

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 antiveggenza, 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 romaniiana 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-romaniiana-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 quarantegge 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.