

Santi Romano e l'ordinamento giuridico come unità

Tommaso Gazzolo

Abstract

Which are the conceptual reasons at the base of Santi Romano's thesis according to which the legal order "sets itself" as a unity, as an "entity" distinct from the others? What does this "position" mean in Santi Romano? It designates the "fact" that sets the right? Or is it readable according to a different strategy of "self-position" of the law? Starting from this question, we will try to identify the analytical phases that, in *L'ordinamento giuridico*, concern the time of "position" of the system as a unit, in order to suggest an interpretation that diverges from the idea that Romano's thought a reduction of the law to the fact.

Keywords: legal order, monism, pluralism, institution, law, fact.

1. L'ordinamento come unità

Non c'è istituzione, non c'è ordinamento giuridico, in Romano, che non sia un'unità "ferma e permanente", *un* "ente"¹. E, sebbene il concetto di ente debba, per Romano, considerarsi già dato (poiché "ogni giurista non può non avere il concetto di ente o corpo sociale, che è un concetto fondamentale e, nello stesso tempo, elementare"²), ciò che fa sì che l'ente sia sempre *un* ente, che l'ordinamento sia sempre *un* ordinamento giuridico, un'unità, costituisce quello che, dal punto di vista teorico, è il problema centrale, e forse più difficile, della sua teoria. Del resto, il fatto che l'ordinamento sia un'unità, è per Romano il presupposto stesso per l'affermazione di quella "tesi della pluralità degli ordinamenti" che costituisce "l'atto di nascita di un pluralismo specificamente giuridico"³. Pluralismo⁴, dunque,

¹ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, seconda edizione con aggiunte, Firenze, Sansoni, 1945, p. 33. Sulla storia della redazione e della pubblicazione del testo, si rinvia al saggio, insuperato, S. Cassese, "Ipotesi sulla formazione de L'ordinamento giuridico di Santi Romano", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I (1972), pp. 244-283, unitamente all'altrettanto fondamentale contributo – per la storia dell'interpretazione dell'opera – di M. Fioravanti, "Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive di ricerca", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, X (1981), pp. 169-219. Si veda, inoltre, più di recente, P. Grossi, "Il diritto tra potere e ordinamento", in Id., *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 163 e ss.; Id., "Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 60 (2006), 2, pp. 377-395.

² S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 33, nota 30^{bis}.

³ Così M. Barberis, "Santi Romano, il neoinstituzionalismo e il pluralismo giuridico", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLI (2011), 2, p. 352.

⁴ La distinzione tra "monismo" e "pluralismo" in Romano ha rappresentato, forse, il tema maggiormente discusso nella letteratura sul giurista, almeno a partire dalla posizione di Bobbio, per il quale Romano sarebbe stato "ideologicamente un monista, pur essendo teoricamente un pluralista (cfr. N. Bobbio, "Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano", in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 25-43). Nell'impossibilità di dar conto esaustivamente della letteratura

sembra indicare che la pluralità *degli* ordinamenti è possibile proprio in quanto ciascuno di essi è in sé *un* ordinamento (una istituzione), un'unità.

Dobbiamo tener distinti, fin d'ora, due problemi diversi. Il primo è quello relativo, per così dire, all'unità in quanto "proprietà" del *sistema* giuridico – diremmo: dell'unità *dell'*ordinamento, l'unità *della* molteplicità delle norme ("teoria *dell'*ordinamento"). Il secondo, è quello, invece, di ciò che costituisce l'ordinamento come uno, dell'unità che ogni ordinamento è ("teoria del diritto *come* ordinamento"⁵). È questo secondo problema che dà luogo alla questione dell'autofondazione, del costituirsi dell'ordinamento come unità giuridica.

Per questa ragione si pone il problema, in Romano, non tanto dell'unità *dell'*ordinamento giuridico, ma dell'ordinamento giuridico in quanto unità: l'ordinamento "è un'unità a sé", va considerato "come un'unità"⁶. Solo in quanto si sia già determinato l'ordinamento come tale (e cioè come *un* ordinamento⁷), potranno esserne individuate le sue "parti": l'unità – che non consiste mai nella "somma aritmetica" delle sue singole parti –, *precede* e rende possibile la pluralità. Ma che cosa definisce, determina questa unità, allora?

Da una parte, si legge, essa va intesa come unità "concreta ed *effettiva*", e non come ottenuta "per astrazione", e che l'ordinamento esiste in quanto unità concreta, *societas* che è tale in quanto "unità effettivamente *costituita*". Dall'altra, si precisa che il diritto – e dunque l'ordinamento – è la posizione di quella società che esso "*costituisce* come unità, come ente per sé stante"⁸. L'unità sarebbe allora, allo stesso tempo, ciò che l'ordinamento costituisce e ciò di cui è costituito l'ordinamento? Per rispondere a tale questione, per capire cosa in essa si domanda, occorre necessariamente proseguire nella lettura del testo di Romano, e solo in un secondo momento tornare a interrogare i passi qui citati.

Dopo aver introdotto la "perfetta identità" tra ordinamento giuridico e istituzione⁹, Romano afferma che l'istituzione è *già* un'unità, è sempre, come tale, un

sul tema, si rinvia perlomeno ai tentativi – in occasione del centenario della pubblicazione de *L'ordinamento giuridico* – di fare il punto sullo stato delle ricerche testimoniati dalle relazioni ai convegni "Santi Romano a cento anni da *L'ordinamento giuridico*", Napoli, 23 marzo 2018, e "Santi Romano l'ordinamento giuridico 1917-2017. La fortuna della teoria romaniana dell'ordinamento dalla sua pubblicazione ai tempi nostri nelle varie aree disciplinari", Palermo, 24-25 novembre 2017.

⁵ Cfr., sul punto, A.G. Conte, "Cronotopo deontico", in Id., *Filosofia del linguaggio normativo, III, Studi 1995-2001*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 753. La distinzione è presente anche in L. Lombardi Vallauri, "Il diritto come ordinamento", in R. Orecchia (a cura di), *Il diritto come ordinamento. Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 10. Sulla distinzione tra "sistema giuridico" e "ordinamento giuridico", interessanti considerazioni sono presenti in F. Viola, *Autorità e ordine nel diritto*, Torino, Giappichelli, 1987, pp. 99 e ss.

⁶ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 10.

⁷ Sul concetto di ordinamento giuridico in Santi Romano, si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, a P. Grossi, "Ordinamento", *Jus*, LXVII (2006), pp. 5-15; 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 e l'insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 245-256; Id., "Prospetto per la voce Ordinamento giuridico di una enciclopedia", in *Politica del diritto*, VI, 1, 1975, pp. 73-102; A. Catania, *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*, Napoli, Jovene, 1976; N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960.

⁸ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 22.

⁹ Sul concetto di "istituzione", e sull'istituzionalismo di Romano, cfr., per un'introduzione, M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori. La teoria istituzionalistica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, in part. pp. 128-132; M.L. Tarantino, *Istituzionalismo e neoistituzionalismo*, Milano, Giuffrè, 2011, in particolare pp. 111 e ss.; M. D'Alberti, "Santi Romano e l'istituzione", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 64 (2014), 3, pp. 579-592; M. Fotia, "L'istituzionalismo in Santi Romano tra diritto e politica", *Democrazia e diritto*, 52 (2011), 1-2, pp. 135-174; A.

“ente chiuso”, che ha la propria individualità “in sé e per sé”. Ma cosa lo rende uno – cosa fa sì che *questa* istituzione (ad es.: questo Stato) non sia quest’altra (la Chiesa cattolica)? Se l’istituzione è un’unità “ferma e permanente”, è perché essa non perde la propria *identità* per il “mutarsi dei suoi singoli elementi”: come la nave di Teseo, essa rimane la stessa, rimane se stessa, anche laddove tutte le sue parti siano mutate, rinnovate. E ciò perché essa, scrive Romano, non si *identifica* con ciò che è necessario a “darle vita”¹⁰: non è ciò che ne è all’*origine* a farne un’istituzione.

Questa è l’indicazione, a nostro avviso, fondamentale: ciò che determina l’unità dell’istituzione, l’istituzione in quanto *una*, non è quanto ne determina la formazione, quanto è necessario per *costituirla*. Ciò che le dà vita, infatti, si “amalgama in essa”. L’unità non è, dunque, una proprietà che sia conferita, attribuita all’ordinamento da parte di ciò che lo fa esistere, dai fatti che lo precedono. Piuttosto, è l’ordinamento stesso che si costituisce come uno, in maniera tale che la sua unità non sia un “fatto”, qualcosa di *dato*, ma “unità giuridica”, in quanto prodotta dall’ordinamento, effetto del costituirsi stesso del diritto.

Senza comprendere questo punto, sfugge il senso della replica di Romano alle osservazioni di un autore come Capograssi, per il quale l’ordinamento giuridico presuppone il *fatto* dell’ordinamento sociale – presuppone, cioè, che *prima* di esso vi sia già la costituzione di una “unità” sociale, sul piano non giuridico ma su quello della “organizzazione”. Per tale ragione, se per Capograssi la questione fondamentale è come “questo fatto si trasforma in ordinamento, acquista valore di ordinamento”¹¹, in Romano è la stessa separazione tra fatto e diritto ad essere messa in discussione: propriamente, non c’è qualcosa come “il fatto dell’ordinamento”, nel momento in cui l’ordinamento è sempre “giuridico”¹². *Identificando* fatto e diritto, scrive Romano, non si dà luogo a “un circolo vizioso”, ma alla “dimostrazione della perfetta autonomia del concetto di diritto e della sua suscettibilità di rinchiudersi e concludersi interamente in sé stesso”¹³.

L’unità dell’ordinamento non è dunque un fatto, non è costituita dal fatto dell’ordinamento: è l’effetto del costituirsi stesso dell’ordinamento come giuridico; è *risultato*, e non origine, ed è questo a farne una nozione interamente *giuridica*, un’unità “di diritto”.

Dovremo tornare su questo punto, per comprendere come ciò avvenga. Ma dovrebbe apparire sin d’ora chiaro che, quando Romano introduce, immediatamente dopo, la tesi per cui il diritto non è che *forma*¹⁴, questa “forma” consiste, esattamente, in ciò che determina l’unità di un’organizzazione, che fa sì che un ordinamento sia tale proprio in quanto *uno*: “il diritto è il principio vitale di ogni istituzione, ciò che

Tarantino, “Dell’istituzionalismo. Ancora sui precedenti dottrinali di Santi Romano”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XI, 1981, pp. 169-186.

¹⁰ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 33.

¹¹ G. Capograssi, “Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XIX (1939), p. 12.

¹² S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., nota 30^{ter}, p. 34.

¹³ Ivi, nota 30^{ter}, p. 35.

¹⁴ Ivi, p. 37.

anima e tiene riuniti i vari elementi di cui questa risulta, che determina, fissa e conserva la struttura degli enti immateriali”¹⁵.

Se, per riprendere gli esempi di Romano, un’associazione a delinquere o una setta scismatica sono, in quanto tali, ordinamenti giuridici, *distinti* rispettivamente dallo Stato e dalla Chiesa, non è che in forza del loro essere costituiti come *unità*, come “enti chiusi”, istituzioni in quanto “unità ferme e permanenti”. Ma tale unità, lo si ripete, non è un *fatto*, non è ciò che esisterebbe per il solo fatto della loro organizzazione: è, al contrario, ciò che dà forma a quest’ultima, e le consente di esistere come tale.

È rispetto a tale movimento di fondo che occorre allora leggere l’affermazione di Romano secondo cui “se si ha riguardo al momento in cui certe istituzioni sorgono e quindi comincia ad aver vita il loro ordinamento”, non vi è nessuna norma preesistente: l’ordinamento giuridico esiste *perché* esiste, ed è giuridico perché esiste e dal *momento* in cui ha vita¹⁶. Si tratta di uno dei passaggi più complessi del testo, sul quale occorre soffermarsi.

2. Il fondamento come autofondazione

Non si dà norma che *preceda* l’ordinamento *giuridico*: non è, cioè, *per* una norma che l’ordinamento si costituisce come unità, come “ente giuridico”. Ciò significa, allora, che non resta che il *fatto* dell’ordinamento? Certo è che in alcun modo, secondo Romano, potrebbe sostenersi che è il fatto a precedere e fondare il diritto: una simile opinione dipende solo “dal preconetto che il diritto non possa cercarsi e rinvenirsi se non in una norma”¹⁷. È solo se si *identifica* il diritto con la norma che il problema dell’instaurazione dell’ordinamento giuridico costringe a pensare la separazione tra fatto e diritto, tra un momento “pregiuridico” e uno “giuridico”, nonché la questione della conseguente “trasformazione” del fatto *in* diritto.

Se, empiricamente, all’origine del diritto vi è il fatto (“la sua origine non è un procedimento regolato da norme giuridiche; è, come si è ripetutamente messo in vista, un fatto”¹⁸), logicamente, però, l’origine – come si è già notato – non è ciò che *dà vita* all’ordinamento *in quanto* giuridico, non è ciò che lo identifica come tale, come diritto. Non c’è alcun *diritto del fatto* (forza normativa del fattuale), se con ciò intendiamo la possibilità di porre a fondamento – ossia di ciò che costituisce, che dà ragione dell’ordinamento in quanto tale, in quanto giuridico – un fatto, un momento pregiuridico¹⁹.

Per spiegare il punto, Romano, nel testo, sceglie di riferirsi, in prima battuta, a quella “pietra di paragone” rappresentata dal problema del riconoscimento del diritto internazionale e dalla critica della teoria del contratto sociale. Non possono essere i singoli Stati che “pongono da sé” il diritto internazionale in quanto ordinamento

¹⁵ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 39.

¹⁶ Ivi, p. 42.

¹⁷ Ivi, nota 37, p. 42.

¹⁸ Ivi, p. 42.

¹⁹ Sul punto, si vedano le analisi di A. Olivari, *Santi Romano ontologo del diritto*, Milano, Led, 2016, pp. 74 e ss., e di A. Argiroffi, “Teorie del diritto e principio di effettività: esempio di *factio iuris*?”, *RIFD. Rivista internazionale di filosofia del diritto*, VI (2005), 3, pp. 481-496.

giuridico – egli scrive – poiché è *per* quell’ordinamento stesso che essi possono esistere come tali, ossia in quanto Stati “indipendenti l’uno dall’altro”. Occorre prestare molta attenzione al modo in cui l’argomentazione di Romano si sviluppa, e alla logica che essa implica.

È evidente che senza Stati non esista, non possa esistere comunità degli Stati (ossia l’ordinamento giuridico internazionale): lo Stato *precede* la “comunità” degli Stati. Il diritto internazionale non può che affermarsi, scrive Romano, “come *prodotto* necessario dell’organizzazione interstatale”²⁰, come ciò a cui gli Stati danno vita. Proprio in quanto risultato, la “comunità” degli Stati è, però, ciò che *precede* gli Stati stessi, che li *costituisce* come tali: “se gli Stati sono indipendenti l’uno dall’altro, questa loro condizione, *dal punto di vista giuridico*, non è preesistente al diritto internazionale, ma è *posta* da esso”²¹.

Bisogna leggere sino in fondo l’argomentazione di Romano, la cui conclusione è la seguente: “il diritto internazionale si pone con la stessa esistenza della comunità degli Stati, che postula necessariamente un ordinamento giuridico che la costituisca e la regoli”. Nessun ordinamento, pertanto, può mai esistere come un *fatto* (la “comunità degli Stati), poiché per esistere deve sempre presupporre, postulare, un *diritto* che lo *costituisce* come tale (il diritto internazionale)²². Non siamo distanti da quanto l’ultimo Romano affermerà in relazione al rapporto tra diritto e realtà: il diritto crea *ex novo* una *realtà* che non esisterebbe senza di esso, senza per questo voler dire che ciò avvenga *ex nihilo*²³. Pur essendo il diritto internazionale il prodotto dell’esistenza dello Stato, senza di esso lo Stato non esisterebbe come realtà giuridica. Non solo. Come Romano aggiunge, anche a voler ammettere che siano una serie di *accordi* tra gli Stati ad aver dato vita – *de facto* – al diritto internazionale, esso viene ad esistenza, per definizione, come diritto, e come, in particolare, ciò che conferisce validità a quegli accordi (che li *costituisce* come accordi validi ed efficaci), che pure, a rigore, sono ad esso preesistenti – lo sono cronologicamente, ma non logicamente²⁴.

L’ordinamento statale è certamente il *presupposto* dell’ordinamento internazionale, ma l’errore è quello di pensare che “il presupposto di un ordinamento giuridico, appunto perché presupposto, rimane fuori di questo e quindi non ha carattere giuridico”²⁵. Proprio in quanto è ciò che l’ordinamento presuppone, il presupposto non è mai qualcosa che sia *esterno* ad esso: al contrario, è tale proprio e soltanto *per* l’ordinamento che lo qualifica e lo considera in questo modo (se fosse esterno all’ordinamento, non sarebbe un “presupposto”, ma soltanto un “fatto”

²⁰ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 50, corsivi aggiunti. Cfr. anche p. 120: “la comunità internazionale ha per presupposto gli Stati che ne fanno parte. Il che vuol dire che il diritto internazionale presuppone il diritto statale”.

²¹ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 48, corsivi aggiunti.

²² Si ricordi come, nel lessico di Romano, ciò che *costituisce* un ordinamento non è qualcosa che faccia semplicemente *parte* di esso (“appartenenza”), ma ciò che ne forma l’essenza. Sul punto, cfr. P. Di Lucia, “Territorio dello Stato. Tre concetti”, *Sociologia del diritto*, 34 (2007), 3, pp. 100-101.

²³ Cfr. S. Romano, “Realtà giuridica”, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, ora in *L’ultimo Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 797-812. Sul punto, si rinvia al già citato lavoro di A. Olivari, *Santi Romano ontologo del diritto*, cit., pp. 39 e ss. Si veda anche E. Bianchi, “Realtà, miti, finzioni in Santi Romano. Osservazioni ‘frammentarie’ di un romanista”, *Jus-online*, 2017, 3, pp. 4-31.

²⁴ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 51.

²⁵ Ivi, pp. 130-131.

estraneo ad esso). Invece – ed è questo punto che interessa a Romano – il presupposto esiste solo, diremmo in termini hegeliani, in quanto l'ordinamento lo pone come il *proprio* presupposto²⁶.

È questo meccanismo, questa logica, che ci consente di rileggere ciò che Romano scrive in relazione al singolo ordinamento giuridico. Se l'ordinamento viene instaurato *di fatto*, sulla base di un fatto, venendo ad esistere come ordinamento giuridico, è però esso a riconoscere, a costituire, a *porre* quel fatto come propria “origine”. Romano si era già soffermato a lungo sul punto, nel saggio del 1901 sull'instaurazione di fatto dell'ordinamento giuridico, analizzando la dottrina secondo la quale “lo Stato non può certo stabilire il diritto che regola la sua propria origine, giacché, per poter far ciò, deve prima esistere. Il procedimento di formazione dunque non può, secondo tale dottrina, cominciare altrimenti che come un procedimento di fatto”²⁷. In realtà, replica Romano, “la nuova formazione statale può aver l'effetto di far considerare come atto giuridico ciò che prima non poteva considerarsi altrimenti che come un fatto estraneo al diritto”²⁸. Si tratta di una *necessità logico-giuridica*, ripete, tale per cui “il nuovo ordinamento giuridico avrà per dir così degli effetti retroattivi su quelli che possono dirsi i suoi prodromi, esso si considererà come se avesse avuto principio non il giorno in cui effettivamente ebbe vita, ma il giorno in cui s'iniziò il procedimento che doveva condurre alla sua nascita”²⁹.

L'ordinamento giuridico implica, in altri termini, che l'effetto retroagisca sulla causa – per servirsi ancora del lessico di Romano³⁰: è il risultato che *costituisce* la propria origine³¹. È sempre *per* il diritto che c'è il fatto, e non viceversa: il diritto è, cioè, reale, è una *realtà*, proprio e soltanto nella misura in cui non è un fatto, non è mai *il fatto del diritto*. È, piuttosto, ciò che costituisce quel fatto da cui pure origina come ciò la cui esistenza dipende dal diritto stesso (e dunque come costituito dal diritto, e non costituente il diritto³²).

²⁶ Si potrebbe replicare, certamente, che se il presupposto è posto, anche il posto è, a sua volta, presupposto, nella misura in cui, per poter porre qualcosa, occorre sapere cosa – e quindi presupporlo. Ma tale “circolarità” non dà luogo, in Romano, ad un'aporia: al contrario, essa è esattamente ciò che gli permette di pensare quel “rinchiudersi e concludersi” *in se stesso* del diritto (come ordinamento giuridico) cui si è già accennato. È in questi termini che va inteso, a nostro avviso, il “pangiuridicismo” di Romano – secondo l'espressione di G. Tarello, *Prospetto per la voce Ordinamento giuridico di una enciclopedia*, cit., p. 85.

²⁷ S. Romano, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, Estratto dall'Archivio giuridico “Filippo Serafini”, IX, 3, Modena, Società Tipografica Modenese, 1901, p. 25. Su tale argomentazione, cfr. anche S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 69.

²⁸ S. Romano, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, cit., p. 27.

²⁹ Ivi, p. 30.

³⁰ Ivi, p. 63.

³¹ Non mancano certamente, da questo punto di vista, le corrispondenze con proposte, come quella di Luhmann, le quali pensano l'unità come prodotto della logica auto-referenziale propria del sistema giuridico (cfr., esemplarmente, N. Luhmann, “Die Einheit des Rechtssystem”, *Rechtstheorie*, 14, 1983, pp. 129-154). Ma un'analisi di tali corrispondenze – e delle significative differenze, nonché dei problemi che comporterebbe tale comparazione – tra le due “logiche”, eccede evidentemente i limiti del presente saggio.

³² Si tratta della stessa logica che presiede al rapporto tra potere *costituito* (inteso come ogni potere conferito, disciplinato da norme positive vigenti ed esercitato in conformità ad esse) e potere *costituente* (inteso come quel tipo di potere che non sarebbe preceduto da alcuna norma che ne autorizzi l'esercizio: potere, dicono alcuni, “di fatto”, che nasce dal *nulla*, da un “fuori”, che è “origine” o *inizio* in senso proprio). In realtà, a che condizioni si potrebbe mai affermare che vi sia stato esercizio di un potere costituente, se non nel momento in cui esso avrà costituito l'ordinamento? Solo, cioè, *dopo* che l'ordinamento si è costituito, si potrà dire che esso è stato

Questo significa che il fondamento del diritto (o, meglio: dell'ordinamento giuridico) non è mai qualcosa che, dal punto di vista logico, *precede* l'ordinamento giuridico stesso, o che è esterno ad esso: esso è, diversamente, *posto* dall'ordinamento giuridico stesso, nel momento in cui viene ad esistenza.

Il fondamento dell'ordinamento, dunque, non è *prima* dell'ordinamento – che come tale sarebbe, pertanto, inizialmente non fondato: è questa la posizione di Romano, quando afferma che l'ordinamento esiste *perché* esiste.

Non si tratta di una tautologia, né tantomeno tale affermazione va intesa come se dicesse che un ordinamento esiste *quando* esiste (ossia come se esso fosse il *fatto* dell'ordinamento, come se esistesse come un fatto). Il “perché” indica, infatti, l'autofondazione dell'ordinamento; indica, cioè, che è *per* l'ordinamento stesso che l'ordinamento è fondato. E tale fondare se stesso da parte dell'ordinamento è possibile in quanto ciò che pone l'ordinamento si rivela, per questo stesso porre, non essere che presupposto *dall'*ordinamento, e dunque non altro da esso, ma il suo porsi medesimo.

Non si tratta allora, per Romano, di negare che l'ordinamento *costituisca* un sistema di norme³³, quanto di mostrare come esso non sia *costituito* da esse. Non è per la norma che c'è ordinamento, ma per l'ordinamento che c'è norma: “prima e fuori l'istituzione non ci può essere il diritto, appunto perché manca l'organizzazione che rende giuridica la norma”³⁴.

Non si deve, però, concludere che, allora, ciò renderebbe impossibile fondare la giuridicità dell'ordinamento, in quanto il suo fondamento sarebbe costituito da un *fatto* – come pure sembra suggerire il passo citato. Se il diritto è ordinamento, infatti, vale anche che l'ordinamento è diritto (lo si è già evidenziato, sottolineando l'impossibilità di leggere in Romano una teoria del diritto come *fatto*, come il fatto dell'ordinamento³⁵).

L'ordinamento, infatti, come intende Romano, è autofondazione della propria giuridicità, in quanto esso *costituisce* ciò che lo ha posto come una sua *parte* (è l'idea che si è già vista: ciò che dà vita all'ordinamento non è ciò che lo costituisce come tale, ma che si “amalgama” in esso³⁶). Il fondamento del diritto non è al di là, o prima, del

preceduto da un potere costituente. Ma ciò significa che è solo per il potere costituito che può esistere un potere costituente. È il primo che precede il secondo, e non viceversa.

³³ Come nota S. Pietropaoli, “Ordinamento giuridico e *Konkrete ordnung*. Per un confronto tra le teorie istituzionalistiche di Santi Romano e Carl Schmitt”, *Jura Gentium*, IX (2012), 2, pp. 49-63, “quando un giurista come Romano parla di diritto come istituzione, ciò non vuol dire che esso si risolva in qualsiasi raggruppamento sociale, ma in quel tipo di società in cui le attività dei membri sono ordinate attraverso una rete di norme che organizzano la società” (p. 63).

³⁴ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 42.

³⁵ Si veda l'avvertimento stesso di S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 34, nota 30^{ter}, il quale replica a quanti “hanno ritenuto che la mia indagine sia non giuridica, ma soltanto pregiuridica, che essa sia sociologica, che non ponga affatto in rilievo *la differenza tra il fatto dell'ordinamento sociale e l'ordinamento giuridico cui esso dà luogo* [...]”. Per mio conto aggiungo che *io ho precisamente mirato a includere nel mondo giuridico quel fatto dell'ordinamento sociale che generalmente si riteneva che fosse un antecedente del diritto*” (corsivi aggiunti).

³⁶ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 38-39: “Se il diritto non può concretarsi ed acquistar corpo se non nell'istituzione e se, *viceversa*, tutto ciò che, socialmente organizzato, viene assorbito come elemento di quest'ultima, *acquista carattere giuridico*, se ne può trarre il corollario che il diritto è il principio vitale di ogni istituzione, ciò che la anima e ne tiene riuniti i vari elementi di cui questa risulta, che determina, fissa e conserva la struttura degli enti immateriali” (corsivi aggiunti).

diritto stesso. Ciò che determina la *giuridicità* dell'ordinamento, dunque, non è una norma rispetto ad esso preesistente, o comunque al di fuori di esso, ma è *il suo stesso porsi*.

Se non si comprende questa logica, si finisce per leggere Romano come se affermasse semplicemente che l'essenza del diritto, la sua *giuridicità*, si identifichi con il *fatto* della sua esistenza (la sua *effettività*). Ma, in tal modo, si perde, almeno in parte, il movimento concettuale proprio della teoria dell'ordinamento di Romano: nel momento in cui il diritto comincia ad esistere, comincia ad esistere come tale, come diritto, e dunque non *come* un fatto.

Per questa ragione, se *il fatto è diritto*, non vale per Romano la reciproca: *il diritto è fatto* (è in questo senso che va letto il passo seguente: “il procedimento con cui si forma uno Stato è, senza dubbio, pregiudiziale; ma, quando lo Stato effettivamente ha vita, esso è già un *ordinamento di diritto*”³⁷). Se c'è certamente, allora, un “realismo” di Romano³⁸, l'idea che l'esistenza effettiva dell'ordinamento costituisca il criterio della sua stessa *giuridicità*³⁹ non va però interpretata come se indicasse la riduzione del diritto a fatto, a forza. Se così fosse, il diritto stesso non sarebbe che un *fatto*, laddove, per contro, il diritto si definisce per Romano proprio come ciò che, *ponendosi* come tale, realizza ogni fatto (compreso *il suo stesso fatto* di realizzarsi) *come* diritto. Così Romano: “il vero si è che il diritto è, anzi tutto, posizione, organizzazione di un ente sociale. Se non si accetta tale postulato, si va incontro all'inconveniente di dover spiegare il fondamento e l'obbligatorietà del diritto in modo metagiuridico”⁴⁰. Se egli nega esplicitamente che il *fondamento* del diritto possa o debba essere spiegato “in modo metagiuridico”, è proprio perché il diritto non potrebbe esistere come un fatto (non sarebbe, altrimenti, diritto), e pertanto neppure come il suo stesso fatto di esistere.

Con una formula, potremmo dire: nel momento in cui il diritto è posto come esistente, è posta l'esistenza stessa del diritto (e non del fatto). Il che, lo si ripete, non significa affatto: “il diritto esiste *in quanto* esiste” (effettività, diritto=fatto), ma, al contrario, come scrive Romano: “il diritto esiste *perché* esiste” (giuridicità, fatto=diritto). Esiste, cioè, in quanto auto-fondazione di se stesso.

Quanto si è visto sinora, ci consente una necessaria precisazione in relazione alla possibilità di leggere la tesi di Romano, secondo cui il diritto è ordinamento, come una “definizione *reale* del diritto”⁴¹: l'ordinamento, in questo senso, sarebbe ciò che definisce quella *realtà* che è il diritto, come tale assunto, pertanto, come “una realtà di fatto”⁴², come qualcosa che, dunque, sarebbe in quanto tale esistente, e di cui la definizione in termini di ordinamento si limiterebbe a *dirne*, a concettualizzarne, l'essenza. A rigore, però, l'affermazione secondo cui “il diritto è ordinamento” non dovrebbe essere letta come se essa *presupponesse* il diritto come una “realtà”, quanto

³⁷ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 50 (corsivi aggiunti).

³⁸ Cfr. C. Luzzati, “Istituzione: note esplorative”, in M. Savona (a cura di), *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 323-342.

³⁹ Così A. Olivari, *Santi Romano ontologo del diritto*, cit., p. 75. Cfr., sul punto, anche A. Catania, “Effettività e modelli del diritto”, *Sociologia del diritto*, 30 (2003), 3, pp. 7-20.

⁴⁰ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 43.

⁴¹ Così G. Tarello, *Prospetto per la voce Ordinamento giuridico di una enciclopedia*, cit., p. 81.

⁴² Ancora G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974, p. 63.

come ciò che indica la *posizione* stessa della realtà del diritto: non c'è diritto, cioè, se non come ordinamento, non c'è "realtà" giuridica se non in quanto ordinamento. Il "realismo" di Romano, sotto tale profilo, non va inteso come se esso facesse del diritto una realtà *data*: è solo in quanto, infatti, l'ordinamento *si pone* (pone se stesso, secondo quella autofondazione di cui si è tentato di dar conto) che si realizza, diviene reale, il diritto.

3. Unità dell'ordinamento e pluralismo

Che l'unità dell'ordinamento, dunque, sia la sua auto-fondazione, il suo *porsi* come unità, sembra chiaro dai ripetuti accenni del testo: "la natura di un ordinamento giuridico non si rileva tutta e non può cogliersi quando si abbia riguardo non alla sua unità, ma alle varie norme che ne fanno parte: il *quid* che costituisce quell'unità è qualche cosa di diverso da queste ultime, e, almeno fino a un certo punto, di indipendente"⁴³. E ancora: "il diritto [...] è *posizione* della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente *per sé* stante"⁴⁴. L'ordinamento è un'unità *per sé*, come scrive Romano, ossia: non *per altro*. Non "uno", cioè, in quanto *posto* come uno da qualcos'altro, ma in forza del suo stesso porsi.

Senza poter, in tale sede, ripercorrere e affrontare compiutamente il problema del rapporto tra monismo e pluralismo in Romano, va allora notato come siano i processi di *istituzionalizzazione* a definire, per Romano, quel meccanismo di auto-fondazione dell'ordinamento in quanto uno, in quanto "ente", unità in sé. Una "istituzione", in questo senso, non è mai qualcosa di "dato": è la *sua* stessa *istituzionalizzazione*, è cioè l'insieme di pratiche, di meccanismi attraverso i quali si definiscono posizioni⁴⁵, funzioni di *status*, rapporti, etc.⁴⁶. Per questo istituzione non traduce perfettamente, in Romano, *impositio*⁴⁷, non indica l'atto di *istituire*, e non si

⁴³ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 12.

⁴⁴ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 22 (corsivi aggiunti). Cfr. anche S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1946², p. 1: "ogni ente o corpo sociale, ossia ogni istituzione, intesa questa parola nel senso tecnico per cui essa è sinonimo di ente o corpo sociale, ha una struttura, un assetto, uno status, un'organizzazione, più o meno stabile e permanente, che *riduce ad unità* gli elementi che la compongono e gli conferiscono una propria individualità e una propria vita" (corsivi aggiunti).

⁴⁵ Cfr. S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 36: "Tali enti vengono a stabilire quella sintesi, quel sincretismo in cui l'individuo rimane chiuso, è regolata non soltanto la sua attività, ma la sua stessa posizione".

⁴⁶ Tale è la ragione per cui, in Romano, non vi è mai "fatto" che non sia "istituzionale" – per riprendere il lessico di Searle – ivi compreso, come si è visto, il *fatto stesso dell'ordinamento*: la forma logica "X counts as Y", vale, in forza dell'effetto "retroattivo" dell'istituzionalizzazione, anche per ciò che a rigore dovrebbe "precedere" l'istituzione stessa. Non possiamo, in tale sede, soffermarci ovviamente sulla storia del concetto di "istituzione", né, tantomeno, sugli sviluppi di esso. Rimandiamo, per la filosofia del diritto italiana, almeno a G. Lorini, *Dimensioni giuridiche dell'istituzionale*, Padova, Cedam, 2000; P. Di Lucia (a cura di), *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*, Macerata, Quodlibet, 2003. Per una presentazione generale del concetto di istituzione si rimanda a M. Croce, *Che cos'è un'istituzione*, Roma, Carocci, 2010.

⁴⁷ Sulla traduzione di *impositio* con *institution*, cfr. G. Labriola, *Barbeyrac interprete di Pufendorf e Grozio. Dalla costruzione della sovranità alla teoria della resistenza*, Napoli, ESI, 2003 (in particolare pp. 204-210), nonché R. Orestano, "'Institution'. Barbeyrac e l'anagrafe di un significato", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XI-XII, 1982, pp. 169-178.

caratterizza, non dipende dal *soggetto* che istituisce⁴⁸. Indica, piuttosto, quel movimento di auto-fondazione che corrisponde al suo *istituirsi* – il quale è un processo essenzialmente impersonale, senza “soggetto”. Dovremo pertanto distinguere il processo di istituzionalizzazione – aperto, plurale, impersonale, – dall’istituzione ormai *istituita*, intesa come unità ferma, ente chiuso, permanente. Se quest’ultima è un’unità “in sé”, la prima è unità “per sé”, come scrive Romano: è cioè il *costituirsi* stesso dell’ordinamento come unità, e non – diremo – l’unità intesa come “proprietà” dell’ordinamento⁴⁹.

Questo processo di istituzionalizzazione consiste nel porsi stesso della *giuridicità*, ossia nel realizzare tutti i fatti che hanno dato vita all’ordinamento, alla sua “organizzazione”, *come* diritto. Si può parlare, allora, di “pangiuridicismo” di Romano, ma alla condizione di intendere come, in questo processo, non si tratti tanto di “legittimare” – attraverso il discorso giuridico – il fatto, il mero esercizio di un potere. Diversamente, in questione è il costituirsi del diritto come diritto, l’auto-fondazione della giuridicità. E, poiché un fatto non può mai “fondare” il diritto (non dà ragione del diritto, non dice il “diritto del diritto”), occorre, per Romano, che quel fatto – che pure precede il diritto – si realizzi come *posto* dal diritto stesso. Nei termini di Romano, diremo che l’“organizzazione” – che pure sembra *condizione* dell’ordinamento – si rivela infine come *condizionata* dall’ordinamento, come un *suo* elemento⁵⁰. Per questo la proposta di Bobbio, di ridefinire l’organizzazione in termini di norme secondarie (“l’organizzazione è fatta anch’essa di norme”⁵¹), appare sostanzialmente corretta, e già leggibile nella logica stessa di Romano (almeno nella misura in cui ciò che regola, modifica, pone l’ordinamento, è tale solo *per* l’ordinamento stesso: è dunque norma *dell’ordinamento*).

Il processo di istituzionalizzazione, in questo senso, coincide con il realizzarsi del diritto in quanto diritto (e non in quanto fatto), con il porsi dell’ordinamento nella sua giuridicità. Se dunque ci riferiamo ad un “processo”, è perché l’unità – quell’unità che è ciascuna istituzione – non può essere pensata, per Romano, come proveniente dall’esterno, da *altrove*: se uno Stato, una setta scismatica, una società di briganti può,

⁴⁸ Così, diversamente, in Hobbes, come osserva F. Rangeon, *L’approche de l’institution dans la pensée de Hobbes*, in J. Chevalier (a cura di), *L’Institution*, Paris, PUF, 1981, pp. 91-123.

⁴⁹ Se pertanto la “teoria dell’unità dell’ordinamento” – come Tarello osservava contro Bobbio – consiste in un “dogma” (ossia nell’assunzione di una *proprietà* che ogni ordinamento, per definizione, dovrebbe possedere) (si veda l’intervento di Tarello in R. Orecchia (a cura di), *Il diritto come ordinamento*, cit., pp. 78-80), va osservato, però, come, nella prospettiva romaniana, l’unità non costituisca tanto una proprietà, una caratteristica, qualcosa cioè che si possa *predicare* dell’ordinamento, quanto il modo stesso di darsi dell’ordinamento come tale, il suo porsi come *uno* (la replica di Bobbio, pubblicata nel testo sopra richiamato a p. 93, accenna a tale distinzione, ma non la esplicita, limitandosi a replicare: “Ho parlato di unità, e di fatto non vedo come un giurista possa applicare una norma senza domandarsi se sia una norma appartenente al sistema. Per far questo ho bisogno di un criterio generale e unificante”).

⁵⁰ Senza comprendere tale punto, si resta, necessariamente, presi all’interno dei problemi già notati, correttamente, da Capograssi, nella sua lettura di Romano, laddove egli osserva come diritto e ordinamento sono e non sono tutt’uno: “c’è un passaggio tra l’uno e l’altro o sono la stessa cosa? Se sono la stessa cosa, che cosa è allora la distinzione, che pure c’è, tra il fatto dell’organizzazione e il fatto del diritto? Se sono cose diverse o almeno distinte, in che sta la distinzione? “Essere” dice Romano, e non “dover essere”. Sia pure. Anzi certo. Ma se il diritto è essere, che cosa lo distingue dalle altre forme di essere, per cui quello si chiama fatto e questo si chiama diritto?” (G. Capograssi, “L’ultimo libro di Santi Romano”, ora in Id., *Opere*, V, a cura di M. D’Addio e E. Vidal, Milano, Giuffrè, 1959, p. 249).

⁵¹ N. Bobbio, “Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano”, cit., pp. 27-28.

a certe condizioni, essere un'istituzione, è solo nella misura in cui essa produce di *per se stessa* la propria unità (ossia la propria giuridicità). Da questo punto di vista, l'impossibilità di definire come istituzione "l'unione di persone in fila per raggiungere uno sportello"⁵², non dipende da altro se non dal fatto che quell'unione, quell'unità è determinata dall'esterno (ad esempio dall'organizzazione dell'ufficio postale che la *designa*, la determina come "una" fila). Quell'unione di persone, in altri termini, non si pone di per se stessa come tale, ma ha la propria unità *fuori di sé*. Ma, senza questa auto-posizione dell'unità, non vi è diritto, non vi è, cioè, quella *riflessività* che consiste nel riferirsi dell'ordinamento, una volta venuto ad esistenza, non altro che a se stesso. Affinché vi sia istituzione, affinché vi sia *diritto*, dunque, occorre che la sua unità costituisca l'effetto, il risultato del suo unificarsi *dall'interno*.

Considerato come *oggetto*, dunque, come unità *costituita*, l'ordinamento sarà da considerarsi un'istituzione la cui unità è *data*, presente, chiusa. Considerato, diversamente, come *soggetto*, l'ordinamento non sarà che la sua istituzionalizzazione, intesa come il processo, la prassi che costituisce la sua stessa unità (la quale pertanto non è mai data, ma sempre in via di costituzione). Torniamo, così, ai due movimenti che avevamo evidenziato all'inizio del lavoro: l'ordinamento (in quanto "oggetto") è un'unità *costituita* e, al contempo (in quanto "soggetto"), ciò che *costituisce* la sua stessa unità.

Quando, nella seconda parte de *L'ordinamento giuridico*, Romano proporrà uno "schema di relazioni tra tutti i possibili ordinamenti giuridici"⁵³, egli non farà che riferirsi agli ordinamenti in quanto *costituiti*: è solo in quanto "oggetto", in quanto qualcosa di già dato, che ciascun ordinamento, in Romano, viene studiato *in relazione ad un altro*, secondo le diverse classificazioni che egli propone (originari/derivati, semplici/complessi, perfetti/imperfetti, etc.). L'unità, pertanto, non è più riferita al risultato, all'effetto che l'ordinamento mira a produrre, costituendosi, ma, diversamente, all'ordinamento in quanto oggetto dato, di cui essa viene ora predicata.

Così facendo, però, egli trascura, inevitabilmente, di interrogare il punto realmente problematico del discorso. Il problema, infatti, è dato dall'impossibilità, in Romano, di far corrispondere quei due momenti, quei due aspetti (soggetto-oggetto) dell'ordinamento-istituzione che si sono evidenziati. Nella misura in cui l'ordinamento *costituisce* la sua unità, esso non può cogliere la propria unità come *costituita* (e dunque, a rigore, non è mai un ordinamento); viceversa, l'ordinamento *costituito* come uno, non può riferire la propria unità a se stesso, al suo stesso porre (e dunque, in tal caso, non è un ordinamento *giuridico*, ma un *fatto*⁵⁴). Se, in altri termini, l'unità è pensata secondo una logica processuale (l'istituzionalizzarsi dell'istituzione), allora, a rigore, si dovrebbe giungere all'impossibilità di affermare il diritto *come* ordinamento, come

⁵² S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 29, nota 29^{bis}.

⁵³ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 115.

⁵⁴ Una precisazione. Se l'unità è pensata come già costituita – se, in altri termini, l'istituzione è un'istituzione (e non il suo istituzionalizzarsi) – a venir meno è la possibilità, essenziale in Romano, di considerarla come ordinamento *giuridico*, in quanto senza il continuo ed aperto processo che consiste di fare di ogni fatto un momento del diritto, resta necessariamente il *fatto del diritto*, il diritto appare come fatto. L'impossibilità di ridurre l'istituzione, per Romano, ad una nozione "sociologica", dipende, come si è già detto, proprio dal suo "panguridicismo", il quale non può ammettere che neppure il "fatto" dell'esistenza dell'istituzione sia, a rigore, un "fatto".

insieme di istituzioni: esso sarebbe, diversamente, l'attività del suo prodursi come tale, senza tuttavia che essa sia mai, definitivamente, esaurita. Se, al contrario, si *sostanzializza* l'unità (l'ordinamento come unità), facendone qualcosa di dato, allora il diritto si riduce al *fatto* dell'ordinamento (e fallisce, così, la sua auto-fondazione).

Non vogliamo, qui, affermare che tale “tensione” sia, in linea di principio, definitiva e insuperabile (secondo l'idea che “la praxis totalizzante non può cogliere se stessa come elemento totalizzato”). Ci limitiamo, diversamente, a evidenziare come essa sia tale in Romano, come la sua strategia concettuale, la sua logica, impedisca di risolverla. O, meglio, dovremo dire che è questa logica che impedisce a Romano di intendere il pluralismo giuridico come impossibilità di pensare l'ordinamento in quanto *costituito*, in quanto ciò la cui unità è già *data*.

Nella seconda parte del testo, infatti, le relazioni sono sempre tra istituzioni *date*, tra ordinamenti già costituiti come unità. Non si capirebbe, altrimenti, la ragione per cui le istituzioni *derivate* – definite come quelle “il cui ordinamento è [...] stabilito da un'altra istituzione” – siano comunque *istituzioni* (si pensi in particolare al Comune, il quale “non solo vive nello Stato, ma, almeno dal punto di vista del diritto, vive per volontà [...] dello Stato. Esso è un istituto statale”⁵⁵). Se Romano le definisce tali, è perché esse entrano in relazione con l'ordinamento *originario* in quanto unità già costituite, in quanto sono *di per se stessi* ordinamenti⁵⁶ (per questo Romano parla, a proposito del Comune, di un “ordinamento giuridico da se stesso postosi”, salvo ribadire che ciò che “dà il titolo” ad esso è la “posizione che lo Stato gli ha fatta”⁵⁷).

Questa operazione, che a Romano serve al fine di sostenere il proprio “pluralismo” – certo storicamente determinato⁵⁸ –, implica però, come si è sottolineato, la riduzione dell'istituzione a *fatto*. Vediamone i due aspetti. Anzitutto, dal momento che l'istituzione è ora pensata come unità *costituita*, essa viene in considerazione come *un'istituzione* tra le altre: l'unità diviene, cioè, *predicabile* dell'istituzione, una sua “proprietà” (l'essere-una dell'istituzione), con la conseguenza che, propriamente, essa cessa di avere l'unità *in se stessa* (se l'unità è un predicato dell'istituzione, essa è *altra dall'istituzione*). L'unità diventa, cioè, un attributo che Romano è costretto, a differenza che nella prima parte del testo, ad assumere come un fatto⁵⁹. In particolare, l'essere-uno dell'istituzione, ora, le proviene *dall'esterno*, da fuori di sé, ossia dalla relazione con gli altri ordinamenti, dal non-essere l'altro ordinamento cui si relaziona. Da ciò consegue il secondo aspetto: l'ordinamento giuridico, ora considerato come unità compiutamente *costituita*, come un “dato”, non può più giustificare come diritto il fatto della sua esistenza. *Che* vi sia istituzione,

⁵⁵ S. Romano, *Il Comune. Parte generale*, Milano, Società Editrice Libreria, 1908, p. 44. Cfr. anche p. 47: “Il Comune invece è un corpo territoriale, il cui ordinamento giuridico è tutto, immediatamente, o mediatamente, statale”.

⁵⁶ Cfr. S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 176: “Finora abbiamo stabilito le relazioni tra i vari ordinamenti giuridici considerando le istituzioni in cui essi si concretano *ciascuna in sé e per sé*, cioè come *sfere giuridiche distinte l'una dall'altra*, nonostante i rapporti fra essi intercedenti” (corsivi aggiunti).

⁵⁷ S. Romano, *Il Comune. Parte generale*, cit., pp. 47 e ss.

⁵⁸ È evidente che la nostra lettura di Romano prescinde, qui, dal contesto *storico* – e quindi politico ed ideologico – in cui avviene la formazione del testo. Oltre agli studi già richiamati, sul punto si vedano anche A. Romano, “Santi Romano e la giuspubblicistica italiana: temi e tendenze”, in P.L. Ballini (a cura di), *I giuristi e la crisi dello stato liberale: 1918-1925*, Venezia, Istituto veneto di scienze, lettere ed arti, 2005, pp. 103-130; F. Lanchester, “Santi Romano e le ideologie giuridiche italiane nella transizione allo Stato di massa”, *Rivista AIC*, 4, 2011.

⁵⁹ Qui torna, allora, certamente pertinente la critica svolta da Tarello, su cui si veda, infra, la nota 49.

ordinamento, è ora un *fatto* – a differenza di quanto avveniva nella prima parte del testo di Romano (una volta che si considera l'ordinamento come *fondato*, diremmo, esso cessa di poter essere *fondamento* di se stesso).

La *coesistenza degli ordinamenti* diviene, ora, il tratto specifico del pluralismo giuridico di Romano⁶⁰, laddove, per contro, la teoria dell'ordinamento – presentata nella prima parte del suo testo – avrebbe potuto aprire ad una nozione radicalmente diversa di esso, inteso come impossibilità dell'unità *dell'ordinamento*, impossibilità dell'essere-uno dell'ordinamento, il quale, infatti, è tale solo nel suo essere processo, sempre aperto, di unificazione (di costituzione di se stesso come uno). Sarebbe stato necessario, allora, sviluppare – come abbiamo tentato qui di mostrare – la differenza e la reciproca esclusione tra l'*ordinamento come unità* e l'*unità dell'ordinamento*. Nel momento, però, in cui Romano declina il “pluralismo” nei termini di una pluralità di ordinamenti – da cui lo studio delle loro possibili relazioni – egli è costretto, necessariamente, a pensare l'unità di ciascuno di essi come *costituita*, come già data, di modo che ciascun ordinamento sia sempre “distinto” dall'altro, anche quando è compreso al suo interno⁶¹.

Se, allora, con “pluralità” degli ordinamenti intendiamo riferirci alla loro coesistenza – ed è tale il tema sviluppato da Romano nella seconda parte del suo testo – dovremmo invece parlare di “pluralismo” con riferimento alla riflessione che Romano compie nella prima parte, relativamente al problema dell'auto-fondazione dell'ordinamento come unità. Se volessimo, ora, seguire nuovamente le differenze, gli scarti che abbiamo tentato di ravvisare nel testo, nella “doppia” lettura che esso a nostro avviso consente, potremmo così riepilogare il lavoro svolto:

<i>Teoria del diritto come ordinamento</i>	<i>Teoria dell'ordinamento</i>
Ordinamento come unità	Unità dell'ordinamento
unità come auto-fondazione (processo)	unità come proprietà (attributo)
Ordinamento-soggetto (istituzionalizzazione)	Ordinamento-oggetto (istituzione)
pluralità (impossibilità dell'unità <i>dell'ordinamento</i>)	pluralismo (coesistenza di ordinamenti)

Una interpretazione che sappia procedere attraverso queste differenze, questi scarti che sono *interni* al testo di Romano, mantener*vi* in essi, è ciò, forse, che è richiesto alla nostra filosofia del diritto, ad una ricerca che miri, più che al significato “originario” del testo, a produrre sempre nuove possibilità di lettura.

⁶⁰ Per una presentazione dei significati odierni di “pluralismo giuridico”, rimando a M. La Torre, “Legal Pluralism as an Evolutionary Achievement of European Community Law”, *Ratio Juris*, 12 (1999), 2, pp. 182–195; R. Motta, “Approccio classico e approccio critico al pluralismo giuridico”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXIV (2004), 2, pp. 345-362; F. Viola, “Il rule of law e il pluralismo giuridico contemporaneo”, in M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 95-125. Si vedano, inoltre, le riflessioni di G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2006, soprattutto alle pp. 33-83.

⁶¹ Cfr. S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 179.