

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

Federico Pedrini

Abstract

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

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

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

1. Premessa

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Santi Romano e l'“interpretazione”

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

2.1. L'interpretazione della legge

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

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

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

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

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

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

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

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

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

In altri termini:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹³ *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

2.2. L'interpretazione dell'ordinamento

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Infatti,

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

²¹ *Ivi.*, p. 712.

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁴ Ivi, p. 714.

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3. L'ermeneutica romaniana tra oggetto e metodo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Dalla teoria dell'interpretazione alla teoria delle fonti

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

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

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

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

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

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

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

3.1. Pluralità degli ordinamenti giuridici e teoria delle fonti

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁵ Ivi, p. 77 ss.

⁴⁶ Ivi, cit., p. 81.

⁴⁷ *Ibid.*

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

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

Come efficacemente osserva Uberto Scarpelli,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2.1. I principi costituzionali fondamentali

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

Detti principi, infatti,

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

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

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

In questo senso, infatti,

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

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

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

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

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

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

3.2.2. Le consuetudini

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

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

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

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

⁶⁴ Ivi, p. 197.

⁶⁵ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 13 (corsivo mio).

Lo stesso è a dirsi anche per le norme della morale, del costume, della giustizia, o del diritto naturale, dell'equità, della convenienza politica o amministrativa, che analogamente a quelle della correttezza costituzionale, possono essere giuridicamente rilevanti. Si pensi alla grandissima importanza che nell'ordinamento inglese è attribuita all'equità essendo i giudici autorizzati a mitigare, come il pretore romano, il 'rigor legis' con l'*'aequum et bonum'*, sia pure attenendosi ai c.d. 'precedenti'. Spesso le leggi si richiamano a queste norme, per delimitare il campo della loro applicazione o per meglio precisare il significato delle proprie disposizioni. In tutti questi casi, la norma giuridica è soltanto la legge e queste altre norme non si trasformano esse stesse in giuridiche⁶⁶.

Gli stessi *usi* – che spesso affiorano tra le maglie del codice civile e che pure talvolta vengono (impropriamente) chiamati consuetudini *secundum legem* – non sarebbero secondo questa impostazione autentiche fonti del diritto, ma semplici ripetizioni di comportamenti ai quali è la legge (e *solo* la legge) a conferire efficacia giuridica.

Non così la *consuetudine* in senso proprio, la quale viceversa è fonte del diritto statale (non scritto) a pieno titolo, anche quando per avventura sia non soltanto *praeter*, ma pure *contra legem*. Essa, infatti,

è fonte del tutto autonoma e indipendente, trae da se stessa la propria efficacia e, se ne ha la forza, anche quando la legge preventivamente la vieta, colpisce e fa venire meno tale legge. Vero è che, negli Stati moderni, che alla produzione spontanea del diritto preferiscono quella artificiale che ha luogo per mezzo dei loro poteri legislativi, e quindi avversano le consuetudini che non siano conformi alle leggi, i numerosi controlli ed istituti che hanno la funzione di assicurare l'osservanza di queste riescono di regola ad impedire la formazione delle prime, ma, se queste risultato non ottengono in linea di fatto, la consuetudine mantiene tutto il valore che è proprio della sua natura: o vien meno o, se continua a vivere, è diritto⁶⁷.

Le caratteristiche della consuetudine così tratteggiate da Romano parrebbero suggerire, insomma, che proprio la capacità effettuale di questa fonte di vincere la contesa col diritto legislativo sia l'indice idoneo a provare da un lato il *soggettivo convincimento* dei consociati circa la doverosità del comportamento uniformemente riprodotto e dall'altro lato l'*oggettiva necessità* di esso per l'istituzione statale.

La celebre formula della "*opinio juris ac necessitatis*" non conterrebbe così soltanto una endiadi, ma riuscirebbe a illustrare i due lati (sociale e istituzionale) di quella complessa medaglia costituita dal diritto involontario.

⁶⁶ S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., pp. 286-287.

⁶⁷ Ivi, p. 284.

3.2.3. La necessità

L'ultima fonte del diritto statale non scritto, che costituisce anche l'estremo approdo della teoria romaniana delle fonti, è la c.d. *necessità*.

Ricorrendo ancora una volta alle parole dello stesso Romano,

Questa implica un'esigenza esplicita ed impellente di bisogni sociali, che impone una determinata condotta in difesa delle istituzioni vigenti. Differisce dalla consuetudine per la maggior energia che determina la sua affermazione improvvisa, senza che occorra un periodo di tempo più o meno lungo che la consacri, e soltanto allora acquista il carattere di norma giuridica quando si esplica come esigenza non puramente razionale, ma istituzionale: il che distingue la necessità, che è da ammettersi, da quella cui talvolta accennavano dottrine facenti capo alla concezione del diritto naturale⁶⁸.

Va da sé che questa fonte, per la sua stessa natura, non è ulteriormente qualificata né dal punto di vista procedurale, né da quello sostanziale, dipendendo le sue forme e i suoi contenuti dalle specifiche circostanze “emergenziali” nelle quali l'istituzione statale si può trovare.

Sebbene talvolta sia il diritto autoritativo scritto a conferire espressamente a specifiche autorità il potere di adottare provvedimenti straordinari per affrontare situazioni – appunto – di necessità e urgenza anche in deroga alle leggi stesse, le relative facoltà non trovano reale fondamento e neppure un valido argine giuridico nelle eventuali disposizioni di legge attributive di quel potere:

Come la consuetudine, anzi a maggior ragione, data la sua maggiore energia, la necessità è fonte autonoma del diritto, superiore alla legge. Essa può implicare la materiale e assoluta impossibilità di applicare, in certe condizioni, le leggi vigenti e, in questo senso, può dirsi che ‘*necessitas non habet legem*’. Può anche implicare l'imprescindibile esigenza di agire secondo nuove norme da essa determinate e, in questo senso, come dice un altro comune aforisma, la necessità fa legge. In ogni caso, ‘*salus rei publicae suprema lex*’⁶⁹.

La necessità – come si può facilmente notare – è qui intesa come esigenza non soltanto *ineludibile* e *inderogabile*, ma anche *urgente* e assolutamente *improrogabile*, aggiungendo insomma alla caratteristica strutturale (di ciò che è necessario) una precisa componente spazio-temporale (ciò che è necessario all'istante, *hic et nunc*).

Tanto precisato, peraltro, *ciascuna* delle fonti del diritto statale non scritto sembrerebbe condividere quella che si è indicata come la caratteristica della “necessità” dal punto di vista strutturale, che viene così a costituire la chiave di volta dell'intera concezione non-volontaristica di Romano.

La *salus institutionis*, infatti, si atteggia a *suprema lex* di tutto il diritto involontario, laddove l'esigenza – la necessità, appunto – di garantirla si esprime in forme differenti nelle differenti fonti, volte rispettivamente ad assicurare la *sopravvivenza* (necessità),

⁶⁸ Ivi, p. 285.

⁶⁹ Ivi, pp. 285-286.

l'*identità* (principi costituzionali fondamentali) e la perdurante *adeguatezza* rispetto alle esigenze sociali (consuetudini) dell'ordinamento giuridico dello Stato.

3.2.4. (segue) Elasticità del diritto non scritto ed evoluzione dell'ordinamento

L'indiscutibile importanza attribuita alle fonti non scritte dell'ordinamento giuridico, ed in particolare proprio alla necessità, ha addirittura indotto un attento studioso di Romano a sostenere, in modo apparentemente paradossale, che la *totalità* del diritto statale, ivi incluse tutte le sue leggi scritte, sarebbero di origine involontaria⁷⁰: in questa chiave il legislatore, in quanto organo dell'istituzione-Stato, avrebbe così il potere di riconoscere e di esplicitare le norme già espresse *in nuce* dal corpo sociale, rendendole a tutti conoscibili, ma non di crearle *ex novo*, tantomeno *ex nihilo*⁷¹.

Qui non interessa discutere tale tesi nella sua interezza⁷². Se ne può tuttavia senz'altro condividere quella parte in cui si sottolinea come sarebbe da respingere l'idea

che il Romano si sia affidato completamente al legislatore per l'acquisizione delle nuove aree di giuridicità o per la modificazione parziale o meno di quelle esistenti. Egli, infatti, rendendosi conto dei rischi del giusvolontarismo (*quod principi placuit legis habet vigorem*) e coerente col suo realismo, affermava essere le norme fondate sulla necessità prevalenti su quelle fondate sulla legge, qualora queste non corrispondano più alle esigenze ed ai bisogni sociali⁷³.

⁷⁰ È questa la tesi di A. Tarantino, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, II ed., Milano, Giuffrè, 1980, p. 21: "A voler bene riflettere, il diritto romaniano è tutto diritto involontario, anche se, come lo stesso Romano affermava, negli Stati moderni la legge, come atto di volontà emesso da appositi organi legislativi, costituisce la maggior parte del diritto. [...] Il carattere di involontarietà del diritto romaniano è deducibile dal principio secondo cui norme giuridiche sono solo quelle norme che fanno parte e sono espressione dell'istituzione. Particolarmente, nella concezione romaniana del diritto le norme di distinguono in norme che nascono insieme e contemporaneamente con l'istituzione, le quali, come tali, sono *ius involuntarium*, puramente e semplicemente, e norme che, durante la vita dell'istituzione, sono emesse da appositi organi. Queste, essendo emanate attraverso una procedura determinata, si presentano come atti di volontà, ma, in sostanza, sono volontarie solo nella misura in cui passano attraverso la volontà del legislatore, non per acquistare efficacia, ma per essere maggiormente conosciute".

⁷¹ A. Tarantino, *op. cit.*, p. 23: "Sembrirebbe che il Romano abbia fatto derivare l'efficacia del diritto volontario dalla pubblicazione delle norme in appositi documenti non per un cedimento al giusvolontarismo, ma per avere la certezza che tutti conoscano i nuovi spazi di giuridicità individuati dal legislatore nella coscienza sociale; nuovi spazi che dovrebbero essere intesi come nuove aree di giuridicità acquisite dall'istituzione attraverso la dinamicità della sua struttura, cioè attraverso la dinamicità. Il diritto volontario romaniano sarebbe, quindi, un diritto che il legislatore individua come esistente nella coscienza sociale, che non è ancora conosciuto da tutti i consociati, ma che tutti i singoli facenti parte dell'istituzione hanno bisogno di conoscere per poterlo considerare efficace".

⁷² Cosa che verosimilmente implicherebbe di ragionare in modo differenziato a seconda del settore (costituzionale, amministrativo, privato etc.) dell'ordinamento giuridico in cui il legislatore opera, instaurando rapporti più o meno intensi e più o meno evidenti col diritto non scritto.

⁷³ A. Tarantino, *op. cit.*, p. 23.

Il legislatore, come già si vedeva, è certamente *uno* dei fattori propulsivi dell'ordinamento, ma altrettanto certamente *non l'unico* e per lo meno nel campo del diritto costituzionale neppure il principale. La sua inerzia non impedisce pertanto all'ordinamento di trovare altre vie per strutturarsi in modo conforme alle proprie necessità istituzionali. All'interno di questa particolare forma di “*evoluzionismo giuridico*”⁷⁴, le fonti non scritte sono ciò che consente *in ogni caso* all'ordinamento di non avvizzire, mantenendosi una realtà viva⁷⁵.

In ultima analisi, è una sorta di “astuzia dell'istituzione” a esigere, e al tempo stesso a produrre, un sistema delle fonti in grado di garantire permanentemente all'ordinamento giuridico un adeguato tasso di flessibilità (sincronica e diacronica) ed è proprio per questa sua attitudine che il diritto involontario in generale, e la necessità in particolare, può vantare una supremazia sulle altre fonti.

Per concludere sul punto sempre con le parole di Antonio Tarantino:

sembra che nella dottrina del Romano, dal rapporto necessità-diritto scaturisca un concetto di diritto non statico, ma suscettibile di evolversi di pari passo con la trasformazione della realtà sociale. Il concetto romaniano di diritto acquista, in tal modo, il carattere di elasticità o flessibilità che dir si voglia. Proprio siffatto carattere consente al diritto, senza mai fargli perdere la sua individualità, di disciplinare sia la realtà sociale, così com'è, che i nuovi spazi di socialità conquistati dal progresso, e di regolare, in maniera provvisoria, situazioni sociali particolari e non definitive. Ancora, è il carattere di flessibilità che consente al diritto di operare il rigetto delle leggi appena le cause che le hanno determinate vengono meno⁷⁶.

3.4. Il problema (irrisolto) delle fonti di cognizione

Acquisito quali siano le fonti *di produzione* del diritto statale involontario, occorre ora chiedersi quali possano essere quelle che, per simmetria, potremmo chiamare le sue fonti *di cognizione*.

Se, come già si diceva, il problema dell'interpretazione dell'ordinamento è soprattutto un problema d'interpretazione delle fonti non scritte, per ragionare sul *come* interpretare queste ultime bisognerà infatti prima capire a *quali* elementi (più o meno empirici) della realtà di riferimento rivolgere la propria attenzione di interpreti. In questa chiave, osservare che ci si dovrà impegnare in qualche forma di analisi della “realtà sociale”, con ciò implicando anche il recupero della componente di “fattualità” nello studio del diritto⁷⁷ è senz'altro esatto, ma al tempo stesso non ancora abbastanza.

È ben vero, infatti, che per Romano il concetto di diritto “deve ricondursi al concetto di società”⁷⁸ e che “il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un

⁷⁴ La definizione è di M. Barberis, “Santi Romano e le metamorfosi dell'istituzionalismo”, cit., p. 244, dove pure si sottolinea come questo preveda “anche processi non intenzionali di produzione”.

⁷⁵ Cfr. A. Tarantino, op. cit., p. 101: “L'elemento *vitalità* permette al diritto romaniano, inteso come realtà reale, di modificarsi ogni qual volta una situazione fattuale duratura venga ad interessare la situazione socio-fattuale preesistente”.

⁷⁶ A. Tarantino, op. cit., p. 92.

⁷⁷ Sul punto cfr. P. Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 14.

⁷⁸ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 20.

semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante⁷⁹. Tali rilievi, tuttavia, valgono per *qualsiasi* ordinamento giuridico (per *qualsiasi* diritto), che in quanto istituzione sarà sempre espressione della società organizzata e non riducibile alle sue sole norme, mentre qui ci si deve interrogare su quali siano gli *specifici* dati di realtà sociale che interessano l'ordinamento giuridico (= l'istituzione) *statale*.

In questa chiave, ragionare sullo spostamento dell'angolo di osservazione del giurista dallo Stato alla società⁸⁰ risulterebbe un'indicazione utile solo per chi, contrapponendo lo Stato alla società, *non* condivide le premesse istituzionalistiche di Romano. All'interno di queste ultime, infatti, guardare lo Stato, inteso come ordinamento giuridico (statale), significa *necessariamente* guardare, insieme e in contemporanea, la società da cui la relativa istituzione promana.

Proprio Romano, però, ci insegna anche che da quella medesima società originano *plurimi* ordinamenti giuridici, ulteriori e diversi da quello statale, sicché non ogni manifestazione giuridica *della società* organizzata potrà essere rilevante per il diritto *dello Stato*. La società, per intenderci, esprime l'ordinamento giuridico statale così come quello delle organizzazioni criminali⁸¹, ma è tutto sommato ovvio che le fonti non scritte dell'uno e delle altre, pur dipendendo entrambe da elementi “fattuali” della “realtà sociale”, non saranno le medesime e non saranno riconoscibili attraverso l'osservazione degli stessi “dati di *input*” della società.

Né si tratta “soltanto” di individuare un criterio che consenta di distinguere le manifestazioni della società organizzata che riguardano l'istituzione statale da quelle che invece pertengono ad altre istituzioni. Anche all'interno delle norme non scritte generate presso la sola istituzione statale, infatti, non tutte assurgono al rango di norme *giuridiche*⁸², ma soltanto quelle che – come già si diceva con specifico riferimento alla consuetudine – risultino non semplicemente *rilevanti*, ma *necessarie* al funzionamento e alla vita dello Stato inteso come “ordinamento”⁸³.

Se quanto osservato finora ha senso, dunque, affermare che per Romano “il diritto è più nel continente sommerso della vita quotidiana di un popolo – nel suo tessuto di costumanze, di pratiche, di consuetudini – che non nella superficie

⁷⁹ Ivi, p. 21.

⁸⁰ Come fa, ad esempio, P. Grossi, “Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 60 (2006), 2, p. 377 ss.

⁸¹ Per una panoramica sul tema v. ora S. Bolognini, *Pluralismo giuridico e ordinamenti contra legem*, Roma, Edizioni Nuova Cultura, 2012.

⁸² Cfr. P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 13: “È infatti chiaro che il sociale è la nicchia imprescindibile del diritto, ma non ogni manifestazione sociale è di per sé giuridica. Se così fosse, il diritto si confonderebbe e si spegnerebbe nella sociologia, ossia nella scienza che studia la società come realtà globale e che assume a proprio oggetto ogni fatto sociale”.

⁸³ Cfr. A. Tarantino, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 97, laddove si osserva come il diritto secondo Romano sarebbe “l'organizzazione del fatto sociale”, o meglio ancora una “realtà reale che organizza la realtà sociale”, cioè a dire qualcosa che “trova il suo fondamento nella realtà sociale; esso, cioè, è una realtà che non è appesa nel vuoto o che esiste nella mente di chi la pensa, ma una realtà che ha come sostrato e come suo luogo vitale il fatto sociale”. V. inoltre *ibidem* per la precisazione (invero non intuitiva) secondo cui “si hanno [...] due tipi di realtà, la realtà reale e la realtà sociale; entrambe costituiscono il fenomeno giuridico. Con precisione, quando una realtà sociale si presenta con determinate caratteristiche di vita e di vitalità nasce anche la realtà reale ed insieme costituiscono la realtà giuridica”.

appariscente di leggi e atti amministrativi”⁸⁴ è certamente corretto, ma ancora non basta per individuare quali *specifiche* costumanze, pratiche o consuetudini *sociali* vanno indagate in quanto, ad un tempo, *statali* e *giuridiche*.

Romano non parrebbe sciogliere con chiarezza questo nodo. Non è un caso, del resto, se la mancata indicazione di un parametro – o, se si preferisce, la semplice indicazione di un parametro molto vago e dal sapore un po’ “autoreferenziale” come quello della “essenzialità all’istituzione statale” – gli sia valsa e l’accusa (o comunque la critica) di “pangiuridicismo”⁸⁵.

Con specifico riguardo alle possibili “fonti” di cognizione del diritto non scritto, è stato osservato come “La *coscienza sociale* costituisce [...], nella dottrina del Romano, la sede in cui si forma il diritto, cioè l’ambito nel quale il legislatore lo trova prima di dichiararlo”⁸⁶.

La “coscienza collettiva”, tuttavia, risulta un concetto impalpabile e se non opportunamente specificato non parrebbe portare molto lontano né per quanto concerne gli oggetti empirici di riferimento, vale a dire quei dati della realtà, magari immateriale ma pur sempre indirettamente percepibile attraverso i sensi, sui quali ci si dovrebbe concentrare.

Né a diverse conclusioni sembrerebbe condurre la ricostruzione, pure autorevolmente sostenuta, secondo cui nell’ottica istituzionalistica “l’ordine giuridico autentico attinge allo *strato di valori* di una comunità per trarne quella forza vitale che nasce unicamente da una convinzione sentita”⁸⁷, se è vero che poi il concetto di “valore”, notoriamente tra i più ambigui e controversi nella letteratura giuridica⁸⁸, verrebbe a sua volta ridefinito (in senso storicamente condizionato) proprio tramite il ricorso alla stessa “coscienza collettiva”. Il valore, infatti, in questa chiave altro non sarebbe se non “un principio o un comportamento *che la coscienza collettiva ritiene di*

⁸⁴ P. Grossi, “Lo Stato moderno e la sua crisi’ (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 61 (2011), p. 20.

⁸⁵ V. per tutti G. Tarello, “Il diritto come ordinamento”, in R. Orecchia (a cura di), *Atti del X Congresso nazionale di filosofia giuridica e politica*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 66. Sul punto cfr. anche G. Gavazzi, “Santi Romano e la teoria generale del diritto”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi*, cit., p. 77: “Che alla base della teoria del diritto di Santi Romano stia una concezione eminentemente giuridica della società non sembra dubbio. Data l’equivalenza fra corpo sociale, istituzione e ordinamento giuridico, ogni fenomeno sociale che riproduce le caratteristiche dell’istituzione, è diritto. È vero che non è molto chiaro fin dove arrivi per Santi Romano il fenomeno meramente sociale della convivenza e dove cominci quello dell’istituzione ed è anche vero che l’autore negava recisamente che qualsiasi fatto sociale desse luogo per ciò stesso ad una istituzione; ma è difficile sottrarsi all’impressione che il Santi Romano avesse una spiccata tendenza a considerare in termini giuridici se non tutti la maggior parte dei fenomeni sociali. Onde non è scorretto parlare della concezione romaniana della società come di una sorta di pangiuridicismo”.

⁸⁶ A. Tarantino, *La teoria della necessità nell’ordinamento giuridico*, cit., p. 15, dove si richiama espressamente S. Romano, “Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano (1902)”, ora in Id., *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 194 ss.

⁸⁷ P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, cit., p. 20 (corsivo mio).

⁸⁸ Cfr. A. Longo, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, Jovene, 2007. Più recentemente v., con differenti impostazioni, i contributi di A. Baldassarre, “Filosofie dei valori ed ermeneutica dei valori (a proposito del “pensare per valori”)”, *Lo Stato. Rassegna di diritto costituzionale, dottrina dello Stato e filosofia del diritto*, a cura di A. Carrino, I (2012), 3 ss; A. Vignudelli, “Valori fuori controllo? Per un’analisi costi/benefici d’un *topos* della letteratura costituzionalistica contemporanea”, *Lo Stato. Rivista di Scienza Costituzionale e Teoria del Diritto*, I (2013) pp. 71-116. Interessanti osservazioni sono ora rinvenibili anche in Q. Camerlengo, *Virtù costituzionali*, Milano, Mimesis, 2017, p. 16 ss.

sottolineare isolandolo e selezionandolo dal fascio indistinto dei tanti principii e comportamenti”⁸⁹.

Ma – daccapo – su quali comportamenti o su quali convinzioni sociali (con quali caratteristiche?) ci si dovrebbe focalizzare in quanto selezionati (e come?) dalla coscienza collettiva, della quale verrebbero così a essere “esponenziali”?

Ciò a tacere del fatto, infine, che le fonti non scritte del diritto statale neppure parrebbero *tutte* rinviare a comportamenti o convinzioni diffusi a livello sociale: se così è certamente per le *consuetudini*, che tra l’altro parrebbero le uniche a vantare una tradizione di studio di qualche spessore da parte dei giuristi⁹⁰, molto meno parrebbe questo il caso dei *principi costituzionali fondamentali*, che richiamano più una dimensione politico-autoritativa per certi versi assimilabile a quella della “costituzione in senso materiale” di Mortati⁹¹, o della *necessità*, che invece parrebbe esprimere una semplice esigenza di autoconservazione dell’ordine istituzionale.

In questi due ultimi casi la coscienza collettiva sociale – a meno di non circoscrivere molto (fin quasi a snaturarlo) il relativo concetto dal punto di vista soggettivo e materiale – parrebbe davvero aver poco da dire.

3.5. Quale metodo per l’interpretazione dell’ordinamento?

L’incertezza in ordine ai referenti empirici d’indagine del diritto statale non scritto, ovviamente, non può che ripercuotersi sugli aspetti metodologici dei relativi processi di conoscenza. Se non si sa bene (*i.e.*, esattamente) *cosa* si deve osservare, implementare un metodo di ricerca puntuale e verificabile che indichi *come* studiarlo diviene molto complicato.

Del resto, se in un’ottica istituzionalistica l’interpretazione dell’ordinamento è soprattutto interpretazione del diritto non scritto, non riuscire a risolvere in modo convincente il problema metodologico relativo a quest’ultima rischia di compromettere la tenuta dell’intero impianto concettuale.

Il pericolo diviene ovviamente tanto più concreto quanto più, nell’interpretare le fonti del diritto non scritto per il tramite di una non meglio precisata “coscienza collettiva”, si scivoli in qualche forma – più o meno esplicita e più o meno intensamente storicizzata – di “intuizionismo”, laddove

L’intuizionismo risulta una metaetica particolarmente controversa. Esso, infatti, è fondato da un lato su ipotetiche capacità intuitive degli esseri umani (che non vengono ulteriormente illustrate) e, dall’altro lato, sul concetto di autoevidenza delle verità matematiche (che si applicherebbe anche alle cosiddette ‘verità’ morali). Orbene, mentre possono muoversi all’intuizionismo molte delle critiche rivolte al ‘naturalismo’, e in particolare quelle centrate sull’impossibilità logica di derivare un dover essere da un essere, deve notarsi che lo stesso concetto di ‘autoevidenza’

⁸⁹ P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, cit., p. 20 (corsivo mio).

⁹⁰ Per indicazioni aggiornate cfr. ora B. Celano, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Roma, Aracne, 2010.

⁹¹ Cfr. C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 127, dove si qualifica il fine politico statale come “l’essenza stessa della costituzione fondamentale”, che “diviene la fonte prima del diritto dello Stato”.

è tutt'altro che unanimemente riconosciuto anche in campo matematico. Si è dimostrato, per esempio, che nel campo della logica e della matematica alcune di quelle che appaiono a prima vista delle 'verità evidenti' si rivelano a un'analisi più attenta degli errori marchiani. [...] L'intuizionismo in campo metaetico conduce a una sorta di irrazionalismo romantico⁹².

Non è neppure a dire come la questione *epistemologica*, di come cioè si possa correttamente conoscere l'ordinamento statale, sia di vitale importanza per l'istituzionalismo romaniano, poiché da essa parrebbe dipendere tanta parte della credibilità della sua impostazione *ontologica*. Asserire infatti, come Romano ripetutamente fa, che l'ordinamento giuridico in quanto istituzione ha necessariamente "un'esistenza obiettiva e concreta, e, per quanto immateriale, la sua individualità deve essere esteriore e *visibile*"⁹³, presuppone appunto la possibilità di *osservare*, cioè a dire d'interpretare esattamente tale realtà immateriale. Senza un *oggettivo* metodo d'osservazione, tuttavia, a tutto danno delle rivendicazioni realistiche ed effettuali dell'istituzionalismo, l'immaterialità dell'ordinamento giuridico finisce inevitabilmente per confondersi con la *soggettività* della visione di taluni interpreti qualificati.

Per concludere sul punto con le parole di Guido Fassò,

la *Gewinnung* di un diritto allo stato fluido come quello espresso dalla coscienza del popolo, o dalla volontà o dall'interesse di esso, o da consimili entità imprecisate, rischia di essere affidata all'intuizione mistica di "sacerdoti" di tali entità, di persone che si erigono a loro interpreti: persone privilegiate in grado di cogliere i veri valori della convivenza sociale, della conoscenza dei quali esse peraltro non hanno modo di rendere partecipi gli altri membri della società mediante un procedimento razionale, e la cui osservanza perciò debbono imporre loro autoritariamente⁹⁴.

È tra l'altro difficile credere che per modificare tale conclusione, ampiamente sfavorevole alla teoria giuridica romaniana, possano apportare un aiuto davvero decisivo altre discipline di studio degli stessi fenomeni sociali e istituzionali, a partire da quella sociologica⁹⁵.

⁹² M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 253. Cfr. *ivi*, p. 244 ss. per una più completa esposizione delle varie forme di "intuizionismo" in campo etico, nonché per il loro raffronto con le visioni (varianti?) "naturalistiche" e "storicistiche".

⁹³ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 27 (corsivo mio).

⁹⁴ G. Fassò, "Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale", in Id., *Scritti di filosofia del diritto*, II, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 1015-1016, dove la citazione così, molto perentoriamente, si chiude: "si tratta spesso, infatti, delle stesse persone che ritengono lecito per sé e per i loro compagni di fede – perché di *fede* si tratta – l'uso della forza, al servizio appunto dei valori di cui esse son portatrici. Una volta usavano il rogo, poi hanno usato le camere a gas, oggi si servirebbero forse di altri mezzi; ma l'atteggiamento sarebbe sempre il medesimo, quello che si appella a valori misticamente intuiti e che prescinde dalla ragione".

⁹⁵ Come a suo tempo suggeriva già M.S. Giannini, "Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici", in *Atti del XIV Congresso internazionale di sociologia*, IV, Roma, S.I.S., 1950, p. 461: "solo la sociologia e non il diritto può spiegare perché nell'ordinamento giuridico sono compresenti l'istituzione e la norma, in mutua implicazione, o, in linguaggio sociologico, in rapporti di interazione simultanea". Più recentemente cfr. M. Barberis, "Santi Romano e le metamorfosi dell'istituzionalismo", cit., p. 256: "Come funzionano le istituzioni? Questo è il problema *fenomenologico* dell'istituzionalismo. È evidente che si può rispondere alla domanda solo rivolgendosi a

Per un verso, infatti, lo stesso Romano, geloso com'era dell'autonomia disciplinare della propria scienza⁹⁶, era ampiamente scettico sull'ipotesi di ibridazioni metodologiche con le altre *Sozial- und Staatswissenschaften*⁹⁷ e manteneva un atteggiamento estremamente prudente anche solo rispetto al possibile ricorso del giurista ad altri filoni di ricerca, paventando le conseguenze della possibile confusione tra oggetti solo *nominalisticamente* identici:

Che il giurista possa giovare delle ricerche non giuridiche attinenti allo Stato e che anzi debba tenerne conto, è senz'altro da ammettersi [...]. Ma ciò non vuol dire che egli debba abbandonare il 'metodo giuridico' pel 'metodo politico' o pel 'metodo storico' o pel 'metodo sociologico'. Non si deve dimenticare che la realtà dei fenomeni attinenti allo Stato non è per lui quella che risulta dalle indagini di altre scienze, ma è quella e soltanto quella che è parsa tale all'ordinamento giuridico di cui egli è l'interprete e l'espositore⁹⁸.

Per altro verso, poi, né la sociologia né le altre scienze empiriche della società parrebbero finora essere state in grado di risolvere il problema dell'efficace accertamento dei contenuti di una (presunta) "coscienza sociale" o "collettiva", con tali espressioni intendendosi i convincimenti *concretamente* diffusi presso una certa comunità di consociati.

Non è questa la sede per riprendere nel dettaglio tematiche altamente complesse, con le quali di solito il giurista si confronta solo marginalmente, in casi magari (qualitativamente) interessanti ma pur sempre (quantitativamente) periferici della sua attività di interprete⁹⁹. Basterà qui riassuntivamente richiamare sul punto le considerazioni di Giorgio Pino da una parte e di Robert Alexy dall'altra.

Il primo quando invita a domandarsi

se, per individuare ciò che prescrive la "coscienza sociale", sia sufficiente fare riferimento a ciò che pensa la *maggioranza* dei membri di una comunità. Innanzitutto, l'individuazione di una maggioranza, specialmente in un ambito talmente vasto e informe come 'la società' nel suo complesso, non è affare semplice né del tutto trasparente, e il teorema dell'impossibilità di

discipline non giuridiche: sociologia, teoria dell'azione, dell'evoluzione, dei sistemi, dei giochi e più in generale metodologia delle scienze sociali".

⁹⁶ Questo aspetto, cruciale in tutta la riflessione di Romano, è ben evidenziato anche V.E. Orlando, *Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico*, Bologna, Zanichelli, 1948, p. 22, laddove egli si riferisce a "un punto che tocca la natura stessa del modo della nostra conoscenza di quella materia che si chiama diritto. E si intende pertanto come non si possa dare per diritto un problema che determini un così vitale interesse come appunto questo dei rapporti di esso da un lato verso la filosofia, dall'altro lato verso la realtà empirica. Fra questi due estremi, vi è un campo riservato allo studio nostro? Da ciò dipende sapere se il diritto sia o no una scienza, nel senso proprio di questa espressione".

⁹⁷ Cfr. espressamente S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., pp. 199-200: "Il sincretismo metodico impedisce sovente di porre esattamente i problemi e di risolverli secondo il punto di vista che è ad essi specifico. Inoltre, esso conduce a sacrificare la parte meno consolidata della disciplina artificiosamente unificata in favore della parte più progredita. Così il diritto costituzionale veniva spesso, anzi quasi sempre, soffocato dalla politica, scienza più antica e, per dir così, più corpulenta, meno tecnica e, quindi, anche più facile per i dilettanti, nonché più gradita dal grosso pubblico".

⁹⁸ S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., p. 200.

⁹⁹ Mi è capitato di svolgere qualche considerazione sul punto in F. Pedrini, *Le "clausole generali"*. *Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, Bononia University Press, prima ristampa riveduta e corretta, 2014, p. 127 ss.

Arrow e i teorici della *public choice* hanno mostrato che le maggioranze, lungi dall'essere entità fisse e predeterminate, sono entità che si aggregano in modi *sincronicamente* variabili, anche in relazione al modo specifico in cui viene presentata la questione su cui si vuole individuare una maggioranza¹⁰⁰.

Il secondo, quando osserva che

in molti casi le valutazioni della collettività non possono essere constatate con precisione. Anche ricorrendo all'aiuto dei metodi delle scienze sociali ci si imbatte spesso in valutazioni che non sono sufficientemente concrete per poter servire da base per le decisioni. A questo scopo la collettività dovrebbe intervenire in tutti i casi che devono essere decisi. Inoltre, spesso ci si troverà di fronte a valutazioni divergenti. Quali valutazioni dovrà allora seguire chi decide? Questo vale anche nel caso in cui ci si riferisca a valutazioni di "determinate cerchie", rispetto alle quali vanno presi in considerazione particolare i giuristi oppure, all'interno della cerchia dei giuristi, i giudici. Anche qui non sono infrequenti opinioni del tutto differenti. Inoltre, chi ricorre alle convinzioni di determinate cerchie, deve giustificare il motivo per cui proprio le opinioni delle persone che ne fanno parte debbano essere quelle decisive.

Inoltre, bisogna chiedersi se una convinzione di tipo normativo possa fungere da fondamento di decisioni giuridiche per il semplice fatto di essere diffusa. Di contro si potrebbe sostenere che è possibile che alcune convinzioni possano risultare diffuse soltanto perché i loro sostenitori non hanno ancora avuto un'occasione adeguata per verificarle criticamente¹⁰¹.

L'impetosa sintesi di quanto ora osservato sarebbe che

l'argomento della coscienza sociale *a*) è un filtro meramente illusorio alla discrezionalità del giudice, che in realtà opera una selezione occulta dei parametri di valutazione tra una congerie di *inputs* che provengono dalla realtà sociale; *b*) dà luogo a decisioni non trasparenti; *c*) è uno strumento potenzialmente regressivo di interpretazione costituzionale¹⁰².

Atteso dunque che, evidentemente, da nessuna delle osservazioni che precede si è potuto derivare (o anche solo scorgere) un procedimento scientificamente rigoroso e razionalmente affidabile per la corretta conoscenza del diritto statale non scritto, non resta in conclusione che tornare a domandarsi: *quale* metodo per l'interpretazione dell'ordinamento?

¹⁰⁰ G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 137.

¹⁰¹ R. Alexy, *Theorie der juristische Argumentation*, Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag, 1978, trad. it. *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 12-13. In analogo ordine di idee cfr. G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 138: "anche ammesso che l'indagine sociologica possa essere opportunamente svolta [...], può essere estremamente difficile trarre dalla 'società', o anche solo dalla maggioranza di essa, criteri *univoci* di valutazione; anzi, in società complesse, non omogenee e pluraliste è più probabile che accada esattamente il contrario".

¹⁰² G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 139.

4. Istituzionalismo e “interpretazione”: un problema ancora aperto

Come anticipato in apertura, queste riflessioni hanno potuto sollevare degli interrogativi molto più di quanto non siano riuscite a elaborare delle risposte.

Attraverso le pagine precedenti si è provato a mostrare come l’istituzionalismo di Santi Romano sia senza dubbio un approccio al fenomeno giuridico che, nel tracciare un’equivalenza tra ordinamento e istituzione, include tutta una serie di elementi non (immediatamente) normativi all’interno del proprio concetto di diritto. La natura di questi elementi non normativi, eppure giuridici in quanto appartenenti alla componente istituzionale dell’ordinamento¹⁰³, è stata indagata in particolare approfondendo la teoria delle fonti di uno specifico ordinamento, quello statale. Nel sistema delle fonti del diritto statale, accanto alle leggi e alle altre fonti riconducibili al diritto volontario variamente codificato in disposizioni normative scritte, si è posta l’attenzione sul diritto c.d. involontario, ricercandone le rispettive fonti “di produzione”, identificate rispettivamente nei *principi costituzionali fondamentali*, nella *consuetudine* e nella *necessità*. Si è provato a riflettere anche sulle relative fonti “di cognizione”, per capire a quali frammenti di realtà empirica il giurista dovesse rivolgere la propria attenzione per trarne i relativi significati prescrittivi. Le indicazioni rinvenibili in tal senso nel pensiero di Santi Romano hanno condotto al concetto di “coscienza sociale” o “collettiva”, di cui si è evidenziata la problematicità, anche e soprattutto quanto ai procedimenti per una sua corretta conoscenza.

Il tema dell’interpretazione è, nella concezione romaniana, l’altra faccia della medaglia del discorso sulle fonti del diritto statale. Romano concepisce l’interpretazione come atto di *conoscenza* del proprio oggetto. Nel caso dell’interpretazione della legge, delle disposizioni normative scritte, il suo compito è quello di appurare, nel rispetto delle regole linguistiche e giuridiche, il significato preesistente e oggettivo (quindi anche necessariamente fisso e stabile) degli enunciati legislativi. Romano parla tuttavia anche dell’interpretazione *dell’ordinamento*, riferendosi così alla possibilità di indagare non soltanto il versante normativo del diritto dello Stato, ma di estendere la conoscenza anche al versante istituzionale, le cui componenti – soprattutto nel campo del diritto costituzionale – sono di natura mobile e mutevole. L’interpretazione dell’ordinamento sarebbe pertanto qualcosa di più ampio della semplice interpretazione della legge: inglobando quest’ultima in una più ampia prospettiva di indagine, sarebbe infatti interpretazione *insieme* del diritto scritto (o volontario) e del diritto non scritto (o involontario). Attesa poi la prevalenza, implicita nel modello istituzionalistico, del diritto non scritto su quello scritto, gli eventuali esiti evolutivi dell’interpretazione dell’ordinamento parrebbero necessariamente dipendenti dall’interpretazione del diritto non scritto. Anche tale interpretazione

¹⁰³ V.E. Orlando, *Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico*, cit., p. 21: “Alcuno dirà che la materia è tutta pregiuridica; e qui la particella ‘pre’ potrebbe letteralmente riferirsi ad una semplice questione di tempo o, meglio, di grado nell’ordine della conoscenza, come se la materia trattata avesse riguardo a qualche cosa di antecedente al concetto di diritto, senza tuttavia farne parte. Ma, in quanto questa antecedenza fosse esclusivamente del momento logico, avvertirebbe subito ognuno come quel che precede non possa certamente essere indifferente per la cognizione di quel che segue. La verità è che qui il ‘pre’ finisce col confondersi col ‘meta’”.

avrebbe una finalità esclusivamente conoscitiva, ma a differenza dell'interpretazione della legge essa non sarebbe sottoposta a vincoli giuridici e non si rivolgerebbe ad atti linguistici, bensì principalmente all'indagine di quell'entità immateriale che abbiamo chiamato "coscienza collettiva". Anche in conseguenza della indeterminatezza dell'oggetto, tuttavia, il protocollo metodologico dell'interpretazione del diritto non scritto e, pertanto, dell'interpretazione dell'ordinamento risulta tuttora incerto.

Cosa rimane dunque al termine di questa indagine in parallelo tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione in Santi Romano?

Certamente una conferma del fatto che è molto difficile, se non addirittura impossibile, ragionare di "interpretazione" e della relativa teoria senza aver previamente (o per lo meno contemporaneamente) chiarito le proprie posizioni in ordine al proprio concetto di "diritto"¹⁰⁴.

Sarà pure una banalità, ma è una banalità che giova ribadire quella secondo cui "spesso la propria concezione del diritto – o, se si vuole, la propria stipulazione su ciò che è da considerare 'diritto' – si caratterizza come un *prius* rispetto al *posterius* costituito dalla propria teoria dell'interpretazione giuridica"¹⁰⁵, laddove è viceversa decisamente meno banale sottolineare, sempre con Aljs Vignudelli, come

una diversa concezione del diritto implica talvolta una diversa qualificazione degli stessi 'elementi base' della teoria e una diversa ricostruzione delle loro caratteristiche: gli stessi documenti normativi, tanto per citare il solito esempio, non sono a tutti gli effetti 'la stessa cosa' per una teoria giuridica che intenda il diritto essenzialmente come un gioco conflittivo fra gli operatori giuridici professionali (scetticismo) o come una prassi sociale volta alla ricerca d'una disciplina giusta o comunque 'ragionevole' dei casi concreti (ermeneutica giuridica) e una teoria che viceversa lo intenda primariamente come una forma di comunicazione prescrittiva fra il legislatore e i consociati (positivismo giuridico)¹⁰⁶.

Romano, dal canto suo, non condivide l'assunto, tipico di un certo positivismo giuridico normativista, per cui *tutto* il diritto sarebbe costituito dai precetti rivolti dal legislatore ai consociati, ed anzi lo critica espressamente. Riconosce però che tale ricostruzione costituisca la cifra del diritto legislativo e si guarda bene dal riportare il suo dissidio teorico-giuridico sul piano dell'interpretazione di quest'ultimo (diritto legislativo, scritto e volontario). In altre parole, Romano non cade nella trappola a causa della quale, come osserva Mario Jori, "una parte considerevole di discussioni sulle "teorie" dell'interpretazione risultano inani, essendo oscuro se la discussione riguardi il postulato della giurisprudenza (l'ampiezza del campo del giuridico) o la realtà delle norme giuridiche (descritte in base a uno dei concetti di diritto)"¹⁰⁷.

¹⁰⁴ La connessione tra la teoria delle fonti e la teoria del diritto, e più esattamente tra una "tesi delle fonti" (*sources thesis*) e "una teoria generale sull'essenza concettuale di ciò che denominiamo con la parola 'diritto'" è ora sottolineata anche da O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2014, p. 472.

¹⁰⁵ A. Vignudelli, "Come un *post scriptum*. 'Interpretazione e Costituzione' tra Prequel e Sequel", *D&Q* 14 (2014), p. 1034.

¹⁰⁶ A. Vignudelli, "Come un *post scriptum*", cit., pp. 1034-1035.

¹⁰⁷ M. Jori, "Oggetto e metodo della scienza giuridica", in U. Scarpelli (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milano, Edizioni di Comunità, 1983, p. 227.

Santi Romano ci insegna quindi che essere convinti che il diritto si estenda molto oltre le norme espresse dagli enunciati normativi è un'opzione rispettabilissima, ma che può e che deve essere argomentata in sede di teoria del diritto, non di teoria dell'interpretazione.

Potrà anche essere vero, in altri termini, che “L'individuazione specifica del metodo utilizzato dai giuspubblicisti nell'analizzare i testi normativi, nella ricostruzione e sistematizzazione degli istituti giuridici, costituisce ancora oggi una questione ‘esoterica’”¹⁰⁸, ma costruire un concetto antiformalistico (e con esso magari una teoria) di “interpretazione” al solo scopo che tale interpretazione del diritto legislativo possa “produrre”¹⁰⁹ un insieme di norme corrispondenti a quelle del diritto non legislativo parrebbe una contorsione metodologica notevole.

Cui prodest?

Se l'interpretazione, come sostengono da anni Rodolfo Sacco e la sua scuola¹¹⁰, deve finire per essere lo strumento che consente l'emersione di un diritto non scritto, non converrebbe concentrarsi seriamente sulla natura e la tipologia di quest'ultimo piuttosto che eleggere l'interpretazione stessa a fonte del diritto? Non converrebbe insomma tematizzare la “coscienza collettiva” e gli altri elementi di realtà riconducibili al diritto statale non scritto come altrettanti *oggetti* dell'interpretazione(/conoscenza) dell'ordinamento e non come meri *strumenti*, argomentativi o retorici, dell'interpretazione(/manipolazione) della legge? E soprattutto, non converrebbe evitare la confusione tra la conoscenza (e i relativi metodi di conoscenza) del contenuto del diritto scritto, la conoscenza (e i relativi metodi di conoscenza) del diritto non scritto e la rappresentazione distorta (la manipolazione?) del primo e del secondo?

Non mi dilungo, limitandomi sul punto a segnalare come questa linea di argomento sia ormai da anni al centro delle riflessioni sull'interpretazione di Aljs Vignudelli, nella cui opera si possono trovare ampi e documentati riferimenti¹¹¹.

Concludo queste considerazioni osservando come l'esigenza di un ripensamento della teoria e del concetto di interpretazione in un senso romaniano potrebbe forse partire segnatamente da quel settore in cui l'approccio istituzionalista si è dimostrato più fertile, anche se poi non sempre sviluppato in modo coerente con le relative premesse, vale a dire dal diritto costituzionale e dalla relativa riflessione scientifica.

¹⁰⁸ C. Di Costanzo, “La ‘liminalità’ epistemologica della scienza italiana del diritto pubblico”, *Jus*, LX (2013), 1, p. 151.

¹⁰⁹ Per il tramite di enunciati interpretativi che mostrano la forma standard “a significa b”, dove “a” è l'enunciato normativo (qui: del legislatore) e “b” il significato attribuito ad “a” (qui: in conformità alle fonti del diritto non scritto), qui quali (enunciati interpretativi) v. ora R. Guastini, *Saggi scettici sull'interpretazione*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 35-36.

¹¹⁰ Si vedano qui, riassuntivamente, i contributi contenuti nel volume collettaneo *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, Utet, 1999, inserito nel *Trattato di Diritto Civile*, diretto da R. Sacco. Propone ora, sia pure forse con qualche forzatura, un possibile parallelo tra il concetto romaniano di “diritto” e la teoria dei formanti (legislativo, giurisprudenziale e dottrinale) di Rodolfo Sacco A. Olivari, *Santi Romano ontologo del diritto*, Milano, LED, 2016, pp. 66 ss.

¹¹¹ Basti qui segnalare A. Vignudelli, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011. Per gli scritti precedenti e successivi v. ora A. Vignudelli, *Il vaso di Pandora. Scritti sull'interpretazione*, a cura di F. Pedrini e L. Vespignani, Modena, Mucchi, 2018, 2 voll.

Infatti, proprio

la nuova impostazione data dal Romano alle indagini giuridiche in seno all'ordinamento statale ha spinto gli studiosi a superare lo stadio della mera analisi delle norme per risalire al funzionamento effettivo delle stesse istituzioni. Si è riconosciuta, così, largamente l'esigenza che lo studioso del diritto pubblico non debba accontentarsi di esaminare il testo della Costituzione, che può essere efficacemente paragonato a una mappa che descrive la struttura di quel complesso meccanismo che è lo Stato moderno, ma debba invece volgere lo sguardo anche, e prevalentemente, alle numerose rotelle, leve e trasmissioni che costituiscono il meccanismo medesimo, analizzandolo nel suo incessante effettivo funzionamento (che, assai spesso, può non corrispondere esattamente a quello previsto nelle precisazioni scritte del menzionato testo costituzionale)¹¹².

Andare “oltre” il testo della Costituzione sembrerebbe senz'altro la quintessenza del costituzionalista istituzionalista. Ma andare *oltre* non basta. Bisogna anche sapere in *quale specifica direzione* muoversi. Fin troppe dottrine *dell'interpretazione* costituzionale parrebbero oggi disponibili a indicarne una, ma forse, segnatamente in un contesto dove “le ‘teorie’ dell'interpretazione spesso si limitano a nascondere operazioni interpretative inconfessate o inconfessabili”¹¹³, potrebbe viceversa risultare più proficuo ripartire dall'analisi degli elementi fondamentali di una teoria *del diritto* costituzionale.

Credo di non sbagliare indicando in tutta la prima “sofferta” sezione – dedicata, non a caso, a “L'ordinamento costituzionale” – della recente voce “Costituzione della Repubblica” di Augusto Barbera un contributo significativo proprio in questo senso¹¹⁴.

Chi volesse provare a elaborare non già una semplice *dottrina*, ma un'autentica *teoria* istituzionalistica dell'interpretazione costituzionale e sulla base di essa anche una solida *metodologia* per la significazione degli elementi non linguistici e non normativi dell'ordinamento costituzionale, farebbe bene a partire da qui.

Proprio questa potrebbe forse essere la chiave per rendere meno incerto nei suoi esiti e più sicuro nelle sue procedure razionali quel processo di “recupero” (o di “ritorno” al) diritto¹¹⁵ di cui da anni scrive Paolo Grossi, attentissimo lettore e riletto di Santi Romano, secondo cui sarebbe opportuno concepire il diritto (pos-

¹¹² P. Biscaretti di Ruffia, “Il diritto costituzionale”, in Id. (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, cit., p. 109. In senso analogo cfr. anche A. Amorth, “Il diritto amministrativo”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi*, cit., p. 141: “proprio perché parlando della nuova Costituzione siamo posti nella condizione di spiegare perché una teoria generale del diritto deve misurarsi, per la sua validità scientifica, con i mutamenti reali – e tanto più, poi, se essa vuole legittimarsi come teoria generale di tipo realistico e non formalistico –, credo che si debba dare atto che la teoria dell'istituzione si palesa come strumento di analisi utile per dare risposta a fenomeni giuridicamente rilevanti che rimarrebbero spiegabili con tortuosità o mistificazioni più o meno visibili se si operasse una dissociazione dogmatica fra normazione e realtà istituzionale”.

¹¹³ M. Jori, “Oggetto e metodo della scienza giuridica”, cit., p. 225.

¹¹⁴ Mi riferisco alla voce pubblicata nel VIII volume degli Annali della Enciclopedia del diritto. Ora il testo è pubblicato in veste monografica come A. Barbera, *La Costituzione della Repubblica Italiana*, Milano, Giuffrè, 2016 (la prima sezione è alle pp. 5-35).

¹¹⁵ Cfr. P. Grossi, *Ritorno al diritto*, 3ª ed., Roma-Bari, Laterza, 2018.

moderno), a partire da quello costituzionale, “quale risultato di una *invenzione*, percepito cioè non come qualcosa che si *crea* da parte del potere politico ma come qualcosa che si deve cercare e trovare (secondo il significato dello *invenire* latino) nelle radici di una civiltà, nel profondo della sua storia, nella identità più gelosa di una coscienza collettiva; e ne debbono essere *inventori*, fuori dalla vulgata corrente, in primo luogo i legislatori, ma, poi, anche i giuristi teorici e pratici nella loro complessa funzione”¹¹⁶.

¹¹⁶ P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, p. X.