

SANTI ROMANO
TRA REALISMO E
FORMALISMO.

IN OCCASIONE DELLA
RIPUBBLICAZIONE DI
L'ORDINAMENTO
GIURIDICO CENT'ANNI
DOPO

VINCENZO **OMAGGIO**



Santi Romano tra realismo e formalismo.

In occasione della ripubblicazione di *L'ordinamento giuridico* cent'anni dopo

Santi Romano between realism and formalism

On the occasion of the *L'ordinamento giuridico's* republication a century later

VINCENZO OMAGGIO

Professore ordinario, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli.

E-mail: vinomag@unisob.na.it

ABSTRACT

Il saggio prende lo spunto dalla nuova edizione di *L'ordinamento giuridico* di Santi Romano a cura di Mariano Croce a cent'anni dalla sua prima pubblicazione (1918). L'occasione è propizia per tornare a riflettere su questo grande libro nell'ottica della filosofia del diritto, mettendone in luce l'ambiguità, l'originalità e la forza speculativa.

This article takes its cue from the new edition of Santi Romano, *L'ordinamento giuridico* edited by Mariano Croce one hundred years after its first publication (1918). The opportunity is propitious to reflect again on this great book from the point of view of the philosophy of law, bringing to light its ambiguity, its originality and its theoretical force.

KEYWORDS

ordinamento giuridico, formalismo, realismo, giuspositivismo.

legal order, formalism, realism, legal positivism.

Santi Romano tra realismo e formalismo.

In occasione della ripubblicazione di *L'ordinamento giuridico* cent'anni dopo

VINCENZO OMAGGIO

1. *Santi Romano e l'istituzionalismo* – 2. *Realismo e formalismo*.

1. *Santi Romano e l'istituzionalismo*

Dobbiamo alla cura paziente di Mariano Croce la ripubblicazione a cento anni dalla sua apparizione del celebre saggio di Santi Romano *L'ordinamento giuridico*¹. Il curatore, studioso di formazione filosofica più che giuridica², si è proposto di «rinnovare la spinta radicale del pensiero di Romano traendola fuori dai confini della teoria giuridica e consegnandola a un pubblico più ampio, in un contesto sociale e politico che dalla sua riflessione può ricavare un enorme potenziale trasformativo» (p. 13). Non mi impegnerò a commentare questo programma in tutte le sue parti, né mi sento di sottoscriverlo integralmente. Ad esempio, mi sembra difficile trarre l'opera di Romano fuori dai confini della teoria giuridica e non saprei dire molto sul potenziale trasformativo della sua riflessione nel contesto sociale e politico. Ritengo però degno di attenzione (rinnovata) il richiamo di Croce alla filosofia del diritto di Romano, alla sua originalità e al suo spessore speculativo. Su questo terreno seguirò alcune delle sue tracce senza uscire dal sentiero maestro della scienza giuridica.

A proposito di *L'ordinamento giuridico* di Santi Romano potremmo scegliere a piacere nella vasta gamma delle espressioni rituali usate per quei libri che hanno avuto fortuna: un classico, naturalmente, con tutto il seguito delle definizioni del classico da Calvino a Gadamer a Eco; una pietra miliare, un aureo libretto, una lettura obbligata, un punto di riferimento e altro ancora. Espressioni certo anche abusate, ma senz'altro legittime nel nostro caso. Poi però, come capita spesso, occorre fare alcune precisazioni. Subito intanto dovremmo interrogarci su questo legame inscindibile: “Santi Romano e l'ordinamento giuridico”, un legame così stretto da indurre a credere che questo libro sia onnirappresentativo dell'opera del suo autore, il libro che farebbe di Romano l'autore che è.

Ebbene, le cose non stanno così. Egli è stato tutt'altro che un *auctor unius libri*³. Anche senza *L'ordinamento giuridico* Romano resterebbe uno dei più grandi giuristi dell'Italia del Novecento, magari meno noto e popolare soprattutto all'estero, dove questo libro ha avuto un numero altissimo di traduzioni. L'endiadi tra Romano e l'ordinamento giuridico risulterebbe ingannevole anche sotto il profilo teorico, laddove ci spingesse a guardare alla teoria romaniana come alla teoria dell'ordinamento giuridico. Naturalmente di teorie dell'ordinamento giuridico ce ne sono tante altre e la sua non sarebbe di certo l'unica, né la principale, data anche la natura indeterminata della nozione di ordinamento; pensiamo a quella di Kelsen, ad esempio, che con le idee di Romano non ha nulla in comune, se non appunto il riferimento all'ordinamento giuridico con

* ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, a cura e con un saggio di M. Croce, Quodlibet, Macerata, 2018 (ROMANO 2018).

¹ Il volume riproduce fedelmente l'edizione del 1946, in cui l'autore aveva aggiunto preziose note di risposta alle voci critiche che si erano sollevate intorno alle sue idee. A Mariano Croce si deve anche una recente (attesa) traduzione in lingua inglese che va a colmare un'evidente lacuna: ROMANO 2017. Erano già disponibili versioni in castigliano dal 1963, in francese e in tedesco dal 1975 e in portoghese dal 2008.

² Per la sua idea di istituzione si veda CROCE 2010.

³ RIPEPE 2012, 475 ss.

cui i due giuristi però indicavano non già teorie diverse di uno stesso oggetto, ma oggetti completamente diversi. Più correttamente la teoria romaniana del diritto va definita infatti come “teoria istituzionalistica”.

Una seconda doverosa precisazione, nel nostro caso, consiste nel ricordare che il successo del volumetto, che era tale in quanto pensato come la prima parte di un progetto molto ambizioso, come è noto, è stata una fortuna postuma. Già riuscire a pubblicarlo fu un’impresa considerevole e finì per uscire a puntate sugli *Annali delle Università Toscane*, per poi essere raccolto ed edito nel 1918 da Spoerri. Presso i contemporanei fu accolto da «parecchi silenzi e molte critiche»⁴, come ha scritto Sabino Cassese, alcune assai pungenti, come quelle di apriorismo, di indeterminismo, di tautologismo e anche ovviamente di sociologismo. Un’autentica autorità dell’epoca come Donato Donati aveva già parlato a proposito della prolusione di Romano del 1909 sulla crisi dello Stato di «un esempio classico di filosofia politica», per dire che non era un lavoro da giurista; più tardi, di fronte all’aureo libretto di cui parliamo, pare che Virgilio Andrioli (alla presenza di Antonio Cassese che soleva raccontarlo) si sia lasciato scappare candidamente la frase: “è un romanzo”⁵. Tutto questo non deve meravigliarci soprattutto quando si tratta di opere innovative, veramente innovative come questa. Persino Massimo Severo Giannini, l’allievo più illustre di Romano, ebbe con questo libro un rapporto complesso lungo un quarantennio⁶. Aveva anch’egli parlato tra gli altri di sociologismo. Pur riconoscendo in più occasioni la straordinaria importanza della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, cui cercò di dare applicazione in diversi campi del diritto, Giannini aveva sostenuto che il concetto di istituzione-ente sociale era pregiuridico, sociologico o meglio “liminale”, nel senso che in questo quadro il diritto si limitava a registrare le realtà sociali attraverso un rinvio ad altre discipline, quali la sociologia⁷.

Ma al di là delle critiche la verità è che il libro non aprì il dibattito che voleva inaugurare tra i giuristi del tempo. Sabino Cassese⁸ e Aldo Sandulli⁹ lo hanno sostenuto in termini espliciti: se consideriamo quest’opera come diagnosi della crisi dello Stato liberale del tempo e come proposta per una radicale trasformazione degli studi giuridici, pubblicistici in particolare, bisogna concludere che gli elementi di novità che essa portò non provocarono gli effetti desiderati. La teoria istituzionalista fu la prima ma per molti versi rimase anche l’unica risposta alle esigenze delle istituzioni nuove, una voce isolata, in quanto il suo messaggio fu presto insonorizzato e le sue implicazioni verranno colte solo molti anni dopo. Tutto ciò si spiega senz’altro alla luce del proverbiale tradizionalismo degli studi giuridici e amministrativistici in particolare, ma anche in forza di una certa strutturale ambiguità del discorso romaniano, già tutta racchiusa nella *Prolusione* del 1909: da un lato la scoperta dell’asimmetria tra la costruzione giuridica e l’evoluzione politico- sociale che il vecchio Stato non può più contenere, dall’altro la riaffermazione della «stupenda creazione del diritto», quell’organizzazione superiore che «unisce, contempera e armonizza le organizzazioni minori», che «potrà essere e sarà ancora per lungo tempo lo stato moderno»¹⁰. Una doppia anima, riconosciuta anche da Paolo Grossi¹¹, lodatore instancabile di Santi Romano, che nel firmamento grossiano del posmoderno è forse la stella più luminosa. Questo per dire che non erano escluse versioni “stataliste” del pluralismo di Romano, come poi di fatto avvenne. Romano finì facilmente nel cono d’ombra del fascismo, che offrì la sua soluzione alla crisi dello Stato liberale, inverò e superò le tesi pluraliste e istituzionaliste. Vi finì an-

⁴ CASSESE 2018, 433.

⁵ CASSESE 2018, 434.

⁶ CASSESE 2018, 434 ss.

⁷ GIANNINI 2003, 403 ss.

⁸ CASSESE 1972, 243 ss.

⁹ SANDULLI 2009, 176 e 191.

¹⁰ ROMANO 1969a [1909], 23 s.

¹¹ GROSSI 2000, 110.

che verosimilmente perché, come ha osservato Mariano Croce nella sua *Postfazione*, il nostro autore sovrastimava l'autonomia del sapere giuridico, nel quale sinceramente confidava e sovrastimava la superiorità descrittiva e costruttiva della scienza del diritto, a cui attribuiva un potere che non poteva essere inferiore al sapere. Invece capita che nel 1940 Giuseppe Bottai scrive nella sua *Prefazione agli Scritti giuridici in onore di Santi Romano*¹² che il fascismo ha realizzato lo scopo dell'ordinamento giuridico, l'unificazione della società con lo Stato.

Il rapporto di Romano col fascismo è stato oggetto di studi approfonditi che non si possono neppure evocare in questa sede. Con ogni evidenza egli all'inizio, come la maggior parte dei giuristi del suo tempo e della sua estrazione culturale, guardò al fascismo con occhi non malevoli, per non dire benevoli, cullando l'idea che strada facendo si sarebbe uniformato ai principi della tradizione liberale¹³ e nel contempo avrebbe affrontato e risolto con rinnovato vigore le esigenze della nuova società emergente. Avrebbe avuto in verità tutto il tempo per rivedere questo primo giudizio, ma possiamo dire che non tornò più sull'argomento. C'è da dire anche che svolse con onore il suo ruolo di Presidente del Consiglio di Stato¹⁴ di cui salvaguardò l'autonomia e non promosse alcuna fascistizzazione.

Vi è innegabilmente anche un connotato ideologico antindividualistico, da cui è impossibile prescindere: al fondo del pluralismo di Romano, per ragioni interne al suo sistema, c'è un'idea pacificata del diritto¹⁵. La tensione e il conflitto tendono ad essere riassorbiti, perché fanno parte del momento individualistico del rapporto umano, quello pregiuridico. E quella individuale, come sappiamo, è per Romano l'unica dimensione veramente antiggiuridica, non ve ne sono altre: anche le organizzazioni illecite, seppure doverosamente contrastate dallo Stato, nella misura in cui sono "organizzate" esibiscono una natura giuridica¹⁶. Nel momento in cui appare l'istituzione, il conflitto è già composto. Il *deficit* di dover essere nel sistema di Romano¹⁷ opacizza un punto essenziale: come il diritto interviene nel conflitto? come regola le tensioni?

2. Realismo e formalismo

Ho detto dell'ambiguità di Romano. Bisogna parlare anche con grande onestà della sua straordinaria originalità di pensiero, che gli va riconosciuta pienamente, senza riserve, fino ad ammettere la sua unicità nel panorama della teoria e anche della filosofia giuridica novecentesca. Romano rappresenta un capitolo della filosofia del diritto del Novecento più ampio di quello riservato a tanti filosofi del diritto di professione, ed è anche un capitolo di sociologia del diritto; pensia-

¹² BOTTAI 1940, XVIII.

¹³ SANDULLI 2009, 181.

¹⁴ Si veda l'accurato lavoro di MELIS 2004, spec.42 ss.

¹⁵ Su questo aspetto era intervenuto in più occasioni Alfonso Catania. *Ex pluribus*, CATANIA 1995, 263 ss.

¹⁶ ROMANO 2018, 50: «Ogni forza che sia effettivamente sociale e venga quindi organizzata si trasforma per ciò stesso in diritto. Che se essa, come talvolta accade, si esplica contro un'altra istituzione, ciò può essere un motivo per cui le si neghi il carattere giuridico o la consideri addirittura come antiggiuridica dall'istituzione, cioè dall'ordinamento contro cui si rivolge e opera come forza disorganizzatrice e antisociale: ma è viceversa un ordinamento giuridico, quando si prescinde da questa relazione e da questo punto di vista e la si consideri in sé, in quanto irreggimentata e disciplina i propri elementi.»; «Viceversa non è diritto ciò e soltanto ciò che non ha un'organizzazione sociale»; ROMANO 2018, 51: «(...) l'antitesi o, comunque, la contrapposizione al diritto si ha esclusivamente in ciò che è irriducibilmente antisociale, ossia, per sua natura, individuale».

¹⁷ CATANIA 1995 «In definitiva il carattere ideologico dell'istituzionalismo si rivela nel fatto che esso tende a descrivere quel compromesso di interessi sociali che è il diritto formale come un compromesso realizzato già a livello esistenziale; laddove si tratterebbe di spiegare adeguatamente questa che è una tendenza e non di occultarla come tale; di cogliere, dietro a quello che appare un dato, un *quid* già compiuto, lo sforzo degli uomini volto alla meta della pacificazione, di una pacificazione che storicamente si presenta come il prevalere (e la prevalenza è fissata nel diritto) di interessi della classe o gruppo dominante», p.263.

mo al manuale di Renato Treves, che pure lo presentava curiosamente come «un giurista puro, privo di elementi sociologici»¹⁸. E aveva senz'altro ragione. Romano non solo non aveva soggettivamente interessi sociologici, ma la sua non voleva essere una teoria sociologica del diritto. Voleva essere una cosa molto più ambiziosa: una giuridicizzazione della società. *Ubi societas ibi jus*. In un senso nient'affatto banale. Non c'è società se non c'è diritto, in quanto la società, presa nelle sue espressioni più solide e concrete, cioè nelle sue istituzioni, è propriamente un costrutto del diritto e del diritto, come si sa, Romano ha dato solo una “definizione giuridica”, come scrive nell'*Ordinamento giuridico*¹⁹, come ha fatto Kelsen, seppure in un senso completamente diverso.

La giuridicizzazione della società deriva dal movimento performativo della scienza che costruisce la realtà nel momento in cui la nomina. Occorre qui rileggere la voce *Realtà giuridica* dei suoi *Frammenti di un dizionario giuridico*, dove scrive:

«il diritto dunque crea delle vere e proprie realtà che senza di esso non esisterebbero, delle realtà che il diritto non prende da un mondo diverso dal suo per appropriarsele con o senza modificazioni, ma che sono esclusivamente e originariamente sue. E con ciò raggiunge degli effetti che a coloro che non hanno un'adeguata idea della sua forza e della sua natura possono sembrare così miracolosi da far dubitare che siano il frutto di semplici e infondate immaginazioni»²⁰.

Mi sono consentito una citazione un po' lunga ma credo significativa, che potrebbe stare accanto a quella apposta da Mariano Croce sulla prima pagina del suo saggio di *Postfazione*, quella del diritto che «dà vita reale ed effettiva agli enti». Questo è il realismo di Santi Romano, un realismo compatibile anzi congeniale al più rigoroso giuspositivismo come al formalismo giuridico.

Il realismo di Romano non va accostato a una certa idea del giusrealismo circolante nella filosofia del diritto novecentesca, ispirata alla preferenza per il cosiddetto *law in action* rispetto al *law in the books*. Niente di tutto questo: egli non indulge mai ad esempio a sovraesposizioni del ruolo del giudice, come attore calato nella realtà del diritto. Anzi, in una delle prime pagine di *L'ordinamento giuridico*, siamo al § 2 della prima parte, sostiene che certe volte i giuristi ricevono sostegno alla loro idea sbagliata di normativismo proprio da una nozione di diritto che non va al di là del diritto che si applica nei tribunali, giacché è naturale che per un giudice il diritto non è altro che una regola, una regola di decisione²¹. Ma circoscrivere il diritto al mero ambito della protezione giudiziaria equivale a rinchiuderlo in uno spazio privatistico, che è quello congeniale al normativismo.

Non dà molto spazio neppure all'interpretazione, come tecnica per adattare le norme alle esigenze pratiche. Dell'interpretazione parla di rado e quando scrive la voce *Interpretazione evolutiva*, lo fa solo per esprimere tutte le sue perplessità. Sostiene che in questo caso non può parlarsi di interpretazione vera e propria, perché la cosiddetta “interpretazione evolutiva” consiste nel porre norme nuove sia pure per il singolo caso su cui il giudice deve pronunciarsi. Chi la definisce interpretazione vuole coinvolgerla “di contrabbando”²² nei poteri che necessariamente dobbiamo riconoscere alle autorità giurisdizionali, ma bisogna sapere che non ha nulla a che fare con l'interpretazione, la quale è un'operazione intellettuale, non è un atto di volontà e si risolve in una semplice cognizione del diritto vigente²³. E se poi qualcuno dal punto di vista filosofico (ad indirizzo ermeneutico) mette in rilievo la non passività del giudice nell'interpretare le dispo-

¹⁸ TREVES 1977, 62.

¹⁹ ROMANO 2018, 49, nt. 30 *ter*.

²⁰ ROMANO 1983 [1947], 209.

²¹ ROMANO 2018, 25.

²² ROMANO 1983 [1947], 119.

²³ ROMANO 1983 [1947], 119: «L'interpretazione, infatti, non è che il riflettersi nell'intelletto di chi vuole conoscere tale diritto, e questo riflettersi nell'intelletto è, o almeno dovrebbe essere, come il riflettersi in uno specchio».

sizioni, cioè la sua compartecipazione all'opera di produzione normativa, lo fa dal punto di vista filosofico soltanto, perché dal punto di vista giuridico ciò è semplicemente inammissibile²⁴. Non ignoro che il tema dell'interpretazione in Romano è più complesso e il quadro più sfumato. Romano distingue “interpretazione della legge” e “interpretazione dell'ordinamento”²⁵. Ciò non toglie però che egli assuma una precisa posizione di tipo cognitivista e formalista quando parla dell'interpretazione delle leggi. Quando parla dell'ordinamento, della sua evoluzione, riconosce in effetti all'interpretazione una valenza conoscitiva maggiore, ma perché si tratta molto spesso di diritto non scritto, *ius involontarium*, principi generali, consuetudini. È l'ordinamento che si evolve e con esso l'interpretazione che lo descrive, non è l'interpretazione a far evolvere l'ordinamento.

Dicevo dunque di una teoria compatibile col più rigoroso positivismo giuridico. Però il suo giuspositivismo va bene inteso, direi va inteso in un senso ampio. Non si allinea ad alcune importanti declinazioni in cui esso si è articolato nella riflessione della filosofia del diritto novecentesca. Non coincide con il normativismo, naturalmente, perché le norme non sono il suo nucleo originario e indefettibile. Il diritto è anche norma (quindi nessun antinormativismo), ma oltre che norma, e spesso, «prima di essere norma [...] è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità» ed è questo – sto citando Romano²⁶ – che comunica alle norme la natura giuridica e non viceversa. Neppure coincide con l'imperativismo, sia per la vocazione pluralista, che supera lo statalismo, sia per il valore riconosciuto al diritto nelle sue forme e nelle sue fonti involontarie. Il diritto non è fatto solo di imperativi, prescrizioni e sanzioni; quindi la sua non è neppure una teoria del diritto basata sulle sanzioni. Ho fatto cenno allo *ius involontarium*, che gli serve tra l'altro per distinguere il diritto dalla morale. La morale non può essere involontaria, il diritto sì. Va ricordato però che Romano non spende neppure mezza pagina per fissare i tradizionali caratteri differenziali del fenomeno giuridico rispetto a quelli della religione, della morale, del costume o dell'economia. Considera un tale esercizio del tutto vano; è questo un vizio dei normativisti, che definiscono *a priori* il diritto come un insieme di norme e poi fanno una gran fatica a trovare le differenze tra le norme giuridiche e le altre norme del mondo pratico. Per Romano ciascuna di queste manifestazioni dello spirito umano vive nel diritto. L'economia, la morale, la religione, la politica sono regolarmente assunte dal diritto in una misura variabile e non predeterminabile e vanno a formarne il contenuto. E ciò si verifica puntualmente nel momento in cui si forma un'istituzione. È inutile perciò fare distinzioni astratte²⁷. Per lui la distinzione tra diritto e morale è molto più semplice, ma fornisce la base solida del suo giuspositivismo. Il diritto è frutto dell'azione umana sia pure inconsapevole e nient'altro. Non si dà nessun diritto per natura ed esso può assumere qualunque contenuto.

D'altronde Romano aveva cominciato molto presto a fare i conti col principio di effettività, fin dallo scritto giovanile *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*²⁸, passando per *L'ordinamento giuridico* per giungere alla voce *Realtà giuridica* dei *Frammenti*. Ogni ordinamento o istituzione «esiste perché esiste e dal momento in cui ha vita» (il §16 della I parte di *L'ordinamento giuridico*)²⁹; esso non può essere un procedimento regolato da norme giuridiche, anzi la presenza delle norme non fa che attestarne l'esistenza. È piuttosto un fatto, che

²⁴ ROMANO 1983 [1947], 121.

²⁵ Su questo tema il recente PEDRINI 2018, 79 ss.

²⁶ ROMANO 2018, 38.

²⁷ ROMANO 2018, 51.

²⁸ «Diritto è soltanto quello che ha avuto la forza di divenire e d'imporsi come diritto positivo: i principi puramente razionali che questa forza non hanno avuto, nonostante che tendano e possano riuscire ad acquistarla, non sono per ciò stesso diritto: si chiamino pure, se così vuoi, diritto naturale, teoretico, filosofico – e più accortamente si è insistito adesso per sostituire a queste la parola meno equivoca 'giustizia' – purché si riconosca che l'aggettivo aggiunto alla parola 'diritto' sta a dimostrare che di vero e proprio diritto non si tratta», ROMANO 1969b [1901], 40 s.

²⁹ ROMANO 2018, 55.

«c'è perché c'è e quando c'è»³⁰. Così, nel § 24, quello riassuntivo della prima parte di *L'ordinamento giuridico*, Romano può scrivere che si è mantenuto rigorosamente «sul terreno di una concezione positiva del diritto evitando ogni veduta giusnaturalistica». E aggiunge molto significativamente che per fare questo «ci siamo dovuti spingere fino alle ultime regioni, in cui è dato respirare l'atmosfera giuridica, ma non le abbiamo mai oltrepassate»³¹.

Per lui il diritto riguarda realisticamente il mondo dei fatti e le istituzioni sono fatti, non esigenze della ragione o principi astratti, bensì enti reali ed effettivi. Ma “realisticamente” va inteso nel senso del realismo prima illustrato, del realismo costruttivo del diritto. Pertanto nella misura in cui il diritto dà vita agli enti, dà loro anche la forma. Qui risiede il senso del suo formalismo, del suo giuspositivismo formalista: non ci sono contenuti o funzioni che il diritto debba necessariamente avere e neppure fini o scopi predeterminati, neppure la sanzione è elemento necessario, come visto poc'anzi. Esso è reale ed obiettivo; ogni forza che sia effettivamente sociale, dice Romano, «si trasforma per ciò stesso in diritto», perciò l'ordinamento è sempre ciò che deve essere anche quando muta, in quanto come un organismo si evolve conservando la propria identità. È *natura naturans* e *natura naturata* al tempo stesso, come avrebbe detto Baruch Spinoza.

Ora se è vero che all'origine dell'ordinamento vi è il fatto, perché esso non è un procedimento regolato da norme, ma è appunto un fatto, dal punto di vista logico però non è quest'origine che gli dà vita in quanto ordinamento giuridico, non è questo che lo identifica come diritto. Non si dà un rapporto di causa-effetto tra i presupposti di fatto e il momento normativo. I presupposti non restano mai fuori dal diritto nel sistema romaniano, non ne rappresentano la mera origine fattuale, esterna. Al contrario il presupposto è tale perché il diritto lo ha considerato tale. È qui il senso della sua affermazione secondo cui avrebbe mirato «a includere nel mondo giuridico quel fatto dell'ordinamento sociale che generalmente si riteneva che fosse un antecedente del diritto»³².

Questo rapporto teso tra realismo e formalismo è il punto più delicato dell'intero edificio romaniano. Non c'è separazione tra fatto e diritto, l'unità dell'ordinamento non è un fatto³³, perché i fatti in sé non hanno nulla a che fare col diritto. Il diritto è forma, è soltanto forma. È in virtù del diritto che c'è il fatto, selezionato come sua origine. L'effetto retroagisce sulla causa, così come, ad esempio, il potere costituito retroagisce sul potere costituente e gli dà questo nome. Sono i normativisti a spostare l'attenzione sulla separazione tra fatto e diritto, tra momento pregiuridico e momento giuridico, e lo fanno al preciso scopo di porre il tema della trasformazione del fatto in diritto. Trasformazione che non può avvenire se non in forza di una norma, che diventa così la base di tutto. Ma il rapporto tra realismo e formalismo in Santi Romano prescinde dal primato delle norme.

Di un tale dispositivo teorico Romano aveva mostrato consapevolezza già nel lavoro del 1901 dedicato alla legittimazione degli ordinamenti di fatto, nel quale aveva fissato i termini del rapporto complesso tra fatto e diritto. Certamente «lo Stato non può stabilire il diritto che regola la sua propria origine, giacché, per poter fare ciò, deve prima esistere»³⁴ e vi è pertanto un procedimento di fatto all'origine della sua formazione. Ma, giunto a maturazione, il processo avrà l'effetto «di far considerare come atto giuridico ciò che prima non poteva considerarsi altrimenti che come un fatto estraneo al diritto»³⁵; in altre parole, il nuovo ordinamento «avrà effetti retroattivi su quelli che possono dirsi i suoi prodromi», fino al giorno «in cui s'iniziò il procedimento che dovea condurre alla sua nascita»³⁶. Il problema pertanto non è quello di «cercare in

³⁰ Come poi in ROMANO 1983 [1947], 69.

³¹ ROMANO 2018, 89.

³² ROMANO 2018, 49, nota 30 ter.

³³ Spunti di riflessione in questa direzione sono offerti da GAZZOLO 2018, 115 ss.

³⁴ ROMANO 1969b [1901], 56

³⁵ ROMANO 1969b [1901], 58.

³⁶ ROMANO 1969b [1901], 62 s.

che modo un ordinamento costituzionale diventi conforme al diritto»³⁷, ma nel capire quando esso sia effettivamente tale per aver acquisito la necessaria stabilità³⁸. A quel punto *si legittima* giuridicamente tutto il processo da cui è nato.

In *L'ordinamento giuridico* questo movimento di autofondazione è chiarito da Romano (ancora una volta) tramite il diritto internazionale. In questo contesto l'errore sta nel ritenere che gli Stati, indipendenti l'uno dall'altro, rappresentino il presupposto di fatto dell'ordinamento giuridico internazionale, che nascerebbe dalla volontà di questi soggetti autonomi espressa tramite accordi. Tuttavia, «il principio per cui ogni Stato non può essere obbligato se non da norme che esso medesimo contribuisce a formare con la propria volontà, è un principio di diritto internazionale positivo, che presuppone quindi già costituito e in vigore quest'ultimo»³⁹. Questo errore, a ben vedere, nasconde un pregiudizio giusnaturalistico, che rivive come teoria del contratto sociale, il quale in perfetta analogia con la dottrina individualistica del patto sociale, che parla di un individuo situato nello stato di natura, adotta il postulato dell'originaria indipendenza degli Stati, che pongono da sé il diritto internazionale mediante i trattati. Tale condizione materiale non ha nella realtà «un riscontro maggiore di quello che non avesse la pretesa condizione naturale degli individui prima del sorgere dello Stato»⁴⁰. La storia dimostra che per molti secoli il diritto internazionale si è fondato sul principio opposto della subordinazione degli Stati a entità superiori (Impero, Chiesa) o su altre forme di subordinazione. Senza questo necessario approfondimento del suo pensiero, per quanto esso appaia complesso e sotto molti aspetti controverso, non si rende giustizia all'originalità e alla forza speculativa del grande giurista.

Per concludere, va ricordato che la teoria di Romano non ha avuto veri precursori e neppure veri continuatori. Non è un caso però che una delle pochissime rivisitazioni dell'istituzionalismo in campo giusfilosofico, quella del cosiddetto “neoistituzionalismo” di MacCormick e Weinberger, con tutte le macroscopiche differenze del caso, rivaluti la teoria romaniana proprio sotto il profilo della forza performativa del diritto. Le regole costitutive costituiscono e regolano attività la cui esistenza è logicamente dipendente dalle regole stesse e il neoistituzionalismo si fonda sull'affermazione dell'esistenza di una specifica realtà giuridica distinta da quella materiale, dalla realtà “bruta”, come direbbe John Searle, il quale contrapponeva i fatti bruti ai fatti istituzionali. Aver sottolineato dunque questo spessore filosofico della teoria romaniana è un merito del curatore Mariano Croce, al quale va la nostra gratitudine per averci offerto la preziosa opportunità di tornare a riflettere su un'opera così importante.

³⁷ ROMANO 1969b [1901], 96.

³⁸ ROMANO 1969 [1901], 97.

³⁹ ROMANO 2018, 61.

⁴⁰ ROMANO 2018, 62.

Riferimenti bibliografici

- BOTTAI G. 1940. *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. I, Padova, CEDAM.
- CASSESE S. 2018. *Le alterne fortune de “L’ordinamento giuridico” di Santi Romano*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1, 2018, 433 ss.
- CASSESE S. 1972. *Ipotesi nella formazione de “L’ordinamento giuridico” di Romano*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 1, 1972, 243 ss.
- CATANIA A. 1995. *Manuale di filosofia del diritto*, Napoli, ESI.
- CROCE M. 2010. *Che cos’è un’istituzione*, Roma, Carocci.
- GAZZOLO T. 2019. *Santi Romano e l’ordinamento giuridico come unità*, in «Iura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale», 2, 2018, 115 ss.
- GIANNINI M.S. 2003. *Scritti – III (1949-1954)*, Milano, Giuffrè (ed. or. *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in «Atti del XV Congresso Internazionale di Sociologia», Roma, 1950).
- GROSSI P. 2000. *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè.
- LA TORRE M. 1999. *Norme, istituzioni, valori: per una teoria istituzionalistica del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- MACCORMICK N., WEINBERGER O. 1990. *Il diritto come istituzione*, a cura di M. La Torre, Milano, Giuffrè.
- MELIS G. 2004. *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano Presidente del Consiglio di Stato*, Torino, Giappichelli.
- PEDRINI F. 2018. *Santi Romano e l’interpretazione giuridica. Appunti per una riflessione sul “metodo” nel diritto pubblico*, in «Iura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale», 2, 2018, 79 ss.
- RIPEPE E. 2012. *La teoria dell’ordinamento giuridico: Santi Romano*, in *Enciclopedia italiana di Scienze, Lettere e Arti. Il contributo alla storia del pensiero*, Roma, Istituto dell’Enciclopedia Italiana, 475 ss.
- ROMANO S. 1969a. *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 3 ss. (ed. or. *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Pisa, Tipografia Vanucchi, 1909).
- ROMANO S. 1969b. *L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 27 ss. (ed. or. *L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, Modena, Società Tipografica Modenese, 1901).
- ROMANO S. 1983. *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè (ed. or. Milano, Giuffrè, 1947).
- ROMANO S. 2017. *The Legal Order*, Abingdon – New York, Routledge (curatela e traduzione di M. Croce).
- ROMANO S. 2018. *L’ordinamento giuridico*, Macerata, Quodlibet.
- SANDULLI A. 2009. *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè.
- TREVES R. 1977. *Introduzione alla sociologia del diritto*, Torino, Einaudi.