

Alessandro Mangia

LA RAPPRESENTANZA POLITICA E LA SUA CRISI.
UN SECOLO DOPO LA PROLUZIONE PISANA
DI SANTI ROMANO*

SOMMARIO: 1. Crisi dello stato e rappresentanza. – 2. Volontarismo, formalismo, istituzionismo. – 3. Istituzione, corporazione, interesse. – 4. La scoperta del *tertium genus* dell'esperienza giuridica. – 5. La rappresentanza nella Prolusione: rappresentanza politica come rappresentanza di 'tutti' gli interessi. – 6. Rappresentanza, partiti e sindacati nello stato della postdemocrazia.

1. *Crisi dello stato e rappresentanza*

Quando mi è stato chiesto di riflettere sul tema della rappresentanza, partendo dalla prolusione di cui oggi stiamo celebrando il centenario, mi è venuto da pensare che, nel diritto costituzionale, ci sono categorie perennemente in crisi. Circa dieci anni fa S. Cassese apriva un suo volume dedicato alle trasformazioni che la forma giuridica statale stava subendo nei suoi rapporti con il potere economico, richiamando il fatto che “di crisi dello Stato si discute fin dagli inizi del secolo XX”¹. E, non a caso, nel dire questo, citava prima di tutti, S. Romano, chiudendo idealmente un cerchio apertosi cento anni prima. O forse, semplicemente, iscrivendosi all'interno di una tradizione che ha sempre accompagnato la riflessione dei giuspubblicisti, ovvero sia il tema della crisi e del cambiamento.

Ora, credo possiamo tutti convenire che, tra i concetti cui sono più facilmente accostabili i temi della crisi e del cambiamento, rientri quello della rappresentanza politica. Ancora nel 1895, e cioè ancora in una fase

* Relazione al Convegno 'Lo Stato moderno e la sua crisi a un secolo dalla prolusione pisana di Santi Romano' organizzato dal Consiglio di Stato e dalla Associazione Italiana Costituzionalisti. Roma, Consiglio di Stato 30 novembre 2011

¹ S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bari 2002, 3 ss.

di relativa stabilità sociale, V.E. Orlando ci ammoniva che quello di rappresentanza era un concetto *'altamente problematico sul quale i trattati di diritto pubblico, anche più rinomati, o mantengono ... il silenzio ... o non forniscono che poche regole, insufficienti a dare una idea precisa della teoria giuridica che si vorrebbe stabilire'*²

E non è casuale che buona parte della prolusione di S. Romano fosse dedicata proprio a prendere in considerazione la crisi dello Stato in rapporto alla crisi della rappresentanza, intesa come istituto giuridico. Sappiamo tutti – e lo abbiamo già detto stamattina – quale fosse il fenomeno da cui prendeva le mosse la riflessione del Romano: l'avvento del sindacalismo e dell'associazionismo come fenomeni sviluppatasi all'interno dell'ordinamento statutario e con i quali l'organizzazione dello stato liberale dava mostra di non riuscire a fare i conti; e, in correlazione a questo, il fenomeno sociale della rappresentanza di interessi, inteso come alcunché di antitetico rispetto a quel paradigma della generalità della rappresentanza che, affermatosi in età rivoluzionaria, si era poi trasferito, con tutte le sue contraddizioni ed ambiguità, nello stato monoclasse di fine XIX secolo.

1. *Volontarismo, formalismo, istituzionismo*

Il che ci porta subito innanzi al primo problema o, se vogliamo, attorno al primo ordine di problemi. Riguardando la letteratura sviluppata negli anni attorno alla riflessione del Romano – di cui il discorso del 1909 rappresenta una parte significativa, soprattutto se letto in connessione con *L'ordinamento giuridico* – si ricava l'impressione che il Romano fosse, sostanzialmente, un autore antistatale e antipositivista. So di semplificare molto una quantità di posizioni ma, nella letteratura più recente, si trova sovente adombrata l'idea che la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, e il rilievo in essa conferito alla capacità delle collettività organizzate di produrre diritto, sarebbe stata una dottrina implicitamente e nettamente contraria alla presenza di un soggetto astratto e immateriale, da cui fare scaturire il precetto giuridico e, pertanto, una dottrina orientata contro positivismo e formalismo giuridico³.

² V. E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica* (1895), ora in *Diritto pubblico generale*, Milano 1954, 417 ss..

³ P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*

Ora, che i materiali della teoria istituzionale possano essere agevolmente impiegati in una prospettiva antistatale, per celebrare, in nome del pluralismo, la dimensione sociale del diritto, vedendo in questa un diritto che cresce dal basso, è un dato di fatto. E di questo si è avuto riscontro tanto nella rilettura che dell'istituzionalismo romaniano si è avuta negli anni '70, in rapporto all'attività di partiti, associazioni e sindacati (S. D'Albergo)⁴, così come si ha oggi, nel momento in cui guardando oltre lo stato, si pone consapevolmente l'accento sulla capacità della *societas mercatorum* transnazionale di produrre un diritto che possa essere sostitutivo o, nel migliore dei casi, concorrenziale rispetto a quello prodotto dallo stato. E in questo si vede un momento di libertà della società di fronte all'assolutismo di un potere politico incarnato da ciò che resta dello stato (P. Grossi)⁵.

Che tuttavia questo non corrispondesse affatto alle intenzioni del suo autore e che questo, tutt'al più, si risolva in una operazione culturale dell'oggi mi sembra un dato di fatto sul quale, rileggendo Romano, non ci dovrebbero essere molte incertezze⁶. Ed è semmai, una prova della bontà della intuizione di Bobbio per cui, rileggendo S. Romano, sarebbe bene tenere distinta la teoria dalla ideologia: ovverosia tenere distinte la teoria della istituzione da quelli che erano gli obiettivi culturali di Romano e, in secondo luogo, da quelli che sono (o sono stati) gli obiettivi dei suoi interpreti⁷.

Sono diversi gli elementi che spingono in questa direzione.

Intanto, da un punto di vista strettamente storico, è già stato rilevato – e da tempo – che la prolusione non può e non deve essere vista come

(2005), ora in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano 2008, 669 ss.; *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di S. Romano)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2011, 1 ss. Ma dello stesso cfr. anche *Oltre il soggettivismo giuridico moderno*, *Lectio cathedrae magistralis* in occasione del conferimento della Laurea honoris causa presso l'Università Cattolica di Piacenza, 27 febbraio 2007, ora in AA.VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano 2008, 1219 ss.

⁴ S. D'ALBERGO, *Riflessioni sulla storicità degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1974, 451 ss. e quindi *Il potere sociale nella dottrina di S. Romano*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, a cura di P. BISCARETTI, Milano 1977.

⁵ P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, cit., p. 688.

⁶ In questo senso già S. CASSESE, *Lo Stato, 'stupenda creazione del diritto' e 'vero principio e vita', nei primi anni della Rivista di diritto pubblico (1909-1911)*, in *Quad. fior.* 1987, 501 ss.

⁷ N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, cit., 3 ss.

un evento isolato, ma rappresenta un episodio che, per essere capito, deve essere collocato all'interno di un più vasto movimento culturale, volto a ripensare, all'inizio del secolo, i dogmi classici del costituzionalismo statutario, primo fra tutti il dogma della personalità dello stato: un movimento di cui, ad es., si trova traccia in quei primissimi numeri della *Rivista di diritto pubblico* in cui Ranelletti, Romano e Orlando, ciascuno per parte propria, riflettevano sulla crisi dello stato nella prospettiva della sua conservazione in una congerie politica profondamente mutata⁸: Ranelletti elaborando un contributo magistrale sulla teoria dell'organo e della persona giuridica⁹; Orlando celebrando il ruolo dello stato nella prospettiva, per lui naturale, della separazione tra stato e società¹⁰; Romano, appunto, descrivendo la crisi dello stato di fronte ai fenomeni di differenziazione sociale in corso nell'età giolittiana¹¹.

Ma prove ulteriori di questa affermazione possono essere viste nei passi dedicati dal Romano al problema della produzione normativa e della rappresentanza nei diversi manuali di diritto costituzionale e di pubblico generale, rigorosamente tecnici e formali, che hanno sempre costituito un problema per quegli interpreti che si sono appagati di una immagine del Romano tutta costruita sulla socialità e sulla informalità del diritto.

Prova ne sia, da ultimo, l'ammonimento con cui si chiude la produzione a guardare allo Stato come *'all'unico istituto ... che sia grado di dare vita ad un ordinamento politico che impedisca alla futura società corporativa di ritornare ad una costituzione assai simile a quella feudale'*¹².

Insomma, è difficile assegnare un ruolo antistatale ad un autore che apre il suo discorso definendo *'l'impersonalità del potere pubblico'* come una *'stupenda creazione del diritto'*¹³ e che lo chiude paventando espres-

⁸ S. CASSESE, *Lo Stato, 'stupenda creazione del diritto' e 'vero principio e vita', nei primi anni della Rivista di diritto pubblico (1909-1911)*, cit., 502.

⁹ O. RANELLETTI, *Lo Stato e i suoi organi (concetto, natura, rapporti)* (1909) ora in *Scritti giuridici scelti*, a cura di E. FERRARI e B. SORDI, vol. I, Napoli, 281 ss.

¹⁰ V. E. ORLANDO, *Lo Stato e la realtà* (1910), ora riprodotto con il titolo *Sul concetto di stato*, in *Diritto pubblico generale*, cit., 200 ss.

¹¹ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909), ora in *Scritti minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, Milano II ed. 1990 (1950), 379 ss. e quindi in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano 1969, 3 ss. Le citazioni nel testo sono condotte sul testo pubblicato nel 1950.

¹² S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., 395.

¹³ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., 382: "L'impersonalità del potere pubblico o, meglio, la personificazione del potere per mezzo dello Stato, concepito esso

samente un ritorno al medioevo del diritto e che imputa, semmai, all'impianto organizzativo dello Stato di primo '900 – fondato sui dogmi della separazione tra Stato e società e della personalità dello Stato – un eccesso di semplicismo e di schematicità a fronte di quelle trasformazioni – sindacalismo soreliano e non – che lo Stato avrebbe dovuto riflettere per governare¹⁴. E ancora, allo stesso modo, è difficile imputare un atteggiamento antistatale ad un autore che guarda con preoccupato realismo alla risorgenza di quel 'potere sociale' che l'ideologia dell'ottocento avrebbe voluto eliminare e che, ai tempi del Romano, si manifestava nella scomposizione della base sociale in una pluralità di associazioni e gruppi istituzionalizzati, tutti muniti di propri interessi, di proprie regole di organizzazione e tutti in lotta per la rispettiva affermazione.

Io, personalmente, ritengo sia vero quello che si dice da tempo, ossia che l'insegnamento del Romano contiene due diverse teorie, non necessariamente dipendenti l'una dall'altra, e cioè quella del diritto come istituzione e quella del pluralismo, inteso anche e soprattutto come pluralismo degli ordinamenti¹⁵. Sta però di fatto che questi due aspetti in Romano – e questo nel discorso del 1909 è chiarissimo – si presentano congiunti, non già per una ineliminabile esigenza logica – che non esiste – ma per una contingenza storica, dovuta al fatto che nel momento in cui scriveva, pluralismo e normatività sociale sembravano procedere di pari

stesso come persona: ecco il principio fondamentale del diritto pubblico moderno: una persona immateriale, ma pur reale; un'entità non fittizia e immaginaria, ma che, pur non avendo corpo, riesce, per mezzo di delicati e meravigliosi meccanismi giuridici, a formarsi, manifestare e imporre una propria volontà ... Stupenda creazione del diritto che, ad una facile critica, è sembrato che non abbia altra consistenza che quella di una fantasia poetica, ma che invece, frutto di un lungo e sicuro processo storico, ha dato vita ad una grandezza sociale, per esprimerci alla meno peggio, maggiore di ogni altra e più di ogni altra attiva e potente

¹⁴ S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., 386: 'È constatazione oramai antica e del tutto ovvia, che l'ordinamento politico che seguì alla Rivoluzione Francese – come del resto ogni altro che sia il prodotto di un rivolgimento catastrofico – porti ancora con sé il suo peccato di origine: quello, cioè, di essere eccessivamente semplice. Frutto di una reazione portata alle estreme conseguenze, esso credette di poter trascurare una quantità di forze sociali, che o s'illuse fossero venute meno, o alle quali non diede importanza, considerandole come semplici sopravvivenze storiche, destinate a scomparire in brevissimo tempo ... Si capisce, che la vita sociale, che non è mai dominata dalle regole giuridiche, ha continuato ad evolversi per suo conto e si è posta in contraddizione con un sistema non consono ad essa, magari accentuando oltre il necessario, come suole avvenire, la contraddizione e la lotta che ne è la conseguenza'

¹⁵ N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, cit., 34 ss.

passo, ed erano due aspetti di uno stesso concreto processo di ridefinizione di quegli assetti sociali e culturali che avevano retto la situazione fin dal momento dell'unificazione.

Insomma, se il secolo precedente aveva visto realizzarsi in Europa un processo, più o meno uniforme, di statalizzazione della società, che si era risolto in un principio di assolutismo al tempo stesso giuridico e organizzativo – di qui, ad es. la riduzione degli ordinamenti particolari all'unico ordinamento statale e l'assorbimento nell'organizzazione dello stato-persona dei residui sociali dello stato per ceti – la fase in cui scrive Romano è segnata dal fenomeno inverso, e cioè dalla risorgenza di quell'associazionismo e di quel particolarismo giuridico che l'ideologia rivoluzionaria dell'800 europeo aveva creduto di eliminare una volta per tutte con la 'stupenda creazione' dello stato moderno. Ed è questa una risorgenza che spiega conseguenze tanto sul piano normativo ed ordinamentale (basti pensare all'attitudine dei corpi sociali ad esprimere una giuridicità autonoma e concorrente rispetto a quella statale) quanto sul piano dell'organizzazione sociale (sul piano, cioè, dell'appartenenza dei cittadini a gruppi ed associazioni ulteriori rispetto a quella grande ed unica consociazione che, nella mente dei suoi ideatori, avrebbe dovuto essere lo stato).

Per cui, tornando a Romano, se prima si poteva parlare di un processo di statalizzazione della società – si pensi soltanto a cosa sono state in Italia le leggi di unificazione amministrativa – ora sembrava il caso di ragionare del processo inverso, e cioè di socializzazione dello Stato e trovare il modo di mettere assieme unità (dello stato) e pluralità (delle associazioni), tanto sul versante organizzativo quanto sul versante ordinamentale. Quindi, se queste due categorie – e cioè la concezione istituzionale del diritto e la teoria del pluralismo – possono e devono essere disgiunte concettualmente, come dice Bobbio, è però chiaro che, in rapporto al soggetto stato e alla sua crisi, dovevano essere viste nel 1909 come due aspetti di uno stesso fenomeno e di un unico problema.

Ma, detto questo, che, anche nella riflessione successiva al 1909, l'obiettivo di Romano fosse il normativismo o comunque, le concezioni formali del diritto, è una illusione dell'oggi, dovuta all'equivoco, per la verità frequente, in cui si incorre nel momento in cui si mettono assieme concezioni positiviste e concezioni volontaristiche del diritto, dando per scontato che siano la stessa cosa: sicchè, negato il volontarismo, dovrebbe venir meno anche il formalismo. Kelsen, ad esempio, è senz'altro un normativista e un formalista, ma è stato anche il più convincente e de-

finitivo demolitore delle teorie volontariste del diritto, se per volontariste si intendono quelle concezioni che risolvono il diritto nel precetto dello stato-persona.

Ora, qualcosa del genere vale anche per S. Romano. La complessità (o, se si vuole, l'anomalia) di Romano sta tutta nel fatto di accompagnare una critica articolata delle concezioni volontaristiche del diritto a una concezione pienamente e limpidamente formale del fenomeno giuridico. E l'elemento che consente a Romano di elaborare questa posizione – che non a caso Schmitt aveva colto benissimo, tanto è vero che vede nella teoria dell'istituzione un 'tipo' specifico di pensiero giuridico¹⁶ – sta tutta nell'intuizione di ritenere o meno l'organizzazione – o come si dovrebbe dire oggi, dopo Hart, il sistema delle norme secondarie¹⁷ – un concetto pienamente e propriamente giuridico. Anzi, la fonte stessa della giuridicità, fino ad arrivare a sostenere, nel lavoro del 1918, la piena identità di diritto ed organizzazione, attraverso la creazione del concetto di istituzione.

Dunque, se l'organizzazione è fatta di norme materiali e non è semplicemente un dato di fatto empirico, irrilevante per il mondo del diritto, l'istituzione è di per sé un *fatto normativo* e dunque esprime una regola che, per esistere, non ha bisogno di essere posta da un soggetto sovrano terzo ed esterno rispetto al sistema degli interessi sociali, perché esiste già obiettivamente, in quanto parte di un ordinamento dato. Ma nondimeno è regola. E nondimeno è positiva. Solo che è stata posta, verrebbe da dire, per fatti concludenti dalle aggregazioni sociali e dal loro modo di at-

¹⁶ C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico* (trad. it. di *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934), in *Le categorie del politico* a cura di G. MIGLIO e P. SCHIERA, Bologna 1972, 260: "Nel suo libro l' *Ordinamento giuridico*, Santi Romano ha giustamente affermato che non è corretto parlare del diritto italiano o francese, riferendosi soltanto ad una somma di regole, mentre in verità è l'organizzazione complessa e differenziata dello Stato italiano o francese, in quanto ordinamento concreto, a produrre tale diritto: cioè sono le innumerevoli istanze e connessioni dell'autorità o del potere statale che producono, modificano, attuano e garantiscono le norme giuridiche, pur non identificandosi con esse. Solo ciò è diritto italiano o francese. 'L'ordinamento giuridico 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, che non un elemento della sua struttura'. Giustamente, Santi Romano osserva che un mutamento della norma è più conseguenza che non causa di un mutamento dell'ordinamento".

¹⁷ N. BOBBIO, *Norme primarie e norme secondarie* (1968), ora in *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino 1970, 175 ss.

teggiarsi e funzionare, anzichè dalla volontà di quella persona fittizia che è lo Stato. E ciò – e questo è il secondo passaggio fondamentale della teoria romaniana dell'ordinamento – si basa sul fatto che ad essere normative non sono soltanto le regole di condotta, ma anche e soprattutto le regole concrete di organizzazione. In realtà, se si accoglie l'idea che una organizzazione è fatta innanzi tutto di norme – e soltanto in secondo luogo è un fenomeno sociale – l'istituzione, anziché essere un mero fatto, finisce con l'essere un sistema normativo altamente complesso. Meglio, è un complesso di fatti normativi tra loro interrelati e riconducibili a sistema, tanto da potere essere indagati ed esposti nella loro complessità con metodo rigorosamente giuridico come appunto si fa nei manuali: anche se questo deve essere fatto con riferimento alla dottrina della istituzione¹⁸.

Se si accoglie questo punto è poi relativamente facile trarne le conseguenze: intanto, l'ordinamento è costituito da una molteplicità di fatti normativi e in questa molteplicità hanno un loro ruolo e una loro funzione lo Stato e, all'interno dello Stato, la sua amministrazione¹⁹: ma, l'ordinamento non necessariamente ha da risolversi nello Stato. Accanto all'ordinamento statale possono darsi – ed è naturale che si diano – ordinamenti diversi, interni ed esterni a quello riassunto nello stato; ma non di meno – ed è questo il punto cui mi interessava arrivare – un ordinamento costruito sulla molteplicità dei fatti istituzionali esprime norme pienamente e perfettamente giuridiche, che possono essere indagate ed esposte in una prospettiva rigorosamente formale.

¹⁸ Non è casuale, ad es., che, alla fine di un ragionamento non dissimile da quanto sostenuto nel testo, per Bobbio lo sbocco dell'istituzionalismo giuridico sia 'ancora una volta il normativismo se pure un normativismo più consapevole e più progredito' perché radicato nella realtà dei rapporti sociali: cfr. N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, cit., 29.

¹⁹ Cfr., ad es., G. BERTI, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova 1986, 191: "L'amministrazione, perciò, è anzitutto un fatto costituzionale, che trascende, per la sua funzione complessiva nei confronti dello Stato, la rilevanza e l'efficacia dei fatti amministrativi materialmente intesi ... La novità che di fronte a ciò ha rappresentato lo Stato di diritto, nel quale collochiamo l'esperienza amministrativa che ancora stiamo vivendo, è consistita essenzialmente nel sovrapporre al fatto costituzionale dell'amministrazione un fatto costituzionale più largo e sintetico, rispetto al quale tuttavia l'amministrazione si è posta come uno dei fattori determinanti: sicchè, ad es. ordinamento dello Stato e ordinamento dell'amministrazione non avrebbero potuto pienamente coincidere".

3. Istituzione, corporazione, interesse

Richiamare questi passaggi teorici non è senza interesse per il tema della rappresentanza, dal momento che la capacità dei gruppi di raccogliersi, di farsi istituzione, e di esprimere una propria normatività si dava, ai tempi del Romano come oggi, intorno alla categoria dell'interesse: i gruppi si raccolgono e si aggregano attorno ad interessi comuni e di questi interessi si fanno portatori. Ed è per tutelare i rispettivi interessi che i gruppi sociali creano proprie regole di funzionamento, in ciò esprimendo una normatività che non può essere che concorrente rispetto a quella dello stato.

Ancora, una volta, se mondato dalle valenze antistatali che gli sono state attribuite, il pensiero del Romano è chiarissimo: *“la crisi dello Stato attuale si può ritenere che sia caratterizzata dalla convergenza di questi due fenomeni ... : il progressivo organizzarsi sulla base di particolari interessi della società che va sempre più perdendo il suo carattere atomistico, e la deficienza dei mezzi giuridici e istituzionali che la società medesima possiede per fare rispecchiare e valere la sua struttura in seno a quella dello Stato”*²⁰.

Ed è dunque attorno alla categoria dell'interesse che – per Romano – il discorso della crisi dello stato si salda al discorso sulla rappresentanza politica, fino ad indurre a ritenere che la crisi dello stato sia, nella prolusione del 1909, innanzi tutto la crisi dei meccanismi pensati dalla tradizione dello stato di diritto per assicurare la proiezione all'interno dell'organizzazione statale del sistema degli interessi sociali. Il che voleva poi dire crisi degli schemi concettuali che nell'Ottocento avevano descritto il rapporto tra Stato e società.

Il punto su cui mi pare però il caso di richiamare l'attenzione è che, contrariamente all'opinione comune, il tema affrontato dal Romano nella prolusione pisana – e cioè il rapporto tra associazioni e stato – non era affatto un tema sconosciuto alla dottrina giuridica in generale: certo – e questo è un rilievo comune – non era sconosciuto alla riflessione francese dei Duguit e degli Hauriou, che viene tradizionalmente vista come l'*humus* in cui si forma la dottrina dell'istituzione²¹; ma non era sconosciuto

²⁰ S. ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi*, cit., 393.

²¹ Per tutti cfr. S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de 'L'ordinamento giuridico' di Santi Romano*, in *Quad. fior.* 1972, 243 ss. Che gli studiosi tendano a dare per scontata questa acquisizione, del resto può giustificarsi in relazione a quelle parti de *L'ordinamento giuridico* in cui è lo stesso Romano ad assegnare indicare tra i precedenti dottrinali

nemmeno a quella dottrina giuridica tedesca del XIX secolo, rispetto alla quale oggi si ritiene che Romano abbia voluto profondissimamente rompere e innovare.

Romano e la sua teoria della istituzione, in altre parole, non entrano in scena dal nulla.

Per avere una conferma di ciò basta riprendere le pagine scritte da Robert von Mohl nel 1855 nella sua *Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften* a proposito di quelle ‘singole consociazioni naturali’ (*Lebenskreise*) che ‘traggono la loro origine dal lavoro e dalla proprietà’, che ‘si sviluppano ciascuna a partire da un determinato interesse’ e che ‘non possono essere ricondotte né alla cerchia della vita delle singole persone né alla vita dello Stato’²². Già il linguaggio è sorprendentemente novecentesco, anche se von Mohl scrive in una Germania che nemmeno aveva iniziato quel processo di industrializzazione forzata che ne avrebbe sconvolto l’organizzazione sociale dopo il 1871. In particolare, per von Mohl, la peculiarità di tali consociazioni starebbe nel fatto che queste ‘consociazioni di interessi nascono e sussistono indipendentemente dallo Stato e dalla sua volontà, traendo origine piuttosto dalle naturali relazioni degli uomini con determinate situazioni di fatto’²³. Ciò che stupisce è che, come poi avrebbe scritto Romano, anche in von Mohl si afferma che ‘queste consociazioni naturali possono avere anche una organizzazione formale’: il

del concetto di istituzione’ (§ 11 de *L’ordinamento giuridico*, cit., 28 ss.) i *Principes de droit public* nell’edizione del 1917 (cfr. M. HAURIUO, *Principes de droit public*, Paris 1917). Ed è al concetto di istituzione di Houriou che esplicitamente Romano si rifà quando osserva (p. 33) che “a noi pare ingiustificato il criterio in base al quale l’Houriou ha limitato il concetto di istituzione solo ad una specie di organizzazioni sociali, che avrebbero raggiunto un certo grado di sviluppo e perfezionamento. Oltre le istituzioni, che egli qualifica per corporative, ce ne sono altre che possono, allo stesso titolo, esser ricevute nel sistema del diritto, che, cioè, hanno un’esistenza propria, indipendente da quella di individui determinati, e che sono dotate di una più o meno ampia autonomia. ... Evidentemente l’Houriou è stato trasportato dall’idea di foggiate le sue istituzioni ad immagine e somiglianza della maggiore di esse, cioè dello Stato, anzi dello Stato moderno, mentre si trattava di delineare una figura generalissima, i cui caratteri contingenti possono variare, e variano in realtà all’infinito”. E osservando, subito dopo, che “noi non crediamo che l’istituzione sia fonte del diritto e che quindi questo sia un effetto, un prodotto della prima, ma crediamo che fra il concetto di istituzione e quello di ordinamento giuridico, unitariamente e complessivamente considerato, ci sia perfetta identità”.

²² La traduzione del cap. II della sez. I di R. VON MOHL, *Die geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, vol. I, 1855, da cui sono prese queste e le seguenti citazioni, si trovano in L. ORNAGHI (a cura di), *Il concetto di interesse*, Milano 1984, 451 ss.

²³ R. VON MOHL, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, cit., 459.

che deriverebbe dal fatto che *‘il diritto ad una propria organizzazione non lo possiede in maniera pressoché esclusiva lo Stato, bensì lo possiede ciascuna unione di uomini che ne sia in sè capace, e che sia giustificata nel suo esistere’*²⁴. Certo, lo Stato, inteso come persona giuridica munita di poteri imperativi, può di volta in volta vietare o utilizzare ai suoi fini queste associazioni: può, cioè, entrare in rapporto con queste associazioni secondo uno schema di opposizione o di assimilazione. Nell’uno come nell’altro caso – però – la consociazione rimane nella sua propria natura e ciò perchè *‘queste consociazioni di interessi costituiscono una relazione umana peculiare, da non confondersi e da non riconnettersi né con le situazioni personali né con l’unità statale’*. Semmai, di fronte a queste, lo stato avrebbe *‘unicamente il diritto e l’obbligo di ricomporre all’interno del sistema giuridico quelle organizzazioni che dovessero essere incompatibili con gli scopi dell’unità o con l’eguaglianza di diritti di quei cittadini privati, che con tali organizzazioni coesistono’*²⁵.

Nel che i materiali della dottrina della istituzione sono tutti presenti: originarietà delle consociazioni di interessi; loro diversità strutturale rispetto allo stato-persona; loro capacità di darsi norme giuridiche; loro capacità di entrare in rapporto con lo stato come soggetti qualitativamente distinti da questo. Anzi, a rigore, l’analisi di von Mohl dedicata alle consociazioni di interessi – e cioè ai *Lebenskreisen* – lungi dall’essere appena abbozzata, è tanto articolata e consapevole da spingersi ad affermare che queste associazioni, quanto mai varie, possano essere classificate ed analizzate in rapporto ad alcuni parametri, quali ovverosia la *‘durata’* nel tempo, l’*‘intensità’* e l’*‘estensione’* dell’interesse attorno al quale le consociazioni vanno formandosi²⁶. Da questi elementi deriverebbero le ragioni della forza o della debolezza di queste consociazioni: e cioè, in altre parole, la loro capacità di attrarre consociati e la capacità di esprimere in modo più o meno efficace gli interessi di questi consociati. Non solo, ma proprio per il fatto essere associazioni di individui costruite attorno alla categoria dell’interesse, o meglio, dell’interesse particolare, *‘una delle peculiarità di queste consociazioni è costituita dal fatto che queste non sono minimamente incompatibili ... con la contemporanea partecipazione ad altre simili associazioni’*, dando vita al vero problema da cui aveva preso le mosse la riflessione di von Mohl, ossia l’*‘intersecazione delle sfere di*

²⁴ R. VON MOHL, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, cit., 460.

²⁵ R. VON MOHL, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, cit., 460.

²⁶ R. VON MOHL, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, cit., 461.

vita sociale'. E può essere di qualche rilievo ricordare che Leibholz, ad esempio, quando ragiona nel 1929 della rappresentanza di interessi e della sua distinzione tra *Vertretung* e *Raepresentation* parte proprio da von Mohl, facendone il primo sostenitore della idea della rappresentanza corporativa; e comunque precisando che lo stesso von Mohl finiva con l'ammettere, accanto alla rappresentanza di interessi, la necessità di una istanza rappresentativa capace di conoscere e di decidere dell'interesse generale²⁷.

Ora, richiamando questi passi non voglio dire che la teoria dell'istituzione e del pluralismo giuridico sia stata scoperta da von Mohl: tutt'altro. In realtà questi passaggi possono apparire sorprendenti solo se si dimentica che von Mohl è soltanto uno degli autori che nell'800 tedesco si sono occupati della teoria della corporazione e che la sua riflessione si colloca nel quadro di un dibattito molto più ampio e articolato, tipico della *Staatslehre* del XIX secolo, sul rapporto tra interesse generale ed interessi frazionali²⁸: un dibattito che il pensiero giuridico e politico di quel

²⁷ G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems*, Berlin und Leipzig 1929. Ma sul punto cfr. La rappresentazione nella democrazia (trad. it di *Die Repräsentation in der Demokratie* 1973), Milano 1983, 269: "Per quanto si sia cercato, nella teoria come nella prassi, di fondare l'unità politica dello Stato a partire da prospettive sindacali, il contrasto essenziale tra la struttura della rappresentanza corporativa di interessi e la struttura della rappresentazione politica si presenta proprio in quelle contraddizioni che non si possono chiarire parendo da una prospettiva corporativistica ... Secondo il progetto costituzionale redatto da Von Mohl a metà del secolo scorso – che prevedeva l'eliminazione della rappresentanza popolare e la ristrutturazione della fundamenta dello Stato su basi corporative – ogni 'ambito di interessi', materiali o spirituali, costituendosi nella vita territoriale collettiva, doveva ottenere una rappresentanza degli interessi particolari. Inoltre le 'rappresentanze composte', formate dai comitati delle rappresentanze particolari, dovevano decidere sulle questioni relative a più ambiti di interesse, mentre una 'rappresentanza generale', formata nello stesso modo ma distinta dalle 'rappresentanze composte' doveva decidere su questioni riguardanti la totalità ... Così, ad esempio, per richiamare solo gli aspetti più importanti, le deliberazioni della rappresentanza generale dovevano essere perentorie, e non potevano essere messe in dubbio da nessuna assemblea di ceti; mentre la rappresentanza generale, da parte sua, doveva detenere un diritto di veto nei confronti delle deliberazioni della rappresentanza per ceti ... In questo modo, la rappresentanza generale sostenuta da von Mohl diventerebbe nella realtà politica un fattore 'decisivo' dell'intera vita dello Stato: rappresenterebbe il popolo allo stesso modo di come lo rappresenta il parlamento entro il sistema rappresentativo e, in contrasto con l'assunto di von Mohl, non attuerebbe la rappresentanza dei singoli 'ambiti di interesse'".

²⁸ Sul che cfr. almeno L. ORNAGHI, *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*, Milano 1984.

periodo aveva risolto – o cercava di risolvere – restando fedele alle linee dell'hegelismo giuridico e dunque guardando allo Stato come al soggetto cui doveva spettare un compito di naturale armonizzazione di questi stessi interessi concepiti come sistema: ciò che, per restare al linguaggio e alle categorie delle *Grundlinien*, che di quella riflessione costituivano lo schema di fondo, veniva definito la realizzazione – e cioè la traduzione in realtà – dell'idea etica²⁹.

Per avere prova di ciò basta pensare all'indagine svolta all'incirca negli stessi anni da Lorenz v. Stein³⁰ sulla società intesa come sistema degli interessi dialetticamente contrapposto allo Stato: un sistema del quale però potevano essere ricostruite le leggi di fondo, proprio muovendo dalla dimensione dell'interesse, fino a costruire una dottrina della società (*Gesellschaftslehre*), e cioè una scienza sociale, simmetrica e speculare rispetto a quella dello stato (*Staatslehre*).

Quel che più ci importa, però, è che nel quadro della riflessione più classica sullo *Staatsrecht*, von Mohl, non fosse affatto un autore isolato nell'affrontare queste tematiche e, soprattutto, nel riconoscere ai gruppi sociali una capacità di autonormazione originaria e indipendente rispetto a quella statale. Se la sua impostazione si caratterizzava per il fatto di identificare il fulcro di queste associazioni in interessi che traggono la loro origine dal lavoro e dalla proprietà – le sopravvivenze della società per ceti spazzata via in Francia dal dogma della rappresentanza generale e in Germania dal dogma della personalità giuridica dello Stato – bisogna ammettere come un altro cospicuo filone della dottrina del *Rechtstaat* avesse cercato di risolvere questo stesso problema muovendo sì, come faceva von Mohl, dal concetto di interesse come elemento aggregante alla base dell'associazione, e tuttavia con la differenza, tutt'altro che secondaria, per cui questo interesse avrebbe dovuto essere identificato su base *territoriale* e non già su base *economica* o *funzionale*.

Intendo alludere, più precisamente, a quelle dottrine contrattualistiche – poi rielaborate ed attualizzate da von Gierke nel suo lavoro sull'Althusio³¹ – che vedevano la fondazione del potere statale in un processo di

²⁹ G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, (trad. it di *Grundlinien des Philosophie des Rechts*, 1821) a cura di V. CICERO, Milano 1996.

³⁰ L. VON STEIN, *Geschichte der socialen Bewegung in der Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, Leipzig 1850, di cui si trova una traduzione parziale in L. VON STEIN, *Opere scelte*, I, *Storia e società*, a cura di E. Bascone Rimiddi, Milano 1986, 97 ss.

³¹ O. VON GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle dottrine politiche giu-*

progressiva espansione delle naturali forme di associazione umana e che dal basso arrivavano fino alla sommità, rappresentata, ancora una volta dalla figura dello Stato. La *consociatio* di Altusio si origina in modo tale che dalle associazioni più ristrette ed inferiori traggano origine e fondamento altre associazioni, sempre più ampie e inclusive, seguendo uno schema che dalla famiglia arriva fino allo stato passando attraverso la corporazione, il comune, la provincia. Ciò che Gierke aggiunge allo schema di Altusio è l'idea che ciascuna di queste comunità si dovrebbe aggregare attorno a determinati interessi ed esistere al fine di perseguire l'autogoverno e l'autoamministrazione questi stessi interessi. Corollario di questo schema è che, ovunque la singola comunità parziale venga amministrata in questo modo, essa possiede una propria struttura decisionale e dunque un diritto suo proprio, in un processo di continua costruzione e di continua attualizzazione della sovranità popolare. E che Romano fosse consapevole del nesso tra queste tesi e la sua dottrina della istituzione emerge, se non altro, dal quel paragrafo de *L'ordinamento giuridico* (cap. II, § 32) per cui alla tesi di von Gierke secondo cui 'è capace di produrre diritto ciascuna comunità organica', si oppone che al concetto di 'comunità' va sostituito quello di istituzione 'che è più largo e ci sembra più completo, oltre che intrinsecamente giuridico'³².

Altro vero, sostanziale motivo di disaccordo con la dottrina di Gierke, Romano non trova. Tanto è vero che in Germania, dove si è avuta, sulla scorta di Schmitt, una recezione attenta dell'istituzionalismo

snaturalistiche (trad. it. di *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorie*, 1880), Torino Einaudi 1974, su cui E. TATARYN-TARNHEIDEN, in *Il concetto di interesse*, antologia a cura di L. ORNAGHI, Milano 1984, 567.

³² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), Firenze 1977, 131 ss.: "Così i principi teorici, che abbiamo svolti, come gli esempi pratici, ai quali abbiamo accennato e che si potrebbero moltiplicare, confermano dunque la tesi, che ogni istituzione si concreta in un distinto ordinamento giuridico, che non può trovare il suo fondamento e il suo appoggio in quello statale, cui può anche, nel senso suddetto, contraddire. Da questo punto di vista, noi ci accostiamo alla dottrina, che ha trovato il suo più strenuo sostenitore nel Gierke, ed ha numerosissimi seguaci, secondo la quale è capace di produrre il diritto ciascuna comunità organica. Da questa dottrina noi però ci allontaniamo in diversi punti. Anzitutto perché al concetto di comunità sostituiamo quello di istituzione che è più largo e ci sembra più completo, oltre che intrinsecamente giuridico. In secondo luogo, perché, mentre essa tiene fermo il principio comune che il diritto obiettivo sia un complesso di norme, di regole o precetti, noi lo consideriamo non come il prodotto dell'istituzione, ma come l'istituzione stessa. Infine sul fondamento del diritto, non accogliamo le varie opinioni che sono state formulate da coloro che seguono la dottrina suddetta".

romaniano, le consonanze teoriche con Gierke sono state rilevate da tempo e costituiscono patrimonio comune degli studiosi³³.

È questa una notazione non secondaria, dal momento che è da questo diverso modo di concepire e fondare il potere pubblico che ha preso le mosse larga parte del dibattito italiano sugli enti autarchici e sulla capacità di queste associazioni naturali a base territoriale di autoamministrarsi e di esprimere perciò proprie, autonome, regole di organizzazione. Molto di questo discorso – lo sappiamo – è stato trasfuso nell'art. 5 cost., o perlomeno nella lettura che dell'art. 5 è stata data, nel dopoguerra, da autori come G. Berti, i quali, non a caso, hanno visto in una prospettiva di continuità il concetto di organizzazione e il concetto di autonomia, rinvenendo in entrambi un fenomeno di autonormazione originaria³⁴.

4. La scoperta del 'tertium genus' dell'esperienza giuridica

Ora, se ho impiegato tanto dello spazio riservatomi per richiamare il dibattito ottocentesco sull'interesse e la corporazione, è solo perché, se colta da questo punto di vista, la dottrina romaniana della istituzione, e i problemi che la istituzione pone alla unicità della persona statale, appare molto meno innovativa di quanto non si creda e si rivela caratterizzata da robuste linee di continuità con la riflessione giuridica sul *Rechtsstaat*: a

³³ Sulla recezione tedesca dell'istituzionismo romaniano cfr. M. FUCHS, *Die allgemeine Rechtstheorie Santi Romanos*, Berlin 1979 e quindi, in italiano, M. FUCHS, *La 'Genossenschaftstheorie' di Otto von Gierke come fonte primaria della teoria generale del diritto di Santi Romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 1979, 65 ss. Ma sulla stessa linea già A. TARANTINO, *Brevi riflessioni sui precedenti dottrinali dell'istituzionalismo di Santi Romano*, in *Riv. int. fil. dir.* 1977, 682 ss. Su questi e altri profili del percorso culturale di S. Romano e sulle sue ascendenze culturali cfr. ora M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive di ricerca*, in *Quad. fior.* 1981, 169 ss. dove le tesi di Fuchs e Tarantino vengono sottoposte ad attenta valutazione. Da ultimo può essere interessante rilevare che la traduzione tedesca de 'L'ordinamento giuridico' (S. ROMANO, *Die Rechtsordnung*, Berlin 1975) sia stata curata proprio da un allievo di Schmitt, e cioè da quel Roman Schnur che in Italia è noto soprattutto come autore di diversi contributi sul tema della guerra civile e sulla instaurazione di fatto degli ordinamenti giuridici (cfr. ora R. SCHNUR, *Rivoluzione e guerra civile*, Milano 1986).

³⁴ G. BERTI, *Commento all'art 5*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1975, 277 ss. ma cfr. anche *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova 1994.

condizione, evidentemente, che di questa riflessione si voglia dare una immagine complessa e non stereotipata, tutta appiattita sulla recezione realizzata in Italia di Laband e Jellinek, nei confronti della quale fare reagire l'innovazione romaniana.

Sicchè, se si vuole guardare alla teoria dell'istituzione da questo punto di vista, non sembra troppo fuori luogo il rilievo rivolto nel 1924 da Orlando all'allievo 'eretico'³⁵, per cui, in fondo, la sua dottrina della

³⁵ V.E. ORLANDO, *Lo Stato sindacale nella letteratura giuridica contemporanea* (1924), ora in *Diritto pubblico generale*, cit., 319 ss.: "La sostanza veramente caratteristica della dottrina del Romano, svolta nel suo recente *Ordinamento giuridico* si può riassumere in questo principio da lui affermato ed illustrato: la tendenza a darsi un ordinamento giuridico, con propria organizzazione e proprie norme, non è già un carattere esclusivo dello Stato, ma di qualsivoglia entità sociale che si costituisca naturalmente o volontariamente dentro lo Stato o anche al di là di esso. E dopo di avere affermato che, a voler definire un intero ordinamento giuridico, non può bastare avere riguardo alle singole parti di esso, cioè alle norme che vi si comprendono, ma bisogna invece 'colpire la nota caratteristica, la natura dell'insieme e del tutto', dopo di aver trovato questo elemento unitario nella 'istituzione', ed aver fatto consistere l'essenza della istituzione in una 'organizzazione sociale', il Romano conclude coll'attribuire allo Stato questa carattere di istituzione, carattere, però, non esclusivo, ma comune con altri corpi o enti sociali. Or se questo studio può presentare e presenta non solo un grande interesse giuridico, ma anche un contributo genialmente originale, non per ciò si è autorizzati ad affermare quelle dottrine siano in assoluto contrasto con le teorie tradizionali e che abbiano un carattere scientificamente rivoluzionario. Poiché io sono ormai passato nel novero venerando degli 'antenati', e citato come un rappresentante delle dottrine tradizionali e passatiste del diritto pubblico (chi me lo doveva dire, quando cominciai, apprendo un arduo innovatore!), io posso citare qualche brano di scritti miei in cui il concetto che collega lo Stato e il diritto ad una origine necessariamente unitaria, come effetto della organizzazione di un corpo sociale, è espresso in maniera non sufficiente tanto da farmi pretendere a un qualsiasi diritto di priorità, ma abbastanza perché io possa affermare che quell'ordine di concetti non è per nulla incompatibile con quelle teorie tradizionali in nome delle quali, a quanto pare, io sono autorizzato a parlare. Così, persino nel mio trattato affatto sintetico (e perciò non vi è da aspettarsi sviluppi) dei *Principii del diritto costituzionale*, pubblicato nel 1888, io affermavo che la nozione di Stato sorge in quanto la società (il corpo sociale) si concepisce organizzata politicamente per la tutela del diritto (n. 4), riaffermo tale concetto unitario in relazione alla personalità giuridica dello Stato (n. 6) e aggiungo: 'se ogni istituto giuridico viene, non diremo creato, ma certamente riconosciuto dallo Stato, bisogna dire che lo Stato costituisca esso stesso un istituto giuridico, anzi l'istituto giuridico per eccellenza' (n. 7).

Intendiamoci bene. Lungi da me la fatuità di fare questioni di precedenza che sarebbero non so se più piccine o più arbitrarie. Io so bene che altro è esporre un concetto in forma sporadica, altro è fondare una teoria, così come nessuno attribuisce il merito della scoperta dell'America ai Normanni, che pure sin dal secolo X erano sbarcati nel Labrador, ma bensì a chi osò risolvere sistematicamente un formidabile problema sulla maniera d'essere della Terra. Come dissi e ripeto, io, con quelle citazioni, questo solo ho voluto

istituzione non sarebbe stata una radicale novità nel quadro della riflessione scientifica, ma sarebbe stata semmai una acuta e opportuna valorizzazione di materiali e riflessioni già diffusi tra gli studiosi. Viene da dire che, forse, la vera novità era nei confronti dell'immagine che dello *Staatsrecht* proveniva dalla mediazione orlandiana, tutta incentrata come era sulla impostazione pandettistica di Jellinek e Laband. Certo, la dottrina della società (*Gesellschaftslehre*) di Von Stein e Von Mohl si era fermata a rilevare l'esistenza di una terza dimensione tra l'individuo e lo stato, non riconducibile, rispettivamente, alla dimensione del diritto privato e del diritto pubblico e non era andata oltre; certo era stata oggetto di una forte reazione scientifica e ideologica da diversi autori – J.K. Bluntschli per primo³⁶ – che ritenevano addirittura dannoso per la integrità dello Stato sviluppare una qualche forma di riconoscimento delle consociazioni di individui. Sta comunque di fatto che l'indagine ottocentesca sul diritto spontaneo dei *Lebenskreise* di von Mohl e sulla autonomia normativa delle *Genossenschaften* di von Gierke testimoniano come i materiali per l'innovazione romaniana – e cioè la scoperta della normatività sociale e la costruzione del diritto per fatti sociali normativi – fossero tutti già presenti, vuoi da un punto di vista teorico, vuoi da un punto di vista ideologico, e attendessero solo di essere rielaborati e condotti alle estreme conseguenze.

Sicché, da questo punto di vista, la grandezza dell'intuizione di Romano sta nel fatto di avere costruito una concezione del diritto fondata su quel *tertium genus* dell'esperienza giuridica che i teorici dello *Staatsrecht* avevano faticato ad inquadrare, non potendola ricondurre a quelle sfere del diritto pubblico e del diritto privato in cui avevano suddiviso il loro sistema in ossequio al dogma hegeliano della separazione tra Stato e società; o che avevano confinato in una area residuale di quel sistema, proprio perché questa intuizione andava a cozzare contro i presupposti

dimostrare; nessuna incompatibilità sostanziale esservi fra le ardite posizioni del nostro giurista e le cosiddette teorie tradizionali. Ciò, per altro, è affermato in maniera incisiva e precisa dallo stesso Romano, quando, parlando della sua nozione di diritto obbiettivo, osserva che i confini che egli assegna ad essi sono, dopo tutto, quelli che la tradizione gli ha sempre materialmente assegnati, se anche con una definizione teorica, che egli ritiene inesatta (*Ord. Giur.*, p. 88)".

³⁶ Sulla recezione in Germania degli insegnamenti di von Mohl e von Stein, soprattutto da parte degli esponenti della Scuola storica come Bluntschli e von Treitsche, e per la polemica da questi condotta verso queste concezioni 'dissoltrici' della unità di *Staat* e *Volk*, cfr., ampiamente, M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano 1979, 171 ss.

teorici di tutto l'edificio dello *Staatsrecht* che, costruendo lo Stato come persona, doveva muoversi in una prospettiva di manifestazioni di volontà e non poteva concepire ordinamenti obiettivi se non come manifestazioni secondarie delle prime.

Dunque la grande innovazione del Romano sta nell'aver ridefinito i termini del problema che gli provenivano dalla tradizione precedente, prima affermando che tutto il diritto – e dunque non solo il diritto delle corporazioni ma anche il diritto statale e sovrastatale – non sarebbe altro se non un fenomeno di organizzazione di un gruppo sociale; e quindi tradendone le definitive conseguenze applicative, innanzi tutto nella tesi per cui il diritto obiettivo non sarebbe stato il prodotto della istituzione – ecco l'errore di von Gierke – ma avrebbe dovuto coincidere con la istituzione stessa. Il che, tra l'altro, portava con sé le premesse per procedere alla demolizione del concetto di Stato come persona giuridica e del diritto come volontà di questa persona espressa attraverso suoi organi³⁷. Meglio: la conservazione della personalità giuridica dello stato sarebbe stata possibile solo a condizione che si riconoscesse che questa persona ripeteva il suo fondamento *aliunde*, e cioè nell'ordine sociale, e che questa persona avrebbe dovuto coincidere con l'ordine oggettivo delle norme, e cioè con la istituzione-ordinamento. Da qui discende il suo definitivo allontanarsi dalle costruzioni della scuola labandiana dello *Staatsrecht* e da qui la sua originalità per il tempo.

Sicché, se vogliamo prendere sul serio la chiosa di Orlando, dobbiamo leggerla come una preziosa indicazione, e comprendere che molto della grande innovazione romaniana sta nel fatto di aver colto, all'inizio del secolo, che la tradizione giuridica precedente aveva in sé tutti gli elementi atti a spiegare la crisi in corso dello Stato e, soprattutto, a controllarla nella prospettiva del mantenimento della centralità della persona giuridica statale in una situazione in cui, diversamente dal passato *'le organizzazioni delle varie classi si moltiplicano in maniera prodigiosa. E moltissime assumono, ora in modo larvato, ora apertamente, un atteggiamento antagonista di fronte allo Stato'*³⁸.

Ed è qui che, in Romano, si realizza quella divaricazione tra teoria e ideologia segnalata da Bobbio. Dico questo perchè, come si accennava in apertura, ho l'impressione che il problema che si pone Romano – e che

³⁷ S. ROMANO, *Organi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1953 (1947) 145.

³⁸ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit. 388.

emerge chiaramente nella prolusione – non sia affatto quello di celebrare la socialità del diritto, dichiarando la fine dello Stato. Questo, semmai, è stato l'intento dei suoi lettori, e nemmeno di tutti.

Il problema di Romano, piuttosto, era quello di riuscire a conservare lo Stato come potere obiettivo e, soprattutto, come un necessario centro di sintesi della molteplicità degli interessi sociali che si andavano costruendo in loro indipendenti cerchie giuridiche. Il che, secondo Romano, poteva essere realizzato soltanto conducendo questi interessi all'interno dello Stato, modificandone struttura e funzione. In questa chiave, ad esempio, va letto il rilievo su uno stato *'troppo semplice e troppo poco articolato'* per accogliere in sé e controllare la nuova complessità che la sua epoca stava sperimentando. E in questa chiave va letto l'invito a costruire e non alzare barricate di fronte alla nuova organizzazione sociale che si andava delineando.

Se volessimo usare una terminologia romaniana, dovremmo dire che lo Stato-persona era una istituzione che si stava allontanando dal suo substrato reale e rischiava perciò di perdere capacità (e legittimazione) a governare quella miriade di interessi attorno ai quali si aggregano e sorgono le istituzioni sociali, prima fra tutte quella macroscopica istituzione sociale in cui le tesi di Romano risolvevano lo Stato.

5. *La rappresentanza nella Prolusione: rappresentanza politica come rappresentanza di 'tutti' gli interessi*

Alla luce di ciò, è soltanto naturale che Romano veda la crisi dello stato principalmente come crisi della rappresentanza e buona parte della Prolusione sia destinata alla trattazione di questo tema, dal momento che questo avrebbe dovuto essere l'istituto attraverso il quale realizzare il ponte tra le due diverse dimensioni della statualità (ancora concepita in base ai dogmi labandiani) e della società (ora costruita sulla pluralità degli interessi e della loro organizzazione). Dice Romano: *'È l'istituto della rappresentanza politica che qui conviene menzionare come quello che per più rispetti ha nessi indiscutibili con il nostro tema, giacchè si propone per l'appunto il fine di mettere in immediato contatto la costituzione dello Stato con la costituzione della società, le istituzioni con gli elementi mobili e fluttuanti della vita pubblica'*³⁹ Ora, a parte il fatto che qui sembra darsi

³⁹ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., 392.

per scontato che ormai la società abbia già una sua costituzione – e cioè un suo assetto organizzativo – atta a confrontarsi con la costituzione statale, è chiaro che, nel momento in cui lo stato continua ad essere concepito solo come soggetto sovrano, mentre la società inizia ad articolarsi per organizzazioni normative autonome, ci si trova in una situazione assai diversa rispetto a quella descritta nel XIX secolo da von Mohl o da von Gierke.

E questa diversità non è data tanto dalla novità del fenomeno, che abbiamo visto ben noto, della autoorganizzazione sociale, quanto dalla *misura* e dalla *intensità* di questo organizzarsi per vie che prescindono dallo stato. Insomma, rileggendo la Prolusione, l'impressione è che a determinare la crisi dello stato non sia il fatto che la società vada organizzandosi per vie sue, nè che questo avvenga per perseguire interessi particolari: questo, in fondo è sempre avvenuto. La crisi dello stato verrebbe dal fatto che, d'un tratto, lo stato, costruito sulla primazia del potere pubblico nei confronti degli interessi sociali, non sarebbe più in grado di svolgere quella funzione di governo dei naturali movimenti interni alla società, trovandosi escluso non solo dal circuito di formazione di questi interessi, ma essendone pericolosamente isolato.

Ed è qui che si trova la critica più penetrante rivolta da Romano al concetto di rappresentanza *‘L'opinione più diffusa afferma adesso che ciò che si dice rappresentanza politica solo inesattamente o, tutt'al più per finzione giuridica conserva siffatto nome, poiché essa, per come è regolata non dà vita a nessun rapporto fra eletti ed elettori, che sia un vero rapporto di rappresentanza’*⁴⁰. Emerge, insomma, quanto aveva già messo in luce qualche anno prima V.E. Orlando⁴¹, quando aveva negato che esistesse

⁴⁰ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., 392.

⁴¹ V. E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica*, cit., 448: “Ed è così che, logicamente e storicamente, noi siamo pervenuti a riconoscere la portata intima del principio della rappresentanza. Esso contiene un punto, che è comune a tutte le forme di governo; ed è che l'alta direzione dello Stato deve appartenere ai più capaci. Ciò che caratterizza la forma rappresentativa, è la maniera con cui si determinano. È incontestabile che il criterio delle società primitive, la forza fisica o l'età, non basta più. E parimenti, il criterio delle democrazie dirette, la semplice qualità di cittadino, è anch'esso insufficiente; e ciò è dovuto non soltanto a grandi difficoltà materiali evidenti, ma anche al fatto che nei grandi Stati moderni, la differenziazione delle attitudini è in somma grado considerevole. E meno che mai si può sostenere il privilegio della nascita o la nomina da parte del sovrano; giacché un tal criterio è manifestamente incompatibile con le tendenze democratiche dell'epoca attuale. Si presume che il più capace, il *melior terrae*, sia colui ch'è designato dalla scelta d'un corpo elettorale. Gli elettori occupano qui il posto che,

alcun rapporto giuridico tra eletti ed elettori ed aveva risolto il fenomeno elettorale nella sua dottrina della elezione del rappresentante come semplice *'designazione di capacità'*, in termini non troppo diversi dalla preposizione ad un ufficio. Solo che Orlando scriveva in una fase politica in cui ci si poteva ancora limitare a inquadrare l'elezione delle camere come un problema di determinazione della composizione di un organo dello stato e poteva concludere che tutti i problemi della rappresentanza derivavano dal fatto che materialmente l'istituto mancava il suo obiettivo e cioè *'la selezione dei capaci per affidare loro l'esercizio delle più alte funzioni della vita pubblica'*. Per Orlando, insomma, la crisi della rappresentanza era, con il linguaggio dell'oggi, e ben prima di Mosca e Pareto, un problema di selezione della classe politica: non un problema di modello. Insomma, semplificando un po', possiamo dire che, nel 1885, secondo Orlando, per fare funzionare l'istituto e garantire la tenuta del rapporto tra società e stato monoclasse, sarebbe stato in fondo sufficiente che i *'capaci'* fossero effettivamente selezionati a guidare lo stato.

Romano non troppi anni dopo si trova nella situazione di dovere andare oltre e vede la carenza del sistema rappresentativo statutario nel fatto che questo non è in grado di veicolare all'interno dello stato non le capacità dei singoli, ma il sistema degli interessi sociali. Tanto è vero che *'Quello di rappresentanza, insomma, è un concetto vuoto, che ha soltanto valenze negative, e cioè una valenza oppositiva rispetto al principio regio ed aristocratico, per negare che il popolo possa essere soggetto ad uno solo o a pochi'*. Il suo compito effettivo, che dovrebbe essere quello di mettere in comunicazione lo stato con il complesso degli *'elementi mobili e fluttuanti'* della società, non viene assolto, né potrebbe esserlo quando i rappresentati sono migliaia di persone e costituiscono una base sociale ormai tanto disomogenea e differenziata da non potere essere realisticamente rappresentata: e cioè rappresentata in termini sostanziali e unitari.

Il punto è che, con questo richiamo al bisogno di dare sostanza all'istituto della rappresentanza politica, Romano nel 1909 si ferma: esamina le diverse proposte di corporativizzazione del sistema rappresenta-

nelle forme aristocratiche, spetta alla nascita e, nelle forme dispotiche, alla scelta del principe. L'elezione politica non è, dunque, altra cosa che una *designazione di capacità*. Non v'è alcuna trasmissione di potere. I poteri dell'assemblea sono determinati dalla Costituzione. Si tratta solamente di sapere chi avrà il diritto di far parte di questa assemblea sovrana. Il governo rappresentativo risolve questa questione, dichiarando che questo diritto appartiene a colui ch'è designato dal voto dei cittadini".

tivo e le scarta; esamina le proposte di riforma del Senato in termini di rappresentanza professionale e le scarta. Romano non risolve il problema della rappresentanza: si limita a manifestare una esigenza. E cioè l'esigenza di adattare al nuovo assetto sociale una organizzazione superiore che unisca, contemperi ed armonizzi le organizzazioni minori in cui questo stesso assetto sociale va specificandosi: in buona sostanza, di realizzare l'integrazione tra stato e società per permettere la conservazione dello stato medesimo. E qui, fra tanti meriti che gli debbono essere riconosciuti, sta il suo limite: o perlomeno sta il suo limite del 1909.

Altri hanno proseguito su quel sentiero, prima di tutti G. Capograssi con il suo scritto del 1922 sulla *Nuova democrazia diretta*, ovverosia con l'idea della partecipazione dei corpi sociali, innanzi tutto partiti e sindacati, alla gestione dello Stato, in un processo di fondazione dal basso dell'edificio statale⁴², ben più rivoluzionaria, per i tempi, della idea di istituzione di Romano.

Sappiamo quali diverse strade, di lì a poco, abbia poi preso la dottrina della corporazione e in che modo, fino al 1943, sia stato recuperato il principio di unità degli interessi sociali⁴³. Sicché sembra meritevole di attenzione la tesi, già esposta da tempo, per cui, in fondo la vera dottrina di Romano sulla rappresentanza sarebbe, in fondo, la dottrina dello stato amministrativo, visto come la naturale evoluzione dello stato di diritto orlandiano: ovverosia di uno stato che, trovandosi nella situazione di dovere agire direttamente nel sociale, rinviene nell'amministrazione e nella sua organizzazione – e non più nelle camere – il modo di convogliare nel suo interno (e gestire) il sistema degli interessi che si affollano all'interno della società⁴⁴. Una soluzione, questa, che, tanto per fare un esempio, pare diametralmente opposta a quella elaborata più meno negli stessi anni da H. Kelsen con la sua dottrina della procedimentalizzazione della decisione parlamentare come unica possibile

⁴² G. CAPOGRASSI, *La nuova democrazia diretta* (1922) ora in *La vita etica. Scritti scelti* a cura di F. MERCADANTE, Milano 2008, 1041 ss.

⁴³ Sulla dottrina del corporativismo come surrogato della rappresentanza politica cfr. ora S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna 2010, 131 ss. Resta però fondamentale la riflessione già svolta da L. PALADIN, *Il problema della rappresentanza nello Stato fascista* (1972), ora in *Saggi di storia costituzionale*, Bologna, 65 ss.

⁴⁴ M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, ora in *La scienza del diritto pubblico*, Milano 2001, 405 ss. Ma nello stesso senso C. MAGNANI, *Stato e rappresentanza politica nel pensiero giuridico di Orlando e Romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2000, 349 ss.

soluzione (democratica) al problema della segmentazione della base sociale dello stato⁴⁵.

In realtà, nel dopoguerra, e cioè in un contesto politico radicalmente mutato, ma non ancora stabilizzato, il tema della rappresentanza politica ritorna ancora nella riflessione di S. Romano e ritorna in forme perfettamente coerenti con il suo approccio metodologico. Per avere una conferma di ciò basta esaminare come nei *Principii di diritto costituzionale generale* del 1947, la questione della rappresentanza venga sottoposta ad una disamina giocata attorno a due idee di fondo. La prima è quella classica per cui in nessun caso o solo inesattamente la rappresentanza politica potrebbe essere vista come rappresentanza di volontà⁴⁶; la seconda, assai più interessante, è quella per cui ciò che si definisce rappresentanza politica della nazione altro non sarebbe se non un fenomeno di rappresentanza di interessi: e cioè *‘di tutti gli interessi nazionali, materiali e morali, economici e politici, che l’ordinamento giuridico considera suscettibili di cura e di tutela: interessi che, negli Stati in cui sono ammessi più partiti, vengono il più delle volte vagliati e considerati dai vari punti di vista propri del partito o dei partiti politici predominanti: donde la conseguenza che si ha una rappresentanza che, almeno prevalentemente, è rappresentanza di tendenze ed indirizzi politici, in riguardo agli interessi nazionali?’*.

Dunque, stando alla configurazione che ne viene data decenni dopo, quello della rappresentanza politica resta, anche nel nuovo contesto, un problema di rappresentanza di interessi, destinata però a svolgersi secondo criteri di selezione e gerarchizzazione precostituiti in base a parametri ideologici: un modo eccellente di descrivere la discrezionalità politica, affine, sotto molti aspetti, alle dottrine dell’indirizzo politico maturate in età corporativa⁴⁷ e destinate, nel dopoguerra, ad avere grande fortuna nella interpretazione della costituzione repubblicana⁴⁸.

⁴⁵ H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (trad. it. di *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1929) ora in H. Kelsen, *La democrazia*, Bologna 1984 e quindi i saggi ora raccolti in H. Kelsen, *Il primato del parlamento*, Milano 1982.

⁴⁶ S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano 1947, 164 ss.

⁴⁷ Il riferimento è a C. MORTATI, *L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931), Milano 2000.

⁴⁸ Sia consentito il rinvio alla analisi che di queste dottrine si ritrova in A. MANGIA, *Referendum*, Padova 1999.

6. Rappresentanza, partiti e sindacati nella postdemocrazia

Il punto è che, se d'un tratto si sposta l'obiettivo al presente e ci si interroga sulla attualità della riflessione di Romano sulla questione della rappresentanza, l'impressione è che, a distanza di un secolo, oggi non si sia andati molto al di là della raffigurazione che si ritrova nella prolusione: ovverosia dall'idea per cui quello della rappresentanza politica sarebbe un istituto che ha una forte valenza negativa e che ha un senso in rapporto alle forme di governo autoritative e monocratiche, ma che fatica ad assolvere una funzione sostanziale.

Anzi, se si prescinde dalle sue possibili involuzioni corporative, si può dire che il percorso seguito dalla scienza giuridica nel corso del '900 sia esattamente il percorso indicato da Romano, ovverosia il problema di dare sostanza materiale ad un istituto che altrimenti, rischia, per sua natura, di essere confinato nella sfera della mitologia giuridica. È che il pensiero del '900 ha cercato di risolvere l'antinomia registrata ad inizio secolo tra una rappresentanza politica 'generale' ma 'vuota', ed una rappresentanza di interessi 'concreta' ma 'parziale', attraverso l'invenzione del partito politico, inteso come strumento di mediazione tra il sistema degli interessi sociali e l'azione amministrativa dello stato: ancora uno stato amministrativo, se vogliamo, però reso stato sociale da due elementi: e cioè, innanzi tutto, dall'espandersi della amministrazione di prestazione rispetto alla amministrazione di imperio e, quindi, dalla presenza dei partiti politici e dalla loro funzione di indirizzo nei confronti dell'apparato statale. Le riflessioni condotte per linee diverse da Schmitt⁴⁹ e Leibholz⁵⁰ in Germania e da Mortati⁵¹ ed Elia⁵² in Italia in fondo hanno dato, per un certo periodo, nuova sostanza all'istituto, identificando il problema della rappresentanza nel problema del ruolo dei partiti e nella possibilità

⁴⁹ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (trad. it di *Verfassungslehre*, 1928), 293 ss.

⁵⁰ G. LEIBHOLZ, *La rappresentazione nella democrazia* (trad. it. di *Repräsentation in der Demokratie* 1973), Milano 1989.

⁵¹ Cfr. innanzi tutto C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano* (1957), ora in *Raccolta di scritti* III, Milano 1972, 335 ss.; ma il riferimento dovrebbe estendersi a *Disciplina dei partiti politici nella costituzione italiana* (1950), *ibidem*, 39 ss.; *Sindacati e partiti politici* (1952), *ibidem*, 83 ss. e quindi a *Concetto e funzione dei partiti politici*, in *Quaderni di Ricerca*, 1949 s.n.

⁵² L. ELIA, *Realtà e funzioni del partito politico: orientamenti ideali, interessi di categoria e rappresentanza politica* (1963); *Le forme di governo* (1970), ora entrambi in L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna 2009, rispettivamente 77 ss. e 161 ss.

di riuscire a realizzare un governo degli interessi sociali attraverso l'integrazione ideologica e l'idea della rappresentanza attraverso il valore⁵³.

Oggi, però, se vogliamo essere realisti, dobbiamo dire che siamo in qualche misura tornati al punto di partenza e cioè al punto in cui si trovava già S. Romano all'inizio del XX secolo: e questo non già e non tanto perchè le riflessioni sul partito politico si siano rivelate inadeguate a dar conto della realtà, quanto perché la figura del partito – che era stata la vera invenzione con cui per una certa fase si è risolto il problema della rappresentanza politica – sembra giocare oggi, e non solo in Italia, un ruolo assai diverso rispetto al passato.

Il che, come ha giustamente registrato M. Luciani⁵⁴, ha fra le molte sue cause, più che l'appannarsi delle ideologie politiche, il volontario arretramento della politica, classicamente intesa, rispetto al problema del controllo e della mediazione del conflitto sociale: mediazione che, fino a circa venti anni fa, in Italia e negli altri paesi orientati al modello dello stato sociale si realizzava attraverso i meccanismi della redistribuzione economica (la cd. democrazia della spesa) e attraverso la connessione tra potere politico e potere economico (il sistema delle imprese in mano pubblica).

Da allora si è avviato un processo che ha visto una molteplicità di procedimenti obiettivi di regolazione degli interessi sociali sostituirsi alla decisione politica sulla redistribuzione: un processo che, solo per fare qualche esempio, all'interno dei confini statali, si è manifestato con la proliferazione della autorità indipendenti e, all'esterno di questi confini, con il rinvio al ruolo decisionale di corti e burocrazie sovranazionali. E cioè con il rinvio a meccanismi in cui si realizza in massimo grado un fenomeno di sospensione della responsabilità politica conseguente all'arretramento della capacità di decisione di ciascuno stato. Tanto che sembra ancora oggi felice l'idea esposta anni fa da G. Guarino, per cui, in ognuno dei settori interessati da queste forme di decisione, lo stato si trasforma e si converte in 'non-stato'⁵⁵.

⁵³ Su questo percorso cfr., riassuntivamente, D. NOCILLA, L. CIAURRO, *Rappresentanza politica*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1987, XXXVIII, 543 ss.

⁵⁴ M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di F. BIONDI e N. ZANON, Milano 2001, 109 ss.

⁵⁵ Così, già da tempo, G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.* 1992, 32 ss.

In una battuta potremmo dire che la scelta tecnico-burocratica – o presunta tale – si è progressivamente sostituita alla scelta politica e la logica della razionalità rispetto al valore politico (l'esigenza di controllo e governo del potere sociale che stava alla base delle diverse costituzioni economiche) ha ceduto il passo alla razionalità rispetto allo scopo (e cioè, di volta in volta, la concorrenza; l'equilibrio del mercato; la crescita economica perenne etc.). E ciò non perché concorrenza, crescita o mercato non siano, di per sé, obiettivi politici; ma solo perché oggi vengono posti e presentati e posti come obiettivi *tout court*, da perseguire sempre e comunque, innanzi tutto perché cristallizzati nel diritto dei trattati e nelle sentenze della giurisprudenza comunitaria.

Sicchè la discussione politica non è più discussione sui valori da perseguire e sui modi per realizzarli, ma al massimo discussione sui modi per assicurare il conseguimento di certi obiettivi, prevalentemente di natura economica e perciò facilmente traducibili in parametri quantitativi: appunto ciò che si intendeva per razionalità rispetto allo scopo. Il che, come ha già scritto qualcuno, si è tradotto in un processo di amministrativizzazione della politica e nella conversione dello stato in una macrostruttura al servizio dei bisogni della società industriale, cui possono essere lasciate alcune funzioni residuali perché non immediatamente commercializzabili⁵⁶.

Il punto è che, se ci volgiamo alla sfera della rappresentanza di interessi, dobbiamo dire che anche la figura che ne ha massimamente incarnato la logica, fino a ricevere un riconoscimento costituzionale, e cioè il sindacato, solo rispetto alla posizione che poteva rivestire qualche decennio fa appare ugualmente ridimensionata nella sua capacità di incidere sui processi decisionali pubblici. Il che appare perfettamente in linea con le premesse appena poste, dal momento che la crisi dello Stato sociale e della sua funzione di redistribuzione ha portato con sé anche una naturale riduzione del ruolo dei sindacati nella definizione della misura e degli istituti di questa redistribuzione. Sicchè, se nel passato recente il ruolo del sindacato poteva essere ritrovato nel guadagnare ai suoi aderenti nuovi diritti e nuovi vantaggi, oggi, in una fase di ripensamento della sostenibilità finanziaria dello stato sociale, il ruolo del sindacato

⁵⁶ E. FORSTHOFF, *Lo Stato della società industriale*, (trad. it di *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1972), Milano 2011. Ma nello stesso senso cfr. già M. WEBER *Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania*, ora in *Parlamento e Governo e altri scritti politici*, Torino 1982, 64 ss.

sembra risolversi nella contrattazione sulla misura della riduzione di questi diritti.

Del resto, se colto da questo punto di vista, il processo di ridimensionamento dello stato sociale e l'entrata in scena dei vincoli comunitari alla spesa pubblica ha influenzato nella stessa misura la posizione dei partiti, i quali, non potendo più governare liberamente il bilancio dello stato, hanno perso anche gli strumenti e i canali che storicamente gli hanno consentito di intervenire per rimodellare l'ordine sociale sulla base di una visione complessiva di questo stesso ordine⁵⁷.

Dunque è facile vedere che le organizzazioni che, nel XX secolo, hanno incarnato i due diversi 'modi' della rappresentanza popolare, e cioè partiti e sindacati, sono entrate in crisi perché, per ragioni diverse ma convergenti, ad entrare in crisi è stata la loro capacità di incidere sui processi che governano le decisioni pubbliche, laddove per decisione pubblica non intendo soltanto le scelte riconducibili allo stato e alle istituzioni, ma in generale tutte quelle scelte che incidono sull'ambiente in cui si svolge l'esistenza dell'individuo (*Daseinvorsorge*).

Il che, evidentemente, non significa che questi due soggetti si siano eclissati: semplicemente, da quando le decisioni pubbliche sono state condizionate da un contesto sovranazionale che si stenta a definire in termini giuridici, ma che produce un evidentissimo effetto di spolitizzazione, questi soggetti hanno subito – e non potevano non subire – un sostanziale ridimensionamento, dal momento che gli strumenti di cui si sono tradizionalmente avvalsi, e cioè scelta legislativa sul bilancio e contrattazione collettiva, hanno finito con l'essere assoggettati ad un complesso di vincoli, giuridici ed economici, che ne fissano drammaticamente i limiti, se non addirittura i contenuti.

In realtà, alla base di questi due fenomeni – e cioè l'arretramento della politica di fronte alla scelta tecnico-burocratica e la insostenibilità finanziaria dei tradizionali meccanismi di redistribuzione – sta un dato di fatto strutturale che mette in crisi buona parte della concettualità costruita nei secoli scorsi in ordine al rapporto tra stato e società, ovvero sia il fatto che ad alterarsi non solo è stato il concetto di stato, che non do-

⁵⁷ Sulla natura di questi vincoli e sulla loro compatibilità con il diritto dei Trattati meritano attenzione i preziosi rilievi che si trovano in G. GUARINO, *L'Europa imperfetta. UE: problemi, analisi, prospettive*, in www.costituzionalismo.it e ora anche in G. GUARINO, *Diritto ed economia. L'Italia, l'Europa, il mondo*, in *Quaderni di economia italiana*, Roma, 2011, 219 ss.

mina più in senso classico la produzione e il transito della ricchezza sul territorio che governa, ma anche il tradizionale concetto di società, che ha perso tutte quelle connotazioni che si ricollegavano alla idea classica di territorio dello stato⁵⁸. Sicchè la fine dello stato territoriale ha portato con sé anche la fine di quel modo di pensare la società che si è costruito, negli ultimi due secoli, sulla base di quei passi delle *Grundlinien* di Hegel che si sono citati poc' anzi.

Il che, si badi, non ha niente a che vedere con la collocazione dello stato nazionale all'interno dell'Unione Europea: in realtà che una società europea esista è affermazione altrettanto dubbia quanto quella relativa alla esistenza di un *demos* europeo. La collocazione degli stati europei nell'Unione, semmai, è stata un tentativo di risposta al vero problema con cui stato e rappresentanza politica faticano a fare i conti, e cioè con il fatto che i confini del dominio politico dello stato non coincidono più con i confini della economia: detto in altre parole, con il fatto che gli interessi che dovrebbero essere governati dalla decisione statale non hanno più una collocazione stabile e, talvolta, nemmeno una collocazione. L'ambito spaziale di collocazione degli interessi si allarga o si restringe a seconda della fattispecie e muta continuamente. Sicchè a ciascuno stato resta il compito di governare soltanto una parte – e forse nemmeno la più rilevante – delle dinamiche attraverso cui gli interessi sociali giungono a realizzazione: e cioè quelle parti che possono essere raggiungibili dalla sua decisione che resta, oggi come nel XIX secolo, una decisione territorialmente limitata.

Si tratta di un fatto ben noto, a cui, non a caso, si è cercato di ovviare, da parte degli stati, attraverso la predisposizione di una trama di rapporti internazionali volta a determinare meccanismi uniformi di governo delle attività economiche transnazionali (Gatt, WTO, trattati sulla fornitura di servizi pubblici etc.), nel tentativo di colmare quel *deficit* di efficacia che ormai caratterizza la decisione di ogni singolo stato nazionale. Il che, però, anziché rendere più penetrante il controllo statale, ha semplicemente creato una gabbia di vincoli che ha ridotto ulteriormente il margine di intervento dei singoli stati nei confronti dei processi economici, se non altro per il fatto che la proliferazione delle fonti sovranazionali in

⁵⁸ Per questa notazione, ormai frequente nella riflessione sulla globalizzazione, cfr., tra i molti, A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari 2002, 118 ss.; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, cit., 36 ss.; P. BARCELLONA, *Diritto senza società*, Bari, 2003, *passim*; M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari 2012, 76 ss.

questi settori ha trasformato la scelta politica classica in una scelta attuativa di un complesso di vincoli già formalizzati a livello di diritto comunitario o degli scambi internazionali. Il che ha posto la premessa indispensabile per la definitiva conversione delle politiche nazionali in una discussione sui tempi e le modalità di adattamento ai singoli contesti nazionali di scelte già assunte *aliunde*: discussione che, evidentemente, risulta influenzata dalla situazione economica (e solo in parte politica) interna a ciascun soggetto che si continua, convenzionalmente, a definire sovrano.

Sicchè, se ci volgiamo all'interno dello stato, l'impressione è che, ciascuna per proprio conto, rappresentanza politica e rappresentanza di interessi non solo sembrano avere perduto il loro oggetto naturale (il cosa o il chi rappresento realmente) – come ci ricordava alcuni anni fa M. Luciani – ma, quel che più importa, sembrano essersi indeboliti da un punto di vista funzionale (il perché rappresento e con quale efficacia).

Ciò che, rispetto al recente passato, è mutato, insomma, non sono i meccanismi rappresentativi, che sono rimasti più o meno gli stessi dei tempi di S. Romano, quanto il contesto generale in cui questi meccanismi si trovano ad operare, segnato com'è dal fatto che per, molti versi, siamo già andati oltre lo stato, senza per questo avere elaborato dei meccanismi idonei a compensare il fatto (E. Böckenförde) che la democrazia e le libertà politiche per assolvere alla loro naturale funzione di legittimazione delle scelte pubbliche richiedono la forma giuridica dello stato⁵⁹.

Il che ci porta ad un'altra considerazione, di primaria importanza e sovente dimenticata: e cioè che la rappresentanza politica non è un fine, ma un mezzo. È, più precisamente, il mezzo elaborato dal costituzionalismo degli ultimi due secoli per far sì che una decisione pubblica possa dirsi democraticamente fondata. Sicchè se la decisione pubblica è in grado di incidere solo in parte sulla realtà sociale che pretende di governare, anche la rappresentanza e i suoi processi perdono rilievo, così come perdono rilievo quelle libertà politiche che della rappresentanza sono il fondamento⁶⁰, pur

⁵⁹ E. BÖCKENFÖRDE, *Il futuro dell'autonomia politica. Democrazia e statualità nel segno della globalizzazione, dell'uropeizzazione e dell'individuazione* (trad. it di *Die Zukunft politischer Autonomie. Demokratie und Staatlichkeit im Zeichen von Globalisierung, Europäisierung, und Individualisierung*, 1998) ora in *Diritto e secolarizzazione*, Roma-Bari 2007, 204 ss.; ma in un senso non troppo diverso cfr. anche D. GRIMM, *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, Berlin 2009.

⁶⁰ A. MANGIA, *Le libertà politiche nella prospettiva del diritto transnazionale*, in www.forumcostituzionale.it.

in presenza di un sistema che, da un punto di vista strutturale, è, oggi come ieri, perfettamente democratico.

In sintesi, se volessimo provare a descrivere questo contesto che è stato definito post-democratico⁶¹ e che non a caso è stato colto prima e meglio da politologi e sociologi, piuttosto che dai giuristi, potremmo indicare almeno tre passaggi.

Intanto va registrata, all'interno e soprattutto all'esterno dello stato, l'affermazione di 'poteri situazionali' che non chiedono affatto di essere rappresentati nei loro interessi all'interno dei meccanismi di decisione statali, innanzi tutto perché riescono benissimo a rappresentarsi da soli, nel momento in cui determinano le condizioni generali in cui deve essere assunta la scelta pubblica: a costituire, in altre parole, un limite o un contrappeso alla tradizionale scelta rappresentativa. È quel fenomeno che talvolta è stato definito in termini di sovranità della economia sullo stato e che relativizza la rappresentanza, collocandola ai margini, perché ormai è il potere pubblico legittimato dalla rappresentanza a stare ai margini dei processi economici.

In secondo luogo, a livello nazionale, abbiamo assistito ad una contaminazione delle tradizionali categorie (rappresentanza politica/rappresentanza di interessi) attraverso il sorgere e il diffondersi, nella lotta per la redistribuzione, degli 'interessi territoriali', ovvero sia di interessi che si caratterizzano per il fatto di essere interessi propri di comunità collocate su una porzione del territorio nazionale e che, proiettati a livello nazionale, assumono la forma dell'interesse frazionale, in uno strano e affatto inedito connubio di rappresentanza politica e di rappresentanza locale (emblematica, da questo punto di vista, è la vicenda dei parlamenti regionali)⁶².

In terzo luogo, tutti questi problemi si collocano oggi in un contesto che, come si è detto, è andato ampiamente 'oltre lo stato' e che è ormai è transnazionale: oggi larga parte delle decisioni pubbliche vengono prese attraverso meccanismi che prescindono dai circuiti classici della rappresentanza politica o della rappresentanza di interessi – classici perché costruiti per funzionare all'interno dei confini statali – ma che di questi circuiti si avvalgono per legittimare in modo formale, all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, decisioni assunte altrove, e cioè a livello di or-

⁶¹ C. CROUCH, *Postdemocrazia* (trad. it di *Postdemocracy*, 2000), Roma-Bari 2007.

⁶² A. MANGIA, *Regioni, rappresentanza politica, rappresentanza di interessi*, in *Le Regioni*, 2010, 753 ss.

dinamento internazionale e comunitario. E, da questo punto di vista, ancora una volta, è significativo che il sistema transnazionale di tutela dei diritti, larghissimo e in continua espansione, sia sostanzialmente impermeabile al problema delle libertà politiche e del diritto di voto, le quali non a caso restano confinate nel perimetro degli stati nazionali.

Altre sono le notazioni che potrebbero aggiungersi, soprattutto a proposito del rapporto tra ciò che resta della sovranità statale e i condizionamenti che a questa derivano dalla tecnica. Ciò che mi pare però evidente è che in questo quadro, assai più caotico e complesso di quello che poteva intravedere Romano nell'Italia giolittiana di cento anni fa, i processi di legittimazione delle scelte pubbliche siano sempre meno agganciati alla logica del valore politico o del puro interesse corporativo e tendano, in misura crescente, ad appoggiarsi a valutazioni tecniche o di razionalità rispetto allo scopo, in cui si realizza, ancora una volta, quello stesso fenomeno di sospensione della responsabilità politica cui si accennava prima e che va di pari passo con lo svuotamento delle libertà politiche e del senso del diritto di voto.

Il rischio, insomma, è che la rappresentanza politica, dopo avere perso, come ci avvertivano Orlando e Romano, il suo significato originario di opposizione al principio monarchico e dopo essere andata per cento anni alla ricerca di un contenuto che le restituisse forza e sostanza, ritorni ad essere attuale per le sue sole valenze oppostive nei confronti di un nuovo sovrano, questa volta oggettivo e immateriale (un antisovrano) che ha comunque saputo farsi istituzione, nel momento in cui ha saputo creare una sua normatività, trasversale e prevalente, rispetto a quella statale: un antisovrano che, per quanto percepito, si stenta a descrivere nei suoi contorni reali soprattutto da chi, come i cultori del diritto costituzionale, è indotto per *habitus* mentale a identificare il potere con il solo potere politico⁶³.

Il che, se davvero – come ci ha insegnato Bobbio – si vuole distinguere tra teoria ed ideologia, genera il fastidioso sospetto che il paradiso del nuovo diritto spontaneamente creato dai gruppi sociali, che è stato salutato da alcune riletture del pensiero di Romano, sia poco più di una veste accattivante, colorata di romanticismo politico, dietro alla quale non sta la libertà (dallo stato) dell'individuo e delle sue formazioni, ma soltanto l'inferno del potere sociale fattosi istituzione.

⁶³ Di antisovrano ha parlato, e con largo anticipo sui tempi, già M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, Riv. dir. cost. 1996, 124 ss.

Credo sia soprattutto questo ciò che S. Romano temeva e contro cui ci ha messo in guardia più di cento anni fa quando vedeva nello stato *'l'unico istituto, ad ogni modo, fra quelli che l'umanità ha finora conosciuto, che sia in grado di dar vita ad un ordinamento politico che impedisca alla futura società corporativa di ritornare ad una costituzione assai simile a quella feudale'*⁶⁴.

⁶⁴ S. Romano, *Lo stato moderno e la sua crisi*, cit., 395.