

JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale
Journal of Philosophy of International Law and Global Politics

Vol. XV, n. 2, Anno 2018



JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale
Journal of Philosophy of International Law and Global Politics



JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale

Journal of Philosophy of International Law and Global Politics

<http://www.juragentium.org>

Segreteria@juragentium.org

ISSN 1826-8269

Vol. XV, Anno 2018, n. 2

Fondatore

Danilo Zolo

Redazione

Luca Baccelli, Nicolò Bellanca, Thomas Casadei, Dimitri D'Andrea, Orsetta Giolo, Leonardo Marchettoni (Segretario di redazione), Stefano Pietropaoli (Vicedirettore), Rosaria Piroso, Katia Poneti, Ilaria Possenti, Lucia Re (Direttrice e Responsabile intellettuale), Filippo Ruschi, Emilio Santoro, Silvia Vida

Comitato scientifico

Margot Badran, Raja Bahlul, Étienne Balibar, Richard Bellamy, Franco Cassano, Alessandro Colombo, Giovanni Andrea Cornia, Pietro Costa, Alessandro Dal Lago, Alessandra Facchi, Richard Falk, Luigi Ferrajoli, Gustavo Gozzi, Ali El Kenz, Predrag Matvejević, Tecla Mazzaresse, Abdullahi Ahmed An-Na'im, Giuseppe Palmisano, Geminello Preterossi, Eduardo Rabenhorst, Hamadi Redissi, Marco Revelli, Armando Salvatore, Giuseppe Tosi, Wang Zhenmin

La rivista è espressione di Jura Gentium – Centro di filosofia del diritto internazionale e della politica globale, c/o Dipartimento di Scienze Giuridiche, via delle Pandette 32, 50127 Firenze

Comitato direttivo

Luca Baccelli (Presidente), Leonardo Marchettoni, Stefano Pietropaoli (Segretario), Katia Poneti, Lucia Re, Filippo Ruschi (Vicepresidente), Emilio Santoro

a cura di

Thomas Casadei e Stefano Pietropaoli

Indice

Nota editoriale. “Ricucire” prassi e teoria del diritto: spunti di riflessione a partire da Santi Romano di Thomas Casadei e Stefano Pietropaoli	7
La tecnica della composizione: il pluralismo operativo di Santi Romano di Mariano Croce	19
Il contrastato avvicinamento della storiografia giuridica alla pluralità degli ordinamenti di Bernardo Sordi	27
<i>L’ordinamento giuridico</i> di Santi Romano e il pluralismo oltre l’orizzonte dello Stato: alcuni percorsi interpretativi di Francesco De Vanna	37
L’istituzione e il suo motivo esistenziale. Intorno al valore dell’effettività nella teoria di Santi Romano di Gian Paolo Trifone	57
Santi Romano e l’interpretazione giuridica. Appunti per una riflessione sul “metodo” nel diritto pubblico di Federico Pedrini	79
Santi Romano e l’ordinamento giuridico come unità di Tommaso Gazzolo ..	115
Dopo Romano. Istituzioni, razionalità, populismo di Mauro Barberis	129

Nota editoriale
“Ricucire” prassi e teoria del diritto:
spunti di riflessione a partire da Santi Romano

di Thomas Casadei e Stefano Pietropaoli*

Abstract

In the period between the wars, legal philosophy elaborated a system of concepts in which the normative order could find its logical rendition. The legal system (and the corresponding system of concepts) was understood as complete and capable of providing the solution of any problem. Law, a unified order, was self-sufficient and capable of performing a limitless regulative function. Moreover, law was perceived as basically grounded on the will of the State.

Though law was seen as deriving from the State and subordinate thereto, there were other sources of law. The innovative work of Santi Romano, according to the maxim “ubi societas ibi jus”, sought to relate such a perspective to every social or ‘institutional’ phenomenon. Romano freed law from the restricted and restricting ties which it had with the State, widening its definition and impact, and giving rise to pluralistic and institutionalistic legal theories.

Keywords: law, institution, legal order, administrative law, jurisprudence, political philosophy.

*...non la realtà si deve – dal giurista –
subordinare al concetto, ma questo a quella.*

(S. Romano, *L'ordinamento giuridico*)

1. La persistenza di un programma di ricerca

L'ordinamento giuridico di Santi Romano (1875-1947) rappresenta – a poco più di cento anni dalla sua prima pubblicazione – un testo di straordinaria rilevanza per chiunque si occupi di “diritto”, delle sue complesse articolazioni, delle sue mutazioni

* Gli autori hanno costantemente collaborato nella fase di ideazione del fascicolo e di realizzazione di questo articolo. Per quanto riguarda la stesura del lavoro, è da attribuire a Stefano Pietropaoli il paragrafo 2, a Thomas Casadei il paragrafo 3; l'Introduzione e le Conclusioni sono esito di una scrittura congiunta.

e trasformazioni, nonché delle sue interne contraddizioni e aporie (e dei conseguenti prezzi nel riconoscerle).

L'opera è stata al centro di dibattiti più che decennali e l'interesse per le sue tesi è stata di recente confermata, oltre che da studi di carattere monografico¹, dalla sua recente traduzione inglese, che l'ha resa disponibile nella lingua franca del sapere scientifico-accademico allargando così gli spazi di discussione delle tesi in essa contenute², nonché dalla sua ripubblicazione³, esito entrambe del meritorio lavoro e della cura di Mariano Croce. Non sono poi mancati, in occasione del centenario della pubblicazione, momenti convegnistici che hanno cercato di fare il punto sullo stato

¹ A. Olivari, *Santi Romano ontologo del diritto*, Milano, LED, 2016. Si veda anche M.F. Tenuta, *Le sovranità ordinamentali: lineamenti di una teoria a partire da Santi Romano e dalla scienza giuridica del Novecento*, Roma, Aracne, 2012. Le opere di Santi Romano sono disponibili al seguente indirizzo dell'Università di Torino: <https://www.omeka.unito.it/omeka/search?query=santi+romano>.

² S. Romano, *The Legal Order*, edited and translated by M. Croce, with a foreword by M. Loughlin and an afterword by M. Croce, Abingdon, Routledge, 2017. La pubblicazione del testo ha fornito l'occasione per un convegno organizzato, il 26 aprile 2017, in occasione del Settantesimo anniversario della morte di Santi Romano e nel Centenario della pubblicazione della prima parte dell'opera *L'ordinamento giuridico*: "La teoria istituzionalistica del diritto e il pluralismo giuridico: la lezione di Santi Romano (1875-1947) nel contesto italiano e internazionale", promosso, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Modena e Reggio Emilia, nell'ambito del XXI ciclo del "Seminario permanente di Teoria del diritto e Filosofia pratica". Presieduto e coordinato da Thomas Casadei, il confronto ha preso le mosse dalle relazioni di Mariano Croce e Federico Pedrini, che sono pubblicate, rielaborate, in questa sede. Dal dialogo avviatosi a margine del seminario e da alcuni interrogativi elaborati da Stefano Pietropaoli, e sottoposti all'attenzione degli altri studiosi che vi contribuiscono, è scaturita l'idea originaria di questo fascicolo.

³ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, a cura e con un testo di M. Croce, Macerata, Quodlibet, 2018. Il libro di Romano, pubblicato a Pisa nel 1918, con il sottotitolo *Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto* (dopo che il testo era apparso in due puntate negli "Annali delle Università toscane" del 1917 e del 1918), dall'editore Spoerri (che qualche anno prima aveva dato alle stampe anche *I fondamenti della filosofia del diritto* di Giovanni Gentile, sintesi di un corso tenuto in quella stessa facoltà giuridica pisana alla quale apparteneva Romano), fu riedito nel 1946 da Sansoni, con un ampio apparato di note, ed è stato tradotto, oltre che in tempi recentissimi in inglese, in tedesco, francese, spagnolo, brasiliano. Come ha ricordato Roberto Esposito, in una recensione alla nuova edizione apparsa su "La Repubblica" (14 dicembre, 2018, p. 39), "a segnalarne l'assoluto rilievo è stato Carl Schmitt che, in un saggio del 1934 su *I tre tipi di pensiero giuridico* – normativista, decisionista, istituzionalista – lo colloca alle origini di quest'ultimo. Anziché la norma o la decisione, l'istituzionalismo pone al centro dell'orizzonte giuridico quello che Schmitt definisce "ordinamento concreto" o, appunto, "istituzione". Per una disamina del rapporto teorico tra i due si vedano: A. Catania, "Carl Schmitt e Santi Romano", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXIV (1987), 4, pp. 545-575 (poi raccolto in Id., *Il diritto tra forza e consenso: saggi sulla filosofia giuridica del Novecento*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1990, pp. 137-177 e, con il titolo "L'ordinamento giuridico concreto e la teoria dell'istituzione: Carl Schmitt e Santi Romano", in Id., *Lo Stato moderno. Sovranità e giuridicità*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 85-114); S. Pietropaoli, "Ordinamento giuridico e *konkrete Ordnung*". Per un confronto tra le teorie istituzionalistiche di Santi Romano e Carl Schmitt", *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, IX (2012), 2, pp. 49-63; M. De Wilde, "The dark side of institutionalism: Carl Schmitt reading Santi Romano" e A. Salvatore, "A counter-mine that explodes silently: Romano and Schmitt on the unity of the legal order", entrambi pubblicati all'interno di un *focus* sulla traduzione inglese del testo di Romano della rivista *Ethics & Global Politics* (11, 2018), rispettivamente alle pp. 12-24 e 50-59. Oltre a possibili affinità con l'elaborazione di Schmitt sono individuabili altre prospettive affini a quella di Santi Romano: a questo riguardo Sabino Cassese ha richiamato i francesi Maurice Hauriou e Léon Duguit, il nordamericano Benjamin (Nathan) Cardozo, l'inglese Harold Laski (S. Cassese, "Ipotesi sulla fortuna all'estero de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 65 (2015), pp. 177-182).

delle ricerche mediante numerose relazioni significativamente dedicate alle varie aree disciplinari del diritto⁴.

Al di là della sua indubbia importanza sul piano teorico, l'opera di Santi Romano consente ancora oggi di mettere a fuoco la fondamentale questione — troppo spesso sottovalutata se non del tutto ignorata — della necessità del dialogo tra chi svolge il proprio ufficio nelle “officine” in cui quotidianamente si forgia la *prassi* del diritto e chi, invece, contempla l'esperienza giuridica dalle algide altezze della *teoria*.

Un libro vecchio di cent'anni ha ancora molto da insegnare a chi voglia ascoltarlo anche se duplici possono essere le cause di sordità, ossia di totale distacco.

Da una parte, i cultori dei diversi rami del diritto positivo hanno esasperato gli specialismi e i tecnicismi della propria disciplina, arrendendosi sempre più spesso alle scelte di un legislatore che fa e disfa l'ordinamento giuridico senza troppo imbarazzo.

Dall'altra, chi è dedito ai profili teorici sovente sta ritirato sulle alture dell'astrazione, credendo così di rinvenire, nell'isolamento dall'esperienza e dai fatti concreti, la risposta alla supposta ingovernabilità del fenomeno giuridico, scaturente dalla sua complessità; così come, altre volte, cede alla tentazione di percorrere le comode strade predisposte dal legislatore, limitandosi, in tal modo, a svolgere un'analisi meramente didascalica — e non critica⁵ — del diritto vigente.

Si sono così aggravati i rischi che aveva avvertito già, assai opportunamente, nel 1958 Pietro Piovani, quando scriveva che, nel confrontarsi con il diritto positivo, la filosofia del diritto doveva sfuggire a due pericoli eguali e contrari: “essa deve guardarsi sia da un complesso di inferiorità (per dir così) per cui sia pronta a fungere da *ancilla juris*, sia da un complesso di superiorità (per dir così) per cui presentarsi come una specie di *domina juris*”⁶.

È compito comune dei ‘pratici’ e dei ‘teorici’ il superamento delle difficoltà che segnano, nel tempo presente, un dialogo capace di restituire dignità alla scienza del diritto e di rivendicare l'unità del sapere giuridico, oltre le sue molteplici articolazioni e forme. Ed è in questa prospettiva che la filosofia del diritto è chiamata, a nostro avviso, a recuperare l'incessante confronto con i diversi rami del diritto positivo. Si tratta di una questione su cui è fondamentale richiamare l'attenzione soprattutto nell'epoca attuale, in cui il contributo delle cosiddette “materie culturali” nella formazione dei giuristi rischia di venire gravemente compromesso da scelte politiche assai poco lungimiranti, condotte in nome di una vera e propria campagna volta ad affermare il primato assoluto di una malintesa “preparazione professionalizzante”⁷.

⁴ Si vedano, in particolare, “Santi Romano l'ordinamento giuridico 1917-2017. La fortuna della teoria romaniana dell'ordinamento dalla sua pubblicazione ai tempi nostri nelle varie aree disciplinari” (Univ. di Palermo, 24-25 novembre 2017); “Santi Romano a cento anni da *L'ordinamento giuridico*” (Istituto italiano per gli Studi storici – Univ. Suor Orsola Benincasa, Napoli, 23 marzo 2018); “Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano” (Dip. di Scienze Politiche, Univ. di Pisa, 14-15 giugno 2018).

⁵ Per un quadro sistematico delle diverse traiettorie che si muovono, altresì, in questa direzione si vedano i contributi raccolti in M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pisa, Pacini, 2017.

⁶ P. Piovani, *Linee di una filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1958, p. 10.

⁷ Un utile contributo al fine di evitare alcune involuzioni di questo approccio potrebbe venire dagli insegnamenti di Didattica del diritto che sono stati di recente istituiti, in seguito al D.M. n. 616 del 10.08.2017, in alcuni corsi di laurea in Giurisprudenza e che sono destinati ad aumentare. Per un inquadramento delle finalità dei corsi e

In generale, due sono le fasi in cui il confronto tra diritto positivo e filosofia del diritto è più fertile.

Una prima fase è rappresentata dal *momento di crisi* della disciplina giusfilosofica, dove per “crisi” si intenda non soltanto la manifestazione di una frattura decisiva, la conclusione di una certa parabola, ma anche il momento di svolta che apre nuove possibilità, nuovi inizi. La filosofia del diritto svolge qui la propria peculiare funzione di perlustrazione dei *confini del giuridico*, individuando problemi e proponendo nuove prospettive ai giuristi di diritto positivo. Simmetricamente, il diritto positivo nel suo momento di crisi può reagire elaborando, al proprio interno, soluzioni che possono costituire occasione di riflessione per chi si muove entro gli orizzonti della filosofia del diritto.

Una seconda fase è quella che potremmo chiamare *genetica* e si verifica quando una determinata disciplina raggiunge una propria autonomia scientifica. La teoria giuridica in alcuni casi ha svolto un ruolo decisivo in questo senso, contribuendo a individuare lo statuto epistemologico di una particolare materia che i giuristi di diritto positivo avrebbero successivamente sviluppato in modo autonomo⁸. Ma in altri casi è avvenuto esattamente il contrario: sono stati i giuristi positivi a elaborare le condizioni di autonomia di un determinato sapere specialistico, aprendo alla filosofia del diritto nuove opportunità di riflessione teorica.

La storia della scienza amministrativistica italiana mostra esattamente questo secondo possibile percorso⁹. Si tratta di un aspetto trascurato, se non del tutto ignorato¹⁰, che comporta il riconoscimento — tardivo — di un debito che la filosofia giuridica italiana ha contratto verso la scienza del diritto amministrativo proprio un secolo fa. In questa prospettiva, il testo romaniano, cui è dedicato questo numero di *Jura Gentium*, può essere considerato il più alto esito di un itinerario complesso, nonché l’approdo di un peculiare *metodo*¹¹. Non si tratta quindi, in alcun modo, di un *exploit*, di una improvvisazione, di una meteora, come si cercherà di mostrare di seguito (§ 2).

Entro tale itinerario, e questo è il secondo livello di letture interpretative che si propone, vengono a delinarsi questioni nodali tutt’ora decisive rispetto alle quali Romano, non senza incorrere in elementi di tensione e ambiguità quando non di

dei loro contenuti si può vedere Th. Casadei, V. Marzocco, S. Zullo, *La didattica del diritto: prassi e metodo*, Pisa, Pacini, 2019.

⁸ Per una serie di analisi e considerazioni sull’attuale statuto della filosofia del diritto si rinvia ai fascicoli n. 1 e 2/2012 della *Rivista di filosofia del diritto* dedicati a “Quale filosofia del diritto?”.

⁹ Si rinvia, su questo punto alle considerazioni contenute in S. Pietropaoli, “Diritto amministrativo e filosofia del diritto. A proposito di un vecchio debito e della possibilità di un nuovo dialogo”, in S. Perongini (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 71-78 (si tratta degli Atti del Convegno tenutosi presso l’Univ. di Salerno il 14 e il 15 novembre 2014).

¹⁰ Ma se la questione è stata trascurata o ignorata nel campo della filosofia del diritto, ciò non è avvenuto invece in alcuni settori della storia del diritto: basti pensare ai contributi dedicati al tema da Paolo Grossi, Maurizio Fioravanti, Luca Mannori e Bernardo Sordi.

¹¹ Su questo aspetto insiste, in particolare, il contributo di Federico Pedrini in questo fascicolo. Si veda anche G. Miele, *Stile e metodo nell’opera di Santi Romano* (1941), in Id., *Scritti giuridici*, tomo I, Milano, Giuffrè, 1987, p. 340.

contraddizione, cerca di elaborare risposte sistematiche profilando i tratti di quella che può considerarsi, in sostanza, come una *dottrina pura del diritto come istituzione* (§ 3).

Intersecando i due percorsi di lettura emerge, come si cercherà di delineare nelle considerazioni conclusive (§ 4), la fecondità dell'opera di Romano e, al di là di alcuni aspetti problematici, del suo modo peculiare di intendere il diritto.

2. Un “ponte” tra filosofia del diritto e diritto amministrativo: un excursus storico

Nel corso dell'Ottocento, in Italia, i tentativi dei filosofi del diritto di contribuire alla nascita della scienza del diritto amministrativo furono pochi¹². E, cosa più importante, si trattò di tentativi rimasti senza esito alcuno. Qualcuno si avventurò perfino a parlare di “filosofia del diritto amministrativo”¹³.

Certo, l'alta ‘politicità’ della materia amministrativistica comportava la necessità di uno sforzo teorico che travalicava i confini del diritto positivo. Ma questo “bisogno teorico” non poteva essere soddisfatto dalla filosofia del diritto di quell'epoca. La partita doveva essere giocata su di un diverso campo: quello della scienza politica¹⁴. Fu così che l'esigenza di “afferrare la realtà della vita amministrativa”¹⁵ confluì nella creazione di un ambito autonomo di riflessione che consentì ai giuristi di andare al di là della dimensione pratica del diritto amministrativo. Il diritto amministrativo, nonostante la propria indubitabile affermazione, non poteva risolvere tutti i problemi posti dalla nuova amministrazione. Il piano giuridico positivo, da solo, non era sufficiente. Occorreva una copertura teorica simile a quella che la vecchia “scienza di polizia” aveva assicurato allo Stato assoluto nel Settecento¹⁶. È questa la prospettiva in cui mosse i primi passi la “scienza dell'amministrazione”

¹² Caso particolare è quello di Giovanni de Gioannis Gianquinto, ricordato principalmente per il suo *Corso di diritto pubblico amministrativo* (in 3 voll., Firenze, Tip. dell'Associazione, 1877-81). Prima di diventare “il più talentuoso esponente della scuola civilistica del diritto amministrativo italiano” (così A. Sandulli, “Il diritto amministrativo nei primi anni dello Stato unitario”, *Le Carte e la Storia*, 17 (2011), 1, p. 49), de Gioannis Gianquinto aveva insegnato a Cagliari Filosofia del diritto e Storia del diritto, elaborando un approccio che tentava di tenere insieme il giusnaturalismo di Vico, l'ontologismo di Gioberti e lo storicismo di Savigny. Su questo autore cfr. A. Sandulli, *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia, 1800-1945*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 30-35, ma anche il parere decisamente negativo espresso da Paolo Grossi in *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 28.

¹³ Tuttavia né l'opera pubblicata nel 1870 da Giuseppe Rocco (col titolo, appunto, di *La filosofia del diritto amministrativo e delle leggi che lo conservano*), né la brevissima esperienza della cattedra di “Filosofia del diritto amministrativo” istituita a Macerata nel 1874, esercitarono la minima influenza nella vicenda della scienza amministrativistica italiana.

¹⁴ Si riprende qui la tesi esposta da P. Schiera in “Amministrazione e costituzione: verso la nascita della scienza politica”, *Il Pensiero Politico*, 15 (1982), 1, pp. 74-91.

¹⁵ M. Nigro, “Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XXII (1968), pp. 636-683, p. 643.

¹⁶ Cfr. P. Schiera, “Amministrazione e costituzione: verso la nascita della scienza politica”, cit., pp. 84-85.

italiana, di cui nel 1878 venne istituita la prima cattedra a Pavia sotto il magistero di Carlo Francesco Ferraris¹⁷.

A questo proposito è interessante ricordare che nel 1887, in *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, Vittorio Emanuele Orlando, il maestro di Romano¹⁸, segnalava come la scienza dell'amministrazione fosse “non ancora definita nel suo contenuto”, e proponeva che con tale termine si indicasse “la scienza dell'ingerenza sociale dello Stato”¹⁹. Ma, soprattutto, Orlando affermava vigorosamente che “non può accettarsi che la scienza dell'amministrazione sia la filosofia del diritto amministrativo. Non è concepibile una scienza che si limiti a fare filosofia dell'amministrazione, come non è concepibile un diritto amministrativo che dallo studio positivo non risalga alla genesi storico-filosofica degli istituti”²⁰. Questa lapidaria affermazione, in cui si avverte già il nucleo della celebre prolusione palermitana del 1889, esprime perfettamente la svolta verso la nuova “scienza” del diritto pubblico, liberata — così si voleva — dalle antiche incrostazioni politiche, economiche, storiche e filosofiche.

Nonostante le perplessità espresse da Orlando e da molti altri, la Scienza dell'amministrazione divenne presto — nel 1885 — materia obbligatoria nelle università, dove fu insegnata insieme al Diritto amministrativo fino al 1935. Il diritto amministrativo, per conservare lo *status* di “scienza giuridica”, doveva pagare il suo tributo allo Stato, e piacesse o meno, occorreva riconoscere che la scienza dell'amministrazione si prestava perfettamente allo scopo.

Allargando la riflessione allo spazio europeo continentale, a metà Ottocento Rudolf von Jhering era, come è noto, un fiero sostenitore — sulla scia di Friedrich von Savigny — di una concezione del diritto come “prodotto internamente compiuto della storia”, “lingua di un popolo”, non certo aggregato di “disposizioni arbitrarie” del legislatore²¹. Nel giro di un quarto di secolo, il medesimo Jhering ammetterà che

¹⁷ Su questo tema, resta fondamentale G. Gozzi, “Organizzazione degli interessi e razionalità amministrativa in Italia tra Otto e Novecento. Carlo Francesco Ferraris e la scienza dell'amministrazione”, *Il Pensiero Politico*, 16 (1983), 2, pp. 215-240.

¹⁸ Si veda il suo discorso commemorativo tenuto il 7 giugno 1948 su incarico della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma: *Santi Romano e la Scuola italiana di Diritto Pubblico*, in S. Romano, *Scritti minori, I, Diritto costituzionale*, a cura di G. Zanobini, Milano, Giuffrè, 1950, pp. V-XXIV. In precedenza: V.E. Orlando, “Ancora del metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all'opera di Santi Romano (1939)”, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, 1940, pp. 1-24.

¹⁹ V.E. Orlando, “Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione”, *Archivio giuridico*, XXXVIII (1887), 5-6, pp. 360-97 (ma cito dalla ripubblicazione in *Diritto pubblico generale: scritti varii, 1881-1940, coordinati in sistema*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 127). Cfr., più in generale, sulle implicazioni politico-istituzionali di tali problematiche: M. Fotia, *Il liberalismo incompiuto: Gaetano Mosca, Vittorio Emanuele Orlando, Santi Romano tra pensiero europeo e cultura meridionale*, Milano, Guerini, 2001 (su Romano, in particolare, le pp. 137-141 e pp. 171-178); Id., “L'istituzionalismo in Santi Romano tra diritto e politica”, *Democrazia e diritto*, 48 (2011), 1-2, pp. 135-174.

²⁰ *Ibid.*

²¹ La consonanza tra il ‘primo’ Jhering e Savigny è perfettamente riassunta da M. Fioravanti, in “La scienza giuridica: il dibattito sul metodo e la costruzione della teoria giuridica dello Stato”, *Il pensiero politico*, 15 (1982), 1, pp. 92-126, p. 117: “[...] credo che lo storicismo di Savigny e la giurisprudenza dei concetti di Jhering non rappresentino altro che vie diverse convergenti verso un unico obiettivo: l'individuazione di un ordine giuridico positivo sovrastante la mera vigenza delle regole emanate da fonte autoritativa”.

il diritto è invece “l’insieme delle norme coercitive vigenti in uno Stato”²². Non si tratta di una mera conversione teorica, ma della drammatica consapevolezza di una radicale trasformazione. Lo Stato si era rapidamente imposto come il referente necessario della decisione politica. E in questo contesto l’amministrazione era emersa in tutta la sua forza. Il diritto era diventato lo strumento fondamentale dello Stato per conseguire i propri scopi: il governo della società passava necessariamente, nel bene o nel male, attraverso il diritto.

Riconoscere questo mutamento non significava aderirvi entusiasticamente. Non significava, in altre parole, votarsi al vorticoso statualismo di un Paul Laband. E, come Jhering, molti furono consapevoli del successo dello Stato, senza per questo rimanere ciechi di fronte ai problemi che il monopolio giuridico statualista comportava.

A confermare la consapevolezza dell’ambiguità insita nel positivismo giuridico tardo-ottocentesco, basti ricordare le parole con cui Georg Jellinek — una delle influenze maggiori per Romano sin dai suoi anni giovanili²³ — denunciava il pericolo di uno Stato che, occupandosi di tutto (“dal medicinale di Stato al teatro di Stato”), divenisse “strumento di sopraffazione sociale per gli uni, stimolo di solidarietà umana per gli altri, ora speranza ora terrore, ora giogo che opprime, or leva che innalza, con tanta ansia invocata, con altrettanta repugnanza temuta”²⁴.

Lo Stato non poteva non essere sovrano. Ma la sua sovranità, a chi decideva di rimanere, per così dire, con gli occhi aperti e tuttavia non rimaneva abbagliato dallo splendore del Leviatano, non poteva non suscitare timori.

In ogni caso, si erano ormai spalancate le porte di quel processo che nel giro di pochi anni avrebbe portato all’affermazione del positivismo giuridico e alla conseguente crisi del rapporto tra i cultori del ‘nuovo’ diritto positivo di produzione statale e i filosofi del diritto, che — almeno in Italia —, dopo una breve e incerta fase di avvicinamento (spesso superficiale) al positivismo, rimasero ancorati ai canoni del vecchio giusnaturalismo di ispirazione vichiana o tomista, oppure — più spesso

²² R. v. Jhering, *Der Zweck im Recht*, vol. I, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1877 (trad. it. *Lo scopo nel diritto*, a cura di M.G. Losano, Torino, Einaudi, 1972, p. 232).

²³ Lo ricordano opportunamente, nei loro contributi, Trifone e De Vanna. Quest’ultimo segnala come “la scuola di Vittorio Emanuele Orlando, nella quale Romano si era formato, aveva adottato la teoria dell’“autolimitazione” prospettata a questo proposito da Jellinek nel *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (1892) ma, mentre per lo studio tedesco la genesi dello Stato è un processo esclusivamente fattuale, per Romano l’instaurazione di un ordinamento comporta necessariamente il riconoscimento di limiti e principi (giuridicamente) dati”. Più in generale, per quanto riguarda altre fonti dell’elaborazione di Romano, si veda S. Pellegrini, “Le fonti della teoria delle istituzioni di Santi Romano nell’opera di Eugen Ehrlich”, in B. Pieri, A. Rotolo (a cura di), *La filosofia del diritto dei giuristi*, Bologna, Gedit, 2003, pp. 331-36.

²⁴ Cfr. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, vol. I: *Das Recht des modernen Staates*, Berlin, Häring, 1900 (trad. it. *La dottrina generale dello Stato, traduzione italiana sulla 2a ed. tedesca di Modestino Petroszello; con introduzione e capitoli aggiunti di Vittorio Emanuele Orlando*, Milano, Società editrice libraria, 1921, pp. 16-17).

— si asserragliarono in una strenua riformulazione del diritto naturale su base idealista²⁵ o neokantiana²⁶.

In entrambi i casi, il solco che già divideva i giuristi di diritto positivo dai filosofi del diritto andò facendosi sempre più profondo. Scienza giuridica e filosofia del diritto divennero sempre più distanti, e, nonostante alcuni tentativi esperiti da alcuni sul piano della “teoria generale”²⁷, si dovrà attendere la fine degli anni Trenta per ritrovare i segnali di un riavvicinamento²⁸.

Da tutto questo non si può tuttavia saltare alla conclusione che un “ponte” tra filosofia del diritto e diritto amministrativo sia rimasto impercorribile. Esso fu percorso, ma in direzione opposta rispetto a quella che sarebbe stato intuitivo immaginare.

3. Una “doppia teoria” dalle rilevanti implicazioni pratiche: (un certo modo di intendere) istituzionalismo e pluralismo giuridico

Il più originale orientamento giusfilosofico elaborato in Italia nella prima metà del Novecento è opera di un amministrativista: la “doppia teoria” dell'*istituzionalismo*²⁹

²⁵ Ma occorre ricordare che nella congerie dei filosofi idealisti, prima e al di là di Benedetto Croce e Giovanni Gentile, vanno annoverati personaggi assai diversi tra loro: dall'idealismo ‘neo-hegeliano’ (con accenti vichiani) di Francesco Filomusi Guelfi all'idealismo ‘critico’ di Igino Petrone, dall'idealismo ‘sociale’ di Gioele Solari all'idealismo ‘storico’ di Benvenuto Donati.

²⁶ Basti qui ricordare i nomi di Giorgio Del Vecchio e di Adolfo Ravà.

²⁷ Pensiamo in particolare agli scritti degli anni Venti di autori come Alessandro Levi, Francesco Bernardino Cicala e Widar Cesarini Sforza. A quest'ultimo si deve, come è noto, un'altra importante opera in cui viene spezzata l'identificazione tra diritto e Stato: *Il diritto dei privati*, del 1929 (ristampato nel 1963), anch'esso ripubblicato, contemporaneamente a *L'ordinamento giuridico*, da Quodlibet (a cura e con una postfazione di Michele Spanò). Per una discussione sul rilievo delle argomentazioni di Cesarini Sforza nel contesto del più recente dibattito teorico-giuridico si vedano le recensioni di G. Milani (“Diritto senza stato”, *Internazionale*, 18 ottobre 2018), G. Alpa (“Potere normativo della collettività”, *Il sole 24 ore*, 25 novembre 2018), T. Negri (“Nelle autonome aperture al comune”, *il manifesto*, 12 dicembre 2018).

²⁸ Riavvicinamento, se non riconciliazione, il cui punto iniziale può essere considerata la pubblicazione dell'opera di Giuseppe Capograssi *Il problema della scienza del diritto*, Roma, Foro Italiano, 1937, il quale l'anno prima aveva pubblicato uno studio su Santi Romano: “Nota sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici”, *Studi sassaresi*, 14 (1936), pp. 77-90 (poi ripubblicato in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XIX (1939), pp. 9-44 e in *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, vol. IV, pp. 181-221). Capograssi dedicherà poi un altro saggio a Santi Romano: “L'ultimo libro di Santi Romano”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1 (1951), 1, pp. 46-75 (poi raccolto in *Opere*, cit., vol. V, pp. 221-254).

²⁹ All'istituzionalismo classico di Santi Romano (affine, per alcuni versi, a quello di Hauriou) – che, come è noto, si inserisce entro quella rivolta contro il formalismo che si è sviluppata tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento sia in Europa sia in America – si è riallacciato il neoinstituzionalismo di Neil MacCormick e Ota Weinberger. “Tanto il vecchio quanto il nuovo istituzionalismo si presentano quindi come reazioni al positivismo giuridico: il primo al positivismo della “giurisprudenza dei concetti”, il secondo alla tradizione kelseniano-hartiana” (C. Faralli, *La filosofia del diritto contemporanea*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 33). Fu Guidò Fassò, richiamando la “vastissima eco” che ebbe *L'ordinamento giuridico*, a definire quella di Romano come “la più conseguente e coraggiosa fra le teorie del diritto antinormativistiche” (G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto* (1966-1970), ediz. aggiornata a cura di C. Faralli, 3 voll., Roma-Bari, Laterza, 2001, vol. III, p. 285).

e del *pluralismo giuridico* di Santi Romano che insieme alla nozione di “istituzione”³⁰ pone al centro del programma di ricerca, come sottolinea nel suo contributo Tommaso Gazzolo, la “coesistenza degli ordinamenti”³¹.

Un’analisi attenta del pensiero romaniano dimostra come non fu certo la filosofia giuridica — nelle sue diverse forme — a dare un contributo decisivo allo sviluppo del diritto amministrativo italiano, ma piuttosto il contrario.

Come ha sostenuto in maniera assai efficace Maurizio Fioravanti, “l’approccio di Santi Romano ai problemi dello Stato non fu in origine l’approccio della teoria generale, ma quello, in apparenza più circoscritto e modesto, ma in realtà fertilissimo, *del diritto amministrativo e della sua scienza*”³².

La teoria elaborata da Santi Romano può essere interpretata come il coerente approdo di una riflessione originata non da preoccupazioni meramente speculative, ma dall’esigenza concreta di sistemare quegli istituti di diritto positivo che egli riteneva alla base dello “Stato amministrativo”: i diritti pubblici soggettivi; il diritto pubblico patrimoniale; la potestà regolamentare della pubblica amministrazione; l’interpretazione di secondo grado; il bilancio come atto amministrativo; la determinazione della demanialità; la tutela giuridica dei diritti civili.

È a partire dall’esame rigoroso e originale di questi problemi che Santi Romano sviluppò i cardini del suo *programma di ricerca*: la critica dell’identificazione tra legge e diritto; la rivendicazione della pubblicità e pluralità degli ordinamenti giuridici; il

³⁰ Per un originale tentativo di definizione della “istituzione” romaniana come *meta-istituzione* cfr. M. Croce, *Che cos’è un’istituzione*, Roma, Carocci, 2010, in particolare le pp. 85-87. Utile per una ricostruzione in chiave comparatistica è anche la lettura di M. D’Alberti, “Santi Romano e l’istituzione”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 64 (2014), 3, pp. 579-592.

³¹ Per una presentazione dei significati odierni di “pluralismo giuridico” si possono vedere, a titolo esemplificativo, M. La Torre, “Legal Pluralism as an Evolutionary Achievement of European Community Law”, *Ratio Juris*, 12 (1999), 2, pp. 182-195; R. Motta, “Approccio classico e approccio critico al pluralismo giuridico”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXIV (2004), 2, pp. 345-362; F. Viola, “Il *rule of law* e il pluralismo giuridico contemporaneo”, in M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 95-125; S. Bolognini, *Pluralismo giuridico e ordinamenti contra legem*, Roma, Edizioni Nuova Cultura, 2012. Cfr., anche, V. Oligati, “Il pluralismo giuridico come lotta per il diritto (e la follia teorico-metodologica di una recente proposta)”, *Sociologia del diritto*, 21 (1994), 1, pp. 97-127; K. Günther, *Pluralismo giuridico e codice universale della legalità*, trad. it. e cura di L. Ceppa, Torino, Trauben, 2010.

³² M. Fioravanti, “Stato di diritto e Stato amministrativo nell’opera giuridica di Santi Romano”, in A. Mazzacane (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, Liguori, 1986, pp. 309-346, ma citiamo dalla pubblicazione in M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, Tomo I, pp. 405-451, p. 406. Del medesimo autore si veda anche “Per l’interpretazione dell’opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, X (1981), pp. 169-219 (raccolto anche, con il titolo “‘Stato giuridico’ e diritto costituzionale negli scritti giovanili di Santi Romano”, in *La scienza del diritto pubblico*, cit., pp. 277-326). Sulla specificità del contributo di Romano, si vedano anche A. Romano, *Santi Romano e la giuspubblicistica italiana: temi e tendenze*, in P.L. Ballini (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale: 1918-1925*, Venezia, Istituto veneto di scienze, lettere ed arti, 2005, pp. 103-130; F. Lanchester, “Santi Romano e le ideologie giuridiche italiane nella transizione allo Stato di massa”, *Rivista AIC*, 2011, 4 (consultabile all’indirizzo <https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/Lanchester.pdf>). Per un inquadramento più generale si vedano: V. Mura, “Pluralismo e neo-statalismo nella cultura giusfilosofica italiana del primo Novecento”, in A. Mazzacane (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, Liguori, 1986, pp. 379-441; F. Tessitore, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1988.

riconoscimento del potere disciplinare amministrativo come diritto pubblico subiettivo dello Stato; la costruzione della pubblica amministrazione come autonomo ordinamento giuridico.

Nella peculiare modalità di affrontare queste tematiche si rinvengono spunti di riflessione particolarmente rilevanti per la discussione odierna.

Innanzitutto, l'idea del diritto come *processualità*, su cui insiste Mariano Croce tirando le fila di un ragionamento condotto negli ultimi anni volto precipuamente a mostrare la fecondità della teorizzazione romaniana nelle sue implicazioni operative³³; aspetti, questi, che richiamano il *principio dell'effettività*, non esplicitamente teorizzato ma inteso, fin dalle pagine iniziali dell'opera sull'ordinamento giuridico, come “motivo esistenziale dell'istituzione”, di cui Gian Paolo Trifone ricostruisce gli aspetti cruciali connettendolo con l'“impersonalità del potere pubblico” e il “valore della consuetudine” (a loro volta intimamente correlati), nonché con le questioni della “sovranità” e della “legge costituzionale”³⁴.

Assai significativa è, poi, la questione dell'*unità dell'ordinamento*, analiticamente indagata da Tommaso Gazzolo nel suo duplice profilo di “unità della molteplicità delle norme” (“teoria dell'ordinamento”) e di “unità che ogni ordinamento è” (teoria del diritto *come* ordinamento), e inscindibilmente collegata con “la tesi della pluralità degli ordinamenti”, presa in esame — da angolazioni diverse — da Bernardo Sordi e da Francesco De Vanna. Mentre il primo ricostruisce l'accidentato percorso mediante il quale la storiografia giuridica, a lungo fortemente condizionata “dagli stilemi statualistici”, ha compreso le “potenzialità euristiche sottese al principio di pluralità degli ordinamenti”, il secondo ne saggia l'efficacia, prima di tutto epistemica “rispetto alla prospettiva normativistica di matrice kelseniana (ma anche hartiana)”, nel comprendere la ‘frammentazione’ che caratterizza il destino della regolazione giuridica, oltre la dimensione statualistica, e dunque nel fare i conti con fenomeni,

³³ Oltre alla già menzionata *Postfazione* all'edizione inglese (pp. 111-128) e alla *Postfazione (Per una storia futura de L'ordinamento giuridico)* alla nuova edizione italiana de *L'ordinamento giuridico* (pp. 187-206), si vedano: M. Croce, *Self-Sufficiency of Law: A Critical-institutional Theory of Social Order*, Dordrecht, Springer, 2012; Id., “Il diritto come morfologia del sociale. Il pluralismo giuridico di Santi Romano”, *Diritto pubblico*, 22 (2017), 3, pp. 841-860; Id., “Whither the state? On Santi Romano's *The legal order*”, *Ethics & Global Politics*, 11 (2018), pp. 1-11 (si tratta del primo contributo ad un *focus* a partire dalla traduzione inglese della principale opera di Santi Romano). Lungo la direttrice interpretativa di Croce si muove anche Andrea Salvatore, il quale nella sua bella recensione alla nuova edizione italiana de *L'ordinamento giuridico*, sottolinea anche un aspetto significativo sul piano filosofico-politico: “Contro ogni possibile sospetto di un irrealistico irenismo, va qui richiamato il carattere *costitutivamente agonale* del pluralismo giuridico di Romano: la comune natura giuridica di ogni stabile regolamentazione sociale è pensata non già al fine di un armonico e confluyente contributo da parte di ciascuna di esse alla formazione di un super-ordinamento che garantisca una pacifica coesistenza tra le differenti realtà istituzionali a esso facenti capo, quanto piuttosto alla consustanziale concorrenzialità tra forme di regolazione e modelli interazionali il più delle volte incompatibili. Lungi pertanto dal risultare estranee alla comprensione giuridica, le relazioni di potere finiscono, nell'ottica di Romano, per diventare parte integrante di essa, quale capitale simbolico e al contempo forza materiale in grado di disporre di sufficienti risorse per rendere vincolante un determinato ordinamento, accordando o negando riconoscimento giuridico a realtà istituzionali altre da sé” (A. Salvatore, “Il diritto oltre lo Stato”, *Doppiozero*, 18 dicembre 2018: <https://www.doppiozero.com/materiali/il-diritto-oltre-lo-stato>).

³⁴ Sulla collocazione eccentrica della nozione di Costituzione nella mappa di concetti disegnata da Santi Romano, cfr. C. Pinelli, “La costituzione di Santi Romano e i primi Maestri dell'età repubblicana”, *Rivista italiana per le Scienze giuridiche* (nuova serie), 3 (2012), pp. 179-225.

come, ad esempio, l'emersione di *global regulators* che, nella maggior parte dei casi corrispondono a *non-State actors* (i quali, più precisamente, “esprimono un nuovo potere normativo, in aree generali o specializzate dell’attività umana, tagliando trasversalmente ordinamenti e barriere”).

La fecondità nell’*utilizzare* alcuni elementi del pensiero di Romano è mostrata anche da Federico Pedrini e Mauro Barberis.

Il primo ne fa uno strumento di lettura (anche in senso critico) di alcune posizioni contemporanee sul diritto costituzionale e sulla questione dell’*interpretazione*. Il percorso argomentativo — scandito in quattro passaggi-chiave³⁵ — conduce ad un approdo nell’ambito del quale “si può ben essere istituzionalisti, o per lo meno condividere l’assunto proprio dell’istituzionalismo secondo cui il diritto va molto al di là delle norme espresse dai documenti legislativi, senza però per questo dover rinunciare ad un atteggiamento linguisticamente e giuridicamente rigoroso nei processi di significazione del materiale legislativo scritto”.

Dal canto suo, Barberis sviluppando alcune acquisizioni raggiunte in altri lavori (“l’imprescindibilità dell’istituzionalismo di Romano per una teoria del diritto positivista e realista; i suoi limiti [ontologismo, pangiuridicismo, formalismo...]; i suoi pregi [pluralismo]; la tendenza del [neo-]istituzionalismo a de-materializzarsi in teoria del ragionamento giuridico”), intende mostrare come un “istituzionalismo diverso, meno formalista e più realista”, consenta di elaborare un modello dell’emergenza (*emergence*) delle istituzioni in genere e di definire i loro rapporti con la razionalità, nonché di porre a vaglio critico una specifica modalità di funzionamento delle istituzioni democratiche quale è il “populismo (digitale)”.

4. Da una crisi all’altra: l’opportunità di un dialogo

L’ordinamento giuridico del 1917 non è, pertanto, l’opera di un filosofo del diritto che schiude ai giuristi di diritto positivo nuove opportunità di sviluppo della propria disciplina, e neppure è lo scritto d’occasione di un giurista ormai affermato che si diletta, per una volta, a vestire i panni del filosofo³⁶.

³⁵ Così riepilogati dall’autore: “1) l’istituzionalismo, nonostante la sua apertura al meta-normativo, non implichi di per sé una teoria antiformalista *dell’interpretazione*; 2) l’istituzionalismo implichi invece una certa teoria *delle fonti*, nella quale riveste un ruolo importante il c.d. “diritto involontario”; 3) la teoria delle fonti, per quanto connessa con la teoria dell’interpretazione, concettualmente può (e analiticamente dovrebbe) essere mantenuta distinta da quest’ultima; 4) la teoria delle fonti dell’istituzionalismo ponga problemi metodologici importanti, non ancora pienamente risolti, soprattutto per quanto riguarda le modalità del suo accertamento e la verifica della correttezza dei relativi procedimenti epistemologici di “scoperta” o “invenzione””.

³⁶ Panni che Romano — il quale, dopo l’abilitazione all’Univ. di Palermo in Diritto amministrativo (1898), ha insegnato Diritto amministrativo e Diritto costituzionale nelle università di Modena (1902-1908), Pisa (1908-1924), Milano (1925-1928) e Roma (1928-1943), oltre che Scienze dell’amministrazione, Diritto ecclesiastico e Diritto internazionale — aveva peraltro formalmente vestito nell’anno accademico 1901-02, quando aveva tenuto, oltre a Diritto amministrativo, per incarico il corso di “Filosofia del diritto” presso l’Università di Camerino (dove insegnò per quattro anni dal 1898 al 1902: cfr. A. Romano, *Nota bio-bibliografica*, in S. Romano, *L’“ultimo” Santi Romano*, a cura di A. Romano, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 843-885). L’anno successivo il corso

È, invece, il coerente esito di una *prospettiva* di lungo periodo che, sulla scorta dei risultati di un esame originale e aperto di concreti problemi di diritto positivo, sfocia, infine, in una coerente sistematizzazione sul piano teorico, in una costruzione dal sapore quasi “geometrico” (come evidenziano nel testo – a definire una sorta di *dottrina pura del diritto come istituzione* — termini quali teorema, principio, corollario, postulato, assioma)³⁷.

Al di là delle molte e diverse valutazioni — anche radicalmente critiche — espresse nell’arco di un secolo a proposito dell’opera romaniana³⁸, un dato sembra innegabile: Romano ha aperto la strada a una “diversa concezione del diritto”³⁹.

Intorno all’opera di Santi Romano si sono confrontati amministrativisti, costituzionalisti, storici, romanisti e — non ultimi — i filosofi del diritto (anche a partire da itinerari teorici assai diversi da quello romaniano e, anche, tra loro): da Giovanni Tarello⁴⁰ a Vittorio Frosini⁴¹, da Giacomo Gavazzi⁴² ad Antonio

fu affidato al civilista Francesco Ferrara. Nella prima metà del Novecento, del resto, non era raro che a tenere corsi di “Filosofia del diritto” fossero penalisti, costituzionalisti, civilisti, processualisti. Nel lungo elenco degli “incaricati” non mancano neppure i nomi di due ordinari di Diritto amministrativo: Carmine Soro-Delitala (che tenne il corso all’Università di Sassari per più di vent’anni, fino al 1904) e Raffaele Resta (Università di Urbino, a.a. 1933-34).

³⁷ Insiste su questo aspetto, parlando di uno “storicismo perduto” da parte del giurista siciliano rispetto alla prolusione pisana dedicata a *Lo Stato moderno e la sua crisi* del 1909, Eugenio Ripepe: “Introduzione. Su Paolo Grossi filosofo del diritto”, *Rivista di filosofia del diritto*, V (2016), 1, pp. 7-22, in part. pp. 11-19.

³⁸ Per la storia dell’interpretazione dell’opera *L’ordinamento giuridico* resta fondamentale M. Fioravanti, “Per l’interpretazione dell’opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive di ricerca”, cit. È bene non dimenticare che nelle valutazioni della sua opera hanno inciso anche considerazioni di tipo ideologico-politico: Romano, infatti, in pieno regime fascista, ha occupato il ruolo di Presidente del Consiglio di Stato dal 1929 al 1943. Nominato Senatore del Regno (1934) e Accademico dei Lincei (1939), egli non aderì nel 1944 alla Repubblica Sociale Italiana ma ciò non gli evitò, a guerra finita, di essere accusato di aver appoggiato il fascismo e di essere radiato dall’Accademia dei Lincei.

³⁹ Così Aldo Sandulli in *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia, 1800-1945*, cit., p. 156. Dello stesso autore si veda *Romano, Santi* (voce), in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, vol. II, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 1728-1731.

⁴⁰ Il rinvio è a G. Tarello, “La dottrina dell’ordinamento e la figura pubblica di Santi Romano”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 245-256. Si vedano anche G. Tarello, “Prospetto per la voce “ordinamento giuridico” di una enciclopedia”, in *Politica del diritto*, VI (1975), 1, pp. 73-102, e Id., “Il diritto come ordinamento”, in *Atti del X Congresso nazionale di Filosofia giuridica e politica (Bari, 3-5 ottobre 1974)*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 49-80.

⁴¹ V. Frosini, “L’attualità di Santi Romano”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 211-214. Dello stesso autore si veda anche “Santi Romano e l’interpretazione giuridica della realtà sociale”, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, 4 voll., Milano, Giuffrè, 1991, vol. I, pp. 321-330 (in precedenza pubblicato in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXVI (1989), pp. 706-712).

⁴² G. Gavazzi, “Santi Romano e la teoria generale del diritto”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 67-84.

Tarantino⁴³, da Norberto Bobbio⁴⁴ a Uberto Scarpelli⁴⁵, sino ad Alfonso Catania⁴⁶, nonché, in tempi più recenti, da Mauro Barberis⁴⁷ a Eugenio Ripepe⁴⁸, da Massimo La Torre⁴⁹ a Gianluigi Palombella⁵⁰.

Esiste oggi la possibilità — forse addirittura la necessità — che la filosofia del diritto e il diritto amministrativo, insieme alla ‘nuova’ scienza dell’amministrazione, instaurino una rinnovata discussione⁵¹, così come pare imprescindibile, per altri versi, una ritessitura dei legami tra la riflessione giusfilosofica e le molteplici forme del potere (ossia l’indagine filosofico-politica)⁵².

Non si fraintenda: non si tratta certo di fondare una “filosofia del diritto amministrativo” o una qualche inedita “filosofia giuridico-politica”, di riesumere il

⁴³ A. Tarantino, *La teoria della necessità nell’ordinamento giuridico* (1976), Milano, Giuffrè, 1980²; Id., “Brevi riflessioni sui precedenti dottrinali di Santi Romano”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LIV (1977), pp. 682-704; Id., “La necessità come fondamento della dottrina romaniana”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 239-243; Id., “Dell’istituzionalismo. Ancora sui precedenti dottrinali di Santi Romano”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XI (1981), pp. 169-190.

⁴⁴ N. Bobbio, “Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano”, *Amministrare*, 5 (1975), 1, pp. 447-466 (ripubblicato in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 25-33, e poi in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 165-186).

⁴⁵ U. Scarpelli, “Santi Romano, teorico conservatore, teorico progressista”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 45-63 (raccolto anche in *Etica senza verità*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 315-336). Si veda, inoltre, “Il diritto pubblico di Santi Romano”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XIX (1989), 1, pp. 143-149.

⁴⁶ Oltre allo studio sulle affinità e differenze con Schmitt, precedentemente menzionato, si vedano A. Catania, *Argomenti per una teoria dell’ordinamento giuridico*, Napoli, Jovene, 1976, in part. pp. 149-152; Id., “Formalismo e realismo nella metodologia giuridica. Riflessioni sul pensiero di Santi Romano”, in S. Cassese (a cura di), *L’unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 401-411; Id., *Manuale di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 20-27 (“Ordinamento e organizzazione: l’istituzionalismo”). Si veda, per un raffronto, G.P. Trifone, “Alfonso Catania interprete di Santi Romano”, in F. Mancuso, G. Preterossi, A. Tucci (a cura di), *Le metamorfosi del diritto. Studi in memoria di Alfonso Catania*, Milano-Udine, Mimesis, 2013, pp. 83-90.

⁴⁷ M. Barberis, “Santi Romano, il neoistituzionalismo e il pluralismo giuridico”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLI (2011), 2, pp. 349-360; Id., “Santi Romano e le metamorfosi dell’istituzionalismo”, *Lo Stato*, 5 (2017), 9, pp. 243-270.

⁴⁸ E. Ripepe, *La teoria dell’ordinamento giuridico: Santi Romano*, in *L’Età liberale. Scienze sociali. Diritto*, Enciclopedia Treccani, Roma, 2012, pp. 475-484, consultabile on line: [http://www.treccani.it/enciclopedia/la-teoria-dell-ordinamento-giuridico-santi-romano_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/la-teoria-dell-ordinamento-giuridico-santi-romano_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero-Diritto)/). Dello stesso Ripepe, curatore del volume *Ricordando Santi Romano, in occasione dell’inaugurazione dei corsi dell’a.a. 2010-2011 nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Pisa*, cit., si veda anche “Introduzione. Su Paolo Grossi filosofo del diritto”, cit.

⁴⁹ M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalista del diritto*, Roma-Bari, Laterza, pp. 128-132, ove si sottolinea che “il pluralismo giuridico, usato da Romano in maniera abbastanza estrema, finisce per sfociare nel pangiuridicismo, cioè nella tesi (tipicamente romaniana) per cui ogni gruppo sociale costituisce un ordinamento giuridico” (p. 132). Cfr., anche, Id., “Institutionalism Old and New”, *Ratio Juris*, 6 (1993), 2, pp. 190-201.

⁵⁰ G. Palombella, “L’istituzione del diritto. Una prospettiva di ricerca”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XX (1990), 2, pp. 367-401.

⁵¹ È quanto si suggerisce in S. Pietropaoli, “Diritto amministrativo e filosofia del diritto. A proposito di un vecchio debito e della possibilità di un nuovo dialogo”, cit.

⁵² È quanto si suggerisce in Th. Casadei, “Le teorie critiche del diritto. Tra filosofia giuridica e filosofia politica”, *Postfazione* in M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, cit., pp. 379-410.

“diritto pubblico universale” di Gian Domenico Romagnosi, e neppure di invocare un “ritorno a Santi Romano”⁵³.

La *crisi dello Stato* di cui trattava Romano un secolo fa – su cui è tornato in anni recenti, tra gli altri, anche Paolo Grossi⁵⁴ – non è la crisi dello Stato di cui parliamo oggi⁵⁵. È, questa, una considerazione che può apparire ovvia, ma che è bene ribadire in tempi segnati da una complessità che rende sovente allettante la prospettiva di recuperare vecchi schemi e ricostruzioni consolidate, nell’illusoria convinzione che possano spiegare il tempo presente nello stesso modo in cui avevano colto lo spirito del tempo in cui erano stati pensati.

Assistiamo a uno “sviluppo del mondo giuridico che sollecita cambiamenti di paradigmi e che richiede tutto l’acume di filosofi del diritto, di costituzionalisti e di storici per la verifica della resistenza dei vecchi concetti e delle impostazioni tradizionali”⁵⁶.

Se una delle frontiere del pensiero giuridico odierne è quella del “diritto amministrativo globale”, un diritto che ha a che vedere con i diritti umani e la pace internazionale, l’ambiente, la salute, il lavoro, il commercio, il terrorismo

⁵³ Sul tema della ‘attualità’ del pensiero di Romano si vedano però le interessanti considerazioni formulate da Andrea Morrone in “Per il metodo del costituzionalista: riflettendo su “Lo Stato moderno e la sua crisi” di Santi Romano”, *Quaderni costituzionali*, XXXII (2012), 2, pp. 369-387.

⁵⁴ Numerosissimi sono i riferimenti dello storico del diritto fiorentino al giurista siciliano: “Santi Romano: un messaggio da ripensare nell’odierna crisi delle fonti”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, LX (2006), 2, pp. 377-395; “Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 61 (2011), pp. 1-22 (riedito in P. Grossi, A. Romano, *Ricordando Santi Romano, in occasione dell’inaugurazione dei corsi dell’a.a. 2010-2011 nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Pisa*, a cura di E. Ripepe, Pisa, Pisa University Press, 2013, pp. 19-37; ora raccolto anche in *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 41 e ss.). Al riguardo, per una panoramica delle interpretazioni dello storico del diritto fiorentino rispetto alle tesi di Romano, si rinvia a G.P. Trifone, “Pluralismo e fattualità. Il contributo di Paolo Grossi”, in A. Tucci (a cura di), *Disaggregazioni. Forme e spazi di governance*, Milano-Udine, Mimesis, 2013, pp. 109-120.

⁵⁵ Sul punto si veda, a titolo esemplificativo, D. Nocilla, “La crisi della forma-Stato a partire dal pensiero di Santi Romano”, in *Scritti in onore di A. D’Atena*, 4 voll., Milano, Giuffrè, 2015, vol. III, pp. 2195-2220. Roberto Esposito ha rimarcato la “formidabile attualità” dell’opera di Romano: “Egli colse, con quasi cento anni di anticipo, non soltanto l’indebolimento dello Stato nei confronti di istituzioni e ordinamenti che sempre più ne sfidano le prerogative esclusive. Ma anche il ruolo creativo di nuovi ordini normativi che i linguaggi del diritto possono esercitare in una situazione di transizione dall’antico monopolio degli Stati sovrani a una nuova trama di relazioni sociali nazionali e internazionali” (R. Esposito, “Perché la parola istituzione non fa più rima con Stato”, cit.). Spunti interessanti si rinvenivano anche in R. Ruffilli, “Santi Romano e la “crisi dello Stato” agli inizi dell’età contemporanea”, *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 27 (1977), pp. 311-325; M. Montanari, “Santi Romano. La crisi dello stato liberale nella teoria istituzionalista del diritto”, *Lavoro critico*, 24, 1981, pp. 61-101. Si veda anche dello stesso autore “La politica tra ‘spazio’ e ‘immaginario’”, in A. Mazzacane (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, cit., pp. 363-378.

⁵⁶ Così Sabino Cassese in “Una furiosa espansione della legge? Spazio giuridico globale e *rule of law*”, *Rivista di filosofia del diritto*, III (2014), 1, pp. 109-122, p. 112. Cassese è un altro studioso che, così come Grossi, si è in diverse occasioni cimentato con la prospettiva di Romano: oltre agli scritti citati in precedenza, si vedano “Ipotesi sulla formazione de ‘L’ordinamento giuridico’ di Santi Romano”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I (1972), pp. 243-83 (pubblicato anche in *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 21-61); “A proposito della pubblicazione de *Il diritto pubblico italiano* di Santi Romano”, *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 39 (1989), 2, pp. 474-508; “La prolusione romaniana sulla crisi dello Stato moderno e il suo tempo”, *Le Carte e la Storia*, XVIII (2012), 1, pp. 5-8.

internazionale⁵⁷, crediamo che la filosofia del diritto dovrebbe avere qualcosa da dire e da proporre *costruttivamente*, oltre che *criticamente*, riguardo l'agire dei consociati, l'uso attivo e costante del diritto e dei diritti, le dinamiche di riconoscimento, le relazioni di conferimento di potere⁵⁸ in un assetto giuridico e politico segnato dalla pervasività e dalla potenza dell'economia globale.

La confusione e sovrapposizione tra diritto nazionale, transnazionale e internazionale (quando non anche regionale); i problemi di un nuovo "universalismo giuridico", da una parte, e dello sfrenato "individualismo particolaristico", dall'altra; l'apparente scollamento tra Stato e diritto; il superamento del primato della legge attraverso la definizione degli *standard*; la crescente tensione tra giurisdizione e regolazione, nonché la controversa questione della regolazione giuridica delle relazioni tra entità normative⁵⁹; la sempre più accentuata erosione del pubblico e la sua commistione con il privato e con i poteri privati; la crisi della sovranità statale e le promesse della *governance* internazionale e della *global polity*⁶⁰ ma anche, come reazione, il prepotente ritorno di prospettive politiche che mirano ad una supremazia sovranista declinandola in chiave populista⁶¹: sono, questi, soltanto alcuni dei temi che richiedono urgentemente un dialogo, al quale *Jura Gentium* ha voluto contribuire con il presente numero della rivista, prendendo le mosse da una riflessione a più voci sull'opera di Santi Romano e mirando a istruire possibili percorsi e strumenti per, appunto, "ricucire" – prendendo sul serio le molteplici forme del pluralismo e i suoi effetti – prassi e teoria del diritto.

⁵⁷ Cfr. S. Cassese, "What is Global Administrative Law and why study it", in S. Cassese *et. al.*, *Global Administrative Law: An Italian Perspective*, paper dell'European University Institute, 2012, consultabile all'indirizzo www.eui.eu/RSCAS/Publications/.

⁵⁸ Cfr., sul punto, A. Catania, "Effettività e modelli di diritto", *Sociologia del diritto*, 30 (2003), 3, pp. 7-20. Più in generale, sulla necessità di una maggior presa "effettuale" da parte della riflessione giusfilosofica, si veda A. Catania, (2013), *Effettività e modelli normativi: studi di filosofia del diritto*, a cura di V. Giordano, Torino, Giappichelli, 2018², pp. 39-43.

⁵⁹ È a quest'altezza che viene individuato uno dei tratti più originali e fecondi dell'elaborazione romaniana: si veda, oltre al contributo di Mariano Croce, L. Vinx, "Santi Romano against the State?", *Ethics & Global Politics*, 11 (2018), pp. 25-36.

⁶⁰ Cfr. S. Cassese, *The Global Polity: Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Sevilla, Global Law Press/Editorial Derecho Global, 2012. Per una possibile articolazione del problema in chiave pluralistica: P.S. Berman, *Global Legal Pluralism: a jurisprudence of law beyond borders*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012 e, con specifico riferimento alle tesi formulate da Romano, W. Mensky, "Law as a global entity through Italian eyes and minds", *Ethics & Global Politics*, 11 (2018), pp. 37-49.

⁶¹ Come osserva puntualmente Trifone nel suo contributo, è bene ribadire il rifiuto, da parte del giurista palermitano, "insieme al legalismo volontaristico", "anche del concetto di sovranità popolare". "Quest'ultimo, in particolare, è astratto proprio perché non verificabile: 'ricorrere al concetto di sovranità, per spiegare i poteri di natura puramente interiore dello Stato, si dimostra ancora più improprio'" (p. 67).

La tecnica della composizione: il pluralismo operativo di Santi Romano

Mariano Croce

Abstract

This contribution foregrounds Santi Romano's particular understanding of pluralism as neither a theory nor a state of things but as a technique. By exploring the notion of relevance, put forward by Romano in the second part of *The Legal Order*, I will make the claim that he regarded legal knowledge as a special technique to handle conflicts of legal orders. He thought that the intercourse between orders should be governed with exclusive recourse to the compositional power of the legal jargon. My conclusion is that this is not so much a view of law as it is a penetrating understanding of variation in social life.

Keywords: institution, pluralism, process, relevance, technique.

1. Non c'è modo più indelicato di tradire un testo che accostarvisi con la pretesa di individuare l'intenzione dell'autore e di restituire la parola al suo luogo di origine, come se la relazione tra segno e oggetto possedesse un carattere univoco di verità. Nessun testo esaurisce la carica eversiva delle interpretazioni che ne fanno una tecnica di produzione del presente, un veicolo con cui una contingenza e le sue virtualità si fanno presente. Ed è solo rinunciando a tale forma di cattura che possiamo cogliere il movimento intenso che la teoria di Santi Romano, come ogni prodotto del pensiero puro, è in grado di imprimere al pensiero dell'attualità.

La disputa annosa sulla centralità o, all'opposto, la residualità dello Stato in Romano ha spesso oscurato un'intuizione di straordinaria portata, che indica come la sua concezione del pluralismo non costituisse tanto una presa d'atto della compresenza di più forme di diritto, quanto l'apertura di uno spazio immaginativo: la componente pluralista del pensiero di Romano si rovescia nell'esaltazione di un processo di produzione che è tipico delle tecniche giuridiche. In tal senso, in questo breve contributo vorrei dare rilievo a una straordinaria intuizione del giurista palermitano, che eccede di molto i confini della riflessione giuridica: concepire il diritto come un *processo*, anziché una *entità*, significa cogliere il dinamismo del sociale, rinunciando alla pretesa di tenerlo alla briglia di strutture o forme precostituite. Credo pertanto che un modo certamente non intuitivo eppure assai appropriato di accostarsi al pensiero di Romano e alla sua capacità di produrre il presente sia l'analisi che Tim Ingold propone dell'antropologia di Alfred Radcliffe-Brown.

La teoria del grande antropologo inglese, ad avviso di Ingold, ha come approdo una *filosofia del processo*:

Societies are not entities analogous to organisms, let alone to machines. In reality, indeed, there are no such entities. 'My own view', Radcliffe-Brown asserted, "is that the concrete reality with which the social anthropologist is concerned . . . is

not any sort of entity but a process, the process of social life". The analogy, then, is not between society and organism as entities, but between social life and organic life understood as processes. It follows that any endeavour of so-called descriptive integration, if it is to do justice to the implicate order of social life, can be neither descriptive nor theoretical in the specific senses constituted by their opposition. It must rather do away with the opposition itself. [...] What truly distinguishes anthropology, I believe, is that it is not a study of at all, but a study with. Anthropologists work and study with people. Immersed with them in an environment of joint activity, they learn to see things (or hear them, or touch them) in the ways their teachers and companions do. An education in anthropology, therefore, does more than furnish us with knowledge about the world – about people and their societies. It rather educates our perception of the world, and opens our eyes and minds to other possibilities of being¹.

Questa la chiave che proporrò per individuare l'apporto di romano all'attualizzazione della contingenza: un paradigma che non è né descrittivo né teorico e che si propone come tecnica operativa di produzione del reale. Nella mia lettura, la teoria giuridica di Romano culmina nell'identificazione di un "punto di vista giuridico", che funziona esattamente nel senso che Ingold attribuisce all'antropologia, ovvero una forma discorsiva tra altre forme discorsive, che vuole programmaticamente farsi produttrice del sociale. La scienza giuridica, come concepita da Romano, "opens our eyes and minds to other possibilities of being", con intenti però di *composizione operativa non-conflittuale* della società mediante la integrabilità intrinseca degli enti normativi quali enti giuridici.

Nelle poche pagine che seguono vorrei sostanziare questa lettura "processuale" della teoria di Romano per mostrare come "il punto di vista giuridico" funga da operatore politico prima che da frammento particolare dell'armamentario teorico del giurista palermitano.

2. Nella voce de *Frammenti di un dizionario giuridico* intitolata "Realtà giuridica", Romano accenna a una visione processuale del diritto, secondo cui la tecnica giuridica produce una realtà che si compone con le altre in modi diversi. L'esistenza della realtà giuridica dipende da un sapere, proprio come quella delle realtà che presuppongono punti di vista "propri di particolari ordini di conoscenze". È in questo frangente che Romano mette a tema una delle possibili relazioni tra realtà differenti e presenta il diritto come atto di creazione: atto che però non crea entità, ma le assembla, e così facendo, produce la realtà che gli è propria. Il diritto non crea,

ma raccogliendo, componendo assieme, ordinando i vari elementi di cui essi constano, dà vita reale ed effettiva, nel mondo giuridico, ad enti che non si confondono e non si identificano con nessuno di quegli elementi, ma acquistano una propria individualità ed una propria essenza².

Non si tratta di superfetazione ontologica, né di una sovrapposizione di modi diversi di descrivere le cose. La differenza tra realtà non è né qualitativa né quantitativa ma squisitamente *operativa*. La realtà giuridica è una diversa composizione di elementi, laddove però tale composizione ha effetti straordinari sugli elementi stessi: li

¹ T. Ingold, *Being Alive. Essays on movement, knowledge and description*, Abingdon, Routledge, 2011, pp. 234-238.

² S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 205.

organizza, vi conferisce un ordine, ne riordina le parti con efficacia pratica non comparabile con altri modi di riordinare il sociale. E questo in fondo, nell'ottica di Romano, è il significato più autentico di "porre un diritto": assemblare un materiale concreto conferendovi un ordine che ha carattere organizzativo. "*Porre un nuovo ordinamento giuridico* [...] significa *creare* un ente che prima non esisteva, una nuova realtà che può ben dirsi giuridica, perché il diritto è la sua anima e il suo principio vitale"³. E va da sé che l'ente di cui parla Romano non si produce per sdoppiamento del reale, bensì per un diverso assemblaggio di elementi materiali e per la loro ordinazione in una serie organizzata. In altre parole, disporre gli elementi in una rete normativa in cui le interazioni tra essi possano dirsi con un linguaggio capace di esercitare effetti rimediali, compositivi e riparativi. Il diritto in tale ottica non è né un insieme di norme, né l'attribuzione di competenze, né la sedimentazione di principi etici, bensì tutto questo e molto di più.

È noto che i termini utilizzati da Romano ne *L'ordinamento giuridico* sono "organizzazione" e "istituzione", che egli ritiene omologhi – benché a suo avviso il secondo, rispetto al primo, risulti più affidabile e preciso per la sua applicabilità al fenomeno giuridico. Per questa ragione egli insiste sull'infondatezza di qualsiasi approccio genetico e/o genealogico alla relazione tra diritto e istituzione. La questione se il diritto preceda o segua l'istituzione fraintende la natura del diritto, perché lo riduce alla serie di elementi concreti che pure raccoglie in sé ma che non lo esauriscono. Egli si pronuncia quindi contro ogni riduzionismo sociologico che del diritto fa un fatto sociale. In termini che, seppure estranei al lessico romaniano, restituiscono l'intreccio di normatività e fattualità, un approccio sociologico al diritto confonde le condizioni di esistenza e le condizioni di pensabilità: il diritto è schema di pensabilità e dunque di descrivibilità delle pratiche, che subiscono effetti di trasformazione per il solo fatto di essere pensate e descritte secondo il lessico del diritto – e, come spiegherò tra breve, si tratta sempre del loro stesso diritto interno, non già del diritto di altre entità normative che si relazionano a esse. L'istituzione è quindi il modo in cui si dice una entità che è pensabile e descrivibile come organizzata e quindi giuridica.

In questa sede posso omettere l'esegesi dei passi e concentrarmi su questo aspetto, specie in relazione alla recente traduzione inglese de *L'ordinamento giuridico*, finalmente disponibile nella lingua franca del sapere scientifico-accademico⁴. Come anche nota Lars Vinx nel suo commento a *The Legal Order*⁵, uno degli aspetti di maggior interesse dell'opera più nota e dibattuta di Romano sta nella particolare modalità di governo dei conflitti che emerge nella seconda parte del libro – modalità che, come dirò, è legata a doppio filo con l'individuazione del punto di vista giuridico e con la concezione del diritto come tecnica descrittiva dagli effetti compositivi. Se la teoria esposta nella prima parte opera sostanzialmente nel senso di una parificazione dei vari attributi che qualificano l'istituzione – sicché "ordinativo", "organizzativo", "normativo", "giuridico" hanno valore di sinonimia –, nella seconda parte Romano

³ *Ibid.*

⁴ S. Romano, *The Legal Order*, edited and translated by M. Croce, with a foreword by M. Loughlin and an afterword by M. Croce, Abingdon, Routledge, 2017.

⁵ L. Vinx, "Santi Romano against the State?", *Ethics & Global Politics*, 11 (2018), pp. 25-36.

spiega in cosa consista la regolazione giuridica delle relazioni tra entità normative. Se, come argomentato distesamente nella prima parte e ribadito con energia nelle primissime pagine della seconda, non c'è un meta-ordine che si possa offrire come parte terza e neutrale in una mediazione o che sia in grado di offrire linee normative di autorità superiore, la regolazione giuridica non può consistere nella determinazione prescrittiva di una gerarchia tra entità normative. E poiché Romano esclude con decisione che le relazioni tra queste possano essere governate con il ricorso alla forza – e, come spiega nelle prime pagine de *Lo Stato moderno e la sua crisi*, quando ciò accade, questo sancisce il fallimento dell'operatività giuridica –, e dacché, come detto, una rigorosa teoria del diritto smentisce l'esistenza di qualsiasi gerarchia ordinamentale, le relazioni tra ordini devono poggiare su una modalità *non-gerarchica, intra-giuridica di integrazione dei linguaggi normativi*. Romano rende conto di questa modalità di governo delle relazioni normative in termini di “rilevanza”. Non si tratta, egli ribadisce, di un rapporto fattuale tra ordini, ma di relazioni descrivibili con ricorso al linguaggio tecnico del diritto: “[P]erché ci sia rilevanza giuridica, occorre che o l'esistenza o il contenuto o l'efficacia sia condizionata rispetto a un altro ordinamento, e ciò in base ad un titolo giuridico”⁶.

Va innanzitutto notato che questa è una vera e propria “operazionalizzazione” del pluralismo giuridico, che cessa così di essere una questione teorica, e persino un fatto di ricognizione empirica, per trasmutare in tecnica descrittiva delle relazioni tra ordini. Come nota Julius Stone, il problema non è più “which legal order is *the* legal order but what are the relations between the various legal orders, so that we can better understand the problems thrown up from the viewpoint of one order or another.”⁷ In questo quadro relazionale, il pluralismo è tratto immanente della tecnica mediatrice, giacché ogni entità normativa è un ordinamento giuridico potenzialmente capace di produrre effetti. Si potrebbe quindi intendere la rilevanza giuridica come una *tecnica prospettica* che consente sia la descrizione degli effetti di una entità normativa sull'altra sia la mediazione tra esse a riguardo di quegli effetti. In termini molto sintetici, si danno alcune modalità di base della rilevanza. Un ordinamento può essere subordinato o superiore a un altro, come nel caso di un'istituzione che è inclusa in un'altra e contribuisce alla sua composizione e costituzione. Un ordinamento può invece darsi come condizione di un altro, tale che un ordinamento più comprensivo esista solo in virtù degli ordinamenti minori che include. Inoltre, un ordinamento può esercitare effetti su alcuni elementi di un altro in termini di autorità o di effetti. Infine, un ordinamento può confluire in un altro e dar corpo a un nuovo ordinamento. Ma al di là delle considerazioni minuziose e puntuali di Romano a proposito di queste possibili modi della rilevanza, il tratto innovativo della sua concezione sta nel trattare il diritto come una forma di mediazione che chiama all'adozione di una prospettiva squisitamente tecnica e tecnologica, capace di guardare agli effetti (siano essi unilaterali o reciproci) delle entità normative le une sulle altre.

La rilevanza non implica alcuna gerarchia tra enti normativi e disconosce i privilegi legati alle classificazioni: se si ammette che ogni istituzione è un ordinamento giuridico, nessun ordinamento è chiamato, vieppiù legittimato, a riconoscere un altro

⁶ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 145.

⁷ J. Stone, *Social Dimensions of Law and Justice*, Stanford, Stanford University Press, 1965, p. 530.

o ad essere riconosciuto da un altro (fatta eccezione per i casi di istituzioni create da altre istituzioni), perché tutto ciò che conta (ossia che *rileva*) è come gli effetti tra ordinamenti possano essere descritti e governati. La conquista teorica di tale prospettiva è tutt'altro che trascurabile. Per un verso, la conflittualità, talora dirompente, tra entità normative viene tradotta, e al contempo stemperata, in una commisurazione degli effetti, che hanno da descriversi in riferimento a un linguaggio tecnico. La politicità dei rapporti tra forme alternative o potenzialmente incompatibili di normatività viene così "addomesticata" dalla trasposizione nel campo del giuridico, in cui il conflitto passa sempre per una trama discorsiva. Per l'altro, la tecnica che risolve il politico nel giuridico non è il diritto di un particolare ordinamento che possa avanzare pretese di supremazia legale, ma un linguaggio trans-sezionale⁸, comune a tutti gli ordinamenti. Questo diritto che non appartiene a nessun ordinamento giuridico – eppure appartiene a tutti – è ciò che definisco "punto di vista giuridico".

Che il diritto e la sua capacità di identificare relazioni giuridiche veicolino un prospettivismo radicale è un presupposto di fondo dell'analisi di Romano circa l'integrazione tra ordinamenti, come dimostra uno dei molti passaggi che si potrebbero richiamare:

[U]n ordinamento, pure non essendo riconosciuto da un altro, per esempio, da quello statale, come un sistema di diritto obbiettivo, può tuttavia esser considerato da esso come un fatto lecito e inquadrato, almeno fino a un certo punto, entro qualcuna delle figure che esso attribuisce ai fatti che si compiono nella sfera del suo impero. In tale ipotesi, quello che, considerato in sé e per sé, è un ordinamento obbiettivo si converte, rispetto ad un altro ordinamento, in qualche cosa di sostanzialmente diverso⁹.

Le relazioni giuridiche concernono gli effetti, e non la natura degli ordinamenti; sicché è necessario adottare ora l'uno ora l'altro punto di vista, in modo tale da identificare il linguaggio normativo "privato" con cui un ordinamento decifra e codifica la posizione e le attività di un altro. Romano non si spinge mai – non certo per cautela ma per la specifica conformazione del dibattito al tempo – a ipotizzare l'esistenza di uno spazio discorsivo nel quale i punti di vista si scioglano in una variazione continua, ma il suo impianto teorico ne chiama evidentemente la necessità: chiusa sin da subito la partita circa la natura giuridica degli ordinamenti non-statali, la questione dirimente diventa come prenderne atto dall'interno di un ordinamento specifico e chiuso nella sua tendenziale pretesa di unicità. La proposta di Romano, nella mia interpretazione, è la seguente: è la natura di codice organizzativo, comune a tutte le entità normative, che consente, se non l'intertraducibilità, quantomeno la negoziazione costante tra codici. In effetti, allorché discute le lacune del diritto statale del lavoro, che ad avviso di Romano non riesce a cogliere le modalità regolative proprie dell'organizzazione interna dell'azienda, egli nota:

⁸ Discuto ampiamente il tratto a mio avviso saliente della trans-sezionalità, anche in riferimento all'opera di Romano, in M. Croce, *Self-Sufficiency of Law: A Critical-institutional Theory of Social Order*, Dordrecht, Springer, 2012.

⁹ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 198.

Tutto ciò conferma la nostra tesi: che siamo in presenza di due ordinamenti giuridici, l'uno proprio e interno dell'azienda, l'altro dello Stato. Il primo non è riconosciuto come tale dal secondo, il quale prende bensì in considerazione taluni fatti e taluni rapporti che quello contempla e regola, ma in modo diverso, attribuendo ad essi la sola figura che è compatibile con alcuni suoi principi basilari¹⁰.

E quando prosegue scrivendo che la vita sociale è “più imperiosa e più forte del diritto statale”¹¹, non intende difendere la mera pluralizzazione degli ordini nel senso di una redistribuzione delle competenze legislative e giurisdizionali. La superfetazione degli enti, come dicevo sopra, non ha per Romano alcuna rilevanza né teorica né pratica. Egli sollecita piuttosto una perizia squisitamente giuridica nella gestione delle relazioni tra ordinamenti, che non ignori le specificità di nessuno dei due: l'azienda si impianta su una disegualianza che può essere regolata solo se lo Stato non si ostina a postulare (ma solo a postulare) l'eguaglianza di fondo dei cittadini che – appunto come cittadini dello Stato – vi trovano impiego, ma poi diventano membri di un ordinamento che lo Stato si rifiuta di riconoscere nelle tipicità operative sue proprie – come ad esempio l'ineguaglianza strutturale che determina i rapporti tra datore di lavoro e salariati. E non si tratta di una difesa della disegualianza come tale, bensì del richiamo alla necessità di individuarne le dinamiche senza obliterarla con un principio giuridico statale che di fatto non trova alcuna applicazione nel contesto dell'azienda.

3. *L'ordinamento giuridico* è stato al centro di dibattiti più che decennali nel corso dei cento anni che ci separano dalla sua prima pubblicazione. Come accennato in apertura, il tema dominante è stato quello di un sostanziale tradimento dello spirito pluralista a vantaggio di una sottaciuta ma infine evidente idolatria del diritto statale. Altro oggetto della critica è la contaminazione sociologica, per cui Romano avrebbe sacrificato il carattere teorico dell'analisi giuridica in nome della ricerca delle caratteristiche sostantive dell'istituzione¹². In entrambi i casi, comprendo appieno lo stupore di Romano. Con una chiarezza disarmante egli dichiara ingiustificato ogni ricorso a gerarchie ordinamentali, perché tutto ciò che organizza le proprie forme è già sempre diritto; e con pari decisione esalta il carattere speculativo della propria teoria giuridica, che rompe con indagini sulla genesi e sulla effettività del diritto. Eppure, tale duplice critica può essere utile proprio perché offre un indizio importante sulla prospettiva di Romano: solo la comprensione del carattere squisitamente speculativo della teoria consente di capire dove si colloca il pluralismo e come esso vada governato. Si tratta di una relativizzazione della normatività del *diritto come istituzione concreta* – nel senso che nessun diritto, come ordinamento sostantivo, può vantare il monopolio della legittimità rispetto agli altri – e di una simultanea esaltazione del carattere contaminante del *diritto come forma* – nel senso che il diritto,

¹⁰ Ivi, p. 201.

¹¹ *Ibid.*

¹² Discuto la distinzione tra *caratteristiche sostantive* e *struttura formale* dell'istituzione in M. Croce, “Il diritto come morfologia del sociale. Il pluralismo giuridico di Santi Romano”, *Diritto pubblico*, 23 (2017), 3, pp. 841-860.

come codice condiviso da qualsiasi entità organizzata, apre un spazio di dialogo secondo il linguaggio universale della forma giuridica.

Non si può negare che la soluzione proposta da Romano abbia il duplice difetto di irenismo e sapienzialità. L'idea, esposta senza riserve in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, che i conflitti tra ordinamenti esistono solo nella misura in cui se ne dà una lettura sociologizzante, e possono invece superarsi se ne offre una lettura dal punto di vista giuridico, fa troppo conto sul carattere rimediale del diritto e ne oscura la dimensione di potere. D'altro canto, quello giuridico è un sapere interamente affidato a un ceto di esperti, i solo capaci di porre rimedio a quel che la politica, come inevitabile nella sua natura, rende ingestibile. A dispetto di tali limiti, tuttavia, l'intuizione profonda di un diritto come processo dimostra, proprio come nel caso di Radcliffe-Brown commentato da Ingold, che a Romano non interessava dire cosa fosse un'istituzione, quanto piuttosto inserirsi fattivamente nella sua operatività pratica. È davvero una *filosofia del processo*, che non imbriglia il diritto a nessuna sostanza e ne guarda il modo di produrre il sociale quando organizza le entità normative e consente lo scambio non conflittuale tra esse. Guardare alla società come a un movimento, a una variazione continua, a campi che si aprono e si chiudono per dar vita a negoziazioni costanti è un contributo straordinario alla comprensione del sociale: Romano lo fa mostrando come una tecnica-tecnologia tra le più potenti ed efficaci operi assemblando materiale e trasformandolo allorché lo sussesume sotto le sue categorie. Il pluralismo, in questo quadro, non è mai un presupposto, ma sempre un effetto.

Il contrastato avvicinamento della storiografia giuridica alla pluralità degli ordinamenti*

Bernardo Sordi

Abstract

Since the beginning of the twentieth century, Italian public law had to recognize to Santi Romano the merit of having worked out, from international law to constitutional law, from administrative law to ecclesiastical law, up to colonial law, a general legal theory firmly built on the concept of State.

But after *L'ordinamento giuridico*, Romano's perspective appeared suddenly changed, more articulated, so much so that it came out from his early model in several respects. The exposition was raised, programmatically seeking a more abstract and general plan, at least apparently freed from the pressures of the present time. The State remained the final goal of historical development, the most perfected and complete example of a legal system. But it came down for the first time from his podium.

Keywords: State, order, public law, institution, pluralism.

1. Secondo una celebre definizione di Vittorio Emanuele Orlando, *L'ordinamento giuridico* doveva dirsi “un puro tipo di studio di diritto pubblico generale, senza deviazioni o sconfinamenti né nel senso stretto della filosofia del diritto, né in quello di diritto positivo”¹.

Non si trattava certo del primo scritto che Santi Romano dedicava a tematiche di teoria generale del diritto: un settore sempre di più appannaggio, in questo scorcio dell'età liberale, dei giuspubblicisti.

Romano vi giungeva al contrario da un lungo percorso di avvicinamento, in cui accanto ad opere celeberrime, come i preziosi *Principi di diritto amministrativo*, scritti nel 1901 a soli 26 anni – uno dei testi più rilevanti dell'intera letteratura amministrativistica continentale tra '800 e '900 – il nostro giurista poteva annoverare una ricca messe di saggi, in cui aveva passato al setaccio, ora la teoria dei diritti pubblici soggettivi, ora la questione dei possibili limiti della funzione legislativa, ora l'interpretazione delle leggi di diritto pubblico, ora la correttezza costituzionale, ora infine l'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione: un impegnativo saggio del 1901, per molti aspetti anticipatore dell'opera di cui ricordiamo oggi il centenario. Per poi dedicare, nel 1909, a *Lo Stato moderno e la sua crisi*, al culmine di un preciso e ben programmato itinerario di prolusioni e discorsi accademici², le sue disincantate e lapidarie riflessioni sulle “moderne tendenze al

* Si pubblica qui, anticipatamente sugli *Atti*, con la gentile autorizzazione degli organizzatori, la relazione tenuta a Palermo, il 25 novembre 2017, al convegno *Santi Romano. L'ordinamento giuridico 1917-2017*.

¹ V.E. Orlando, “Ancora del metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all'opera di Santi Romano”, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, 1940, p. 16.

² P. Grossi, “‘Lo Stato moderno e la sua crisi’ (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)”, *Riv. trim. dir. pubbl.*, LXI (2011), pp. 1-22, ora in Id. *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 41 e ss.

sistema corporativo”³ e sui processi incombenti di trasformazione dello Stato di diritto.

Romano si era quindi già spinto, più volte, giovanissimo, ai massimi confini di fondazione e di legittimazione dell’ordine giuridico: ai confini stessi del diritto e della precettività della regola, seguendo appunto un solco – quello dell’*Allgemeine Staatslehre* – che nel 1900 aveva conosciuto la poderosa sintesi di Georg Jellinek: un personaggio cui sia Orlando – che se ne farà traduttore – sia Romano, da tempo, dedicavano un’attenzione privilegiata.

In questi scritti giovanili, già era emersa una significativa attenzione verso quella “terra di confine fra il giuridico e il fattuale”⁴ che di solito il giurista ottocentesco tendeva ad evitare, ma la centralità dello Stato non era mai stata posta in discussione; qui gravitavano – e non potevano non gravitare, per un giurista ottocentesco – gli enunciati giuspubblicistici⁵.

Stato e diritto pubblico continuavano quindi a procedere strettamente affiancati, portando ai suoi esiti più compiuti un classico tracciato della modernità giuridica. Proprio a Santi Romano, il diritto pubblico doveva riconoscere il merito di aver elaborato, passando dal diritto internazionale al costituzionale, dall’amministrativo all’ecclesiastico, sino ad arrivare al diritto coloniale, una teoria generale saldamente costruita su basi pubblicistiche e quindi, necessariamente per l’epoca, su basi statualistiche.

Con *L’ordinamento giuridico*, il quadro si faceva improvvisamente più mosso, più articolato, tanto da fuoriuscire per più aspetti dal modello di partenza.

Non era soltanto il benché minimo riferimento al diritto vigente a sparire da una trattazione asciutta e priva di qualsiasi contestualizzazione ai singoli ordinamenti giuridici positivi.

Sparivano anche i riferimenti a fatti e a vicende, anche epocali, che avevano scandito il percorso dello Stato moderno: cui in altre opere precedenti – è il caso del saggio del 1907 dedicato a *Le prime carte costituzionali* – Romano aveva rivolto una attenzione privilegiata.

Sparivano pure i riferimenti – se non altro, i riferimenti diretti – a quella congerie di montanti forze sociali che nella prolusione pisana del 1909 avevano svelato l’eccessiva semplicità del modello individualistico rivoluzionario-napoleonico.

La trattazione si alzava di livello, ricercava programmaticamente un piano più astratto e generale, almeno apparentemente, avulso dalle pressioni del presente.

Anche ne *L’ordinamento giuridico*, lo Stato restava il traguardo finale dello sviluppo storico, l’esempio più perfezionato e completo di ordinamento giuridico.

Ma scendeva per la prima volta dal piedistallo.

Cessava di rappresentare l’alfa e l’omega della trattazione di teoria generale, non più circoscrivibile all’interno della sola *Staatslehre*: di una dottrina – sia pur

³ S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Discorso inaugurale dell’anno accademico 1909-1910 nella Regia Università di Pisa, ora in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 18.

⁴ P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 114.

⁵ P. Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 133.

generale - dello Stato. Veniva proiettato sulla lunga, lunghissima durata delle diverse esperienze giuridiche.

Lo Stato continuava, certo, a rappresentare una stagione centrale e fondativa del percorso storico: ma non ne costituiva più l'insostituibile invariante, predicabile sempre e dovunque.

Diveniva semplicemente "una specie del genere diritto"; "una delle forme, sia pure la più evoluta, della società umana"; "uno dei vari ordinamenti giuridici che la realtà ci presenta"⁶. "Un ordinamento tra gli altri", come chioserà anni dopo Giuseppe Capograssi⁷

Una parentesi, dunque, tanto significativa ed incumbente nel diritto pubblico positivo e nello stesso diritto pubblico generale, scandito dai percorsi della *Staatslehre*, quanto invece da relativizzare nel momento in cui il diritto doveva essere colto nella sua essenza concettuale e nella sua genesi originaria: quando, cioè, il diritto doveva essere restituito all'idea di "ordine sociale"⁸, e seguendo Otto von Gierke, di "organizzazione sociale"⁹.

Era la corrispondenza biunivoca, necessaria ed indefettibile, tra diritto e Stato ad essere messa – clamorosamente - in discussione. Quella corrispondenza, tanto tangibile, da apparire, specialmente agli occhi dei giuristi continentali, al compiersi dei processi di codificazione, una solida costante dell'intero percorso storico. Lo stesso Mommsen, il più illustre protagonista della storiografia ottocentesca, non aveva esitato dal dedicare, nel 1871, una delle sue opere maggiori al *Römisches Staatsrecht*, trasferendo lo statualismo della grande scienza tedesca del diritto pubblico a lui contemporanea nell'interpretazione della costituzione romana¹⁰.

Per Santi Romano lo Stato non poteva invece più dirsi la cellula originaria e primigenia da cui necessariamente doveva scaturire il diritto.

Di qui, l'urgenza di ricorrere ad un concetto meno impregnato degli esiti della modernità e che Romano aveva trovato, ora nell'*Anstalt*, conosciuto attraverso gli scritti di Otto Mayer e di Fritz Fleiner¹¹, ora soprattutto nella *Institution* di Maurice Hauriou, ma con l'avvertenza che il Doyen de Toulouse si era "fatto trasportare dall'idea di foggare le sue istituzioni ad immagine e somiglianza della maggiore fra di esse, cioè dello Stato"¹².

Per Romano, invece, istituzione era qualcosa di molto più semplice ed elementare rispetto alla complessa architettura statuale: era sì struttura ordinante, organizzazione sociale, ma semplice "comunità organizzata"¹³, mero gruppo sociale.

Poteva quindi identificarsi in "ogni ente o corpo sociale"¹⁴, celarsi persino in quelli che Romano definiva i "microcosmi giuridici" (l'azienda, la nave ...) ¹⁵, od al contrario ampliarsi allo spazio che si dischiudeva "oltre lo Stato", nella ancora

⁶ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, seconda edizione con aggiunte, Firenze, Sansoni, 1946, p. 91.

⁷ G. Capograssi, *L'ultimo libro di Santo Romano*, 1951, ora in Id., *Opere*, tomo V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 233.

⁸ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 22.

⁹ *Ibid.*, p. 33.

¹⁰ Y. Thomas, *Mommsen et 'l'Isolierung' du droit. Rome, l'Allemagne et l'Etat*, Paris, Diffusion de Boccard, 1984.

¹¹ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 25.

¹² *Ivi*, p. 28.

¹³ *Ivi*, p. 107.

¹⁴ *Ivi*, p. 29.

¹⁵ *Ivi*, p. 62.

nebulosa “comunità internazionale”, vera “istituzione di istituzioni” e quindi intrinsecamente pluralistica, in cui le grandi istituzioni statali si trovavano immerse.

A conferma, in ogni caso, che il diritto era “manifestazione della natura sociale e non puramente individuale dell’uomo”¹⁶ e che la articolata complessità delle manifestazioni giuridiche non poteva, in ogni caso, essere ristretta e compressa nel solo imbuto statale, ma al contrario liberata e proiettata, da una ristretta concezione normativa, verso una autentica dimensione ordinamentale¹⁷.

Era dunque la stessa definizione di istituzione a presupporre e a richiedere l’affermazione della pluralità degli ordinamenti giuridici: tesi niente affatto circoscritta – come tante volte si è detto – alla seconda parte del volume, la cui struttura poggiava – come è ben noto - su due poli: quello della istituzione, nella prima parte; quello della pluralità, nella seconda.

Esclusa la reciproca ed indefettibile coincidenza di istituzione e Stato, la pluralità degli ordinamenti sgorgava dalla naturale pluralità dei gruppi, dei corpi: delle istituzioni, appunto. Sgorgava dalla negazione dello Stato come produttore esclusivo del diritto, dalla negazione del “diritto come forza e volontà che si irradierebbe dallo Stato e soltanto da esso”¹⁸.

Ancora dunque la dialettica *ius inventum/ius positum*, ancora il nesso Stato/diritto e la necessità di una teoria generale del diritto, di un diritto pubblico generale¹⁹, di una *Staatslehre* - quasi *contradictio in adiecto* - ‘oltre lo Stato’, prima dello Stato.

Il monopolio statale del diritto, lo “Stato unico organo, unico produttore del diritto”, era “punto di vista limitato”; “tesi in aperto contrasto con la storia e con la vita giuridica odierna, quale si svolge nella realtà”: riferimento secco, ma esplicito, a quel ribollire di gruppi e di corpi sociali, “pronti a costituirsi ciascuno una cerchia indipendente”²⁰, analizzato nella prolusione pisana del 1909.

La rivoluzione copernicana, rispetto al riduzionismo sette-ottocentesco, consisteva nel ribaltare il punto di osservazione: era il diritto ad essere concetto antecedente a quello di Stato²¹; non lo Stato a precedere il diritto.

2. Una intera, immensa, prateria si apriva dunque all’improvviso per una storiografia giuridica ancora fortemente condizionata dagli stilemi statualistici ampiamente diffusi nel discorso giuridico di inizio secolo.

Proprio “nel Medioevo” – scriveva Romano in una densa, bellissima, definizione – “per la stessa costituzione di quella società, scissa, anzi frantumata in molte e diverse comunità, spesso indipendenti o debolmente collegate fra loro, il

¹⁶ Ivi, p. 31.

¹⁷ Come adesivamente rilevava già Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, trad. it. *I tre tipi di pensiero giuridico*, in Id., *Le categorie del ‘politico’. Saggi di teoria politica* a cura di Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972 (rist.1998), p. 260, citando un celebre luogo de *L’ordinamento giuridico* (p. 13): “l’ordinamento giuridico è un’entità che si muove in parte secondo le norme, ma, soprattutto, muove, quasi come pedine in uno scacchiere le norme medesime...”.

¹⁸ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 88.

¹⁹ In cui “la nozione di Stato è presa in generale”: V.E. Orlando, *Diritto pubblico generale, diritto pubblico positivo*, introduzione all’edizione italiana di G. Jellinek, *Dottrina generale dello Stato*, Milano, Società Editrice Libreria, 1921, p. 5.

²⁰ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., rispettiv., p. 90, p. 88, p. 93.

²¹ Ivi, p. 91.

fenomeno della pluralità degli ordinamenti giuridici ebbe a manifestarsi con tale evidenza e imponenza che non sarebbe stato possibile non tenerne conto”²².

Difficile rendere meglio lo spontaneismo istituzionale consustanziale all’esperienza giuridica medievale.

La storiografia giuridica italiana, tuttavia, non ne tenne conto; ignorò questa preziosa suggestione. Troppo impegnata nel suo accreditarsi come disciplina scientifica, non tanto nella sua capacità di comprensione del passato e di spiegazione del presente, quanto nella sua capacità di legittimare la tradizione, ancora così acerba, di un troppo recente Stato unitario.

Anche per la storia del diritto - rigorosamente, all’epoca, *storia del diritto italiano* - il messaggio romaniano rimase a lungo un “messaggio rimosso”²³.

La nostra storiografia, proprio perché proiettata in modo programmatico verso la “ricostruzione genetica del diritto *italiano*”, tutta impegnata a consolidare “l’immagine di una nazione compatta e chiamata ad un unico destino”²⁴, non poteva riuscire a tener conto delle potenzialità euristiche sottese al principio di pluralità degli ordinamenti.

Continuava a muoversi, offuscata da una greve atmosfera neogotica, in quel recinto altomedievale nel quale più problematica si presentava la possibilità di mantenere un filo di continuità con il glorioso passato romano; cercava, in una epica lotta tra fattori – tutti oleografici – in lotta per la civilizzazione, di mettere “tra parentesi”²⁵ il temibile diritto germanico e di ricucire una ‘storia spezzata’, tentando così di salvare *L’elemento latino nella vita del diritto italiano*, come ancora nel 1907 recitava il titolo di una celebre prolusione patavina di Nino Tamassia.

Nella lotta epocale tra popoli latini e popoli germanici, il compito primario dello storico del diritto non poteva essere quello di mettere in luce i caratteri peculiari e fondanti dell’esperienza giuridica medievale e fra questi, necessariamente, il pluralismo giuridico, quanto piuttosto quello di accreditare, anche nel mondo del diritto, una possibile identità nazionale, radicata in una ininterrotta, italica, civiltà²⁶. Obiettivi che lo scoppio del primo conflitto mondiale avrebbe rivestito di una pesante retorica nazionalista, come dimostrava una greve prolusione senese del 1914 di Melchiorre Roberti²⁷.

Solo la fine del conflitto apriva la strada a più riposate interpretazioni, nel solco di una ricerca rigorosa e severa, ma anche erudita, minuziosa, filologica: quella dei Pietro Torelli e dei Federico Patetta, prima, dei Gian Piero Bognetti, dopo. Una

²² Ivi, p. 89.

²³ P. Grossi, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nell’odierna crisi delle fonti*, ‘lectio doctoralis’ pronunciata il 24 ottobre 2005 all’Università di Bologna, ora in Id., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 675.

²⁴ P. Costa, “Un diritto italiano? Il discorso giuridico nella formazione dello Stato nazionale”, in G. Cazzetta (a cura di), *Retoriche dei giuristi e costruzione dell’identità nazionale*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 194.

²⁵ R. Volante, “Negare il Medioevo: romanesimo e germanesimo tra Otto e Novecento”, in G. Cazzetta (a cura di), *Retoriche dei giuristi e costruzione dell’identità nazionale*, cit., p. 395.

²⁶ M. Martínez Neira, “Sobre los orígenes de la enseñanza de la historia del derecho en la universidad italiana”, *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la Universidad*, 7 (2004), pp. 117-154.

²⁷ A. Spinosa, “Storia del diritto e costruzione dell’identità nazionale”, in G. Cazzetta (a cura di), *Retoriche dei giuristi e costruzione dell’identità nazionale*, cit., p. 381.

storiografia, per i suoi stessi obiettivi di ricerca, di per sé poco incline a sperimentare le tante suggestioni provenienti dalle pagine de *L'ordinamento*.

Lo stesso varo, nel 1928, della *Rivista di storia del diritto italiano*, per iniziativa di una generazione di storici nata a cavallo dell'Unità (Nino Tamassia, Carlo Calisse, Francesco Brandileone) non poteva rappresentare, per lo stesso dato generazionale, un significativo punto di svolta. Il compito dello storico era pur sempre quello di ricostruire – come si scriveva nel *Programma* del nuovo foglio - “l'unità spirituale del popolo italiano” “attraverso il passato”²⁸.

Conserva, quindi, intatto, il suo valore interpretativo, un celebre giudizio di Bruno Paradisi, dell'immediato secondo dopoguerra: “doveva essere Francesco Calasso ad aprire la nuova pagina nella storia della nostra disciplina”²⁹. Al grande storico leccese si doveva l'apertura de “I nuovi orizzonti della storia giuridica”³⁰: orizzonti alla cui apertura proprio l'inedita, partecipe, lettura de *L'ordinamento* offriva un decisivo puntello.

Calasso era arrivato a Santi Romano già nel corso degli anni '30, in quell'intenso decennio apertosi per lui con la prolusione catanese del 1933 su *Il concetto di diritto comune*, prima consapevole registrazione dell'intrinseco pluralismo giuridico medievale. Un decennio, scientificamente intensissimo, ma profondamente travagliato, che si chiuderà, in ben altro modo, nell'aprile del 1944 con la breve detenzione nel carcere fiorentino de Le Murate, a seguito delle retate indiscriminate messe in piedi all'indomani dell'omicidio di Giovanni Gentile³¹ e, quindi, nell'agosto, con l'avvio di quelle *Cronache politiche di uno storico*, preziosissima testimonianza civile, nella Firenze della liberazione³².

Calasso non aveva dunque ‘rimosso’, come gli altri storici del diritto, il messaggio romaniano. Vi era arrivato, nel pieno della sua permanenza fiorentina, sulla base della edizione del 1917-18 negli *Annali delle Università toscane*; ben prima della ristampa sansoniana, nella appena inaugurata collana de “I classici del diritto”, del 1946.

E vi era arrivato, apparentemente, nel solco della “questione dei confini” della storia del diritto italiano, ultima, stanca, propaggine della ‘lotta’ tra elemento germanico ed elemento romano, in dialettica con le ultime posizioni espresse da Federico Patetta ed Enrico Besta³³.

In ballo però c'era ben di più: c'era il nucleo stesso della riflessione romaniana, il rapporto tra diritto e Stato; la disattivazione del nesso unidirezionale, potestativo e

²⁸ “Programma”, *Rivista di storia del diritto italiano*, I (1928), p. 5

²⁹ B. Paradisi, “Gli studi di storia del diritto italiano dal 1896 al 1946”, *Studi senesi*, LXIII (1946-47), ora in Id., *Apologia della storia giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1973, p. 168.

³⁰ B. Paradisi, *I nuovi orizzonti della storia giuridica*, Relazione al IX Congresso internazionale di scienze storiche, Parigi agosto 1950, ora in Id., *Apologia della storia giuridica*, cit., pp. 15 e ss.

³¹ L'episodio è stato attentamente ricostruito da L. Mecacci, *La Ghirlanda fiorentina e la morte di Giovanni Gentile*, Milano, Adelphi, 2014, pp. 212-230.

³² F. Calasso, *Cronache politiche di uno storico (1944-1948)*, a cura di Roberto Abbondanza e Maura Piccialuti, Firenze, La Nuova Italia, 1975; su cui, per una più precisa contestualizzazione, si può vedere quanto scriviamo in “Giurisprudenza: sprazzi di storia nella cronaca di una Facoltà”, in *L'Università degli Studi di Firenze. 1924-2004*, Firenze, Olschki, 2004, tomo I, pp. 187-191.

³³ F. Calasso, “Il problema storico del diritto commune”, in *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, Milano, 1939, ora in Id., *Introduzione al diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 79-97.

volontaristico, necessariamente celato all'interno della monopolistica ed esclusiva produzione statale del diritto.

“Non è lecito – scrive Calasso nel 1938 – ricondurre tutto il diritto allo Stato, ricostruendo un'epoca (il Medioevo) in cui lo Stato, come modernamente lo si concepisce, nell'esercizio di una facoltà normativa potenzialmente piena, si suol dire che non esisteva ed anzi il rapporto moderno tra diritto e Stato – del diritto cioè in funzione dello Stato - era nettamente capovolto, poiché il diritto era concepito indipendentemente dallo Stato”³⁴.

In ballo c'era “il fantasma dello Stato moderno”³⁵, da togliere di mezzo senza indugi: ingombro pesante per una comprensione autentica dell'ordine giuridico medievale.

Solo così si poteva dar voce alla “enorme molteplicità di fonti giuridiche dell'età di mezzo”³⁶. Solo così, l'italianità – presupposta – del percorso storico poteva risolversi in “una storia di diritti italiani”, in una “storia di ordinamenti giuridici”³⁷.

Solo così si poteva restituire la storia dell'età di mezzo: “caratterizzata tipicamente dalla pluralità degli ordinamenti giuridici”³⁸.

Solo così, attraverso “un'attenta meditazione del suo aspetto concettuale”³⁹ – attraverso dunque una inedita convergenza di storia e di teoria generale -, si poteva disegnare l'articolato sistema normativo dell'età di mezzo, fatto di monarchie e comuni, corporazioni e associazioni, signorie e principati.

Su questi presupposti nasceva l'affresco potente dell'intreccio tra *ius commune* e *iura propria*: “un sistema - scrive ancora Calasso nel 1938, in consapevole adesione alla “classica trattazione dommatica” di Santi Romano – che ha come caratteristica spiccata la pluralità degli ordinamenti giuridici”⁴⁰.

Un affresco ampiamente completato, dopo la guerra, in opere celeberrime, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, del 1947; *Medioevo del diritto*, del 1954, in un momento in cui, auspice la seconda edizione sansoniana de *L'ordinamento* e soprattutto il nuovo frangente repubblicano, sorto sulle ceneri del totalitarismo, le visioni monistiche e statualistiche subivano un primo, significativo, cedimento. Tanto che, anche dal fronte del diritto romano – come dimostravano gli scritti di Giuseppe Grosso -, a Santi Romano si iniziava a guardare, proprio in funzione di un superamento “del mito della statualità del diritto derivato dallo sviluppo dei grandi Stati moderni”⁴¹.

Per il “giurista moderno”, figlio dell'Ottocento, scriverà nel 1951 Calasso, raccogliendo nell'*Introduzione al diritto comune* i suoi scritti fondativi, “il diritto è essenzialmente norma; tutti i colpi di maglio che una poderosa critica a questa

³⁴ Ivi, pp. 91-92.

³⁵ Ivi, p. 92.

³⁶ Ivi, p. 97.

³⁷ Ivi, p. 95.

³⁸ Ivi, p. 95.

³⁹ Ivi, p. 99.

⁴⁰ F. Calasso, *Storia e sistema delle fonti del diritto comune*, tomo I, *Le origini*, Milano, Giuffrè, 1938, p. 66.

⁴¹ G. Grosso, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1967, *Prefazione*, p. IX. Faceva il punto sulle influenze romane nella romanistica già G. Pugliese, “Santi Romano e la sua influenza sui civilisti e sugli storici del diritto italiani”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 219 e ss.

concezione normativa del diritto ha inferti nell'ultimo quarantennio, non hanno valso a scuotergli quella fede, che il sistema della codificazione per altro verso alimenta⁴².

Proprio la "serrata critica" romaniana "alla concezione normativa del diritto" non poteva più "lasciare indifferente lo storico del diritto"⁴³, dimostrando un potente effetto liberatorio. Sposare quella critica, per Calasso, non significava "cedere alla tentazione di disquisizioni teoriche", ma al contrario "camminare sul terreno fermo dell'esperienza storica": esperienza, proprio perché calata nella storia, "dissolvitrice di ogni pietrificazione"⁴⁴.

È un sentiero che non si è interrotto. Un sentiero che è stato anzi condotto a destrutturazioni più accentuate, complice il venir meno dei presupposti idealistici propri della storiografia tra le due guerre; complice l'attenuarsi delle prospettive monistiche, pur così rilevanti nello stesso Santi Romano, specialmente nel Santi Romano costruttore del diritto pubblico e del diritto pubblico generale.

Destrutturazioni sperimentate nello studio dell'esperienza giuridica medievale, ma anche della lunga stagione dello Stato giurisdizionale di antico regime, miniera inesauribile per verificare e problematizzare la dialettica tra antico regime e rivoluzione tracciata nel 1856 dal capolavoro di Tocqueville.

Per le sensibilità attuali, anche Calasso sembra appartenere pur sempre ad "una cultura dominata dall'idea di ordine e di unità"⁴⁵. Lo dimostravano il suo insistere sulla sovranità; sulla legalità⁴⁶; sull'*unum ius*; sul "sistema di diritto comune"; sul fatto cioè che quell'intrinseco pluralismo fosse comunque riducibile a sistema; ad un sistema che all'atto pratico nulla avesse ad invidiare al sistema codicistico; un sistema, soprattutto, che fosse anch'esso raffigurabile come "sistema legislativo"⁴⁷.

Il suo storicismo era pur sempre segnato da una potente "aspirazione dogmatica" che impediva "una completa risoluzione della dogmatica nella storia", come nel 1963, aveva precocemente rivelato Paradisi⁴⁸. Un'aspirazione dogmatica così forte che costringeva, alla fine, in secondo piano proprio quella *interpretatio doctorum*, che egli stesso aveva contribuito, in prima persona, a far emergere, irrobustita dall'*aequitas*, come elemento soggiacente, insieme alla inesauribile fattualità di formanti

⁴² F. Calasso, "Tradizione e critica metodologica", in Id., *Introduzione al diritto comune*, cit., p. 7.

⁴³ F. Calasso, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, Milano, Giuffrè, 1949², p. 23.

⁴⁴ F. Calasso, "Tradizione e critica metodologica", cit., p. 7; p. 9.

⁴⁵ P. Costa, "'Ius commune', 'ius proprium', interpretatio doctorum: ipotesi per una discussione", in *El dret comú i Catalunya. Actes del IV Simposi internacional homenatge al professor Josep M. Gay Escoda*, Barcelona, Fundació Noguera, 1995, p. 36.

⁴⁶ F. Calasso, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, cit., pp. 236 e ss.

⁴⁷ P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, pp. 27-29.

⁴⁸ B. Paradisi, *Indirizzi e problemi della più recente storiografia giuridica italiana*, relazione al Primo congresso della società degli storici italiani, Perugia settembre 1963, ora in Id., *Apologia della storia giuridica*, cit., p. 189. Più recentemente, U. Petronio, "Francesco Calasso", in *Enciclopedia Italiana*, Appendice VIII, *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, a cura di P. Cappellini, P. Costa, M. Fioravanti, B. Sordi, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 749-53; C. Petit, "Culto e cultura della storiografia giuridica in Italia", *ibid.*, pp. 741-45; I. Birocchi, "Oltre le storie nazionali: dalla storia del diritto alle storie del diritto", in B. Sordi (a cura di), *Storia e diritto. Esperienze a confronto. Atti dell'Incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei Quaderni fiorentini*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 446; A. Cernigliaro, "Francesco Calasso", in *Enciclopedia Italiana*, Appendice VIII, *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Storia e politica*, a cura di Giuseppe Galasso e Adriano Prosperi, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2013, pp. 685-690.

normativi intrinsecamente plurali, non ad un diritto romano ammodernato, ma ad un medievaleissimo diritto comune.

Il fatto che un'immagine diversa dell'ordine giuridico medievale sia stata tracciata poco più di venti anni fa⁴⁹, proprio sulle orme di una profonda rilettura dell'opera romaniana, ci fa capire però quanto il messaggio del 1917 sia stato un potente *fil rouge* che, dagli anni Trenta in avanti, ha consentito alla storia giuridica di indirizzarsi verso nuovi orizzonti.

⁴⁹ P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit.

L'ordinamento giuridico di Santi Romano e il pluralismo oltre l'orizzonte dello Stato: alcuni percorsi interpretativi

Francesco De Vanna

Abstract

The foundation of the pluralistic model is usually referred to the thought of Santi Romano and, in particular, to the theses developed in his main work, *The Legal Order*. The elaboration of the concept of institution, and its contextual identification with the idea of “order”, allowed, on the one hand, the overcoming of the legalistic conception - which conceived law as an expressive “form” of the will of the State - and, on the other hand, the valorization of the social and, therefore, intrinsically plural nature of the law. Moreover, these assumptions call into question some of the bulwarks of legal thinking with a “normative” matrix: the voluntary nature of law, the centrality of the sanction in defining the norm, the exclusivity of the legal order. In this paper, after outlining Romano’s definition of “institution” and the cultural milieu in which it was developed, some corollaries related to it and the heuristic validity that they exhibit in today’s legal debate are examined. In reference to international law, in particular, Santi Romano intuited some guidelines of the consequent developments and the paradigmatic nodes of the interaction between the legal systems. Although it re-emphasizes the hegemonic vocation on the making of law, Romano still remains a theorist of the State, whose centrality defends even in front of the “crisis” that clearly threatens on the horizon. The “double face” of Santi Romano, i.e. the tension between pluralism and statism that animates his thought is, still today, an intellectual legacy we can use to brighten the legal reality of our time, marked by the decline of dichotomy monism / dualism, resilience of the State and, at the same time, the emergence of multiple and totally new regulatory institutions.

Keywords: institution, State, pluralism, legal reason, interpretation.

1. Introduzione

Santi Romano (1875-1947) è stato il primo giurista italiano che ha intravisto la fine dell'Ottocento come “secolo giuridico”¹, età del ‘codice’ e della ‘legge’ - ossia dello Stato sovrano. In questo senso egli è stato un determinato avversario dei dogmi e di ogni *mitologia giuridica*. Infatti, in una fase storica in cui l’ambiente giuridico era quasi completamente conformato al monismo normativistico, egli ha provato a superare l’identificazione rigidamente unilaterale tra fenomeno giuridico e ordinamento statale, additandola come il riflesso diretto di una particolare ‘ideologia’ e riconoscendo la dimensione intrinsecamente plurale della giuridicità. Inoltre, in una fase intellettuale caratterizzata dall’astrazione concettualistica, Romano ha fatto

¹ L’espressione è attribuita da E.-W. Böckenförde a Franz Schnabel: E.-W. Böckenförde, “Verfassungsprobleme und Verfassungsbewegung des 19. Jahrhunderts”, in Id., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 244. Attingo il riferimento da M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 3.

emergere la necessità di liberare la riflessione giuspubblicistica dagli stilemi di marca pandettistica, e di conciliarla, sempre con rigoroso ‘metodo giuridico’, con la *effettiva* ‘socialità’ del diritto². Da questo punto di vista la sua dottrina può essere definita ‘post-pandettistica’.

In questo contributo saranno, dapprima, ripercorse le tesi fondamentali del pensiero di Santi Romano: istituzionalismo (§ 2.1), pluralismo (§ 2.2) e teoria della ‘necessità’ (§ 2.3). Tutt’e tre sono rappresentate e discusse nell’opera del 1918, *L’ordinamento giuridico* e, tuttavia, promanano da una sequenza di assunti già chiaramente delineati nelle sue opere precedenti. Per questa ragione si procederà, in seguito, con la disamina di alcuni temi-chiave: quello della ‘sanzione’ (§ 3) quale elemento accessorio, e non necessario, della norma; quello dello *ius involuntarium* (§ 4); e infine quelli – invero piuttosto problematici - dell’origine del diritto internazionale (§ 4.1) e della consuetudine (§ 4.2).

L’intento è quello di mettere in rilievo la complessa articolazione della dottrina di Romano, nella quale si intrecciano – coerentemente – una serie di tesi, tutte ugualmente importanti, che tuttavia nel corso del tempo sono state sottostimate a favore della centralità della dottrina pluralistica (utilizzata polemicamente per minare le fondamenta del monismo giuridico). Il pluralismo, però, è in definitiva l’esito in cui logicamente convergono intuizioni e premesse che si sono stratificate nella dottrina romaniana e che meritano di essere riportate in superficie per essere valorizzate alla luce delle più rilevanti trasformazioni del diritto contemporaneo (§ 5).

2.1 Il concetto di “istituzione” nella filosofia e nella teoria generale

Generalmente si ritiene, a ragione, che la dottrina giuridica di Romano sia a vocazione formalistica³ e anti-normativista⁴. Su quest’ultimo aspetto, in particolare, sono particolarmente indicative le parole stesse di Romano:

² Su questo si veda, tra gli altri, M.S. Giannini, “Profili storici della scienza del diritto amministrativo”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II (1973), pp. 179-274.

³ Uno dei bersagli della teoria romaniana è, infatti, il giusnaturalismo e qualunque scuola che pretenda di annoverare tra gli elementi strutturali del diritto un qualche contenuto sostanziale: “Ogni forza che sia effettivamente sociale e venga quindi organizzata si trasforma per ciò stesso in diritto. Che essa, come talvolta accade, si esplica contro un’altra istituzione, ciò può essere un motivo perché le si neghi il carattere giuridico o la si consideri addirittura come antiggiuridica dall’istituzione, cioè dall’ordinamento contro cui si rivolge e opera come forza disorganizzatrice e antisociale: ma è viceversa un ordinamento giuridico, quando si prescinde da questa relazione e da questo punto di vista e la si considera in sé, in quanto irreggimentata e disciplina i propri elementi. (...) questa è la verità importantissima, contenuta nella dottrina così largamente diffusa, che il diritto non è che “forma” e che per esso e per il suo concetto è indifferente il suo contenuto materiale.” S. Romano, *L’ordinamento giuridico* (1918), 2^a ed., Sansoni, Firenze, 1946, p. 33.

⁴ Bobbio ha dimostrato che non vi è alcuna necessaria biunivocità tra istituzionalismo e pluralismo così come tra normativismo e monismo: “Anche se di fatto le più note teorie istituzionalistiche sono anche pluralistiche, la congiunzione tra istituzionalismo e pluralismo nonché quella fra normativismo e monismo non è una regola. Augusto Thon, il principe dei normativisti, è anche un pluralista. Il principe degli istituzionalisti, Maurice Hauriou...non ha alcun interesse per le conseguenze pluralistiche della sua dottrina” N. Bobbio, “Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 25-43, pp. 25-26.

L'aspetto fondamentale e primario del diritto è dato dall'istituzione in cui esso si concreta e non dalle norme o, in genere, dai precetti con cui esso opera, che ne costituiscono invece un aspetto derivato e secondario⁵.

Egli mette radicalmente in questione il *riduzionismo* per il quale il diritto è (solo) *norma*. Va da sé che Romano non nega la rilevanza delle norme: il diritto se ne serve, le utilizza e le assorbe nella sua struttura; ma il diritto non persegue il solo fine kantiano della coesistenza, si prefigge anche di “perpetrare certi fini” che trascendono la vita naturale e la debolezza degli individui per mezzo di ‘istituzioni’, corpi auto-organizzati tendenzialmente (chiusi e) completi, “più poderosi e più duraturi” dei singoli consociati⁶.

Seguendo il solco anti-individualistico già tracciato da Savigny⁷ e dalla *Genossenschaftstheorie* di Gierke⁸, Romano assume come principio ordinante del campo giuridico la necessità, propria degli uomini, di superare l'isolamento egoistico per organizzarsi in comunità stabili, dotate di esistenza concreta.

La *socialitas* dell'uomo determina la linea continua che, partendo dall'individuo, conduce alla costituzione di gruppi, comunità e corpi sociali collocati nello strato intermedio tra i singoli e lo Stato. Come tanti magneti che si attirano e – convergendo – si concentrano, gli uomini tendono *naturalmente* ad aggregarsi in corpi sociali obbiettivi che presentano i caratteri dell'effettività e della giuridicità, *istituzioni* qualificabili come “diritto” nella misura in cui cessano di rappresentare un nudo *fatto* e presentano un'articolazione organizzativa e teleologica che si stabilizza nel tempo.

Scrivo a questo riguardo Alessandro Mangia:

se l'organizzazione è fatta di norme materiali e non è semplicemente un dato di fatto empirico, irrilevante per il mondo del diritto, l'istituzione è di per sé un fatto normativo e dunque esprime una regola che, per esistere, non ha bisogno di essere posta da un soggetto sovrano terzo ed esterno rispetto al sistema degli interessi sociali, perché esiste già obiettivamente, in quanto parte di un ordinamento dato⁹.

⁵ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 50.

⁶ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 43.

⁷ Come ha osservato V.E. Orlando, prima di Gierke, già Savigny “con mirabile antevergenza, considera le suddivisioni del popolo (città, villaggi, comunità, corporazioni di ogni specie), come capaci di una propria produzione giuridica, come diritto *particolare*, accanto al diritto comune del popolo, che viene così in più di un modo completato e modificato”. V.E. Orlando, “Stato e diritto (1926)”, in Id., *Diritto pubblico generale*, Milano, Giuffrè, p. 246. Cfr. A. Tarantino, “Dell'istituzionalismo. Ancora sui precedenti dottrinali di Santi Romano”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XI (1981), pp. 169-190.

⁸ Vedi *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 132: “noi ci accostiamo alla dottrina che ha trovato il suo più strenuo difensore nel Gierke”. Cfr. M. Fuchs, “La “Genossenschaftstheorie” di Otto von Gierke come fonte primaria della teoria generale del diritto di Santi Romano”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IX (1979), pp. 65-80. Cfr. anche A. di Robilant, “Genealogies of Soft Law”, *American Journal of Comparative Law*, 54 (2006), 3, pp. 499-554: “Rejecting any notion of the state as the exclusive source of law, he turns his gaze to the multiple intermediary bodies, serving as mediating links between the state and the individual. Contrasting the Enlightenment individualist conception of society with an organic theory of state and society, Gierke shifts the focus to the life of the multiple subsidiary groups, fellowships, associations and corporations” (p. 540).

⁹ A. Mangia, “La rappresentanza politica e la sua crisi. Un secolo dopo la prolusione pisana di Santi Romano”, *Forum Quaderni Costituzionali*, 2013, pp. 1-21, p. 5 (corsivo mio).

Qui si manifesta la potenza del diritto fondamentale cui accennava Orazio Condorelli, ossia la sua capacità di porre la “traduzione in termini di dover essere degli effettivi rapporti sociali”¹⁰.

L’istituzione, dunque, non è un artificio costitutivo *à la* Hobbes, è prassi sociale *positivizzata*, forma del diritto dotata di ‘contenuto’ oppure, volendo utilizzare il suggerimento aristotelico, l’*habitus* della convivenza finalizzata ad un *progetto* comune. In Hobbes, come in Pufendorf, ciò che caratterizza l’istituzione è “la affermata incapacità assoluta del mondo vitale (...) di esprimere un diritto, di dotarsi di organizzazione, di elevarsi a ordinamento”, mentre nella linea che da Hegel conduce a Romano l’istituzione esprime “l’autoaffermazione giuridica di un mondo vitale dotato di fini propri e pertanto anche di una normatività propria, sino ad esprimere un diritto riconoscibile e rapportabile in qualche relazione negativa o positiva al diritto statale”¹¹.

In questa prospettiva, il diritto non deriva né dal volontaristico *pactum societatis* né dal razionalismo giusnaturalistico; esso è inscritto piuttosto nella *natura delle cose*, cioè in una natura nuova, liberata dalla sua ‘immediatezza’ e congiunta alla ragione.

Nella prospettiva di Romano, quel che si rivela autenticamente *necessario* e *sufficiente* per la definizione del diritto è il concetto di ‘istituzione’, che rinvia ad una “eccedenza materiale rispetto ad un mero complesso di norme legali”¹²: ne deriva che – com’è stato osservato – non è possibile inferire le regole giuridiche tramite l’osservazione della pratica sociale anche se è vero il contrario, ossia che “solo tramite quelle regole si percepisce il gioco”¹³.

Ogni aggregato sociale che raggiunga un discreto livello di ‘organizzazione’ e che sia al contempo dotato di “fini” ed interessi stabili¹⁴, riproduce le caratteristiche di un’istituzione, si giuridicizza e diventa quindi “diritto”: la realtà sociale, nella sua spontanea concretezza, si *auto-ordina* e, come una “*Stufenbau* organizzatoria”¹⁵, si fa *ordinamento*. Diritto e istituzione nascono contestualmente, in un solo atto, si integrano e si giustificano reciprocamente. Fra essi vi è identità assoluta¹⁶. In altri termini, lungi dal rappresentare un banale spezzone dell’essere, l’istituzione è in realtà la prima articolazione del fenomeno normativo¹⁷. Pertanto il diritto non *costituisce* la norma, ma

¹⁰ O. Condorelli, “Il “diritto fondamentale”. (Contributo all’intendimento del concetto filosofico del diritto)”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XII (1932), 1, pp. 713-715, p. 714.

¹¹ G. Palombella, “L’istituzione del diritto. Una prospettiva di ricerca”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XX (1990), 2, pp. 367-401, p. 389.

¹² G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, p. 71.

¹³ G. Palombella, op. cit., p. 382.

¹⁴ Per una ricostruzione convergente di ‘istituzione’ e ‘interesse protetto’ si veda G. Palombella, op. cit.: “...la giurisprudenza degli interessi – e soprattutto la definizione jheringiana del diritto come interesse protetto, attraverso fonti teoriche molto disparate e tra loro divise, finisce per sottolineare non solo l’interesse come tale, ma, in vari modi, la centralità dell’aggregazione di interessi. L’interesse merita protezione nella misura in cui non può essere ignorato, misura che è data dalla sua dilatazione in aggregazione di gruppi, associazioni, centri di riferimento.” (p. 391). Cfr. L. Ornaghi (a cura di), *Il concetto di interesse*, Milano, Giuffrè, 1984.

¹⁵ A.M. Orazi, “Santi Romano e l’ideazione della dottrina istituzionalistica attraverso gli scritti minori”, *Prassi e Teoria*, 4 (1977), pp. 81-112, p. 95.

¹⁶ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, p. 27.

¹⁷ A questo proposito Gianfrancesco Zanetti ha osservato che: “il sistema delle istituzioni non è (...) spiegabile descrittivamente in termini di mera funzionalità: esso deve necessariamente implicare qualcos’altro, cioè il pensiero normativo che, a questo punto razionalmente prescrive (il “doveroso”)”. Gf. Zanetti, *Introduzione al pensiero normativo*, Reggio Emilia, Diabasis, 2004, p. 17.

la *istituisce* attraverso il *riconoscimento* di una realtà che le preesiste – *ex novo*, mai *ex nihilo*. Il “fiume” del fenomeno giuridico ritrova il suo “letto” naturale nella struttura stessa della prassi sociale, nella quale la ‘doverosità’ è immanente: in questa ricostruzione la coppia *Sein/Sollen* non indica più una *separazione*, un’insanabile dicotomia tra due principi diversi, ma solo una semplice *distinzione* nell’ambito di una medesima categoria, quella dei fatti sociali. L’organizzazione è, dunque, *natura* e *scopo* dell’istituzione, ed ogni istituzione ha un ordinamento giuridico in cui s’identifica¹⁸: una porzione di realtà sociale¹⁹, ma non una qualsiasi: organizzazione e stabilità sono indici decisivi del carattere ‘istituzionale’ di un ente e sembrano sottrarre – ma il punto è controverso – la teoria di Santi Romano all’accusa di “pangiuridicismo”²⁰. Stabilità, infatti, non è (solo) sinonimo di permanenza nel tempo, vale a dire di un semplice comportamento *regolare*: ciò non consentirebbe di distinguere le regole giuridiche dalle norme sociali; stabilità indica un comportamento *regolato*, informato ad un sottostante principio normativo, un “aspetto interno” riconosciuto come razionale. Come per la norma di riconoscimento di Hart, la regola sottende la pratica sociale, senza alcuna violazione della *legge di Hume*: la forma di vita è già plasmata di significati normativi. Come ha scritto Wittgenstein nel Paragrafo 25 delle sue *Ricerche Filosofiche*: “Il comandare, l’interrogare, il raccontare, il chiacchierare, fanno parte della nostra storia naturale come il camminare, il mangiare, il bere, il giocare”²¹. E, seguendo la linea di queste intuizioni, si può forse superare l’obiezione di Norberto Bobbio, in base alla quale alla dottrina di Romano sarebbe mancato il concetto di regola secondaria – di ‘struttura’ e di ‘organizzazione’, come puntualizzato da Luigi Lombardi Vallauri²² – che ne avrebbe salvaguardato la matrice normativistica. Al contrario è ai normativisti

¹⁸ “A legal order is therefore not the product of a set of positive laws, but rather the inevitable result of the formation of a social group”, J. Paulsson, “Arbitration in Three Dimensions”, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers 2/2010*, disponibile al seguente indirizzo: www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm, p. 20

¹⁹ Cfr. M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalista del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 128.

²⁰ Da questo punto di vista, c’è in Romano un’ ambivalenza di fondo, peraltro non sottaciuta, che, tuttavia, dovrebbe essere sciolta a favore di una lettura ‘esclusiva’ del fenomeno giuridico, assunto come distinto e *speciale* rispetto alla preta regolazione sociale: “Per società deve intendersi non un semplice rapporto fra gli individui, come sarebbe, per esempio, il rapporto di amicizia, al quale è estraneo ogni elemento di diritto, ma un’entità che costituisca, anche formalmente ed estrinsecamente, un’unità concreta, distinta dagli individui che in essa si comprendono. E deve trattarsi di un’unità effettivamente costituita...” S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 21. Ma c’è un altro passo (S. Romano, “Diritto e correttezza”, in Id., *Scritti*, I, cit., p. 285), a suo modo “conclusivo” rispetto a questo aspetto della sua dottrina, nel quale Romano descrive il sistema del diritto come “severo e solenne tempio le cui porte non vengono mai chiuse, e che attende sempre nuove pietre e nuove colonne, per ingrandirsi e rafforzarsi, ma che non sarà difeso mai abbastanza rigorosamente da tutto ciò che è eccessivamente caduco, o fragile, o volgare”. Nello stesso solco si muoveva, negli stessi anni, il sociologo Georges Gurvitch, il quale assumeva la stabilità come elemento caratterizzante del corpo sociale – *recte*: del ‘fatto normativo’: “non tutti i gruppi sociali sarebbero in grado per la loro struttura di dare vita a degli ordinamenti giuridici. I gruppi temporanei mancherebbero della stabilità necessaria a tale scopo: così le folle, le riunioni e le congiure rappresenterebbero solo un caos di diritto e non un ordinamento giuridico equilibrato. I gruppi che sono privi di organizzazione molto difficilmente riuscirebbero a creare strutture”, G. Gurvitch, *Sociologia del diritto*, 1967, Il Saggiatore, Milano, pp. 210-211. *Contra* vedi M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori*, cit., “il pluralismo giuridico, usato da Romano in maniera abbastanza estrema, finisce per sfociare nel pangiuridicismo, cioè nella tesi (tipicamente romaniana) per cui ogni gruppo sociale costituisce un ordinamento giuridico” (p. 132).

²¹ L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche*, Torino, Einaudi, 1967, par. 25. Cfr. E. Scoditti, “Corti e carte dei diritti: il diritto come potenzialità”, *Rivista di filosofia del diritto*, II (2013), pp. 379-400.

²² L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967.

– anche a coloro che aprono i confini della teoria alle *pratiche sociali effettive* - che fa difetto se non l'intuizione, sicuramente l'accettazione piena del *processo* di giuridicizzazione che pone la norma.

2.2 Pluralità degli ordinamenti e neo-statalismo

La tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici è un logico corollario dell'istituzionalismo che, facendo propria la formula *ubi societas ibi ius*, riconosce la presenza del diritto non solo nell'ordinamento statale, ma in ogni corpo sociale che esibisca esistenza unitaria, organizzata ed oggettiva²³. Lo stato è una delle molteplici istituzioni che abitano il campo sociale e la rilevanza delle sue funzioni giuridiche è determinata dal particolare assetto delle forze retrosceniche della storia, oltre che dalla raffinatezza dell'opera – di giustificazione e di edificazione - dei giuristi. La dottrina ha tradizionalmente identificato i caratteri *accidentali* di un tipo particolare di diritto – quello statale – con quelli *essenziali* del concetto generale. Scrive Romano:

colui il quale concepisce lo Stato soltanto come una delle forme, sia pure la più evoluta, della società umana, (...), deve altresì ammettere che l'ordinamento di queste sia da considerarsi come giuridico, non meno e non a titolo diverso dell'ordinamento statale. Quale, infatti, potrebbe essere il nesso necessario fra il diritto e lo Stato, per cui il primo non potrebbe altrimenti immaginarsi che come un prodotto del secondo? Non solo non si può dimostrare che questo nesso esista, ma si può dimostrare che non esiste. Infatti, mentre il concetto del diritto si determina perfettamente senza quello dello Stato, al contrario non è possibile definire lo Stato senza ricorrere al concetto di diritto: esso non è un'unione materiale di uomini, un aggregato di fatto e casuale, ma una comunità organizzata, cioè un ente giuridico, uno dei vari ordinamenti giuridici che la realtà ci presenta.²⁴

Tale slittamento di “prospettiva” ha fatto sì che fossero ignorate deliberatamente tutte le altre manifestazioni del fenomeno giuridico che, invece, sono recuperate proprio grazie alla ricostruzione istituzionalistica.

La dottrina pluralistica di Romano si sviluppa parallelamente al declino dello stato liberale, contrassegnato dalla “tendenza di una serie grandissima di gruppi sociali a costituirsi ciascuna una cerchia giuridica indipendente”²⁵: tra individuo e stato emergono nuovi gruppi sociali, *potestates indirectae*, quali i sindacati dei lavoratori²⁶, le

²³ Come ha scritto Gianfrancesco Zanetti: “il mondo istituzionale è necessariamente pluralistico, perché le regole costitutive non ammettono singolarità: non esiste l'istituzione, esistono soltanto istituzioni, in quanto (a) la regola costitutiva non può rivolgersi a individui ma soltanto a gruppi e (b) l'idea di gruppo comporta – come, tipicamente, l'idea di *amico* – necessariamente la possibilità di gruppi al plurale.” Gf. Zanetti, *Introduzione al pensiero normativo*, cit., p. 27.

²⁴ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 111-112.

²⁵ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 113.

²⁶ Nel 1902 gli iscritti ai sindacati dei lavoratori erano, in Italia, ormai 500 mila organizzati in 27 federazioni professionali. Tale fenomeno era ugualmente pervasivo nell'ambito dei dipendenti pubblici: la metà di essi aveva infatti un'affiliazione sindacale che, dal punto di vista dell'autorità statale, metteva in discussione la lealtà al potere del governo, a maggior ragione negli anni dei grandi scioperi e delle grandi mobilitazioni dei lavoratori.

associazioni mutualistiche dei piccoli imprenditori agricoli, i partiti di massa; tutte strutture di rappresentanza a carattere corporativo che lo stato aveva relegato in spazi interstiziali considerandoli “simili a vermi negli intestini di un uomo naturale” (*Leviatano*, II, 29) e nemiche della volontà generale. Complessivamente si tratta di fenomeni decisamente inediti che infrangono il formalismo legal-statalistico, e incrinano il binomio diritto-stato, - “eccessivamente semplice”²⁷, secondo Romano – aprendovi all’interno uno strato intermedio che rivendica spazio politico e riconoscimento pubblico.

Si passa, in altre parole, dalla statalizzazione della società alla socializzazione dello stato, ed è significativo che ciò accada al principio della democrazia di massa, cioè nella fase di passaggio dallo stato liberale (*mono-classe*), a carattere censitario, a quello che presto diverrà stato liberal-democratico (*pluri-classe*), mutazione, questa, indotta dalla graduale estensione del suffragio elettorale. Qui è il punto della “crisi” dello Stato, ossia nella sua ormai conclamata e crescente difficoltà di perseguire un interesse generale e superiore che trascenda la parzialità di interessi particolari contrastanti. Romano non sollecita tale crisi ma, al contempo, non la elude: egli, semplicemente, considera fondamentale prenderne atto per superarla senza compromettere la tenuta dello Stato, “stupenda creazione del diritto”, - “la più importante delle istituzioni”²⁸ - e scongiurare quindi un ritorno al corporativismo di stampo medievale. Non è un caso che Bobbio abbia collocato la teoria di Santi Romano tra quelle ‘integrazioniste’²⁹ le quali, pur riconoscendo la natura composita della regolazione sociale, mirano ad allineare nell’orbita normativa dello Stato ogni ‘corpo’ che rivendichi forza normativa autonoma, riducendo al minimo la conflittualità e le tensioni disgregatrici. Il *riconoscimento* di soggettività diverse consente allo Stato di ‘ri-statalizzarle’, cioè di assorbirle traslandole nella semantica del suo sistema e vincolandole al suo codice di legalità: così, mentre apparentemente ne riconosce l’autonomia, esso in verità le incorpora e le domina³⁰.

Santi Romano intuisce “l’asimmetria tra costruzione giuridica ed evoluzione politico-sociale”, ma soprattutto “coglie pienamente il politico che sta per prevalere

Pochi anni dopo, non a caso, fu varata la prima legge sullo status giuridico dei dipendenti pubblici (1908): vedi S. Cassese, *La prolusione romaniana sulla crisi dello stato moderno e il suo tempo*, in “Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione”, pp. 1-10, 2011, p. 3, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/10/La-prolusione-romaniana-sulla-crisi-dello-Stato-moderno-e-il-suo-tempo-CdS-30-novembre-3.pdf>.

²⁷ S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Pisa, Vannucchi, 1909, p. 15, ora in P. Grossi, A. Romano, *Ricordando Santi Romano in occasione dell’inaugurazione dei corsi dell’a.a. 2010-2011 nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Pisa*, a cura di E. Rippepe, Pisa, Pisa University Press, 2013.

²⁸ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 42. Cfr. S. Cassese, “Lo Stato, ‘stupenda creazione del diritto’ e ‘vero principio e vita’, nei primi anni della Rivista di diritto pubblico (1909-1911)”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVI (1987), pp. 501-518.

²⁹ N. Bobbio, “Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano”, cit., p. 42.

³⁰ Si tratta di meccanismi di ‘accomodation’ delineati attentamente nel filone di studi inerenti al pluralismo contemporaneo: “incorporazione”, “integrazione”, “assimilazione”, “subordinazione”, “delegazione”, “deferenza”, per citare solo alcune tra le principali ‘strategie’ cui ricorre il diritto negli Stati caratterizzati dalla presenza, accanto al gruppo nazionale omogeneo, di altre consistenti minoranze culturali e religiose; cfr. R. Michaels, “The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of law, and the Challenge from Global Legal Pluralism”, *Wayne Law Review*, 51 (2005), pp. 1209-1259. Cfr. anche M. Croce, “Il diritto come morfologia del sociale. Il pluralismo giuridico di Santi Romano”, *Diritto Pubblico*, 2017, 3, pp. 841-860, in particolare p. 858.

sul giuridico”³¹ – una versione statalista del pluralismo, coerente con il modello hegeliano dello stato etico quale “unificazione organica della società per ceti”³².

Parlare di Romano quale studioso anti-statalista è quindi possibile solo a patto di concepire lo statalismo come quella corrente che identifica il diritto *esclusivamente* con la legge e lo stato come unica ‘istituzione’. Fuori da questa stipulazione – ad esempio, in una prospettiva che assuma la legge “solo” come la fonte prevalente e preminente del diritto – è più corretto inserire il pensiero istituzionalistico di Romano in una cornice “neo-statalista” che mira ad andare “[o]ltre lo Stato”, ma non contro lo Stato”³³.

2.3 La *necessità* come ‘fonte’ e ‘limite’ del diritto

Istituzionalismo e pluralismo sono le *Scilla* e *Cariddi* della teoria del diritto di Santi Romano. Accanto ad esse, tuttavia, si staglia una terza teoria, quella della ‘necessità’, che sebbene sottostimata, e spesso dimenticata, riemerge regolarmente nella riflessione romaniana: se il principio di effettività è la cifra metodologica della sua scienza giuridica, la necessità è la premessa che implicitamente lo plasma. In questa prospettiva essa rappresenta un antecedente logico rispetto alla teoria istituzionalistica e a quella pluralistica, sicché la sequenza che ne deriverebbe potrebbe essere così riassunta: *necessità-istituzione-pluralismo*³⁴.

La necessità, rappresentando al contempo uno ‘stato di cose’ – cioè un *fatto* – e una ‘figura giuridica’ – cioè un momento *valido* sul piano normativo – sottrae il diritto al cortocircuito del più rigoroso normativismo.

Romano intuisce la rilevanza della regola della *necessità* già negli anni della formazione e degli scritti giovanili, cioè in quell’intervallo di tempo che, convenzionalmente, si può far cominciare nel 1894, con il saggio *Il concetto di istituzione di pubblica beneficenza*, e terminare nel 1909, con il saggio *Sui decreti-legge e lo Stato d’assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*: quest’ultimo è il contributo in cui detta teoria è definitivamente delineata. Raccogliendo i frutti di una riflessione che aveva un respiro ampio, a carattere europeo, e che in Italia trovò in Alfredo Codacci-Pisanelli e in Oreste Ranelletti gli interpreti più acuti, Romano individua nella ‘necessità’ la fonte che legittima le ordinanze del Governo, indipendentemente dal fatto che esse siano previste o, all’opposto, vietate, da una specifica disposizione dello Statuto.

Si possono individuare, più precisamente, tre significati, adiacenti ma concettualmente distinti, nei quali Romano utilizza il concetto di necessità come fonte ampia: come “urgenza”, come “limite”, e come *Grundnorm*:

³¹ A. Sandulli, “La scienza nella crisi dello Stato liberale”, in Id. (a cura di), *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia*, cit., p. 170.

³² R. Ruffilli, “Santi Romano e la ‘crisi dello Stato’ agli inizi dell’età contemporanea”, *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 27 (1977), 1, pp. 311-325, p. 319.

³³ Così F. Tessitore, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, 3^a ed., 1988, Milano, Giuffrè, p. 227. Vedi anche A. Mangia, *La rappresentanza politica e la sua crisi*, cit., p. 4.

³⁴ Cfr. A. Tarantino, *La teoria della necessità nell’ordinamento giuridico*, 2^a ed., Milano, Giuffrè, 1980, p. 12.

(i) Necessità-urgente

Nel primo senso la necessità è intesa come ‘urgenza’ (o *indispensabilità*) e si ricollega dunque all’interpretazione, all’epoca diffusamente discussa, dell’art. 6 dello Statuto Albertino e ai poteri del Governo in relazione alle ordinanze d’urgenza, difese in particolare da Codacci-Pisanelli. Anche in questo caso Romano ridimensiona lo spazio della ‘volontà’ autoritativa, poiché determinate opzioni giuridiche sono rese indispensabili dalla condizione concreta dei bisogni e delle forze sociali, senza possibilità di eluderle. Ciò, soprattutto, nei casi in cui sia necessario salvaguardare l’impianto normativo dello Stato e si renda dunque necessario il ricorso a poteri eccezionali e straordinari; in questi casi la necessità:

può implicare la materiale e assoluta impossibilità di applicare, in certe condizioni, le leggi vigenti e, in questo caso, può dirsi che “*necessitas non habet legem*”. Può anche implicare l’imprescindibile esigenza di agire secondo nuove norme da essa determinate e, in questo senso, come dice un altro comune aforisma, la necessità fa legge. In ogni caso, “*salus rei publicae suprema lex*”³⁵

La norma attualmente più prossima a questa accezione di ‘necessità’ è, per alcuni aspetti, l’art. 15 della *Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo* che ne consente la sospensione in “caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico”.

(ii) Necessità-limite

Nel secondo senso la necessità è intesa come ‘limite’ della sovranità statale. Nelle *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano* (1902) Romano scrive che è possibile derogare allo Statuto quando ciò sia dettato dalla ‘necessità’, sicché la modificazione prodotta è

un prodotto immediato e, per dir così, di primo grado; il legislatore non fa che prenderne atto e consacrarla, non in quel modo largo, che gli concede una ampia libertà, con cui, come comunemente si dice, egli non inventa, ma raccoglie e dichiara il diritto che rinviene nella coscienza generale, ma in modo, per dir così, coattivo, che esclude la sua mediazione intellettuale, personale³⁶.

A cavallo tra Otto e Novecento la giuspubblicistica tedesca, riconoscendo altre soggettività giuridiche, aveva ampiamente indagato il tema dei limiti del potere politico individuando una soluzione *interna* alla stessa organizzazione statale – un’obbligazione che lo Stato contrae con sé stesso. Com’è noto, la scuola di Vittorio Emanuele Orlando, nella quale Romano si era formato, aveva adottato la teoria della

³⁵ S. Romano, “Principii di diritto costituzionale generale” (1946), ora in Id., *L’ultimo Santi Romano*, cit., p. 287.

³⁶ S. Romano, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, Roma, Tip. Coop. sociale, 1902, p. 24.

“autolimitazione” prospettata a questo proposito da Jellinek nel *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (1892) ma, mentre per lo studio tedesco la genesi dello Stato è uno processo esclusivamente fattuale, per Romano l’instaurazione di un ordinamento comporta necessariamente il riconoscimento di limiti e principi (giuridicamente) dati. Questi, nella misura in cui consentono di derogare allo Statuto *solo* in caso di ‘necessità’, costituiscono limitazioni all’attività legislativa dello Stato. Tale assunto emerge chiaramente ne *L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale* (1901): lo Stato, per potersi qualificare in termini giuridici, deve accettare determinate garanzie e principi fondamentali “che il nuovo ordinamento non può non considerare suoi, perché nasce con essi e senza di essi la nascita non si avrebbe, giacché sono essenziali alla sua vita”³⁷. In questo senso, a differenza della prospettiva di Jellinek, il limite che vincola la potestà legislativa non deriva da una ‘auto-obbligazione’ dello Stato ma dal processo di giuridificazione dell’ordinamento. Come ha osservato Maurizio Fioravanti: “attraverso la nozione giuridica di ‘necessità’, si conferma (...) che nelle norme scaturenti dagli atti d’imperio dello Stato è contenuto anche il requisito della limitatezza, necessario per l’integrale costruzione dello ‘Stato giuridico’; è contenuta cioè una vera e propria *adesione implicita e necessaria* ai principii e agli istituti fondamentali, sui quali si regge l’esistenza stessa del potere politico”³⁸.

(iii) Necessità-fonte

Strettamente collegata alle prime due, la terza declinazione del concetto in esame è quella che più direttamente lo evoca e lo rappresenta. La necessità, infatti, è intesa generalmente come *fonte* prima del diritto, scritto e non scritto; norma fondamentale, nel senso che interrompe la catena della validità delle norme: l’iter logico s’arresterà solo grazie a quella “prima legge, la quale avrà ricavato la sua forza solo dalla necessità che l’ha determinata”³⁹, quale suo ultimo fondamento obbligatorio. Da questo punto di vista essa istituisce collegamenti materiali tra la dimensione sociale e dimensione giuridica, ma stabilisce anche un collegamento formale tra le fonti del diritto, una catena di autorizzazioni che giustifica la validità delle norme. Osserva Romano:

quando s’indaga il fondamento obbligatorio di una legge, tale fondamento si rinviene in una legge precedente che stabilisce gli organi competenti ad emanarla e i loro poteri. Ma è chiaro in questa ricerca dovremo ad un certo punto arrestarci (...). E nelle necessità deve rintracciarsi l’origine e la legittimazione dell’istituto giuridico per eccellenza, cioè dello Stato, e in genere del suo ordinamento costituzionale, quando esso viene instaurato con un procedimento di fatto⁴⁰.

³⁷ S. Romano, “L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione”, in Id. *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 94-95.

³⁸ M. Fioravanti, “Per l’interpretazione dell’opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, X (1981), pp. 168-219 (corsivo nel testo).

³⁹ S. Romano, “Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria”, *Rivista di Diritto costituzionale e amministrativo*, 1 (1909), pp. 251-272, p. 261.

⁴⁰ *Ibid.* (corsivo aggiunto).

In questa accezione la necessità costituisce la fonte per i decreti-legge nei casi di “urgente ed assoluta necessità” in forza dell’art. 3, n. 3 della legge n. 100 del 31 gennaio 1926. Questo tuttavia non significa che la ‘necessità’ fondi la validità dei soli decreti-legge: essa è, invece, fonte del diritto scritto e del diritto non scritto. Al contrario Romano, nei *Principi di diritto costituzionale generale*, osserva che persino quando nelle leggi scritte manchi l’autorizzazione all’utilizzo di poteri eccezionali e straordinari, la necessità funge da fonte legittimante, superiore alla legge (“*necessitas non habet legem*”)⁴¹.

Nella teoria istituzionalistica “la norma è ricongiunta col fatto”⁴², e la norma giuridica *fondamentale* è sostituita dal “diritto tacito fondamentale”⁴³, ossia dalla necessità, “fonte autonoma del diritto, superiore alla legge”⁴⁴.

Le due norme fondamentali, dunque, *Grundnorm* e *necessità*, hanno la stessa funzione – giustificare la ‘chiusura’ dell’ordinamento e interrompere il *regressus ad infinitum* – ma presentano caratteristiche molto diverse: *presupposto* logico-trascendentale l’una, norma *positiva* e immanente l’altra – “condizione di cose che...non può essere disciplinata da norme precedentemente stabilite”⁴⁵.

A differenza di quella kelseniana, la dottrina romaniana si fonda sulla precedenza metodologica del fatto rispetto alla forma e alle astrazioni ‘esasperate’ della teoria - in una visione “totale e quasi si direbbe panoptica”⁴⁶ - nella quale esattezza e precisione dell’analisi giuridica sono date dalla reale adesione all’oggetto-diritto, nella sua concreta totalità:

[l]a definizione del diritto deve essere data in modo che vi si possa comprendere quel che, non soltanto per tradizione scientifica, ma per sentimento comune, e soprattutto, per pratica costante, e non mai smentita, viene considerato tale. Altrimenti essa è arbitraria: non la realtà si deve – dal giurista – subordinare al concetto, ma questo a quella.⁴⁷

3. Norma e sanzione: digressioni e attualità

Teoria dell’istituzione, pluralismo degli ordinamenti, e teoria della ‘necessità’ si fanno reciprocamente eco e ciò comporta la correlata elaborazione di un concetto duttile del “diritto”, capace di riflettere la complessità magmatica di un corpo sociale

⁴¹ S. Romano, “Principii di diritto costituzionale generale”, cit., p. 285.

⁴² V. Frosini, “Kelsen e Romano”, in Id. *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 53.

⁴³ S. Romano, “L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione”, in Id., *Scritti minori*, cit., p. 94. Vedi anche O. Condorelli, op. cit.; “...è diritto fondamentale dello Stato, non derivante né da legge né da consuetudine, ma dal quale anzi attingono ogni vigore l’una e l’altra, l’obbedienza al potere statale. Lo Stato è *per ed in* quella norma: toglietela e lo Stato non è più.”, p. 713. Cfr. A. Tarantino, *La teoria della necessità nell’ordinamento giuridico*, cit.

⁴⁴ S. Romano, “Principii di diritto costituzionale generale”, cit., p. 285.

⁴⁵ S. Romano, “Sui decreti-legge e lo stato d’assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria”, cit., p. 260.

⁴⁶ G. Capograssi, “L’ultimo libro di Santi Romano” (1951), in *Opere*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 226.

⁴⁷ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 53.

che si stava politicizzando. Come osservava Giacomo Gavazzi, Romano ammette nella nozione di norma “i consigli, le raccomandazioni, figure in sostanza assai poco classiche di prescrizioni, e nella nozione di sanzione una cosa così generale e così poco interna alla norma, come la figura della garanzia”⁴⁸. Egli, evidentemente, prende parte alla rivolta contro “il feticismo della legge” che dissimula l’esistenza del diritto emergente dalla società stessa, un diritto latente, *ius non scriptum* che emerge dalla coscienza sociale e che la legge riconosce e recepisce – non costituisce⁴⁹.

In questa prospettiva, la questione della sanzione, quale elemento della struttura della norma, è irrilevante poiché il diritto è fondato sulla immanente normatività di una struttura sociale, “garanzia pratica” e “freno connaturato e necessario del potere sociale”⁵⁰ (o su quella che, alcuni decenni dopo, sarebbe stata chiamata ‘norma di riconoscimento’⁵¹). Il diritto è tale non perché provvisto di sanzione, ma in quanto efficace, in quanto effettivamente osservato nella pratica sociale dei consociati:

La sanzione infatti noi crediamo che possa non essere contenuta e minacciata in nessuna norma specifica: può invece essere immanente e latente negli stessi ingranaggi, nell’apparato organico dell’ordinamento giuridico considerato nel suo complesso, può essere forza operante anche in modo indiretto, garanzia pratica che non dà luogo a nessun diritto subbiettivo...⁵²

L’indirizzo decisamente antilegalistico di Santi Romano è oggi una preziosa cornice euristica per l’individuazione e la classificazione di quella molteplicità di centri di potere e di normazione che, ancorché prive di un qualche legame immediato con lo stato e con la sua ‘volontà’, esercitano una oggettiva forza normativa⁵³. Il fenomeno dell’emergente diritto post-nazionale sembra segnare una cesura rispetto alla narrazione statuale e legalistica del diritto per fare “ritorno” ad una dimensione più autenticamente ‘sociale’ nella quale la normatività non scaturisce dal carattere potestativo della fonte, quanto da quello persuasivo dell’*organizzazione*.

Osserva in proposito Nico Krisch:

⁴⁸ G. Gavazzi, “Santi Romano e la teoria generale del diritto”, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 79-80.

⁴⁹ “La legge, quindi, non è mai, come comunemente si crede, il cominciamento del diritto: è, invece, un’aggiunta al diritto preesistente (nell’ipotesi che esso abbia lacune) o una modificazione di esso. Il legislatore non è, così, il creatore del diritto, nel senso pieno ed assoluto della parola, cioè il primo creatore; donde la mancanza in lui del potere di annullarlo completamente”. S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., pp. 82-83.

⁵⁰ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 24.

⁵¹ Cfr. F. Fontanelli, “Santi Romano and *L’ordinamento giuridico*: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations”, *Transnational Legal Theory*, 2011, 2, pp. 67-117, in particolare alle pp. 101-103. “Romano is relatively uninterested in the specific normative features that make up the system: after all, even rules of recognition are only relevant insofar as they are effective, or recognized by the institution or the part thereof entrusted with their monitoring/enforcement” (p. 103).

⁵² S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 23.

⁵³ Si veda, tra i moltissimi contributi sul tema, S. Cassese, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006; Id., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003; R.B. Stewart, “Il diritto amministrativo globale”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 55 (2005), 3, pp. 633-641.

In this picture, external norms come in at the interstices of internal ones and may have persuasive rather than binding authority. It is a picture of gradated authority - one that leaves behind the binary scheme of binding/non binding and instead associates norms with different weights, depending on the particular decision-making processes at issue⁵⁴.

Si pensi alle numerose fonti di *soft law* o *quasi-législation* (raccomandazioni, libri bianchi, preamboli premessi a dichiarazioni e documenti internazionali, linee-guida, codici di autoregolamentazione, ecc...), alle raccomandazioni delle autorità indipendenti, agli *standards* elaborati dai c.d. regolatori globali (in materie che spaziano dai prodotti agroalimentari alla gestione degli indirizzi IP) e, ancora, all'affermazione di un'autonoma *lex mercatoria* che governa le grandi transazioni commerciali⁵⁵, nonché al sistema degli arbitrati internazionali, definitivamente emerso come sistema giuridico autogenetico⁵⁶.

4. Ordine senza volontà: lo *ius involuntarium*

Una concezione del diritto (e della regola giuridica) liberata dall'idea di *sanzione* enfatizza ancora di più la dimensione sociale della normatività, il suo carattere 'organizzativo': è nella compagine sociale, già ordinata e disciplinata, che si manifesta quel potere sociale che fonda ogni fenomeno giuridico *effettivo*. Val la pena notare che, sotto questo aspetto, l'insistenza su *chi* organizza, struttura e coordina l'istituzione è velleitaria⁵⁷. Il diritto, secondo Romano, è fenomeno inizialmente (e tipicamente) *involuntario*:

data l'equazione fra il concetto di istituzione e quello di ordinamento giuridico, almeno il primo nucleo, la prima pietra in cui un ente di tale natura comincia a porsi è un diritto involontario: soltanto in momenti posteriori, se non cronologicamente, in ogni caso logicamente, potrà da esso emanare un diritto volontario, che, del resto, di regola non riuscirà a cancellare interamente le tracce del primo, poiché ciò implicherebbe una

⁵⁴ N. Krisch, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 12.

⁵⁵ Come ha osservato Fontanelli ("Santi Romano and L'ordinamento giuridico", cit., p. 99) "Just like State law alone could not explain the legal nature of political parties or trade unions in the first decades of the twentieth century, the classic notions of State and international law combined are not capable of accounting for the legal nature of several transnational regulatory regimes". Si veda, tra i contributi più recenti, L. Casini, *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, Bologna, Il Mulino, 2018, il quale scrive: "Il coinvolgimento dei pubblici poteri sovranazionali e statali nella formazione di queste regole conferisce ad esse un elevato grado di pubblicità (c.d. "publicness") che contribuisce certo ad assicurarne l'efficacia. D'altra parte, le regole globali quasi mai sono provviste di una sanzione in senso proprio: si comprende allora perché la scienza giuridica anglosassone abbia dedicato ampio spazio alla discussione sulla natura di queste norme. Nell'Europa continentale, però, anche grazie agli studi di grandi giuristi come Maurice Hauriou (1856-1929) e Santi Romano (1875-1947), la giuridicità di questi atti non è in discussione...". Ivi, p. 83.

⁵⁶ T. Schultz, *Transnational Legality. Stateless Law and International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 60-62.

⁵⁷ A. Catania, *Filosofia del diritto. Introduzione critica ai concetti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 192.

soluzione di continuità nella vita stessa dell'ente e, quindi, della sua identità⁵⁸.

Tale tesi si è già profilata sull'orizzonte della teoria della necessità, collocandosi nel suo stesso orizzonte. L'ingresso dello Stato, quale comunità politica per antonomasia, nel novero delle istituzioni giuridiche, ha fatto sì che una parte di quel diritto, per mezzo del 'riconoscimento' del legislatore, sia mutato in diritto volontario. Diritto, in ogni caso, è già prima di tale "consacrazione" ufficiale, la quale ne rafforza solo il profilo della "pubblicità", non già quello della sua efficacia.

Il momento genetico delle istituzioni può essere volontario o meno, indifferentemente ma, quanto allo stato e alla comunità internazionale esse, secondo Romano, sono entrambe istituzioni necessarie e *non volontarie*. Lo stato afferma Romano, "esiste perché esiste, ed è ente giuridico perché esiste e dal momento in cui ha vita. La sua origine non è un procedimento regolato da norme giuridiche: è, come si è ripetutamente messo in vista, un fatto"⁵⁹, il risultato (necessario) di forze sociali interagenti. 'Effettività' e 'necessità' sono due aspetti reciprocamente interrelati: entrambe negano il carattere *intenzionale* del diritto - quantomeno nel suo principio costitutivo, "spontaneo" e "auto-generato" - e si contrappongono alla concezione imperativistica del diritto come prodotto di una volontà sovrana, "formale e artificiale e quindi etero-imposto"⁶⁰.

La forza normativa del *fatto* s'impone in molti frangenti, al cospetto di altri istituti e rapporti: si pensi all'istituto civilistico del possesso, all'instaurazione di un nuovo ordinamento per mezzo di una rivoluzione, alla rilevanza - nel diritto internazionale - del principio di 'effettività' ai fini del conseguimento della soggettività internazionale. Di fronte a queste circostanze, rilevanti per il diritto, la teoria normativistica non può che riconoscere una propria fragilità. Nella "dottrina pura del diritto", infatti, la *Grundnorm* è assunta come "presupposto logico-trascendentale" e, da questo punto di vista - come notò Frosini - pur di salvare la purezza della sua teoria, Kelsen va incontro ad una "doppia astrazione", ad un doppio *Sollen*, quello dell'ordinamento e quello della norma fondamentale, col risultato di collocare il fulcro del diritto in "un tempo originario ma immaginario"⁶¹. Romano, al contrario, individua quel fulcro - fonte e fondamento del diritto - direttamente nella *coscienza sociale*, di cui la necessità è diretta ed immediata espressione. Tali aspetti, già delineati a proposito della teoria della 'necessità', emergono con maggiore nitidezza nella concezione romaniana del (i) diritto internazionale e nella teoria della (ii) consuetudine.

4.1 Il "problema" del diritto internazionale

⁵⁸ S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), voce "Diritto e morale", ora in *L'ultimo Santi Romano*, cit., pp. 657-658 (corsivo mio).

⁵⁹ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 50 e 51.

⁶⁰ V. Olgiati, "Il pluralismo giuridico come lotta per il diritto (e la follia teorico-metodologica di una recente proposta)", *Sociologia del diritto*, 21 (1994), 1, pp. 97-127, p. 119.

⁶¹ V. Frosini, voce "Ordinamento giuridico", in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, Giuffrè, 1980, p. 649.

La “lente” istituzionalistica nega all’elemento sanzionatorio il carattere differenziale del diritto rispetto al *genus* delle norme sociali, e ammette il carattere giuridico del diritto internazionale, superando sia la concezione monista viennese (Kelsen, Verdross, Merkl) sia la teoria, di matrice hegeliana, che assume il diritto internazionale come la proiezione esterna delle volontà particolari degli Stati⁶².

Nel dibattito inerente alla giuridicità del diritto internazionale, Romano si schiera a favore della tesi favorevole, proprio in considerazione della sua immanente normatività. Nel *Corso di diritto internazionale* del 1929 egli afferma:

nemmeno la sanzione, in certo senso, cioè come conseguenza che debba sempre ed immancabilmente accompagnare la violazione del diritto, è indispensabile perché questo si abbia... Basta, perché un ordinamento sia giuridico, che questo, essendo una struttura sociale, offra delle garanzie, che possono essere dirette o indirette, immediate o mediate, preventive o repressive, sicure o soltanto probabili e quindi incerte. E queste garanzie nel diritto internazionale ci sono⁶³.

La concezione post-statalistica si è affermata nella dottrina di Santi Romano grazie ai corsi di “diritto internazionale”, “diritto ecclesiastico” e “diritto canonico”: è nel confronto di tali branche, scevre da legami fondanti con la statualità, che Romano intuisce il carattere inevitabilmente plurale del diritto e l’insufficienza del principio di esclusività degli ordinamenti.

Il diritto internazionale, in particolare, è per Romano la “pietra di paragone” per la definizione del diritto: esso non si regge sul solo momento consensualistico culminante nella stipulazione dei trattati, ma opera prima di tutto su uno strato “avolontaristico” rappresentato dai *principi fondamentali* (non consuetudinari) connaturati alla comunità degli Stati. Detti principi rappresentano uno *ius supra partes* che si pone col porsi stesso della comunità internazionale e, per questo motivo, sono “il primo nucleo del suo ordinamento, la sua prima pietra (...) elementi istituzionali della comunità”⁶⁴ nella quale si sono trasfusi, determinandone l’aspetto e l’orientamento. I rapporti tra gli Stati, assunti come autonomi nell’orizzonte dello *jus publicum europaeum*, e la stessa validità dei trattati internazionali, non potrebbero avere alcuna efficacia se non si postulasse il prioritario carattere “organizzato”, dunque *istituzionale*, della comunità internazionale:

Quando, infatti, si ritiene che l’accordo normativo, fonte di quel diritto, produce una volontà che non è più quella dei singoli Stati, ma una volontà unica in cui queste si fondono (...) ciò postula un’organizzazione, sia pure semplice, della comunità interstatale. Questa non avrà organi propri (...), non si fonderà su una posizione di subordinazione e di indipendenza di alcuni Stati verso altri, ma implicherà una posizione di soggezione di tutti

⁶² “Il principio del diritto internazionale...è che i trattati, come quelli dai quali dipendono le obbligazioni degli Stati tra loro, devono essere osservati. Ma, poiché il rapporto di essi ha per principio la loro sovranità; essi sono, pertanto, nello stato di natura gli uni di fronte agli altri, e i loro diritti hanno la loro realtà, non in una volontà universale costituita a potere, al disopra di essi, bensì in una loro volontà particolare”. G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto* (1821), tra. it. a cura di F. Messineo, Roma-Bari, Laterza, 1913, § 333.

⁶³ S. Romano, *Corso di diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1929, p. 5.

⁶⁴ Ivi, p. 31.

gli Stati che sono suoi membri, verso un potere non soggettivo, impersonale, che è quello stesso che permette e determina l'esistenza della comunità⁶⁵.

Uno di questi principi “involontari” – necessari – che determinano la giuridicità del diritto internazionale è quello in base al quale *pacta sunt servanda*. Esso “non è, a dire esattamente, posto dalla comunità: è la stessa struttura della comunità”⁶⁶ e non ha, come alcuni ritengono, carattere consuetudinario, perché non ha avuto bisogno di stratificazione nel tempo, essendosi posto in modo puntuale nel momento in cui si è posta la stessa compagine internazionale. Tale principio fonda l'obbligatorietà delle convenzioni internazionali e il potere di concluderle, sulla base del carattere paritario – non autoritario – del diritto internazionale⁶⁷, inteso come ‘comunità degli Stati’, ossia come *istituzione*.

Romano respinge le dottrine che perorano l'esistenza di “tanti diritti internazionali” quanti sono gli accordi tra gli Stati, ciascuno di essi riflettendo una sua propria efficacia ed un suo “primo principio”. Al fondo vi è il rifiuto metodologico della teoria del “consenso”, sia nella forma del trattato che in quella della “consuetudine”⁶⁸, per la quale non si darebbe quindi un diritto internazionale generale, ‘pubblico’, ma una ‘somma algebrica’ di singoli *rapporti*, “come una tela di Penelope, che si ricomincia a tessere *ex novo* ad ogni accordo normativo”⁶⁹.

Romano ha riconosciuto che, oltre al diritto (degli Stati), esiste il diritto internazionale che esprime e rivendica, per dirla con Raz, una sua *autorità* (“law’s claim to legitimate authority”⁷⁰), indipendentemente da quella che oggi chiamiamo *enforcement*, operata a livello nazionale. L’istituzione della ‘comunità internazionale’ è dotata di una sua ‘obbligatorietà’ che oggi è particolarmente evidente nel processo di progressiva affermazione dei principi dello *jus cogens* e dei diritti umani: questi, complessivamente, s’impongono sulla *volontà* degli Stati, non ne sono affatto la proiezione.

Uno dei maggiori meriti della teoria romaniana, quindi, consiste nell’aver reso indipendente la genesi del diritto internazionale dal giogo dell’autorità, e di averne riconosciuto pienamente l’autonomia, la *separatizza*, come ordinamento *altro*, “come entità a sé...cui i singoli Stati sono, sia pure limitatamente, subordinati”. E in quell’avverbio – “limitatamente” – risiede in fondo la conferma del principio pluralistico, in quanto allude al rifiuto del monismo internazionalistico di stampo kelseniano. Tale prospettiva consente, ad esempio, di giustificare l’*autonomia* che la Corte di Giustizia della Comunità Europea (ora dell’Unione) ha rivendicato sin dalla

⁶⁵ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., pp. 55-56 (corsivo mio). L’Autore, nella nota 44, sottolinea come dalla teoria del consenso deriva, deduttivamente, la conseguenza – esplicitamente perorata da Anzilotti – per cui i trattati internazionali non potrebbero essere qualificati in termini giuridici, ma solo pre-giuridici, poiché precede l’accordo e ne resta fuori. Romano riconosce la apparente linearità logica di tale conclusione, ma ne contesta radicalmente il senso e le premesse.

⁶⁶ O. Condorelli, *Il “diritto fondamentale”*, cit., p. 713.

⁶⁷ S. Romano, *Corso di diritto internazionale*, cit., p. 37.

⁶⁸ Cfr. P. Ziccardi, “Il diritto internazionale”, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 147-162.

⁶⁹ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 64.

⁷⁰ J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, 2^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2009.

pronuncia *Van Gend en Loos* del 1963⁷¹: infatti, il *fatto* stesso dell'esistenza della *Comunità*, intesa come 'istituzione', costituisce la premessa logica per fondare l'indipendenza del diritto comunitario quale "ordinamento di nuovo genere", giuridicamente distinto dalla somma delle singole volontà degli Stati che gli hanno dato origine.

4.2 La consuetudine

Seguendo una direttrice simile a quella utilizzata per la necessità, Romano individua un altro 'luogo' d'intersezione tra fatto e norma, ossia la *consuetudine*. In questa prospettiva la consuetudine, *fonte fatto* per eccellenza, è un luogo privilegiato per la concezione involontaria del diritto perché, al posto della volontà, mette in rilievo la forza della tradizione stratificata nel tempo.

Se fosse esclusivamente il prodotto della volontà potestativa degli Stati – se fosse solo 'legge' – il diritto non avrebbe alcuna autonomia concettuale, e sarebbe il mero riflesso di rapporti di forza, incapace di esprimere i valori e il linguaggio delle strutture sociali. L'elemento consuetudinario emerge come il sostrato a-volontaristico e "incosciente" del diritto; si potrebbe sostenere che, nella prospettiva romaniana, esso rappresenti il nucleo autentico, primigenio, del fenomeno giuridico poiché esprime, senza alcuna mediazione politica, la *naturale* normatività che innerva ogni articolazione sociale. Se nel diritto privato, con l'idea (artificiale) del codice, è stato eradicato ogni tentativo di *spontaneità* giuridica, nel diritto pubblico – sotto la costruzione formale delle "prime carte costituzionali" – continuano a pulsare i *fatti*, e tra questi – in particolare – quello specifico dell'*usus*, ossia la ripetizione di atti uniformi, la quale altro non è che la stabilità *regolare* del fatto nel tempo (*diuturnitas*), cui accede l'*opinio iuris*, ossia la convinzione di osservare una norma.

Romano respinge la teoria della consuetudine come "consensus tacitum", sottolineandone il carattere involontario e spontaneo:

il loro valore deriva non dal fatto che si è avuta l'intenzione di costituirle, ma dalla convinzione che sia obbligatorio osservarle, e la convinzione non è atto di volontà, ma qualche cosa che domina e vincola la volontà...la consuetudine non deriva da un accordo simultaneo, non acquista efficacia d'un tratto, ma si forma lentamente attraverso un periodo più o meno lungo di tempo, mentre nell'accordo tacito, che può aversi in un solo e dato momento, quest'uso costante e reiterato non è necessario⁷².

È innegabile che queste due correnti dell'esperienza giuridica, quella spontanea e quella volontaristica, convivano in ogni moderno sistema giuridico che abbia raggiunto un discreto grado di sviluppo: da questo punto di vista il merito di Romano consiste nell'aver illuminato questa compresenza, questa dualità tra *ius* e *lex*, tra *autorità del potere* e *autorità della tradizione*.

⁷¹ Sentenza CGCE, 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos*, causa C-26/62.

⁷² S. Romano, *Corso di diritto internazionale*, cit., pp. 32-33.

In definitiva la dialettica tra legge e consuetudine riflette quella tra un ordine sociale che si determina ‘dinamicamente’ per mezzo di un *processo* spontaneo, a carattere ordinativo, e un ordine formale che si realizza ‘staticamente’ per mezzo di una volontà a carattere potestativo⁷³.

Così, per la consuetudine abbiamo cercato di dimostrare, e la nostra opinione ha trovato consenso, che essa è norma che si forma spontaneamente, senza una particolare volontà che sia diretta a questo fine, in modo che la formazione di essa può anche essere incosciente o quasi. I singoli fatti o atti da cui essa scaturisce possono essere volontari, ma ciò non significa che volontaria debba considerarsi essa stessa, che è costituita automaticamente dal loro complesso, dalla loro uniformità e ripetizione, dalla autorità della tradizione. La opinio iuris seu necessitatis, che della consuetudine suole indicarsi come un elemento, sarà convinzione, credenza, sentimento, ma non è certo volontà, né di singoli né collettiva (...) essa è fonte involontaria del diritto⁷⁴.

Val la pena notare che, da questo punto di vista, la lezione di Romano è del tutto coerente con quella del maestro Orlando, il quale aveva indicato la consuetudine quale “fonte principalissima”⁷⁵ del diritto pubblico.

Oggi, tuttavia, la consuetudine è messa nuovamente a tema anche in ambito privatistico nel quale il riconoscimento dell’autonomia privata dei gruppi strutturati in una dimensione trans-nazionale (si pensi alle grandi società commerciali) genera un diritto consuetudinario denominato *lex mercatoria*. Tale “legge” altro non è, in realtà, che un deposito delle consuetudini *in auge* nei rapporti che intercorrono tra gruppi professionali e associazioni d’imprese; e poiché la *societas mercatorum* è anch’essa un’istituzione, ne deriva che detto sistema è, in termini romaniani, un ordinamento giuridico autonomo⁷⁶.

Anche a proposito della consuetudine emerge chiaramente il tentativo di Romano di liberare la concezione del diritto dal dogma statocentrico e, in generale, dal formalismo della tradizione legal-positivista. La consuetudine, come la necessità, mette in primo piano l’effettività come orizzonte ineludibile per la scienza giuridica, e sottolinea la costante aspirazione del fatto a farsi diritto, norma, *dover essere*. Essa, tuttavia, sottolinea anche la netta differenza della sua ‘fonte’ rispetto al diritto legislativo: innanzitutto, al contrario di quest’ultimo, la consuetudine è *ius non scriptum*, indipendentemente dall’eventuale riconoscimento da parte della legge, e soprattutto riceve la sua autorità *dal basso*, “by long and immemorial usage, and by their universal reception”⁷⁷; aspetto – quest’ultimo – troppo spesso dimenticato dal positivismo giuridico più radicale.

⁷³ Mutuo il binomio ordinativo/potestativo da M. Croce, A. Salvatore, *Filosofia politica. Le nuove frontiere*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 135, in cui si fa riferimento al pluralismo giuridico medievale e alla lettura che ne ha offerto, in molte opere, Paolo Grossi.

⁷⁴ S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 655.

⁷⁵ V.E. Orlando, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, in “Biblioteca di scienze politiche”, vol. V, Utet, Torino, 1890, p. 952.

⁷⁶ F. Fontanelli, op. cit., p. 109.

⁷⁷ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765), London, Routledge-Cavendish, 2001.

5. Un solco d'indagine proficuo nel tempo presente

A lungo *L'ordinamento giuridico* di Santi Romano è apparso come il riflesso immediato della contingenza storica, ossia della crisi dello Stato liberale interpretata come crisi della legalità. La sua rilevanza quale opera di “teoria generale del diritto” è ora riscoperta alla luce delle molte trasformazioni che interessano il diritto nello ‘specchio’ della globalizzazione, non per un banale sforzo attualizzante ma per un recupero delle categorie e delle premesse cognitive ad essa sottese. È noto come una parte estremamente significativa degli studi sul *legal pluralism* e sul ‘diritto transnazionale’ abbia identificato nelle tesi di Romano un prezioso e tuttora attuale supporto teorico, e dunque un solco d'indagine conducente per la sistematizzazione dei fenomeni inediti riguardanti il diritto contemporaneo⁷⁸.

L'accento posto sulla intrinseca pluralità del giuridico, e il contestuale declassamento della nozione di *unità*, rappresentano oggi una premessa epistemica appropriata per aggiornare le nostre griglie teoriche e comprendere la ‘frammentazione’ che, in modo inesorabile, caratterizza il destino della regolazione giuridica⁷⁹. Si pensi, ad esempio, all'emersione di *global regulators* che, nella maggior parte dei casi corrispondono a *non-State actors* – regimi, dunque, autonomi – che esprimono un nuovo potere normativo, in aree generali o specializzate dell'attività umana, tagliando trasversalmente ordinamenti e barriere⁸⁰. Dal momento che sono spesso indicati come *self-contained legal regimes*, il concetto di ‘istituzione’, rinviando ad una dimensione materiale, è ciò che meglio ne coglie l'essenza, effettiva e organizzata – più di quanto possa fare la prospettiva normativistica di matrice kelseniana (ma anche hartiana⁸¹).

La globalizzazione e l'estrema accelerazione degli scambi e delle comunicazioni, in particolare, hanno consentito la riemersione del carattere spontaneo⁸² del fenomeno giuridico essenzialmente sotto tre profili: *a*) quello dell'*autonomia* rispetto alla catena di comando statale; *b*) quello della trasversalità rispetto ai confini statuali; *c*) e, non da ultimo, sotto il profilo della rottura dell'identificazione tra *ius* e *iussum*, tra diritto e ‘comando’ espressivo di una *volontà*.

Questi profili, sottaciuti da una buona parte della giuspubblicistica preoccupata di difendere e ricostruire l'usbergo della sovranità statale, erano chiaramente intuiti

⁷⁸ Cfr., tra gli altri, T. Schultz, *Transnational Legality. Stateless Law and International Arbitration*, cit.; J. Paulsson, *The Idea of Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 187 e ss.; M. Loughlin, *Political Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 114 e ss.

⁷⁹ Un autore che legge il fenomeno della ‘frammentazione’ con la lente istituzionalistica è P.M. Dupuy, “A Doctrinal Debate in the Globalisation Era: On the ‘Fragmentation’ of International Law”, *European Journal of Legal Studies*, 1, 2007, 1 disponibile online al seguente indirizzo: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/6839/EJLS_2007_1_1_2_Dup_EN.pdf; in generale sul tema uno dei riferimenti classici è M. Koskenniemi, *Introduction*, in *Conclusions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of IL*, ILC, 58 sess., 2006.

⁸⁰ S. Cassese, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna, Il Mulino, 2016.

⁸¹ B. Kingsbury, “The Concept of ‘Law in Global Administrative Law’”, *European Journal of International Law*, 20 (2009), 1, pp. 23-57.

⁸² G. Teubner, “Global Private Regimes: Neo-Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors?”, in K.-H. Ladeur (a cura di) *Public Governance in the Age of Globalization*, Aldershot, Ashgate, 2004, pp. 71 e ss.

da Romano nell'ambito di una riflessione aperta ai cambiamenti della società e libera dalle astrattezze del concettualismo dogmatico: sta qui, ancora oggi, l'elemento più rilevante della sua eredità intellettuale.

L'istituzione e il suo motivo esistenziale. Intorno al valore dell'effettività nella teoria di Santi Romano

Gian Paolo Trifone

Abstract

The essay intends to highlight the particular value that Santi Romano attributes to the principle of effectiveness as “essential” to the life of the institution. Since his previous writings, in which the State is kept at the center of the legal order theory, in the volume of 1918 great attention is dedicated to the cd. “existential reason”, as a further condition for its improvement. The normative data, although fundamental, is necessarily complementary to the “institution” and it is in this measure that the State, a subject endowed with a unifying personality, assumes, in its historicity, also juridical importance. From the impersonality of public power - highlighted in the criticism of the principle of popular sovereignty, the “figuration” of the monarch and the problem of political representation of interests (precisely “organized”) - descends the personification of the State, or better of the Institution, because the State will result only one of the existing legal orders, despite its highest relevance.

Keywords: institution, legal order, existential reason, representation, sovereignty.

1. Tra il detto e il non detto: il principio di effettività ne *L'ordinamento giuridico*

Nel giugno 1948, presso la sua Università di Roma, Vittorio Emanuele Orlando, “maestro di allora”, si assumeva “l’amarissimo compito” di commemorare la figura di Santi Romano¹, “gran maestro di poi!”². In quella sede, il “padre nobile” della giuspubblicistica italiana rilevava la portata innovativa dell’opera del suo allievo, che “rompeva bruscamente con tutta una tradizione, le cui radici erano plurisecolari, onde il diritto si faceva consistere in regole”³. La dottrina dell’istituzione, “o meglio dell’ordinamento giuridico”, nel tentativo di liberarsi dalla subordinazione al concetto normativo, è stata dal suo teorico pensata a partire da un tratto essenzialmente comune a tutte le norme giuridiche e ad esse precedente: “il carattere inizialmente ed originariamente giuridico” consistente nella “efficacia”, riscontrabile “nel fatto stesso dell’organizzazione”⁴.

Dunque il diritto è valutato da Santi Romano come dato esperienziale, il cui punto di partenza sarebbe il gruppo sociale nella sua considerazione empirica. Va

¹ Cfr. A. Sandulli, *Romano, Santi* (voce), in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, II, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 1728-1731.

² V.E. Orlando, “Santi Romano e la Scuola italiana di Diritto Pubblico”, in S. Romano, *Scritti minori*, I, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1950, p. V.

³ *Ibid.*, p. XVII.

⁴ *Ibid.*, p. XXIII.

osservato che nell'opera più rappresentativa del giurista palermitano – *L'ordinamento giuridico* –, il richiamo al principio dell'effettività non è mai esplicito, tuttavia esso filtra fin dalle pagine iniziali. Innanzitutto, la dichiarazione che “il diritto consta di norme” è da confutare: il mutuo riconoscimento degli individui come “soci” e l'elemento della loro “spontanea collaborazione” fanno apparire il diritto per quello che “effettivamente” è, ossia “il regno dell'obiettività”⁵, che poco avrebbe a che fare con il legalismo. Il concetto è espresso senza giri di parole: “il diritto non è soltanto la norma che così si pone, ma l'entità stessa che pone tale norma”. Le norme sono manifestazioni di un ordinamento valide in ragione dell'esistenza di quest'ultimo, “quell'io sociale di cui si parla”⁶. Si tratta di un assunto più volte ribadito nel corso degli scritti romaniani: la legge “non ha una sua *voluntas* o *mens* diversa da quella che in essa si è, per così dire, cristallizzata e immobilizzata perché duri, e quindi non ha nemmeno una propria vita”, la quale ha invece l'ordinamento giuridico, in cui le medesime leggi sono “coordinate e fuse”⁷.

In quest'ordine di idee, “anche il carattere differenziale dell'elemento della sanzione ai fini della norma giuridica viene negato”⁸, con l'affermazione che “non è la sanzione materiale, la coercizione, che rende giuridica una norma, ma soltanto il fatto che essa si ricollega, facendone parte, a tutta una organizzazione istituzionale, da cui in modo diretto o indiretto, assoluto e relativo, viene protetta”⁹. E comunque la sanzione può “non essere contenuta e minacciata in nessuna norma specifica: può invece essere immanente e latente negli stessi ingranaggi, nell'apparato organico dell'ordinamento giuridico considerato nel suo complesso, può essere forza operante anche in modo indiretto, garanzia pratica che non dà luogo a nessun diritto subiettivo e, quindi, a nessuna norma da cui tale diritto derivi, freno connaturato e necessario del potere sociale”¹⁰. Il che dà la misura dell'“impersonalità del potere”¹¹, la legittimazione partendo da un momento precedente all'esistenza delle norme stesse: “perché il diritto obiettivo non consta, come generalmente si crede, solo di norme, ma anche di istituzioni, che talvolta giova considerare in sé e per sé, a prescindere dalle norme che ne derivano”¹². In breve il potere, cui riferirsi in senso anti-

⁵ S. Romano, *L'ordinamento giuridico* (1918), II ed. Firenze, Sansoni, 1945, p. 18.

⁶ *Ibid.*, p. 19. Sul diritto come ordinamento del sociale, cfr. P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 16 ss. Numerosissimi sono i riferimenti dello storico del diritto fiorentino al giurista siciliano. Mi permetto, a tal proposito, di rinviare a G.P. Trifone, *Pluralismo e fattualità. Il contributo di Paolo Grossi*, in A. Tucci (a cura di), *Disaggregazioni. Forme e spazi di governance*, Milano-Udine, Mimesis, 2013, pp. 109-120.

⁷ S. Romano, “Interpretazione evolutiva”, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, p. 123.

⁸ A. Massera, “Santi Romano tra ‘diritto pubblico’ e ‘ordinamento giuridico’”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, XVIII (1989), pp. 617-632, p. 628.

⁹ S. Romano, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 35. Sulla storia di quest'opera, scritta nel 1914 e pubblicata postuma, cfr. S. Cassese, “Ipotesi sulla formazione dell'ordinamento giuridico di Santi Romano”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I (1972), p. 243 ss.; A. Romano, *Presentazione* a S. Romano, *Il diritto pubblico*, cit., p. XVII ss.

¹⁰ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 24. Su questa tematica, cfr. P. Grossi, “Il diritto tra potere e ordinamento”, in Id., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 172 ss.

¹¹ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 20.

¹² S. Romano, *Il diritto pubblico*, cit., p. 230.

volontaristico, è per Romano “non soggettivo, impersonale, [...] quello stesso che determina l’esistenza della comunità”¹³.

Per certi aspetti, nemmeno da un punto di vista puramente normativistico il principio dell’effettività sembra poter essere messo in discussione. Basti il riferimento ad Hans Kelsen, tornato costantemente sull’argomento a partire dalla valutazione dei criteri di validità ed efficacia dell’ordinamento. Ne *La naissance de l’Etat* i passi in cui si fa riferimento all’effettività sono numerosi; tra tutti, rilevante è quello a proposito de “la distinction en ‘*de facto*’ et ‘*de iure*’ qu’il s’agisse des Etats ou des Gouvernements”. Per il giurista tedesco, tale distinzione, dal punto di vista della scienza giuridica, manca di senso: “si, de ce point de vue, on affirme l’existence d’un Etat ou d’un Gouvernement, ce ne peut pas être que l’affirmation d’un fait d’ordre juridique; il s’agit donc nécessairement d’un Etat ou d’un Gouvernement ‘*de iure*’”¹⁴. Anche nella *Teoria generale* la validità delle norme è condizionata dall’efficacia stessa dell’ordinamento, sebbene si tratti di una *conditio sine qua non* e non di una *conditio per quam*. Kelsen sostiene insomma che “l’efficacia dell’ordinamento giuridico totale è condizione, non fondamento della validità delle norme che lo compongono”. Con un artificio dottrinale, la validità delle norme dipende dall’essere esse create “in un modo costituzionale”; dette norme sono valide, tuttavia, “soltanto a condizione che l’ordinamento giuridico totale sia efficace”, pertanto cessano di essere valide “non soltanto quando vengono abrogate in un modo costituzionale, ma anche quando l’ordinamento totale cessa di essere efficace”. Il che comporta che i consociati osservino la legge *in primis* per la sua conformità al sistema legislativo; ma se l’ordinamento totale, di cui quella norma è “parte integrale”, termina di avere efficacia, allora si può concludere che “il principio di legittimità è limitato dal principio di effettività”¹⁵.

Santi Romano supera tali involgimenti concettuali in nome dell’assunto *ubi societas ibi ius*, per cui ogni ente o corpo sociale è “unità effettivamente costituita”¹⁶, a fronte della natura “non puramente individuale”¹⁷ dell’uomo. Lungi, infatti, dall’essere semplice rapporto tra individui, l’organizzazione ha carattere “strutturale”, per cui i termini del binomio “ordinamento/istituzione” diventano equivalenti. A questo punto, il richiamo alla teoria dell’istituzione di Maurice Hauriou è relativo al merito, a lui riconosciuto, di aver liberato il concetto suddetto da quello della personalità giuridica, che può alla istituzione “sovrapporsi, quando si verificano determinate

¹³ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 56.

¹⁴ H. Kelsen, “La naissance de l’État et la formation de sa nationalité: les principes; leur application au cas de la Tchécoslovaquie”, *Revue de droit international*, 4 (1929), p. 620.

¹⁵ Cfr. H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1945, trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 120. Alfonso Catania ha posto in evidenza il rifiuto della “effettività kelseniana” di interrogarsi sul contenuto delle norme osservate, ovvero sul fenomeno sociale, concentrandosi sul “fatto” dell’obbedienza che uno Stato è riuscito a conseguire”. Volutamente Kelsen avrebbe sacrificato tale effettività “complessa” al “compito di formulazione di un modello tanto semplificato da essere adatto a definire il diritto in qualsiasi contesto e finalmente spogliato delle ridondanze personalistiche che lo appesantivano”. L’efficacia dell’elaborazione mette in ombra il problema di “capire se l’effettività significhi mera fatticità [o] predisposizione di natura psicologica o ideologica del comportamento dell’uomo” (cfr. “Effettività e modelli di diritto”, in Id. (a cura di), *Dimensioni dell’effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 36-38).

¹⁶ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 25.

¹⁷ *Ibid.*, p. 37.

condizioni, ma può anche mancare”¹⁸. In sintesi, secondo Hauriou¹⁹ ogni istituzione, in quanto realtà sociale, è un ente chiuso a cui occorre riconoscere individualità obbiettiva.

L’istituzione, in questa prospettiva, è “fonte originaria del diritto, in quanto genera spontaneamente le tre forme di diritto: quello disciplinare, quello consuetudinario e quello statutario o legale”²⁰. Senonché il giurista francese ha limitato il concetto di istituzione solo ad una specie di organizzazioni sociali, ovvero le corporazioni e gli enti organizzati a forma costituzionale e rappresentativa, di modo che il rinvio alla istituzione suprema, lo Stato, risulterebbe necessario. Non così per Romano, il quale non crede che “l’istituzione sia fonte del diritto, e che quindi questo sia un effetto, un prodotto della prima, ma [...] fra il concetto di istituzione e quello di ordinamento giuridico, unitariamente e complessivamente considerato, c’è perfetta identità”²¹. In ultima istanza, “il diritto è il principio vitale di ogni istituzione [...]. Reciprocamente l’istituzione è sempre un regime giuridico [...]. Non sono due fenomeni che stanno in un certo rapporto, che si seguono l’un l’altro; è invece il medesimo fenomeno”²².

Tuttavia, è precisamente la conclusione del giuspubblicista che “diritto, ordinamento giuridico, organizzazione sociale ed istituzione sono una sola e medesima cosa” ad essere criticata da quanti hanno contestato una tale coincidenza in nome del formalismo giuridico. Peraltro, lo stesso Santi Romano “accenna talvolta a un rapporto diverso tra questi concetti”²³, avvicinandosi alla dottrina per cui “l’organizzazione sociale è bensì lo scopo o la funzione caratteristica del diritto, ma non il diritto stesso”; mentre altrove egli sostiene che “l’istituzione in

¹⁸ *Ibid.*, p. 32.

¹⁹ Romano fa riferimento principalmente agli scritti “Théorie de l’institution et de la foundation”, *Cahiers de la Nouvelle Journée*, IV (1925), pp. 2-45, e *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^a ed., 1929, cfr. *Ibid.*, p. 30 ss.

²⁰ *Ibid.*, p. 32.

²¹ *Ibid.*, p. 34.

²² S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 47.

²³ G. Del Vecchio, “Moderne concezioni del diritto”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, I (1921), p. 200. “Accuse” di sociologismo e di pre-giuridismo all’indirizzo di Romano provengono anche da F. Ferrara, *Trattato di diritto civile*, Roma, Athenaeum, 1921, p. 3; V. Miceli, “Le distinzioni nel dominio del diritto”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, III (1923), p. 27; W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, Roma, Sanpaolesi, p. 12; A. Volpicelli, “Santi Romano”, *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, II (1929), p. 13 ss.; F. Orestano, *Filosofia del diritto*, Milano, F.lli Bocca, 1941, pp. 103 e 143; A. Bonucci, *Ordinamento giuridico e Stato: contributo alla teoria della definizione*, Milano, Società Editrice Libreria, 1920, p. 97 ss.; G. Capograssi, “Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XIX (1939), p. 6 ss.; P. Ziccardi, *La costituzione dell’ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 1943, p. 72 ss. V.E. Orlando ha riconosciuto invece che non è l’ordinamento a generare l’istituzione o il diritto a generare l’ordinamento: “ognuno di questi concetti diventa in certo senso il genitore e il generato, rispettivamente all’altro” (“Ancora del metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all’opera di S. Romano”, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Padova, Cedam, 1940, I, p. 17 ss. e Id., “Stato e diritto”, in *Diritto pubblico generale: scritti vari, 1881-1940, coordinati in sistema*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 249). Nonché F. Messineo, secondo cui “l’istituzione è tale in quanto pone norme e la norma trae dall’istituzione la sua forza” (*Manuale di diritto civile e commerciale*, Padova, Cedam, 1943, I, p. 10). Sempre per rimanere nel “ventennio”, un confronto “non scandalizzato” con la proposta pluriordinamentale di Romano sarebbe invece partito da autori come Panunzio o Maggiore, per i quali la “origine sociale” del diritto come organizzazione “consentiva di orientare la nuova, massiccia (e necessaria) presenza pubblica in direzioni ritenute compatibili con (alcune tra) le indicazioni di convivenza provenienti ‘dal basso’, dalla nuova società delle organizzazioni” (cfr. I. Stolzi, *L’ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell’Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 10-11).

tanto esiste e può dirsi tale, in quanto è creata o mantenuta in vita dal diritto”²⁴. Ma se il diritto crea l’istituzione, allora non può coincidere con essa, “anzi è qualche cosa di logicamente distinto e anteriore”²⁵. In sostanza, la norma dovrebbe precedere l’ordinamento medesimo. Il problema, come rilevato da Giorgio Del Vecchio, è la forte ambiguità che connota il termine “istituzione”, la giuridicità di questa non derivando, come Romano sostiene, dal mero fatto ossia dalla sua esistenza, ma “da ciò che tale esistenza è supposta già come dominata da una regola interna, la quale è appunto il diritto”²⁶. Il “fatto”, o l’esistenza della società organizzata, non può coincidere con il “principio che l’organizza”, che è necessariamente precedente. Per la concezione formalistica, “se il diritto è per sua natura un principio di determinazione intersubiettiva dell’operare, esso è, per ciò stesso, un imperativo ovvero una norma”²⁷. Si tratta di osservazioni riproposte anche da Norberto Bobbio, secondo cui “ciò che viene prima dell’organizzazione o è qualche cosa di pre-giuridico - come potere, volontà concorde, l’idea direttiva, forze sociali ecc. -”, ma è operazione che Romano si rifiuta di compiere; oppure “è e non può essere altro che il sistema normativo complesso”²⁸.

A parere di Santi Romano “ogni forza che sia effettivamente sociale e venga quindi organizzata si trasforma per ciò stesso in diritto”²⁹. Origine dello Stato - ma, come detto, di ogni istituzione - è dunque un fatto: “il diritto si ha quando questo fatto è compiuto”, mentre la norma può essere posta in seguito³⁰. Se quindi ad essere pre-giuridico è il procedimento con cui uno Stato viene a formarsi, quando quest’ultimo effettivamente esiste “è già un ordinamento di diritto”³¹. L’organizzazione è di per sé giuridica o non è affatto, ed è intrisa di fattualità “perché ha esistenza effettiva, concreta, obiettiva” in forza di un legame organico attuativo di una “superstruttura sociale” implicante rapporti, ma non risolvendosi in essi³².

In una chiave di lettura che ripudia il giusnaturalismo³³, l’istituzione non è un *quid* astratto ma un ente “reale, effettivo”, che riconosce il complesso di norme dal momento che non lo isola dal tutto di cui fa parte in connessione organica. Peraltro, che la norma sia legittimata dall’istituzione per motivi di fatto è dimostrato da ragioni di carattere meramente esistenziale, a discapito di qualsivoglia connotazione morale, dato che la giustizia è un postulato etico, non giuridico³⁴. Basti valutare il caso di quelle

²⁴ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., pp. 40-41.

²⁵ G. Del Vecchio, *Moderne concezioni*, cit., p. 200.

²⁶ *Ibid.*, p. 200.

²⁷ *Ibid.*, p. 197.

²⁸ N. Bobbio, “Teoria e ideologia di Santi Romano”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 29.

²⁹ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 43.

³⁰ *Ibid.*, p. 51. In tema, cfr. A. Massera, “Santi Romano tra ‘Diritto pubblico’ e ‘Ordinamento giuridico’”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVIII (1989), p. 620.

³¹ *Ibid.*, p. 60.

³² “Mentre poi l’istituzione, appunto come ente giuridico, è essa stessa un ordinamento, il rapporto non è un ordinamento, ma dipende da questo” (*Ibid.*, p. 70). Sul punto, cfr. P. Biscaretti di Ruffia, “Il diritto costituzionale”, in Id. (a cura di), *Le dottrine giuridiche*, cit., p. 88.

³³ Cfr. anche S. Romano, “L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione”, in *Scritti*, cit., p. 112 ss.

³⁴ Come il caso delle associazioni illecite, che fino a quando “vivono”, sono costituite, hanno un ordinamento giuridico. La liceità è per l’appunto un connotato etico, non giuridico (*Ibid.*, p. 122).

associazioni o istituzioni non riconosciute che non hanno ottenuto la personalità giuridica, ovverosia che per il diritto statale sono enti di fatto, ma, “per la loro struttura sostanziale”³⁵, hanno quel carattere istituzionale che ne fa degli organismi giuridici. Per tali motivi, “ogni istituzione si concreta in un distinto ordinamento giuridico, che può non trovare il suo fondamento e il suo appoggio in quello statale, cui può anche, nel senso suddetto, contraddire”³⁶.

Di certo il diritto “non consiste solo di norme, e quindi, non si fa valere soltanto con le norme, [...] ma anche con la sua esistenza complessiva, cioè come istituzione che, pel semplice fatto che è, ha un rilevanza giuridica”³⁷. In questo modo, si è detto che il giurista identificherebbe “giuridicità e validità, comunque realizzata (non garantita) dalla norma”³⁸. Che le norme non siano considerate isolatamente “bensì nella loro connessione con l’ordinamento”³⁹ è cifra del carattere “involontario” dell’istituzione⁴⁰, come ripetuto da Santi Romano anche in altra sede, laddove si dice che la teoria istituzionale più che la teoria normativa è in grado di dimostrare l’esistenza di uno *ius involontarium*: lo Stato è “non un complesso di norme, che ne sono piuttosto un prodotto o una derivazione, ma un ente sociale, avente una propria organizzazione e, quindi, una vita che si identifica con lo spirito giuridico che l’anima e che dalla struttura dell’ente non può scindersi”. Esso, al pari della grande comunità internazionale, è tra le “comunità necessarie”⁴¹. E così, scendendo dalle “alture” del suo apparato normativo, lo Stato “si connota per una intima socialità”, nella espressione dei valori e degli interessi della “società civile come fatto globale”⁴². Ciò che va ridimensionato è il momento potestativo: “quando il diritto appare come comando autorevole dell’investito di un potere, legato all’esercizio del potere e a una scansione di superiorità tra chi il potere lo detiene e chi lo subisce, non ne coglie

³⁵ *Ibid.*, p. 130.

³⁶ *Ibid.*, p. 131.

³⁷ *Ibid.*, p. 170.

³⁸ Sono parole di Giacomo Perticone, che continua in termini critici: “ma la riconosciuta parzialità e limitazione degli ordinamenti giuridici, dentro il sistema statale, che tutti li comprende e li limita per integrarli, con il suo riconoscimento e la sanzione, riduce la così detta loro pluralità a una semplice espressione verbale. Perciò si è parlato, a sostegno della pluralità degli ordinamenti, di gerarchia, di molteplicità sotto l’unità, che non è più molteplicità” (G. Perticone, *Il diritto e lo Stato nel pensiero italiano contemporaneo*, Padova, Cedam, 1964, p. 59).

³⁹ C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 92.

⁴⁰ Per Giuseppe Capograssi, nella teoria di Santi Romano sarebbe presente una “volontà d’ordine, manifestantesi nei concetti di unità dell’ordinamento e di struttura, che nasce senza intenzione, nell’atto stesso della vita del corpo sociale che si realizza [...]. In questo senso involontario e fondamentale nella realtà del diritto, nel diritto come realtà” (“L’ultimo libro di Santi Romano (1951)”, in *Opere*, V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 239 ss.). In tema, le considerazioni di Antonio Tarantino, per cui la suddetta non intenzionalità del diritto “altro non sarebbe se non la capacità dell’istituzione di vivere, secondo una sua intrinseca regolarità, al di là dei suoi elementi, e al di sopra degli stessi, per realizzare le condizioni che di volta in volta si presentano come necessarie ed indispensabili per la continuità della sua vita. In questo senso ci sembra che vada intesa la conseguenziale affermazione romaniana secondo cui l’istituzione ha una vita e una vitalità, che supera e trascende la vita dei suoi elementi e si concretizza nell’unità dell’ordinamento e nella sua struttura, (*La teoria della necessità nell’ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 184-185; e Id., “La necessità come fondamento della dottrina romaniana”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine*, cit., p. 242).

⁴¹ S. Romano, “Diritto e Morale”, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 68.

⁴² P. Grossi, “Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti”, in Id., *Società, diritto, Stato*, cit., p. 150.

affatto l'essenza ma unicamente la sua più appariscente manifestazione"⁴³. In ultima analisi, il diritto pubblico, come qualificazione identitaria dell'ordinamento, rende trascurabile il riferimento all'elemento fondativo – quindi normativo - di esso⁴⁴.

2. *Jus necessitatis*

De *L'ordinamento giuridico* si è detto che “contiene in sé tutta la biografia spirituale dell'uomo”⁴⁵. In realtà Santi Romano ha elaborato la sua dottrina gradualmente nel corso del suo lavoro sia precedente che successivo al famoso libro.

Sin dalla prima pagina de *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione*, del 1901, premura dell'autore è definire l'oggetto della sua indagine: “di diritto, dunque, vuole essere il nostro studio: esso indaga il momento supremo in cui un diritto positivo assimila ed assorbe con la sua potenza di attrazione ciò che gli è estraneo o anche ostile; il momento in cui un diritto positivo per necessità di fatto cade per far posto ad un altro”⁴⁶. E quindi il diritto sistematicamente inteso, al netto di teorie sociologiche e politiche⁴⁷; ma anche la necessità di fatto alla base della sua esistenza, fermo il principio per cui “non la realtà si deve – dal giurista – subordinare al concetto, ma questo a quella”⁴⁸.

Per rimanere sul tema - quello per cui la formazione di uno Stato, nel suo procedimento, “è un fatto o una serie di fatti, che, nei momenti in cui si svolgono, non possono essere giuridicamente valutati dallo stesso ordinamento statale, che ancora non esiste e comincia ad esistere soltanto dopo che essi sono compiuti”⁴⁹ - si tratta di cercare l'effettività “nella giuridicizzazione della instaurazione di fatto”, anzi meglio “nella riconosciuta giuridicità immanente in quella instaurazione”⁵⁰. Santi Romano, insomma, intravede il diritto solo dove esso ha avuto “la forza di divenire e di imporsi come diritto positivo”⁵¹, in una visione “efficiente”⁵². L'identificazione tra fatto e diritto è il nucleo della dottrina del giurista, che risolve il diritto costituzionale

⁴³ S. Romano, “Diritto e Morale”, cit., p. 149.

⁴⁴ Sul punto, mi permetto di rinviare a G.P. Trifone, “Alfonso Catania interprete di Santi Romano”, in F. Mancuso, G. Preterossi, A. Tucci (a cura di), *Le metamorfosi del diritto. Studi in memoria di Alfonso Catania*, Milano-Udine, Mimesis, 2013, p. 86.

⁴⁵ V.E. Orlando, *Santi Romano e la Scuola*, cit., p. XIX.

⁴⁶ S. Romano, “L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione”, cit., p. 109.

⁴⁷ Nonostante Romano abbia sempre rimarcato la pura giuridicità della sua elaborazione, Renato Treves ha messo in evidenza come Giorgio Del Vecchio ravvicinasse la teoria di Romano a quella dell'empirismo giuridico e sociologico, mentre Massimo Severo Giannini avrebbe sostenuto che la teoria degli ordinamenti giuridici sia sociologica per il metodo della “rilevazione diretta dai fatti seguito da un'ipotesi di lavoro”. Lo stesso Treves si dice convinto che, nel caso di Romano, non ci sarebbe “incompatibilità o contraddizione tra il fatto di essere un giurista puro ed il fatto di essere l'autore di una teoria sociologica del diritto”, dato che la sua teoria “si occupa dei rapporti tra diritto e società considerati come due elementi inscindibili l'uno dall'altro e che si richiamano reciprocamente” (“Considerazioni sulla teoria sociologica del diritto”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine*, cit., pp. 262-264).

⁴⁸ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 40.

⁴⁹ S. Romano, *Corso di diritto costituzionale*, VI, Padova, Cedam, 1941, p. 197.

⁵⁰ P. Piovani, *Il significato del principio di effettività*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 61.

⁵¹ S. Romano, “L'instaurazione di fatto”, cit., p. 115.

⁵² P. Piovani, *Il significato*, cit., p. 61.

nella sua effettiva esistenza: “l’affermazione che lo Stato è ente giuridico, perché esiste, e dal momento in cui ha vita, è già implicita in questa teoria”⁵³.

Come già secondo Georg Jellinek, una delle influenze maggiori per Romano sin dai suoi anni giovanili, “lo Stato esiste perché esiste, e nel fatto stesso della sua esistenza trova la propria ragione e legittimazione”⁵⁴. È la “possibilità a realizzarsi nei fenomeni”⁵⁵ la caratteristica fondamentale del diritto, che pertanto deve avere valore effettivo. Nel richiamo alla forza normativa del fatto, il giurista tedesco riaccosta il diritto alla morale. Da un lato, egli presenta la distinzione tra “fatto normativo” e “fatto brutale” sulla base della distinzione kantiana del *Sollen* e del *Sein*, ma anche del riconoscimento hegeliano della capacità tanto costruttiva che distruttiva dello Stato che una “forza palese” può avere⁵⁶; per altro verso, il sociologismo naturalistico condiziona la sua spiegazione “psicologista” della creazione e dell’osservanza del diritto: “il volere ricercare il fondamento della forza normativa del fatto nella sua razionalità, cosciente o incosciente che sia, sarebbe un procedere interamente alla rovescia. Il fatto può in un tempo posteriore essere razionalizzato; ma il suo valore normativo sta nella proprietà, non d’altronde derivabile, della nostra natura, in virtù della quale ciò che già si è esercitato è fisiologicamente e psicologicamente riproducibile con maggiore facilità di ciò che è nuovo”⁵⁷.

Ad ogni modo, Jellinek rimarca la “validità anche reale, non solo formale, delle norme giuridiche” a fronte della “importanza del fatto normativo”⁵⁸. Tuttavia, sulla questione se ci sia un diritto anteriore allo Stato, il giurista mostra qualche remora speculativa: detta questione è “viziata da una pregiudiziale confusione interna. E, propriamente, essa presuppone il concetto già sviluppato dello Stato come di per sé medesimo comprensibile [...]. E, infatti, se per Stato si comprende la comunità politica dei popoli moderni, allora senza dubbio prima di esso un diritto è esistito. Ma se, invece, si concepisce lo Stato dinamicamente e lo si definisce come la suprema associazione sovrana che un’epoca conosca, la risposta allora suona ben diversamente”⁵⁹.

Differentemente dal giurista tedesco, Romano riscontra tra i termini ‘diritto e ‘Stato’ “un rapporto di equivalenza”⁶⁰. Il diritto ha molteplici determinazioni ma una sola funzione, quella di provvedere “ai bisogni ed alle esigenze sociali”; il che, in due parole, si sintetizza con “efficienza dell’ordine”⁶¹. Perciò diritto e ordinamento

⁵³ W. Cesarini Sforza, “Ex facto jus oritur”, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a G. Del Vecchio*, I, Modena, Società tipografica modenese, 1930, p. 91.

⁵⁴ G. Jellinek, *Das Recht des modernen Staates*, I, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1900, trad. it. di V.E. Orlando, *La dottrina generale dello Stato*, Milano, Società Editrice Libreria, 1921, p. 612 ss. Sul problema, cfr. P. Piovanì, *Il significato*, cit., p. 77.

⁵⁵ G. Jellinek, *La dottrina generale*, cit., p. 74.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 622.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 613.

⁵⁸ P. Piovanì, “Effettività (principio di)”, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, p. 425.

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 652-653. In merito alla questione, cfr. F. Tessitore, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuripubblicistico italiano tra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 181.

⁶⁰ A. Tarantino, “La necessità come fondamento della dottrina romaniana”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine*, cit., p. 242.

⁶¹ Sul punto, cfr. A. Tarantino, *La teoria della necessità*, cit., p. 172 ss.

coincidono sul presupposto della “necessità” di quest’ultimo, il quale esiste perché è necessario che esista.

Santi Romano annovera la necessità tra le fonti di diritto non scritto; essa implica “un’esigenza esplicita e impellente di bisogni sociali, che impone una determinata condotta a difesa delle istituzioni vigenti”⁶². Al contrario della consuetudine, che richiede la lunga durata per definirsi, l’affermazione della necessità può essere “improvvisa”; ma, a maggior ragione, quest’ultima “è fonte autonoma del diritto, superiore alla legge”, dato che, ai sensi del principio *necessitas non habet legem*, può implicare tanto l’assoluta impossibilità di applicare leggi esistenti, quanto l’imprescindibile esigenza di “agire secondo nuove norme da essa determinate”. Nel rispetto della *salus rei publicae suprema lex*, la necessità è “fonte prima del diritto, di quel diritto che scaturisce immediatamente e direttamente dalle forze sociali”⁶³.

Si tratta di un costrutto del quale si è inteso rilevare l’ambiguità: “sotto un profilo strettamente logico, non si capisce bene come possa essere costruita una categoria come quella della necessità che ad un tempo non è un presupposto del diritto, della *regula iuris*, perché è essa stessa diritto, ma quest’ultimo appare come prodotto immediato della necessità”⁶⁴. La risposta è nella concezione “integrale” fornita dalla teoria istituzionalistica, che mette l’ente, o corpo sociale, davanti alle norme, senza però che queste ultime debbano essere considerate separatamente dal primo: “istituzione e norma sono due momenti distinti del diritto, [ma] entrambi necessari”⁶⁵. In tal senso, soccorre il riferimento al concetto di costituzione quale sinonimo di ordinamento: come l’una non può essere “un *prius*, un termine *a quo* del secondo [...] che da per sé ne stia fuori”, così le norme rilevano quali secondarie rispetto all’ordinamento solo in senso strumentale al suo “necessario” funzionamento; ma comunque sono parte dell’edificio, “come suoi ingranaggi”⁶⁶.

Secondo tale parametro, lungi dal fare riferimento ad uno stato di eccezione⁶⁷, la necessità per Romano consiste, a ben vedere, nella stabilità che un ordinamento legittimo deve avere: “l’istituzione figura come un elemento stabile per la sua

⁶² S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 92. A tal proposito, Antonio Tarantino ha distinto la produzione scientifica del giurista siciliano in due periodi: “il primo che va dal 1894 al 1909, il secondo dal 1909 al 1947. Precisamente, durante il primo periodo il Romano avrebbe verificato un aspetto della sua teoria, cioè il rapporto necessità-istituzione, durante il secondo periodo, una volta acquisito in maniera definitiva il concetto di necessità come fonte prima del diritto scritto e non scritto, avrebbe verificato l’altro aspetto della sua teoria, cioè il rapporto istituzione-ordinamento giuridico, da cui poi avrebbe derivato come corollario la pluralità degli ordinamenti giuridici” (“La necessità”, cit., p. 241).

⁶³ S. Romano, “Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano (1902)”, in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi*, cit., pp. 142-143. Sul punto, cfr. P. Grossi, “Santi Romano”, cit., pp. 154-155 e Id., “Il diritto tra potere e ordinamento”, in Id., *Società, diritto, Stato*, cit., p. 183.

⁶⁴ A. Catania, “Carl Schmitt e Santi Romano”, in Id., *Il diritto tra forza e consenso: saggi sulla filosofia giuridica del Novecento*, Napoli, ESI, 1990, pp. 114-115.

⁶⁵ A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, p. 173.

⁶⁶ S. Romano, *Osservazioni preliminari*, cit., pp. 4-5.

⁶⁷ Il riferimento è a Carl Schmitt ed al teorema del *nomos* come ordinamento, in una accezione che precede il significato di legge. Con le opportune differenze rispetto a Romano: per Schmitt “il *nomos* è sì ordine consolidato, ma è anche decisione [...]. L’elemento della volontà ha un connotato di reciprocità: la decisione del sovrano di imporre il diritto è corrispondente alla decisione del popolo di riconoscerlo come valido, rispettandolo” (G.P. Trifone, “Alfonso Catania interprete di Santi Romano”, cit., p. 87). Sul punto, A. Catania, “Carl Schmitt e Santi Romano”, cit., p. 147.

qualificazione giuridica oggettiva, mentre le norme regolano i rapporti di diritto soggettivo⁶⁸; di modo che “il legislatore non fa che prenderne atto e consacrarla”⁶⁹.

L’attitudine a permanere rende necessaria una istituzione fintanto che essa ha vita: “è proprio in questa persistenza che si rivela la funzione, e quindi l’essenza del diritto”⁷⁰. Di contro, la sua estinzione, altrettanto che la sua instabilità, consisterebbe nella sopravvenuta mancanza della sua necessità, di modo che, per Santi Romano, anche i concetti di necessità ed effettività finiscono per identificarsi: “l’istituzione da cui derivano le norme giuridiche conferisce a queste ultime una effettiva e obbiettiva persistenza oltre il momento in cui in esse si concreta la volontà che le pone”⁷¹. In questo consiste il “recupero della onticità del diritto”⁷² contro l’imbrigliamento formalistico della visione potestativa. Da questa prospettiva, può ben essere condivisa l’affermazione per cui “tutto il diritto positivo, visto nella sua prima ragione d’essere, è *jus necessitatis*”⁷³.

3. Impersonalità del potere pubblico

Santi Romano non crede “in astratto che il diritto sia sempre ed esclusivamente quello che immediatamente o mediatamente riposi sulla volontà statale, ma è certo che pel diritto positivo italiano, e come conseguenza della sovranità del nostro Stato, vale questo principio”⁷⁴. Occorre innanzitutto fornire una definizione della sovranità, che va intesa come il potere supremo in capo ad un ente giuridico, ovvero il potere costituente, la cui idea, concepibile “come diritto del popolo, è il prodotto di un movimento storico, una manifestazione della coscienza giuridica odierna, e, come tale, esso deve riconoscersi come qualcosa che effettivamente esiste”⁷⁵. Ma come interpretare l’affermazione per cui una costituzione può essere modificata solo “quando la modificazione trova incontrastata e piena corrispondenza nel sentimento del popolo”, dato che tale “sentimento” non è giuridicamente rilevante? Il riconoscimento del popolo va inteso come una “necessità di fatto” di cui il legislatore deve tenere conto, ma il diritto costituente è un principio giuridico che si esplica nel procedimento legislativo e di cui pertanto è titolare lo Stato. A fronte di ciò, “non si può dire che il popolo abbia il diritto costituente sol perché è necessario che l’ordinamento politico trovi corrispondenza nella sua coscienza collettiva”⁷⁶.

Di costituzione si tornerà a parlare in seguito. Per il momento vale affermare che se il parametro della vitalità qualifica l’esperienza giuridica, è il caso di ribadire il rifiuto, da parte del giurista palermitano, insieme al legalismo volontaristico⁷⁷, anche

⁶⁸ G.P. Trifone, “Alfonso Catania”, cit., p. 86.

⁶⁹ S. Romano, “Osservazioni preliminary”, cit., p. 195.

⁷⁰ S. Romano, “Diritto (funzione del)”, in *Frammenti*, cit., p. 85. Cfr. Id., “L’instaurazione di fatto”, cit., p. 123.

⁷¹ S. Romano, “Diritto (funzione del)”, cit., p. 85.

⁷² P. Grossi, “Il diritto tra potere”, cit., p. 186.

⁷³ P. Piovani, “Il significato”, cit., p. 65.

⁷⁴ S. Romano, “Il diritto pubblico italiano”, cit., p. 228.

⁷⁵ S. Romano, “L’instaurazione di fatto”, cit., p. 113.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 114.

⁷⁷ S. Romano, “L’instaurazione di fatto”, cit., p. 151. In merito, cfr. F. Tessitore, *Crisi e trasformazioni*, cit., p. 200 ss.

del concetto di sovranità popolare. Quest'ultimo, in particolare, è astratto proprio perché non verificabile: "ricorrere al concetto di sovranità, per spiegare i poteri di natura puramente interiore dello Stato, si dimostra ancora più improprio"⁷⁸. Trasporre il soggetto della sovranità nel popolo può rispondere ad un motivo politico, ma, per la scienza giuridica, ciò consiste in una mistificazione. Alla luce del principio di effettività, per cui uno Stato "nasce legittimo, non si legittima"; ed uno Stato illegittimo sarebbe una "contraddizione in termini"⁷⁹, cercare un soggetto ad esso anteriore che lo renda conforme ad un diritto ideale e preesistente è sforzo pretestuoso, se non inutile.

Dunque il popolo non è un'entità giuridica precedente lo Stato, ma non è nemmeno organo dello Stato. Esso è qualcosa di più, il suo "sostrato fondamentale e generale", una pluralità di soggetti stretti fra loro da un "vincolo corporativo"⁸⁰, ma pur sempre mancante di una personalità giuridica sua propria. Sono considerazioni utili a definire il rapporto rappresentativo. La funzione elettorale è sì una "attribuzione della collettività", ma dato che quest'ultima non ha una propria personalità, detta funzione è pubblica nel senso che "interessa lo Stato", però non è "dello Stato, esercitata direttamente da esso per mezzo dei suoi organi"; è invece "una funzione spettante alla collettività dei cittadini, che l'esercitano nell'interesse generale, che è anche l'interesse dello Stato, ma in nome proprio". Il che implica la coordinazione degli interessi, che in tal senso diventano generali e coincidono, o meglio "debbono necessariamente coincidere"⁸¹ con gli interessi dello Stato. In un tale sistema, la Camera è organo dello Stato e contemporaneamente organo del popolo, "di cui uno è sostrato all'altro e l'essere organo dell'uno è, per l'appunto, il titolo per cui diventa organo dell'altro". In altri termini, se il popolo non può essere, nella sua totalità, organo dello Stato, "partecipa con un organo suo all'organizzazione di quest'ultimo"⁸².

Fuori dalle formule tecniche, Santi Romano sposta l'attenzione dal "centro", che è lo Stato, persona "immateriale, ma pur reale", aggregato di volontà e "sintesi delle varie forze sociali", alla "periferia", col suo "ribollire dei gruppi sociali stretti intorno al loro interesse economico"⁸³. Egli non può fare a meno di riconoscere l'efficacia della rappresentanza solo in riferimento alla società stessa di cui è espressione⁸⁴. Ne *Lo Stato moderno e la sua crisi* il giurista avverte l'esigenza di "mettere

⁷⁸ S. Romano, "Sulla natura dei regolamenti delle camere parlamentari", *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 75 (1905), pp. 4-58, ora in *Scritti*, cit., p. 229.

⁷⁹ S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1946, p. 193.

⁸⁰ S. Romano, "Il diritto pubblico italiano", cit., p. 137.

⁸¹ *Ibid.*, p. 138.

⁸² *Ibid.*, p. 141. Nel *Corso* del 1926, Romano avrebbe riveduto le sue posizioni adeguandole al progetto istituzionale del regime, "ove la conquista di una configurazione assolutamente unitaria dello Stato nella sua personalità giuridica aveva portato l'Autore a concepire la rappresentanza politica, nessun organo escluso, come "rappresentanza di Stato" ed a negare ogni contrapposizione ed ogni antinomia al suo interno" (A. Massera, "Santi Romano", cit., p. 622). Ma è evidente che si trattasse di forzature dovute alla contingenza politica, mentre ci sembra che il pensiero autentico del giurista sia da cercarsi altrove.

⁸³ S. Romano, *Lo Stato moderno*, cit., p. 12. Sul punto, cfr. P. Costa, *Lo Stato immaginario: metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 274.

⁸⁴ Cfr. M.S. Piretti, "Santi Romano, la rappresentanza politica e la revisione della legge elettorale", in A. Mazzacane (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, Liguori, 1986, p. 356.

in immediato contatto la costituzione dello Stato e quella della società”⁸⁵, rilevando il dato di fatto della “convergenza di questi due fenomeni – l’uno dei quali aggrava necessariamente l’altro: il progressivo organizzarsi sulla base di particolari interessi della società che va sempre più perdendo il suo carattere atomistico, e la deficienza dei mezzi giuridici e istituzionali, che la società medesima possiede per far rispecchiare la sua struttura in seno a quella dello Stato” - che impedisce alla rappresentanza politica di “mettere in immediato contatto la costituzione dello Stato con quella della società”, non riuscendo a “dar vita a nessun rapporto fra eletti ed elettori”⁸⁶.

Bisogna intervenire in direzione della rappresentanza degli interessi, l’istituzione di parlamenti speciali, la modifica del Senato in una sorta di camera delle professioni, mantenendo inalterata la Camera elettiva, senza tuttavia abbandonare le speranze di una società “giuridicizzata”⁸⁷. Romano, infatti, sebbene riconosca i requisiti di un ordinamento giuridico autonomo nelle entità endo-statali, ritiene che lo Stato di diritto conservi in ultima analisi la sua funzione armonizzatrice: “il pluralismo romaniano si risolve dunque in uno statalismo maggiormente aperto alla società”; oltre al fatto che il suo è un tentativo di “composizione pacifica del rapporto conflittuale Stato-società attraverso l’accentuazione della polarità “Stato””⁸⁸. È questa la prospettiva in cui inquadrare una auspicabile riforma della rappresentanza. In definitiva, la teoria cosiddetta istituzionalistica e pluralistica si propone di “superare il rapporto Stato-società, di far confluire la società nello Stato, facendo venir meno l’autonomia della stessa, di mettere a nudo il complicato intreccio che si crea tra Stato e società e della società che attraverso i partiti, sindacati ed altre associazioni assale lo Stato”, al fine di costruire lo Stato giuridico sociale, “che era insieme Stato di diritto e Stato amministrativo”⁸⁹, nella prospettiva di ricondurre il potere pubblico “alla sua dimensione di ordinamento originario, non dipendente da volontà esterne, da logiche di mediazione e di compromesso”⁹⁰. Così rimanendo fedele al teorema della “impersonalità del potere pubblico o, meglio, la personificazione del potere per mezzo dello Stato, concepito esso stesso come persona”, che deve figurare come “compiuta sintesi delle varie forze sociali”⁹¹. In queste coordinate, si è detto che Santi Romano “è il primo a vedere il problema e il più chiaro nell’identificarne i termini che

⁸⁵ S. Romano, *Lo Stato moderno*, cit., p. 21.

⁸⁶ Ivi.

⁸⁷ Cfr. G.P. Trifone, *Il diritto al cospetto della politica. Miceli, Rossi, Siotto Pintor e la crisi della rappresentanza liberale*, Napoli, ESI, 2010, p. 30 ss.

⁸⁸ F. Mancuso, *Gaetano Mosca e la tradizione del costituzionalismo*, Napoli, ESI, 1999, p. 196.

⁸⁹ A. Sarubbi, “Istituzioni rappresentative e società civile. Il contributo politico-giuridico tra Otto e Novecento”, in V. Conti, E. Pii, *Gli aspetti sociali delle istituzioni rappresentative (sec. XIX-XX)*, Firenze, Centro Editoriale Toscano, 1987, p. 138. Su tale passaggio “da uno Stato fondato su una legittimazione di carattere globale, che si pone come soggettività finale ed unica di tutta la dinamica collettiva [...] ad uno Stato che cerca di legittimarsi in prevalenza in modo ‘puntuale’, quale punto di riferimento di una serie di mediazioni di diversa natura, [...] e che riscopre in tal modo, proprio nel momento amministrativo, la sua natura, per lo meno parziale, di strumento attuativo di determinate finalità politico-sociali, di ‘programmi’ di organizzazione della società”, cfr. M. Fioravanti, “Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XIII (1984), p. 592. Cfr. anche Id., “Stato di diritto e Stato amministrativo nell’opera di Santi Romano”, in Id., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 420 ss.

⁹⁰ M. Fioravanti, “Stato di diritto”, cit., p. 446. Sul punto, cfr. G. Miele, “Stile e metodo nell’opera di Santi Romano”, in Id., *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1987, p. 343.

⁹¹ S. Romano, *Lo Stato moderno*, cit., pp. 8-9.

preannuncia la versione che diremmo moderata dell'istituzionalismo e del pluralismo"; egli riconosce gli interessi organizzati come giuridici e non soltanto politici, in ogni modo li vorrebbe inseriti nell'ordinamento statale, di cui non si vuol rompere l'"unità"⁹².

La medesima operazione di "spersonalizzazione" del potere pubblico viene condotta anche a proposito della Corona, che ne *Il diritto pubblico italiano* è non a caso definita "cosiddetto organo sovrano", come a rimarcare l'imprecisione della formula. Quale *primus inter pares*, esso figura tra gli altri organi costituzionali, non potendogli si riconoscere l'attributo di *Träger der Staatsgewalt* tipico del sistema germanico. Vale a dire che "è estranea al diritto attualmente vigente in Italia la concezione del monarca come subbietto posto al di fuori e al di sopra dello Stato", così che "non deriverebbe il diritto ad esser tale da nessun altro subbietto"⁹³; allo stesso modo per cui gli altri organi "non si possono dire ad essa [la Corona] sottoposti"⁹⁴. È "l'insieme degli organi costituzionali" a formare il Governo dello Stato, secondo quanto dichiarato nell'art. 2 dello Statuto: "lo Stato è retto da un governo monarchico rappresentativo". E poiché, come si è detto, al sommo dell'organizzazione statale, non esiste un organo che accentri in sé tutti i poteri e sovrasti sostanzialmente a tutti gli altri, il Governo dello Stato non è assoluto ma costituzionale, cioè importa la ripartizione fra diversi organi rispettivamente indipendenti dell'esercizio della potestà statale"⁹⁵.

Il Re, dunque, deriva la sua posizione "unicamente dall'ordinamento giuridico dello Stato". Di conseguenza, la sua condizione è quella di essere organo primario oltre che costituzionale e individuale, cioè "non rappresentativo né del popolo né di altro organo"⁹⁶. In effetti, la sua condizione è caratteristica: non è sovraordinato agli altri organi, che altrimenti non sarebbero parimenti ad esso costituzionali, tuttavia "è considerato sovrano"; come ciò si giustifica? La sua competenza è "più larga e comprensiva di quella degli altri organi", tuttavia il diritto italiano non riconosce il principio per cui esiste in suo favore una presunzione di competenza riguardo agli altri organi dello Stato; al pari di questi, "il Re non ha che le attribuzioni che gli sono positivamente conferite; i primi non costituiscono dunque, di fronte a esso, dei semplici limiti, ma organi che concorrono con pari titolo alla normale distribuzione dell'esercizio delle funzioni pubbliche"⁹⁷. Se di preminenza si tratta, essa è solamente formale, "cioè procedurale in senso largo", gli atti della Corona essendo complessi, ossia "dovuti a più organi", nonostante che, formalmente, si riferiscano soltanto ad essa.

Da tutto quanto esposto consegue che il diritto del Re "non è dunque un vero e proprio diritto politico"⁹⁸. Ancora una volta va ribadito che è solo l'ordinamento a rilevare nella sua essenza istituzionale: i suoi organi, come le sue norme, trovano

⁹² S. Cassese, B. Dente, "Una discussione del primo ventennio del secolo: lo Stato sindacale", *Quaderni storici*, VI (1971), 18, pp. 960-961. Sulle stesse corde, A. Sandulli, *Costruire lo Stato*, cit., p. 167 ss.; P. Grossi, "Santi Romano: un messaggio", cit., p. 148; Id., "Il diritto tra potere", cit., p. 180; Id., *Scienza giuridica italiana: un profilo storico, 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 171 ss.

⁹³ S. Romano, "Il diritto pubblico", cit., p. 115.

⁹⁴ A. Massera, "Santi Romano", cit., p. 622.

⁹⁵ S. Romano, "Il diritto pubblico", cit., p. 113.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 116.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 117.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 121.

legittimazione soltanto all'interno di esso. In definitiva, “un ordinamento giuridico che per lo Stato espliciti qualche effetto può essere – come si è detto – in sé e per sé involontario (consuetudine, necessità), ma se è volontario, non può emanare da una volontà che si imponga a quella dello Stato: tale volontà, superiore a quest'ultimo, non esiste”⁹⁹.

4. Il rapporto tra consuetudine e legge costituzionale

Nella concezione per cui “diritto è soltanto quello che ha avuto la forza di divenire e d'imporsi come diritto positivo”, i principi puramente razionali, manchevoli di suddetta forza, “non sono per ciò stesso diritto”¹⁰⁰. Come già puntualizzato, i canoni sociologici, politici, filosofici potranno farsi rientrare nel più ampio concetto di giustizia, ma ciò non ha a che fare con la giuridicità. In buona sostanza, il potere costituente è il potere costituito, “delimitato dal diritto positivo”¹⁰¹ ovvero sia regolato nel suo procedimento formale dal diritto medesimo. Non a caso, costituzione, per Santi Romano, significa “assetto o ordinamento” dei vari elementi dello Stato, sicché lo Stato medesimo “comincia ad aver vista solo quando ha una qualche costituzione”¹⁰².

Romano ritiene che la carta costituzionale, “tranne il caso specialissimo che essa rappresenti l'epilogo di una conclusione rivoluzionaria, non può avere che il compito proprio di tutte le leggi, di raccogliere e dichiarare il diritto quale si è venuto lentamente e spontaneamente elaborando”. Accanto alla effettività riemergono altri elementi essenziali del diritto come la spontaneità e la lunga durata, di modo che il giurista scopre il suo fianco “storicista”: “il nostro diritto costituzionale è, in buona parte, un diritto non scritto, nonostante le apparenze che potrebbero far credere il contrario”¹⁰³. Ma “storicità del diritto, che vuol dire pluralismo, che vuol dire fattualità, non può non voler dire anche complessità”¹⁰⁴. Secondo questa visione, alla consuetudine – particolarmente quella abrogativa - viene attribuita una forza “integrativa” poderosa¹⁰⁵.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 228.

¹⁰⁰ S. Romano, “L'instaurazione di fatto”, cit., p. 115.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 120.

¹⁰² “Ogni Stato è per definizione [...] un ordinamento giuridico, e non si può immaginare, quindi, in nessuna sua forma fuori del diritto. Qualunque sia il suo governo e qualunque sia il giudizio che se ne potrà dare dal punto di vista politico, esso non può non avere una costituzione e questa non può non essere giuridica, perché costituzione significa niente altro che ordinamento costituzionale. Uno Stato ‘non costituito’ in un modo o in un altro, bene o male, non può avere neppure un principio di esistenza” (S. Romano, *Principii*, cit., pp. 2-3).

¹⁰³ S. Romano, “Le prime carte costituzionali”, in Id., *Scritti*, cit., p. 261.

¹⁰⁴ P. Grossi, “Santi Romano”, cit., p. 155.

¹⁰⁵ Per un inquadramento culturale complessivo del giurista, valgano le osservazioni di Maurizio Fioravanti secondo cui, nella preparazione – e dunque nell'ideologia – del personaggio confluivano vari elementi: “una certa valutazione della storia costituzionale europea in età moderna, in virtù della quale si privilegiava il modello inglese su quello francese, l'ideale di uno sviluppo organico e graduale delle istituzioni in contrapposizione alle brusche accelerazioni della storia; l'idea – di evidente ispirazione savignyana – di una limitata capacità d'intervento da parte del legislatore di fronte alla tradizionale compattezza storica del corpo sociale[...]; infine, una profonda e radicata convinzione, secondo la quale la storia contemporanea procedeva globalmente verso la soluzione dello ‘Stato giuridico’, verso la realizzazione di un organico ed equilibrato sistema di rapporti

Ancora una volta, è il principio di necessità a “sistemare” gli elementi del diritto secondo “convenienza”: la legge, “con la sua precisione, non riesce a rendere esattamente la norma giuridica”¹⁰⁶. La differenza tra le due è che la prima è un dispositivo imperativo; la seconda è regola di vita, la quale si adatta ai rapporti, mutevoli, che è chiamata a governare. In poche parole, laddove la legge è connotata dalla rigidità, la norma è espressione della elasticità, che può non addirsi al diritto privato, ma che connota il diritto pubblico per la sua vitalità, ossia l’attitudine all’adattamento graduale, nella traccia della stabilità.

È chiaro che Santi Romano si riferisce alla *regula iuris* come consuetudine, “fatto normativo” per eccellenza connotato dalla “*ratio*, non raccolta in una o poche menti che potrebbero errare, ma disseminata, attraverso intere generazioni, in un numero indefinito di menti”¹⁰⁷. A suo dire, ci sono consuetudini “così forti e così costituzionali, le quali attengono al fondamento della vita dello Stato, che dominano, per dir così, tutte le manifestazioni di quest’ultimo, comprese le più alte”. Si parla tanto della giustizia come limite “non giuridico” del legislatore; a maggior ragione la consuetudine può rappresentare un limite “per sua natura giuridico”, dato che quest’ultima è costituita da “norme di giustizia che son venute acquistando un maggior grado di consistenza e di oggettivazione”¹⁰⁸.

Nella visione istituzionalista propria del giurista, è sempre il motivo della effettività a “sottrarre al dominio della legge” certi istituti retti dalla consuetudine, “perché essa soltanto è in grado di adattarsi, di piegarsi, di seguire le impercettibili mutazioni del sentimento della giustizia, che un procedimento più riflesso e più lento non coglierebbe affatto e non coglierebbe bene”¹⁰⁹. Fino all’estrema conseguenza per cui una legge che di essa formalizzi il contenuto è reputata inutile, “perché ne consacrerrebbe i momenti più esteriori, quelli che hanno meno bisogno di essere dichiarati”. L’istituto governato da una consuetudine siffatta continuerebbe a vivere a prescindere dalla legge, che, addirittura, se alla prima contraria, “si può dire che nasce morta”¹¹⁰. Si è di fronte al capovolgimento della gerarchia delle fonti: “tutto il diritto scritto retrotrae, per dir così, ad una specie di diritto consuetudinario, cui non solo non domina, ma dal quale viene dominato, quasi penetrato”; al punto che non sembra inesatto rinvenire nella consuetudine “un limite alla funzione legislativa”, sulla traccia di quei principi fondamentali dell’ordinamento che costituiscono la “costituzione materiale” di uno Stato: che siano scritti o non scritti, essi vincolano il legislatore come regole di interpretazione “in quanto si mostrino necessarie”¹¹¹.

Valido esempio è quello dei regolamenti delle Camere, i quali “non hanno bisogno di un esplicito riconoscimento delle leggi”: il principio a cui si ispirano è presupposto “da tutto l’ordinamento statale”, che vi si fonda “come su una

giuridici tra Stato persona e soggetti sociali e politici, comunque definibili come soggetti giuridici” (“Stato giuridico” e diritto costituzionale negli scritti giovanili di Santi Romano (1897-1909)”, in *La scienza*, cit., p. 296).

¹⁰⁶ S. Romano, “Osservazioni preliminary”, cit., p. 196.

¹⁰⁷ S. Romano, “Consuetudine”, in *Frammenti*, cit., p. 45.

¹⁰⁸ S. Romano, “Osservazioni preliminari”, cit., p. 197.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 198.

¹¹⁰ *Ivi.*

¹¹¹ *Ibid.*, p. 199.

necessità¹¹², senza bisogno, nella maggior parte dei casi, di riferimenti diretti. Buona parte delle norme che regolano l'attività del Parlamento e la relazione tra l'organo rappresentativo e lo Stato medesimo non sono accertabili “nella loro esistenza” per il fatto che “esse non sono, molte volte, consacrate in leggi, ma debbono desumersi dai principii generali o da consuetudini”¹¹³. Il loro contenuto è quello di vere norme giuridiche, che però non sono stabilite nei regolamenti; la loro efficacia non deriva “dal testo in cui si leggono, ma è anteriore”: rimane un “principio di diritto non scritto”¹¹⁴.

Si osservi anche il regolamento giudiziario del Senato. In mancanza di regole formali, è esatto sostenere che la procedura dell'alta Corte di giustizia non è disciplinata nell'ordinamento? Secondo Santi Romano “non importa che essa non trovi norme apposite, che la contemplino e la riguardino direttamente”, in nome di quanto previsto nell'art. 3 delle disposizioni preliminari del codice civile, che, in mancanza di precise formulazioni, rinviene il diritto obiettivo da applicare presso “quelle che regolano casi simili o materie analoghe e, in fine, ai principii generali”. In sostanza, il Senato ha l'obbligo di precisare la sua procedura colmando le lacune col ricorso all'“elasticità che ogni sistema giuridico possiede”¹¹⁵.

La deduzione è che i regolamenti parlamentari, se non possono annoverarsi tra le fonti del diritto, “possono però efficacemente, per quanto indirettamente, influire anche in questo senso”, laddove le loro interpretazioni di massima “sono abbastanza stabili” e possono dunque contribuire a questa “evoluzione, per dir così, intima del nostro diritto costituzionale” fino addirittura alla “formazione di nuove norme”, vigendo accanto alla costituzione stessa “come un'altra costituzione ‘convenzionale’, di efficacia variabile secondo i casi”. Si tratta di sostenere il principio per cui il diritto possa prodursi al di fuori delle leggi per dar luogo, “attraverso una consolidazione ed una oggettivazione di tali regole”¹¹⁶, ad un suo sviluppo di tipo “spontaneo”¹¹⁷.

È evidente il favore di Santi Romano per una costituzione non rigida, anzi, per un “impianto costituzionale” che non abbisogni di essere formalizzato. Non casualmente egli fa riferimento all'Inghilterra, le cui fonti del diritto pubblico sono “quali normalmente debbono essere”, ovvero “varie e complicate, disperse in una quantità di testi e documenti, formati in tempi diversi, senza un sistema prestabilito, ma tenuti insieme col saldo cemento del loro comune carattere, perenne e genuina emanazione dello spirito nazionale, da cui sono elaborati”. Ne consegue la diffidenza

¹¹² S. Romano, “Sulla natura dei regolamenti delle camere parlamentari”, cit., p. 233.

¹¹³ *Ibid.*, p. 251.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 253.

¹¹⁵ *Ibid.*, pp. 254-255.

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 257-258.

¹¹⁷ Discorso in parte diverso viene fatto a proposito delle norme di correttezza costituzionale, che non rilevano sotto il profilo del diritto positivo, ma derivano dal “costume politico”. Cionondimeno esse hanno una importanza fondamentale per la vita degli enti pubblici in qualità di “norme sociali”, che l'ordinamento “presuppone, sulle quali si fonda, e alle quali non di rado rinvia”. Di modo che “il costume politico e le regole di correttezza costituzionale che ne risultano rappresentano un benefico e necessario completamento delle lacune che sono state lasciate o deliberatamente o involontariamente nella costituzione”. In ogni caso, “esse in fatti contribuiscono grandemente alla flessibilità e, quindi, alla stabilità dell'ordinamento statale” (S. Romano, “Diritto e correttezza costituzionale (1909)”, ora in *Id.*, *Scritti*, cit., pp. 276-278).

del giurista per le carte rivoluzionarie, improvvisanti “in un’ora di fermento ciò che, di solito, è e dev’essere opera di secoli”¹¹⁸.

L’idea di condensare la vasta materia del diritto costituzionale “nei pochi e aridi articoletti di una legge”, attuata per la prima volta in America dai coloni inglesi, rispondeva ai dogmi contrattualistici. Con la rigidità della carta costituzionale si voleva provvedere ad una sorta di catechismo civile, nonché a fissare dei limiti alla modificazione della stessa che consistessero in altrettante garanzie istituzionali. Ma circoscrivere i poteri degli organi dello Stato e vincolare la totalità del popolo non è la stessa cosa: “un contratto può sempre sciogliersi e rinnovarsi quando i contraenti a ciò consentano”. Per cui si sono palesati gli svantaggi di una scelta siffatta allorché si è pensato di spostare la sede della funzione costituente dallo Stato organizzato “nella massa inorganica, mobile e scomposta degli individui”¹¹⁹, a discapito del principio di stabilità che si voleva salvaguardare.

Le carte flessibili, che Romano mostra di preferire, contenevano articoli somiglianti a “semplici intestazioni di libri”, da riempire di contenuti forniti dalla tradizione, alla base della vita pubblica: indici di “un codice infinitamente più ampio” del diritto pubblico, che è “fluidico”. Di contro, le costituzioni rigide ricevono un giudizio impietoso: “più catechismi che leggi, più programmi esse stesse che attuazioni di precedenti programmi, facevano a gara a chi concedesse ai cittadini i diritti e le facoltà più ampie, senza garantirli in alcun modo, e imponevano ai poteri dello Stato gli uffici più gravi, senza preoccuparsi dei mezzi necessari per adempirli”¹²⁰. L’intento rivoluzionario è sovversivo e autoritario al tempo stesso: si vuole distruggere il vecchio regime, ma non si tollera che venga messo in discussione il nuovo¹²¹; il che, peraltro, finisce sovente con l’accadere: “ci si aggira così in un circolo vizioso, per cui le costituzioni che hanno un’origine rivoluzionaria determinano altre rivoluzioni. Oltre la loro forma scritta, a ciò contribuisce la loro scarsa elasticità”¹²². Ne risulta uno iato tra la rigidità delle costituzioni così introdotte e la “vocazione politica dei popoli”, per sua natura mutevole. Sarebbe invece necessario che gli elementi del diritto pubblico, “lentamente (ciò è necessario), anzi naturalmente [...] si consolidino, si pieghino, si adattino, si trasformino, se occorre”¹²³; procedano, in breve, ad una crescita non impaziente, sulla base dell’esperienza¹²⁴. Il che impone riguardo per il diritto consuetudinario, “una fonte non immediata, ma perenne, per cui tramite si

¹¹⁸ S. Romano, “Le prime carte”, cit., p. 261.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 265.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 267.

¹²¹ Una trattazione a parte meriterebbe il problema del rapporto tra rivoluzione e diritto. Nella fattispecie, del nuovo ordinamento derivante da una rivoluzione, che, “se sarà stato precisamente instaurato dalla rivoluzione di cui si tratta, legitimerà quest’ultimo, giacché non vorrà rinnegare i suoi prodromi e il procedimento da cui è sorto. Donde la conseguenza che, in mancanza di disposizioni contrarie, che pure può darsi che vengano emanate, gli atti compiuti dalla e per la rivoluzione acquisteranno quella legittimità che prima non avevano” (S. Romano, “Rivoluzione e diritto”, in *Frammenti*, cit., p. 223. Cfr. anche Id., “L’instaurazione di fatto”, cit., p. 111 ss. Sul tema, cfr. A. Sandulli, *Costruire lo Stato*, cit., pp. 185-187).

¹²² S. Romano, *Rivoluzione*, cit., pp. 229-230.

¹²³ *Ibid.*, p. 270.

¹²⁴ Sul favore del giurista per “innovazioni progressive e moderate, compiute con cauta gradualità”, cfr. P. Biscaretti di Ruffia, *Il diritto costituzionale*, cit., p. 92.

potranno trasfondere, quando occorra, elementi di nuova giovinezza nelle istituzioni politiche”¹²⁵.

In ultima istanza, il valore della consuetudine è a sua volta dimostrativo della impersonalità del potere pubblico in quanto essa, “facendosi valere nei singoli casi dagli organi statuali competenti rivestiti di sovranità, come quelli giurisdizionali, può ben dirsi che stia in intimo legame, almeno da questo punto di vista, con la sovranità medesima”¹²⁶. Come è opportuno ribadire, la “*opinio iuris seu necessitatis*” è convinzione, sentimento, non volontà. Tanto meno la consuetudine risulta valida se e in quanto approvata dalla legge, dato che è “fonte involontaria” del diritto non solo rispetto ai consociati, “ma anche rispetto al legislatore”. Essa è infine un “fatto normativo, intesa questa espressione in senso contrapposto a quella di atto normativo”¹²⁷. Del resto, neanche la legge in sé e per sé considerata può dirsi una vera e propria volontà ma una “volizione preliminare, che regola una futura volizione concreta”, gli atti volontari essendo quelli dei soggetti che la osservano o la violano. Non a caso la legge è astratta, “perché anche allora è una disposizione preventiva rispetto al fatto, all’atto etc., cui attribuisce il carattere della giuridicità e non ha quindi di esso la concretezza immediata”¹²⁸.

5. Note conclusive

Secondo una chiave di lettura critica dell’opera del giurista, affermazioni come quella per cui “è necessità di cose che la consuetudine pigli, appena il può, il sopravvento e si faccia valere, vincendo i non validi freni ad essa apposti”¹²⁹, esprimerebbero il suo atteggiamento conservatore. Rifiuto dell’individualismo e del volontarismo da una parte; favore per lo storicismo dall’altra sono alla base della sua apologia dello Stato, il quale solo “sorpassa la caduca esistenza degli individui [ponendosi nella condizione di] curarsi non solo delle generazioni presenti, ma anche di quelle future, ricollegando in un’intima e ininterrotta continuità di tempo, di azione e di fini, momenti ed energie diversi, di cui è comprensiva e tipica espressione”¹³⁰.

La concezione pattizia e sostanzialmente antilluministica della costituzione, nel solco della lunga durata che tutto spontaneamente dispone in ordine, sarebbe quella prossima al “compromesso e [a]lla stabilizzazione sociale raggiunta tra le forze portanti della rivoluzione borghese e le vecchie classi sociali”, mentre il teorema della stabilità riguarderebbe la difesa di un ordinamento messo in pericolo dalle forze non conservatrici, che, “per la loro stessa natura, sono più inclini a sovvertirlo”¹³¹. Così come è già stato osservato, la crisi dello Stato moderno secondo Romano non sarebbe

¹²⁵ S. Romano, “Diritto e correttezza”, cit., p. 285.

¹²⁶ S. Romano, “Sulla natura”, cit., p. 241.

¹²⁷ S. Romano, “Diritto e morale”, in *Frammenti*, cit., p. 66.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 68.

¹²⁹ S. Romano, “Sulla natura”, cit., p. 196.

¹³⁰ S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 7.

¹³¹ G. Falcon, “Gli “Scritti minori” di Santi Romano”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 26 (1976), 1, pp. 669-670.

crisi politica, ma “crisi organizzativa”, di modo che essenzialmente il problema non sembra tanto quello di interpretare il senso delle nuove istanze alla base dei nascenti movimenti corporativi, quanto quello di “come inserire nel corpo dello Stato gli interessi particolari”, classificati alla stregua delle corporazioni di antico regime¹³². La dottrina dell’ordinamento giuridico di Santi Romano presenterebbe un forte carattere ideologico, ravvisabile “nella sua attitudine a conservare, in una situazione caratterizzata da conflitti e dilacerazioni al livello dell’organizzazione effettiva del potere”, l’assunto proprio della dogmatica ottocentesca dello Stato di diritto, valida per agevolare “una considerazione sotto specie giuridica di tutto il meccanismo ed il funzionamento dello Stato, e perciò assecondare processi di regolamentazione giuridica di ogni aspetto della prassi politica”¹³³.

Insomma, il giurista siciliano avrebbe individuato una soluzione tutta interna al metodo giuridico con il riconoscimento, nell’unità dello Stato, dell’unica forma di sintesi che ne consentisse la sopravvivenza, senza indicare possibili sbocchi istituzionali¹³⁴. Presa indubbiamente coscienza della irreversibilità delle trasformazioni in atto nelle istituzioni e nelle strutture fondamentali della società, Romano avrebbe però concepito tali trasformazioni “come puri e semplici fattori di accelerazione dei tradizionali modelli di sviluppo ottocenteschi, e, sulla base di una radicata fiducia nella capacità dello ‘Stato giuridico’ di assorbire e organizzare gli interessi sociali nuovi, [avrebbe ritenuto] possibile una evoluzione storica unilineare, un ‘processo pacifico’ capace di evitare le soluzioni estreme, sia quelle collegate ad un’ipotesi di potenziamento dell’autorità dello Stato-forza, sia quelle connesse ad un progressivo dispiegamento degli istituti della democrazia diretta”¹³⁵. In tal modo, tenendosi a distanza dalle posizioni estreme di chi preconizzava la fine dello Stato a vantaggio del pluralismo, o piuttosto sacrificava quest’ultimo in difesa della integrità del primo.

A ben vedere, però, l’ottica del giuspubblicista è positiva, “nel tentativo di rifondare lo Stato su basi pluralistiche, tagliandone i rami secchi e sciogliendone le incrostazioni dogmatiche, al fine di fornire gli strumenti teorici indispensabili per inquadrare e spiegare [...] il fenomeno del diritto sociale”¹³⁶. In questa falsariga, il “fatto” come struttura, organizzazione necessaria, dà ragione di un realismo più comprensivo del fenomeno sociale da ordinare giuridicamente, in contrasto con le teorie legalistiche ancora ingessate sui paradigmi statocentrici. Per cui Romano sembra aver colto bene che “se negli ultimi secoli vi era stato un continuo processo di statalizzazione della società, al tempo presente ci si trovava presumibilmente di fronte al processo inverso, che si potrebbe chiamare di socializzazione dello Stato”¹³⁷. D’altro canto, la critica del volontarismo e per conseguenza del normativismo

¹³² Cfr. *Ibid.*, p. 671.

¹³³ G. Tarello, “La dottrina dell’ordinamento e la figura pubblica di Santi Romano”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine*, cit., pp. 253-254.

¹³⁴ Cfr. M.E. Lanciotti, *La riforma impossibile. Idee, discussioni e progetti sulla modifica del Senato regio vitalizio (1848-1922)*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 243.

¹³⁵ R. Ruffilli, “Santi Romano e l’analisi liberal-riformista della ‘crisi dello Stato’ nell’età giolittiana”, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 233-238. Sul tema, M. Fioravanti, “Stato giuridico”, cit., p. 297.

¹³⁶ V. Mura, “Pluralismo e neo-statalismo nella cultura giusfilosofica italiana del primo Novecento”, in A. Mazzacane (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, cit., p. 387.

¹³⁷ N. Bobbio, “Teoria e ideologia”, cit., p. 31.

permette di “identificare il diritto con l’ordine”, aprendo a eventuali sviluppi “creativi”¹³⁸.

È pur vero che Santi Romano non accetta il pluralismo eversivo di quanti auspicavano la distruzione dello Stato. Da questo punto di vista egli è certamente un “pluralista moderato”, fiducioso che “quali che siano le trasformazioni sociali in atto, non si può rinunciare al principio di un’organizzazione superiore”¹³⁹ armonizzatrice. Per trarre le somme, lo Stato come ordinamento, “in quanto esiste e per i modi ed i tratti con i quali storicamente è venuto ad esistenza”¹⁴⁰, rileva nella sua oggettività, superando ogni personalismo; ma è proprio questa impersonalità del potere pubblico che permette al giurista di compulsare la varietà degli ordinamenti nascenti all’interno dello Stato, del quale rimarcare la capacità unificante.

Fuori ogni dubbio, Romano ha saputo cogliere la svolta dal normativismo all’istituzionalismo come necessaria per comprendere il rovesciamento del rapporto fra potere e diritto in seguito alla crisi del monismo giuridico propria del suo tempo e, oseremmo dire, di quello a venire: in un’ottica “normativista”, “è il potere, sotto la maschera della sovrana volontà dello Stato, che pone il diritto”; mentre invece, nella prospettiva istituzionalista, “è il diritto, quale struttura regolativa e organizzativa di una società, che pone il potere”¹⁴¹.

L’aspetto fondamentale è che il diritto come organizzazione “effettiva” non si prefigura scopi deterministici, ma fini “in astratto e potenzialmente sempre estensibili”¹⁴². Il modello romaniano di effettività presenta, si è detto, dei vantaggi euristici: “lo sguardo sull’effettività fa riaffiorare l’articolazione interna del sistema giuridico, le strutture si moltiplicano e riacquistano la propria autonomia, non più epifenomeno dello Stato”; quindi tale modello “socio-integrativo” trova una utilizzazione che va oltre le critiche ad esso indirizzate, molte delle quali, peraltro, a loro volta costruttive nello sforzo del superamento dell’“artificio giuridico sovrano”, verso un “modo di pensare l’effettività che guardi all’agire dei consociati, all’uso attivo e costante del diritto e dei diritti, alle dinamiche di riconoscimento, alle relazioni di conferimento di potere”¹⁴³ in un assetto gius-politico segnato dalla economia globale e post-globale¹⁴⁴. Sicché, al netto dei significati che le si è voluto attribuire da altri punti di osservazione non prettamente giuridici, la teoria della effettività si rivela ancora oggi di eccezionale attualità per l’obiettivo di comprendere l’esistente, che è irreversibilmente plurale e ultra-statuale¹⁴⁵.

¹³⁸ Cfr. A. Catania, *Argomenti per una teoria dell’ordinamento giuridico*, Napoli, Jovene, 1976, pp. 149-152.

¹³⁹ N. Bobbio, “Teoria e ideologia”, cit., p. 41.

¹⁴⁰ A. Romano, “Santi Romano e la giuspubblicistica italiana”, in P.L. Ballini (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale (1918-1925)*, Venezia, Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti, 2005, p. 109.

¹⁴¹ U. Scarpelli, “Santi Romano, teorico conservatore, teorico progressista”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine*, cit., p. 54.

¹⁴² G. Tarello, “Il diritto come ordinamento”, in R. Orecchia (a cura di), *Atti del X Congresso nazionale di filosofia giuridica e politica*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 63. Sul punto, cfr. G. Gavazzi, “Santi Romano e la teoria generale del diritto”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine*, cit., pp. 73-77.

¹⁴³ Cfr. A. Catania, *Effettività*, cit., pp. 39-43.

¹⁴⁴ Su queste tematiche, la bibliografia è immensa. Mi limito ad un solo riferimento esemplare: S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

¹⁴⁵ Valgano in merito le considerazioni di Salvatore D’Albergo: “per Santi Romano, cui premeva la chiarezza di analisi dei fenomeni giuridici con una forza speculativa misurabile con la capacità di riconoscere e denunciare il senso della dinamica sociale, lo studioso di diritto era compartecipe dell’impegno delle forze interessate ad un

modo storicamente determinato dell'organizzazione sociale, dell'ordinamento giuridico, del diritto" ("Il potere sociale nella dottrina di S. Romano", in P. Biscaretti di Ruffia, (a cura di), *Le dottrine*, cit., p. 206). Tra le voci più rappresentative del recupero della complessità a partire dall'insegnamento di Santi Romano, quella di Paolo Grossi rimarca l'antistoricità di una visione rigidamente normativistica; e preferisce alla nozione di gerarchia quella di "rete", che, "puntando non su relazioni gerarchiche ma su semplici interconnessioni, appare congeniale a registrare una situazione mobile e confusa, dove la già tipicissima nozione di fonte ha subito una forte detipicizzazione". Più che su cataloghi di norme rigide, a parere dello storico, è sulla codificazione di *principles* che va riguardato un "diritto privato comune" (cfr. "Santi Romano", cit., pp. 159-162; cfr. anche Id., "Il diritto tra potere", cit., p. 193 ss.; G.P. Trifone, "Pluralismo e fattualità", cit., p. 119 ss.).

Santi Romano e l'interpretazione giuridica. Appunti per una riflessione sul “metodo” nel diritto pubblico

Federico Pedrini

Abstract

The essay contends the following points: 1) in spite of its openness toward meta-normativity, institutionalism does not imply legal realism; 2) institutionalism does imply a specific theory of the sources of law, in which “involuntary law” has a prominent role; 3) as connected as it may be with interpretation, the theory of the sources of law can be thought of independently from it and, it should be from an analytical point of view; 4) the institutionalist theory of the sources of law leaves some difficulties unsolved, especially concerning the way the theory deals with its own verification and with the valuation of epistemic processes of “discovering” and “creation”.

The conclusion is that it is possible to be institutionalist, without giving up a legal and linguistic rigorous account of the process of interpretation, only if it is possible to define which are the other source of law one should refer to unveil relevant legal meanings and with which methods one is expected to approach them.

Keywords: Legal interpretation; institutionalism; Santi Romano; involuntary law; legal theory

1. Premessa

Più che scrivere un saggio *su* Santi Romano, ho pensato in questa sede di *utilizzare* alcuni elementi del suo pensiero per proporre una riflessione che spero possa essere di qualche utilità anche e soprattutto come strumento di lettura (se del caso, pure in senso critico) di alcune posizioni contemporanee sul diritto costituzionale e sulla sua interpretazione¹.

Non so se sia proprio vero, come sostiene Mauro Barberis in un suo recente saggio dedicato proprio a Santi Romano, che “siamo tutti istituzionalisti oggi”², ma per certo il pensiero istituzionalista parrebbe vantare tutt’oggi molti seguaci (consapevoli o meno, è un altro discorso), accomunati se non altro dalla duplice idea che (a) il fenomeno giuridico non si risolve nel solo dato “normativo”, estendendosi invece (per lo meno) anche al versante “istituzionale” (delle varie istituzioni, cioè, che producono, rinvencono, applicano e più in generale fanno funzionare il diritto) e che (b) la ricostruzione del dato giuridico non si possa risolvere nella semplice analisi del

¹ Mi sento in dovere di precisare in esordio che, sprovvisto come mi ritengo di solide basi sia filosofiche sia storico-giuridiche, non mi sarei probabilmente mai azzardato a trattare di un autore così importante e noto, a livello nazionale e internazionale (cfr. S. Cassese, “Ipotesi sulla fortuna all'estero de “L'ordinamento giuridico” di Santi Romano”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 65 (2015), 1, pp. 177 ss.) come Santi Romano senza l'invito personale e diretto dell'amico Thomas Casadei, cui poi s'è aggiunto quello altrettanto gradito di Stefano Pietropaoli, ai quali non ho saputo dire di no. Una volta impegnatomi con entrambi, del resto, non è scomparso il senso di inadeguatezza, che mi ha spinto a cercare un “taglio” per queste mie riflessioni, per un verso, riferito ai territori del diritto e della scienza giuridica che conosco un po' meglio e, per altro verso, che sollecitasse interrogativi piuttosto che offrire risposte conclusive.

² M. Barberis, “Santi Romano e le metamorfosi dell'istituzionalismo”, *Lo Stato*, 9 (2017), p. 243.

discorso scritto del legislatore, dovendosi invece estendere alla considerazione di ulteriori fattori, non necessariamente linguistici, di matrice “culturale”, “sociale” e/o appunto, “istituzionale”³.

Nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo, peraltro, solitamente chi condivide gli assunti (a) e (b) parrebbe spesso accompagnarli con (c) un approccio all’interpretazione giuridica che, con un certo inevitabile tasso di genericità, potremmo definire “antiformalista”⁴: di matrice prevalentemente “ermeneutica” e/o comunque assai lontana dai canoni “classici” dell’esegesi legislativa. Guardando al presente, pertanto, si potrebbe essere portati a pensare che l’antiformalismo interpretativo rappresenti una sorta di implicazione o conseguenza necessaria di un accostamento “istituzionalista” al fenomeno giuridico: *se (a) et (b), allora (c)*.

Vedremo come proprio l’esempio di Santi Romano, viceversa, induca a smentire (o almeno a relativizzare fortemente) tale inferenza, consentendo tra l’altro di effettuare una serie di altre puntualizzazioni su alcuni concetti di “largo consumo” nella odierna letteratura giuridica (a partire da quello di “interpretazione”), ma il cui uso non sempre è stato adeguatamente sorvegliato, divenendo così talora veicolo di altrettanti fraintendimenti.

Tanto precisato, la tesi che intenderei qui sostenere è che: 1) l’istituzionalismo, nonostante la sua apertura al meta-normativo, non implichi di per sé una teoria antiformalista *dell’interpretazione*; 2) l’istituzionalismo implichi invece una certa teoria *delle fonti*, nella quale riveste un ruolo importante il c.d. “diritto involontario”; 3) la teoria delle fonti, per quanto connessa con la teoria dell’interpretazione, concettualmente può (e analiticamente dovrebbe) essere mantenuta distinta da quest’ultima; 4) la teoria delle fonti dell’istituzionalismo ponga problemi metodologici importanti, non ancora pienamente risolti, soprattutto per quanto riguarda le modalità del suo accertamento e la verifica della correttezza dei relativi procedimenti epistemologici di “scoperta” o “invenzione”.

Tale percorso argomentativo vorrebbe accompagnare il lettore al seguente approdo: si può ben essere istituzionalisti, o per lo meno condividere l’assunto proprio dell’istituzionalismo secondo cui il diritto va molto al di là delle norme espresse dai documenti legislativi, senza però per questo dover rinunciare ad un atteggiamento linguisticamente e giuridicamente rigoroso nei processi di significazione del materiale legislativo scritto; ciò a patto di essere poi in grado di spiegare in modo altrettanto serio quali siano le ulteriori fonti alle quali si attinge per reperire i significati giuridici rilevanti e con quali metodologie ci si avvicina ad esse.

³ Sono consapevole che le due caratteristiche ora menzionate verosimilmente non bastino a definire in modo concettualmente appagante e storiograficamente apprezzabile quel che è stato inteso come “istituzionalismo”. Al mio ragionamento, tuttavia, non serve che tali elementi siano condizioni *sufficienti* perché si dia un approccio istituzionalistico al diritto, ma solo che si tratti di condizioni *necessarie*. Quest’ultima assunzione, dal canto suo, mi parrebbe un’ipotesi di lavoro tutto sommato abbastanza ragionevole.

⁴ Sulla problematica gravante, in ambito giuridico, su questa qualificazione cfr. almeno M. Jori, *Il formalismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 1980.

2. Santi Romano e l'“interpretazione”

Partiamo da quello che, apparentemente, sembrerebbe in Santi Romano l'aspetto più semplice: l'interpretazione. Dico “apparentemente” perché, come vedremo, la realtà si rivela più complessa di quanto si palesa in prima battuta. Ciò non toglie, tuttavia, che proprio dai riscontri più palmari e dalle immagini più evidenti ed immediate convenga prendere le mosse, salvo poi eventualmente provare a problematizzare gli uni e le altre⁵.

2.1. L'interpretazione della legge

Santi Romano dedica espressamente all'interpretazione giuridica un solo contributo: la voce “Interpretazione evolutiva” contenuta nei suoi “Frammenti di un dizionario giuridico” del 1947. In quella sede troviamo indicazioni molto chiare su ciò che l'Autore pensava non soltanto con riferimento all'interpretazione *evolutiva*, ma anche sull'interpretazione giuridica *tout court*.

L'interpretazione del diritto – o per lo meno l'interpretazione “vera”, “autentica”, “corretta” – sarebbe un atto di conoscenza e non una semplice “scelta” (più o meno discrezionale) intorno al significato delle parole del legislatore, prolettica a una decisione applicativa:

Essa si risolve non in un atto di volontà, ma in una semplice cognizione del diritto vigente, che occorre avere prima di arrivare ad una manifestazione o attuazione di volontà, per sapere se questa è lecita o doverosa o vietata⁶.

Quanto poi al (sedicente) necessario contributo di ciascun interprete all'atto ermeneutico, il giurista palermitano non esclude che componenti soggettive possano influenzare il complesso procedimento di corretta significazione delle disposizioni giuridiche, non a caso sovente regolato anche da norme giuridiche allo scopo di renderne più certi e prevedibili gli esiti⁷.

Simili apporti individuali, anzi, sarebbero in una certa misura pure ineliminabili, ma solo nel senso che gli “errori umani” sarebbero sempre possibili, e addirittura probabili in un ambito così scivoloso come quello della conoscenza del diritto. Dal

⁵ Lo stesso Santi Romano, *mutatis mutandis*, parrebbe avallare questa impostazione “progressiva” al capitolo dedicato ai “Principii metodologici” del suo *Principii di diritto costituzionale generale*, II ed. (1946), ora in Id., *L'ultimo Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 195: “Punto di partenza per il costituzionalista, come per ogni giurista, è l'analisi precisa e oggettiva degli elementi più certi e semplici che si contengono nell'ordinamento o negli ordinamenti positivi sulla cui base poggiano le sue indagini”.

⁶ S. Romano, “Interpretazione evolutiva” (1947), ora in Id., *L'ultimo Santi Romano*, cit., p. 709.

⁷ Ivi, p. 711: “l'interpretazione del diritto è operazione difficile e complessa, che costituisce oggetto di una sottile dottrina e di una delicatissima arte, nonché di apposite regole anch'esse giuridiche che taluni ordinamenti hanno creduto opportuno stabilire a guida dell'interprete, specialmente per i casi in cui le norme che egli deve interpretare sono ambigue o inadeguate o, per non essere espresse, rimangono latenti nella massa più o meno opaca dell'intero ordinamento al quale appartengono”.

punto di vista scientifico e giuridico, tuttavia, tutti questi eventuali “conferimenti” di soggettività sarebbero da considerare altrettanti “difetti”, che nessuna “filosofia” – a maggior ragione se, contraddittoriamente, si appellasse ad una qualche “intrinseca libertà ermeneutica”⁸ – potrebbe mai nobilitare, trasformandoli in virtù⁹.

In altri termini:

L'interpretazione [...] non è che il riflettersi del diritto vigente nell'intelletto di chi vuole conoscere tale diritto, e questo riflettersi nell'intelletto è, o almeno dovrebbe essere, come il riflettersi in uno specchio. Che in linea di fatto tale specchio non sia fedele, che esso riproduca l'oggetto che vi si dovrebbe contemplare così come è, con modificazioni o alterazioni, può darsi, anzi, entro certi limiti, è inevitabile, perché non ci sono specchi senza difetti e difettosissimi sono quelli dell'intelletto umano. Ma ciò non autorizza a ritenere che l'interpretazione, in quanto tale e perché tale, comporti queste alterazioni e, tanto meno, che esse siano suoi attributi o sue qualità essenziali, che, per giunta, possano, in certe proporzioni e per certi fini, costituirne dei pregi. Ciò si è sostenuto da qualche punto di vista filosofico, soprattutto per mettere in rilievo la non passività e, quindi, l'attività dell'interprete, attività che concorrerebbe con quella di chi ha posto il diritto e talora si sostituirebbe in certo senso, cioè sopraffaccendola, a quest'ultima. Dal punto di vista giuridico, ciò è inammissibile¹⁰.

In coerenza con tali premesse, Romano non reputa l'attività interpretativa, in sé considerata, un appannaggio esclusivo delle autorità giudiziarie. Ovviamente non gli sfugge che le conseguenze giuridiche e pratiche della decisione giudiziale possano essere diverse da quelle derivanti dall'interpretazione effettuata, ad esempio, dal privato cittadino, ma questo non verrebbe a incidere sullo statuto logico della relativa procedura:

la vera interpretazione è un'operazione intellettuale che deve potersi compiere nello stesso modo e con gli stessi risultati, anche se con diversa efficacia, sia dal giudice sia da altra autorità sia dai privati, cioè da chiunque può giovare della norma o deve obbedirvi, rispettarla, eseguirla, applicarla, precisarla dottrinalmente¹¹.

Proprio la discutibile sovrapposizione teorica tra l'attività interpretativa in senso proprio, effettuabile da chiunque con lo stesso metodo, e l'attività decisoria di controversie che costituisce il compito specifico delle autorità giurisdizionali, sarà la chiave di lettura utilizzata da Romano per argomentare la sua posizione critica intorno alla c.d. “interpretazione evolutiva”.

⁸ Cfr. S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., p. 553: “non si può parlare di interpretazione libera del diritto da parte del giudice, senza una *contradictio in adiecto*”.

⁹ S. Romano, “Interpretazione evolutiva”, cit., p. 711: “Il giurista non può né deve concepire la sua funzione interpretativa in modo diverso da quello che risulta da questi rilievi [...]. E per lui può essere irrilevante se il concetto e i caratteri di quella funzione si delineano altrimenti nel terreno della filosofia”.

¹⁰ S. Romano, “Interpretazione evolutiva”, cit., pp. 710-711.

¹¹ Ivi, p. 709. Analogamente S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., pp. 552-553.

Laddove con tale espressione si intenda quella “interpretazione più o meno libera, consentita ad un’autorità, specialmente al giudice, per adattare il contenuto della norma ad esigenze pratiche sorte posteriormente alla emanazione della norma stessa”¹², infatti, la relativa dottrina si rivelerebbe nulla più che uno stratagemma retorico per poter giustificare l’attribuzione (surrettizia) di facoltà ulteriori e diverse rispetto all’interpretazione in senso stretto:

Che in questa ipotesi non possa parlarsi di interpretazione vera e propria, nemmeno quando l’adattamento non contrasta con la lettera della norma, è evidente. Si tratta, invece, di una competenza a porre una norma nuova, sia pure per il singolo caso su cui il giudice deve pronunciarsi, alla quale si è dato il nome di interpretazione forse perché, non risultando altrimenti il suo fondamento, si è creduto di poterla giustificare convogliandola di contrabbando nei comuni poteri che ogni autorità giurisdizionale non può non avere¹³.

Santi Romano, dal canto suo, non è interessato tanto al *merito* della questione circa il se e il come possa risultare utile che i giudici siano concretamente investiti di tali poteri decisionali “aggiuntivi”. Nelle algide vesti di scienziato, il quesito di politica del diritto lo lascia apparentemente indifferente¹⁴. Pur “con la discrezione e la misura proprie a quel personaggio apparentemente impassibile che è il giurista”¹⁵, però, contesta con decisione il *metodo* col quale tale vicenda suole essere impostata, vale a dire quello – concettualmente truffaldino – di contrabbandare per autentica interpretazione quella che interpretazione non è:

Se e quando negli ordinamenti moderni, specialmente in quelli statali, sia opportuno conferire ad autorità giurisdizionali o ad altre autorità diverse da quelle legislative, poteri che vadano oltre l’interpretazione intesa in questo senso, come sarebbero quelli che inesattamente si vorrebbero qualificare d’interpretazione evolutiva, dando a tale espressione il significato di cui si è fatto cenno, è un problema che qui non importa esaminare. *Basta porre in rilievo che tali poteri rimangono sempre fuori il campo dell’interpretazione*¹⁶.

È del resto evidente come, seguendo tale logica, gli stessi argomenti qui utilizzati per l’interpretazione evolutiva parrebbero perfettamente applicabili per “mettere fuori gioco”, dal punto di vista scientifico e giuridico, pure numerosi altri “percorsi interpretativi” ampiamente diffusi all’interno della cultura giuridica e parimenti riscontrabili nell’applicazione giudiziale del diritto.

¹² S. Romano, “Interpretazione evolutiva”, cit., p. 709.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Non è questa la sede per indagare se in ciò possa leggersi il riflesso di una più generale tendenza a “preservare il giurista” dalla contaminazione di giudizi storici a vantaggio di una (presunta) “purezza dottrinarina”, come oggi parrebbe sostenere C. Martinelli, “La lettura delle transizioni di regime politico nel pensiero dell’“ultimo” Santi Romano”, *Rivista AIC*, 1 (2018), p. 1 ss. (i virgolettati sono a p. 4).

¹⁵ Le parole, riferite proprio alla figura di Santi Romano, sono di P. Grossi, “Lo Stato moderno e la sua crisi’ (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 61 (2011), p. 8.

¹⁶ S. Romano, “Interpretazione evolutiva”, cit., pp. 709-710 (corsivo mio).

Si pensi, ad esempio, a tanta parte delle c.d. tecniche che parrebbero andare programmaticamente (*i.e.*, per definizione) al di là della (o, talvolta, addirittura contro la) lettera della legge e/o dell'intenzione del legislatore storico¹⁷, come – senza alcuna pretesa d'esaustività – l'interpretazione “adeguatrice”, l'interpretazione “estensiva” (o quella analogica), l'interpretazione “restrittiva”, l'interpretazione “assiologica” e avanti in questo modo.

Ciascuno di tali sedicenti e plurimi “metodi”, che tanta importanza rivestono nelle moderne trattazioni sull'interpretazione giuridica, secondo l'impostazione romaniana cadrebbe al di fuori del perimetro della “vera” interpretazione. Quest'ultima, animata da fini esclusivamente epistemici, esigerebbe infatti l'applicazione di un'unica metodologia, la sola idonea a garantire la *correttezza* (epistemica) del procedimento interpretativo. Viceversa, una *pluralità* di metodi interpretativi si rivelerebbe funzionale non già alla *conoscenza* del pregresso significato dei testi legislativi, bensì semmai alla sua (inaccettabile) *manipolazione* da parte dei giudici, a sua volta fatalmente mossa da fini politico-pratici.

Non è neppure a dire come, nell'era dell'attuale *Richterstaat*¹⁸, la posizione di Romano rischi così di risultare decisamente *démodé*, sicché non desta particolare stupore constatare che, ancora di recente, essa sia stata compendiata in un “banale formalismo o cognitivismo interpretativo”¹⁹.

2.2. L'interpretazione dell'ordinamento

Ma le cose starebbero davvero in modo così netto o sarebbero possibili ricostruzioni alternative e più “caritatevoli” della teoria interpretativa romaniana? Il fondatore dell'istituzionalismo giuridico italiano sarebbe davvero radicalmente contrario a ogni idea di evoluzione, di adattamento, di cambiamento del diritto per itinerari che passino dal crocevia dell'interpretazione o la sua impostazione sul punto potrebbe essere ricostruita in modo più articolato?

È mia convinzione che ai quesiti ora formulati si possa rispondere per lo meno dubitativamente e che nel pensiero di Santi Romano, a partire proprio dal citato contributo sull'interpretazione evolutiva, sia ravvisabile una serie di indizi che consente di avvalorare l'idea di un panorama teorico più sfumato di quanto il “quadretto” fin qui sommariamente tratteggiato parrebbe suggerire.

Lo snodo cruciale per comprendere l'atteggiamento romaniano in tema di interpretazione è la distinzione tra due possibili concetti di “interpretazione”, che dipendono da altrettanti suoi differenti *oggetti*: da un lato l'interpretazione *della legge*, dall'altro l'interpretazione *dell'ordinamento*.

¹⁷ Per non appesantire troppo il discorso, lascio qui deliberatamente non definite le nozioni di “lettera della legge” e di “intenzione del legislatore storico”. Devo però avvertire il lettore che tutti i filosofi analitici ben sanno e cioè che si tratta di concetti estremamente scivolosi e controversi. Cfr. ora C. Luzzati, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche, dottrine*, Torino, Giappichelli, 2016, rispettivamente alle pp. 134 ss. e 261 ss.

¹⁸ Su cui cfr. ora ampiamente B. Rùthers, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, trad. it. *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici. Costituzione e metodi. Un saggio*, a cura di G. Stella, Modena, Mucchi, 2018.

¹⁹ M. Barberis, “Santi Romano e le metamorfosi dell'istituzionalismo”, cit., p. 246.

La prima (interpretazione della legge) coincide – né più, né meno – con il processo di significazione degli enunciati legislativi ed è quella a cui si riferiscono le osservazioni di Romano finora riportate.

L'impossibilità di ottenere per il suo tramite effetti "evolutivi" è dovuta al congiunto operare di due fattori: da un lato la natura esclusivamente conoscitiva dell'atto interpretativo in senso proprio e dall'altro lato la "fissità" dell'oggetto interpretato, cioè a dire le disposizioni legislative scritte.

A dispetto delle ricorrenti operazioni "metaforiche" tanto care agli interpreti in toga, tradizionalmente inclini a imputare ai prodotti legislativi una qualche volontà "oggettiva" (una *ratio* astratta, una intelligenza propria *etc.*) diversa da quella soggettiva dei relativi autori, Romano ha infatti gioco facile a controbattere come "La legge [...], sempre quando la si consideri in sé e per sé, è del tutto inerte, non ha una sua 'voluntas' o 'mens' diversa da quella che in essa si è, per dir così, cristallizzata e immobilizzata perché duri, e, quindi, non ha nemmeno una propria 'vita'"²⁰.

Segnatamente qui, se si vuole, sta il vertice del "formalismo" interpretativo romaniano. Ma proprio qui sta anche il suo estremo confine, giacché esso sta *e cade* – nei modi e nei limiti di cui meglio si dirà a breve – con quell'inciso, che è poi la cifra distintiva dell'interpretazione *della legge* rispetto all'interpretazione *dell'ordinamento*: "sempre quando [e, verrebbe da aggiungere, *fino a quando...*] la si consideri in sé e per sé".

Le parole della legge, infatti, sono immobili, inanimate. Se ci si concentra su di esse, pertanto, e a maggior ragione se ci si sofferma su singole ed isolate disposizioni, l'interpretazione non può che rispecchiare tale fissità di significato. Tanto non significa, però, che a differenti risultati non si possa, e per certi versi pure si debba, arrivare per il tramite dell'interpretazione dell'ordinamento.

Ciò per l'ottima ragione che quest'ultimo per un verso non è costituito soltanto di parole, di enunciati legislativi, ma anche di elementi non linguistici; e per altro verso esso si è suscettibile di mutamenti nel corso del tempo, mutamenti che l'interpretazione – si badi: mantenendo intatta la sua finalità esclusivamente cognitiva – non potrà mancare di registrare:

Ciò che si evolve, che non può non evolversi, che si deve evolvere, non è l'interpretazione, ma l'ordinamento giuridico che è oggetto della interpretazione, ed è un'erronea trasposizione riferire a questa una qualità o un processo che deve invece riferirsi al primo²¹.

Il ragionamento si completa, acquistando interna stringenza, se si pone mente al fatto che Romano – com'è noto – rifiuta recisamente di concepire l'ordinamento come una "somma aritmetica di varie norme"²² (e/o come un insieme di semplici disposizioni) e lo risolve invece nel più ampio e "vitalistico" concetto di istituzione.

Infatti,

²⁰ S. Romano, "Interpretazione evolutiva", cit., p. 713.

²¹ Ivi., p. 712.

²² S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, II ed. (1946), ora in Id., *L'ultimo* S. Romano, cit., p. 11.

Se per ordinamento giuridico si intende un'istituzione, un ente sociale, un'organizzazione, un sistema non di sole norme o altri elementi più o meno inerti, ma anche di uomini, di persone, che lo reggono e lo governano con un'attività che può svolgersi nei modi, nelle forme e con gli effetti più vari, si comprende facilmente che esso è, per definizione, qualche cosa di vivo, che, appunto perché vivo, continuamente si modifica, si rinnova, si evolve, pur rimanendo fermo nella sua identità continuativa e durevole. Se di vita e di evoluzione si vuol parlare anche per quei suoi elementi che sono le norme giuridiche, non deve dimenticarsi che si tratta di una vita e di una evoluzione che le investono, le toccano e le animano, se e in quanto vi si manifestano la vita e l'evoluzione dell'istituzione: soltanto questa, nel suo insieme e non scissa nelle sue parti essenziali, ha una vitalità ed una idoneità ad evolversi²³.

Proprio in virtù dell'equivalenza ordinamento-istituzione, anche l'interpretazione c.d. evolutiva che in precedenza, come interpretazione della legge, veniva messa fuori dalla porta, sembrerebbe ora sorprendentemente (poter) rientrare dalla finestra come interpretazione dell'ordinamento:

“quella che comunemente si chiama interpretazione della legge, e, quindi, anche e soprattutto l'interpretazione che impropriamente si dice evolutiva, è sempre interpretazione, non di una legge o norma singola, ma di una legge o norma che si prende in esame con riguardo alla posizione che essa ha nell'intero ordinamento giuridico: il che vuol dire che ciò che effettivamente si interpreta è tale ordinamento e, per conseguenza, la norma singola”²⁴.

Invero, nella prospettiva romaniana, l'interpretazione dell'ordinamento ha sempre una valenza conoscitiva maggiore rispetto alla semplice interpretazione della legge, nello stesso senso in cui la conoscenza del tutto è superiore alla conoscenza di una sola parte. Di più: senza la conoscenza del tutto, cioè dell'ordinamento, non si potrà neppure dare una corretta conoscenza (e prima ancora una corretta concettualizzazione) delle singole parti, tra cui le singole norme espresse dalle leggi. Romano sottolinea il punto ricorrendo a una classica metafora “organicistica”:

non si può avere un concetto adeguato delle norme che vi si comprendono [nell'ordinamento, *n.d.a.*], senza anteporre il concetto unitario di esso. Così non si può avere un'idea esatta delle varie membra dell'uomo o delle ruote di una data macchina, se non si sa prima che cosa sia l'uomo o quella macchina²⁵.

La superiorità dell'interpretazione dell'ordinamento – coi suoi inevitabili riflessi “evolutivi” – rispetto all'interpretazione della legge verrebbe indirettamente confermata dal fatto che soltanto la prima consente di intendere correttamente sistemi giuridici allo stato embrionale, poveri o del tutto sprovvisti di leggi scritte. Del resto, pure in presenza di leggi scritte, la comprensione dell'ordinamento giuridico non si potrebbe in alcun modo limitare alla (o esaurire nella) interpretazione di queste ultime. Romano sviluppa entrambi gli argomenti riferendosi a quegli ordinamenti che sono

²³ S. Romano, “Interpretazione evolutiva”, cit., pp. 713-714.

²⁴ Ivi, p. 714.

²⁵ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 11.

quasi infanti, nel senso etimologico della parola, dei quali non solo è indistinto il pensiero, ma sono anche minime le espressioni immediate e dirette. A mano a mano che essi progrediscono, il loro linguaggio diventa più espressivo, più chiaro, più adeguato: si formano degli organi appositi (gli organi legislativi) che hanno la funzione specifica di formularlo e di consacrarlo in quei documenti ufficiali che sono le leggi, nel senso ampio della parola. *Ma queste, per quanto numerose e tecnicamente ben fatte, non riescono mai a contenere tutto il diritto positivo.* Perciò con esse l'opera del giurista non è resa inutile, anzi diviene, sotto certi aspetti, più delicata e difficile. Egli deve sempre spiegare ciò che il legislatore ha reso spesso in modo oscuro e insufficiente, deve coordinare e concordare le sue leggi, che presentano antinomie, reticenze, silenzi innumerevoli, e deve intendere il diritto che non si esprime nelle leggi medesime quando queste mancano. Per raggiungere tale fine, egli deve sapere non solo ciò che il legislatore ha detto, ma anche ciò che questi a taciuto e proseguirne, quindi, l'opera, senza tuttavia sostituirglisi arbitrariamente. Specie nel campo del diritto costituzionale, le leggi spesso difettano, ma, anche quando ci sono, parlano per proposizioni sparse e staccate, secondo opportunità transeunti, molte volte per cenni. I concetti di esse, se pure sono espliciti, sono quasi sempre frammentari, contingenti a speciali punti di vista, occasionali ed empirici, e bisogna, in ogni caso, risalire a concetti e principii più alti, più generali, più armonici, in modo da abbracciare anche quelli che nelle leggi sono semplicemente impliciti o ne formano il presupposto o la base²⁶.

Questa paziente opera di ricostruzione interpretativa (non tanto della legge, bensì) dell'ordinamento, come testé si accennava, manifesterebbe la sua dimensione evolutiva con intensità differente a seconda della diversa tipologia di norme e soprattutto della loro collocazione all'interno dell'ordinamento giuridico, palesandosi massima nel campo del diritto costituzionale e pubblico:

il 'metodo giuridico' si è inteso generalmente come pura e semplice interpretazione di leggi, consuetudini e altre norme. Ora, questa interpretazione, se è, fino a un certo punto e come primo stadio per la costruzione del sistema, sufficiente per altre parti del diritto, assume, invece, un'importanza minore nel campo del diritto costituzionale e specialmente in quello del diritto costituzionale generale. E ciò perché in esso [...] la più immediata e originaria manifestazione del diritto non è quella che ha luogo per mezzo di leggi o, comunque, di norme, ma è quella che, ben più compiutamente, si concreta in istituzioni, per intendere le quali le leggi non bastano. [...] l'esegesi minuta e analitica delle norme lo interessa entro certi limiti, mentre deve dare il maggiore rilievo alle istituzioni considerate nel loro aspetto più comprensivo e, soprattutto, nel loro spirito²⁷.

²⁶ S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., p. 196 (corsivo mio).

²⁷ Ivi., p. 202. Cfr. anche Id., "Interpretazione evolutiva", cit., p. 714: "di interpretazione evolutiva si parla, di solito solo per alcune norme e non per altre, oppure con maggiore frequenza per certe norme e minore per quelle che rientrano in diverse categorie. Ciò dipende, a quanto sembra, dalla maggiore o minore suscettibilità o dalla insuscettibilità delle varie norme giuridiche di risentire le evoluzioni della istituzione cui appartengono. Le parti di un ordinamento giuridico che si evolvono più facilmente con degli effetti sulle norme che vi si ricollegano sono quelle concernenti il diritto pubblico e segnatamente il diritto costituzionale".

La valorizzazione della componente dinamica dell'ordinamento, i cui esiti verrebbero poi rappresentati dall'interpretazione, sarebbe infatti tanto più vigorosa quanto più le disposizioni, sistematicamente ricostruite insieme agli altri elementi non normativi e non linguistici dell'ordinamento, risulterebbero collegate al “cuore pulsante” dell'istituzione:

la c.d. evoluzione dell'interpretazione, che poi non è che evoluzione dello stesso ordinamento giuridico che si interpreta, in tanto può aversi in quanto si riferisce a norme che vengono in considerazione, più che in sé e per sé, in stretto e indissolubile rapporto con l'essenza della vita istituzionale, il cui evolversi si riverbera su di esse, e quindi con l'intero ordinamento dal quale dipendono²⁸.

2.3. L'ermeneutica romaniana tra oggetto e metodo

Proviamo ora brevemente a riassumere i termini della questione fin qui esposta. L'interpretazione giuridica per Romano è sempre uno strumento per la *conoscenza* (non per la *scelta*, la *costruzione*, tanto meno per la *creazione*) del proprio oggetto, vale a dire il diritto nelle sue varie manifestazioni.

Non è un caso, allora, che in questa chiave si possa plausibilmente parlare di “interpretazione evolutiva”²⁹ soltanto nell'accezione retorica di una metonimia, con la quale si suggerisce come *causa* (l'interpretazione) quel che in realtà è l'*effetto* di eventuali mutamenti intervenuti nel fenomeno osservato (il diritto). Questo tipo (l'unico scientificamente e giuridicamente ammissibile) di interpretazione evolutiva del diritto non ha niente a che vedere con una tecnica “antiformalista” di ascrizione di senso agli enunciati legislativi, che secondo Romano si risolverebbe in un semplice espediente politico-pratico per conferire maggiori poteri al giudice o ad altro applicatore istituzionale. La c.d. interpretazione evolutiva, infatti, non potrà che essere l'interpretazione *tout court* di un diritto (frattanto) evolutosi.

Ma di *quale* “diritto”? La risposta emerge senza particolari margini di incertezza da quanto già osservato. Fermo restando che “Romano [...] attribuisce all'interpretazione una funzione meramente dichiarativa”³⁰, è giocoforza concludere che gli esiti rappresentativi di tale attività dipenderanno dalle caratteristiche e dalla “natura” dell'oggetto interpretato: inerte, fissa e stabile nel caso della legge; viva, cangiante e mutevole nel caso dell'ordinamento.

Non v'è dubbio, pertanto, che sia proprio e solo l'ordinamento – tanto più intensamente quanto più ci si avvicini al suo “centro”: il territorio del diritto costituzionale – l'unico oggetto della conoscenza giuridica il quale, se correttamente interpretato, potrà generare esiti “evolutivi”. Tanto premesso, tuttavia, bisogna subito

²⁸ S. Romano, “Interpretazione evolutiva”, cit., p. 715.

²⁹ Ed in verità di qualsiasi interpretazione “aggettivata” a seconda degli esiti: evolutiva, estensiva, restrittiva, adeguatrice etc.

³⁰ R. Treves, “Considerazioni sulla teoria sociologica del diritto di Santi Romano”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 266.

soggiungere che il concetto di “ordinamento” risulta tutt’altro che chiaro nei suoi elementi costitutivi *ulteriori* rispetto alla componente normativa espressa dalle leggi³¹.

È insomma rilievo esattissimo quello di Vittorio Frosini, quando sottolinea come in Romano “la legge, intesa come enunciato normativo, non è l’oggetto esclusivo della conoscenza giuridica, cioè del lavoro svolto dai giuristi, giacché oltre ad essa c’è altro, cioè l’istituzione come fatto sociale, che si fa essa legge”³², ma la domanda è: esattamente *quale* “altro”?

In quest’ottica, malauguratamente, l’equivalenza tra “ordinamento” e “istituzione” – che lo stesso Romano, com’è noto, definiva “necessaria ed assoluta”³³ – non parrebbe offrire un aiuto decisivo. Quello di “istituzione”, infatti, risulta *a sua volta* un concetto vago ed ambiguo³⁴, e del resto sono ben note le critiche di Norberto Bobbio al tentativo romaniano³⁵ di ricostruirlo – in modo circolare, se non addirittura contraddittorio³⁶ – per il tramite dell’altrettanto indeterminata nozione di “organizzazione”³⁷, peraltro in apparenza debitrice proprio dell’idea di “norma” dalla quale Romano puntava espressamente a distaccarsi³⁸.

L’interrogativo che attende risposta è, insomma, quello relativo agli specifici oggetti dell’ermeneutica romaniana diversi dalle leggi (oggi diremmo: dall’insieme delle disposizioni scritte). Quesito che, ovviamente, finisce per condizionare in senso forte anche quello sul *metodo* idoneo per un verso a indagare, a conoscere

³¹ Le difficoltà nella ricostruzione di questo concetto, del resto, non sono un’esclusiva dell’istituzionalismo. Cfr. ancora di recente M. Casavecchia, “L’ordinamento giuridico. Introduzione”, *Il nuovo diritto delle società*, 11 (2013), 1, pp. 134-151.

³² V. Frosini, “Santi Romano e l’interpretazione giuridica della realtà sociale”, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, Giuffrè, 1991, vol. I, p. 327.

³³ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 22, dove pure si legge: “Ogni ordinamento giuridico è un’istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico”. Cfr. anche *ivi*, p. 26: “crediamo che fra il concetto di istituzione e quello di ordinamento giuridico, unitariamente e complessivamente considerato, ci sia perfetta identità”.

³⁴ Per un complesso tentativo di definizione della “istituzione” romaniana come meta-istituzione cfr. ora M. Croce, *Che cos’è un’istituzione*, Roma, Carocci, 2010, part. pp. 85-87. Utile per una ricostruzione in chiave comparatistica è anche la lettura di M. D’Alberti, “Santi Romano e l’istituzione”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 64 (2014), 3, p. 579 ss.

³⁵ Articolato in S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 31 ss.

³⁶ N. Bobbio, “Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, cit., p. 28: “ora il diritto viene definito con ‘organizzazione’, cioè risolto totalmente in un’altra entità, che non viene definita, e che spesso viene denominata con altre parole, come “struttura”, “posizione”, “sistema”; ora l’organizzazione viene considerata come “lo scopo caratteristico del diritto”. Ma se l’organizzazione non è il diritto ma lo scopo del diritto, che cosa è allora il diritto? In altre parole il diritto è organizzazione o è qualcosa che sta dietro e prima dell’organizzazione? Ma se sta prima dell’organizzazione, non ne segue che il diritto viene prima... del diritto?”.

³⁷ Cfr. N. Bobbio, op. cit., p. 27: “il concetto di diritto era stato definito risolvendolo nel concetto di organizzazione, ma il concetto di organizzazione non era stato ulteriormente chiarito (non mi è riuscito di trovare nell’opera di Romano, non dico una definizione esplicita, ma neppure una implicita di ‘organizzazione’, che pure è il termine chiave dell’intero discorso)”.

³⁸ N. Bobbio, op. cit., p. 27: “Il concetto di organizzazione era rimasto non chiarito, perché l’unico modo di fare un passo in avanti nella sua determinazione era di ricorrere alle norme di secondo grado, cioè a quelle norme che regolano il riconoscimento, la modificazione, la conservazione delle norme di primo grado, e che fanno di un insieme di rapporti intrecciantisi fra individui conviventi, un tutto ordinato, appunto un ordinamento, un sistema, se pure non nel senso di sistema logico e critico ma nel senso kelseniano di sistema dinamico, mentre era chiaro che le norme che aveva in mente Romano quando respingeva la teoria normativa erano le norme primarie”.

correttamente tali ulteriori oggetti e per altro verso a metterli in sistema con la componente normativa dell'ordinamento.

Segnatamente quest'ultimo aspetto è colto con estrema lucidità dallo stesso Romano, quando osserva come

Un ordinamento giuridico [...] non si risolve soltanto nelle norme che ne sono una emanazione o sono in esso implicite, ma si concreta in una istituzione, che può comprenderne altre minori, e, quindi, la scienza di un diritto costituzionale particolare deve prendere in considerazione anche questo aspetto fondamentale di esso. *Però, lo scopo finale cui tende tale scienza* – che, giova ricordarlo, è scienza pratica – *rimane quello di enuclearne e di precisarne le norme*: si tratta perciò di una scienza che, nel suo punto iniziale, non è esclusivamente normativa, ma è essenzialmente tale nel suo punto di arrivo³⁹.

In altri termini, elaborare un “metodo di ricerca fondato sull'osservazione del reale”⁴⁰, capace di cogliere le componenti non normative dell'ordinamento giuridico, sarebbe a detta del Nostro una condizione certamente *necessaria*, ma nient'affatto *sufficiente* per svolgere correttamente il mestiere del giurista. Questi, infatti, se a monte potrà (e dovrà) partire dall'analisi dell'istituzione e delle sue componenti “reali”, a valle sarà comunque tenuto a fornire descrizioni (e soluzioni) “normative”. Servirà allora un metodo d'indagine in grado non solo di conoscere gli oggetti non normativi, ma anche di rispondere a quella che è stata efficacemente definita la “necessità di *saldare l'antica frattura* esistente fra il diritto, inteso come sistema di norme scritte nelle leggi e nelle “gride” di manzoniana memoria, e la vita reale della società con le sue esigenze e le sue forme emergenti”⁴¹.

Ma – daccapo – *quale* metodo (per quali oggetti)? Se non una risposta quanto meno una prima indicazione parrebbe suggerita dallo stesso Romano in conclusione del suo contributo sulla interpretazione evolutiva, laddove osserva come “la teoria delle norme giuridiche non si può intendere rettamente e pienamente senza ricollegarla e illuminarla con la concezione istituzionalistica del diritto”⁴².

Seguendo questa traccia, il metodo che stiamo cercando per la teoria *dell'interpretazione* (quanto meno se intesa come interpretazione dell'ordinamento), parrebbe prestarsi a essere ricostruito come una variabile dipendente (un *posterius*) da quel *prius* costituito dalla teoria *del diritto*. Si tratterà, allora, di capire *quale parte* della teoria istituzionalistica del diritto sarebbe *nello specifico* idonea a fornire le risposte agli interrogativi metodologici in tema d'interpretazione cui si faceva cenno poche righe addietro. Nel prossimo paragrafo si proverà a mostrare come un ruolo decisivo in tal senso sia più precisamente rivestito dalla teoria istituzionalistica *delle fonti del diritto*.

Proprio (e solo) le fonti del diritto “istituzionalisticamente inteso”, invero, parrebbero gli strumenti concettuali (senza dubbio) necessari e (auspicabilmente)

³⁹ S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., p. 184 (corsivo mio).

⁴⁰ A. Morrone, “Per il metodo del costituzionalista: riflettendo su “Lo Stato moderno e la sua crisi” di Santi Romano”, *Quaderni costituzionali*, XXXII (2012), 2, p. 379.

⁴¹ V. Frosini, “L'attualità di Santi Romano”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, cit., p. 213.

⁴² S. Romano, “Interpretazione evolutiva”, cit., p. 715.

sufficienti da un lato a permettere l'individuazione degli specifici referenti empirici (i più volte citati "oggetti") dell'interpretazione giuridica, determinandone così anche il relativo metodo conoscitivo, e dall'altro lato a spiegare la loro interazione sul piano dei significati prescrittivi col versante normativo dell'ordinamento.

3. Dalla teoria dell'interpretazione alla teoria delle fonti

È una delle celebri pagine iniziali de "L'ordinamento giuridico" a chiarire come, secondo la lettura romaniana, le posizioni sostenute in teoria dell'interpretazione – a partire da quella, diffusissima, che predica la necessaria "sistematicità" dell'interpretazione – risultino spesso soltanto la versione maldestra di quello che potrebbe (e dovrebbe) essere meglio argomentato in sede di teoria del diritto:

La necessità di considerare un ordinamento giuridico come un'unità [...] è stata molte volte rilevata, anzi è divenuta una specie di luogo comune nella formulazione delle teorie concernenti l'interpretazione delle leggi; ma è strano che non sia stata mai usufruita e portata alle sue logiche conseguenze per la definizione del diritto. Appunto perciò, il che non è trascurabile, essa è rimasta poco più che un'affermazione, e, sovente, una semplice intuizione, un'idea vaga, nebulosa e quasi inafferrabile, nelle stesse teorie sull'interpretazione, che pure vi costruiscono sopra qualche loro principio fondamentale⁴³.

A dover essere intese sistematicamente, in modo necessariamente unitario, non sarebbero quindi solo e neppure soprattutto le disposizioni e/o le norme giuridiche, bensì le fonti, non soltanto normative (e forse soprattutto non normative), che costituiscono l'ordinamento giuridico.

L'interpretazione, se svolta correttamente, consentirà di rispecchiare, nel momento storico dato, la combinazione "oggettivamente (pre-)esistente" di queste fonti e di rappresentare i riflessi normativi anche delle fonti non normative.

Bene, ma – ancora – di *quale* ordinamento? Parlare di fonti *del* diritto, al singolare, non rischia infatti di far passare sotto silenzio uno snodo teorico cruciale della posizione di Santi Romano, ossia quello del *pluralismo* giuridico? Non saremmo già contraddittoriamente caduti nella "trappola riduzionista" a vantaggio del solo ordinamento *statale* nel momento in cui abbiamo ragionato di leggi (di disposizioni scritte), pur allo scopo di negare che in esse si esprima *tutto* il relativo diritto?

Proverò a spiegare nel prossimo paragrafo come, se da un lato è vero che l'attenzione di Romano si è espressa, nel tema che qui ci occupa, prevalentemente con riferimento al diritto (= ordinamento) dello Stato, dall'altro lato questo non sia in contrasto con la sua dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici, la quale semmai dovrà soltanto essere integrata da ulteriori riflessioni relative alle fonti (e ai relativi metodi interpretativi) degli ordinamenti non statali.

⁴³ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 11-12.

3.1. Pluralità degli ordinamenti giuridici e teoria delle fonti

Partiamo dalla considerazione secondo cui quanto appena osservato con riferimento al rapporto tra teoria dell'interpretazione e teoria delle fonti ha valore per *ogni* ordinamento giuridico – per ogni istituzione in quanto ordinamento giuridico – e non soltanto per quello *dello Stato*.

Tutti sanno, infatti, come Romano sviluppi, accanto alla sua visione *istituzionalistica* ed anzi concepandola come un “corollario” di essa, pure una concezione *pluralistica*, tale per cui esisterebbero “tanti ordinamenti giuridici quante istituzioni”⁴⁴. E altrettanto note, del resto, sono le critiche rivolte da Romano alle posizioni di coloro che esauriscono il fenomeno giuridico nel diritto della sola istituzione statale o, al limite, all'ordinamento interstatuale⁴⁵.

Da un punto di vista “esterno”, del teorico del diritto che prova a considerare “dal di fuori” la giuridicità dei vari fenomeni sociali organizzati, lo Stato risulta soltanto *una* delle possibili espressioni del diritto, mentre sarebbe da “escludere che esso sia divenuto l'unico ente che decida del carattere giuridico degli altri ordinamenti sociali”⁴⁶. Alcuni di essi, tra l'altro, sarebbero ben più antichi di lui e la pretesa del primo (Stato moderno) di inglobare i secondi, da un punto di vista tanto storico quanto giuridico, si sarebbe realizzata solo in modo assai parziale, sicché

è da negarsi, nel modo più reciso, che il sistema statale sia divenuto l'unico sistema del mondo giuridico: anzi è da negarsi che siffatta concentrazione sia materialmente possibile. [...] La così detta crisi dello Stato moderno implica per l'appunto la tendenza di una serie grandissima di gruppi sociali a costituirsi ciascuno una cerchia giuridica indipendente⁴⁷.

Riconoscere la pluralità degli ordinamenti giuridici, del resto, se presuppone di non chiudere gli occhi davanti alla varietà delle varie istituzioni che nascono in seno alla socialità sufficientemente organizzata, tutte necessariamente (*i.e.*, per definizione) giuridiche, non implica affatto una loro visione confusa o indifferenziata.

Certo, le istituzioni possono intrattenere molteplici forme di rapporto (più o meno reciproco) e non a caso è stato annotato come in tutta la seconda parte de “L'ordinamento giuridico”, Romano “indaga genialmente le relazioni tra ordinamenti, i quali si dispongono in rapporti di rilevanza o irrilevanza, di superiorità o dipendenza; e discorre delle varie specie di rinvio”⁴⁸. Ma già il discorrere di *relazioni* tra ordinamenti presuppone, appunto, dal punto di vista concettuale, la previa *distinzione* tra le (due o più) entità il cui rapporto si indaga.

Tantomeno il riconoscimento della pluralità dei vari ordinamenti giuridici finisce per implicare una sorta di ricostruzione “olistica” o l'applicazione congiunta delle rispettive regole di condotta.

⁴⁴ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 76.

⁴⁵ Ivi, p. 77 ss.

⁴⁶ Ivi, cit., p. 81.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ N. Irti, “Il mondo e lo sguardo giuridificante”, in Id., *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 198.

Da un punto di vista “interno”, infatti, del giurista che applica “dal di dentro” le norme di un qualche diritto, non si può che concorrere al contestuale funzionamento di un *solo* ordinamento giuridico, qualificando le azioni umane esclusivamente secondo quell’*unico* diritto.

Come efficacemente osserva Uberto Scarpelli,

Da un punto di vista interno non si può essere che monisti: chi impiega le norme, i valori, i criteri di un ordinamento nella qualificazione di fatti e comportamenti impiega quelli e non altri, e quelli impiega identificandoli sulla base di criteri che conferiscono unità all’ordinamento. Anche l’operatore che si pone rispetto a un ordinamento da un punto di vista interno può mostrare una larga disponibilità a ricevere norme, valori, criteri per l’uso nelle qualificazioni da una varietà di fonti (per esempio un giudice può essere orientato a basare i suoi giudizi non soltanto sulla costituzione e sulle leggi, ma anche o magari primariamente sui valori emergenti da tradizioni etiche e filoni ideologici presenti nella società), ma in ogni caso le norme, i valori, i criteri impiegati diventano nell’uso esclusivi di altre norme, altri valori, altri criteri, e la loro prevalenza suppone o implica criteri di soluzione delle antinomie assiologiche tali da configurare un ordinamento unitario. Dire che da un punto di vista interno non si può essere che monisti è insomma come dire, semplicemente, che non si può fare più di una qualificazione alla volta e facendo una qualificazione si fa quella e non un’altra; e che, usando nella qualificazione certe norme, certi valori, certi criteri piuttosto che certi altri, si mettono in gioco criteri di soluzione delle loro antinomie, entrando dunque nella prospettiva di un ordinamento unitario⁴⁹.

Né il discorso si limita al giurista che *applica* le norme di un ordinamento, poiché lo stesso ragionamento si può estendere, *mutatis mutandis*, al consociato che tali norme è chiamato a *osservare* e non può che osservare servendo un Demone solo alla volta.

Lo evidenziava col consueto acume Gianfranco Miglio, facendo notare proprio in chiosa alla teoria romaniana della pluralità degli ordinamenti giuridici come, tanto *ex parte principis* quanto *ex parte populi*,

l’esperienza storica e l’analisi della struttura dell’obbligazione politica, insegnano che quest’ultima, quando è effettuale, è sempre esclusiva. Nessuno può, per coerenza logica, riconoscere a più di un titolare (classe politica) il ‘monopolio della forza legittima’⁵⁰.

⁴⁹ U. Scarpelli, “Santi Romano, Teorico conservatore, teorico progressista”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi*, cit., p. 49.

⁵⁰ G. Miglio, “La soluzione di un problema elegante”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi*, cit., p. 216, con la conseguenza (*ivi*, p. 217) che “sempre sul piano storico, la stabilità dell’obbligazione decisiva può variare in modo notevole dal punto di vista cronologico. In altri termini ci sono età – e sistemi – in cui il centro del potere decisivo è sempre lo stesso (indipendentemente dalla rapidità di ricambio, anche conflittuale, dei gruppi che lo controllano); ed età – e sistemi – in cui invece il ‘monopolio della forza legittima’ tende a trasferirsi da un’istituzione a un’altra, con il mutare di base dell’obbligazione politica ‘decisiva’ (effettuale) cioè della vera sintesi politica. Ecco perché propongo di definire i regimi ‘pluralistici’ come sistemi caratterizzati, non da una molteplicità di centri politici ‘sovrani’ concorrenti, ma da una relativamente alta mobilità nel tempo dell’obbligazione politica decisiva”.

Da tutto ciò non può che discendere l'ulteriore considerazione – senz'altro banale ma al tempo stesso necessaria al prosieguo del nostro ragionamento – secondo cui ogni ordinamento avrà le *sue* specifiche fonti ed esse non saranno confondibili o genericamente sovrapponibili a quelle promananti da altre istituzioni, che avranno rilievo soltanto se espressamente richiamate.

Certo, quanto osservato varrà *in generale* per *qualsiasi* ordinamento, e non *unicamente* per quello *statale*. Ma è altrettanto ovvio che la considerazione simultaneamente unitaria ed esclusiva – ed in questo senso “monista” – di ciascun ordinamento giuridico varrà *anche* per quello statale, su cui Romano *in particolare* e maggiormente si sofferma. La conseguenza è che le norme giuridiche di altri ordinamenti, diversi da quello statale, avranno vigore in quest'ultimo solo se *espressamente* (quindi, per forza di cose, *legislativamente*) richiamate:

Nella sfera dell'ordinamento statale possono aver valore non solo le norme che derivano direttamente dallo Stato e da altri enti e soggetti che da esso ripetono la loro autonomia, ma anche le norme che derivano da ordinamenti, ossia da istituzioni, che sono rispetto allo Stato originarie, specialmente la comunità internazionale, gli Stati stranieri e la Chiesa. Esse, però, all'interno dello Stato, poiché anche questo è un ordinamento originario, non hanno efficacia in sé e per sé, direttamente, ma solo in quanto le leggi dello Stato medesimo gliela attribuiscono e nei limiti di tale attribuzione⁵¹.

L'analisi delle fonti del solo diritto statale, insomma, certamente (ed anzi: assiomaticamente) non esaurirà l'analisi delle fonti di ogni possibile ulteriore diritto (di ogni istituzione, di ogni ordinamento giuridico) non statale, identificabile al di sopra, al di sotto o magari a fianco dello Stato.

Una teoria davvero “generale” delle fonti del diritto, in questo senso, richiederebbe infatti l'analisi puntuale di ciascun ordinamento giuridico, e dunque l'indagine su tutti i vari “diritti” (oggettivi) sincronicamente o diacronicamente esistenti nelle varie compagini sociali del pianeta.

Nondimeno, la scelta di focalizzarsi, dal punto di vista osservativo, su un unico, distinto ordinamento per volta non soltanto non ha nulla di contrastante con la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, ma ne costituisce piuttosto uno dei presupposti analitici.

3.2. Le fonti dell'ordinamento statale tra diritto scritto e *ius involuntarium*

Se si è compreso che abbiamo detto, si capisce anche come la decisione di Romano di concentrarsi principalmente sull'ordinamento giuridico statale risulti perfettamente “naturale” e in un certo senso persino obbligata per una serie di intuibili motivi.

⁵¹ S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., p. 287.

Non si tratta, invero, “soltanto” di quella che è, a suo avviso, l’istituzione giuridica maggiore e più importante del suo tempo⁵², anche (e forse soprattutto) per la sua funzione di pacificazione dei conflitti sempre latenti proprio in ragione della pluralità di istituzioni “minori”⁵³, e che non a caso Romano elegge sempre a termine di paragone con tutti gli altri ordinamenti la cui giuridicità si sarebbe troppo a lungo erroneamente negata (diritto internazionale, diritto ecclesiastico, organizzazioni illecite etc.).

Lo Stato moderno, infatti, che in quegli stessi anni una celebre definizione di Giuseppe Capograssi additava come un “povero gigante scoronato”⁵⁴, agli occhi di Romano rimane pur sempre l’istituzione che in modo più evidente, dal punto di vista storico, aveva preteso di formalizzare il procedimento di produzione delle norme giuridiche, affidandola a specifici organi che hanno il compito di codificarle in testi scritti: le leggi.

E se è ben vero, come osserva Sabino Cassese, che “tutta l’opera del Romano dal 1897 in poi è in senso contrario a una concezione del diritto come legge dello Stato”⁵⁵, nel criticare – ed anzi, segnatamente *per criticare* – la riduzione dell’intero ordinamento giuridico a quella sua semplice parte costituita dalla legge egli *necessariamente* doveva prendere in considerazione proprio quello specifico ordinamento di cui pure la legge è elemento costitutivo, cioè a dire – daccapo – l’ordinamento giuridico dello Stato.

La prospettiva del Nostro, quindi, se da un lato apre al meta-normativo (per ogni istituzione e, pertanto, anche per quella statale), dall’altra chiude alla commistione tra ordinamenti differenti⁵⁶, e così anche a tutte le possibili ibridazioni tra il diritto statale e quello non statale⁵⁷: quello che potrebbe apparire un atteggiamento contraddittorio è in realtà un semplice corollario dell’istituzionalismo romaniano.

Ma quali sono e come interagiscono, nello specifico, le fonti dell’ordinamento statale?

Abbiamo già visto come rispetto alle fonti di diritto *scritto* e alla relativa interpretazione – che consiste in quella precedentemente indicata come interpretazione *della legge*: degli enunciati scritti del legislatore in senso lato – Romano

⁵² Sul tema v. puntualmente P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 171: “lo Stato, in una società complessa, è sicuramente il normale produttore del diritto perché solo lo Stato può produrre le regole generali e autorevoli di cui quella abbisogna per essere efficacemente ordinata”. Cfr. anche, con accento più critico, Id., *L’ordine giuridico medievale* (1995), Roma-Bari, Laterza, 2017, p. 32.

⁵³ Su questa funzione dello Stato come ente pacificatore *par excellence* cfr. ora F. Mazzarella, “La semplicità immaginaria. Apogeo e crisi dello stato liberale di diritto”, *Ars Interpretandi*, XVI (2011), p. 57 ss.

⁵⁴ G. Capograssi, “Saggio sullo Stato” (1918), ora in Id., *Opere*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1959, p. 5.

⁵⁵ S. Cassese, “Ipotesi sulla formazione de “L’ordinamento giuridico” di Santi Romano”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I (1972), p. 256.

⁵⁶ Cfr. G. Tarello, “La dottrina dell’ordinamento e la figura pubblica di Santi Romano”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi*, cit., p. 252: “Romano non si proponeva operazioni consistenti nell’attribuire rilevanza per il diritto statale ad altri ordinamenti, ove nell’ordinamento statale non si rinvenissero indici di tale rilevanza”.

⁵⁷ In questo senso cfr. esattamente G. Treves, “Riflessioni sul valore attuale dell’insegnamento di Santi Romano”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi*, cit., p. 259: “Romano, che da una parte era così aperto al fatto ed alla realtà sociale, che vedeva lo stesso Stato come qualcosa di reale, d’altra parte negava un’apertura dell’ordinamento giuridico verso altre realtà”.

palesa un atteggiamento epistemicamente rigoroso e insieme pienamente conforme alle indicazioni derivanti dal diritto positivo.

Lo stesso rigore e il medesimo rispetto per i meccanismi predisposti dal diritto positivo scritto contraddistinguono inoltre la concezione che il giurista palermitano mostra di avere intorno alla tematica dell'*integrazione* del diritto, nel caso in cui esso presenti delle lacune. Queste ultime, secondo Romano, non potranno “proliferare” liberamente a seconda delle valutazioni discrezionali dell'interprete, né il divieto di *non liquet* varrebbe come scusa per l'indefinito riempimento da parte del giudice di quegli spazi che l'ordinamento oggettivamente lascia vuoti in quanto giuridicamente irrilevanti⁵⁸.

Che dire allora delle fonti del diritto *non scritto*?

È lo stesso Romano a indicarne sia l'ampiezza e la centralità nell'architettura dell'ordinamento, tipicamente sottostimate da coloro i quali abbracciano una visione esclusivamente normativa di quest'ultimo, sia la connessione “forte” con l'approccio istituzionalistico al fenomeno giuridico:

L'esistenza poi di un *ius involuntarium*, avente una estensione e un'importanza maggiore di quanto generalmente si crede, appare più evidente se, invece della teoria così detta normativa o, meglio, ad integrazione di essa, sia accolta quella così detta istituzionale. Allora, ogni ordinamento giuridico, considerato nel suo aspetto, non solo più largo e comprensivo, ma anche più decisivo per comprenderne la natura, si rivela, non un complesso di norme, che ne sono piuttosto un prodotto e una derivazione, ma un ente sociale, avente una propria organizzazione e, quindi, una vita che si identifica con lo spirito giuridico che l'anima e che dalla struttura dell'ente non può scindersi, così come lo spirito vitale non può scindersi dal corpo vivente se non per mera astrazione⁵⁹.

Il criterio decisivo per riconoscerle all'interno del variegato complesso di regole, non solo giuridiche, che fioriscono in seno alla società è costituito dalla stretta inerenza alla istituzione statale, ai suoi bisogni e alle sue funzioni, con particolare riferimento a quella stabilizzatrice⁶⁰.

⁵⁸ Cfr. infatti S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., pp. 293-294: “ci sono intere materie che sono giuridicamente irrilevanti e restano fuori l'ordinamento giuridico che non le prende in considerazione né per imporle né per vietarle né per permetterle. Se quindi risulta che un caso o una materia non sono regolati né da disposizioni espresse né da disposizioni analoghe né da principii generali, ciò vorrà dire che rimangono fuori il campo del diritto. L'ordinamento statale, giova ripeterlo, è limitato e circoscritto, non ha norme per tutte le azioni umane, per tutti i rapporti sociali. Questa sua limitazione così intesa esclude che esso abbia delle lacune nel complesso delle sue norme, giacché, se manca una norma per un caso, questo caso non sarà giuridico, non essendoci materie o casi giuridici senza una norma che li renda tali: la sua completezza non implica una sua indefinita estensione, che invece esso non ha e non c'è ragione che abbia. Ed è fuori luogo invocare in senso contrario l'obbligo che ha il giudice di decidere, applicando la legge, ogni questione che gli venga sottoposta. Tale obbligo sarà disimpegnato anche quando egli accerterà che un caso o una materia rimangono fuori l'ordinamento giuridico e quindi, in base a quest'ultimo, dichiarerà inesistenti i diritti o i doveri eventualmente affermati dalle parti su un presupposto diverso e respingerà le azioni o le eccezioni fondate su di esso”.

⁵⁹ S. Romano, *Diritto e morale* (1947), ora in Id., *L'ultimo' Santi Romano*, cit., p. 657.

⁶⁰ V. infatti S. Romano, *Diritto (funzione del)* (1947), ora in Id., *L'ultimo' Santi Romano*, cit., p. 671: “Se si stabilisce l'equazione per cui ogni istituzione così intesa [qualsiasi ente o corpo sociale che abbia un assetto stabile e permanente e formi un corpo a sé, con una vita propria, n.d.a.] è un ordinamento giuridico e ogni ordinamento giuridico è una istituzione, la funzione stabilizzatrice del diritto anzitutto è messa in evidenza in modo

È in forza di tale criterio che Romano individua le tre fonti del suo *ius involuntarium*, la cui importanza “varia molto da Stato a Stato”⁶¹, a seconda cioè di come si atteggi in concreto la relativa istituzione.

3.2.1. I principi costituzionali fondamentali

Una prima fonte del diritto non scritto sono quelli che Romano chiama “i *principii generali o fondamentali*”. Di essi non viene offerta una descrizione contenutistica, neppure attraverso esempi, ma dalla loro connotazione strutturale emerge che sarebbero l’“ossatura identitaria” del diritto costituzionale, cioè a dire di quella che già in precedenza si era indicata come la componente primigenia e insieme più viva e pulsante dell’istituzione.

Detti principi, infatti,

sono impliciti nella stessa esistenza dello Stato, nella sua struttura, e nei suoi atteggiamenti concreti, dai quali sono da esprimersi e desumersi. Se alla c.d. ‘natura delle cose’ o ‘dei fatti’ non si può riconoscere valore di vera e propria fonte formale del diritto, lo stesso non è da ritenersi per la natura delle istituzioni e, quindi, in primo luogo dello Stato, giacché queste sono da per sé diritto positivamente vigente. Tali principii hanno una grande importanza per il diritto costituzionale anche di quegli Stati che possiedono una costituzione scritta; [...] né le carte costituzionali né le leggi particolari che sono ad esse complementari esauriscono tutto il diritto costituzionale di uno Stato, che, per la sua stessa natura, non si presta ad essere dichiarato in formule rigide e, in notevole parte, rimane non scritto⁶².

Tali fonti del diritto costituzionale non scritto sarebbero dunque storicamente anteriori e giuridicamente superiori a tutte le norme codificate in documenti o carte costituzionali, del resto solo eventuali. I primi (principi fondamentali) sarebbero infatti espressione immanente e immediata dell’istituzione statale, della quale le seconde (norme scritte) costituirebbero soltanto una manifestazione contingente e derivativa.

Ciò spiega anche come mai Romano consideri un errore da cui tenersi scrupolosamente alla larga quello di ricostruire i principi in parola non già, come si dovrebbe, direttamente dalla “realtà” stessa della istituzione statale, bensì dalle sue disposizioni scritte tramite quegli stessi procedimenti analogico-induttivi coi quali indirettamente si colmano le possibili lacune al livello della legislazione ordinaria⁶³.

In questo senso, infatti,

immediato ed esplicito, non come un corollario che sia da desumersi dalla definizione del diritto, ma con la stessa formulazione di tale definizione”. Sul punto cfr. anche U. Scarpelli, “Santi Romano, Teorico conservatore, teorico progressista”, cit., p. 59, per il quale, nella concezione romaniana, “il diritto ha funzione stabilizzatrice, e questa determinazione della sua funzione non è che l’esplicitazione di quanto sta già contenuto nella definizione del diritto come ordinamento giuridico cioè come istituzione”.

⁶¹ S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., p. 283.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

I principii di cui è parola non si debbono confondere con gli altri principii generali sostanzialmente diversi, che, per mezzo di interpretazione e col procedimento dell'*analogia legis* o *iuris*, si lasciano desumere da una o più norme scritte che regolano casi o materie simili, o anche dall'insieme delle norme scritte, considerate nel loro sistema: è, infatti, opinione dominante che essi non abbiano carattere diverso da quello delle norme espresse, e che solo apparentemente rappresentino un'estensione di queste ultime, nelle quali sarebbero invece compresi, sia pure in modo latente.

L'inversione metodologica implicita in questo *modus operandi*, del resto, emerge con evidenza non appena si pone mente al fatto che i principi costituzionali fondamentali non potrebbero dipendere dal contenuto delle norme costituzionali scritte se non altro per la buona ragione che ne costituiscono il costante presupposto. Proprio tali principi, infatti, parrebbero comporre il substrato culturale e istituzionale "profondo" di tutte le norme scritte, rappresentando così quello "spirito" che diverrebbe fondamento e causa della differente interpretazione di queste ultime (in quanto parte dell'ordinamento) anche a parità della relativa "lettera":

"Anche due costituzioni consacrate in carte le cui disposizioni siano perfettamente coincidenti differiranno immancabilmente nel modo con cui tali disposizioni saranno intese e interpretate: la identità letterale non escluderà mai la diversità del loro spirito e della loro vera essenza"⁶⁴.

3.2.2. Le consuetudini

Se i principi costituzionali fondamentali, nella logica del discorso romaniano, incarnano la fonte del diritto non scritto probabilmente più vicina alla (se non addirittura coincidente con la) natura "originaria" o all'"essenza" stessa dell'istituzione statale in quanto organizzazione della società "dall'alto", attraverso "i numerosi meccanismi o ingranaggi, i collegamenti di *autorità* e di *forza*, che producono, modificano, applicano, garantiscono le norme giuridiche, ma non si identificano con esse"⁶⁵, la consuetudine rappresenta invece la fonte del diritto con la quale il corpo sociale si esprime più direttamente "dal basso".

Anch'essa, tuttavia, rimane sempre – nell'ottica di Romano – una manifestazione della società non già allo stato "fluidico", bensì di un potere sociale *organizzato* intorno all'istituzione statale e ai relativi gangli.

Segnatamente tale caratteristica porta ad escludere dal novero delle fonti del diritto statale non scritto tutte quelle regole che, pur variamente connesse e in questo senso senz'altro anche *rilevanti* per il funzionamento del diritto, non risultino *autonomamente cogenti* dal punto di vista giuridico, in quanto *essenziali* alla vita dell'istituzione.

È questo il caso delle "le c.d. *regole di correzione costituzionale*" e

⁶⁴ Ivi, p. 197.

⁶⁵ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 13 (corsivo mio).

Lo stesso è a dirsi anche per le norme della morale, del costume, della giustizia, o del diritto naturale, dell'equità, della convenienza politica o amministrativa, che analogamente a quelle della correttezza costituzionale, possono essere giuridicamente rilevanti. Si pensi alla grandissima importanza che nell'ordinamento inglese è attribuita all'equità essendo i giudici autorizzati a mitigare, come il pretore romano, il 'rigor legis' con l'*'aequum et bonum'*, sia pure attenendosi ai c.d. 'precedenti'. Spesso le leggi si richiamano a queste norme, per delimitare il campo della loro applicazione o per meglio precisare il significato delle proprie disposizioni. In tutti questi casi, la norma giuridica è soltanto la legge e queste altre norme non si trasformano esse stesse in giuridiche⁶⁶.

Gli stessi *usi* – che spesso affiorano tra le maglie del codice civile e che pure talvolta vengono (impropriamente) chiamati consuetudini *secundum legem* – non sarebbero secondo questa impostazione autentiche fonti del diritto, ma semplici ripetizioni di comportamenti ai quali è la legge (e *solo* la legge) a conferire efficacia giuridica.

Non così la *consuetudine* in senso proprio, la quale viceversa è fonte del diritto statale (non scritto) a pieno titolo, anche quando per avventura sia non soltanto *praeter*, ma pure *contra legem*. Essa, infatti,

è fonte del tutto autonoma e indipendente, trae da se stessa la propria efficacia e, se ne ha la forza, anche quando la legge preventivamente la vieta, colpisce e fa venire meno tale legge. Vero è che, negli Stati moderni, che alla produzione spontanea del diritto preferiscono quella artificiale che ha luogo per mezzo dei loro poteri legislativi, e quindi avversano le consuetudini che non siano conformi alle leggi, i numerosi controlli ed istituti che hanno la funzione di assicurare l'osservanza di queste riescono di regola ad impedire la formazione delle prime, ma, se queste risultato non ottengono in linea di fatto, la consuetudine mantiene tutto il valore che è proprio della sua natura: o vien meno o, se continua a vivere, è diritto⁶⁷.

Le caratteristiche della consuetudine così tratteggiate da Romano parrebbero suggerire, insomma, che proprio la capacità effettuale di questa fonte di vincere la contesa col diritto legislativo sia l'indice idoneo a provare da un lato il *soggettivo convincimento* dei consociati circa la doverosità del comportamento uniformemente riprodotto e dall'altro lato l'*oggettiva necessità* di esso per l'istituzione statale.

La celebre formula della "*opinio juris ac necessitatis*" non conterrebbe così soltanto una endiadi, ma riuscirebbe a illustrare i due lati (sociale e istituzionale) di quella complessa medaglia costituita dal diritto involontario.

⁶⁶ S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., pp. 286-287.

⁶⁷ Ivi, p. 284.

3.2.3. La necessità

L'ultima fonte del diritto statale non scritto, che costituisce anche l'estremo approdo della teoria romaniana delle fonti, è la c.d. *necessità*.

Ricorrendo ancora una volta alle parole dello stesso Romano,

Questa implica un'esigenza esplicita ed impellente di bisogni sociali, che impone una determinata condotta in difesa delle istituzioni vigenti. Differisce dalla consuetudine per la maggior energia che determina la sua affermazione improvvisa, senza che occorra un periodo di tempo più o meno lungo che la consacri, e soltanto allora acquista il carattere di norma giuridica quando si esplica come esigenza non puramente razionale, ma istituzionale: il che distingue la necessità, che è da ammettersi, da quella cui talvolta accennavano dottrine facenti capo alla concezione del diritto naturale⁶⁸.

Va da sé che questa fonte, per la sua stessa natura, non è ulteriormente qualificata né dal punto di vista procedurale, né da quello sostanziale, dipendendo le sue forme e i suoi contenuti dalle specifiche circostanze “emergenziali” nelle quali l'istituzione statale si può trovare.

Sebbene talvolta sia il diritto autoritativo scritto a conferire espressamente a specifiche autorità il potere di adottare provvedimenti straordinari per affrontare situazioni – appunto – di necessità e urgenza anche in deroga alle leggi stesse, le relative facoltà non trovano reale fondamento e neppure un valido argine giuridico nelle eventuali disposizioni di legge attributive di quel potere:

Come la consuetudine, anzi a maggior ragione, data la sua maggiore energia, la necessità è fonte autonoma del diritto, superiore alla legge. Essa può implicare la materiale e assoluta impossibilità di applicare, in certe condizioni, le leggi vigenti e, in questo senso, può dirsi che ‘*necessitas non habet legem*’. Può anche implicare l'imprescindibile esigenza di agire secondo nuove norme da essa determinate e, in questo senso, come dice un altro comune aforisma, la necessità fa legge. In ogni caso, ‘*salus rei publicae suprema lex*’⁶⁹.

La necessità – come si può facilmente notare – è qui intesa come esigenza non soltanto *ineludibile* e *inderogabile*, ma anche *urgente* e assolutamente *improrogabile*, aggiungendo insomma alla caratteristica strutturale (di ciò che è necessario) una precisa componente spazio-temporale (ciò che è necessario all'istante, *hic et nunc*).

Tanto precisato, peraltro, *ciascuna* delle fonti del diritto statale non scritto sembrerebbe condividere quella che si è indicata come la caratteristica della “necessità” dal punto di vista strutturale, che viene così a costituire la chiave di volta dell'intera concezione non-volontaristica di Romano.

La *salus institutionis*, infatti, si atteggia a *suprema lex* di tutto il diritto involontario, laddove l'esigenza – la necessità, appunto – di garantirla si esprime in forme differenti nelle differenti fonti, volte rispettivamente ad assicurare la *sopravvivenza* (necessità),

⁶⁸ Ivi, p. 285.

⁶⁹ Ivi, pp. 285-286.

l'*identità* (principi costituzionali fondamentali) e la perdurante *adeguatezza* rispetto alle esigenze sociali (consuetudini) dell'ordinamento giuridico dello Stato.

3.2.4. (segue) Elasticità del diritto non scritto ed evoluzione dell'ordinamento

L'indiscutibile importanza attribuita alle fonti non scritte dell'ordinamento giuridico, ed in particolare proprio alla necessità, ha addirittura indotto un attento studioso di Romano a sostenere, in modo apparentemente paradossale, che la *totalità* del diritto statale, ivi incluse tutte le sue leggi scritte, sarebbero di origine involontaria⁷⁰: in questa chiave il legislatore, in quanto organo dell'istituzione-Stato, avrebbe così il potere di riconoscere e di esplicitare le norme già espresse *in nuce* dal corpo sociale, rendendole a tutti conoscibili, ma non di crearle *ex novo*, tantomeno *ex nibilo*⁷¹.

Qui non interessa discutere tale tesi nella sua interezza⁷². Se ne può tuttavia senz'altro condividere quella parte in cui si sottolinea come sarebbe da respingere l'idea

che il Romano si sia affidato completamente al legislatore per l'acquisizione delle nuove aree di giuridicità o per la modificazione parziale o meno di quelle esistenti. Egli, infatti, rendendosi conto dei rischi del giusvolontarismo (*quod principi placuit legis habet vigorem*) e coerente col suo realismo, affermava essere le norme fondate sulla necessità prevalenti su quelle fondate sulla legge, qualora queste non corrispondano più alle esigenze ed ai bisogni sociali⁷³.

⁷⁰ È questa la tesi di A. Tarantino, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, II ed., Milano, Giuffrè, 1980, p. 21: "A voler bene riflettere, il diritto romaniano è tutto diritto involontario, anche se, come lo stesso Romano affermava, negli Stati moderni la legge, come atto di volontà emesso da appositi organi legislativi, costituisce la maggior parte del diritto. [...] Il carattere di involontarietà del diritto romaniano è deducibile dal principio secondo cui norme giuridiche sono solo quelle norme che fanno parte e sono espressione dell'istituzione. Particolarmente, nella concezione romaniana del diritto le norme di distinguono in norme che nascono insieme e contemporaneamente con l'istituzione, le quali, come tali, sono *ius involuntarium*, puramente e semplicemente, e norme che, durante la vita dell'istituzione, sono emesse da appositi organi. Queste, essendo emanate attraverso una procedura determinata, si presentano come atti di volontà, ma, in sostanza, sono volontarie solo nella misura in cui passano attraverso la volontà del legislatore, non per acquistare efficacia, ma per essere maggiormente conosciute".

⁷¹ A. Tarantino, *op. cit.*, p. 23: "Sembrirebbe che il Romano abbia fatto derivare l'efficacia del diritto volontario dalla pubblicazione delle norme in appositi documenti non per un cedimento al giusvolontarismo, ma per avere la certezza che tutti conoscano i nuovi spazi di giuridicità individuati dal legislatore nella coscienza sociale; nuovi spazi che dovrebbero essere intesi come nuove aree di giuridicità acquisite dall'istituzione attraverso la dinamicità della sua struttura, cioè attraverso la dinamicità. Il diritto volontario romaniano sarebbe, quindi, un diritto che il legislatore individua come esistente nella coscienza sociale, che non è ancora conosciuto da tutti i consociati, ma che tutti i singoli facenti parte dell'istituzione hanno bisogno di conoscere per poterlo considerare efficace".

⁷² Cosa che verosimilmente implicherebbe di ragionare in modo differenziato a seconda del settore (costituzionale, amministrativo, privato etc.) dell'ordinamento giuridico in cui il legislatore opera, instaurando rapporti più o meno intensi e più o meno evidenti col diritto non scritto.

⁷³ A. Tarantino, *op. cit.*, p. 23.

Il legislatore, come già si vedeva, è certamente *uno* dei fattori propulsivi dell'ordinamento, ma altrettanto certamente *non l'unico* e per lo meno nel campo del diritto costituzionale neppure il principale. La sua inerzia non impedisce pertanto all'ordinamento di trovare altre vie per strutturarsi in modo conforme alle proprie necessità istituzionali. All'interno di questa particolare forma di “*evoluzionismo giuridico*”⁷⁴, le fonti non scritte sono ciò che consente *in ogni caso* all'ordinamento di non avvizzire, mantenendosi una realtà viva⁷⁵.

In ultima analisi, è una sorta di “astuzia dell'istituzione” a esigere, e al tempo stesso a produrre, un sistema delle fonti in grado di garantire permanentemente all'ordinamento giuridico un adeguato tasso di flessibilità (sincronica e diacronica) ed è proprio per questa sua attitudine che il diritto involontario in generale, e la necessità in particolare, può vantare una supremazia sulle altre fonti.

Per concludere sul punto sempre con le parole di Antonio Tarantino:

sembra che nella dottrina del Romano, dal rapporto necessità-diritto scaturisca un concetto di diritto non statico, ma suscettibile di evolversi di pari passo con la trasformazione della realtà sociale. Il concetto romaniano di diritto acquista, in tal modo, il carattere di elasticità o flessibilità che dir si voglia. Proprio siffatto carattere consente al diritto, senza mai fargli perdere la sua individualità, di disciplinare sia la realtà sociale, così com'è, che i nuovi spazi di socialità conquistati dal progresso, e di regolare, in maniera provvisoria, situazioni sociali particolari e non definitive. Ancora, è il carattere di flessibilità che consente al diritto di operare il rigetto delle leggi appena le cause che le hanno determinate vengono meno⁷⁶.

3.4. Il problema (irrisolto) delle fonti di cognizione

Acquisito quali siano le fonti *di produzione* del diritto statale involontario, occorre ora chiedersi quali possano essere quelle che, per simmetria, potremmo chiamare le sue fonti *di cognizione*.

Se, come già si diceva, il problema dell'interpretazione dell'ordinamento è soprattutto un problema d'interpretazione delle fonti non scritte, per ragionare sul *come* interpretare queste ultime bisognerà infatti prima capire a *quali* elementi (più o meno empirici) della realtà di riferimento rivolgere la propria attenzione di interpreti. In questa chiave, osservare che ci si dovrà impegnare in qualche forma di analisi della “realtà sociale”, con ciò implicando anche il recupero della componente di “fattualità” nello studio del diritto⁷⁷ è senz'altro esatto, ma al tempo stesso non ancora abbastanza.

È ben vero, infatti, che per Romano il concetto di diritto “deve ricondursi al concetto di società”⁷⁸ e che “il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un

⁷⁴ La definizione è di M. Barberis, “Santi Romano e le metamorfosi dell'istituzionalismo”, cit., p. 244, dove pure si sottolinea come questo preveda “anche processi non intenzionali di produzione”.

⁷⁵ Cfr. A. Tarantino, op. cit., p. 101: “L'elemento *vitalità* permette al diritto romaniano, inteso come realtà reale, di modificarsi ogni qual volta una situazione fattuale duratura venga ad interessare la situazione socio-fattuale preesistente”.

⁷⁶ A. Tarantino, op. cit., p. 92.

⁷⁷ Sul punto cfr. P. Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 14.

⁷⁸ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 20.

semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante⁷⁹. Tali rilievi, tuttavia, valgono per *qualsiasi* ordinamento giuridico (per *qualsiasi* diritto), che in quanto istituzione sarà sempre espressione della società organizzata e non riducibile alle sue sole norme, mentre qui ci si deve interrogare su quali siano gli *specifici* dati di realtà sociale che interessano l'ordinamento giuridico (= l'istituzione) *statale*.

In questa chiave, ragionare sullo spostamento dell'angolo di osservazione del giurista dallo Stato alla società⁸⁰ risulterebbe un'indicazione utile solo per chi, contrapponendo lo Stato alla società, *non* condivide le premesse istituzionalistiche di Romano. All'interno di queste ultime, infatti, guardare lo Stato, inteso come ordinamento giuridico (statale), significa *necessariamente* guardare, insieme e in contemporanea, la società da cui la relativa istituzione promana.

Proprio Romano, però, ci insegna anche che da quella medesima società originano *plurimi* ordinamenti giuridici, ulteriori e diversi da quello statale, sicché non ogni manifestazione giuridica *della società* organizzata potrà essere rilevante per il diritto *dello Stato*. La società, per intenderci, esprime l'ordinamento giuridico statale così come quello delle organizzazioni criminali⁸¹, ma è tutto sommato ovvio che le fonti non scritte dell'uno e delle altre, pur dipendendo entrambe da elementi “fattuali” della “realtà sociale”, non saranno le medesime e non saranno riconoscibili attraverso l'osservazione degli stessi “dati di *input*” della società.

Né si tratta “soltanto” di individuare un criterio che consenta di distinguere le manifestazioni della società organizzata che riguardano l'istituzione statale da quelle che invece pertengono ad altre istituzioni. Anche all'interno delle norme non scritte generate presso la sola istituzione statale, infatti, non tutte assurgono al rango di norme *giuridiche*⁸², ma soltanto quelle che – come già si diceva con specifico riferimento alla consuetudine – risultino non semplicemente *rilevanti*, ma *necessarie* al funzionamento e alla vita dello Stato inteso come “ordinamento”⁸³.

Se quanto osservato finora ha senso, dunque, affermare che per Romano “il diritto è più nel continente sommerso della vita quotidiana di un popolo – nel suo tessuto di costumanze, di pratiche, di consuetudini – che non nella superficie

⁷⁹ Ivi, p. 21.

⁸⁰ Come fa, ad esempio, P. Grossi, “Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 60 (2006), 2, p. 377 ss.

⁸¹ Per una panoramica sul tema v. ora S. Bolognini, *Pluralismo giuridico e ordinamenti contra legem*, Roma, Edizioni Nuova Cultura, 2012.

⁸² Cfr. P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 13: “È infatti chiaro che il sociale è la nicchia imprescindibile del diritto, ma non ogni manifestazione sociale è di per sé giuridica. Se così fosse, il diritto si confonderebbe e si spegnerebbe nella sociologia, ossia nella scienza che studia la società come realtà globale e che assume a proprio oggetto ogni fatto sociale”.

⁸³ Cfr. A. Tarantino, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 97, laddove si osserva come il diritto secondo Romano sarebbe “l'organizzazione del fatto sociale”, o meglio ancora una “realtà reale che organizza la realtà sociale”, cioè a dire qualcosa che “trova il suo fondamento nella realtà sociale; esso, cioè, è una realtà che non è appesa nel vuoto o che esiste nella mente di chi la pensa, ma una realtà che ha come sostrato e come suo luogo vitale il fatto sociale”. V. inoltre *ibidem* per la precisazione (invero non intuitiva) secondo cui “si hanno [...] due tipi di realtà, la realtà reale e la realtà sociale; entrambe costituiscono il fenomeno giuridico. Con precisione, quando una realtà sociale si presenta con determinate caratteristiche di vita e di vitalità nasce anche la realtà reale ed insieme costituiscono la realtà giuridica”.

appariscente di leggi e atti amministrativi”⁸⁴ è certamente corretto, ma ancora non basta per individuare quali *specifiche* costumanze, pratiche o consuetudini *sociali* vanno indagate in quanto, ad un tempo, *statali* e *giuridiche*.

Romano non parrebbe sciogliere con chiarezza questo nodo. Non è un caso, del resto, se la mancata indicazione di un parametro – o, se si preferisce, la semplice indicazione di un parametro molto vago e dal sapore un po’ “autoreferenziale” come quello della “essenzialità all’istituzione statale” – gli sia valsa e l’accusa (o comunque la critica) di “pangiuridicismo”⁸⁵.

Con specifico riguardo alle possibili “fonti” di cognizione del diritto non scritto, è stato osservato come “La *coscienza sociale* costituisce [...], nella dottrina del Romano, la sede in cui si forma il diritto, cioè l’ambito nel quale il legislatore lo trova prima di dichiararlo”⁸⁶.

La “coscienza collettiva”, tuttavia, risulta un concetto impalpabile e se non opportunamente specificato non parrebbe portare molto lontano né per quanto concerne gli oggetti empirici di riferimento, vale a dire quei dati della realtà, magari immateriale ma pur sempre indirettamente percepibile attraverso i sensi, sui quali ci si dovrebbe concentrare.

Né a diverse conclusioni sembrerebbe condurre la ricostruzione, pure autorevolmente sostenuta, secondo cui nell’ottica istituzionalistica “l’ordine giuridico autentico attinge allo *strato di valori* di una comunità per trarne quella forza vitale che nasce unicamente da una convinzione sentita”⁸⁷, se è vero che poi il concetto di “valore”, notoriamente tra i più ambigui e controversi nella letteratura giuridica⁸⁸, verrebbe a sua volta ridefinito (in senso storicamente condizionato) proprio tramite il ricorso alla stessa “coscienza collettiva”. Il valore, infatti, in questa chiave altro non sarebbe se non “un principio o un comportamento *che la coscienza collettiva ritiene di*

⁸⁴ P. Grossi, “Lo Stato moderno e la sua crisi’ (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 61 (2011), p. 20.

⁸⁵ V. per tutti G. Tarello, “Il diritto come ordinamento”, in R. Orecchia (a cura di), *Atti del X Congresso nazionale di filosofia giuridica e politica*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 66. Sul punto cfr. anche G. Gavazzi, “Santi Romano e la teoria generale del diritto”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi*, cit., p. 77: “Che alla base della teoria del diritto di Santi Romano stia una concezione eminentemente giuridica della società non sembra dubbio. Data l’equivalenza fra corpo sociale, istituzione e ordinamento giuridico, ogni fenomeno sociale che riproduce le caratteristiche dell’istituzione, è diritto. È vero che non è molto chiaro fin dove arrivi per Santi Romano il fenomeno meramente sociale della convivenza e dove cominci quello dell’istituzione ed è anche vero che l’autore negava recisamente che qualsiasi fatto sociale desse luogo per ciò stesso ad una istituzione; ma è difficile sottrarsi all’impressione che il Santi Romano avesse una spiccata tendenza a considerare in termini giuridici se non tutti la maggior parte dei fenomeni sociali. Onde non è scorretto parlare della concezione romaniana della società come di una sorta di pangiuridicismo”.

⁸⁶ A. Tarantino, *La teoria della necessità nell’ordinamento giuridico*, cit., p. 15, dove si richiama espressamente S. Romano, “Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano (1902)”, ora in Id., *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 194 ss.

⁸⁷ P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, cit., p. 20 (corsivo mio).

⁸⁸ Cfr. A. Longo, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, Jovene, 2007. Più recentemente v., con differenti impostazioni, i contributi di A. Baldassarre, “Filosofie dei valori ed ermeneutica dei valori (a proposito del “pensare per valori”)”, *Lo Stato. Rassegna di diritto costituzionale, dottrina dello Stato e filosofia del diritto*, a cura di A. Carrino, I (2012), 3 ss; A. Vignudelli, “Valori fuori controllo? Per un’analisi costi/benefici d’un *topos* della letteratura costituzionalistica contemporanea”, *Lo Stato. Rivista di Scienza Costituzionale e Teoria del Diritto*, I (2013) pp. 71-116. Interessanti osservazioni sono ora rinvenibili anche in Q. Camerlengo, *Virtù costituzionali*, Milano, Mimesis, 2017, p. 16 ss.

sottolineare isolandolo e selezionandolo dal fascio indistinto dei tanti principii e comportamenti”⁸⁹.

Ma – daccapo – su quali comportamenti o su quali convinzioni sociali (con quali caratteristiche?) ci si dovrebbe focalizzare in quanto selezionati (e come?) dalla coscienza collettiva, della quale verrebbero così a essere “esponenziali”?

Ciò a tacere del fatto, infine, che le fonti non scritte del diritto statale neppure parrebbero *tutte* rinviare a comportamenti o convinzioni diffusi a livello sociale: se così è certamente per le *consuetudini*, che tra l’altro parrebbero le uniche a vantare una tradizione di studio di qualche spessore da parte dei giuristi⁹⁰, molto meno parrebbe questo il caso dei *principi costituzionali fondamentali*, che richiamano più una dimensione politico-autoritativa per certi versi assimilabile a quella della “costituzione in senso materiale” di Mortati⁹¹, o della *necessità*, che invece parrebbe esprimere una semplice esigenza di autoconservazione dell’ordine istituzionale.

In questi due ultimi casi la coscienza collettiva sociale – a meno di non circoscrivere molto (fin quasi a snaturarlo) il relativo concetto dal punto di vista soggettivo e materiale – parrebbe davvero aver poco da dire.

3.5. Quale metodo per l’interpretazione dell’ordinamento?

L’incertezza in ordine ai referenti empirici d’indagine del diritto statale non scritto, ovviamente, non può che ripercuotersi sugli aspetti metodologici dei relativi processi di conoscenza. Se non si sa bene (*i.e.*, esattamente) *cosa* si deve osservare, implementare un metodo di ricerca puntuale e verificabile che indichi *come* studiarlo diviene molto complicato.

Del resto, se in un’ottica istituzionalistica l’interpretazione dell’ordinamento è soprattutto interpretazione del diritto non scritto, non riuscire a risolvere in modo convincente il problema metodologico relativo a quest’ultima rischia di compromettere la tenuta dell’intero impianto concettuale.

Il pericolo diviene ovviamente tanto più concreto quanto più, nell’interpretare le fonti del diritto non scritto per il tramite di una non meglio precisata “coscienza collettiva”, si scivoli in qualche forma – più o meno esplicita e più o meno intensamente storicizzata – di “intuizionismo”, laddove

L’intuizionismo risulta una metaetica particolarmente controversa. Esso, infatti, è fondato da un lato su ipotetiche capacità intuitive degli esseri umani (che non vengono ulteriormente illustrate) e, dall’altro lato, sul concetto di autoevidenza delle verità matematiche (che si applicherebbe anche alle cosiddette ‘verità’ morali). Orbene, mentre possono muoversi all’intuizionismo molte delle critiche rivolte al ‘naturalismo’, e in particolare quelle centrate sull’impossibilità logica di derivare un dover essere da un essere, deve notarsi che lo stesso concetto di ‘autoevidenza’

⁸⁹ P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, cit., p. 20 (corsivo mio).

⁹⁰ Per indicazioni aggiornate cfr. ora B. Celano, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Roma, Aracne, 2010.

⁹¹ Cfr. C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 127, dove si qualifica il fine politico statale come “l’essenza stessa della costituzione fondamentale”, che “diviene la fonte prima del diritto dello Stato”.

è tutt'altro che unanimemente riconosciuto anche in campo matematico. Si è dimostrato, per esempio, che nel campo della logica e della matematica alcune di quelle che appaiono a prima vista delle 'verità evidenti' si rivelano a un'analisi più attenta degli errori marchiani. [...] L'intuizionismo in campo metaetico conduce a una sorta di irrazionalismo romantico⁹².

Non è neppure a dire come la questione *epistemologica*, di come cioè si possa correttamente conoscere l'ordinamento statale, sia di vitale importanza per l'istituzionalismo romaniano, poiché da essa parrebbe dipendere tanta parte della credibilità della sua impostazione *ontologica*. Asserire infatti, come Romano ripetutamente fa, che l'ordinamento giuridico in quanto istituzione ha necessariamente "un'esistenza obiettiva e concreta, e, per quanto immateriale, la sua individualità deve essere esteriore e *visibile*"⁹³, presuppone appunto la possibilità di *osservare*, cioè a dire d'interpretare esattamente tale realtà immateriale. Senza un *oggettivo* metodo d'osservazione, tuttavia, a tutto danno delle rivendicazioni realistiche ed effettuali dell'istituzionalismo, l'immaterialità dell'ordinamento giuridico finisce inevitabilmente per confondersi con la *soggettività* della visione di taluni interpreti qualificati.

Per concludere sul punto con le parole di Guido Fassò,

la *Gewinnung* di un diritto allo stato fluido come quello espresso dalla coscienza del popolo, o dalla volontà o dall'interesse di esso, o da consimili entità imprecisate, rischia di essere affidata all'intuizione mistica di "sacerdoti" di tali entità, di persone che si erigono a loro interpreti: persone privilegiate in grado di cogliere i veri valori della convivenza sociale, della conoscenza dei quali esse peraltro non hanno modo di rendere partecipi gli altri membri della società mediante un procedimento razionale, e la cui osservanza perciò debbono imporre loro autoritariamente⁹⁴.

È tra l'altro difficile credere che per modificare tale conclusione, ampiamente sfavorevole alla teoria giuridica romaniana, possano apportare un aiuto davvero decisivo altre discipline di studio degli stessi fenomeni sociali e istituzionali, a partire da quella sociologica⁹⁵.

⁹² M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 253. Cfr. *ivi*, p. 244 ss. per una più completa esposizione delle varie forme di "intuizionismo" in campo etico, nonché per il loro raffronto con le visioni (varianti?) "naturalistiche" e "storicistiche".

⁹³ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 27 (corsivo mio).

⁹⁴ G. Fassò, "Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale", in Id., *Scritti di filosofia del diritto*, II, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 1015-1016, dove la citazione così, molto perentoriamente, si chiude: "si tratta spesso, infatti, delle stesse persone che ritengono lecito per sé e per i loro compagni di fede – perché di *fede* si tratta – l'uso della forza, al servizio appunto dei valori di cui esse son portatrici. Una volta usavano il rogo, poi hanno usato le camere a gas, oggi si servirebbero forse di altri mezzi; ma l'atteggiamento sarebbe sempre il medesimo, quello che si appella a valori misticamente intuiti e che prescinde dalla ragione".

⁹⁵ Come a suo tempo suggeriva già M.S. Giannini, "Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici", in *Atti del XIV Congresso internazionale di sociologia*, IV, Roma, S.I.S., 1950, p. 461: "solo la sociologia e non il diritto può spiegare perché nell'ordinamento giuridico sono compresenti l'istituzione e la norma, in mutua implicazione, o, in linguaggio sociologico, in rapporti di interazione simultanea". Più recentemente cfr. M. Barberis, "Santi Romano e le metamorfosi dell'istituzionalismo", cit., p. 256: "Come funzionano le istituzioni? Questo è il problema *fenomenologico* dell'istituzionalismo. È evidente che si può rispondere alla domanda solo rivolgendosi a

Per un verso, infatti, lo stesso Romano, geloso com'era dell'autonomia disciplinare della propria scienza⁹⁶, era ampiamente scettico sull'ipotesi di ibridazioni metodologiche con le altre *Sozial- und Staatswissenschaften*⁹⁷ e manteneva un atteggiamento estremamente prudente anche solo rispetto al possibile ricorso del giurista ad altri filoni di ricerca, paventando le conseguenze della possibile confusione tra oggetti solo *nominalisticamente* identici:

Che il giurista possa giovare delle ricerche non giuridiche attinenti allo Stato e che anzi debba tenerne conto, è senz'altro da ammettersi [...]. Ma ciò non vuol dire che egli debba abbandonare il 'metodo giuridico' pel 'metodo politico' o pel 'metodo storico' o pel 'metodo sociologico'. Non si deve dimenticare che la realtà dei fenomeni attinenti allo Stato non è per lui quella che risulta dalle indagini di altre scienze, ma è quella e soltanto quella che è parsa tale all'ordinamento giuridico di cui egli è l'interprete e l'espositore⁹⁸.

Per altro verso, poi, né la sociologia né le altre scienze empiriche della società parrebbero finora essere state in grado di risolvere il problema dell'efficace accertamento dei contenuti di una (presunta) "coscienza sociale" o "collettiva", con tali espressioni intendendosi i convincimenti *concretamente* diffusi presso una certa comunità di consociati.

Non è questa la sede per riprendere nel dettaglio tematiche altamente complesse, con le quali di solito il giurista si confronta solo marginalmente, in casi magari (qualitativamente) interessanti ma pur sempre (quantitativamente) periferici della sua attività di interprete⁹⁹. Basterà qui riassuntivamente richiamare sul punto le considerazioni di Giorgio Pino da una parte e di Robert Alexy dall'altra.

Il primo quando invita a domandarsi

se, per individuare ciò che prescrive la "coscienza sociale", sia sufficiente fare riferimento a ciò che pensa la *maggioranza* dei membri di una comunità. Innanzitutto, l'individuazione di una maggioranza, specialmente in un ambito talmente vasto e informe come 'la società' nel suo complesso, non è affare semplice né del tutto trasparente, e il teorema dell'impossibilità di

discipline non giuridiche: sociologia, teoria dell'azione, dell'evoluzione, dei sistemi, dei giochi e più in generale metodologia delle scienze sociali".

⁹⁶ Questo aspetto, cruciale in tutta la riflessione di Romano, è ben evidenziato anche V.E. Orlando, *Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico*, Bologna, Zanichelli, 1948, p. 22, laddove egli si riferisce a "un punto che tocca la natura stessa del modo della nostra conoscenza di quella materia che si chiama diritto. E si intende pertanto come non si possa dare per diritto un problema che determini un così vitale interesse come appunto questo dei rapporti di esso da un lato verso la filosofia, dall'altro lato verso la realtà empirica. Fra questi due estremi, vi è un campo riservato allo studio nostro? Da ciò dipende sapere se il diritto sia o no una scienza, nel senso proprio di questa espressione".

⁹⁷ Cfr. espressamente S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., pp. 199-200: "Il sincretismo metodico impedisce sovente di porre esattamente i problemi e di risolverli secondo il punto di vista che è ad essi specifico. Inoltre, esso conduce a sacrificare la parte meno consolidata della disciplina artificiosamente unificata in favore della parte più progredita. Così il diritto costituzionale veniva spesso, anzi quasi sempre, soffocato dalla politica, scienza più antica e, per dir così, più corpulenta, meno tecnica e, quindi, anche più facile per i dilettanti, nonché più gradita dal grosso pubblico".

⁹⁸ S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., p. 200.

⁹⁹ Mi è capitato di svolgere qualche considerazione sul punto in F. Pedrini, *Le "clausole generali"*. *Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, Bononia University Press, prima ristampa riveduta e corretta, 2014, p. 127 ss.

Arrow e i teorici della *public choice* hanno mostrato che le maggioranze, lungi dall'essere entità fisse e predeterminate, sono entità che si aggregano in modi *sincronicamente* variabili, anche in relazione al modo specifico in cui viene presentata la questione su cui si vuole individuare una maggioranza¹⁰⁰.

Il secondo, quando osserva che

in molti casi le valutazioni della collettività non possono essere constatate con precisione. Anche ricorrendo all'aiuto dei metodi delle scienze sociali ci si imbatte spesso in valutazioni che non sono sufficientemente concrete per poter servire da base per le decisioni. A questo scopo la collettività dovrebbe intervenire in tutti i casi che devono essere decisi. Inoltre, spesso ci si troverà di fronte a valutazioni divergenti. Quali valutazioni dovrà allora seguire chi decide? Questo vale anche nel caso in cui ci si riferisca a valutazioni di "determinate cerchie", rispetto alle quali vanno presi in considerazione particolare i giuristi oppure, all'interno della cerchia dei giuristi, i giudici. Anche qui non sono infrequenti opinioni del tutto differenti. Inoltre, chi ricorre alle convinzioni di determinate cerchie, deve giustificare il motivo per cui proprio le opinioni delle persone che ne fanno parte debbano essere quelle decisive.

Inoltre, bisogna chiedersi se una convinzione di tipo normativo possa fungere da fondamento di decisioni giuridiche per il semplice fatto di essere diffusa. Di contro si potrebbe sostenere che è possibile che alcune convinzioni possano risultare diffuse soltanto perché i loro sostenitori non hanno ancora avuto un'occasione adeguata per verificarle criticamente¹⁰¹.

L'impetosa sintesi di quanto ora osservato sarebbe che

l'argomento della coscienza sociale *a)* è un filtro meramente illusorio alla discrezionalità del giudice, che in realtà opera una selezione occulta dei parametri di valutazione tra una congerie di *inputs* che provengono dalla realtà sociale; *b)* dà luogo a decisioni non trasparenti; *c)* è uno strumento potenzialmente regressivo di interpretazione costituzionale¹⁰².

Atteso dunque che, evidentemente, da nessuna delle osservazioni che precede si è potuto derivare (o anche solo scorgere) un procedimento scientificamente rigoroso e razionalmente affidabile per la corretta conoscenza del diritto statale non scritto, non resta in conclusione che tornare a domandarsi: *quale* metodo per l'interpretazione dell'ordinamento?

¹⁰⁰ G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 137.

¹⁰¹ R. Alexy, *Theorie der juristische Argumentation*, Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag, 1978, trad. it. *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 12-13. In analogo ordine di idee cfr. G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 138: "anche ammesso che l'indagine sociologica possa essere opportunamente svolta [...], può essere estremamente difficile trarre dalla 'società', o anche solo dalla maggioranza di essa, criteri *univoci* di valutazione; anzi, in società complesse, non omogenee e pluraliste è più probabile che accada esattamente il contrario".

¹⁰² G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 139.

4. Istituzionalismo e “interpretazione”: un problema ancora aperto

Come anticipato in apertura, queste riflessioni hanno potuto sollevare degli interrogativi molto più di quanto non siano riuscite a elaborare delle risposte.

Attraverso le pagine precedenti si è provato a mostrare come l’istituzionalismo di Santi Romano sia senza dubbio un approccio al fenomeno giuridico che, nel tracciare un’equivalenza tra ordinamento e istituzione, include tutta una serie di elementi non (immediatamente) normativi all’interno del proprio concetto di diritto. La natura di questi elementi non normativi, eppure giuridici in quanto appartenenti alla componente istituzionale dell’ordinamento¹⁰³, è stata indagata in particolare approfondendo la teoria delle fonti di uno specifico ordinamento, quello statale. Nel sistema delle fonti del diritto statale, accanto alle leggi e alle altre fonti riconducibili al diritto volontario variamente codificato in disposizioni normative scritte, si è posta l’attenzione sul diritto c.d. involontario, ricercandone le rispettive fonti “di produzione”, identificate rispettivamente nei *principi costituzionali fondamentali*, nella *consuetudine* e nella *necessità*. Si è provato a riflettere anche sulle relative fonti “di cognizione”, per capire a quali frammenti di realtà empirica il giurista dovesse rivolgere la propria attenzione per trarne i relativi significati prescrittivi. Le indicazioni rinvenibili in tal senso nel pensiero di Santi Romano hanno condotto al concetto di “coscienza sociale” o “collettiva”, di cui si è evidenziata la problematicità, anche e soprattutto quanto ai procedimenti per una sua corretta conoscenza.

Il tema dell’interpretazione è, nella concezione romaniana, l’altra faccia della medaglia del discorso sulle fonti del diritto statale. Romano concepisce l’interpretazione come atto di *conoscenza* del proprio oggetto. Nel caso dell’interpretazione della legge, delle disposizioni normative scritte, il suo compito è quello di appurare, nel rispetto delle regole linguistiche e giuridiche, il significato preesistente e oggettivo (quindi anche necessariamente fisso e stabile) degli enunciati legislativi. Romano parla tuttavia anche dell’interpretazione *dell’ordinamento*, riferendosi così alla possibilità di indagare non soltanto il versante normativo del diritto dello Stato, ma di estendere la conoscenza anche al versante istituzionale, le cui componenti – soprattutto nel campo del diritto costituzionale – sono di natura mobile e mutevole. L’interpretazione dell’ordinamento sarebbe pertanto qualcosa di più ampio della semplice interpretazione della legge: inglobando quest’ultima in una più ampia prospettiva di indagine, sarebbe infatti interpretazione *insieme* del diritto scritto (o volontario) e del diritto non scritto (o involontario). Attesa poi la prevalenza, implicita nel modello istituzionalistico, del diritto non scritto su quello scritto, gli eventuali esiti evolutivi dell’interpretazione dell’ordinamento parrebbero necessariamente dipendenti dall’interpretazione del diritto non scritto. Anche tale interpretazione

¹⁰³ V.E. Orlando, *Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico*, cit., p. 21: “Alcuno dirà che la materia è tutta pregiuridica; e qui la particella ‘pre’ potrebbe letteralmente riferirsi ad una semplice questione di tempo o, meglio, di grado nell’ordine della conoscenza, come se la materia trattata avesse riguardo a qualche cosa di antecedente al concetto di diritto, senza tuttavia farne parte. Ma, in quanto questa antecedenza fosse esclusivamente del momento logico, avvertirebbe subito ognuno come quel che precede non possa certamente essere indifferente per la cognizione di quel che segue. La verità è che qui il ‘pre’ finisce col confondersi col ‘meta’”.

avrebbe una finalità esclusivamente conoscitiva, ma a differenza dell'interpretazione della legge essa non sarebbe sottoposta a vincoli giuridici e non si rivolgerebbe ad atti linguistici, bensì principalmente all'indagine di quell'entità immateriale che abbiamo chiamato "coscienza collettiva". Anche in conseguenza della indeterminatezza dell'oggetto, tuttavia, il protocollo metodologico dell'interpretazione del diritto non scritto e, pertanto, dell'interpretazione dell'ordinamento risulta tuttora incerto.

Cosa rimane dunque al termine di questa indagine in parallelo tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione in Santi Romano?

Certamente una conferma del fatto che è molto difficile, se non addirittura impossibile, ragionare di "interpretazione" e della relativa teoria senza aver previamente (o per lo meno contemporaneamente) chiarito le proprie posizioni in ordine al proprio concetto di "diritto"¹⁰⁴.

Sarà pure una banalità, ma è una banalità che giova ribadire quella secondo cui "spesso la propria concezione del diritto – o, se si vuole, la propria stipulazione su ciò che è da considerare 'diritto' – si caratterizza come un *prius* rispetto al *posterius* costituito dalla propria teoria dell'interpretazione giuridica"¹⁰⁵, laddove è viceversa decisamente meno banale sottolineare, sempre con Aljs Vignudelli, come

una diversa concezione del diritto implica talvolta una diversa qualificazione degli stessi 'elementi base' della teoria e una diversa ricostruzione delle loro caratteristiche: gli stessi documenti normativi, tanto per citare il solito esempio, non sono a tutti gli effetti 'la stessa cosa' per una teoria giuridica che intenda il diritto essenzialmente come un gioco conflittivo fra gli operatori giuridici professionali (scetticismo) o come una prassi sociale volta alla ricerca d'una disciplina giusta o comunque 'ragionevole' dei casi concreti (ermeneutica giuridica) e una teoria che viceversa lo intenda primariamente come una forma di comunicazione prescrittiva fra il legislatore e i consociati (positivismo giuridico)¹⁰⁶.

Romano, dal canto suo, non condivide l'assunto, tipico di un certo positivismo giuridico normativista, per cui *tutto* il diritto sarebbe costituito dai precetti rivolti dal legislatore ai consociati, ed anzi lo critica espressamente. Riconosce però che tale ricostruzione costituisca la cifra del diritto legislativo e si guarda bene dal riportare il suo dissidio teorico-giuridico sul piano dell'interpretazione di quest'ultimo (diritto legislativo, scritto e volontario). In altre parole, Romano non cade nella trappola a causa della quale, come osserva Mario Jori, "una parte considerevole di discussioni sulle "teorie" dell'interpretazione risultano inani, essendo oscuro se la discussione riguardi il postulato della giurisprudenza (l'ampiezza del campo del giuridico) o la realtà delle norme giuridiche (descritte in base a uno dei concetti di diritto)"¹⁰⁷.

¹⁰⁴ La connessione tra la teoria delle fonti e la teoria del diritto, e più esattamente tra una "tesi delle fonti" (*sources thesis*) e "una teoria generale sull'essenza concettuale di ciò che denominiamo con la parola 'diritto'" è ora sottolineata anche da O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2014, p. 472.

¹⁰⁵ A. Vignudelli, "Come un *post scriptum*. 'Interpretazione e Costituzione' tra Prequel e Sequel", *D&Q* 14 (2014), p. 1034.

¹⁰⁶ A. Vignudelli, "Come un *post scriptum*", cit., pp. 1034-1035.

¹⁰⁷ M. Jori, "Oggetto e metodo della scienza giuridica", in U. Scarpelli (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milano, Edizioni di Comunità, 1983, p. 227.

Santi Romano ci insegna quindi che essere convinti che il diritto si estenda molto oltre le norme espresse dagli enunciati normativi è un'opzione rispettabilissima, ma che può e che deve essere argomentata in sede di teoria del diritto, non di teoria dell'interpretazione.

Potrà anche essere vero, in altri termini, che “L'individuazione specifica del metodo utilizzato dai giuspubblicisti nell'analizzare i testi normativi, nella ricostruzione e sistematizzazione degli istituti giuridici, costituisce ancora oggi una questione ‘esoterica’”¹⁰⁸, ma costruire un concetto antiformalistico (e con esso magari una teoria) di “interpretazione” al solo scopo che tale interpretazione del diritto legislativo possa “produrre”¹⁰⁹ un insieme di norme corrispondenti a quelle del diritto non legislativo parrebbe una contorsione metodologica notevole.

Cui prodest?

Se l'interpretazione, come sostengono da anni Rodolfo Sacco e la sua scuola¹¹⁰, deve finire per essere lo strumento che consente l'emersione di un diritto non scritto, non converrebbe concentrarsi seriamente sulla natura e la tipologia di quest'ultimo piuttosto che eleggere l'interpretazione stessa a fonte del diritto? Non converrebbe insomma tematizzare la “coscienza collettiva” e gli altri elementi di realtà riconducibili al diritto statale non scritto come altrettanti *oggetti* dell'interpretazione(/conoscenza) dell'ordinamento e non come meri *strumenti*, argomentativi o retorici, dell'interpretazione(/manipolazione) della legge? E soprattutto, non converrebbe evitare la confusione tra la conoscenza (e i relativi metodi di conoscenza) del contenuto del diritto scritto, la conoscenza (e i relativi metodi di conoscenza) del diritto non scritto e la rappresentazione distorta (la manipolazione?) del primo e del secondo?

Non mi dilungo, limitandomi sul punto a segnalare come questa linea di argomento sia ormai da anni al centro delle riflessioni sull'interpretazione di Aljs Vignudelli, nella cui opera si possono trovare ampi e documentati riferimenti¹¹¹.

Concludo queste considerazioni osservando come l'esigenza di un ripensamento della teoria e del concetto di interpretazione in un senso romaniano potrebbe forse partire segnatamente da quel settore in cui l'approccio istituzionalista si è dimostrato più fertile, anche se poi non sempre sviluppato in modo coerente con le relative premesse, vale a dire dal diritto costituzionale e dalla relativa riflessione scientifica.

¹⁰⁸ C. Di Costanzo, “La ‘liminalità’ epistemologica della scienza italiana del diritto pubblico”, *Jus*, LX (2013), 1, p. 151.

¹⁰⁹ Per il tramite di enunciati interpretativi che mostrano la forma standard “a significa b”, dove “a” è l'enunciato normativo (qui: del legislatore) e “b” il significato attribuito ad “a” (qui: in conformità alle fonti del diritto non scritto), qui quali (enunciati interpretativi) v. ora R. Guastini, *Saggi scettici sull'interpretazione*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 35-36.

¹¹⁰ Si vedano qui, riassuntivamente, i contributi contenuti nel volume collettaneo *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, Utet, 1999, inserito nel *Trattato di Diritto Civile*, diretto da R. Sacco. Propone ora, sia pure forse con qualche forzatura, un possibile parallelo tra il concetto romaniano di “diritto” e la teoria dei formanti (legislativo, giurisprudenziale e dottrinale) di Rodolfo Sacco A. Olivari, *Santi Romano ontologo del diritto*, Milano, LED, 2016, pp. 66 ss.

¹¹¹ Basti qui segnalare A. Vignudelli, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011. Per gli scritti precedenti e successivi v. ora A. Vignudelli, *Il vaso di Pandora. Scritti sull'interpretazione*, a cura di F. Pedrini e L. Vespignani, Modena, Mucchi, 2018, 2 voll.

Infatti, proprio

la nuova impostazione data dal Romano alle indagini giuridiche in seno all'ordinamento statale ha spinto gli studiosi a superare lo stadio della mera analisi delle norme per risalire al funzionamento effettivo delle stesse istituzioni. Si è riconosciuta, così, largamente l'esigenza che lo studioso del diritto pubblico non debba accontentarsi di esaminare il testo della Costituzione, che può essere efficacemente paragonato a una mappa che descrive la struttura di quel complesso meccanismo che è lo Stato moderno, ma debba invece volgere lo sguardo anche, e prevalentemente, alle numerose rotelle, leve e trasmissioni che costituiscono il meccanismo medesimo, analizzandolo nel suo incessante effettivo funzionamento (che, assai spesso, può non corrispondere esattamente a quello previsto nelle precisazioni scritte del menzionato testo costituzionale)¹¹².

Andare “oltre” il testo della Costituzione sembrerebbe senz'altro la quintessenza del costituzionalista istituzionalista. Ma andare *oltre* non basta. Bisogna anche sapere in *quale specifica direzione* muoversi. Fin troppe dottrine *dell'interpretazione* costituzionale parrebbero oggi disponibili a indicarne una, ma forse, segnatamente in un contesto dove “le ‘teorie’ dell'interpretazione spesso si limitano a nascondere operazioni interpretative inconfessate o inconfessabili”¹¹³, potrebbe viceversa risultare più proficuo ripartire dall'analisi degli elementi fondamentali di una teoria *del diritto* costituzionale.

Credo di non sbagliare indicando in tutta la prima “sofferta” sezione – dedicata, non a caso, a “L'ordinamento costituzionale” – della recente voce “Costituzione della Repubblica” di Augusto Barbera un contributo significativo proprio in questo senso¹¹⁴.

Chi volesse provare a elaborare non già una semplice *dottrina*, ma un'autentica *teoria* istituzionalistica dell'interpretazione costituzionale e sulla base di essa anche una solida *metodologia* per la significazione degli elementi non linguistici e non normativi dell'ordinamento costituzionale, farebbe bene a partire da qui.

Proprio questa potrebbe forse essere la chiave per rendere meno incerto nei suoi esiti e più sicuro nelle sue procedure razionali quel processo di “recupero” (o di “ritorno” al) diritto¹¹⁵ di cui da anni scrive Paolo Grossi, attentissimo lettore e riletto di Santi Romano, secondo cui sarebbe opportuno concepire il diritto (pos-

¹¹² P. Biscaretti di Ruffia, “Il diritto costituzionale”, in Id. (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, cit., p. 109. In senso analogo cfr. anche A. Amorth, “Il diritto amministrativo”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi*, cit., p. 141: “proprio perché parlando della nuova Costituzione siamo posti nella condizione di spiegare perché una teoria generale del diritto deve misurarsi, per la sua validità scientifica, con i mutamenti reali – e tanto più, poi, se essa vuole legittimarsi come teoria generale di tipo realistico e non formalistico –, credo che si debba dare atto che la teoria dell'istituzione si palesa come strumento di analisi utile per dare risposta a fenomeni giuridicamente rilevanti che rimarrebbero spiegabili con tortuosità o mistificazioni più o meno visibili se si operasse una dissociazione dogmatica fra normazione e realtà istituzionale”.

¹¹³ M. Jori, “Oggetto e metodo della scienza giuridica”, cit., p. 225.

¹¹⁴ Mi riferisco alla voce pubblicata nel VIII volume degli Annali della Enciclopedia del diritto. Ora il testo è pubblicato in veste monografica come A. Barbera, *La Costituzione della Repubblica Italiana*, Milano, Giuffrè, 2016 (la prima sezione è alle pp. 5-35).

¹¹⁵ Cfr. P. Grossi, *Ritorno al diritto*, 3ª ed., Roma-Bari, Laterza, 2018.

moderno), a partire da quello costituzionale, “quale risultato di una *invenzione*, percepito cioè non come qualcosa che si *crea* da parte del potere politico ma come qualcosa che si deve cercare e trovare (secondo il significato dello *invenire* latino) nelle radici di una civiltà, nel profondo della sua storia, nella identità più gelosa di una coscienza collettiva; e ne debbono essere *inventori*, fuori dalla vulgata corrente, in primo luogo i legislatori, ma, poi, anche i giuristi teorici e pratici nella loro complessa funzione”¹¹⁶.

¹¹⁶ P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, p. X.

Santi Romano e l'ordinamento giuridico come unità

Tommaso Gazzolo

Abstract

Which are the conceptual reasons at the base of Santi Romano's thesis according to which the legal order "sets itself" as a unity, as an "entity" distinct from the others? What does this "position" mean in Santi Romano? It designates the "fact" that sets the right? Or is it readable according to a different strategy of "self-position" of the law? Starting from this question, we will try to identify the analytical phases that, in *L'ordinamento giuridico*, concern the time of "position" of the system as a unit, in order to suggest an interpretation that diverges from the idea that Romano's thought a reduction of the law to the fact.

Keywords: legal order, monism, pluralism, institution, law, fact.

1. L'ordinamento come unità

Non c'è istituzione, non c'è ordinamento giuridico, in Romano, che non sia un'unità "ferma e permanente", *un* "ente"¹. E, sebbene il concetto di ente debba, per Romano, considerarsi già dato (poiché "ogni giurista non può non avere il concetto di ente o corpo sociale, che è un concetto fondamentale e, nello stesso tempo, elementare"²), ciò che fa sì che l'ente sia sempre *un* ente, che l'ordinamento sia sempre *un* ordinamento giuridico, un'unità, costituisce quello che, dal punto di vista teorico, è il problema centrale, e forse più difficile, della sua teoria. Del resto, il fatto che l'ordinamento sia un'unità, è per Romano il presupposto stesso per l'affermazione di quella "tesi della pluralità degli ordinamenti" che costituisce "l'atto di nascita di un pluralismo specificamente giuridico"³. Pluralismo⁴, dunque,

¹ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, seconda edizione con aggiunte, Firenze, Sansoni, 1945, p. 33. Sulla storia della redazione e della pubblicazione del testo, si rinvia al saggio, insuperato, S. Cassese, "Ipotesi sulla formazione de L'ordinamento giuridico di Santi Romano", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I (1972), pp. 244-283, unitamente all'altrettanto fondamentale contributo – per la storia dell'interpretazione dell'opera – di M. Fioravanti, "Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive di ricerca", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, X (1981), pp. 169-219. Si veda, inoltre, più di recente, P. Grossi, "Il diritto tra potere e ordinamento", in Id., *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 163 e ss.; Id., "Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 60 (2006), 2, pp. 377-395.

² S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 33, nota 30^{bis}.

³ Così M. Barberis, "Santi Romano, il neoinstituzionalismo e il pluralismo giuridico", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLI (2011), 2, p. 352.

⁴ La distinzione tra "monismo" e "pluralismo" in Romano ha rappresentato, forse, il tema maggiormente discusso nella letteratura sul giurista, almeno a partire dalla posizione di Bobbio, per il quale Romano sarebbe stato "ideologicamente un monista, pur essendo teoricamente un pluralista (cfr. N. Bobbio, "Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano", in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 25-43). Nell'impossibilità di dar conto esaustivamente della letteratura

sembra indicare che la pluralità *degli* ordinamenti è possibile proprio in quanto ciascuno di essi è in sé *un* ordinamento (una istituzione), un'unità.

Dobbiamo tener distinti, fin d'ora, due problemi diversi. Il primo è quello relativo, per così dire, all'unità in quanto "proprietà" del *sistema* giuridico – diremmo: dell'unità *dell'*ordinamento, l'unità *della* molteplicità delle norme ("teoria *dell'*ordinamento"). Il secondo, è quello, invece, di ciò che costituisce l'ordinamento come uno, dell'unità che ogni ordinamento è ("teoria del diritto *come* ordinamento"⁵). È questo secondo problema che dà luogo alla questione dell'autofondazione, del costituirsi dell'ordinamento come unità giuridica.

Per questa ragione si pone il problema, in Romano, non tanto dell'unità *dell'*ordinamento giuridico, ma dell'ordinamento giuridico in quanto unità: l'ordinamento "è un'unità a sé", va considerato "come un'unità"⁶. Solo in quanto si sia già determinato l'ordinamento come tale (e cioè come *un* ordinamento⁷), potranno esserne individuate le sue "parti": l'unità – che non consiste mai nella "somma aritmetica" delle sue singole parti –, *precede* e rende possibile la pluralità. Ma che cosa definisce, determina questa unità, allora?

Da una parte, si legge, essa va intesa come unità "concreta ed *effettiva*", e non come ottenuta "per astrazione", e che l'ordinamento esiste in quanto unità concreta, *societas* che è tale in quanto "unità effettivamente *costituita*". Dall'altra, si precisa che il diritto – e dunque l'ordinamento – è la posizione di quella società che esso "*costituisce* come unità, come ente per sé stante"⁸. L'unità sarebbe allora, allo stesso tempo, ciò che l'ordinamento costituisce e ciò di cui è costituito l'ordinamento? Per rispondere a tale questione, per capire cosa in essa si domanda, occorre necessariamente proseguire nella lettura del testo di Romano, e solo in un secondo momento tornare a interrogare i passi qui citati.

Dopo aver introdotto la "perfetta identità" tra ordinamento giuridico e istituzione⁹, Romano afferma che l'istituzione è *già* un'unità, è sempre, come tale, un

sul tema, si rinvia perlomeno ai tentativi – in occasione del centenario della pubblicazione de *L'ordinamento giuridico* – di fare il punto sullo stato delle ricerche testimoniati dalle relazioni ai convegni "Santi Romano a cento anni da *L'ordinamento giuridico*", Napoli, 23 marzo 2018, e "Santi Romano l'ordinamento giuridico 1917-2017. La fortuna della teoria romaniana dell'ordinamento dalla sua pubblicazione ai tempi nostri nelle varie aree disciplinari", Palermo, 24-25 novembre 2017.

⁵ Cfr., sul punto, A.G. Conte, "Cronotopo deontico", in Id., *Filosofia del linguaggio normativo*, III, *Studi 1995-2001*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 753. La distinzione è presente anche in L. Lombardi Vallauri, "Il diritto come ordinamento", in R. Orecchia (a cura di), *Il diritto come ordinamento. Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 10. Sulla distinzione tra "sistema giuridico" e "ordinamento giuridico", interessanti considerazioni sono presenti in F. Viola, *Autorità e ordine nel diritto*, Torino, Giappichelli, 1987, pp. 99 e ss.

⁶ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 10.

⁷ Sul concetto di ordinamento giuridico in Santi Romano, si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, a P. Grossi, "Ordinamento", *Jus*, LXVII (2006), pp. 5-15; G. Tarello, *La dottrina dell'ordinamento e la figura pubblica di Santi Romano*, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 245-256; Id., "Prospetto per la voce Ordinamento giuridico di una enciclopedia", in *Politica del diritto*, VI, 1, 1975, pp. 73-102; A. Catania, *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*, Napoli, Jovene, 1976; N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960.

⁸ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 22.

⁹ Sul concetto di "istituzione", e sull'istituzionalismo di Romano, cfr., per un'introduzione, M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori. La teoria istituzionalistica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, in part. pp. 128-132; M.L. Tarantino, *Istituzionalismo e neoistituzionalismo*, Milano, Giuffrè, 2011, in particolare pp. 111 e ss.; M. D'Alberti, "Santi Romano e l'istituzione", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 64 (2014), 3, pp. 579-592; M. Fotia, "L'istituzionalismo in Santi Romano tra diritto e politica", *Democrazia e diritto*, 52 (2011), 1-2, pp. 135-174; A.

“ente chiuso”, che ha la propria individualità “in sé e per sé”. Ma cosa lo rende uno – cosa fa sì che *questa* istituzione (ad es.: questo Stato) non sia quest’altra (la Chiesa cattolica)? Se l’istituzione è un’unità “ferma e permanente”, è perché essa non perde la propria *identità* per il “mutarsi dei suoi singoli elementi”: come la nave di Teseo, essa rimane la stessa, rimane se stessa, anche laddove tutte le sue parti siano mutate, rinnovate. E ciò perché essa, scrive Romano, non si *identifica* con ciò che è necessario a “darle vita”¹⁰: non è ciò che ne è all’*origine* a farne un’istituzione.

Questa è l’indicazione, a nostro avviso, fondamentale: ciò che determina l’unità dell’istituzione, l’istituzione in quanto *una*, non è quanto ne determina la formazione, quanto è necessario per *costituirla*. Ciò che le dà vita, infatti, si “amalgama in essa”. L’unità non è, dunque, una proprietà che sia conferita, attribuita all’ordinamento da parte di ciò che lo fa esistere, dai fatti che lo precedono. Piuttosto, è l’ordinamento stesso che si costituisce come uno, in maniera tale che la sua unità non sia un “fatto”, qualcosa di *dato*, ma “unità giuridica”, in quanto prodotta dall’ordinamento, effetto del costituirsi stesso del diritto.

Senza comprendere questo punto, sfugge il senso della replica di Romano alle osservazioni di un autore come Capograssi, per il quale l’ordinamento giuridico presuppone il *fatto* dell’ordinamento sociale – presuppone, cioè, che *prima* di esso vi sia già la costituzione di una “unità” sociale, sul piano non giuridico ma su quello della “organizzazione”. Per tale ragione, se per Capograssi la questione fondamentale è come “questo fatto si trasforma in ordinamento, acquista valore di ordinamento”¹¹, in Romano è la stessa separazione tra fatto e diritto ad essere messa in discussione: propriamente, non c’è qualcosa come “il fatto dell’ordinamento”, nel momento in cui l’ordinamento è sempre “giuridico”¹². *Identificando* fatto e diritto, scrive Romano, non si dà luogo a “un circolo vizioso”, ma alla “dimostrazione della perfetta autonomia del concetto di diritto e della sua suscettibilità di rinchiudersi e concludersi interamente in sé stesso”¹³.

L’unità dell’ordinamento non è dunque un fatto, non è costituita dal fatto dell’ordinamento: è l’effetto del costituirsi stesso dell’ordinamento come giuridico; è *risultato*, e non origine, ed è questo a farne una nozione interamente *giuridica*, un’unità “di diritto”.

Dovremo tornare su questo punto, per comprendere come ciò avvenga. Ma dovrebbe apparire sin d’ora chiaro che, quando Romano introduce, immediatamente dopo, la tesi per cui il diritto non è che *forma*¹⁴, questa “forma” consiste, esattamente, in ciò che determina l’unità di un’organizzazione, che fa sì che un ordinamento sia tale proprio in quanto *uno*: “il diritto è il principio vitale di ogni istituzione, ciò che

Tarantino, “Dell’istituzionalismo. Ancora sui precedenti dottrinali di Santi Romano”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XI, 1981, pp. 169-186.

¹⁰ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 33.

¹¹ G. Capograssi, “Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XIX (1939), p. 12.

¹² S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., nota 30^{ter}, p. 34.

¹³ Ivi, nota 30^{ter}, p. 35.

¹⁴ Ivi, p. 37.

anima e tiene riuniti i vari elementi di cui questa risulta, che determina, fissa e conserva la struttura degli enti immateriali”¹⁵.

Se, per riprendere gli esempi di Romano, un’associazione a delinquere o una setta scismatica sono, in quanto tali, ordinamenti giuridici, *distinti* rispettivamente dallo Stato e dalla Chiesa, non è che in forza del loro essere costituiti come *unità*, come “enti chiusi”, istituzioni in quanto “unità ferme e permanenti”. Ma tale unità, lo si ripete, non è un *fatto*, non è ciò che esisterebbe per il solo fatto della loro organizzazione: è, al contrario, ciò che dà forma a quest’ultima, e le consente di esistere come tale.

È rispetto a tale movimento di fondo che occorre allora leggere l’affermazione di Romano secondo cui “se si ha riguardo al momento in cui certe istituzioni sorgono e quindi comincia ad aver vita il loro ordinamento”, non vi è nessuna norma preesistente: l’ordinamento giuridico esiste *perché* esiste, ed è giuridico perché esiste e dal *momento* in cui ha vita¹⁶. Si tratta di uno dei passaggi più complessi del testo, sul quale occorre soffermarsi.

2. Il fondamento come autofondazione

Non si dà norma che *preceda* l’ordinamento *giuridico*: non è, cioè, *per* una norma che l’ordinamento si costituisce come unità, come “ente giuridico”. Ciò significa, allora, che non resta che il *fatto* dell’ordinamento? Certo è che in alcun modo, secondo Romano, potrebbe sostenersi che è il fatto a precedere e fondare il diritto: una simile opinione dipende solo “dal preconetto che il diritto non possa cercarsi e rinvenirsi se non in una norma”¹⁷. È solo se si *identifica* il diritto con la norma che il problema dell’instaurazione dell’ordinamento giuridico costringe a pensare la separazione tra fatto e diritto, tra un momento “pregiuridico” e uno “giuridico”, nonché la questione della conseguente “trasformazione” del fatto *in* diritto.

Se, empiricamente, all’origine del diritto vi è il fatto (“la sua origine non è un procedimento regolato da norme giuridiche; è, come si è ripetutamente messo in vista, un fatto”¹⁸), logicamente, però, l’origine – come si è già notato – non è ciò che *dà vita* all’ordinamento *in quanto* giuridico, non è ciò che lo identifica come tale, come diritto. Non c’è alcun *diritto del fatto* (forza normativa del fattuale), se con ciò intendiamo la possibilità di porre a fondamento – ossia di ciò che costituisce, che dà ragione dell’ordinamento in quanto tale, in quanto giuridico – un fatto, un momento pregiuridico¹⁹.

Per spiegare il punto, Romano, nel testo, sceglie di riferirsi, in prima battuta, a quella “pietra di paragone” rappresentata dal problema del riconoscimento del diritto internazionale e dalla critica della teoria del contratto sociale. Non possono essere i singoli Stati che “pongono da sé” il diritto internazionale in quanto ordinamento

¹⁵ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 39.

¹⁶ Ivi, p. 42.

¹⁷ Ivi, nota 37, p. 42.

¹⁸ Ivi, p. 42.

¹⁹ Sul punto, si vedano le analisi di A. Olivari, *Santi Romano ontologo del diritto*, Milano, Led, 2016, pp. 74 e ss., e di A. Argiroffi, “Teorie del diritto e principio di effettività: esempio di *factio iuris*?”, *RIFD. Rivista internazionale di filosofia del diritto*, VI (2005), 3, pp. 481-496.

giuridico – egli scrive – poiché è *per* quell’ordinamento stesso che essi possono esistere come tali, ossia in quanto Stati “indipendenti l’uno dall’altro”. Occorre prestare molta attenzione al modo in cui l’argomentazione di Romano si sviluppa, e alla logica che essa implica.

È evidente che senza Stati non esista, non possa esistere comunità degli Stati (ossia l’ordinamento giuridico internazionale): lo Stato *precede* la “comunità” degli Stati. Il diritto internazionale non può che affermarsi, scrive Romano, “come *prodotto* necessario dell’organizzazione interstatuale”²⁰, come ciò a cui gli Stati danno vita. Proprio in quanto risultato, la “comunità” degli Stati è, però, ciò che *precede* gli Stati stessi, che li *costituisce* come tali: “se gli Stati sono indipendenti l’uno dall’altro, questa loro condizione, *dal punto di vista giuridico*, non è preesistente al diritto internazionale, ma è *posta* da esso”²¹.

Bisogna leggere sino in fondo l’argomentazione di Romano, la cui conclusione è la seguente: “il diritto internazionale si pone con la stessa esistenza della comunità degli Stati, che postula necessariamente un ordinamento giuridico che la costituisca e la regoli”. Nessun ordinamento, pertanto, può mai esistere come un *fatto* (la “comunità degli Stati), poiché per esistere deve sempre presupporre, postulare, un *diritto* che lo *costituisce* come tale (il diritto internazionale)²². Non siamo distanti da quanto l’ultimo Romano affermerà in relazione al rapporto tra diritto e realtà: il diritto crea *ex novo* una *realtà* che non esisterebbe senza di esso, senza per questo voler dire che ciò avvenga *ex nihilo*²³. Pur essendo il diritto internazionale il prodotto dell’esistenza dello Stato, senza di esso lo Stato non esisterebbe come realtà giuridica. Non solo. Come Romano aggiunge, anche a voler ammettere che siano una serie di *accordi* tra gli Stati ad aver dato vita – *de facto* – al diritto internazionale, esso viene ad esistenza, per definizione, come diritto, e come, in particolare, ciò che conferisce validità a quegli accordi (che li *costituisce* come accordi validi ed efficaci), che pure, a rigore, sono ad esso preesistenti – lo sono cronologicamente, ma non logicamente²⁴.

L’ordinamento statale è certamente il *presupposto* dell’ordinamento internazionale, ma l’errore è quello di pensare che “il presupposto di un ordinamento giuridico, appunto perché presupposto, rimane fuori di questo e quindi non ha carattere giuridico”²⁵. Proprio in quanto è ciò che l’ordinamento presuppone, il presupposto non è mai qualcosa che sia *esterno* ad esso: al contrario, è tale proprio e soltanto *per* l’ordinamento che lo qualifica e lo considera in questo modo (se fosse esterno all’ordinamento, non sarebbe un “presupposto”, ma soltanto un “fatto”

²⁰ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 50, corsivi aggiunti. Cfr. anche p. 120: “la comunità internazionale ha per presupposto gli Stati che ne fanno parte. Il che vuol dire che il diritto internazionale presuppone il diritto statale”.

²¹ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 48, corsivi aggiunti.

²² Si ricordi come, nel lessico di Romano, ciò che *costituisce* un ordinamento non è qualcosa che faccia semplicemente *parte* di esso (“appartenenza”), ma ciò che ne forma l’essenza. Sul punto, cfr. P. Di Lucia, “Territorio dello Stato. Tre concetti”, *Sociologia del diritto*, 34 (2007), 3, pp. 100-101.

²³ Cfr. S. Romano, “Realtà giuridica”, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, ora in *L’ultimo Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 797-812. Sul punto, si rinvia al già citato lavoro di A. Olivari, *Santi Romano ontologo del diritto*, cit., pp. 39 e ss. Si veda anche E. Bianchi, “Realtà, miti, finzioni in Santi Romano. Osservazioni ‘frammentarie’ di un romanista”, *Jus-online*, 2017, 3, pp. 4-31.

²⁴ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 51.

²⁵ Ivi, pp. 130-131.

estraneo ad esso). Invece – ed è questo punto che interessa a Romano – il presupposto esiste solo, diremmo in termini hegeliani, in quanto l'ordinamento lo pone come il *proprio* presupposto²⁶.

È questo meccanismo, questa logica, che ci consente di rileggere ciò che Romano scrive in relazione al singolo ordinamento giuridico. Se l'ordinamento viene instaurato *di fatto*, sulla base di un fatto, venendo ad esistere come ordinamento giuridico, è però esso a riconoscere, a costituire, a *porre* quel fatto come propria “origine”. Romano si era già soffermato a lungo sul punto, nel saggio del 1901 sull'instaurazione di fatto dell'ordinamento giuridico, analizzando la dottrina secondo la quale “lo Stato non può certo stabilire il diritto che regola la sua propria origine, giacché, per poter far ciò, deve prima esistere. Il procedimento di formazione dunque non può, secondo tale dottrina, cominciare altrimenti che come un procedimento di fatto”²⁷. In realtà, replica Romano, “la nuova formazione statale può aver l'effetto di far considerare come atto giuridico ciò che prima non poteva considerarsi altrimenti che come un fatto estraneo al diritto”²⁸. Si tratta di una *necessità logico-giuridica*, ripete, tale per cui “il nuovo ordinamento giuridico avrà per dir così degli effetti retroattivi su quelli che possono dirsi i suoi prodromi, esso si considererà come se avesse avuto principio non il giorno in cui effettivamente ebbe vita, ma il giorno in cui s'iniziò il procedimento che doveva condurre alla sua nascita”²⁹.

L'ordinamento giuridico implica, in altri termini, che l'effetto retroagisca sulla causa – per servirsi ancora del lessico di Romano³⁰: è il risultato che *costituisce* la propria origine³¹. È sempre *per* il diritto che c'è il fatto, e non viceversa: il diritto è, cioè, reale, è una *realtà*, proprio e soltanto nella misura in cui non è un fatto, non è mai *il fatto del diritto*. È, piuttosto, ciò che costituisce quel fatto da cui pure origina come ciò la cui esistenza dipende dal diritto stesso (e dunque come costituito dal diritto, e non costituente il diritto³²).

²⁶ Si potrebbe replicare, certamente, che se il presupposto è posto, anche il posto è, a sua volta, presupposto, nella misura in cui, per poter porre qualcosa, occorre sapere cosa – e quindi presupporlo. Ma tale “circolarità” non dà luogo, in Romano, ad un'aporia: al contrario, essa è esattamente ciò che gli permette di pensare quel “rinchiudersi e concludersi” *in se stesso* del diritto (come ordinamento giuridico) cui si è già accennato. È in questi termini che va inteso, a nostro avviso, il “pangiuridicismo” di Romano – secondo l'espressione di G. Tarello, *Prospetto per la voce Ordinamento giuridico di una enciclopedia*, cit., p. 85.

²⁷ S. Romano, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, Estratto dall'Archivio giuridico “Filippo Serafini”, IX, 3, Modena, Società Tipografica Modenese, 1901, p. 25. Su tale argomentazione, cfr. anche S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 69.

²⁸ S. Romano, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, cit., p. 27.

²⁹ Ivi, p. 30.

³⁰ Ivi, p. 63.

³¹ Non mancano certamente, da questo punto di vista, le corrispondenze con proposte, come quella di Luhmann, le quali pensano l'unità come prodotto della logica auto-referenziale propria del sistema giuridico (cfr., esemplarmente, N. Luhmann, “Die Einheit des Rechtssystem”, *Rechtstheorie*, 14, 1983, pp. 129-154). Ma un'analisi di tali corrispondenze – e delle significative differenze, nonché dei problemi che comporterebbe tale comparazione – tra le due “logiche”, eccede evidentemente i limiti del presente saggio.

³² Si tratta della stessa logica che presiede al rapporto tra potere *costituito* (inteso come ogni potere conferito, disciplinato da norme positive vigenti ed esercitato in conformità ad esse) e potere *costituente* (inteso come quel tipo di potere che non sarebbe preceduto da alcuna norma che ne autorizzi l'esercizio: potere, dicono alcuni, “di fatto”, che nasce dal *nulla*, da un “fuori”, che è “origine” o *inizio* in senso proprio). In realtà, a che condizioni si potrebbe mai affermare che vi sia stato esercizio di un potere costituente, se non nel momento in cui esso avrà costituito l'ordinamento? Solo, cioè, *dopo* che l'ordinamento si è costituito, si potrà dire che esso è stato

Questo significa che il fondamento del diritto (o, meglio: dell'ordinamento giuridico) non è mai qualcosa che, dal punto di vista logico, *precede* l'ordinamento giuridico stesso, o che è esterno ad esso: esso è, diversamente, *posto* dall'ordinamento giuridico stesso, nel momento in cui viene ad esistenza.

Il fondamento dell'ordinamento, dunque, non è *prima* dell'ordinamento – che come tale sarebbe, pertanto, inizialmente non fondato: è questa la posizione di Romano, quando afferma che l'ordinamento esiste *perché* esiste.

Non si tratta di una tautologia, né tantomeno tale affermazione va intesa come se dicesse che un ordinamento esiste *quando* esiste (ossia come se esso fosse il *fatto* dell'ordinamento, come se esistesse come un fatto). Il “perché” indica, infatti, l'autofondazione dell'ordinamento; indica, cioè, che è *per* l'ordinamento stesso che l'ordinamento è fondato. E tale fondare se stesso da parte dell'ordinamento è possibile in quanto ciò che pone l'ordinamento si rivela, per questo stesso porre, non essere che presupposto *dall'*ordinamento, e dunque non altro da esso, ma il suo porsi medesimo.

Non si tratta allora, per Romano, di negare che l'ordinamento *costituisca* un sistema di norme³³, quanto di mostrare come esso non sia *costituito* da esse. Non è per la norma che c'è ordinamento, ma per l'ordinamento che c'è norma: “prima e fuori l'istituzione non ci può essere il diritto, appunto perché manca l'organizzazione che rende giuridica la norma”³⁴.

Non si deve, però, concludere che, allora, ciò renderebbe impossibile fondare la giuridicità dell'ordinamento, in quanto il suo fondamento sarebbe costituito da un *fatto* – come pure sembra suggerire il passo citato. Se il diritto è ordinamento, infatti, vale anche che l'ordinamento è diritto (lo si è già evidenziato, sottolineando l'impossibilità di leggere in Romano una teoria del diritto come *fatto*, come il fatto *dell'*ordinamento³⁵).

L'ordinamento, infatti, come intende Romano, è autofondazione della propria giuridicità, in quanto esso *costituisce* ciò che lo ha posto come una sua *parte* (è l'idea che si è già vista: ciò che dà vita all'ordinamento non è ciò che lo costituisce come tale, ma che si “amalgama” in esso³⁶). Il fondamento del diritto non è al di là, o prima, del

preceduto da un potere costituente. Ma ciò significa che è solo per il potere costituito che può esistere un potere costituente. È il primo che precede il secondo, e non viceversa.

³³ Come nota S. Pietropaoli, “Ordinamento giuridico e *Konkrete ordnung*. Per un confronto tra le teorie istituzionalistiche di Santi Romano e Carl Schmitt”, *Jura Gentium*, IX (2012), 2, pp. 49-63, “quando un giurista come Romano parla di diritto come istituzione, ciò non vuol dire che esso si risolva in qualsiasi raggruppamento sociale, ma in quel tipo di società in cui le attività dei membri sono ordinate attraverso una rete di norme che organizzano la società” (p. 63).

³⁴ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 42.

³⁵ Si veda l'avvertimento stesso di S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 34, nota 30^{ter}, il quale replica a quanti “hanno ritenuto che la mia indagine sia non giuridica, ma soltanto pregiuridica, che essa sia sociologica, che non ponga affatto in rilievo *la differenza tra il fatto dell'ordinamento sociale e l'ordinamento giuridico cui esso dà luogo* [...]”. Per mio conto aggiungo che *io ho precisamente mirato a includere nel mondo giuridico quel fatto dell'ordinamento sociale che generalmente si riteneva che fosse un antecedente del diritto*” (corsivi aggiunti).

³⁶ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 38-39: “Se il diritto non può concretarsi ed acquistar corpo se non nell'istituzione e se, *viceversa*, tutto ciò che, socialmente organizzato, viene assorbito come elemento di quest'ultima, *acquista carattere giuridico*, se ne può trarre il corollario che il diritto è il principio vitale di ogni istituzione, ciò che la anima e ne tiene riuniti i vari elementi di cui questa risulta, che determina, fissa e conserva la struttura degli enti immateriali” (corsivi aggiunti).

diritto stesso. Ciò che determina la *giuridicità* dell'ordinamento, dunque, non è una norma rispetto ad esso preesistente, o comunque al di fuori di esso, ma è *il suo stesso porsi*.

Se non si comprende questa logica, si finisce per leggere Romano come se affermasse semplicemente che l'essenza del diritto, la sua *giuridicità*, si identifichi con il *fatto* della sua esistenza (la sua *effettività*). Ma, in tal modo, si perde, almeno in parte, il movimento concettuale proprio della teoria dell'ordinamento di Romano: nel momento in cui il diritto comincia ad esistere, comincia ad esistere come tale, come diritto, e dunque non *come* un fatto.

Per questa ragione, se *il fatto è diritto*, non vale per Romano la reciproca: *il diritto è fatto* (è in questo senso che va letto il passo seguente: “il procedimento con cui si forma uno Stato è, senza dubbio, pregiudiziale; ma, quando lo Stato effettivamente ha vita, esso è già un *ordinamento di diritto*”³⁷). Se c'è certamente, allora, un “realismo” di Romano³⁸, l'idea che l'esistenza effettiva dell'ordinamento costituisca il criterio della sua stessa *giuridicità*³⁹ non va però interpretata come se indicasse la riduzione del diritto a fatto, a forza. Se così fosse, il diritto stesso non sarebbe che un *fatto*, laddove, per contro, il diritto si definisce per Romano proprio come ciò che, *ponendosi* come tale, realizza ogni fatto (compreso *il suo stesso fatto* di realizzarsi) *come* diritto. Così Romano: “il vero si è che il diritto è, anzi tutto, posizione, organizzazione di un ente sociale. Se non si accetta tale postulato, si va incontro all'inconveniente di dover spiegare il fondamento e l'obbligatorietà del diritto in modo metagiuridico”⁴⁰. Se egli nega esplicitamente che il *fondamento* del diritto possa o debba essere spiegato “in modo metagiuridico”, è proprio perché il diritto non potrebbe esistere come un fatto (non sarebbe, altrimenti, diritto), e pertanto neppure come il suo stesso fatto di esistere.

Con una formula, potremmo dire: nel momento in cui il diritto è posto come esistente, è posta l'esistenza stessa del diritto (e non del fatto). Il che, lo si ripete, non significa affatto: “il diritto esiste *in quanto* esiste” (effettività, diritto=fatto), ma, al contrario, come scrive Romano: “il diritto esiste *perché* esiste” (giuridicità, fatto=diritto). Esiste, cioè, in quanto auto-fondazione di se stesso.

Quanto si è visto sinora, ci consente una necessaria precisazione in relazione alla possibilità di leggere la tesi di Romano, secondo cui il diritto è ordinamento, come una “definizione *reale* del diritto”⁴¹: l'ordinamento, in questo senso, sarebbe ciò che definisce quella *realtà* che è il diritto, come tale assunto, pertanto, come “una realtà di fatto”⁴², come qualcosa che, dunque, sarebbe in quanto tale esistente, e di cui la definizione in termini di ordinamento si limiterebbe a *dirne*, a concettualizzarne, l'essenza. A rigore, però, l'affermazione secondo cui “il diritto è ordinamento” non dovrebbe essere letta come se essa *presupponesse* il diritto come una “realtà”, quanto

³⁷ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 50 (corsivi aggiunti).

³⁸ Cfr. C. Luzzati, “Istituzione: note esplorative”, in M. Savona (a cura di), *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 323-342.

³⁹ Così A. Olivari, *Santi Romano ontologo del diritto*, cit., p. 75. Cfr., sul punto, anche A. Catania, “Effettività e modelli del diritto”, *Sociologia del diritto*, 30 (2003), 3, pp. 7-20.

⁴⁰ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 43.

⁴¹ Così G. Tarello, *Prospetto per la voce Ordinamento giuridico di una enciclopedia*, cit., p. 81.

⁴² Ancora G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974, p. 63.

come ciò che indica la *posizione* stessa della realtà del diritto: non c'è diritto, cioè, se non come ordinamento, non c'è "realtà" giuridica se non in quanto ordinamento. Il "realismo" di Romano, sotto tale profilo, non va inteso come se esso facesse del diritto una realtà *data*: è solo in quanto, infatti, l'ordinamento *si pone* (pone se stesso, secondo quella autofondazione di cui si è tentato di dar conto) che si realizza, diviene reale, il diritto.

3. Unità dell'ordinamento e pluralismo

Che l'unità dell'ordinamento, dunque, sia la sua auto-fondazione, il suo *porsi* come unità, sembra chiaro dai ripetuti accenni del testo: "la natura di un ordinamento giuridico non si rileva tutta e non può cogliersi quando si abbia riguardo non alla sua unità, ma alle varie norme che ne fanno parte: il *quid* che costituisce quell'unità è qualche cosa di diverso da queste ultime, e, almeno fino a un certo punto, di indipendente"⁴³. E ancora: "il diritto [...] è *posizione* della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente *per sé* stante"⁴⁴. L'ordinamento è un'unità *per sé*, come scrive Romano, ossia: non *per altro*. Non "uno", cioè, in quanto *posto* come uno da qualcos'altro, ma in forza del suo stesso porsi.

Senza poter, in tale sede, ripercorrere e affrontare compiutamente il problema del rapporto tra monismo e pluralismo in Romano, va allora notato come siano i processi di *istituzionalizzazione* a definire, per Romano, quel meccanismo di auto-fondazione dell'ordinamento in quanto uno, in quanto "ente", unità in sé. Una "istituzione", in questo senso, non è mai qualcosa di "dato": è la *sua* stessa *istituzionalizzazione*, è cioè l'insieme di pratiche, di meccanismi attraverso i quali si definiscono posizioni⁴⁵, funzioni di *status*, rapporti, etc.⁴⁶. Per questo istituzione non traduce perfettamente, in Romano, *impositio*⁴⁷, non indica l'atto di *istituire*, e non si

⁴³ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 12.

⁴⁴ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 22 (corsivi aggiunti). Cfr. anche S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1946², p. 1: "ogni ente o corpo sociale, ossia ogni istituzione, intesa questa parola nel senso tecnico per cui essa è sinonimo di ente o corpo sociale, ha una struttura, un assetto, uno status, un'organizzazione, più o meno stabile e permanente, che *riduce ad unità* gli elementi che la compongono e gli conferiscono una propria individualità e una propria vita" (corsivi aggiunti).

⁴⁵ Cfr. S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 36: "Tali enti vengono a stabilire quella sintesi, quel sincretismo in cui l'individuo rimane chiuso, è regolata non soltanto la sua attività, ma la sua stessa posizione".

⁴⁶ Tale è la ragione per cui, in Romano, non vi è mai "fatto" che non sia "istituzionale" – per riprendere il lessico di Searle – ivi compreso, come si è visto, il *fatto stesso dell'ordinamento*: la forma logica "X counts as Y", vale, in forza dell'effetto "retroattivo" dell'istituzionalizzazione, anche per ciò che a rigore dovrebbe "precedere" l'istituzione stessa. Non possiamo, in tale sede, soffermarci ovviamente sulla storia del concetto di "istituzione", né, tantomeno, sugli sviluppi di esso. Rimandiamo, per la filosofia del diritto italiana, almeno a G. Lorini, *Dimensioni giuridiche dell'istituzionale*, Padova, Cedam, 2000; P. Di Lucia (a cura di), *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*, Macerata, Quodlibet, 2003. Per una presentazione generale del concetto di istituzione si rimanda a M. Croce, *Che cos'è un'istituzione*, Roma, Carocci, 2010.

⁴⁷ Sulla traduzione di *impositio* con *institution*, cfr. G. Labriola, *Barbeyrac interprete di Pufendorf e Grozio. Dalla costruzione della sovranità alla teoria della resistenza*, Napoli, ESI, 2003 (in particolare pp. 204-210), nonché R. Orestano, "'Institution'. Barbeyrac e l'anagrafe di un significato", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XI-XII, 1982, pp. 169-178.

caratterizza, non dipende dal *soggetto* che istituisce⁴⁸. Indica, piuttosto, quel movimento di auto-fondazione che corrisponde al suo *istituirsi* – il quale è un processo essenzialmente impersonale, senza “soggetto”. Dovremo pertanto distinguere il processo di istituzionalizzazione – aperto, plurale, impersonale, – dall’istituzione ormai *istituita*, intesa come unità ferma, ente chiuso, permanente. Se quest’ultima è un’unità “in sé”, la prima è unità “per sé”, come scrive Romano: è cioè il *costituirsi* stesso dell’ordinamento come unità, e non – diremo – l’unità intesa come “proprietà” dell’ordinamento⁴⁹.

Questo processo di istituzionalizzazione consiste nel porsi stesso della *giuridicità*, ossia nel realizzare tutti i fatti che hanno dato vita all’ordinamento, alla sua “organizzazione”, *come* diritto. Si può parlare, allora, di “pangiuridicismo” di Romano, ma alla condizione di intendere come, in questo processo, non si tratti tanto di “legittimare” – attraverso il discorso giuridico – il fatto, il mero esercizio di un potere. Diversamente, in questione è il costituirsi del diritto come diritto, l’auto-fondazione della giuridicità. E, poiché un fatto non può mai “fondare” il diritto (non dà ragione del diritto, non dice il “diritto del diritto”), occorre, per Romano, che quel fatto – che pure precede il diritto – si realizzi come *posto* dal diritto stesso. Nei termini di Romano, diremo che l’“organizzazione” – che pure sembra *condizione* dell’ordinamento – si rivela infine come *condizionata* dall’ordinamento, come un *suo* elemento⁵⁰. Per questo la proposta di Bobbio, di ridefinire l’organizzazione in termini di norme secondarie (“l’organizzazione è fatta anch’essa di norme”⁵¹), appare sostanzialmente corretta, e già leggibile nella logica stessa di Romano (almeno nella misura in cui ciò che regola, modifica, pone l’ordinamento, è tale solo *per* l’ordinamento stesso: è dunque norma *dell’ordinamento*).

Il processo di istituzionalizzazione, in questo senso, coincide con il realizzarsi del diritto in quanto diritto (e non in quanto fatto), con il porsi dell’ordinamento nella sua giuridicità. Se dunque ci riferiamo ad un “processo”, è perché l’unità – quell’unità che è ciascuna istituzione – non può essere pensata, per Romano, come proveniente dall’esterno, da *altrove*: se uno Stato, una setta scismatica, una società di briganti può,

⁴⁸ Così, diversamente, in Hobbes, come osserva F. Rangeon, *L’approche de l’institution dans la pensée de Hobbes*, in J. Chevalier (a cura di), *L’Institution*, Paris, PUF, 1981, pp. 91-123.

⁴⁹ Se pertanto la “teoria dell’unità dell’ordinamento” – come Tarello osservava contro Bobbio – consiste in un “dogma” (ossia nell’assunzione di una *proprietà* che ogni ordinamento, per definizione, dovrebbe possedere) (si veda l’intervento di Tarello in R. Orecchia (a cura di), *Il diritto come ordinamento*, cit., pp. 78-80), va osservato, però, come, nella prospettiva romaniana, l’unità non costituisca tanto una proprietà, una caratteristica, qualcosa cioè che si possa *predicare* dell’ordinamento, quanto il modo stesso di darsi dell’ordinamento come tale, il suo porsi come *uno* (la replica di Bobbio, pubblicata nel testo sopra richiamato a p. 93, accenna a tale distinzione, ma non la esplicita, limitandosi a replicare: “Ho parlato di unità, e di fatto non vedo come un giurista possa applicare una norma senza domandarsi se sia una norma appartenente al sistema. Per far questo ho bisogno di un criterio generale e unificante”).

⁵⁰ Senza comprendere tale punto, si resta, necessariamente, presi all’interno dei problemi già notati, correttamente, da Capograssi, nella sua lettura di Romano, laddove egli osserva come diritto e ordinamento sono e non sono tutt’uno: “c’è un passaggio tra l’uno e l’altro o sono la stessa cosa? Se sono la stessa cosa, che cosa è allora la distinzione, che pure c’è, tra il fatto dell’organizzazione e il fatto del diritto? Se sono cose diverse o almeno distinte, in che sta la distinzione? “Essere” dice Romano, e non “dover essere”. Sia pure. Anzi certo. Ma se il diritto è essere, che cosa lo distingue dalle altre forme di essere, per cui quello si chiama fatto e questo si chiama diritto?” (G. Capograssi, “L’ultimo libro di Santi Romano”, ora in Id., *Opere*, V, a cura di M. D’Addio e E. Vidal, Milano, Giuffrè, 1959, p. 249).

⁵¹ N. Bobbio, “Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano”, cit., pp. 27-28.

a certe condizioni, essere un'istituzione, è solo nella misura in cui essa produce di *per se stessa* la propria unità (ossia la propria giuridicità). Da questo punto di vista, l'impossibilità di definire come istituzione "l'unione di persone in fila per raggiungere uno sportello"⁵², non dipende da altro se non dal fatto che quell'unione, quell'unità è determinata dall'esterno (ad esempio dall'organizzazione dell'ufficio postale che la *designa*, la determina come "una" fila). Quell'unione di persone, in altri termini, non si pone di per se stessa come tale, ma ha la propria unità *fuori di sé*. Ma, senza questa auto-posizione dell'unità, non vi è diritto, non vi è, cioè, quella *riflessività* che consiste nel riferirsi dell'ordinamento, una volta venuto ad esistenza, non altro che a se stesso. Affinché vi sia istituzione, affinché vi sia *diritto*, dunque, occorre che la sua unità costituisca l'effetto, il risultato del suo unificarsi *dall'interno*.

Considerato come *oggetto*, dunque, come unità *costituita*, l'ordinamento sarà da considerarsi un'istituzione la cui unità è *data*, presente, chiusa. Considerato, diversamente, come *soggetto*, l'ordinamento non sarà che la sua istituzionalizzazione, intesa come il processo, la prassi che costituisce la sua stessa unità (la quale pertanto non è mai data, ma sempre in via di costituzione). Torniamo, così, ai due movimenti che avevamo evidenziato all'inizio del lavoro: l'ordinamento (in quanto "oggetto") è un'unità *costituita* e, al contempo (in quanto "soggetto"), ciò che *costituisce* la sua stessa unità.

Quando, nella seconda parte de *L'ordinamento giuridico*, Romano proporrà uno "schema di relazioni tra tutti i possibili ordinamenti giuridici"⁵³, egli non farà che riferirsi agli ordinamenti in quanto *costituiti*: è solo in quanto "oggetto", in quanto qualcosa di già dato, che ciascun ordinamento, in Romano, viene studiato *in relazione ad un altro*, secondo le diverse classificazioni che egli propone (originari/derivati, semplici/complessi, perfetti/imperfetti, etc.). L'unità, pertanto, non è più riferita al risultato, all'effetto che l'ordinamento mira a produrre, costituendosi, ma, diversamente, all'ordinamento in quanto oggetto dato, di cui essa viene ora predicata.

Così facendo, però, egli trascura, inevitabilmente, di interrogare il punto realmente problematico del discorso. Il problema, infatti, è dato dall'impossibilità, in Romano, di far corrispondere quei due momenti, quei due aspetti (soggetto-oggetto) dell'ordinamento-istituzione che si sono evidenziati. Nella misura in cui l'ordinamento *costituisce* la sua unità, esso non può cogliere la propria unità come *costituita* (e dunque, a rigore, non è mai un ordinamento); viceversa, l'ordinamento *costituito* come uno, non può riferire la propria unità a se stesso, al suo stesso porre (e dunque, in tal caso, non è un ordinamento *giuridico*, ma un *fatto*⁵⁴). Se, in altri termini, l'unità è pensata secondo una logica processuale (l'istituzionalizzarsi dell'istituzione), allora, a rigore, si dovrebbe giungere all'impossibilità di affermare il diritto *come* ordinamento, come

⁵² S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 29, nota 29^{bis}.

⁵³ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 115.

⁵⁴ Una precisazione. Se l'unità è pensata come già costituita – se, in altri termini, l'istituzione è un'istituzione (e non il suo istituzionalizzarsi) – a venir meno è la possibilità, essenziale in Romano, di considerarla come ordinamento *giuridico*, in quanto senza il continuo ed aperto processo che consiste di fare di ogni fatto un momento del diritto, resta necessariamente il *fatto del diritto*, il diritto appare come fatto. L'impossibilità di ridurre l'istituzione, per Romano, ad una nozione "sociologica", dipende, come si è già detto, proprio dal suo "panguridicismo", il quale non può ammettere che neppure il "fatto" dell'esistenza dell'istituzione sia, a rigore, un "fatto".

insieme di istituzioni: esso sarebbe, diversamente, l'attività del suo prodursi come tale, senza tuttavia che essa sia mai, definitivamente, esaurita. Se, al contrario, si *sostanzializza* l'unità (l'ordinamento come unità), facendone qualcosa di dato, allora il diritto si riduce al *fatto* dell'ordinamento (e fallisce, così, la sua auto-fondazione).

Non vogliamo, qui, affermare che tale “tensione” sia, in linea di principio, definitiva e insuperabile (secondo l'idea che “la praxis totalizzante non può cogliere se stessa come elemento totalizzato”). Ci limitiamo, diversamente, a evidenziare come essa sia tale in Romano, come la sua strategia concettuale, la sua logica, impedisca di risolverla. O, meglio, dovremo dire che è questa logica che impedisce a Romano di intendere il pluralismo giuridico come impossibilità di pensare l'ordinamento in quanto *costituito*, in quanto ciò la cui unità è già *data*.

Nella seconda parte del testo, infatti, le relazioni sono sempre tra istituzioni *date*, tra ordinamenti già costituiti come unità. Non si capirebbe, altrimenti, la ragione per cui le istituzioni *derivate* – definite come quelle “il cui ordinamento è [...] stabilito da un'altra istituzione” – siano comunque *istituzioni* (si pensi in particolare al Comune, il quale “non solo vive nello Stato, ma, almeno dal punto di vista del diritto, vive per volontà [...] dello Stato. Esso è un istituto statale”⁵⁵). Se Romano le definisce tali, è perché esse entrano in relazione con l'ordinamento *originario* in quanto unità già costituite, in quanto sono *di per se stessi* ordinamenti⁵⁶ (per questo Romano parla, a proposito del Comune, di un “ordinamento giuridico da se stesso postosi”, salvo ribadire che ciò che “dà il titolo” ad esso è la “posizione che lo Stato gli ha fatta”⁵⁷).

Questa operazione, che a Romano serve al fine di sostenere il proprio “pluralismo” – certo storicamente determinato⁵⁸ –, implica però, come si è sottolineato, la riduzione dell'istituzione a *fatto*. Vediamone i due aspetti. Anzitutto, dal momento che l'istituzione è ora pensata come unità *costituita*, essa viene in considerazione come *un'istituzione* tra le altre: l'unità diviene, cioè, *predicabile* dell'istituzione, una sua “proprietà” (l'essere-una dell'istituzione), con la conseguenza che, propriamente, essa cessa di avere l'unità *in se stessa* (se l'unità è un predicato dell'istituzione, essa è *altra dall'istituzione*). L'unità diventa, cioè, un attributo che Romano è costretto, a differenza che nella prima parte del testo, ad assumere come un fatto⁵⁹. In particolare, l'essere-uno dell'istituzione, ora, le proviene *dall'esterno*, da fuori di sé, ossia dalla relazione con gli altri ordinamenti, dal non-essere l'altro ordinamento cui si relaziona. Da ciò consegue il secondo aspetto: l'ordinamento giuridico, ora considerato come unità compiutamente *costituita*, come un “dato”, non può più giustificare come diritto il fatto della sua esistenza. *Che* vi sia istituzione,

⁵⁵ S. Romano, *Il Comune. Parte generale*, Milano, Società Editrice Libreria, 1908, p. 44. Cfr. anche p. 47: “Il Comune invece è un corpo territoriale, il cui ordinamento giuridico è tutto, immediatamente, o mediatamente, statale”.

⁵⁶ Cfr. S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 176: “Finora abbiamo stabilito le relazioni tra i vari ordinamenti giuridici considerando le istituzioni in cui essi si concretano *ciascuna in sé e per sé*, cioè come *sfere giuridiche distinte l'una dall'altra*, nonostante i rapporti fra essi intercedenti” (corsivi aggiunti).

⁵⁷ S. Romano, *Il Comune. Parte generale*, cit., pp. 47 e ss.

⁵⁸ È evidente che la nostra lettura di Romano prescinde, qui, dal contesto *storico* – e quindi politico ed ideologico – in cui avviene la formazione del testo. Oltre agli studi già richiamati, sul punto si vedano anche A. Romano, “Santi Romano e la giuspubblicistica italiana: temi e tendenze”, in P.L. Ballini (a cura di), *I giuristi e la crisi dello stato liberale: 1918-1925*, Venezia, Istituto veneto di scienze, lettere ed arti, 2005, pp. 103-130; F. Lanchester, “Santi Romano e le ideologie giuridiche italiane nella transizione allo Stato di massa”, *Rivista AIC*, 4, 2011.

⁵⁹ Qui torna, allora, certamente pertinente la critica svolta da Tarello, su cui si veda, infra, la nota 49.

ordinamento, è ora un *fatto* – a differenza di quanto avveniva nella prima parte del testo di Romano (una volta che si considera l'ordinamento come *fondato*, diremmo, esso cessa di poter essere *fondamento* di se stesso).

La *coesistenza degli ordinamenti* diviene, ora, il tratto specifico del pluralismo giuridico di Romano⁶⁰, laddove, per contro, la teoria dell'ordinamento – presentata nella prima parte del suo testo – avrebbe potuto aprire ad una nozione radicalmente diversa di esso, inteso come impossibilità dell'unità *dell'ordinamento*, impossibilità dell'essere-uno dell'ordinamento, il quale, infatti, è tale solo nel suo essere processo, sempre aperto, di unificazione (di costituzione di se stesso come uno). Sarebbe stato necessario, allora, sviluppare – come abbiamo tentato qui di mostrare – la differenza e la reciproca esclusione tra l'*ordinamento come unità* e l'*unità dell'ordinamento*. Nel momento, però, in cui Romano declina il “pluralismo” nei termini di una pluralità di ordinamenti – da cui lo studio delle loro possibili relazioni – egli è costretto, necessariamente, a pensare l'unità di ciascuno di essi come *costituita*, come già data, di modo che ciascun ordinamento sia sempre “distinto” dall'altro, anche quando è compreso al suo interno⁶¹.

Se, allora, con “pluralità” degli ordinamenti intendiamo riferirci alla loro coesistenza – ed è tale il tema sviluppato da Romano nella seconda parte del suo testo – dovremmo invece parlare di “pluralismo” con riferimento alla riflessione che Romano compie nella prima parte, relativamente al problema dell'auto-fondazione dell'ordinamento come unità. Se volessimo, ora, seguire nuovamente le differenze, gli scarti che abbiamo tentato di ravvisare nel testo, nella “doppia” lettura che esso a nostro avviso consente, potremmo così riepilogare il lavoro svolto:

<i>Teoria del diritto come ordinamento</i>	<i>Teoria dell'ordinamento</i>
Ordinamento come unità	Unità dell'ordinamento
unità come auto-fondazione (processo)	unità come proprietà (attributo)
Ordinamento-soggetto (istituzionalizzazione)	Ordinamento-oggetto (istituzione)
pluralità (impossibilità dell'unità <i>dell'ordinamento</i>)	pluralismo (coesistenza di ordinamenti)

Una interpretazione che sappia procedere attraverso queste differenze, questi scarti che sono *interni* al testo di Romano, mantener*si* in essi, è ciò, forse, che è richiesto alla nostra filosofia del diritto, ad una ricerca che miri, più che al significato “originario” del testo, a produrre sempre nuove possibilità di lettura.

⁶⁰ Per una presentazione dei significati odierni di “pluralismo giuridico”, rimando a M. La Torre, “Legal Pluralism as an Evolutionary Achievement of European Community Law”, *Ratio Juris*, 12 (1999), 2, pp. 182–195; R. Motta, “Approccio classico e approccio critico al pluralismo giuridico”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXIV (2004), 2, pp. 345-362; F. Viola, “Il rule of law e il pluralismo giuridico contemporaneo”, in M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 95-125. Si vedano, inoltre, le riflessioni di G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2006, soprattutto alle pp. 33-83.

⁶¹ Cfr. S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 179.

Dopo Romano. Istituzioni, razionalità, populismo

Mauro Barberis

Abstract

This paper defines “institutions” in terms of saving-rationality devices. The first section draws a scheme of institutions’ evolution, from individual play to collective games until institutions properly so called. The second one deals with institutional rationality, by integrating into the classic explanatory/justificatory model of *homo oeconomicus* two other complementary models, *homo sociologicus* and *homo psychologicus*. The third section applies such conceptual tools to populism, defined in terms of adaptation of democracy to a mediatised environment, in order to raise the problem of evolution/involution of institutions.

Keywords: institutions, evolution, emergence, rationality, populism.

*Quando vediamo le persone agire in modi che ci sembrano strani,
dovremmo anzitutto considerare la possibilità
che abbiano un buon motivo per fare ciò che fanno*
(D. Kahnemann)

Premessa

Santi Romano, oggi scoperto anche dal pubblico di lingua inglese¹, *non* è l’oggetto di questo lavoro: semmai, il suo punto di partenza. Il lavoro, cioè, dà per acquisite conclusioni raggiunte in altri lavori: l’imprescindibilità dell’istituzionalismo di Romano per una teoria del diritto positivista e realista; i suoi limiti (ontologismo, pangiuridicismo, formalismo...); i suoi pregi (pluralismo); la tendenza del (neo-)istituzionalismo a de-materializzarsi in teoria del ragionamento giuridico².

Qui, invece, cerco di proporre un istituzionalismo diverso, meno formalista e più realista, capace di dialogare con le scienze sociali³. La prima sezione tratterà un modello dell’emergenza (*emergence*) delle istituzioni in genere; la seconda toccherà

¹ Cfr. S. Romano, *The Legal Order* (1917), edited and translated by M. Croce, with a foreword by M. Loughlin and an afterword by M. Croce, Abingdon-New York, Routledge, 2017.

² Cfr. in particolare M. Barberis, “Santi Romano e le metamorfosi dell’istituzionalismo”, *Lo Stato*, 9 (2017), pp. 243-260, in uscita anche per gli atti del convegno “Santi Romano, l’ordinamento giuridico (1917-2017)” (Palermo, 24-25 novembre 2017).

³ E di farlo apertamente, non quasi di nascosto, come faceva Romano. Un esempio sofisticato di istituzionalismo teorico-giuridico, analitico e formalista è M.C. Redondo, *La normatività istituzionale del diritto*, Marcial Pons, Madrid, 2018. La mia prospettiva, sin dalla terminologia impiegata, è invece sociologico-giuridica, evolucionista e realista.

l'enorme problema dei loro rapporti con la razionalità; la terza e conclusiva sezione proporrà l'esempio di una modalità di funzionamento delle istituzioni democratiche – il populismo (digitale) – per più versi apertamente irrazionale.

1. Definizione ed emergenza delle istituzioni

Le istituzioni possono concepirsi come organizzazioni collettive emerse non solo per coordinare scelte individuali, ma anche per rimediare alla loro irrazionalità. Sono istituzioni, in questo senso, diritto, Stato, magistratura: ma anche assicurazioni sulla vita, prostituzione, teoria del diritto... Uno dei problemi dell'istituzionalismo, anche giuridico, è specificare questa nozione genericissima così da renderla idonea a spiegare, prevedere e governare i fenomeni giuridico-sociali.

In questa sezione parto da lontano: da uno schema dell'emergenza delle istituzioni a partire dalle condotte individuali. Scomporrò tale processo in tre passaggi: da atti individuali originariamente fini a se stessi, mero gioco nel senso dell'inglese *play*, alla formazione di sistemi di convenzioni e regole, o giochi (*games*), produttivi di un ordine sociale, sino all'emergenza, con una sorta di "salto" evolutivo, di istituzioni vere e proprie.

1.1. Basta aver avuto figli piccoli, od osservare la condotta di cuccioli di animali non umani, per capire che le loro attività possono condensarsi nella nozione di gioco (lat. *lusus*, ingl. *play*). L'attività di giocare è stata assunta da John Finnis come uno dei sette beni e valori fondamentali, al livello di vita, conoscenza e ragionevolezza pratica, ed è definibile nei termini della nozione aristotelica di autotelìa: la gratuità di certi atti individuali, che trovano il proprio fine in se stessi⁴.

Giocare, peraltro, assolve a funzioni ulteriori al divertimento e/o allo sfogo di curiosità ed energie da parte dei cuccioli delle specie più sviluppate. Qui aiuta la classica distinzione di Robert Merton – intrecciata all'altra cruciale nozione di effetti non intenzionali di atti umani intenzionali – fra funzioni manifeste e latenti di un'attività⁵. La funzione manifesta (lo scopo) del *play* è giocare; e tale resta anche nell'età adulta, che sotto quest'aspetto è una prosecuzione dell'infanzia⁶.

La funzione latente del gioco è molto più importante, dal punto di vista evolutivo, e consiste nella socializzazione. Giocando s'imparano varie strategie di sopravvivenza: correre, mimetizzarsi, recitare la parte di qualcun altro... Gli umani giocano imitando i ruoli che assumeranno da adulti: accudire i figli, lavorare, fare la guerra... Tutte attività che da ludiche si trasformeranno in serie, e che sono le più importanti per la sopravvivenza della specie.

⁴ J. Finnis, *Legge naturale e diritti naturali* (1980; 1992), trad. it. Torino, Giappichelli, 1997, pp. 94-98.

⁵ Th. Merton, "Manifest and Latent Functions (1945)", in Id., *Social Theory and Social Structure*, New York, Free Press, 1957, pp. 9-75.

⁶ Un classico è J. Huizinga, *Homo ludens* (1938), trad. it. Milano, Il Saggiatore, 1983; per il diritto, cfr. pp. 228-248. Un aggiornamento andrebbe però fatto per l'informatizzazione, capace di produrre giochi (elettronici) ulteriori, anche di ruolo, e di generare autentiche regressioni individuali e collettive.

In inglese, “play” significa anche recitare; potrebbe persino dirsi che l’uomo è un animale che ha imparato a recitare. Gli psicologi dell’età evolutiva ci insegnano, basandosi su casi di allevamento di umani da parte di animali, che un cucciolo di uomo ha una finestra temporale per imparare la propria parte: chiusa la finestra, resterà un animale. Cosa impara a recitare, il bambino? Giochi in altro senso, che nel loro complesso compongono la forma di vita chiamata umanità⁷.

1.2. Da Ludwig Wittgenstein in poi, la nozione di gioco è divenuta la metafora più comune nelle scienze sociali per riferirsi a pratiche e attività umane. Sino alla teoria dei giochi: dove peraltro “gioco” (lat. *ludus*, ingl. *game*) assume il senso, molto più tecnico e problematico, di attività strategica. Detto altrimenti, gli individui, concepiti come massimizzatori di utilità, agiscono in base ad aspettative reciproche circa la condotta rispettiva (cfr. qui, 3.1).

Nel *primo* senso, wittgensteiniano, anche le istituzioni possono concepirsi come (macro-)giochi; il neo-istituzionalismo *giuridico*, in particolare, le concepisce come insiemi di norme costitutive, istitutive del gioco, e di norme regolative dell’attività dei giocatori⁸. Neppure questo approccio centrato sulle norme, però, risolve il problema della specificità delle istituzioni giuridiche: concepite, al più, come macro-giochi formati da un’infinità di micro-giochi⁹.

Nel *secondo* senso, tipico della teoria dei giochi, le istituzioni sono concepite come soluzioni a problemi di coordinazione delle azioni. Questo approccio economicistico – che spesso ignora il diritto, cordialmente ricambiato¹⁰ – solleva il problema della razionalità delle istituzioni. Si tratta solo di razionalità strumentale, tipica dell’economia ed essenziale alla sopravvivenza della specie o, prim’ancora, simbolica, e quali relazioni intercorrono fra le due?

I processi d’istituzionalizzazione – di formazione d’istituzioni, specie giuridiche e politiche – presentano alcuni aspetti curiosi. Nel mondo anglosassone, ad esempio, molte istituzioni “serie” non hanno mai conosciuto codificazioni esaustive: il nucleo dell’*adjudication* resta il *common law*, la costituzione inglese non è scritta, lo Stato britannico non ha personalità giuridica. Sono invece codificati minuziosamente i giochi sportivi: cricket, football, rugby, golf...

Sul continente europeo, per contro, le istituzioni sono state pensate – a partire dall’Ottantanove, ma mimando autori inglesi di cultura continentale quali Thomas Hobbes – come frutto di atti costituenti e/o di decisioni politiche. Questa è ovviamente solo una mitologia: una narrazione dell’origine delle istituzioni poco più plausibile della credenza nella danza della pioggia in molte culture cosiddette

⁷ Cfr. B. Williams, *Comprendere l’umanità* (1995), trad. it. parz. Bologna, Il Mulino, 2006, sin dalla domanda iniziale (p. 29): “Siamo animali? Siamo macchine?”.

⁸ Cfr. in particolare N. MacCormick, O Weinberger, *Il diritto come istituzione* (1985; 1986), trad. it. Milano, Giuffrè, 1990.

⁹ Così anche M. Croce, *Che cos’è un’istituzione*, Roma, Carocci, 2010, che distingue istituzioni di primo e secondo livello e organizzazioni: ad esempio, proprietà, diritto e Stato, gli ultimi due già concepiti da Romano come istituzione di istituzioni.

¹⁰ Cfr. in particolare F. Guala, *Pensare le istituzioni. Scienza della filosofia e del vivere insieme* (2016), trad. it. Roma, Luiss University Press, 2018, p. 24: “Le istituzioni sono un argomento di ricerca rilevante per gli scienziati politici, gli economisti, i sociologi e gli antropologi?”. E i giuristi? Ad esempio, Guala, come Croce, ignora Hart, teorico del diritto tutt’altro che formalista.

primitive. La mitologia stessa del potere costituente, però, ha funzioni sia manifeste sia latenti.

La sua funzione manifesta è spiegare/giustificare l'origine delle istituzioni: salvo non spiegare ciò che Romano chiama il loro carattere necessario¹¹, che potrebbe invece spiegarsi così. Gli umani vivono da sempre in famiglie, tribù, villaggi, città, nazioni: questa è la forma di vita che essi ritengono propriamente umana. Persino come giustificazione, d'altra parte, la mitologia non funziona: fonda l'istituzione su un atto di forza, che come tale non vincola né sconfitti né vincitori.

La funzione latente della mitologia costituente, invece, non è dissimile da quelle di danza della pioggia, sacrificio del capro e tante altre *fabulae* narrate agli/dagli antropologi: fondare, legittimare, la coesione sociale, ciò che Émile Durkheim chiama la *solidarité*. Ma il passaggio da meri giochi – compresi *istituti* giuridici quali processo, proprietà, contratto¹² – a istituzioni più ampie che li trascendono, ricomprendono e sostengono, va ancora spiegato/giustificato.

1.3. Il passaggio dai giochi, compresi gli istituti giuridici, alle istituzioni vere proprie, è il punto critico di questa ricostruzione. L'istituzionalismo di Romano, qui, compensa un difetto, il pangirudicismo, con un altro, il formalismo giuridico¹³. Detto altrimenti, poiché tutte le istituzioni sarebbero in qualche modo giuridiche (pangirudicismo), allora tutte potrebbero/dovrebbero studiarsi con strumenti giuridici, ritenuti più "scientifici" di quelli morali, politici o sociologici (formalismo).

Qui, invece, (ri-)propongo un modello dei processi d'istituzionalizzazione che riprende la teoria del diritto di Herbert Hart: l'istituzione-diritto nasce dal sovrapporsi, a norme di condotta pre-giuridiche, di tre tipi di norme di competenza, di giudizio (*adjudication*), di mutamento (*change*) e di riconoscimento (*recognition*)¹⁴. Sulla *rule of recognition* innesto la teoria della formula istituzionale di Mary Douglas (simile a quella della formula politica di Gaetano Mosca).

Ma la principale forzatura in senso realistico cui sottopongo la teoria di Hart è invertire l'ordine di emergenza dei tre tipi di norme facendole corrispondere ai tre stadi di formazione del diritto moderno distinti da Maurizio Fioravanti: giurisprudenziale, legislativo e costituzionale¹⁵. Detto altrimenti, il diritto inizia a differenziarsi dalle altre istituzioni sociali con l'emersione di norme di giudizio, la cui

¹¹ S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Milano, Giuffrè, 1983, p. 68.

¹² Per un tentativo di riduzione delle istituzioni agli istituti giuridici, cfr. L. Di Carlo, *Teoria istituzionale e ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 2017. In inglese la distinzione fra istituti e istituzioni non è nominalizzata, ma la stessa origine delle istituzioni tende a concepirsi in termini di istituti giuridici quali la proprietà (Stato patrimoniale) o il contratto (contrattualismo).

¹³ Così G. Tarello, "La dottrina dell'ordinamento e la figura pubblica di Santi Romano", in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 245-256, a p. 249.

¹⁴ Cfr. H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), trad. it. Torino, Einaudi, 1965, specie pp. 108-117, e M. Barberis, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 118-125.

¹⁵ Cfr. M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, ma anche l'ultimo *Costituzionalismo. La storia, le teorie, i testi*, Roma, Carocci, 2018. Sulla trascrizione in termini normativi della teoria istituzionale, cfr. N. Bobbio, "Norme primarie e norme secondarie (1968)", ora in *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970, p. 196.

funzione qui diventa istituzionalizzare i giudici dando origine allo stato giurisdizionale¹⁶.

Il diritto occidentale – l'unico davvero distinto da morale, costume, religione... – nasce con i giuristi e in particolare con i giudici, amministratori della giustizia. Quest'ipotesi rimedia al pangiuridicismo di Romano distinguendo diritto e non-diritto e precisando la teoria di Hart. Davvero, come sostiene quest'ultimo, prima emergono le norme di condotta, poi quelle di competenza. Ma le prime sono mere consuetudini sociali, qualificate come giuridiche dopo l'applicazione giudiziale¹⁷.

Nell'evoluzione dell'istituzione-diritto, d'altronde, presto emergono norme di mutamento, istitutive dei poteri supremi dello stato legislativo: monarca e/o Parlamento. Tali poteri prima registrano norme sociali, poi pretendono di crearle, nella forma di legislazione che i giudici dovranno poi applicare. Funzione distintiva dell'istituzione diritto, però, continua a essere amministrare la giustizia; ancora David Hume, per metonimia, parla del diritto in termini di giustizia.

Già le *rules of adjudication* e le *rules of change* fungono anche da rudimentali *rules of recognition*, che identificano e gerarchizzano le fonti del (di un) diritto: come, nello stato costituzionale, farà invece la costituzione. La *rule of recognition* del diritto inglese, ancora in Hart, è la meta-norma consuetudinaria che lo riconosce come insieme di legislazione prodotta in base alle *rules of change* e di *common law* prodotto in base alle *rules of adjudication*.

Solo qui, però, avviene quella sorta di salto evolutivo che è la nascita dell'istituzione, come ente culturale auto-riflessivo ulteriore agli istituti che la compongono¹⁸. Scrive Douglas, antropologa che cita i giuristi infinitamente più di quanto questi facciano con l'antropologia: "Ogni istituzione che vuole conservare la propria forma deve venire legittimata" tramite una "formula" chiamata a "garantire l'edificio sociale sacralizzando i principi della giustizia"¹⁹.

L'accento alla sacralizzazione è un omaggio a Durkheim, ma la sostanza dell'argomento rinvia alla teoria della giustizia (cioè del diritto) di Hume. L'istituzione-diritto, per entrambi, nasce al fine di rimediare all'egoismo dei singoli, correggendone le conseguenze irrazionali. Quando gli umani si accorgono che la migliore soddisfazione dei loro egoismi passa per il rispetto degli egoismi altrui, adottano la convenzione della giustizia, e con essa tutta l'istituzione-diritto²⁰.

¹⁶ Per Hart le norme di giudizio conferiscono ai giudici il potere di irrogare sanzioni, mentre qui servono a istituzionalizzarli. Come ricorda N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica* (1958), ora in *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 128, per considerarsi giuridiche le sanzioni devono istituzionalizzarsi esse stesse, nel senso di essere comminate e irrogate da apposite istituzioni.

¹⁷ Cfr. J. Austin, *Delimitazione del campo della giurisprudenza* (1832), trad. it., Bologna, Il Mulino, 1995, p. 99: "prima di essere adottata dalle corti e munita di sanzioni giuridiche, [la consuetudine] è esclusivamente una regola di moralità positiva".

¹⁸ "Autoriflessività" qui indica il fatto, non incompatibile con l'individualismo metodologico, che un'istituzione regoli la propria produzione, *à la* Hans Kelsen, ma anche la propria auto-riproduzione nell'ambiente, *à la* Niklas Luhmann.

¹⁹ M. Douglas, *Come pensano le istituzioni* (1986), trad. it. Bologna, Il Mulino, 1990, pp. 168-169 e p. 81: "Per acquisire legittimità, ogni tipo di istituzione ha bisogno di una formula che fondi la sua validità sulla ragione e sulla natura". Douglas non cita Mosca, al quale però si pensa subito parlando di legittimità.

²⁰ Cfr. D. Hume, *Trattato sulla natura umana* (1739), trad. it. Roma-Bari, Laterza, 1982, vol. II, pp. 504 ss.

Detto altrimenti, atti individuali ed egoistici di *play*, ma anche *games* o istituti quali proprietà, contratto e punizione dei crimini, vengono sostenuti e giustificati da un'istituzione. Del resto, agli umani s'insegna sin dall'infanzia la giustizia – “non è giusto” è una delle prime frasi pronunciate dai loro cuccioli – ma soprattutto la si legittima presentandola come naturale/razionale. Solo quando s'incontrano umani di altre culture ci si accorge che la loro giustizia può essere molto diversa dalla nostra²¹.

Giudici, legislatori, costituenti – gli organi dell'istituzione-diritto – hanno identificato le norme da loro applicate e prodotte tramite regole di riconoscimento sempre più complesse, giustificandole con formule istituzionali giusnaturaliste (natura, ragione), giuspositiviste (fonti, legalità) e costituzionaliste (principi costituzionali e internazionali). Queste sono le istituzioni specificamente giuridiche, formatesi attorno a giudici, legislatori e costituenti²².

Naturalmente, vi sono poi infiniti altri tipi di istituzioni: almeno tanti quante quelle che Michael Walzer chiama le cosiddette sfere di giustizia²³. A meno di perseverare nel pangiuridicismo e nel formalismo di Romano, in altri termini, occorre riprenderne ed allargarne la principale lezione: il *pluralismo istituzionale*. Tenendo sullo sfondo le istituzioni giuridiche, in particolare, occorre ancora chiedersi cosa siano, come funzionino, le istituzioni in genere.

2. Istituzioni e razionalità

La teoria di Hume circa l'origine della giustizia è un buon punto di partenza per l'analisi delle istituzioni, perché le concepisce come rimedi all'egoismo individuale: “un modo per risolvere problemi che sorgono dai limiti della razionalità”²⁴. La razionalità non solo spiega/giustifica le istituzioni ma è essa stessa l'esempio paradigmatico di istituzione umana: tanto necessaria alla sopravvivenza degli individui e della specie da far definire “uomo” in termini di ragione.

Questo vale soprattutto per la razionalità per antonomasia, quella strumentale o *homo oeconomicus*, ma anche per almeno due altre famiglie di spiegazioni/justificazioni che si sono prima opposte e poi sovrapposte alla prima: *homo sociologicus* e *homo psychologicus*. Le scienze sociali, cioè, hanno cercato e cercano tuttora di sottrarsi all'imperialismo dell'economia tramite approcci integrati chiamati spesso “neo-istituzionalismo” in genere, o anche teoria unificata delle istituzioni²⁵.

²¹ Cfr. M. Douglas, *Come pensano le istituzioni*, cit., pp. 172-173. Più in generale, un'istituzione esprime e sostiene una cultura istituzionale: un insieme di saperi e pratiche, più la loro giustificazione

²² “Legal systems are institutionalised normative systems in which inter-related norms are created, modified, applied and enforced by social institutions such as legislatures, courts and tribunals, the police and other executive agencies”: J. Dickson, “Is Bad Law Still Law? Is Bad Law Really Law?”, in M. Del Mar, Z. Bankowski, *Law as Institutional Normative Order*, Farnham (U. K.), Ashgate, 2009, 174.

²³ Il riferimento è a M. Walzer, *Sfere di giustizia* (1983), trad. it. Milano, Feltrinelli, 1987.

²⁴ Così ancora M. Douglas, *Come pensano le istituzioni*, cit., p. 84 (trad. it. mod.).

²⁵ Esempi recenti, ma che esprimono una tendenza comune, sono i già citati M. Croce, *Che cos'è un'istituzione*, e F. Guala, *Pensare le istituzioni*, dove si trovano anche (ormai torrenziali) indicazioni bibliografiche ulteriori. Si tratta di rappresentanti del neo-istituzionalismo in genere, distinto dal neo-istituzionalismo giuridico à la McCormick.

2.1. Il modello dell'*homo oeconomicus*, tipico dell'economia, non è mai stato meramente cognitivo, benché si sia spesso preteso tale e fornisca strumenti cognitivi imprescindibili²⁶. Intanto, gli economisti sono i primi a sapere che l'azione umana individuale *non* è spiegabile solo con lo scopo intenzionale di massimizzare l'utilità. L'*homo oeconomicus* è al massimo un modello, anche normativo, cognitivamente utile per misurare gli scostamenti dell'azione effettiva dal modello²⁷.

Il tentativo di spiegare le istituzioni secondo il modello dell'*homo oeconomicus* produce, fra gli altri, il paradosso di (Mancur) Olson: nessuno avrebbe mai interesse a cooperare a un'istituzione dalla quale trarrebbe gli stessi vantaggi come *free rider*, ossia non cooperando²⁸. Il punto è che il modello non mira, se non indirettamente, a spiegare la condotta umana, ma proprio a massimizzarne l'efficienza specificamente economica, latamente politica e in ultima istanza evolutiva.

Ciò spiega perché la famiglia di posizioni riassumibili sotto questa etichetta – utilitarismo o consequenzialismo, teoria della scelta e della decisione razionale, calcolo costi-benefici, teoria dei giochi... – è divenuta la cultura istituzionale dominante nella globalizzazione. Qui chiamerò tale cultura *neoliber(al)ismo*, insistendo sul suo carattere pervasivo: la sua attitudine a espandersi dalle istituzioni economiche a quelle non economiche e alla stessa vita privata delle persone²⁹.

Il liberalismo di Hume o della stessa Scuola austriaca distingueva ancora Stato e mercato, riconoscendo nello Stato e nella proprietà le condizioni istituzionali del mercato. Non così il neoliberalismo tipico della Scuola economica di Chicago. Perché mai, pensano costoro e tutti i manager di tutto il pianeta, le stesse ricette economiche che reggono Stati Uniti, Russia, India e Cina, non potrebbero governare Stato, pubblica amministrazione, scuola, consumi, lo stesso tempo libero?

Nel corso della globalizzazione vari teoremi d'impossibilità, elaborati da economisti, avevano revocato in dubbio il nesso fra mercato e democrazia³⁰: alimentando, in grande, le sperimentazioni dei Chicago Boys in Latino-America, in piccolo le politiche dell'austerità in Europa. Sin dagli anni Cinquanta, d'altra parte, teorie della razionalità limitata (*bounded rationality*), analoghe a quelle austriache, avevano corretto l'idea che umani e istituzioni massimizzino l'utilità.

Non sempre il modo migliore per conseguire l'utilità è perseguirla direttamente; persino istituzioni economiche come le aziende vanno gestite tenendo conto di fattori non economici quali motivazioni dei dipendenti, conflitti interni,

²⁶ Cfr. M. Friedman, "La metodologia dell'economia positiva (1953)", in Id., *Metodo, consumo e moneta*, trad. it. Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 93-136: sinché l'economia (positiva) *prevede* i fenomeni (e meglio ancora se li *produce*) allora è una scienza, e va bene com'è.

²⁷ Così K.R. Popper, *Miseria dello storicismo* (1944-45), trad. it. Milano, Feltrinelli, 1975, p. 125-126, in termini di modello-zero, costruito "postulando una completa razionalità [...] da parte di tutti gli individui interessati, e calcolando la deviazione del reale comportamento delle persone".

²⁸ Cfr. M. Olson, *Logica dell'azione collettiva* (1965; 1971), trad. it. Milano, Feltrinelli, 1980.

²⁹ Cfr. G. Leghissa, *Neoliberalismo. Un'introduzione critica*, Milano-Udine, Mimesis, 2012, pp. 95-115, specie p. 103: "Vi è dunque una stretta relazione tra lo sviluppo delle teorie della scelta razionale, le teorie dei giochi di von Neumann e Morgenstern, la nascita della cibernetica quale programma di ricerca, la matematizzazione della scienza economica, gli interessi strategici degli Stati Uniti".

³⁰ Esempi famosi sono K. J. Arrow, "A Difficulty in the Concept of Social Welfare", *Journal of Political Economy*, 58 (1950), pp. 328-346 e A. Sen, "The Impossibility of a Paretian Liberal", *Journal of Political Economy*, 78 (1970), pp. 152-157: dimostrazioni matematiche dell'irriducibilità dell'azione collettiva alla logica massimizzante dell'azione individuale.

processi decisionali³¹. Ma soprattutto, prim'ancora che gli storici dell'economia smontassero il mito del mercato che si auto-regola³², sociologi e antropologi avevano elaborato modelli delle istituzioni alternativi all'*homo oeconomicus*.

2.2. Può chiamarsi *homo sociologicus* una famiglia di modelli prevalentemente cognitivo-esplicativi³³, elaborati sin dall'Ottocento da sociologi e antropologi in alternativa all'*homo oeconomicus*, ma che possono anche servire a integrarlo, spiegando quanto questo non spiega³⁴. La razionalità strumentale del mercato, del resto, può operare solo a condizioni istituzionali ulteriori: non ci sarebbero mercati, ovviamente, senza istituti giuridici come la proprietà.

Sono le stesse istituzioni sociali, in particolare, a definire il senso, le identità e i ruoli degli individui. L'individuo stesso, entità culturale ignota agli antichi, è il prodotto di processi di soggettivazione che rendono gli umani individui/persone, le popolazioni popoli o nazioni, e i governi – i dispositivi usati per governare gli umani – Stati³⁵. Gli individui massimizzano l'utilità, semmai, solo *dopo* che le istituzioni li hanno costituiti come tali, liberandoli da vincoli tradizionali.

La razionalità strumentale spiega dunque, neppure interamente, l'agire degli individui sul mercato. Ma la loro stessa costituzione come individui, la formazione di istituti quali la proprietà e istituzioni come il mercato, e il funzionamento degli uni e degli altri, è spiegata anche da altri tipi di razionalità: affettiva (l'auto-telico *play* menzionato in 1.1), tradizionale, assiologica³⁶, e più in generale espressiva o simbolica, relativa al senso stesso delle istituzioni³⁷.

La famiglia di spiegazioni razionali qui chiamata *homo sociologicus*, nata in alternativa all'*homo oeconomicus*, non può certo sostituirla, ma può integrarla. Come ha chiarito fra gli altri Raymond Boudon, infatti, nessuna spiegazione o famiglia di spiegazioni può pretendere di spiegare tutto: e non solo perché resta sempre il caso. Se l'azione umana è per definizione intenzionale, ossia ha un senso per il proprio autore, allora ogni azione ammette l'ascrizione di più sensi.

Si pensi ad azioni ufficialmente deprecate come irrazionali e irresponsabili, quale quella dei genitori *no wax* che rifiutano di vaccinare i propri figli. Il *no wax* agisce: affettivamente nei confronti dei propri bambini; tradizionalmente, per ostilità alla scienza; assiologicamente, contro gli Stati e le multinazionali farmaceutiche;

³¹ Cfr. J. March, H. Simon, *Teoria dell'organizzazione* (1958), trad. it. Milano, Etas, 2003, e H. Simon, *Causalità, razionalità, organizzazione*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 1985, specie pp. 119-159.

³² K. Polanyi, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca* (1944), trad. it. Torino, Einaudi, 2000.

³³ Ma ci sono, pure, qui, modelli normativi di origine sociologica, come quello del Movimento anti-utilitarista nelle scienze sociali (MAUSS), che evocando l'economia del dono studiata da Marcel Mauss produce ideologie come la decrescita felice.

³⁴ Cfr. R. Boudon, *Homo Sociologicus: neither a Rational nor an Irrational Idiot* (2006), <https://papers.uab.cat/article/view/v80-boudon>: da cui riprendo lo schema tripartito.

³⁵ Si riconoscerà dal gergo qui intenzionalmente adottato la lezione di Michel Foucault: i cui ultimi lavori sulla biopolitica sono nient'altro, che una genealogia del neoliberalismo.

³⁶ Questi, insieme con la razionalità strumentale, sono i quattro tipi di razionalità riconosciuti da Max Weber: cfr. Id., *Economia e società* (1922), trad. it. Milano, Comunità, 1986, vol. I, pp. 21-23.

³⁷ Riformulare la teoria della decisione integrandovi il significato simbolico delle azioni è uno degli scopi dichiarati di R. Nozick, *La natura della razionalità* (1993), trad. it. Milano, Feltrinelli, 1995, specie p. 14.

razionalmente rispetto allo scopo, se crede davvero di garantire meglio la salute dei propri figli non vaccinandoli piuttosto che vaccinandoli.

Nondimeno, la condotta *no wax* è comunemente e giustamente ritenuta irrazionale perché viola varie regole di tutte e quattro le forme di razionalità. Affettivamente, si disinteressa dei figli altrui, colpiti dagli effetti perversi del suo rifiuto dei vaccini. Tradizionalmente, accede a opinioni prescientifiche. Assiologicamente, rifiuta (e confonde) l'autorità di Stato e scienza. (Ir)razionalmente, crede a leggende mediatiche sulla correlazione fra vaccinazioni e autismo.

Spiegare razionalmente azioni individuali e collettive come queste, invece che gettarle alla rinfusa nel cestino dell'irrazionalità, non serve a giustificarle – *tout comprendre* non equivale a *tout pardonner* – ma semmai, al contrario, a combatterle più efficacemente. Non è proprio a questo, per l'ipotesi di questo lavoro, che servono le istituzioni: rimediare all'irrazionalità individuale e collettiva? Ma *homo sociologicus* non basta ancora: serve anche *homo psychologicus*.

2.3. Le spiegazioni sociologiche dell'azione *no wax* sopra considerate riguardano intenzioni o motivazioni psicologiche degli attori sociali: specie la loro parte cognitiva, ossia quanto gli agenti credono, o credono di credere. Un sociologo come Boudon, in effetti spiegherebbe la condotta *no wax* proprio come spiega la credenza dei pellerossa Hopi nella danza della pioggia³⁸: i *no wax* ragionano razionalmente, per dir così, ma usano teorie scientifiche false e cadono in errori categoriali.

Ammesso e non concesso tutto ciò, parlare di *homo psychologicus* può suscitare allarmi o equivoci³⁹. Assumere che parte della spiegazione dell'azione e delle istituzioni, specie di quella apparentemente irrazionale, vada lasciata alla psicologia evoca immediatamente due tipi di psicologie. Intanto, psicologie popolari come la psicanalisi, la cui scientificità è da sempre discussa; poi, le varie neuroscienze o scienze cognitive, dalle enormi ambizioni scienziaste e riduzioniste.

In realtà, c'è almeno un altro tipo di psicologia, abbastanza diverso dalle altre da chiamarsi anche economia comportamentale, e da vincere premi Nobel per l'economia, che magari solleva altre perplessità, ma non queste. La psicologia comportamentale non tematizza espressamente la razionalità simbolica, ma conferma empiricamente che – accettati i postulati normativi della razionalità strumentale⁴⁰ – opinioni e condotte individuali reali se ne scostano sistematicamente.

Come per le teorie della razionalità limitata, il contributo della *behavioural economics* alla teoria delle istituzioni è sia cognitivo sia normativo. Il contributo più noto è normativo: le dottrine delle spinte gentili (*nudges*) e del paternalismo libertario. Tramite tali *policies*, lo Stato tutela individui in carne ed ossa altrimenti abbandonati a

³⁸ Cfr. R. Boudon, *Homo sociologicus*, cit., pp. 161-163.

³⁹ L'etichetta, nata fra gli psichiatri (cfr. J. Cohen, *Homo Psychologicus*, London, Allen & Unwin, 1970), viene talora usata in opposizione a "homo oeconomicus"; che l'*homo psychologicus* sia al contempo narcisista e conformista è idea propagata da Ch. Lasch, *The Culture of Narcissism. American Life in an Age of Diminishing Expectations*, New York, Norton & C., 1991.

⁴⁰ Cfr., sin dal titolo, G. Lecouteux, "From *Homo Oeconomicus* to *Homo Psychologicus*: the Paretian Foundations of Behavioural Paternalism", *Oeconomia*, 6 (2016), 2, pp. 175-200.

se stessi dalle politiche neoliberali: che pretenderebbero di garantire la libertà di scelta di agenti razionali totalmente disincarnati⁴¹.

Più importante ancora, però, è il contributo specificamente cognitivo della psicologia comportamentale. Mostrando *bias(es)*, euristiche e *frames* che indirizzano la scelta individuale nella vita reale, essa autorizza a concludere che “le istituzioni (*organisations*) riescono meglio degli individui a evitare gli errori, perché hanno quasi per definizione un pensiero più lento e il potere di imporre procedure ordinate”⁴². Vedremo al prossimo punto, peraltro, il contro-esempio del populismo.

Se il razionalismo migliore è quello che cerca di spiegare i limiti della ragione, forse i tre modelli possono integrarsi per spiegare razionalmente le istituzioni. Il cuore della spiegazione resta la razionalità economica o strumentale, ma integrata, a monte, dalla razionalità sociologica o simbolica, a valle, dalla razionalità psicologica o comportamentale. Benché le istituzioni rimedino ai difetti della razionalità individuale, possono produrne di loro propri: come vediamo subito.

3. Un contro-esempio: il populismo

Ricapitolando: le istituzioni, anche giuridiche, possono concepirsi come dispositivi collettivi che rimediano all'irrazionalità dell'azione individuale e ai suoi effetti. “Dispositivi” evoca il gergo di Michel Foucault ma ancor più l'inglese “devices”: congegni, apparati o reti di produzione umana che, oltre a divenire una sorta di habitat naturale – una “seconda natura” – degli umani, rischiano sempre di strumentalizzarli, invece che di servir loro da strumenti.

In particolare, una delle funzioni delle istituzioni è ri-prodursi nell'ambiente, seguendo propri percorsi evolutivi. Proprio come i *devices* elettronici, le istituzioni possono entrare in modalità di funzionamento strumentali alla propria sopravvivenza ma disfunzionali per gli umani e, a lungo termine, anche per loro stesse. Un esempio è la modalità di funzionamento delle istituzioni democratico-parlamentari chiamata “populismo”, e che è ormai irriducibile alla mera demagogia.

Interpretato caritatevolmente, il populismo potrebbe considerarsi una strategia evolutiva della democrazia parlamentare, de-legittimata dalla globalizzazione neoliberale, al fine di adattarsi a un ambiente mediatizzato⁴³. La televisione aiuta già a spiegare il successo di leader e movimenti populistici in paesi come Russia, Turchia o Ungheria⁴⁴. I media digitali, specie lo smartphone, paiono ancor più decisivi per spiegare tale successo in paesi come Stati Uniti, Regno Unito o Italia.

⁴¹ Cfr. R. Thaler, C. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità* (2008), trad. it. Milano, Feltrinelli, 2009, ma soprattutto la conclusione di D. Kahnemann, *Pensieri lenti e veloci* (2011), trad. it. Milano, Mondadori, 2012, p. 556, critica verso M. Friedman, *Liberi di scegliere* (1980), trad. it. Milano, Longanesi, 1981.

⁴² D. Kahnemann, *Pensieri lenti e veloci*, cit., p. 565.

⁴³ Cfr. M. Barberis “L'uomo della folla. La filosofia del diritto di Donald Trump”, *Ragion pratica*, 51 (2018), 2, pp. 411-428, ma anche Id., “Europa, rinoceronti, populismo”, in www.micromega.net.

⁴⁴ Già G. Sartori, *Homo videns. Televisione e post-pensiero*, Roma-Bari, Laterza, 2007 parlava di telecrazia, mentre B. Manin, *Principi del governo rappresentativo* (1997), trad. it. Bologna, Il Mulino, 2010, parla di democrazia del pubblico (nel senso dell'*audience*).

Detto altrimenti, “populismo” non indica un’ideologia, né forte, dottrinalmente articolata, né debole, bisognosa di coniugarsi con una forte, e neppure un mero stile comunicativo⁴⁵. Indica, invece, una modalità mediatica di funzionamento della democrazia, prima televisiva, poi anche e soprattutto digitale. In base a questa definizione, leader, movimenti e regimi politici possono dirsi più o meno populistici, a seconda che soddisfino tutti o almeno alcuni dei cinque indici seguenti⁴⁶.

3.1. *Primo* indice di populismo è l’*appello al popolo* e alla sua sovranità. Il populismo è pur sempre una modalità di funzionamento della democrazia – benché possa sempre degenerare in autocrazia – la cui “formula” legittimante, nel senso di Douglas o di Mosca, è la volontà popolare. Ma “popolo”, qui, non indica la mera popolazione. Si prenda qualsiasi slogan populista e si sostituisca “popolo” con “popolazione”: lo slogan perderà qualsiasi forza legittimante.

Il “popolo” populista è un segmento della popolazione *costruito* più o meno consapevolmente espellendone i “nemici” (cfr. qui 3.2)⁴⁷: segmento assunto come *pars pro toto* e rappresentato *direttamente, unitariamente ed esclusivamente* dallo stesso leader o movimento populista. I populistici adottano l’ossimoro della rappresentanza diretta, senza mediazioni, che fa della democrazia populista un *tertium quid* fra democrazia diretta e democrazia rappresentativa⁴⁸.

Il populismo assolve egregiamente – pure troppo – alla principale funzione della democrazia: la legittimazione del potere. Non assolve, invece, all’altra grande funzione evolutiva della democrazia (pluralista): la trasmissione, dalla periferia al centro e dall’esterno all’interno, delle informazioni necessarie ad adeguare la società al cambiamento⁴⁹. Il limite strutturale delle democrazie populiste è il *sovranismo*: la chiusura all’esterno e l’anti-pluralismo all’interno, come vediamo subito.

3.2. *Secondo* indice di populismo, strettamente connesso al precedente, è l’*anti-pluralismo*: l’ostilità alle istituzioni non legittimate democraticamente, squalificate come *establishment*, casta, élite, *deep State* e simili. Indice quasi infallibile di populismo è l’ostilità a partiti, sindacati, magistratura, autorità indipendenti, istituzioni

⁴⁵ Così C. Mudde, “Populist Zeitgeist”, *Government and Opposition*, 39/3, 2004, pp. 541-563, e poi almeno B. Moffitt, S. Tormey, “Rethinking Populism: Politics, Mediatisation and Political Style”, *Political Studies*, 62 (2014), pp. 381-397, che traccia anche un quadro dei diversi approcci al populismo.

⁴⁶ Cfr. P. Corbetta, “Tra ideologia debole e paradosso della leadership”, *il Mulino*, 493, 2017/5, pp. 727-735 (per i cinque indici) e J.-W. Müller, *Cos’è il populismo?* (2016), trad. it., Milano, Ube, 2018, p. 49 (per l’intuizione, da lui non sviluppata che possono darsi “gradi di populismo”).

⁴⁷ Sulla costruzione del popolo di riferimento si concentrano i contributi di Chantal Mouffe ed Ernesto Laclau; cfr. in particolare, di quest’ultimo, *La ragione populista* (2005), trad. it., Roma-Bari, Laterza, 2008.

⁴⁸ Cfr. N. Urbinati, *Democrazia sfigurata. Il popolo fra opinione e verità* (2014), trad. it. Milano, Ube, 2014; Ead., “Un termine abusato, un fenomeno controverso”, introduzione a J. W. Müller, *Cos’è il populismo?*, cit., specie xvii. Ma più che di rappresentanza si tratta forse di rappresentazione, nel senso di H. Hofmann, *Rappresentanza-rappresentazione. Parole e concetto dall’antichità all’Ottocento* (1974), trad. it., Milano, Giuffrè, 2007.

⁴⁹ Attingo quest’idea a tre fonti, accomunate solo dall’ispirazione evolucionista: la trasmissione dell’informazione a F.-A. Hayek, “The Use of Knowledge in Society”, *American Economic Review*, 35/4, 1945, pp. 519-530; la funzione evolutiva delle istituzioni a R. Nozick, *La natura della razionalità*, cit., specie pp. 150-180; la positività o contingenza del diritto moderno, necessaria a gestire il continuo cambiamento, da N. Luhmann, *Sociologia del diritto* (1972), trad. it. parz. Roma-Bari, Laterza, 1977.

sovranazionali, circoli finanziari, intellettuali, scienziati, giornalisti, Ong... – tutti ritenuti corrotti e capaci solo di ingannare il “popolo”.

In una parola, la democrazia populista è ostile alle minoranze. Minoranze politiche, essenziali nella democrazia parlamentare, dove la regola di maggioranza dipende dal previo consenso della minoranza⁵⁰. Ma anche minoranze sociali, etniche, razziali: nel populismo di destra ebrei, migranti e rom, in quello di sinistra capitalisti, finanziari e benestanti in genere. Contro le minoranze si sdoganano opinioni sessiste, classiste o razziste, si alimentano *fake news*, si adottano teorie del complotto⁵¹.

Il limite strutturale delle democrazie populiste non è solo, come s'è detto, di combattere tutte le istituzioni non legittimate direttamente dalla volontà popolare: autentici organi di senso delle istituzioni, capaci di trasmetterle le informazioni molto meglio dei social media privilegiati dal populismo. Un loro limite ulteriore, dal punto di vista della loro razionalità strumentale, è il *giustizialismo*: la subordinazione di elementari considerazioni di efficienza a ragioni morali.

3.3. *Terzo* indice di populismo è la *personalizzazione della leadership*: la sovranità popolare è esercitata – neppure da capi carismatici, ma – da “uomini della folla”, ben incarnati da Donald Trump. Per rappresentare davvero il popolo, in effetti, il leader non può essere migliore di esso⁵²; al contrario, deve avere gusti volgari, essere ignorante e pure un po' disonesto. Se poi si rivela un autentico *son of bitch*, meglio ancora: come si diceva di *dirty* Dick Nixon, sarà il *nostro* figlio di puttana.

Detto altrimenti, la fenomenologia dei vari leader populistici – spesso buttatisi in politica al solo fine di sbarcare il lunario – corrisponde a un profondo bisogno d'identificazione e di controllo. D'identificazione: solo un autentico membro del popolo di riferimento potrà davvero rappresentarlo. Di controllo: sinché è pure lui una *pars pro toto* del “suo” popolo⁵³, quest'ultimo potrà sempre controllarlo e persino sostituirlo, in un vorticoso ricambio della leadership.

Inutile aggiungere che l'identificazione del leader con il popolo di riferimento costituisce un ulteriore limite strutturale delle istituzioni in modalità populista. Potremmo chiamarlo *decisionismo*: con tutte le connotazioni d'immediatezza, irriflessività e autoritarismo che essa comporta. Detto altrimenti, le decisioni del leader sono sottratte alle complesse mediazioni della democrazia pluralista e rimesse tutt'al più al controllo del “popolo”, perennemente mobilitato sui media.

3.4. *Quarto e decisivo* indice di populismo è la *mediatizzazione*: il ricorso sistematico ai media, prima analogici, la tv, poi sempre più digitali, come i social media. I social non veicolano solo un messaggio

⁵⁰ Cfr., fra i tanti, il classico J. Buchanan, G. Tullock, *Il calcolo del consenso. Fondamenti logici della democrazia costituzionale* (1962), trad. it. Bologna, Il Mulino, 1998.

⁵¹ Le teorie della cospirazione, à la Popper, “sfociano proprio dalla logica del populismo stesso” (J.-W. Müller, *Che cos'è il populismo?*, cit., p. 40. Quanto alle *fake*, cfr. almeno G. Riva, *Fake news. Vivere e sopravvivere in un mondo di post-verità*, Bologna, Il Mulino, 2018, e M. Cuono, “Post-verità o post-ideologia? Un problema politico, online e offline”, in E. Vitale, F. Cattaneo (eds.), *Web e società democratica. Un matrimonio difficile*, Torino, Accademia, 2018, pp. 66-82.

⁵² Cfr. già M. Bovero, *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

⁵³ Sul nesso metonimico del “popolo” populista e del suo leader con la popolazione reale insiste E. Laclau, *La ragione populista*, cit., p. 103.

*preesistente: lo producono essi stessi*⁵⁴. Nel populismo digitale davvero il medium è il messaggio, che si forma quasi interamente entro lo stesso circuito mediatico⁵⁵. Si commissionano sondaggi, si elaborano programmi, li si ratifica sul web, e se ne fa l'agenda politica da imporre⁵⁶.

Si sbaglia a denigrare il populismo come semplice antipolitica. Forse è proprio questa la politica del futuro: una macchina per produrre consenso intrattenendo l'elettore-consumatore. Prima gli si chiede cosa vuole, o crede di volere, poi glielo si dà; se poi cambia idea, si riprogramma la macchina. Forse, presto ci dimenticheremo della democrazia parlamentare, usurata da secoli di derive filo-governative, e chiameremo democrazia questa macchina per l'intrattenimento.

Qui il problema non è solo che, anche dal punto di vista della legittimità democratica, il consenso può essere manipolato, e di fatto lo è, come mostrano casi quali *Cambridge Analytica* e *Russiagate*. Il problema più grave è l'*auto-referenzialità*: anche se la trasmissione della volontà popolare alle istituzioni tramite i social fosse del tutto trasparente, cioè, la volontà stessa sarebbe viziata da tutti i *bias(es)* denunciati dalla psicologia comportamentale, più le distorsioni dei media⁵⁷.

3.5. C'è infine un *quinto* indice di populismo: la *semplificazione* del messaggio politico. Già in ambienti poco mediatizzati si tratta di normale reazione all'uso dell'aumento della complessità fatto dalle élites, per giustificare forme di tecnocrazia. La semplificazione diventa però obbligata quando la politica si mediatizza. Rispetto alla stampa, che produce pensiero critico, "lento" e razionale, i nuovi media generano pensiero intuitivo, "veloce", e più esposto a *bias(es)*⁵⁸.

Le ricette populiste devono essere *basic* per "bucare" il video e/o sovrastare il "rumore" informatico; guai, però, a ridurle a mero marketing, *top down*. Il populismo digitale funziona anche *bottom-up*⁵⁹: più ancora che al principio politico della sovranità popolare e/o parlamentare, risponde al principio economico neoliberale della

⁵⁴ Cfr. G. Da Empoli, *La rabbia e l'algoritmo. Il grillismo preso sul serio*, Venezia, Marsilio, 2016; A. Dal Lago, *Populismo digitale. La crisi, la rete e la nuova destra*, Milano, Cortina, 2017. Cfr. anche, da ultima, G. Origgi, "La democrazia può sopravvivere a Facebook? Egalitarismo epistemico, vulnerabilità cognitiva e nuove tecnologie", *Ragion pratica*, 51 (2018), 2, specie p. 456: "Il populismo contemporaneo è una nuova macchina da guerra mediatica che fa passare per opinione pubblica quella che è in realtà reazione emotiva privata di cittadini vulnerabili".

⁵⁵ Cfr. M. McLuhan, *Gli strumenti del comunicare* (1964; 1994), trad. it., Milano, Il Saggiatore, 2015, ma anche Id., Q. Fiore, *Il medium è il messaggio* (1967), trad. it., Mantova, Corraini, 2011: dove il *message* diventa *massage*, mera forma di intrattenimento.

⁵⁶ G. Da Empoli, *La rabbia e l'algoritmo*, cit., p. 26, fa l'esempio della politica in materia d'immigrazione del M5S: se i militanti si espongono pro-migranti, la macchina interviene per rimettere le cose a posto.

⁵⁷ Una per tutte, la polarizzazione, ossia il formarsi di bolle informative e normative che inducono negli utenti di internet non solo l'impressione di sapere cose che oggettivamente non sanno, ma li portano a dissentire sempre più radicalmente dagli abitatori di altre bolle: cfr. in particolare C. Sunstein, *#Republic. La democrazia all'epoca dei social media* (2017), trad. it. Bologna, Il Mulino, 2017.

⁵⁸ Cfr., sin dal titolo, D. Kahnemann, *Pensiero lento e veloce*, cit. Già M. McLuhan, *Galassia Gutenberg: la nascita dell'uomo tipografico* (1962), trad. it., Roma, Armando, 1976, ricordava che la stampa ha prodotto fenomeni come la Riforma protestante, il razionalismo, l'illuminismo. Forse è venuto il momento di chiedersi cosa stanno producendo i nuovi media.

⁵⁹ Per uno spunto in questa direzione, cfr. ancora B. Moffitt, S. Tormey, "Rethinking Populism", cit., p. 387: dove si parla di "relationship between the populist leader and "the people", and *vice-versa*".

sovranità del consumatore. Fra slogan populistici e “popolo” di riferimento, insomma, si stabilisce un circolo, diverso dal circuito istituzionale parlamentare⁶⁰.

E questo, come vedremo in conclusione, non produce solo il conflitto fra i due circuiti, quello istituzionale e quello mediatico, con la possibilità di continui cortocircuiti. Un ultimo limite della democrazia populista, conseguenza diretta della sua auto-referenzialità, potrebbe chiamarsi il suo *riduzionismo*, nel senso di riduzione della complessità⁶¹: la credenza, che accomuna populismo e neoliber(al)ismo⁶², nella risolubilità di problemi sempre più complessi con ricette semplici(stiche).

S'è già anticipata una spiegazione/giustificazione del populismo. Le istituzioni democratico-parlamentari cercano di adattarsi all'ambiente mediatizzato della globalizzazione puntando sulla legittimazione popolare per riprendersi i poteri loro sottratti dalle élites economiche, finanziarie e tecnocratiche. Così, però, il populismo 1), entra in collisione con lo stato costituzionale, 2) poi, e soprattutto, smette di assolvere le funzioni evolutive assolute dalla democrazia pluralista.

1) Il populismo entra in collisione con lo stato costituzionale e in particolare con le sue istituzioni di garanzia: corti nazionali e internazionali, autorità indipendenti, agenzie sovranazionali e internazionali⁶³. Il populismo, appellandosi al “popolo”, cerca di rimediare alla pretesa auto-referenzialità di tali istituzioni. Così, però, produce regimi ancor più auto-referenziali: democrazie illiberali o autocrazie “asiatiche” che rispondono solo a social media controllati da loro stesse.

2) Il populismo non svolge più la funzione evolutiva attribuita alla democrazia pluralista e alle istituzioni in genere da questo lavoro: ricevere ed elaborare informazioni per adeguarsi ai mutamenti dell'ambiente. Ascoltando solo il proprio popolo di riferimento, la democrazia populista diviene sorda e cieca alle questioni complesse: gestione dei flussi migratori, problemi ecologici, relazioni internazionali pacifiche... Un ordine planetario populista o sovranista è semplicemente inconcepibile.

⁶⁰ Di qui fenomeni ben noti ai politologi, e sui quali esiste una montagna di letteratura: la volatilità dell'elettorato; la campagna elettorale permanente; il ricambio dei leader, che rischiano di usurarsi rapidamente salvo impadronirsi stabilmente del potere; le elezioni trasformate in prosecuzione dei sondaggi; soprattutto, l'imposizione di un'agenda basata su temi viscerali quali sicurezza o immigrazione, sulla quale cfr. già Z. Bauman, *La solitudine del cittadino globale*, trad. it., Roma-Bari, Laterza, 1999, specie p. 58, e M. Barberis, *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Bologna, Il Mulino, 2017.

⁶¹ Il ricorrere in questo lavoro di espressioni tipiche del gergo di Niklas Luhmann – contingenza, auto-referenzialità, riduzione della complessità... – non è casuale: nel modo tipico delle profezie oscure, che inevitabilmente in qualcosa ci azzeccano, è forse proprio Luhmann il profeta dell'avvitarsi delle democrazie contemporanee nel *loop* informativo populista.

⁶² Cfr., sin dal titolo, R. Epstein, *Regole semplici per un mondo complesso* (1995), trad. it., Macerata, Liberilibri, 2012.

⁶³ Questa duplicazione delle istituzioni di governo in istituzioni di garanzia, con la proliferazione di queste ultime, è paradigmaticamente giustificata, piuttosto che spiegata, dall'ultimo Ferrajoli: cfr. in particolare il suo *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2013.