

IL CONCETTO DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ALLA LUCE DELL'ESPERIENZA ROMANA

I. — La scienza giuridica del nostro secolo è caratterizzata, non meno di altre scienze, da un salutare processo di revisione e di superamento critico dei concetti sui quali e con i quali lavora. Questo processo di rivalutazione ha portato, negli ultimi decenni, gli studiosi a fare oggetto di dubbi e discussioni finanche la nozione stessa, fondamentale, del diritto o ordinamento giuridico.

Del diritto la Pandettistica del secolo XIX aveva forgiato un concetto, che è ancora vastamente diffuso presso i così detti « privatisti », i quali generalmente poco curano quella che si suol chiamare la teoria generale del diritto, prevalentemente intesi, come sono, allo studio degli istituti giuridici privati. Secondo questa concezione tradizionale, il diritto, in senso obbiettivo, altro non è che un insieme o complesso di norme, cioè di comandi generali ed astratti, che poggiano sull'autorità dello stato, il quale ne garantisce con i propri organi (giurisdizionali ed amministrativi) il rispetto da parte dei consociati. Presupposto del concetto del diritto è, dunque, secondo la dottrina tradizionale, il concetto di stato, inteso come organismo sociale autoritario ed indipendente, sovrano.

Ma la concezione ora riassunta è stata, nel nuovo secolo, sempre più vivacemente attaccata: dapprima in nome della giuridicità delle materie pubblicistiche, di poi in nome dell'unità delle materie giuridiche. Se lo stato è un presupposto del diritto, ciò significa, si è detto, che esso ne sta logicamente al di fuori, che il concetto di stato non è, per definizione, un concetto giuridico, ma un concetto pregiuridico, cioè un concetto sociologico. Ma allora lo studio dello stato, o quanto meno lo studio della costituzione statale, non sarebbe studio di diritto: e quindi sarebbe impropriamente ed erroneamente definito « diritto » il così detto diritto pubblico o, quanto meno, il così detto diritto costituzionale. E siccome l'esi-

* Testo della relazione letta nella 46ª riunione della Società italiana per il progresso delle scienze (Perugia, 1-4 giugno 1952). Pubblicato in *Archivio giuridico* 142, fasc. 1-2 (1952) 3 ss.

genza di applicare il metodo giuridico allo studio dell'ordinamento pubblicistico, nonché in particolare a quello dell'ordinamento costituzionale, è un bisogno ormai universalmente sentito, si conclude da molti che è assurdo negare al così detto diritto pubblico, o anche al solo e così detto diritto costituzionale, il carattere intrinseco di diritto. La concezione tradizionale, pandettistica dell'ordinamento giuridico sarebbe, pertanto, unilaterale e parziale e perciò errata.

Il tentativo piú eletto, ma nel contempo il piú arrischiato, di sottrarre il nucleo della concezione tradizionale del diritto alle accennate critiche, ritenute in sé e per sé insuperabili, è stato, io credo, quello del Kelsen, formulatore della così detta « teoria normativistica pura » del diritto e dello stato. Secondo il Kelsen e la sua scuola di Vienna lo stato non è affatto da concepirsi come un presupposto extragiuridico del diritto, ma è appunto lo stesso diritto, si identifica pienamente con il sistema di norme che per mezzo dei suoi organi di giurisdizione e di amministrazione garantisce. Questo sistema chiuso ha per suo presupposto legittimante una « Grundnorm », una norma-base, la quale, dice il Kelsen, deve essere ritenuta giuridica per definizione. Senonché, si è giustamente opposto a questa concezione che, per tale modo, il fondamento primo di tutto il concetto di diritto viene ad essere riposto in un postulato indimostrabile, vale a dire nella ricordata « Grundnorm ». Questa norma basale, tanto piú che non è affatto evidente di per se stessa, si risolve, insomma, in un dogma di fede, in un'istanza metafisica, quindi pienamente opinabile *ex parte hominis*. La argomentazione di Sant'Anselmo d'Aosta non è valida, né è comunque opportuna in materia di diritto.

Tutt'altra strada è stata battuta, per giungere ad una nozione autonoma e completa del diritto, da Santi Romano, formulatore della così detta « teoria istituzionistica del diritto ». Secondo il Romano, il diritto non si traduce sempre e soltanto nello schema delle norme, siano queste o non siano coattive e garantite dallo stato. Si ha diritto, « ordinamento giuridico », sempre che vi sia una organizzazione sociale, una « istituzione »: anzi, il diritto si identifica totalmente con la società, altro non è che la stessa istituzione nella sua reale e concreta pienezza. Alla luce di questa concezione, pertanto, ogni qual volta si accerti l'esistenza di un organismo sociale, sia o non sia uno stato, sia o non sia un organismo indipendente, si perviene all'identificazione di un ordinamento giuridico. Né consegue che può ben esservi, su uno stesso territorio e relativamente alle stesse persone, pluralità di ordinamenti giuridici e che, perciò, sono da qualificare senza esitazioni come giuridici anche l'ordinamento della comu-

nità internazionale e quello della Chiesa cattolica, sulla cui giuridicità tanto, invece, si suole discutere.

Ora, io non voglio qui stare a ripetere ed a confortare le numerose critiche, molte delle quali effettivamente calzanti, che sono state mosse alla concezione istituzionistica del diritto. A me basta osservare che questa teoria, nel suo identificare l'ordinamento giuridico con qualsivoglia ente sociale, non si sottrae all'accusa, mossale da più parti, di tradursi in una concezione sociologica del diritto, di confondere il fenomeno giuridico con quello genericamente sociale, e di risolversi, insomma, in una dottrina che nega, in sostanza, quel diritto che afferma a parole. Il Romano ed i suoi seguaci parlano di ordinamento giuridico là dove dovrebbero parlare, se mai, di mero ordinamento sociale. Essi non curano affatto di dimostrare il punto che ogni ordinamento sociale meriti la qualifica di « giuridico », e con ciò negano, in buona sostanza, il concetto autonomo del diritto, ponendosi, oltre che al di fuori del diritto, in posizione di contrasto con l'evidenza.

Per evitare questa fondamentale e facilissima obbiezione si è voluto, dal Chiarelli, modificare la teoria istituzionistica nel senso di identificare l'ordinamento giuridico esclusivamente con lo stato o, più genericamente, con le istituzioni a carattere necessario, indipendente ed autonomo. Tuttavia, anche di fronte a questa seconda linea della teoria istituzionalistica, resta, a mio avviso, un dubbio di ordine preliminare. Il dubbio è se sia lecita la identificazione del diritto con tutta quanta l'istituzione sociale, o anche solo con l'istituzione statale, e quindi se sia da sottoscrivere la svalutazione del suo carattere empiricamente più ricorrente e visibile, che è quello deontologico. Se postulato indimostrabile è la « Grundnorm » kelseniana, postulato non meno indimostrabile è la struttura, dirò così, ontologica dell'ordinamento giuridico secondo la concezione romana.

Tutta la difficoltà del problema sta qui. Mancano, se non erro, argomenti logici imprescindibili, i quali impongano il superamento della concezione tradizionale ed esigano, subordinatamente, la adozione della teoria normativistica pura o di quella istituzionale, o viceversa. Da un punto di vista logico tutte le dottrine sulla nozione del diritto sono pienamente legittime. Bisogna, dunque, scegliere tra le possibilità costruttive che la logica ci offre.

Orbene, escluso che il nostro orientamento, tra le diverse soluzioni che si prospettano alla mente, possa farsi dipendere da atti di fede, o da inclinazioni subbietive, o dal caso, non resta che basarsi, a questo scopo, sull'esperienza, cioè sulla storia. Infatti, il dire, come si sarebbe

