

Sabino Cassese

**IPOTESI SULLA FORTUNA
ALL'ESTERO DE
«L'ORDINAMENTO GIURIDICO»
DI SANTI ROMANO**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

IPOTESI SULLA FORTUNA ALL'ESTERO DE «L'ORDINAMENTO GIURIDICO» DI SANTI ROMANO

SABINO CASSESE

SOMMARIO: 1. Una fortuna postuma. — 2. Un movimento universale del diritto. — 3. Gli autori contemporanei a Santi Romano.

1. L'opera giuridica italiana più tradotta all'estero è quasi certamente «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano. Questa ha avuto una traduzione spagnola nel 1963, a cura di Sebastiano e di Lorenzo Martin — Retortillo ⁽¹⁾, una francese nel 1975, ristampata nel 2002 a cura di Lucien François, Pierre Gothot e Philippe Francescakis ⁽²⁾, una tedesca nello stesso anno, a cura di Roman Schnur ⁽³⁾, una portoghese, nel 2008, a cura di Arno Dal Ri jr ⁽⁴⁾.

Tre aspetti colpiscono immediatamente. Il primo è la singolare fortuna dell'opera all'estero, se si compara con la sua relativa sfortuna in Italia. Parte di un più vasto programma rimasto incompiuto, doveva essere pubblicata come volume; ma l'autore non trovò un editore disposto a pubblicarla. Si risolse quindi a pubblicare l'opera negli «Annali delle università toscane» (insegnava allora all'università di Pisa), in due puntate, nel 1917 e nel 1918. Già nel 1926 l'autore voleva farne una seconda edizione, in volume. Raccolse ulteriore materiale, prevalentemente per le note, in vista di una edizione tedesca nel 1939

⁽¹⁾ S. ROMANO, *El ordenamiento juridico*, trad. di S. Martin-Retortillo e L. Martin-Retortillo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963 (ripubblicato nel 2013).

⁽²⁾ S. ROMANO, *L'ordre juridique*², trad. di Lucien François Pierre Gothot, Paris, Dalloz, 1975.

⁽³⁾ S. ROMANO, *Die Rechtsordnung*, a cura di von Roman Schnur, Berlin, Duncker & Humblot, 1975.

⁽⁴⁾ S. ROMANO, *O Ordenamento Juridico*, trad. di Arno Dal Ri Júnior, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2008.

che, però, non si realizzò. Finalmente, nel 1946, l'opera veniva pubblicata in seconda edizione, come volume a sé stante, dall'editore Sansoni ⁽⁵⁾.

Il secondo aspetto che colpisce è la pubblicazione delle traduzioni straniere a partire da circa cinquant'anni dalla prima edizione italiana, e da un quindicennio dalla morte dell'autore.

Il terzo aspetto riguarda l'influenza delle idee romaniane nelle culture giuridiche dei paesi nei quali l'opera è stata tradotta. In questi paesi, «l'ordinamento giuridico» non è molto citato, e viene menzionato per lo più come testimonianza di un'epoca importante della cultura giuridica italiana, quella nella quale vengono «scoperti» l'istituzionalismo e il pluralismo giuridico.

2. Come si spiega questa fortuna postuma all'estero dell'opera e, contemporaneamente, la sua accettazione passiva, come simbolo o testimonianza di una fase di passaggio della cultura giuridica?

Per rispondere a questa domanda, vorrei affacciare una ipotesi: che la fortuna postuma di Santi Romano sia dovuta all'esigenza di molte culture giuridiche di trovare una conferma anche nella cultura italiana di un movimento universale del diritto, quello che poneva in dubbio lo statalismo e il monismo giuridico. In altre parole, che, intorno alla prima guerra mondiale, vi sia stato un movimento più generale e vasto, non solo nazionale, che, pur nella diversità dei temi e degli accenti, mirava a ridurre la portata dello Stato e del suo monopolio del diritto. Questo movimento si sarebbe sviluppato secondo un modello, noto agli studi antropologici, quello delle invenzioni ed evoluzioni parallele, opposto a quello dei prestiti e trapianti e a quello dello svolgimento coordinato e collaborativo. Che si sia trattato, in sostanza, di processi fondamentalmente differenti: non si sono copiati, ma si sono sviluppati separatamente e autonomamente ⁽⁶⁾.

Come si vedrà, sottolineare che altri studiosi, contemporaneamente al Romano, giunsero, anche in forme e con svolgimenti diversi, ad analoghe conclusioni, non vuol dire diminuirne l'originalità, ma significa, invece, metterne in luce la modernità.

L'interesse per le due teorie romaniane, sviluppatosi nel dopo-

⁽⁵⁾ Una nuova edizione è stata curata da Alberto Romano nel volume *L'ultimo Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 2013.

⁽⁶⁾ Riprendo e sviluppo uno spunto in S. CASSESE, *Istituzione, un concetto ormai inutile*, in *Pol. dir.*, 1979, aprile, n. 1-2, 53 ss.

guerra, a partire dalla prima traduzione, quella del 1963, ha carattere che si potrebbe dire «antiquario» o storico, nel senso che, nel secondo dopoguerra, l'idea che il diritto non discenda solo dallo Stato e quella della pluralità degli ordinamenti giuridici erano accettate dovunque. Tuttavia, dovunque si indagava sulle loro origini e sulla loro diffusione. Donde l'interesse a tradurre e studiare gli autori che per primi si fecero portatori di queste idee.

Prima di esaminare gli autori contemporanei a Romano che affacciarono ipotesi assimilabili a quelle sue, ricordo che «l'ordinamento giuridico» sviluppava due idee portanti. Quella del diritto come ordinamento o istituzione, così reagendo alla tendenza normativista. E quella della pluralità degli ordinamenti giuridici, così reagendo allo statalismo.

In Italia, queste teorie, svolte nel campo del diritto dal Romano, trovavano assonanze, nel campo della scienza politica, negli scritti di Mosca e di Pareto, in quello economico, negli scritti di Tangorra e di Ricci, e, in quello della filosofia del diritto, negli scritti di Capograssi (7). Rispetto a questi, Santi Romano arrivava con maggiore preparazione e, quindi, con maggiore lucidità, alle due conclusioni principali prima indicate, a causa dei suoi studi pregressi, che vertevano tutti sui rapporti tra ordinamenti. Egli aveva infatti insegnato diritto ecclesiastico, diritto internazionale, diritto coloniale (anzi, proprio nel 1918 aveva tenuto un corso di quest'ultima materia al Cesare Alfieri di Firenze) (8). Nessuno meglio di chi avesse studiato i rapporti tra Stato e Chiesa, quelli tra Stati e quelli tra metropoli e colonie, e il modo in cui questi diversi ordini giuridici si scontrano, sovrappongono, coordinano, collaborano, poteva accingersi a studiare gli ordinamenti giuridici e le relazioni che tra di loro si stabiliscono.

3. Se non si vuole restare nell'ambito di un esame puramente nazionale delle idee romane e se si vuole cercare di spiegare la contraddizione prima illustrata, quella tra le traduzioni dell'opera all'estero, il loro carattere tardivo e postumo e lo scarso successo

(7) Si veda, per ulteriori sviluppi, S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano*, in *Quad. fior. stor.*, 1972, I, 243 ss.

(8) Si vedano L. NUZZO, *Origini di una scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2012, 265 ss. e G. BASCHERINI, *Ancora in tema di cultura giuridica e colonizzazione. Prime note sul Corso di diritto coloniale di Santi Romano*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2013, I, n. 25, 117 ss.

d'influenza, occorre ora chiedersi chi maturasse all'estero idee simili o assimilabili a quelle di Romano.

Il primo studioso che muove nella direzione di Romano è il francese Maurice Hauriou, nato ventitre anni prima del Romano, nel 1852, e morto nel 1929. Questi, pur con molte oscurità, sostenne l'istituzionalismo, in nome del primato dell'organizzazione sociale rispetto allo Stato. Disegnò la sua teoria tra il 1896 e il 1910 e la sviluppò tra il 1919 e il 1929. Vi era in Hauriou una componente cattolica, per cui la sua ispirazione antistatalistica era anche diretta a difendere la Chiesa. Per Hauriou l'istituzione non ha bisogno della legge dello Stato. L'organizzazione sociale è fondata su un equilibrio di forze o una separazione di poteri, che costituiscono da se stessi uno Stato di diritto. Lo Stato, poi è «une institution ou ensemble d'institutions ou, plus exactement encore, [...] l'institution des institutions» ⁽⁹⁾.

Il secondo studioso è anch'egli francese. Si tratta di Léon Duguit. Questi era nato nel 1859 e morirà nel 1928. Era, dunque, di sedici anni più anziano di Romano (nato nel 1875 e morto nel 1947). Nel 1913 scrisse l'opera *Les transformations du droit public* ⁽¹⁰⁾, nella quale sosteneva che lo Stato non è una potenza sovrana, ma solo un gruppo che detiene una forza, quella che serve per gestire i servizi pubblici. Quindi, Duguit riduceva lo Stato e lo funzionalizzava al servizio pubblico.

Il terzo studioso, in ordine di tempo, è il tedesco Carl Schmitt, nato nel 1888 (morirà nel 1985), di tredici anni più giovane del Romano. Nella sua opera giovanile, scritta all'età di ventisei anni, nel 1914, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Schmitt partiva dalla constatazione che «il nostro tempo non è individualistico» ⁽¹¹⁾,

⁽⁹⁾ M. HAURIU, *Précis de droit administratif*, Paris, 1907, IX. Queste idee saranno sviluppate anche in *Principes de droit public*, del 1910 (la successiva edizione del 1916 si trova anche sul sito Gallica), nonché in Id., *La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)* (1925), trad. it. di W. Cesarini Sforza in *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Milano, Giuffrè, 1967, 3 ss. Si veda E. MILLARD, *Hauriou et la théorie de l'institution*, in *Droit et Société*, 1995, spec. 390. Si legga anche P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'institutionnalisme juridique dans la doctrine italienne du XXe siècle: considérations sur l'institutionnalisme de Santi Romano*, in *Revue d'histoire des facultés de droit*, 1995, n. 30-31, spec. 394.

⁽¹⁰⁾ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, Librairie Armand Colin, 1913, opera citata da Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*², cit., 128, nt. 85.

⁽¹¹⁾ Tradotto in italiano col titolo *Il valore dello Stato e il significato dell'individuo*, Bologna, il Mulino, 2014, 24.

essendo esso «l'epoca della macchina, dell'organizzazione» ⁽¹²⁾ e giungeva alla conclusione che «la proposizione secondo cui il diritto può derivare solo dal potere supremo si rovescia [...] contro la teoria della potenza, e assume il contenuto secondo il quale potere supremo può essere solo quello che promana dal diritto. Il diritto non è nello Stato, ma lo Stato è nel diritto» ⁽¹³⁾. Lo Stato «deve essere derivato dal diritto [...]» ⁽¹⁴⁾. Per Schmitt, dunque, non viene prima lo Stato, poi il diritto, come promanazione di quello. La successione è quella contraria: prima il diritto, poi lo Stato.

Segue, nel tempo, il grande movimento del realismo giuridico nordamericano, partito dalle facoltà giuridiche di Columbia e Yale, nel quale significativa è la personalità di Benjamin Cardozo (1870-1938), solo di cinque anni più anziano del Romano. Questi scrive nel 1921 il libro di teoria giuridica più letto in America, *The Nature of Judicial Process* ⁽¹⁵⁾, nel quale attacca a fondo il normativismo e lo statalismo, sostenendo che il diritto non si trova, ma si crea, non è un dato, ma è un costruito, e aggiungendo che vi è analogia tra la funzione del giudice e quella del legislatore. Anche qui, dunque, viene posto in dubbio il diritto come prodotto esclusivo dello Stato.

Il quinto autore appartiene alla cultura inglese, ma fu attivo anche sull'altro lato dell'Atlantico: Harold Laski (1893-1950). Più giovane di diciotto anni rispetto al Romano, scrisse molto presto tre saggi che ebbero grande risonanza: *Studies in the Problem of Sovereignty*, del 1917 ⁽¹⁶⁾; *Authority in the Modern State*, del 1919 ⁽¹⁷⁾; *The Foundations of Sovereignty*, del 1921 ⁽¹⁸⁾. In questi scritti criticava l'idea di supremazia dello Stato e sosteneva la tesi del pluralismo giuridico.

Nelle culture giuridiche anglosassoni, nel realismo americano e nella fucina della *London School of Economics*, alla quale Laski apparteneva, all'antistatalismo e al pluralismo si accompagnarono

⁽¹²⁾ C. SCHMITT, *op. cit.*, 23.

⁽¹³⁾ C. SCHMITT, *op. cit.*, 55.

⁽¹⁴⁾ C. SCHMITT, *op. cit.*, 58.

⁽¹⁵⁾ B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, December 1921.

⁽¹⁶⁾ H.J. LASKI, *Studies in the problem of sovereignty*, New Haven, Yale University Press, 1917.

⁽¹⁷⁾ H.J. LASKI, *Authority in the Modern State*, New Haven, Yale University Press, 1919.

⁽¹⁸⁾ H.J. LASKI, *The Foundations of Sovereignty and Other Essays*, New York, Harcourt, Brace and Company, 1921.

anche altri temi, che non erano presenti in Romano. I realisti americani criticarono il pensiero giuridico classico ottocentesco, colpevole di aver troppo insistito sulla separatezza del sistema giuridico; attaccarono l'oggettività del ragionamento giuridico; furono anti-formalisti e cercarono di ristabilire i legami del diritto con le scienze sociali; sostennero che il giurista doveva guardare direttamente la realtà. Laski, a sua volta, criticò il formalismo del suo maestro Dicey, rianodò i rapporti con la scienza politica, riconobbe, in polemica con Dicey, che anche l'Inghilterra aveva un diritto amministrativo. Questi sono problemi e temi estranei alla tematica romaniana, che rimase ferma sui due punti dell'antinormativismo e dell'antistatalismo. Tuttavia, anche con la cultura anglosassone, non educata da Hegel, che non aveva coltivato il culto dello Stato, vi è una consonanza di tematiche e di indirizzi, la critica della concezione sovraordinata, assorbente, onnicomprensiva, dello Stato, la critica della derivazione statale del diritto, l'affermazione della pluralità degli ordinamenti giuridici.

Dunque, per strade differenti e tra loro non comunicanti, a cavallo della prima guerra mondiale, molte culture giuridiche tra loro diverse sono giunte ad analoghe conclusioni. Più tardi, circa mezzo secolo dopo, queste culture hanno scoperto di aver fatto, in modi distinti, separatamente, uno stesso percorso. Hanno, quindi, cominciato a indagare sui propri vicini, incuriositi dal fenomeno delle evoluzioni parallele. Fenomeno che smentiva ulteriormente — ammesso che ve ne fosse bisogno — l'idea dello Stato-monade, della unicità e individualità nazionali delle esperienze giuridiche, della incomunicabilità degli ordini giuridici, della loro impossibilità di convergere.

Dunque, le traduzioni dell'opera di Romano sono servite sia perché in quell'opera ogni cultura giuridica vedeva un pezzo della propria storia, prima considerata come unica e irripetibile, sia perché servivano a riscoprire l'universalità del diritto.

La fortuna postuma dell'opera di Romano non ha influenzato direttamente le culture giuridiche francese, tedesca, americana e inglese, che erano arrivate, precedentemente e contemporaneamente, alle stesse conclusioni di Romano e nelle quali le due tesi romaniene di fondo erano, nel secondo dopoguerra, sostanzialmente acquisite e non discusse. Ma è servita, tuttavia, in modo più indiretto e complicato, a rafforzare un'altra idea, quella che, sganciato dal nesso necessario con lo Stato, il diritto possa avere svolgimenti ed essere oggetto di riflessioni giuridiche che travalicano i confini nazionali.