

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

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.

necessità”¹¹², 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, formatisi 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 allorquando 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.).