desuetudine sembra essere stato implicitamente riconosciuto anche nella legge 28 novembre 2005, n. 246 (c.d. *legge taglia-leggi*) nella parte in cui ammette l'abrogabilità - attraverso apposito decreto legislativo - delle normative primarie anteriori al 1° gennaio 1970 che non abbiano trovato da tempo applicazione, cioè "che abbiano esaurito o siano prive di effettivo contenuto normativo o siano comunque obsolete" (art. 14). L'operazione di *ecologia dell'ordinamento*, come noto, si è conclusa con il d. lgs. 1 dicembre 2009, n. 179 (c.d. "salva-leggi"). In tema, si veda P. AQUILANTI, *Abrogare le leggi più vecchie, e anche quelle di mezza età*, in *Foro it.*, 2005, V, 162 ss.

¹³ Comm. Trib. I grado di Siena, 25 ottobre 1990, in *Foro it.*, 1992, III, 132.

determinate consuetudini poi tradotte in disposizioni statutarie (secondo il principio *lex est consuetudo scripta*: Cujacio)¹⁴.

Nella specie, pur a voler ammettere un'interpretazione del principio costituzionale di parità uomo-donna a tal punto radicale da imporre una presenza femminile in ogni ente sia pubblico che privato ed, in particolare, in ciascun organo di ogni ente privato, dovrebbe comunque ammettersi la prevalenza rispetto ad una siffatta (*interpretazione della*) norma delle disposizioni statutarie della *Nobile Contrade dell'Oca* nella parte in cui differenziano la partecipazione maschile e femminile nei diversi organi della *Contrada*, in modo da ammettere all'*Assemblea* i maschi, e le donne alla specifica *Società delle donne*.

Per quanto possa apparire opinabile, nel merito, l'opzione culturale adottata dai contradaiooli, essa è perfettamente coerente rispetto alla propria matrice culturale medievale, con la conseguenza che una diversa determinazione – per quanto possa apparire agli occhi di un osservatore esterno più *a la page* – negherebbe l'identità storico-culturale della *Contrada* stessa.

In pratica, quel che deve essere assicurato e rispettato è la coincidenza tra sistema culturale e ordinamento giuridico; ciò che verrebbe stravolto se venissero imposte coattivamente norme (come quella della obbligatoria presenza femminile) portatrici di una visione della vita difforme da quella della realtà sociale da disciplinare (nella specie, la *Contrada*).

Ovviamente, il riconoscimento di siffatta autonomia normativa rappresenta il presupposto logico-giuridico per dedurre pure che la *Contrada* stessa possa in futuro determinarsi in senso diverso. Proprio in ciò sta il valore della consuetudine: l'adattabilità ai tempi, sebbene in maniera più lenta (e meditata...!) rispetto ad una normativa statuale che viene elaborata con la stessa rapidità con cui può essere superata. Tuttavia, come l'evoluzione dei tempi non può non incidere anche nei diversi contesti sociali, allo stesso modo non può negarsi che le successive e diverse elaborazioni giuridiche debbano essere prodotte dalla stessa organizzazione sociale su cui quelle norme sono destinate ad incidere. Ciò significa che la regola consuetudinaria può, sì, astrattamente modificarsi ma nell'unico rispetto delle procedure che l'hanno formata, ossia attraverso un nuovo procedimento consuetudinario o quanto meno attraverso una diversa *autodeterminazione normativa* dell'organo competente *ratione materiae*. Solo siffatto procedimento, infatti, garantisce che l'evoluzione giuridica sia la (almeno tendenziale) proiezione normativa dell'evoluzione culturale registratasi all'interno di un determinato gruppo: in questo sta il valore della consuetudine come fonte del diritto che – e non a caso - proprio nel Medio Evo ha raggiunto una delle sue massime espressioni storiche¹⁵.

¹⁴ Il modello cui le Contrade senesi si ispirano è chiaramente quello del primato dell'autonomia privata rispetto alla artificiale sovrastruttura statale (di matrice hegeliana), secondo la formula che i contemporanei chiamerebbero della "sussidiarietà orizzontale" e che - negletta nella cultura dei passati decenni - viene fortunatamente riproposta anche nei dibattiti culturali non strettamente giuridici: si veda, ad esempio, l'articolo di fondo di P. OSTELLINO, *Meno Stato più società*, in *Corriere della sera*, 30 maggio 2010, pag. 1; anche Vernon Lomax SMITH, economista statunitense e vincitore, insieme a Daniel KAHNEMAN, del Premio Nobel per l'economia nel 2002, autore, tra l'altro, de *La razionalità nell'economia. Fra teoria e analisi sperimentale*, Istituto Bruno Leoni, 2010 di cui parla C. LOTTIERI ne *Il mercato senza regole è quello più regolare*, in *Il Giornale*, 2 giugno 2010, pag. 28, esalta il ruolo degli ordini spontanei che si sviluppano in assenza di una legge per effetto di quelli che Smith chiama *processi ecologici*.

¹⁵ Si veda in argomento l'interessante ricostruzione di G. PIOMBINI, *Prima dello Stato. Il Medioevo della libertà*, Faccio Editore, Treviglio, 2004, oltre, naturalmente, a P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., *passim*.

In pratica, è la stessa *Nobile Contrada dell'Oca* che deve scegliere se determinarsi o meno in un senso diverso da quanto prescritto nelle disposizioni statutarie ricettive dell'antica consuetudine. Quanto alle modalità tecnico-operative, è l'organo *Assembleare* della *Nobile Contrada dell'Oca* a dover discutere al suo interno e verificare l'attuabilità di un allargamento della partecipazione anche alle donne delle *Contrade*. Così facendo, esso innescherà o meno il primo degli atti necessari a creare una diversa consuetudine normativa, semprechè, ovviamente, sia assistita dai requisiti della *longa repetitio* e della *opinio juris*.

Tale ammissione può essere consentita *singulatim*, ossia in relazione alle richieste che vengano avanzate di volta in volta, ovvero essere prevista generalmente attraverso una radicale modifica dello statuto. Ma – ripetesi – tutto ciò è demandato esclusivamente all'organo *Assembleare* che deve garantire la prosecuzione degli autentici e secolari valori *contradaioi*¹⁶. Non è ammissibile una *violenza normativa* esterna; è solo la *Contrada*, nell'esercizio della propria autonomia normativa, a poter disporre in modo diverso da quanto prescritto nello Statuto. Della necessità di tale dialettica democratica all'interno della vita associativa è segno lo stesso ricorso proposto dalle *ocaiole* che, infatti, hanno fatto precedere l'iniziativa giudiziaria da un dibattito interno alle istituzioni della *contrada* di appartenenza, salvo, poi, comunque non tenerne conto in sede di determinazione finale.

5. Conclusioni (e una critica).

La dinamica descritta, lungi dall'interessare esclusivamente la *Nobile Contrada dell'Oca*, descrive uno schema logico-giuridico applicabile all'intero ordinamento e ad ogni ambito della vita associata. Essa dice della necessità che ordinamento giuridico e valori sociali coincidano e che i cambiamenti del primo si legittimino non solo per la legalità formale dei procedimenti seguiti ma, prima ancora, per l'adeguamento dell'ordinamento alla struttura culturale della società, con ogni conseguente beneficio in termini di razionalità della legislazione e suo rispetto da parte dei consociati. Siffatta opzione richiede a sua volta una scelta culturale: quella di ritornare a credere nella democrazia intesa, però, non come astratto primato degli apparati e delle *elite* che li governano "in nome del popolo italiano" ma come primato della società nel suo complesso e, dunque, dell'uomo a servizio del quale quegli stessi apparati possono agire e ne è giustificata l'esistenza (art. 1, comma 2, cost.).

In questo senso, non mi spiego la critica formulata contro ogni discorso che tenda a valorizzare e rivitalizzare l'istituto della consuetudine denunciando il "tentativo di riverniciare quell'idea del diritto come pratica sociale, alla cui base vi è tutta la difficoltà di stabilire una precisa linea di demarcazione tra ciò che è da considerare come errore e ciò che è da considerare come innovazione"¹⁷. Una tendenza siffatta, secondo Luigi BENVENUTI, rischierebbe di inaugurare non

¹⁶ Volendo sintetizzare le conclusioni del ragionamento fin qui svolto, può osservarsi che l'esclusione delle donne dall'*Assemblea* della *Contrada dell'Oca* non appare contrastare con alcuna norma scritta statale. Pur a voler ritenere il principio costituzionale di parità uomo-donna a tal punto *invasivo* da condizionare anche la vita di gruppi associativi privati (ciò che dovrebbe escludersi per le considerazioni di cui sopra), deve ritenersi ch'esso non possa prevalere, sopprimendola, l'autonomia normativa dell'ente il cui ordinamento sia il prodotto delle consuetudini formatesi nei secoli (*diuturnitas*) nella convinzione della loro necessità giuridica (*opinio necessitatis*).

¹⁷ L. BENVENUTI, *Prassi e consuetudine*, cit., 251.

già “una nuova fase” bensì “un ritorno all’indietro, al mondo dell’indistinto e forse dell’irrazionale”. La critica sorprende non poco poiché essa segue l’encomiabile presupposto metodologico che auspica “una scienza giuridica che non si trovi ad indulgere in nuovi concettualismi o in inaccettabili nominalismi (...)”¹⁸.

Ebbene, con lo stesso rigore logico di chi – giustamente – si chiede quale sia il confine tra “errore ed innovazione”, dobbiamo - e molto più modestamente - chiedere ai sacerdoti della legalità chi sia deputato a stabilire il confine siffatto. Per questi, la risposta è scontata: “La legge”; ma la risposta appare una contraddizione in termini, non soddisfacendo la domanda principale del cosa sia il diritto (*quid jus ?*) nel nostro ordinamento democratico in cui la sovranità risiede nel popolo (art. 1, comma 2, Cost.) e non nello Stato (di matrice hegeliana ed in via di decomposizione) o, men che mai, nella legge che del popolo sovrano è *mezzo* e non *fine* o *limite* invalicabile. La sovranità popolare è il vero fondamento della democrazia ed il suo rispetto è il fine dell’organizzazione statale: la verifica di quale sia esattamente la *volontà popolare* è compito degli amministratori pubblici la cui difficoltà di accertamento non può comodamente indurre lo scienziato del diritto a negare quello stesso principio in favore della legge, mero artificio strumentale della sacra sovranità del popolo.

Antonio Leo Tarasco

¹⁸ L. BENVENUTI, *Prassi e consuetudine*, cit., 251.