

SANTI ROMANO E L'ISTITUZIONE

MARCO D'ALBERTI

SOMMARIO: 1. Un'occasione per riflettere ancora. — 2. La frattura con il passato. — 3. Le sorti dello Stato e della legge. — 4. Teorie istituzionalistiche e pluralistiche in altre esperienze giuridiche. — 5. L'influenza di Santi Romano.

1. La pubblicazione del volume *L'«ultimo» Santi Romano* ⁽¹⁾ costituisce una preziosa occasione per svolgere ulteriori riflessioni sulla concezione *romana* del diritto.

È da dire, innanzitutto, che l'aggettivo «ultimo», riferito nel titolo del volume a Santi Romano, significa soltanto che nel libro sono pubblicate le opere dell'ultimo periodo ⁽²⁾ e non sta ad indicare, come mostra chiaramente la postfazione di Alberto Romano al volume, una stagione che si presenti diversa per metodi o contenuti dagli altri precedenti periodi della produzione scientifica di Santi Romano ⁽³⁾. Vi sono, in effetti, autori — anche al di là del diritto — che intraprendono vie radicalmente nuove nella loro produzione più avanzata nel tempo: esiste, ad esempio, un secondo Thomas Stearns Eliot molto incentrato su una spiritualità religiosa che era appena accennata nelle sue precedenti opere e, in particolare, nella *Waste Land*.

Nel caso di Santi Romano non è così: il Maestro siciliano è «uno». La sua produzione scientifica rappresenta uno sviluppo continuo di coordinate di pensiero già fortemente presenti nei primi scritti. Vi è una formidabile unità metodologica e concettuale, in un percorso intellettuale che abbraccia tutta la prima metà del XX secolo. Un

⁽¹⁾ *L'«ultimo» Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 2013.

⁽²⁾ La seconda edizione de *L'ordinamento giuridico*, del 1946 (Firenze, Sansoni); la seconda edizione dei *Principii di diritto costituzionale generale*, anch'essa del 1946 (Milano, Giuffrè); e i *Frammenti di un dizionario giuridico*, del 1947 (Milano, Giuffrè).

⁽³⁾ A. ROMANO, *Nota bio-bibliografica*, in *L'«ultimo» Santi Romano*, cit., 843.

percorso che si concentra, soprattutto, nella preparazione de *L'ordinamento giuridico* agli esordi del Novecento, nella sua elaborazione e pubblicazione nel 1917 e 1918, negli sviluppi successivi. Un percorso che segna una profonda frattura con il passato della scienza giuridica.

2. La rottura con il mondo ottocentesco è evidente, agli inizi del XX secolo, in tutte le arti e le scienze. Ci si può qui limitare solo fugacemente ad alcuni esempi. Sono state scritte importanti pagine sulle avanguardie pittoriche del primo Novecento e sulla cesura rispetto al passato rappresentata da movimenti quali l'espressionismo, il cubismo, il futurismo, il surrealismo ⁽⁴⁾. La musica si distacca radicalmente dai canoni *wagneriani*, con Debussy, Ravel e Stravinskij ⁽⁵⁾. La letteratura trova nel modernismo un percorso fortemente innovativo ⁽⁶⁾. Matematica, fisica e logica conoscono sviluppi assai significativi ⁽⁷⁾. E anche alcuni giuristi, non solo in Italia, tentano nuove vie. Gli esordi del Novecento rappresentano certamente uno dei periodi culturalmente più fertili e una delle fasi storiche in cui una parte della scienza giuridica ha cercato — fatto raro nella storia recente — sintonie con il panorama conoscitivo circostante.

Il sistema giuridico passa dalla semplicità del passato ottocentesco alla complessità del nuovo secolo. Santi Romano comprende questa grande complessità del reale e costruisce su di essa una concettualizzazione innovativa ⁽⁸⁾.

Il punto di partenza *romaniano* è che nelle stesse partizioni del diritto amministrativo, che ha ormai raggiunto dimensioni e livelli di

⁽⁴⁾ Si veda in proposito M. DE MICHELI, *Le avanguardie artistiche del Novecento*, Milano, Feltrinelli, 1986.

⁽⁵⁾ Sul punto M. MILA, *Breve storia della musica*, Torino, Einaudi, 1963, 354 ss.

⁽⁶⁾ Sulle novità del romanzo nel primo Novecento P. HORNE, *The Novel to 1914*, in M. DODSWORTH (ed.), *The Twentieth Century, The Penguin History of Literature*, London, Penguin, 1994, 65 ss.; e G. BRADSHAW, *The Novel in the 1920s*, *ibidem*, 145 ss.

⁽⁷⁾ Sui grandi cambiamenti in matematica, fisica, logica si vedano: C. MANGIONE, *La logica nel ventesimo secolo (I)*, in L. GEYMONAT, *Storia del pensiero filosofico e scientifico*, vol. VIII, *Il Novecento (2)*, Milano, Garzanti, 1977, 193 ss.; e L. GEYMONAT, *Problemi filosofici della matematica e della fisica odierne*, *ibidem*, 402 ss.

⁽⁸⁾ Sulla «percezione della complessità dell'universo giuridico» in Santi Romano si vedano le belle pagine di P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, 109 ss. Sulla combinazione di realismo e concettualizzazione in Santi Romano si vedano G. MIELE, *Stile e metodo nell'opera di Santi Romano*, in «Archivio di studi corporativi», 1941; e A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009, 156 ss.

complessità notevoli, occorre abbandonare l'approccio descrittivo per potenziare la costruzione teorica: «secondo la tendenza dominante, ogni partizione del diritto amministrativo corrisponderebbe a un ramo dell'attività amministrativa, distinta e qualificata specialmente pel suo scopo: la pubblica beneficenza, l'istruzione, l'agricoltura, le industrie e così via [...] Ma la scienza del diritto amministrativo ha scopo non descrittivo, ma costruttivo di teorie giuridiche; donde la necessità di raggruppare gl'istituti retti da propri e comuni principii, poco importanto in qual campo di attività questi principii praticamente si applichino»⁽⁹⁾. Non basta osservare e descrivere il disordinato moltiplicarsi delle funzioni svolte dalle amministrazioni pubbliche; occorre costruire un sistema concettuale e individuare i principii comuni a più settori, così creando i presupposti per trovare un baricentro nella complessità.

C'è poi un altro aspetto della complessità colto da Santi Romano. E qui stanno le più profonde novità del nascente Novecento. Si sviluppano e si rafforzano le formazioni sociali, le associazioni, il sindacalismo integrale: tutto ciò porta con sé la «crisi dello Stato». È il tema della nota prolusione pisana del 1909⁽¹⁰⁾. Lo Stato minacciato dalla moltiplicazione e dalla dispersione delle formazioni sociali deve essere salvato. Emerge una certa continuità con Vittorio Emanuele Orlando: quest'ultimo aveva gettato le basi del diritto amministrativo come diritto dello Stato unitario; Santi Romano si sente chiamato a salvare lo Stato dalla crisi. Non si può pretendere di tornare allo Stato ottocentesco, ma lo Stato va protetto.

L'ordinamento giuridico, del 1917-1918, contiene la sistemazione concettuale di questa nuova realtà⁽¹¹⁾. Secondo le concezioni giuridiche al tempo più diffuse il diritto è regola di condotta, è norma. Santi Romano giudica questo modo di pensare «inadeguato e insufficiente»: occorre superarlo «mettendo in evidenza qualche altro aspetto del diritto, più fondamentale e, soprattutto, antecedente, sia per le esigenze logiche del concetto sia per l'esatta valutazione della realtà in cui il diritto si estrinseca»⁽¹²⁾. Esistono, dunque, elementi del diritto più

⁽⁹⁾ S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società editrice libraria, 1901, 26 s.

⁽¹⁰⁾ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* [1909], poi nel volume dallo stesso titolo, Milano, Giuffrè, 1969.

⁽¹¹⁾ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, [1917-1918], seconda edizione, Firenze, Sansoni, 1946 (riveduta a cura dell'autore, con modifica delle note). A questa seconda edizione si riferiscono le citazioni che seguono.

⁽¹²⁾ *L'ordinamento giuridico* [«OG»], 5.

essenziali e precedenti rispetto alle norme, che soddisfano una maggiore solidità concettuale e rispondono all'atteggiarsi della realtà concreta.

Quando si parla di diritto si pensa anzitutto ad un'organizzazione, a un ordinamento che, «comprensivamente inteso, è un'entità che si muove in parte secondo le norme, ma, soprattutto, muove, quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo della sua attività, non un elemento della sua struttura» (13). E ancora: «il diritto, prima di essere norma [...] è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante [...] Se così è, il concetto che ci sembra necessario e sufficiente per rendere in termini esatti quello di diritto, come ordinamento giuridico considerato complessivamente e unitariamente, è il concetto di istituzione. Ogni ordinamento giuridico è un'istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l'equazione fra i due concetti è necessaria ed assoluta» (14). Di più, vi è corrispondenza piena fra tre concetti: diritto, ordinamento giuridico, istituzione. E «per istituzione noi intendiamo ogni ente o corpo sociale» (15). In definitiva, il diritto è istituzione. L'istituzione è organizzazione sociale che viene prima della norma. Può porre norme, ma è già diritto.

Vi sono tanti tipi diversi di istituzioni, più semplici e più complesse. Romano ne fornisce numerosi esempi: sono istituzioni le aziende; le scuole; le accademie; i Comuni, le Province; le strutture che compongono il potere legislativo, il potere amministrativo, il potere giudiziario; lo Stato come tale; la comunità internazionale. Ma anche una società rivoluzionaria, un'associazione a delinquere, una setta scismatica sono istituzioni: espressioni del diritto in sé anche se considerate come illecite da altri ordinamenti. Lo Stato, quindi, è una delle tante istituzioni, «una specie del genere 'diritto'» (16).

Da tutto ciò deriva la demitizzazione della norma, e della massima delle norme, la legge, che non è più alle radici e al centro del diritto;

(13) OG, 15-16.

(14) OG, 27.

(15) OG, 35.

(16) OG, 112.

ne deriva, anche, la relativizzazione dello Stato all'interno del pluralismo istituzionale ⁽¹⁷⁾. Quali le sorti dello Stato e della legge?

3. Nella teoria istituzionale lo Stato non gode più di una posizione di dominio. È una delle molteplici istituzioni. Ma «si salva», conserva una sua priorità. Il salvataggio dello Stato Santi Romano lo tenta nella seconda parte de *L'ordinamento*, dedicata alla pluralità degli ordinamenti giuridici e alle loro relazioni. Già nella prima parte dell'opera, concernente il concetto di ordinamento giuridico, Romano aveva scritto che lo Stato è «la più importante delle istituzioni» ⁽¹⁸⁾. Nella seconda parte dell'opera, si ribadisce che lo Stato è una delle tante istituzioni, ma è istituzione «originaria», «perfetta», dotata di «supremazia» (lo Stato «domina così estesamente gli enti pubblici e privati che da esso dipendono» ⁽¹⁹⁾), munita della massima autonomia, suscettibile di prevalere sulle altre, di condizionarne l'efficacia. Lo Stato è subordinato solo alla comunità internazionale, che però «non può né sopprimerlo né dichiararlo invalido» e trova nello Stato il suo «presupposto necessario ed essenziale, il cui venir meno determina la fine dell'altro ordinamento» ⁽²⁰⁾.

E lo Stato è il protagonista assoluto del diritto amministrativo *romano*, già da prima e poi anche dopo *L'ordinamento giuridico* del 1917: nei *Principii di diritto amministrativo* del 1901 e nel *Corso di diritto amministrativo*, che conosce tre edizioni dal 1930 al 1937. Tutt'altro che infelice è, dunque, la sorte dello Stato nella concezione romaniana del diritto.

Cosa può dirsi del destino della legge? Poco se ne parla ne *L'ordinamento*. Osservazioni rilevanti sulla legge sono invece contenute nelle altre opere: soprattutto nei *Principii di diritto costituzionale generale* e nei *Frammenti di un dizionario giuridico*. Vi si può ritrovare una demitizzazione, una relativizzazione, un ridimensionamento del ruolo della legge.

Nelle tradizionali concezioni giuridiche, consolidate nell'Ottocento, la legge si poneva come baricentro del diritto, specialmente

⁽¹⁷⁾ È evidente il superamento della dottrina classica del diritto pubblico, fondata sulla supremazia dello Stato e della legge. Si va sempre più verso nette «incrinature» dell'assolutismo giuridico fondato su quella duplice supremazia: in proposito P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., 71 ss.

⁽¹⁸⁾ OG, 42.

⁽¹⁹⁾ OG, 147.

⁽²⁰⁾ OG, 147.

nella sua funzione di ordine cogente. E l'attenzione era rivolta principalmente alla legge formale. In Santi Romano, già nel *Corso di diritto amministrativo* ⁽²¹⁾ e poi nei *Principii di diritto costituzionale generale* ⁽²²⁾, si predilige un concetto di legge in senso sostanziale. Vi rientrano, sul piano delle fonti, tanto le leggi come manifestazioni di volontà del soggetto legislatore, quanto fatti involontari a contenuto normativo: sia lo *ius scriptum* che lo *ius non scriptum* o *involuntarium*.

Nell'ambito delle manifestazioni di volontà, non vi è soltanto la legge-comando, la legge-ordine cogente. «La legge può avere un contenuto ben più ampio: può concernere capacità, potestà, situazioni, istituzioni senza personalità, rapporti interni fra organi di un medesimo ente, può formulare principi direttivi, può permettere, può, in una parola, avere per oggetto tutte le manifestazioni dell'ordinamento giuridico, che non è necessario che si risolvano in diritti ed obblighi» ⁽²³⁾.

In altri termini, dalla legge-comando si passa alla legge-ordinamento: come ha scritto Paolo Grossi, si lascia la «dimensione potestativa» a favore di una «valenza ordinativa» ⁽²⁴⁾. Può ricordarsi qui anche l'insegnamento di Riccardo Orestano, secondo il quale può esservi una connessione tra il termine «ordinamento» e l'idea non già dell'«ordine» ma dell'«ordito». L'idea dell'ordine-comando è semmai più legata al francese alto-medievale «*ordonnance*», mentre nel latino, invece, ordinare è il disporre i fili per tessere: «*ordo*» è l'ordito; nell'ordito non vi è alcuna idea di comando, semmai di complessità (dei fili) che si può ridurre a sistema (il tessuto). Nell'ordito, più che nell'ordine, sta il senso dell'ordinamento giuridico ⁽²⁵⁾; e, di conseguenza, il senso della legge, che può avere ad oggetto tutte le manifestazioni dell'ordinamento.

Le leggi, dunque, possono essere obbligatorie, ma sono anche

⁽²¹⁾ La prima edizione è del 1930 (Padova, Cedam).

⁽²²⁾ La prima edizione è del 1945 (Milano, Giuffrè); la seconda, inserita nel volume dedicato a *L'ultimo Santi Romano*, è del 1946 (Milano, Giuffrè). Le citazioni che seguono si riferiscono alla seconda edizione.

⁽²³⁾ Così S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale* [«PDCG»], 83.

⁽²⁴⁾ P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012, XI-XII.

⁽²⁵⁾ Si veda in tal senso *Intervista* di A. Bixio e F. Riccobono a Riccardo Orestano, *Ordinamento giuridico, scienza del diritto, ideologie*, in «Quaderni del pluralismo», 1983, n. 1, 68, ora in R. ORESTANO, *Edificazione del giuridico*, Bologna, il Mulino, 1989, 304.

permissive, organizzative, direttive, esplicative, interpretative. Possono essere cogenti, ma sono anche suppletive o dispositive, o meramente interne, valide e operanti cioè all'interno di una determinata istituzione. Significative le definizioni *romaniane* di leggi direttive e di leggi suppletive o dispositive, che ne mettono in luce una natura lontana dal comando. Le leggi direttive «contengono massime, consigli, istruzioni, ammonimenti, promesse, programmi; in altri termini, norme che non sono in sé e per sé obbligatorie, sebbene ad esse si accompagni, come elemento aggiunto, l'obbligo, non di osservarle, ma di tenerle presenti e di non discostarsene senza un motivo plausibile. Molti infondatamente negano a tali norme il carattere di leggi» (26). E le leggi suppletive o dispositive «dispongono per supplire la mancanza o integrare l'insufficienza di una volontà diversa, autorizzata a prevalere su di esse o, per usare una comune espressione, a derogarvi. È un errore molto diffuso credere che tutto il diritto pubblico sia cogente: esso, in parte, è soltanto dispositivo o suppletivo» (27).

Venendo allo *ius non scriptum* o *involuntarium*, anch'esso, come si è visto, rientra nell'esteso concetto di legge in senso sostanziale e si contrappone al diritto «artificiale» che deriva dal potere legislativo. Santi Romano richiama anzitutto i principi generali o fondamentali, che connotano il diritto costituzionale sia in Paesi a costituzione scritta sia in ordinamenti a costituzione non scritta. Vi è poi la consuetudine, forma essenziale di produzione spontanea del diritto. Per Romano la desuetudine può caducare la legge formale (28). La dottrina pubblicistica successiva riconoscerà minore spazio al venir meno di norme scritte per desuetudine (29). Si riconduce, inoltre, allo *ius non scriptum* la necessità, vera e propria fonte del diritto.

Infine, l'interpretazione. Il giudice può ricorrere ampiamente all'interpretazione analogica o ai principi quando vi sia una lacuna legislativa (30). Si riconosce un ruolo ampio all'interpretazione, dunque al diritto pretorio. Ma Santi Romano nutre grande perplessità nei confronti dell'interpretazione evolutiva: darle spazio significherebbe ammettere la creazione giurisprudenziale di norme nuove, mentre

(26) PDCG, 84.

(27) PDCG, 85.

(28) In tal senso PDCG, 91.

(29) Escludono la caducazione di norme scritte per desuetudine G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1939, 89 s.; e A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, Napoli, Jovene, 1989, 79.

(30) PDCG, 97.

l'interpretazione «è un'operazione intellettuale [...] essa si risolve non in un atto di volontà, ma in una semplice cognizione del diritto vigente»⁽³¹⁾. Alla giurisprudenza, dunque, si affida un ruolo notevole nella vita del diritto, ma si resta a grande distanza dai sistemi di *common law*, dove l'interpretazione è «*construction*».

È anche da considerare l'importanza riconosciuta da Romano, fin dagli scritti giovanili, allo Stato amministrativo, uno Stato che vede aumentare a dismisura le sue funzioni e assegna alla pubblica amministrazione un ruolo cruciale: è uno Stato diverso da quello ottocentesco fondato sull'assoluto primato della legislazione⁽³²⁾. La pubblica amministrazione, con i suoi forti poteri discrezionali, assume un protagonismo evidente⁽³³⁾. Anche sotto questo profilo, la centralità e la supremazia della legge si attenuano: sono messe in discussione non soltanto dalla nomopoiesi dei giudici — grazie all'ampiezza degli spazi interpretativi — ma anche da quella degli amministratori pubblici, grazie al potere discrezionale della pubblica amministrazione⁽³⁴⁾.

In definitiva, Santi Romano rimane legato allo statalismo, come

⁽³¹⁾ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, voce *Interpretazione evolutiva*, Milano, Giuffrè, 1947, 119.

⁽³²⁾ Sulla rilevanza dello Stato amministrativo nel pensiero *romaniano* si veda M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, t. I, 405 ss. Sui nessi tra diritto amministrativo e pubblico, da un lato, e teoria istituzionale *romaniana*: A. MASSERA, *Santi Romano tra «diritto pubblico» e «ordinamento giuridico» (a proposito di: Santi Romano, Il diritto pubblico italiano)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 1989, n. 18, 617; e A. ROMANO, «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano, *il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2011, 241. Già nel suo *Saggio di una teoria delle leggi di approvazione*, in «Filangieri», 1898, Santi Romano aveva parlato della caduta del «falso dogma dell'onnipotenza parlamentare»: sul punto, e più in generale sulla dequotazione della legge formale a vantaggio del governo e dell'amministrazione nello Stato di inizio Novecento che dava sempre più peso alle «attività sociali», si veda F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico tra Otto e Novecento*, Napoli, Morano Editore, 1971, spec. 190 ss.

⁽³³⁾ La concezione della discrezionalità amministrativa come complessa ponderazione tra interessi diversi emerge pienamente con M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939.

⁽³⁴⁾ Aspetti entrambi messi in luce con grande chiarezza da Massimo Severo Giannini: è significativo che la sua citata monografia dedicata al potere discrezionale della pubblica amministrazione, del 1939, sia nata in parallelo a *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939. Sul nesso tra i due aspetti sia consentito rinviare a M. D'ALBERTI, *Per Massimo Severo Giannini*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2000, 221.

Orlando ⁽³⁵⁾. Lo Stato è la prima delle istituzioni. Ma s'incrina il mito della legge come comando supremo. Vi è, tra gli stessi provvedimenti del legislatore statale, anche la legge che non comanda, ma permette o dà direttive, ovvero organizza o è meramente dispositiva o suppletiva e ammette deroghe. Poi ci sono le norme spontanee, che possono venire dalla società, come le consuetudini. E largo è il ruolo degli interpreti. È uno statalismo più liberale, più aperto quanto ai modi di formazione del diritto. Lo Stato come soggetto istituzionale continua a prevalere, ma i suoi strumenti legislativi si ridimensionano.

4. Se si guarda ad altre elaborazioni della teoria istituzionale del diritto formulate da contemporanei di Santi Romano in altri sistemi giuridici, ne emerge un panorama assai articolato e non omogeneo.

Nella dottrina tedesca, come precisa Romano, il concetto di istituzione entra solo «di straforo» ⁽³⁶⁾: esso è utilizzato specialmente con riguardo alle istituzioni intese come specie del genere persone giuridiche di diritto privato; o con riferimento alla figura pubblicistica dell'*Anstalt*, il «pubblico istituto», in Mayer e Fleiner ⁽³⁷⁾. Non emerge una costruzione concettuale ampia, di teoria generale del diritto, quale quella *romaniana*.

In Francia, il concetto di istituzione trova una compiuta elaborazione in Maurice Hauriou, prima nei *Principes de droit public* ⁽³⁸⁾ poi nella *Théorie de l'institution et de la fondation* ⁽³⁹⁾. L'istituzione è vista come organizzazione sociale fonte del diritto legale e consuetudinario. Essa, dunque, è fonte del diritto, mentre in Romano l'istituzione è già diritto. Per di più, la teoria dell'istituzione di Hauriou ha qualcosa di oscuro e di misterioso, ai confini con una visione talora spirituale, ed è formulata con un linguaggio distante da quello giuridico. Basti riprendere la definizione: «una istituzione è una idea di opera o di intrapresa,

⁽³⁵⁾ In tal senso anche S. CASSESE, *Tre maestri del diritto pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, 8-9. Ancor prima S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 1972, n. 1, poi in S. CASSESE, *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1974, 21, e ivi ampia bibliografia.

⁽³⁶⁾ OG, 29.

⁽³⁷⁾ OG, 30.

⁽³⁸⁾ S. Romano cita la seconda edizione: Paris, 1916.

⁽³⁹⁾ Originariamente pubblicata in *Cahiers de la nouvelle journée*, Paris, 1925, n. 4; trad. it. *Teoria dell'istituzione e della fondazione* (a cura di W. Cesarini Sforza), Milano, Giuffrè, 1967, 5 ss.

che si realizza e dura giuridicamente in un ambiente sociale»⁽⁴⁰⁾. Per realizzare l'idea di opera o di intrapresa occorre un «potere organizzato» e si rendono necessarie «manifestazioni comunitarie che si producono nel gruppo sociale in rapporto all'idea»⁽⁴¹⁾. In particolare, il «potere organizzato» è l'organizzazione dell'istituzione, le cui basi sono «affatto spirituali»⁽⁴²⁾.

Insomma, l'Hauriou della teoria istituzionale sembra un autore completamente diverso dall'Hauriou amministrativista e giurista fino in fondo. Romano è più preciso nel concetto e nelle definizioni di istituzione e molto più giurista, sia pure aperto a considerazioni massimamente realiste nell'individuazione delle istituzioni che emergono nella società, soprattutto sul piano associativo: «non la realtà si deve — dal giurista — subordinare al concetto, ma questo a quella»⁽⁴³⁾.

Sempre in Francia assume grande rilevanza la teoria dello standard, che comporta un nuovo pluralismo nella ricostruzione delle fonti e delle norme. Tale teoria s'inquadra in un movimento di forte reazione all'*École dell'exégèse*, che aveva considerato la legge come unica fonte del diritto e l'interprete come mero esecutore del comando legislativo⁽⁴⁴⁾. Lo sviluppo dell'idea di standard si deve in gran parte a Edouard Lambert, che porta in Francia le tesi di Roscoe Pound⁽⁴⁵⁾. Lo standard è un concetto indeterminato che si ritrova in una norma legislativa o regolamentare, o in una formulazione giurisprudenziale o in altri tipi di precetti. Può concretarsi in sostantivi, aggettivi o locuzioni del tipo: «abuso»; «gravità»; «eccezionale urgenza»; «imprudenza»; «ragionevole»; «congruo»; «manifesto»; «ordine pubblico»; «colpa grave». Anche principi come la buona fede, la diligenza, la correttezza sono stati talora considerati alla stregua di standard.

⁽⁴⁰⁾ M. HAURIOU, *Teoria*, cit., 12-13.

⁽⁴¹⁾ *Teoria*, cit., 14.

⁽⁴²⁾ *Teoria*, cit., 19.

⁽⁴³⁾ OG, 53.

⁽⁴⁴⁾ Uno dei maggiori protagonisti della reazione all'*exégèse* è François Gény; tra le sue opere: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Librairie Marescq Ainé, 1899; *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Société du Recueil Sirey, 1914-1924.

⁽⁴⁵⁾ R. POUND, *The Administrative Application of Legal Standards*, relazione presentata al *Meeting of the Section of Public Utility Law of the American Bar Association*, Boston, Mass., September 2, 1919; E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, M. Giard & Cie, 1921.

In ogni caso, la dottrina francese ha mostrato come sia fuorviante la contrapposizione tra standard, da un lato, e norma o regola, dall'altro: lo standard è piuttosto una tecnica di formulazione di una regola di diritto, che ha per effetto una certa indeterminazione della regola stessa ⁽⁴⁶⁾; per questa ragione, lo standard lascia all'interprete e all'applicatore un vasto margine di «interpretation-creation». Qui lo spazio conferito all'interpretazione rasenta quello proprio dei giudici di *common law*, anche se non giunge alla *création originaire*, ed è molto più esteso di quello cui pensava Santi Romano. D'altra parte, il *Conseil d'État* è sempre stato giudice costruttore di diritto pretorio.

La teoria dello standard contribuisce ad allargare l'idea della norma, della regola, che non è più soltanto quella derivata dalla legge-comando. Insomma, esistono norme flessibili che possono essere adattate alle esigenze sociali mutevoli. È chiara l'influenza del *bergsonismo*, che aveva avuto la sua incidenza anche su Hauriou. Romano non ricorda esplicitamente la teoria dello standard, ma alcune somiglianze emergono quando egli parla di norme direttive, nel significato che si è visto sopra.

Santi Romano è meno vicino alla dottrina giuridica inglese, pur conoscendola e avendo tratto più d'una volta ispirazione dai sistemi di *common law*: già nelle prime pagine de *L'ordinamento* cita Frederic Maitland e negli scritti giovanili aveva richiamato Albert Venn Dicey. Fondamentali, sul piano del pluralismo istituzionale, sono stati nel mondo anglosassone i contributi di Harold Laski, soprattutto dalla fine degli anni Dieci del Novecento agli inizi degli anni Trenta. Già Maitland aveva scritto che lo Stato è solo una delle tante associazioni umane. Laski afferma: «For the individual is not merely a member of the State. In the society of which he is a part, there are innumerable interest-units to which he may belong. He is a member of a church, an ardent trade-unionist, a keen freemason, a zealous supporter of a movement for compulsory vaccination, a pacifist to whom a conscientious objection to military service is the central principle of life. He is, so to say, interstitially connected with associations seeking to promote

⁽⁴⁶⁾ In tal senso la definizione data, sulla base di un'accuratissima analisi storica, da S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, LGDJ, 1980, 120.

each of the interests» (47). E ancora: «any society, at bottom, is essentially federal in nature. The State is [...] one with other associations, and not over and above them» (48). Dunque, «The State, so to say, acts always in an atmosphere of contingency» (49). Ne emerge un pluralismo certamente più accentuato di quello *romaniano*; e con esso un ridimensionamento forte dello Stato, che agisce in «un'atmosfera di contingenza», di variabilità, di incertezza: è una visione ben lontana dalle idee del Maestro siciliano.

Quanto al diritto e alla legge, Laski sottolinea la maggiore importanza dell'applicazione rispetto alla produzione delle prescrizioni: «No system of legal imperatives maintains itself. Day by day it has to be applied to different, and, often, novel situations. Now it is a commonplace of philosophy that those who execute measures are in fact their masters. Legal imperatives have to be interpreted» (50). Emerge con forza l'importanza dell'interprete e del giudice, che è cruciale nell'esperienza di *common law*: la Corte di giustizia «finds the law», ma così facendo «also makes it» (51).

E, sempre in riferimento al diritto e alla legge, quel che conta non è tanto la fonte da cui le norme promanano, ma il consenso che ricevono: «the validation of law is not a matter of the source from which it emanates, but of the acceptance which it secures [...] Law is made effective, that is to say, through the fact of consent in those to whom it applies» (52). In definitiva, quel che conta non è il «formal law», ma piuttosto l'«actual law» (53): sotto questo profilo, emerge una visione piuttosto vicina, pur nelle differenze, a quella *romaniana* della legge (o norma) sostanziale più che formale.

5. Grande è stata l'influenza di Santi Romano, specialmente sotto il profilo metodologico. Come ha mostrato Riccardo Orestano in tutta la sua opera, la teoria dell'ordinamento giuridico, e l'idea del

(47) Così H.J. LASKI, *An Introduction to Politics* [1931], London, George Allen & Unwin, 1978, 24-25, nell'ambito del secondo capitolo intitolato *The Place of the State in the Great Society*.

(48) H.J. LASKI, *An Introduction to Politics*, cit., 39.

(49) Ancora H.J. LASKI, *op. cit.*, 25.

(50) Sempre H.J. LASKI, *op. cit.*, 32.

(51) H.J. LASKI, *A Grammar of Politics*, London, Allen and Unwin, 1925, 542.

(52) H.J. LASKI, *Law and the State*, in Id., *Studies in Law and Politics* [1932], Hamden (Conn.), Archon Books, 1969, 247 e 248.

(53) *Ibidem*, 248.

diritto come istituzione, ha consentito al giurista di allargare la sua analisi a problematiche le quali erano rimaste al di fuori della sua attenzione con la teoria normativa: si pensi all'organizzazione, ai momenti costitutivi dei sistemi giuridici, all'esercizio del potere pubblico ancor prima o al di fuori della posizione di norme. Gli ordinamenti giuridici nascono già sulla base di aggregazioni e organizzazioni di fatto, come avvenne per l'ordinamento di Roma antica grazie alle *familiae* e alle *gentes* e grazie a un potere sovrano esistente già prima di un riconoscimento normativo formalizzato ⁽⁵⁴⁾.

L'influenza di Romano si è avuta soprattutto in Paesi di *civil law*, specialmente in Europa continentale. Le numerose traduzioni de *L'ordinamento* — in spagnolo, tedesco, francese, portoghese — ne sono buona testimonianza. In Gran Bretagna e negli Stati Uniti, invece, Romano è stato pressoché ignorato, mentre hanno avuto buona diffusione le teorie istituzionali francesi, soprattutto di Hauriou e di Renard ⁽⁵⁵⁾.

Vi sono pochissimi esempi di attenzione dedicata a Romano in Paesi di *common law*. Nel 1962, prendo un suo saggio dal titolo *Two Theories of 'The Institution'* — pubblicato negli Scritti in onore di Roscoe Pound — Julius Stone (studioso inglese, allora professore all'Università di Sidney) ringrazia un giovane assistente di filosofia del diritto che aveva attirato la sua attenzione sulle teorie di Santi Romano: quell'assistente era Giovanni Tarello ⁽⁵⁶⁾. E il saggio di Stone mette a confronto le «due teorie istituzionali» di Maurice Hauriou e di Santi Romano.

⁽⁵⁴⁾ Si vedano: R. ORESTANO, *I fatti di formazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, Giappichelli, 1967; e, sul piano più generale dell'incidenza della teoria ordinamentale sul metodo del giurista, R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, il Mulino, 198, 343 ss.

⁽⁵⁵⁾ Sugli istituzionalisti francesi e, in particolare, su Hauriou si vedano: A. BRODERICK, *Evolving Due Process and the French Institutionalists*, in «Catholic University of America Law Review», vol. 13, 1964, 95 ss.; A. BRODERICK, *Hauriou's Institutional Theory: An Invitation to Common Law Jurisprudence*, in «The Solicitor Quarterly», vol. 4, no. 4, October 1965, 281 ss.; successivamente, N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, Reidel Publishing Co., 1986, 24 ss.; si veda anche la traduzione italiana del lavoro di MacCormick e Weinberger (a cura di M. La Torre), *Il diritto come istituzione*, Milano, Giuffrè, 1990, in cui sono aggiunti due capitoli.

⁽⁵⁶⁾ J. STONE, *Two Theories of 'The Institution'*, in R.A. NEWMAN (ed.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Co. Inc., 1962, 296 ss.

Sarebbe importante riprendere la via aperta da Tarello: la teoria *romaniana*, anche a tanti anni di distanza da *L'ordinamento*, merita d'essere meglio conosciuta nel mondo del *common law*, che, per le sue tradizioni, non poco influì su una concezione del diritto che va ben al di là della legge formale e che dà peso ai fatti, alla legge in senso sostanziale e all'interpretazione. Quel mondo angloamericano, che oggi ha visto svilupparsi teorie economiche, giuridiche e di scienza politica volte a sottolineare l'importanza delle istituzioni per la prosperità delle Nazioni ⁽⁵⁷⁾, trarrebbe beneficio dal conoscere l'opera di chi, dal primo Novecento, ha fornito una delle ricostruzioni più compiute del concetto di istituzione e, su quelle basi, ha contribuito a cambiare il corso del pensiero giuridico.

⁽⁵⁷⁾ Ci si riferisce, tra l'altro, a M. OLSON, *The Rise and Decline of Nations*, New Haven, Yale University Press, 1982; D.C. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990; D.C. NORTH, *Understanding the Process of Economic Change*, Princeton University Press, 2005; D. ACEMOGLU, J.A. ROBINSON, *Why Nations Fail. The Origins of Power, Prosperity and Poverty*, London, Profile Books Ltd., 2012; N. FERGUSON, *The Great Degeneration. How Institutions Decay and Economies Die*, London, Penguin, 2012.