



**Antonino Scalone\***

## **Il concetto di istituzione fra innovazione e continuità. A proposito di alcune pubblicazioni recenti\*\***

SOMMARIO: 1. Ritorno dell'istituzionalismo? - 2. Diritto, continuità, durata. - 3. Hauriou e la vitalità dell'istituzione. - 4. Santi Romano e la nozione di ordinamento giuridico. - 5. L'istituzionalismo eccentrico di Cesarini Sforza.

### **1. Ritorno dell'istituzionalismo?**

**1** a. Tanto il concetto di istituzione quanto l'istituzionalismo nelle sue varie declinazioni sembrano al centro di una rinnovata attenzione che si pone trasversalmente rispetto alle partizioni disciplinari. Si va da monografie di ambito filosofico-politico dedicate a questo approccio, come quelle rispettivamente di Roberto Esposito<sup>1</sup> e di Sandro Chignola<sup>2</sup>, alla riproposizione, corredata da corposi saggi interpretativi, di alcune opere che hanno caratterizzato il profilo di questa corrente di pensiero: *La teoria dell'istituzione e della fondazione* di Hauriou<sup>3</sup>, *L'ordinamento giuridico*<sup>4</sup> e i *Frammenti di dizionario giuridico*<sup>5</sup> di Romano e *Il diritto dei privati*<sup>6</sup> di Cesarini Sforza.

Tale attenzione, al di là delle differenze fra i vari percorsi interpretativi, sembra sostanzialmente riconducibile alla convinzione che l'istituzionalismo, o comunque il pensiero di alcuni degli autori a vario titolo riferibili ad esso (e, come si vedrà, non semplicemente ascrivibili all'ambito giuridico) configuri un approccio ricco di potenzialità ermeneutiche inesprese e capace di offrire delle alternative rispetto ad altri finora più praticati. La presente nota, attraverso un rapido attraversamento di tali contributi, intende suggerire alcune considerazioni utili, si spera, a contribuire alla verifica della consistenza di questa ipotesi.

---

\*Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Padova.

\*\*Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

<sup>1</sup>R. ESPOSITO, *Pensiero istituyente. Tre paradigmi di ontologia politica*, Torino, Einaudi, 2020.

<sup>2</sup>S. CHIGNOLA, *Diritto vivente. Ravaisson, Tarde, Hauriou*, Macerata, Quodlibet, 2020.

<sup>3</sup>M HAURIOU, *La teoria dell'istituzione e della fondazione (Saggio di vitalismo sociale)* (1925), trad. it. Macerata, Quodlibet, 2019.

<sup>4</sup>S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1928), Macerata, Quodlibet, 2018.

<sup>5</sup>S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Macerata, Quodlibet, 2019.

<sup>6</sup>W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* (1929), Macerata, Quodlibet, 2018.

**1b.** Nel suo volume, Roberto Esposito opera una distinzione radicale fra tre paradigmi ontologico-politici: destituente, costituente e istituyente, il primo riferito al pensiero di Heidegger, il secondo a quello di Deleuze e il terzo a quello di Charles Lefort. È a quest'ultimo che va il suo favore, in ragione della sua capacità propositiva: «La mia tesi è che, mentre i primi due paradigmi – quelli post-heideggeriano e deleuziano – s'inscrivano, con modalità diverse e anche opposte, nella crisi attuale del politico, contribuendo ad accentuarla, solo il terzo, quello istituyente, sia in grado d'invertire tale deriva in un nuovo progetto affermativo»<sup>7</sup>.

Il primo paradigma, infatti, intende la politica come una cosa che va radicalmente «destituita» in conseguenza della sua avvenuta riduzione alla dimensione tecnica. Questo, però, ha come conseguenza l'«autoannientamento» della stessa dimensione impolitica, pensata come mero negativo del politico che si intende criticare e superare: «Una volta annientato il politico, l'impolitico, privo di un punto di contrasto, s'inabissa insieme a esso. Quanto agli uomini, ontologicamente impossibilitati a trasformare la realtà, possono solo attendere il compiersi del destino»<sup>8</sup>. All'«implosione» del politico, «stretto nella tenaglia del negativo – quello della tecnica che lo ha risucchiato e quello dell'impolitico che lo contrasta inoperosamente»<sup>9</sup>, non sopravvive nulla, tanto meno l'impolitico, privo di consistenza autonoma.

Riguardo al secondo paradigma, la scelta deleuzeana di collocarsi su un piano di radicale immanenza pone il filosofo francese in radicale opposizione a Heidegger e alla sua differenza ontologica: «Essendo l'essere univoco, cioè costituito nella forma unica della differenza, questa, tutt'altro che dividerlo da una dimensione ontica, coincide col medesimo divenire dell'essere stesso»<sup>10</sup>. In questo modo, però, si smarrisce la specificità del politico. Scrive Esposito: «Se l'essere è in quanto tale politico, secondo l'esplicita dichiarazione di Deleuze, come si distingue, al suo interno, un'attività specificamente politica? Cosa la differenzia da ciò che non lo è?»<sup>11</sup>. La potenza costituente dell'essere è sempre e incessantemente creativa, ma, proprio per questo, anche distruttiva di quanto appena creato. Oltre a ciò, essa rende insuperabile il capitalismo «sia perché non esiste negazione, ma solo differenza affermativa. Sia perché nessun'altra formazione sociale scatena, come il capitalismo, il flusso del desiderio e il movimento nomadico. È vero che allo stesso tempo il capitalismo li imbriglia con blocchi, vincoli, striature – che vanno debellate attraverso ciò che Deleuze definisce contro-effettuazioni. Ma dall'interno della stessa effettuazione capitalistica – visto che non c'è nulla di esterno a essa»<sup>12</sup>. Discorso analogo è svolto da Esposito con riferimento a Negri, inteso come «colui che più di ogni altro ha provato a fornire un contenuto politico alla filosofia di Deleuze»<sup>13</sup>. In Negri, analizzato con particolare riferimento a *Il potere costituente*<sup>14</sup>, Esposito scorge la stessa *impasse* che caratterizza Deleuze e che rende impossibile pensare il politico in quanto tale, dovuta al «cortocircuito chiuso tra la produzione

<sup>7</sup>R. Esposito, *Pensiero istituyente*, cit., X.

<sup>8</sup>Ivi, XII.

<sup>9</sup>Ivi, 70.

<sup>10</sup>Ivi, XIV.

<sup>11</sup>Ivi, XV.

<sup>12</sup>Ivi, XVI-XVII.

<sup>13</sup>Ivi, 114.

<sup>14</sup>Cfr. A. NEGRI, *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Carnago (Va), Sugarco, 1992.

sociale del capitalismo e le forze produttive da cui esso stesso è prodotto. Sotto il profilo teorico, l'*impasse* di Negri nasce, come già in Deleuze, da una concezione integralmente affermativa della potenza sociale che esclude il negativo dall'orizzonte politico (...) Ciò che manca, in un'ontologia politica dell'immanenza assoluta, non è la trascendenza del potere, ma una teoria del conflitto politicamente articolata»<sup>15</sup>.

Conflittualità e dualità sono precisamente quanto la prospettiva istituyente permette di pensare in modo adeguato: «Nel paradigma istituyente, per questo definibile neo-machiavelliano, l'essere sociale non è né univoco né plurivoco, ma conflittuale. A caratterizzare il sociale – ogni relazione interumana – non è né l'assolutezza dell'Uno né l'infinita proliferazione del molteplice, ma la tensione del Due. Anche quando proclama la propria compattezza, o quando sembra sfaldarsi in infinite differenze, la società è sempre segnata da un antagonismo fondamentale, cui tutti gli altri in ultima analisi fanno capo»<sup>16</sup>. Il politico istituisce, o istituzionalizza tale separazione conflittuale conferendole forma: «Facendo del politico l'istituzione del sociale, lo si trattiene all'interno di questo, senza però identificarlo con esso, mantenendo fermo il limite simbolico che impedisce al sociale di coincidere con se stesso sprofondando in un'assoluta immanenza»<sup>17</sup>. Con riferimento esplicito a Hauriou e a Santi Romano, Esposito intende l'istituzione non come il risultato di una decisione, ma piuttosto come l'esito e la formalizzazione di un movimento che emerge dal sociale, che forma l'istituzione nella stessa misura in cui ne viene formato. Ciò significa, tra l'altro, superare l'unicità dello Stato in favore della pluralità delle istituzioni: soprattutto «nell'elaborazione di Romano, vanno considerate istituzioni a tutti gli effetti, alla sola condizione di essere internamente organizzate, anche quelle dichiarate dallo Stato illegittime perché ostili nei suoi confronti, come le associazioni rivoluzionarie. Non per questo necessariamente fornite di ragioni etiche inferiori alle sue – e anzi spesso superiori»<sup>18</sup>.

Concepire, come fa Lefort elaborando le nozioni di *institution* e di *Stiftung* proprie rispettivamente di Merleau-Ponty e di Husserl, la politica come «istituzione del sociale» significa intendere politica e istituzione (o, per meglio dire, attività istituyente) nella loro reciproca implicazione: «Come l'istituzione è sempre politica, così la politica è sempre istituyente»<sup>19</sup>. L'attività istituyente sembra essere il modo in cui la politica si manifesta nei confronti della società: conferendole forma. È infatti proprio questa «messa in forma» che conferisce alle società, le quali certo «esistono per sé», senza però essere «intelligibili», precisamente «quell'identità che le differenzia dalle altre, contemporanee e precedenti»<sup>20</sup>. La società, insomma, non si autoproduce, come vorrebbe la prospettiva deleuzeana, ma nemmeno appare fondata *ex nihilo*, secondo la prospettiva contrattualistica: «A 'deciderla' non è nessun soggetto presupposto, ma neanche se stessa, la sua potenza autoproduttiva»<sup>21</sup>. Qui Esposito riconosce l'influenza di Hauriou, giurista

<sup>15</sup>R. ESPOSITO, *Pensiero istituyente*, cit., 115.

<sup>16</sup>Ivi, XVII-XVIII.

<sup>17</sup>Ivi, XVIII.

<sup>18</sup>Ivi, XX.

<sup>19</sup>Ivi, 169.

<sup>20</sup>Ivi, 170.

<sup>21</sup>Ivi, 171.

eclettico e «assai inferiore a Santi Romano», ma non di meno assai autorevole in Francia e, soprattutto, assai letto anche in ambito extragiuridico. È Hauriou, infatti, a collegare «diritto e società, norma e vita, idea e azione, in una forma che, anziché opporre l'una all'altra, punta sulla loro reciproca implicazione». Così Hauriou, «mescolando spunti di provenienza diversa – giuridica, sociologica, biologica – conferisce all'istituzione una dimensione vitalistica che la sottrae sia al positivismo che al normativismo»<sup>22</sup>. Tale influenza non è forse estranea al progressivo allontanamento di Lefort dal marxismo e al suo conseguente rifiuto della «stessa idea di rivoluzione, cioè di un potere costituente creativo di una realtà del tutto nuova»<sup>23</sup>: pur in una prospettiva che comprende il conflitto (società e conflitto in Lefort, riprendendo Machiavelli, sono «co-originari» e «il sociale è fin da subito diviso e la divisione già da sempre sociale»<sup>24</sup>), l'enfasi sulla dimensione istituyente e sulla sostanziale continuità fra l'istituzione e la società non possono che contrapporsi radicalmente ad ogni ipotesi di rottura rivoluzionaria e di fondazione di un ordine radicalmente nuovo. Si potrebbe dire che l'istituzione 'controlla' il conflitto da sempre presente nella società tramite la forma giuridica. Esposito ritiene che in questo modo l'«atto istituyente» si collochi oltre la dicotomia fra «la logica sovrana del potere costituente» e la «disattivazione messianica della potenza destituyente»<sup>25</sup>, anche se, in quanto 'atto', sembrerebbe piuttosto prossimo alla prima. La democrazia, allora, è realisticamente la forma politica che garantisce al meglio lo scambio fra la dimensione sociale, dalla quale 'emergono' nuovi diritti, e la dimensione istituzionale, secondo una prospettiva conflittuale, ma regolata: i diritti «sono sempre oggetto di una lotta che nasce da interessi diversi e contrapposti. Ma la stessa possibilità di questa lotta per il diritto è di per sé un valore giuridicamente assicurato dalla democrazia»<sup>26</sup>.

Se l'approccio decostituente sembra inibire ogni forma di azione politica effettiva e se quello costituente, ad onta della propria apparente radicalità, sembra confinare l'azione politica all'interno dell'orizzonte capitalistico, solo quello istituyente, nella prospettiva di Esposito, appare in grado di garantire un concreto spazio operativo di tipo politico, capace di produrre innovazione sulla scorta di un uso regolato, per così dire, del conflitto. Il politico così inteso non avrebbe insomma a che fare con la pretesa astratta di fondare (o rifondare) un ordine politico, ma con le dinamiche fattuali che attivano un processo di trasformazione sociale incessante, ma privo di rotture. L'istituzione, in questo quadro, sembrerebbe svolgere un'opera di governo complessivo – giuridicamente formalizzato – e di controllo di tale dinamica. Questa ricostruzione sembra suggerire due interrogativi. Da un lato ci si potrebbe chiedere se in questo modo non ci trovi di fronte ad una sorta di legittimazione di fatto del livello istituzionale che, in quanto espressione e 'colmo' di un movimento sociale che non si arresta mai (e che non perviene mai a soglie di rottura), per così dire, si giustifica per il semplice fatto di esistere. Dall'altro si potrebbe dubitare della capacità di un simile approccio di dar ragione adeguatamente delle rotture rivoluzionarie che, fin dalla sua origine e per l'intero suo corso, hanno caratterizzato, anche in modo altamente

<sup>22</sup>Ivi, 173-4.

<sup>23</sup>Ivi, 176.

<sup>24</sup>Ivi, 204.

<sup>25</sup>Ivi, 215-16.

<sup>26</sup>Ivi, 226.

drammatico, la vicenda moderna. Sono esse pienamente risolubili nel movimento istituente? Sono riconducibili ad una dinamica di semplice 'emersione' dalle condizioni materiali di un determinato momento storico così come, secondo Esposito, accade alla «psicoanalisi freudiana» che, appunto, «emerge» dalla «scienza del tempo» senza che questo si configuri propriamente come una vera rottura epistemologica?<sup>27</sup>

## 2. Diritto, continuità, durata

**2a.** «Il diritto si intesse alla durata» scrive Sandro Chignola. «Esso riduce le incertezze del presente – più radicalmente ancora: riduce le incertezze di un presente che si riaffaccia ogni volta di nuovo come un trauma – e lo assegna al ritmo che lo attraversa, agganciandolo a forme e a dimensioni di una continuità d'esperienza che viene, proprio per il tramite delle procedure e delle tecniche che al diritto pertengono, resa possibile»<sup>28</sup>. Esso ripete in modo formalizzato un movimento circolare che lo precede e dal quale sembra sostanzialmente dipendere: «La ricorsività delle istituzioni aggancia la ricorsività della natura e della natura umana. Ma questa ricorsività si effettua sperimentalmente e attraverso una continua variazione. Che non esclude da sé blocchi, catastrofi o guerre: tutto ciò che la natura, se colta sotto la specie della continua *dépense* di possibilità che la attraversa – o l'uomo stesso, pensato per ciò che esso è: un animale sì, ma 'politico' e dotato di facoltà di linguaggio – è in grado di esprimere nel *farsi* della sua azione»<sup>29</sup>. Legato a tale movimento naturale, il diritto ne viene *vivificato*: «Leggi, usi, istituzioni sono viventi in quanto questa azione la accompagnano». Da qui la possibilità di concepire il diritto in modo diverso e opposto rispetto a quello proprio del moderno: «Pensarli significa lavorare con un'ontologia radicalmente differente da quella che ha agito da riferimento per il definirsi della macchina concettuale moderna»<sup>30</sup>.

Mosso da tale finalità, Chignola riunisce in un gesto teorico sostanzialmente unitario tre pensatori, analizzati con grande penetrazione e finezza: un filosofo, Ravaisson, un sociologo (con forte attitudine filosofica), Tarde, e un giurista, Hauriou, secondo una linea progressiva che va dall'abitudine individuale, tematizzata dal primo, all'imitazione sociale studiata dal secondo, all'istituzione giuridica tipica della riflessione del terzo. Tutte accomunate dal riferimento alla dimensione del *vivente*, inteso come continuità e come differenza.

**2b.** Per Ravaisson «la ripetizione della passione tende a indebolirla; la ripetizione dell'azione, o di ciò che comunque sta in rapporto con il movimento, come lo è la percezione, potenzia e ottimizza profili e *performances* dell'azione stessa»<sup>31</sup>. L'abitudine non è passività, ma «segna l'irruzione di una '*spontanéité irréfléchie*'»; essa «è la maniera d'essere generale e permanente di una

<sup>27</sup>Ivi, 168.

<sup>28</sup>S. CHIGNOLA, *Diritto vivente*, cit., 11.

<sup>29</sup>Ivi, 11-2.

<sup>30</sup>Ivi, 13.

<sup>31</sup>Ivi, 21.

cosa tanto in relazione ai suoi elementi costitutivi, quanto in relazione al suo divenire»<sup>32</sup>. Se è vero che «pensare la vita, e cioè, l'abitudine, significa pensare il cambiamento, la metamorfosi»<sup>33</sup>, tuttavia tale movimento si presenta sempre, pur nelle sue infinite variazioni e potenzialità, dunque nella sua «libertà» («Non soltanto la ripetizione significa qui virtualità, possibilità di differenza e di variazione, evoluzione individuale, ma questo tipo di ripetizione periodica, ritmica e abituale, introduce la libertà nell'ordine dell'essere»), come continuità priva di interruzioni. L'abitudine e il radicalmente nuovo si oppongono in modo inconciliabile. Ancora, «usare metodologicamente l'abitudine significa pensare la continuità dell'essere nella natura oltre la serie fenomenica delle sue differenti manifestazioni e cioè, contro Kant e restaurando un aristotelismo 'teologico', la serie ascendente e discendente della ripetizione eccentrica che contrae enti individuati piegando e dispiegando una stessa forza»<sup>34</sup>.

L'abitudine mostra la propria forza modellante, se possiamo dire così, in modo altrettanto deciso in ambito morale e politico: il costume è «seconda natura, *hexis*, nella quale il vivente è alla propria libera variazione come alla tendenza a perseverare in quella particolare forma dell'atto imperfetto che costituisce la storicità dell'essere»; la politica «ha origine nell'*habitus* con il quale abitiamo il corpo che siamo: con la vita che usiamo»<sup>35</sup>.

Per Ravaisson, dunque, l'abitudine permette di cogliere con un unico sguardo l'intero agire dell'uomo, dal processo conoscitivo alla sfera etica, a quella politica. Quella che in questo modo sembra configurarsi è un'unità ontologica senza soluzione di continuità, frutto in qualche modo necessario della selezione fra una gamma infinita di potenzialità e dell'azione di un'unica «forza» cui non è possibile sottrarsi. Ci si può chiedere però in che modo, al di là delle intenzioni, tutto ciò possa configurarsi altrimenti che come una riduzione sostanziale dello spazio della libertà e dell'autonomia; in che modo, insomma, rispetto al dispiegarsi irresistibile di quella forza onnicomprensiva, siano possibili atteggiamenti diversi dall'adattamento e dall'accettazione (al più consapevoli).

**2c.** Nell'attitudine imitativa, così come viene tematizzata da Tarde, sembra dissolversi il primato del soggetto: «Da un lato – scrive Chignola - l'umano illanguidisce nelle curve anonime dell'imitazione (trasferimento tecnico, migrazione degli usi grammaticali, innesto istituzionale, ad esempio); dall'altro viene destituito ciò che permane quanto al soggetto che intesse la storia come effetto della sua narrazione (...) Nessuno è in realtà 'sovrano', quanto al proprio destino. E il campo della storia è fatto invece di correnti imitative che distribuiscono, e che rendono contemporaneamente possibile, l'invenzione»<sup>36</sup>. Questa, peraltro, presenta un profilo impersonale, giacché per Tarde si «scioglie nei flussi comunicativi» che la «rendono possibile»<sup>37</sup>. Si scorge qui il ruolo essenziale che per Tarde riveste il linguaggio come strumento e ambiente a un tempo del

<sup>32</sup>Ivi, 23.

<sup>33</sup>Ivi, 33.

<sup>34</sup>Ivi, 43.

<sup>35</sup>Ivi, 49-50.

<sup>36</sup>Ivi, 52.

<sup>37</sup>Ivi, 53.

vincolo sociale destituito da ogni fondazione pattizia e da ogni idea di convergenza di volontà determinate. Peraltro, Chignola cerca con grande perizia di evidenziare il carattere non automatico dell'imitazione, il suo essere autentica *azione*: «Imitare non significa ripetere meccanicamente un impulso, né far ruotare l'azione attorno ad un polo di attrazione morale. L'imitazione è, piuttosto, il processo per il quale l'agire risulta determinato dalla particolare struttura relazionale che gli appartiene»; «Ogni 'individuo' si dà la propria consistenza nella ripetizione – la memoria, l'abitudine altro non sono che la continuità del circuito imitativo in cui si riproduce la matrice sociale della soggettività»<sup>38</sup>.

L'approccio neoleibniziano della filosofia sociologica (o della sociologia filosofica) di Tarde appare con particolare evidenza in *Monadologie et sociologie*, ove egli si propone a un tempo di «polverizzare l'universo» e di «spiritualizzare la polvere», ovvero di adottare, scrive Chignola, «un punto di vista in grado di pensare il continuo come ininterrotta proliferazione di differenze»<sup>39</sup>, come un movimento incessante del quale appare evidente il carattere politico: «Agire significa qui non solo mandare ad effetto la potenza propria a ciascuna monade, ma assumere ogni monade come aperta all'azione di tutte le altre; significa che ogni elemento viene dissolto nella variazione pura che ne modifica costantemente lo statuto impedendone l'insularizzazione. E ancora: che ogni singolo elemento della realtà – atomo, cellula, 'âme' [secondo la terminologia tardeana], a seconda del piano dell'essere che verrà assunto come rilevante per l'indagine – dovrà essere pensato interagire con tutte le forze che lo attraversano, qualificando in senso eminentemente *politico* l'ontologia e togliendo da essa qualsiasi traccia residua di finalità»<sup>40</sup>. Poiché le combinazioni possibili sono infinite, il virtuale eccede sempre il reale e «la vita, tanto quella individuale (...) quanto quella naturale (...) mai attualizza sino in fondo le potenzialità che le pertengono»<sup>41</sup>. Ma, d'altro canto, la realtà così com'è risulta assolutamente irreversibile e indiscutibile perché è il frutto attuale di un «meccanismo selettivo rispetto ai possibili»<sup>42</sup>. L'infinita variazione differenziale, selezionando uno e uno soltanto fra gli infiniti possibili, gli conferisce per ciò stesso il carattere di absolutezza: il mondo nella sua configurazione attuale è l'unico (e il migliore) dei mondi possibili. L'ontologia politica sembra rovesciarsi qui nella mera (e passiva) adesione alla realtà. È vero che «il reale è sempre meno reale delle virtualità che in esso sussistono», giacché «è sempre più piccolo delle parti che lo compongono»<sup>43</sup>, ma, cionondimeno, si impone a tutti i possibili perché, a differenza di essi, si è effettivamente realizzato («Ogni possibile cerca la propria attualizzazione, ma, in un universo finito come lo è il nostro, non tutti i possibili possono essere realizzati»<sup>44</sup>).

L'obiettivo polemico della proposta teorica di Tarde è esplicitamente il contrattualismo hobbesiano<sup>45</sup>, ma ci si può chiedere quanto questo obiettivo sia raggiunto e quanto, invece egli di

<sup>38</sup>Ivi, 54.

<sup>39</sup>Ivi, 62; cfr. G. TARDE, *Monadologie e sociologia* (1895), trad. it. Verona, Ombrecorte, 2013.

<sup>40</sup>S. CHIGNOLA, *Diritto vivente*, cit., 68-9.

<sup>41</sup>Ivi, 70.

<sup>42</sup>Ivi, 71.

<sup>43</sup>Ivi, 72.

<sup>44</sup>Ivi, 71.

<sup>45</sup>Ivi, 91: «È contro il momento hobbesiano della sociologia e per la decostruzione del moderno concetto di Politico, che Tarde, invece, lavora».

quella concezione continui ad essere debitore. Significativo è il ricorso all'esempio del movimento di un'armata per esprimere il movimento sociale: «Più il movimento di un'armata assume le caratteristiche di un'azione 'perfetta', solo in apparenza meccanica, dunque, tanto più ciò che in esso risalta è la forza del legame che si esprime in uno scambio tra comando e obbedienza che non ha nulla della rigidità della cosa»<sup>46</sup>. Ora, che la ripetizione e l'imitazione abbiano reso i movimenti di un'armata tanto naturali e spontanei, nulla toglie al carattere coercitivo del rapporto. Pur sempre i soldati obbediscono a un comando che appare tanto introiettato da risultare quasi invisibile. Più che di un'azione perfetta, sembra qui trattarsi di un *comando* perfetto: «L'anima collettiva nella quale convergono e si risolvono passioni, abitudini, pregiudizi e convinzioni individuali è, semplicemente, l'*âme du chef*'; l'anima che domina perché capace di sintetizzare e di dirimere i dubbi, le esitazioni e le contraddizioni che attraversano il gruppo ed ogni singolo che ad esso appartiene, e di imporsi perciò come modello d'azione»<sup>47</sup>.

Sul piano normativo si riproduce la stessa irresistibile coerenza: se, invece che una «volontà sovrana», il legislatore «non è che un '*ouvrier de la Logique sociale*' che impone come compito collettivo – in analogia con quanto accade nella mente individuale – quello di ricavare un ordine dal caos»<sup>48</sup>, appare arduo pensare di opporsi a tale logica, anche solo immaginando un ordine diverso.

**2d.** Osservazioni sostanzialmente analoghe a quelle avanzate con riferimento a Ravaisson e Tarde possono essere fatte rispetto a Hauriou, al quale Chignola dedica il terzo e finale capitolo del suo saggio. Proprio Tarde è il riferimento esplicito che – rileva Chignola – permette a Hauriou di intendere la «*chose sociale*» come «fluida, mobile, *vivente*». Rispetto ad essa l'istituzione realizza un «mobile equilibrio» esprimendo «in termini organizzativi un adattamento degli elementi in essa coinvolti a una finalità immanente»<sup>49</sup>. Esso corrisponde sul piano dell'organizzazione a quello che Hauriou chiama «l'insieme delle idee sociali»<sup>50</sup> e l'istituzione trova in questa corrispondenza alla dimensione sociale la propria legittimazione. Se «la materia sociale è organizzata», la 'naturalità' di tale organizzazione corrisponde in Hauriou al «principio formale» dell'istituzione stessa intesa, scrive Chignola, «come agglutinazione delle relazioni che saturano le dimensioni della socializzazione»<sup>51</sup>. La 'natura' dell'uomo – nella misura in cui si può usare questa espressione – ha sempre, necessariamente, un profilo istituzionale giacché «i contatti psichici e materiali che fanno la materia sociale sono sempre mediati all'interno di 'forme' che (...) orientano di volta in volta secondo una direttrice singolare, o comunque specifica, la '*conduite*' degli agenti nel loro movimento individuale e collettivo»<sup>52</sup>.

Al movimento 'istituzionalizzante' non è nemmeno estranea la dimensione della decisione.

<sup>46</sup>Ivi, 93.

<sup>47</sup>Ivi, 94.

<sup>48</sup>Ivi, 99.

<sup>49</sup>Ivi, 168-69.

<sup>50</sup>M. HAURIOU, *Leçons sur le mouvement social* (1899), in ID., *Écrits sociologiques*, Dalloz, Paris, 2008, 100; cfr. S. CHIGNOLA, *Pensiero vivente*, cit., 169.

<sup>51</sup>Ivi, 172.

<sup>52</sup>Ivi, 173.



Questa infatti, scrive ancora Chignola, «segna il punto d'innesto del movimento generale e ordinato del gruppo» secondo una «dinamica societaria» che «lascia spontaneamente emergere il 'potere' in grado di dominarla»<sup>53</sup>. Dunque, per quanto Hauriou non manchi di sottolineare «la discontinuità dell'atto libero» correlato all'«istituirsi di una condotta comune»<sup>54</sup>, tuttavia esso si inserisce pur sempre entro un movimento 'spontaneo' e progressivo che sembra trarre la propria giustificazione dal fatto di esistere in *quella* precisa configurazione. Così, in polemica con la *Staatslehre* tedesca, egli intende la personificazione dello Stato «come il movimento di stabilizzazione e, almeno sino a un certo punto, di centralizzazione di un complesso di istituzioni la cui giuridicità si produce spontaneamente in nodi e reti di potere multilaterali»<sup>55</sup>. Non meno cogente della *Herrschaft* di ascendenza tedesca, il potere dello Stato in Hauriou deriva la propria irresistibilità dal fatto di non essere imputabile ad una volontà in particolare. Lo Stato, inteso come «*institution des institutions*», «si determina come lo strato superiore di una serie multipla di processi aggregativi»<sup>56</sup>, trovando in essi la propria salda radice materiale e la propria legittimazione.

### 3. Hauriou e la vitalità dell'istituzione

**3a.** Quanto emerso attraverso l'analisi di Chignola del pensiero di Hauriou può risultare confermato da alcuni luoghi della *Teoria dell'istituzione*.

Se, come ritiene Hauriou in apertura del saggio, il diritto si identifica con l'istituzione e questa con la propria capacità di durare e di solidificarsi nel tempo, letteralmente nessuno spazio rimane per la distinzione fra diritto soggettivo e oggettivo e per il fondamento contrattualistico dell'ordine politico. L'istituzione è *la realtà* del diritto; tutto il resto appare mera astrazione. Solo ciò che si realizza per strati successivi, che si sedimenta nelle pratiche e si conferma nell'abitudine può pretendere di essere riconosciuto come legittimo e di essere obbedito: «Le istituzioni – scrive Hauriou - rappresentano nel diritto, come nella storia, le categorie della durata, della continuità e del reale; l'insieme delle operazioni necessarie alla loro fondazione costituisce il fondamento giuridico della società e dello Stato. La teoria giuridica dell'istituzione, che aderisce intimamente alla realtà storica, si è venuta formando con lentezza. Ha trovato il suo vero assetto solo quando si è sgombrato il campo dalla questione del contratto sociale e da quella del rapporto tra oggettivo e soggettivo»<sup>57</sup>.

Il diritto, nel suo indissolubile legame col potere, è certo coattivo, ma si tratta di una coazione che si impone di fatto, generando al tempo stesso consenso: «Le istituzioni sono sì fondate per tramite del potere, ma esso lascia spazio a una forma di consenso. Se la pressione esercitata dal potere non scade in violenza, l'assenso dato dal soggetto è giuridicamente valido: *coactus voluit, sed voluit*. Tutti oggi concordano sul fatto che il legame sociale, dacché naturale e necessario, non

<sup>53</sup>Ivi, 182-3.

<sup>54</sup>Ivi, 186.

<sup>55</sup>Ivi, 189-90.

<sup>56</sup>Ivi, 193.

<sup>57</sup> M. HAURIOU, *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., 21.

potrebbe darsi se non come *coactus volui*<sup>58</sup>. Che sempre di potere si tratti, legato dunque alla dimensione personale, è sostenuto da Hauriou affermando che, per quanto necessario, «l'ambiente sociale non dispone che di una forza d'inerzia che si traduce in un potere di rafforzamento di iniziative individuali (...) o di inibizione e di reazione (...); ma non ha di per sé alcuna possibilità di iniziativa, né alcun potere di creazione»<sup>59</sup>. Piuttosto, «un'istituzione è un'idea di opera o di intrapresa che si realizza e dura giuridicamente in un ambiente sociale. Per la realizzazione di tale idea, si organizza un potere che la dota di organi. Inoltre, tra i membri del gruppo sociale interessato alla realizzazione dell'idea, hanno luogo manifestazioni di comunione dirette dagli organi di potere e regolate da procedure»<sup>60</sup>. Se l'attività con cui l'idea si realizza è espressione dell'iniziativa individuale, l'idea stessa è preesistente a ogni pratica attuativa: essa «possiede una esistenza oggettiva», tanto che non si può dire che esistano «creatori di idee, ma soltanto scopritori di idee»<sup>61</sup>. Il nesso che Hauriou istituisce fra l'idea, intesa come realtà sia razionale che radicata nella sfera sociale, e la mediazione personale che la traduce in istituzione ha come esito il rafforzamento di quest'ultima e dei soggetti che le danno corpo e senza i quali l'idea medesima non sarebbe visibilmente presente. La «coscienza collettiva» non è altro che la semplice «rifrazione di una stessa idea direttiva in una pluralità di coscienze individuali», senza che venga cancellata in questo modo «la funzione dirigente propria delle coscienze più alte». Infatti, scrive significativamente Hauriou, «la comunione nell'idea richiede l'intesa della volontà sotto la direzione di un capo»<sup>62</sup>.

Il «triplice movimento di interiorizzazione, incorporazione e personificazione» che caratterizza le istituzioni corporative e che segna il loro sviluppo è significativamente spiegato istituendo un parallelo fra la «psicologia corporativa», propria delle collettività, e la «psicologia individuale»<sup>63</sup>. La giustificazione dell'adozione di un tale approccio è data dall'assunzione del «postulato che la società è opera psicologica» e che dunque fra la psicologia corporativa, o collettiva, e quella individuale non si dà alcuna soluzione di continuità, essendo ambedue espressioni della medesima sostanza *vitale*. Il che vuol dire, sul piano collettivo, che la presenza dell'autorità del capo, personificazione dell'idea direttiva, trova una giustificazione non già contrattuale, ma *naturale*. Hauriou insiste sul «carattere naturale dei fenomeni di incorporazione e di personificazione delle istituzioni», rispetto al quale le «regole giuridiche» svolgono una funzione ancillare, di «limite», più che di «intrapresa e di creazione». Infatti, contro Duguit, «sono le istituzioni a fare le regole giuridiche, non le regole giuridiche a fare le istituzioni»<sup>64</sup>.

Nelle ultime righe del saggio, Hauriou ritorna significativamente sull'importanza del sottotitolo, «*Saggio di vitalismo sociale*», affermando che esso esprime la sostanza del tentativo intrapreso: «È tutta lì la sua pretesa», scrive. Essa ha a che fare con la convinzione che le «istituzioni sociali»

<sup>58</sup>Ivi, 22.

<sup>59</sup>Ivi, 26.

<sup>60</sup>Ivi, 29.

<sup>61</sup>Ivi, 35.

<sup>62</sup>Ivi, 40.

<sup>63</sup>Ivi, 41.

<sup>64</sup>Ivi, 63.

siano dotate di un «principio vitale» che coincide con le «idee direttive». Sono queste, infatti, che infondono alle istituzioni «una vita loro propria, separabile da quella degli individui, nella misura in cui le idee stesse sono separabili dalle nostre menti e agiscono su di esse»<sup>65</sup>.

**3b.** La metafora vitalistica appare con ancora maggiore rilievo nel capitolo del *Précis de droit constitutionnel* tradotto in appendice all'edizione italiana della *Teoria dell'istituzione*, significativamente intitolato *L'organisation formelle de l'ordre social conçu comme un système animé d'un mouvement lent et uniforme*. Qui l'ordine sociale è inteso esplicitamente come un'organizzazione vivente<sup>66</sup>, la cui crescita non conosce salti, in analogia a quello dell'organismo vivente vero e proprio: se infatti questo è caratterizzato da «un incessante movimento di trasformazione» che tuttavia non giunge ad «alterarne la forma»<sup>67</sup>, lo stesso potrà dirsi di quello sociale, se altrettanto organizzato. È infatti nell'organizzazione che risiede il segreto della longevità dell'uno e dell'altro: «I gruppi e i sistemi sociali si comporteranno come gli organismi viventi, a condizione di essere, come questi ultimi, organizzati. Si avranno, dunque, organismi sociali che attraversano i secoli (...): è perché hanno un governo e i loro bilanciamenti essenziali sono stati mantenuti che le forme sopravviveranno»<sup>68</sup>. Tuttavia, «divisione del lavoro» o «differenziazione delle funzioni» non sono criteri sufficienti per spiegare appieno la dinamica delle istituzioni: occorre piuttosto tener presente fenomeni anteriori di «ordine politico» quali «la comparsa di un centro direttivo o fondativo, quella di organi di governo, quella di bilanciamenti governamentali e, da ultimo, manifestazioni di consenso»<sup>69</sup>. Di nuovo, una naturalizzazione dei rapporti di potere che non si costituiscono, ma si *danno* nel fluire del tempo e all'interno di una trasformazione incessante e senza fratture, ma che nondimeno è caratterizzata in senso *naturalmente* gerarchico: «La materia umana (...) fluisce e si rinnova» insieme alle sue «forme d'inquadramento» secondo un movimento caratterizzato da «dentezza e cautela»<sup>70</sup>, nel quale la dimensione della procedura e della durata assumono un rilievo particolare: «Si ha un governo di istituzioni piuttosto che di uomini, in quanto le istituzioni rilevano, per la durata dell'ordine sociale, più degli esseri umani»<sup>71</sup>. L'esempio significativo, anche se non di tipo organicistico o riferito alla materia vivente, proposto da Hauriou – come già in Tarde – è quello dell'esercito che, grazie all'addestramento, procede in modo efficace, garantendo a tutti i membri protezione e «sicurezza», mostrando quanto la sua riserva di energia, somma delle forze individuali che lo costituiscono, sia «ben amministrata»<sup>72</sup>. Un popolo che sappia muoversi in questo modo, vale a dire come un esercito, «evita i rischi delle rivoluzioni, i bruschi salti nel buio che esse inducono a compiere, le reazioni, che pressoché inevitabilmente ne conseguono»<sup>73</sup>. Ma un esercito non si muove da solo: esso ha bisogno di un capo, la cui «necessità», non

<sup>65</sup>Ivi, 64.

<sup>66</sup>Cfr. M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel* (1929<sup>2</sup>), 71-77, trad. it. in ID., *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., 67.

<sup>67</sup>Ivi, 68.

<sup>68</sup>Ivi, 68-9.

<sup>69</sup>Ivi, 69.

<sup>70</sup>Ivi, 72.

<sup>71</sup>Ivi, 73.

<sup>72</sup>*Ibidem*.

<sup>73</sup>*Ibidem*.

immediatamente visibile quando la truppa è ferma, appare «al contrario ineludibile con la marcia e il movimento: ogni carovana ha la sua guida; ogni bastimento il suo pilota». Sicché l'ideale (politico) di Hauriou appare essere infine la «stabilità» senza avventure che, nell'esempio da lui utilizzato, coincide precisamente con l'«ordine della truppa sociale in marcia»<sup>74</sup>, sapientemente guidato da un'autorità magari poco visibile, ma onnipresente.

#### 4. Santi Romano e la nozione di ordinamento giuridico

Il saggio sull'ordinamento giuridico, per la sua notorietà e per il fatto di continuare ad essere oggetto di studio<sup>75</sup>, non ha certo bisogno di essere ripreso analiticamente nelle sue articolazioni. Lo stesso vale, più in generale, per il resto della produzione romaniana, a partire dalla citatissima prolusione *Lo Stato moderno e la sua crisi*. Ci limiteremo dunque a segnare in modo molto sintetico alcuni elementi che ci sembrano caratterizzare la proposta teorica di Romano.

In primo luogo, l'esigenza di uscire decisamente e definitivamente dalle strettoie del normativismo si traduce in un'apertura nei confronti della sfera sociale, chiamata a 'riempire' di contenuto la norma, a conferire ad essa vita organica. Pur distanziandosi dalle «esagerazioni che in questa materia ricorrono così frequenti», infatti, Romano ritiene che intendere l'ordinamento giuridico in termini di «organismo» o di «tutto vivente» significhi operare «giuste intuizioni», bisognose semmai di adeguate dimostrazioni<sup>76</sup>. Pensare al diritto italiano o al diritto francese nel loro insieme significa pensare non semplicemente «ad una serie di regole» o a «quelle fila di volumi che sono le raccolte ufficiali delle leggi e dei decreti», ma piuttosto a «qualche cosa di più vivo e animato», nel quale è l'ordinamento a «muovere» le norme «quasi come pedine in uno scacchiere»<sup>77</sup>. La società personificata, l'«io sociale» viene così fatto coincidere col diritto: «Esso è il diritto stesso, e la norma non è che la sua voce o, meglio, una delle voci, uno dei modi con cui esso opera e raggiunge il suo fine»<sup>78</sup>. La stessa «obiettività delle norme non è che un riflesso, molto più debole e a volte assolutamente pallido, dell'obiettività di tale ente, e non si saprebbe neppure definire senza riguardo a quest'ultima»<sup>79</sup>.

Il diritto è dunque l'istituzionalizzazione dei rapporti sociali<sup>80</sup>, espressione a sua volta della «natura sociale e non puramente individuale dell'uomo»<sup>81</sup>. In questo modo anche Romano può affrancarsi dall'orizzonte del contratto sociale: le istituzioni sono il frutto, la sedimentazione di un movimento storico che non conosce fondazione o creazione *ex nihilo*, ma che trova la propria legittimità precisamente nella propria capacità di affermarsi e di durare nel tempo, secondo una

<sup>74</sup>Ivi, 73-4.

<sup>75</sup>Senza nessuna pretesa di esaustività, ma a solo titolo d'esempio di tale perdurante attenzione nei confronti di Romano in generale e de *L'ordinamento giuridico* in particolare, si veda il numero monografico di *Jura gentium* 2/2018.

<sup>76</sup>S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 28.

<sup>77</sup>Ivi, 28-9.

<sup>78</sup>Ivi, 32-3.

<sup>79</sup>Ivi, 33.

<sup>80</sup>Ivi, 44.

<sup>81</sup>Ivi, 45.

prospettiva già avanzata ne *Le prime carte costituzionali*<sup>82</sup>. Ora, se l'approccio istituzionalista libera il diritto dall'identificazione con lo Stato<sup>83</sup> e apre ad una prospettiva pluralista nella quale, fra l'altro, si colloca un breve, ma importante riferimento alla dottrina hobbesiana dei *systemata*<sup>84</sup>, tuttavia esso, nella sua ricerca della concretezza storico-sociale, non può che riconoscere il primato (perlomeno attuale) dello Stato, definito in *Lo Stato e la sua crisi*, ad onta dei problemi che lo caratterizzano, «stupenda creazione del diritto» e «compiuta sintesi delle varie forze sociali»<sup>85</sup>. Sicché la sua crisi, pur delineata in questa prolusione con grande lucidità e perspicacia, attiene, come è stato efficacemente osservato, più alla sfera organizzativa che a quella sostanziale, tanto da poter trovare nella dimensione corporativa la propria soluzione<sup>86</sup>.

L'inclinazione romaniana verso un approccio continuista del diritto, alieno da rotture radicali e di segno sostanzialmente conservatore, è confermata dalla voce *Rivoluzione e diritto* dei *Frammenti di un dizionario giuridico*. Qui, dopo aver individuato un importante elemento in comune fra guerra e rivoluzione nel fatto che «una guerra è una rivoluzione della comunità internazionale, e una rivoluzione (...) è una guerra nella comunità statale»<sup>87</sup>, interpreta l'una e l'altra come manifestazioni di «un'analogia patologia». Essa si presenta nei «popoli che non si sentono la forza di costruire la loro storia con la calma pazienza che dà solo la fede nella propria perennità e nei propri destini e si illudono che le improvvisazioni più o meno effimere dei moti violenti possano sostituire la solidità di una graduale e naturale evoluzione»<sup>88</sup>.

## 5. L'istituzionalismo eccentrico di Cesarini Sforza

I problemi propri dell'approccio istituzionalista nella versione di Hauriou e Romano sembrano profilarsi con maggiore nettezza qualora si confrontino le posizioni di questi autori con quelle di Cesarini Sforza. È lo stesso Cesarini Sforza a porli in luce con precisione, al fine di determinare meglio l'autonomia e l'originalità della propria proposta.

Per ciò che riguarda in specifico Romano, vale quanto si legge in una densa nota de *Il diritto dei*

<sup>82</sup>Cfr. S. ROMANO, *Le prime carte costituzionali*, Estratto dell'*Annuario dell'Università di Messina*, 1906-7, 3-29.

<sup>83</sup> «Lo Stato non è dunque che una specie del genere 'diritto'» scrive Romano, *ivi*, 101.

<sup>84</sup>Cfr. *ivi*, 42n. Da questo spunto romaniano prende le mosse per il suo ampio studio P. PASQUALUCCI, *Thomas Hobbes e Santi Romano ovvero la teoria hobbesiana dei corpi subordinati*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1986, 167-306. Su questa porzione della riflessione hobbesiana ci permettiamo di rimandare al nostro *Le società parziali in Hobbes*, in A. CARRINO (a cura di), *Lo Stato*, Torino, Giappichelli, 2012, 185-203.

<sup>85</sup>S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1910), in *ID.*, *Scritti minori, vol. I, Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1950, 313-14. Nota è la definizione di Romano come «teoricamente pluralista, ideologicamente monista» proposta da N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano* in *ID.*, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 157.

<sup>86</sup>Cfr. G. FALCON, *Gli 'scritti minori' di Santi Romano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976, 671. Con ciò non intendiamo in nessun modo svalutare né i motivi di interesse, né le potenzialità connesse all'istituzionalismo pluralistico di Romano, quali risultano, ad esempio, dal riconoscimento del carattere comunque giuridico delle società criminose e illecite. Negare loro tale carattere, infatti, per Romano «non può essere che la conseguenza di un apprezzamento etico, in quanto siffatti enti sono spesso delittuosi o immorali; il che sarebbe ammissibile, ove fosse dimostrata quella dipendenza necessaria ed assoluta del diritto positivo dalla morale, che, secondo noi, in tal senso, che ci sembra molto ingenuo, è invece inesistente», S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 100.

<sup>87</sup>S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 261.

<sup>88</sup>*Ivi*, 262.

*privati*: se è «grande merito» di quest'autore «aver fatto espressamente il tentativo di concepire il diritto indipendentemente dallo Stato», grazie al «ricorso al concetto di 'istituzione'», egli tuttavia ha concepito l'istituzione *non* «in senso obiettivo, cioè come attuazione o verifica di un ordinamento», bensì «come posizione di norme»<sup>89</sup>, rimanendo in questo modo ancora all'interno della concezione tradizionale del diritto obiettivo che pure voleva criticare. Ma più radicalmente, nella stessa nota la critica di Cesarini Sforza si rivolge all'insufficiente distinzione fra società – o meglio, ordinamento sociale – e diritto. Il principio «*ubi societas, ibi jus*» utilizzato da Romano non va inteso allora nel senso di una sorta di 'emersione' dello *jus* dalla sfera sociale, in modo tale che i «fenomeni giuridici» sarebbero niente più che «fenomeni della vita associata e sociale», ma, al contrario «nel senso che si dà vita sociale solo quando c'è ordinamento giuridico»<sup>90</sup>. Piuttosto va enfatizzato il principio opposto «*ubi jus, ibi societas*» (collocato non a caso a titolo del paragrafo cui ci stiamo riferendo), poiché è solo nell'orizzontalità dei rapporti giuridici, «nei quali l'*ego* e l'*alter* si trovano in una situazione di equilibrio e di equivalenza», che si costituisce «la trama sociale». Rispetto a questa sorta di struttura originaria, «la complicatissima orditura dei rapporti etici, politici, economici e via dicendo» appare solo successiva e derivata<sup>91</sup>.

Negli appunti di quella che avrebbe dovuto essere la prefazione alla traduzione italiana della *Teoria dell'istituzione* di Hauriou, ma che restò incompiuta per la sua morte<sup>92</sup>, Cesarini Sforza critica ancora la sovrapposizione fra «realtà sociale» e «ordinamento»<sup>93</sup>. Egli inoltre nega che, come sostiene invece Romano, la norma sia «logicamente secondaria» rispetto all'«istituzione-organizzazione». Essa è piuttosto «coeva»<sup>94</sup> e il rapporto giuridico è il frutto dell'azione di una pluralità di individui consapevoli della propria volontà<sup>95</sup>.

Il tentativo di Cesarini Sforza – pur all'interno della cornice istituzionalista – è dunque quello di affrancarsi dal primato del diritto pubblico, affermando piuttosto la pluralità degli ordinamenti giuridici a partire dall'attività autonoma dei privati. L'«intervento statale», a suo avviso, è infatti solo successivo rispetto ad un sistema di relazioni giuridiche, ad una «giuridicità sostanziale che la volontà privata pone in essere», come si legge ancora ne *Il diritto dei privati*<sup>96</sup>. Se il «rapporto giuridico» è «l'interdipendenza delle azioni di due soggetti (o 'persone' in senso giuridico), stabilita da una norma», è precisamente in questo nesso giuridico che Cesarini Sforza scorge «la cellula primitiva e il nucleo irriducibile di ogni realtà sociale»<sup>97</sup>. Sulla base di questo assunto, egli ripercorre a ritroso gli «strati della realtà giuridica», da quello «più vasto e di maggior spessore»<sup>98</sup>, relativo alla sfera direttamente regolata dalle leggi dello Stato, a quello delle norme

<sup>89</sup>W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., 22n.

<sup>90</sup>*Ibidem*.

<sup>91</sup>Ivi, 22.

<sup>92</sup>Nella sua *Presentazione* alla traduzione di M. HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Milano, Giuffrè, 1967, V-XXVII, A. BARATTA riporta alcuni brani degli appunti preparatori lasciati da Cesarini Sforza e ricostruisce il disegno dell'incompiuta introduzione.

<sup>93</sup>Ivi, XX.

<sup>94</sup>Ivi, XXIV.

<sup>95</sup>Cfr. ivi, XXV.

<sup>96</sup>W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., 20.

<sup>97</sup>Ivi, 21.

<sup>98</sup>Ivi, 30.

consuetudinarie, a quello, infine, dei rapporti giuridici posti in essere dall'autonomia dei privati. Si tratta qui, specifica Cesarini Sforza, di quell'attività di produzione giuridica che dà luogo a «una serie di ordinamenti la cui giuridicità non deriva dalla loro posizione entro la gerarchia del diritto statale»<sup>99</sup>.

Dei vari corpi sociali così costituiti - o costituibili - va notata non solo la derivazione da una fonte diversa e autonoma rispetto allo Stato, ma anche il diverso rapportarsi delle volontà dei singoli membri rispetto alla «volontà sociale» del corpo costituito. Parlando di «volontà sociale», scrive infatti Cesarini Sforza, s'intende «non l'unificazione o fusione delle volontà dei singoli soci» - fenomeno che non esita a definire «immaginario» e di carattere puramente metaforico - «bensì il persistere delle volontà di coloro che hanno deliberato la costituzione sociale, *in quanto continuano a svolgere codesta loro funzione costituente*»<sup>100</sup>. Il diritto dei privati – diverso e distinto rispetto tanto alla potenza dello Stato, quanto alla forza della consuetudine (questa «assorbe», ma non esaurisce lo strato inferiore che si fonda sulle libere volontà dei singoli)<sup>101</sup> - si determina come espressione diretta e originale, scrive Michele Spanò nella postfazione al volume, di un'«attività intersoggettiva»<sup>102</sup> che non si arresta, ma che, al contrario, reca in sé un'inesauribile potenzialità. Anche in questo, nella produttività immanente e mai esaurita, nella vocazione perennemente costituente della volontà dei privati, va riconosciuto un tratto essenziale di quello che è stato definito «il segreto spinozismo di Cesarini Sforza»<sup>103</sup>.

Certo, la riflessione di Cesarini Sforza, analogamente a quella di Romano, ha come esito l'ordinamento corporativo. È quanto risulta in particolare dal saggio *Preliminari sul diritto collettivo*, risalente al 1936, opportunamente pubblicato in appendice alla nuova edizione de *Il diritto dei privati*. Lì, infatti, egli afferma che, rispetto «alla rigogliosa vita delle collettività organizzate e alla rete delle relazioni giuridiche talora molto complesse che la tutela degli interessi collettivi fa sorgere», l'atteggiamento dello Stato «è rimasto agnostico fino a che diventò impossibile, data l'importanza delle forze in gioco, depotenziare quelle relazioni entro gli schemi contrattuali»<sup>104</sup>, vale a dire entro gli schemi del *mero* diritto privato. Da qui la messa in opera di iniziative legislative finalizzate a coordinare l'attività degli «interessi collettivi», così riconosciuti, con «la tutela dell'interesse dello Stato»<sup>105</sup>. Il risultato finale di tale processo è l'istituzione del sistema corporativo che realizza il passaggio dell'insieme di questi rapporti dall'ambito del «diritto collettivo» a quello superiore del «diritto pubblico»<sup>106</sup>. Tuttavia questo esito, per così dire, 'ricompositivo' rispetto ad una realtà giuridica multiforme e autonoma, orientato a riproporre il primato dello Stato e del diritto pubblico tradizionalmente inteso, non è tale da soddisfare Cesarini Sforza, né da fugare i suoi dubbi. Infatti egli si chiede se e in che misura tale riduzione sia compiutamente realizzabile, se rappresenti un esito ineluttabile e già scritto, cioè «se il diritto

<sup>99</sup>Ivi, 33.

<sup>100</sup>Ivi, 56. Il corsivo è nostro.

<sup>101</sup>Ivi, 32.

<sup>102</sup>M. SPANÒ, *Zona Cesarini. Linee per una lettura de Il diritto dei privati*, in W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., 138.

<sup>103</sup>Ivi, 139.

<sup>104</sup>W. CESARINI SFORZA, *Preliminari sul diritto collettivo*, in ID., *Il diritto dei privati*, cit., 120.

<sup>105</sup>Ivi, 121.

<sup>106</sup>*Ibidem*.

delle collettività, svincolandosi concettualmente dagli schemi contrattualistici e privatistici, sia destinato a dissolversi entro gli schemi pubblicistici» senza riserve<sup>107</sup>. Il suo dubbio, infatti, è che tale processo possa essere «destinato a incontrare un decisivo ostacolo nella impossibilità di stabilire un unico e non formale criterio di valutazione degli interessi, come sarebbe necessario per sostituire in ogni caso, alla definizione di quelli individuali e di quelli collettivi, la definizione dell'interesse generale o pubblico»<sup>108</sup>. Così la consapevolezza della radicale differenza del diritto dei privati rispetto a quello dello Stato, della sua ulteriorità rispetto alla stessa distinzione fra diritto pubblico e diritto privato si traducono infine nella critica – dalle molte assonanze weberiane e kelseniane – nei confronti della pretesa di trovare un criterio univoco capace di 'pesare' gli interessi. Tale pretesa non potrebbe avere esito diverso dalla loro riduzione artificiosa al punto di vista dello Stato e al primato dell'interesse generale.

## ABSTRACT

Il saggio prende le mosse dal rinnovato interesse teorico per il concetto di istituzione e per l'istituzionalismo. Tale interesse coinvolge non solo la riflessione di ambito strettamente giuridico, ma anche quella filosofico-politica. Esso deriva dalla convinzione che l'istituzionalismo presenti tuttora potenzialità ermeneutiche meritevoli di approfondimento e, in particolare, possa rappresentare un'alternativa rispetto all'approccio contrattualista e alle sue aporie. Discutendo alcuni dei contributi più recenti sul tema, il saggio si propone di contribuire alla verifica di tale ipotesi interpretativa.

The essay takes a leaf from the renewed theoretical interest in the concept of institution and in the institutionalism. This interest involves not only the strictly juridical reflection, but also the philosophical-political one. It derives from the belief that institutionalism still presents hermeneutical potentialities worth studying and, in particular, can represent an alternative to the contractualist approach and its aporias. By discussing some of the most recent contributions on the subject, this essay aims to contribute to the verification of this interpretative hypothesis.

**PAROLE-CHIAVE:** Istituzionalismo, contrattualismo, consuetudine, vitalismo, diritto positivo.

---

<sup>107</sup> Ivi, 121-22.

<sup>108</sup> Ivi, 122.