

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

50
(2021)

Il pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze

TOMO I

MARIANO CROCE

DENTRO LA CONTINGENZA.
SANTI ROMANO E KARL LLEWELLYN
SUI MODI DELL'ISTITUZIONE

1. I modi dell'istituzione. — 2. Un errore di prospettiva. 3. Il diritto come mestiere. —
4. Uscire dalla contingenza?

1. *I modi dell'istituzione.*

L'idea di stabilità sembra connaturata a quella di istituzione, non foss'altro che per quel morfema « -st » che nelle lingue di derivazione indoeuropea esprime il senso di una tendenza, o quantomeno un'aspirazione, a perdurare nel tempo. E non c'è dubbio, d'altro canto, che l'idea di istituzione evochi l'immagine peculiare di un collettivo che si dota di un guscio al mero fine di preservare alcune sue caratteristiche essenziali, e lo fa in modo tale da poter restare quel che è anche qualora alcuni suoi elementi venissero meno. L'istituzione è così intesa come argine alla contingenza, misura per la sopravvivenza di ciò che vuol resistere al logorio del tempo e alle intemperie della fortuna. In ragione di questa intrinseca predisposizione alla trans-temporalità, non sorprende che l'istituzione venga spesso associata alla reiterazione delle condotte, alla cristallizzazione dei modelli, alla fissazione dei protocolli, alla ratifica delle procedure — misure cioè che siano in grado di assicurare un identico ripetersi di qualcosa che vede nel diverso il simulacro della propria deperibilità.

Senza dubbio, è questa la caratteristica che guadagnò alla causa dell'istituzione un amante della stabilità come Carl Schmitt, che nei primi anni Trenta del Novecento ruppe senza ripensamenti con l'eccezionalismo di cui era stato alfiere per abbracciare un'idea della politica tutt'altro che ispirata al demiurgo decidente celebrato

in *Teologia politica* (1922). Lo Schmitt che negli anni Trenta segue le orme di Maurice Hauriou ritiene che la politica debba innanzitutto badare alla protezione di quei modelli di condotta e di quelle figure esemplari che assicurano la riproduzione ordinata di una cultura storica. Il diritto, conclude il giurista di Plettenberg, è lo strumento più adatto per il ritaglio, la selezione, la fissazione delle forme istituzionali, che esso dota di forza obbligatoria e fa valere come esemplari. L'autore che nel 1922 aveva portato alla sua acme il paradigma moderno della sovranità come « infondabile » pochi anni dopo fa suo un modello teorico largamente opposto (benché non meno illiberale), secondo cui la politica non è affatto decisione ingiustificata, ma selezione accorta dei prodotti di una cultura tradizionale. È tutto questo che Schmitt credeva di aver trovato nel concetto di istituzione, la cui proclività al consolidamento di una forma di vita egli volle esaltare col nome di « ordine concreto » (1).

In questo contributo, tuttavia, si volgerà lo sguardo in tutt'altra direzione. L'istituzione — così almeno cercherò di mostrare — non rimanda affatto alla rassicurante stabilità di un sociale che ripete sé stesso, ma vive di un costante e ambiguo rapporto con la contingenza. Schmitt, come tutti coloro che cercano nell'istituzione il canone di conservazione di una forma di vita, soffoca la natura anfibia dell'istituzione (2), che si può rendere nella forma di un dilemma che ha « come estremi da un lato l'assoluta irriducibilità

(1) Il tema della « svolta istituzionalista » di Schmitt non può trovare sintesi in poche veloci allusioni, ma credo sia importante per comprendere appieno le declinazioni cui si espone il concetto di istituzione. Per un approfondimento delle ragioni che condussero Schmitt a un significativo cambio di paradigma, mi permetto di rimandare a M. CROCE, A. SALVATORE, *L'indecisionista. Carl Schmitt oltre l'eccezione*, Macerata, Quodlibet, 2020.

(2) Per la verità, Schmitt è pienamente consapevole del fatto che, senza una torsione « eticista », l'istituzione è sempre foriera di differenza, come dichiara nella prefazione alla seconda edizione di *Teologia politica* (1933): « [U]n pensiero isolatamente istituzionale conduce al pluralismo di una crescita priva di sovranità, di tipo ceterual-feudale » (C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in Id., *Le categorie del « politico »*. *Saggi di teoria politica*, Bologna, il Mulino, 1972, pp. 27-86, p. 30). È comunque convinzione del giurista tedesco che l'istituzione offra il germe della stabilità, là dove (a suo giudizio) adeguatamente supportata da un potere politico che possa imprimere un indirizzo deciso verso l'omogeneità etica e culturale della comunità politica.

dell'azione e dall'altro un'impossibilità degli attori di costituirsi come tali dismettendo l'adozione di detta azione »⁽³⁾. Detto altrimenti, se, come in obbedienza a una sorta di principio di identità degli indiscernibili trasposto in ambito sociale, nessuna azione può essere identica a un'altra, l'istituzione nasce come quella forzatura che produce un « segmento minimo di concrezione interazionale tramite cui gli attori possono rendere e di fatto rendono partibile/discreto, e dunque percepibile (anzitutto al loro stesso sguardo) »⁽⁴⁾ la serie potenzialmente infinita di azioni tutte simili eppure tutte differenti. Per ritagliare segmenti minimi di concrezione interazionale e farli valere come canoni della stabilità, l'istituzione deve dotarsi di un apparato tecnologico molto ricco, fatto di tecniche, linguaggi, arti, saperi. Chi guardasse solo ai suoi prodotti, cioè a quei canoni, perderebbe di vista lo sforzo imponente che si richiede per la loro produzione — perderebbe così di vista *il modo in cui* l'istituzione governa la contingenza, quindi *il modo in cui* un'istituzione diventa sé stessa.

È a questo aspetto di produzione tecnologica che le teorie di Santi Romano e di Karl N. Llewellyn danno risalto coi loro linguaggi innovativi e con i loro tentativi di rompere con la tradizione che li precede. Ed è in questa chiave che vorrei proporre una loro lettura in parallelo. Questi due grandi innovatori del pensiero giuridico condividono innanzitutto il punto d'avvio: occorre incentrarsi sul *modo dell'istituzione*, anziché sulle sue specifiche peculiarità. Meglio, non ci sono specifiche peculiarità dell'istituzione *in genere*, perché l'istituzione è un fenomeno ubiquo, che si manifesta ovunque un collettivo cerchi di procurarsi dei canoni per assicurarsi una qualche chance di sopravvivenza nel tempo. A questo punto d'avvio comune è sotteso un comune assunto: la pluralità non è che il rovescio del concetto di istituzione, insita com'è nel fatto stesso che ogni condotta è immancabilmente singolare e come tale è dotata di un potenziale espansivo ricchissimo — quel potenziale per cui ogni condotta non può accostarsi a un certo modello che per difetto, là dove il difetto di difformità è ciò che fa della condotta *quella*

⁽³⁾ A. SALVATORE, *Elementi per un istituzionalismo politico*, in «Politica & Società», 2 (2020), pp. 187-208, p. 189.

⁽⁴⁾ Ivi, p. 191.

specifica condotta. Sicché, ogni qualvolta si fissa un modello, si creano le condizioni perché emergano delle alternative ad esso. Questa la contingenza di cui nessuna istituzione può mai liberarsi appieno.

Quelli di Romano e di Llewellyn sono tentativi (non gli unici, certo, ma tra i più efficaci) di esaltare il volto duplice dell'istituzione, indagandone innanzitutto il carattere dinamico. Quando l'istituzione è intesa come esercizio di resistenza alle tendenze disgregatrici iscritte proprio nella ricerca di stabilità, i mezzi dispiegati in questo esercizio divengono il nucleo vitale dell'indagine teorica. Come vedremo, sia Romano sia Llewellyn identificano il diritto con questi mezzi, destituendo così sin da principio tutti i tentativi di isolare quelle (presunte) caratteristiche che rendono il diritto un campo speciale dell'azione pratica. Essi condividono l'idea che il diritto sia a un tempo la più speciale e la più diffusa delle tecnologie di sussistenza: si tratta dell'insieme eterogeneo di tecniche, linguaggi, arti e saperi che un gruppo di esseri umani mette in campo per fissare certe sue manifestazioni e renderle capaci di sopravvivere ai loro creatori. Le analisi di questi due grandi giuristi mostrano come sia erroneo pretendere di legare la (presunta) natura del diritto ad alcuna di queste misure eterogenee. Il diritto è piuttosto la predisposizione di queste e il loro governo, a prescindere dalle particolari misure adottate e a prescindere dalla loro tecnicità, specializzazione, sofisticazione.

In tale chiave interpretativa, il paragrafo successivo guarda innanzitutto al modo in cui Romano denuncia la miopia di ogni teoria che vada in cerca della specialità del fenomeno giuridico. Il diritto, egli sostiene, non è nulla di misterioso né di speciale: è quell'attività che consente di raggiungere il fine di un'organizzazione che stabilisca e stabilizzi i vari elementi di una data entità normativa. Tutto ciò che svolge una tale funzione, egli ritiene, può legittimamente definirsi « diritto ». Il pluralismo di Romano rappresenta l'esito di una « immanentizzazione » del potere ordinante: le pratiche umane sono capaci di porre un argine alla loro stessa tendenza alla disgregazione. Il § 3 presenta la teoria dell'istituzione di Llewellyn come tentativo, distinto ma convergente, di esplorare i modi dell'istituzione, ovvero quelle attività che sono necessarie per determinare una qualche stabilità, ancorché transitoria. Il giurista ameri-

cano chiama così a un riorientamento degli studi giuridici verso le tecniche e i saperi che vengono prodotti per fissare un argine alla contingenza. Di particolare interesse è il carattere dinamico dello sguardo analitico di Llewellyn, il quale ritiene si possa rispondere alla domanda su cosa sia il diritto solo in riferimento alle pratiche concrete — sempre molteplici e interconnesse — con cui si mette riparo al tendenziale moltiplicarsi dei modelli d'azione e quindi alle potenziali frizioni tra essi. Il § 4 chiude la presente indagine con alcune rapide considerazioni di sintesi sulla spinta che Romano e Llewellyn imprimono allo studio del diritto e, più in generale, delle istituzioni. Il punto di forza delle loro proposte, specie se viste nella loro convergenza, sta nell'intendere l'« istituzione » in modo del tutto anti-essenzialista: non unità d'analisi particolare della scienza giuridica o sociale, ma sorta di segnaposto di cui presto disfarsi, o meglio, abbrivio che invita a costanti supplementi d'indagine. Come detto, per entrambi il termine « istituzione » rimanda infatti a tutti quei processi che l'azione pratica umana mette in atto per porre rimedio alla propria forza espansiva, che è al contempo la sua risorsa e il suo limite. Questa concezione — che certo piacerà poco a chi rimane affezionato all'idea di sistema giuridico come forma specializzata di esercizio dell'autorità e di uso della forza sociale — sposta l'accento sugli intrecci tra le varie realtà pratiche di un dato contesto geo-storico, anziché sul grado di differenziazione del diritto dalle altre istituzioni sociali, così da individuare le molte maniere in cui il diritto trae energia dai, e al contempo rafforza i, molteplici tentativi con cui il sociale si rilancia a un costante rinnovamento a partire dalle proprie fragilissime capacità di mantenersi stabile.

2. *Un errore di prospettiva.*

Non intendo qui accostarmi al pensiero di Romano come se potesse essere considerato un insieme unitario che poggia su molte continuità e risente di pochi ripensamenti. La mia lettura non implica alcuna visione uniformante: la biografia di Romano è segnata da importanti fratture — alcune felici, altre assai meno — che hanno inciso sulla sua produzione ed esercitato effetti su elementi più o

meno centrali del suo pensiero ⁽⁵⁾. C'è tuttavia un'originalità manifesta e ineguagliata, che autorizza a intendere la sua teoria dell'istituzione come unica nel suo genere, perché capace non solo di innovare il pensiero circostante, bensì anche di modificare sé stessa senza perdere le sue peculiarità.

Parto quindi dall'opera più tarda, *Frammenti di un dizionario giuridico*, e in particolare dalla voce « Diritto (funzione del) » ⁽⁶⁾, in cui Romano passa in rassegna alcuni *topoi* del pensiero giuridico di fino Ottocento e inizio Novecento (e che pure gli sopravvivranno), mostrandone la discendenza diretta dal tacito ma consapevole tentativo di restringere il campo del giuridico a quella tecnica specialistica con cui lo Stato svolge certe funzioni. In detta voce, che

⁽⁵⁾ Un'introduzione informatissima, che ripercorre le varie fratture cui ho fatto allusione, è A. ROMANO, *Nota bio-bibliografica*, in S. ROMANO, *L'« ultimo » Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 843-885. Si raccomandano altresì A. SANDULLI, *Santi Romano and the Perception of the Public Law Complexity*, in « Italian Journal of Public Law », 1 (2009), pp. 1-38; ID., *Romano, Santi*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, vol. II, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 1728-1731; A. OLIVARI, *Santi Romano ontologo del diritto*, Milano, LED, 2016. Per un solido inquadramento del pensiero di Romano nel più ampio contesto della cultura giuridica italiana, si veda M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, Liguori, 1986, pp. 309-346; ID., *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in « Quaderni fiorentini », 10 (1981), pp. 169-219; F. LANCHESTER, *Santi Romano e le ideologie giuridiche italiane nella transizione allo Stato di massa*, in « Rivista AIC », 4 (2011); A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 156-191. Sulla genesi e sul precipitato del pensiero di Romano, mi limito a menzionare due testi di riferimento: S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de « L'ordinamento giuridico » di Santi Romano*, in « Quaderni fiorentini », 1 (1972), pp. 243-283; P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 60 (2006), 2, pp. 377-396. Più di recente, anche a seguito della prima traduzione in lingua inglese de *L'ordinamento giuridico* (S. ROMANO, *The Legal Order*, Abingdon, Routledge, 2017), una ricca serie di articoli è apparsa nel numero speciale di « Jura Gentium », 15 (2018), 2, a cura di T. Casadei e S. Pietropaoli. Inoltre, gli eventi organizzati in occasione del centenario de *L'ordinamento giuridico* hanno portato a nuovi importanti contributi, raccolti nei volumi collettanei *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*, a cura di R. Cavallo Perin *et al.*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, e *Santi Romano. L'ordinamento giuridico*, a cura di M. Mazzamuto, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

⁽⁶⁾ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Macerata, Quodlibet, 2019, pp. 103-114.

sintetizza in modo brillante argomenti non nuovi nell'opera di Romano, egli considera, da una parte, le prospettive che fanno del diritto una protesi della giustizia e, dall'altra, quelle che lo riducono a un sistema di norme. Ambedue, argomenta Romano, sono figlie del medesimo errore di prospettiva.

A riguardo del primo aspetto, si è sensatamente fatto notare il giuspositivismo di fondo del pensiero di Romano (7). Eppure, credo sia importante sottolineare come, nella sua ottica, questo sia un esito teorico anziché un punto d'avvio — e mi pare tanto più importante perché mostra come il rifiuto della topologia del moderno, che distingue e ordina in modo troppo meccanico le sfere dell'azione pratica umana, non sia che l'esito del rifiuto dell'ontologia che al moderno fa da sfondo. Un rapido sguardo al « positivismo » del giurista palermitano consente così di misurare l'estraneità del suo pensiero rispetto all'impianto concettuale della tarda modernità nel suo insieme — impianto di cui invece il positivismo giuridico è espressione rispettabile e illustre.

Come noto, il positivismo giuridico muove dal principio — che, quantunque declinabile in molti modi, ad avviso di alcuni identifica chi a diverso titolo e grado possa dirsi giuspositivista (8) — secondo cui diritto e morale sono fenomeni separati. Nessun giuspositivista, va da sé, negherebbe l'esistenza di un qualche rapporto tra diritto e morale. Si nega piuttosto — quantomeno nella declinazione cosiddetta « esclusivista » del principio in questione — che il diritto possa essere indefinitamente aperto alla morale convenzionale, dal momento che la relazione tra i due ambiti è filtrata da principi costituzionali, che permettono di convertire valori morali in principi giuridici e quindi la loro ulteriore specificazione in regole

(7) Si veda ad esempio M. BARBERIS, *Diritto e morale: la discussione odierna*, in « *Revus* », 16 (2011), pp. 55-93.

(8) *Locus classicus* è H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in « *Harvard Law Review* », 71 (1958), 4, pp. 593-629. Un commento ampio e approfondito della tesi hartiana è L. GREEN, *Positivism and the Inseparability of Law and Morals*, in « *New York University Law Review* », 83 (2008), 4, pp. 1035-1058. Più in generale, per un'ampia e informata discussione della tesi della separabilità si vedano, tra i numerosi contributi, BARBERIS, *Diritto e morale: la discussione odierna*, cit., e G. PINO, *Legal Validity, and the Separation of Law and Morals*, in « *Ratio Juris* », 27 (2014), 2, pp. 190-217.

generali, applicabili ai singoli casi ⁽⁹⁾. Romano, che credo non disdirebbe da tale prospettiva esclusivista ⁽¹⁰⁾, non può tuttavia far suo il modo stesso in cui il problema viene impostato: morale da una parte e diritto dall'altra: due sistemi distinti e complementari, che svolgono funzioni distinte e complementari, che abitano spazi alternativi, e che in alcune circostanze vengono a sovrapporsi e devono quindi trovare una qualche conciliazione. Questa impostazione del problema si radica in una topologia del normativo ritagliata su un'immagine del mondo tutt'altro che realistica, che ai suoi occhi non trova alcuna giustificazione e che egli liquida nel giro di poche righe.

Nello spazio ristretto di due rapide considerazioni, egli mostra al contempo la sprovvedutezza della prospettiva giusnaturalista e l'inadeguatezza dell'impostazione stessa del problema del rapporto tra diritto e morale. La prima considerazione è che il diritto positivo non può essere la traduzione pratica delle istanze di un diritto superiore, un puro diritto di giustizia, nelle quali il diritto positivo può trovare al massimo una limitazione — data l'eterogeneità dei fini perseguiti dai due tipi di diritto. La seconda considerazione, collegata alla prima, ma per certi aspetti più rilevante, è che il diritto positivo, quale « ordinamento particolare e limitato », identifica (dalla propria ottica particolare e limitata) certi elementi dell'ideale di giustizia « e li sceglie per l'appunto con criteri che non si identificano con quell'idea » ⁽¹¹⁾. In altre parole, il diritto positivo seleziona alcune istanze della morale a partire dalla propria prospettiva ⁽¹²⁾ — una prospettiva per larga parte unilaterale, che lo induce a trarre certe risorse dalle altre forme di normatività e a farle proprie.

⁽⁹⁾ Si veda ad esempio J. RAZ, *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 182-202.

⁽¹⁰⁾ Uso il condizionale per non attribuire a Romano una terminologia che è venuta consolidandosi solo negli ultimi decenni del Novecento.

⁽¹¹⁾ ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 105.

⁽¹²⁾ Così è ragionevole a mio avviso parlare di un « prospettivismo » radicale della teoria di Romano, nel senso però in cui usa questo termine l'antropologo Eduardo Viveiros de Castro. La prospettiva di cui parla Viveiros de Castro non corrisponde in alcun modo al tradizionale relativismo delle visioni del mondo o dei valori. Essa non è una semplice griglia di intelligibilità del mondo, che appartiene in modo esclusivo all'essere umano, ma è la controparte della radicatezza in una condizione particolare, che determina le forme di interazione tra sistemi distinti. La prospettiva è l'esito quindi delle

Si tratta di un'appropriazione selettiva che alimenta il diritto positivo a partire sempre da un'ottica particolare e limitata.

Come Romano scrive in un'altra preziosa voce di *Frammenti di un dizionario giuridico*, « Realtà giuridica », il diritto trae non solo linfa vitale, bensì anche gradienti di realtà da queste forme di appropriazione selettiva. Il diritto, infatti, non crea,

ma raccogliendo, componendo assieme, ordinando i vari elementi di cui essi constano, dà vita reale ed effettiva, nel mondo giuridico, ad enti che non si confondono e non si identificano con nessuno di quegli elementi, ma acquistano una propria individualità ed una propria essenza ⁽¹³⁾.

Non si tratta di una superfetazione ontologica, che violerebbe nel modo più sfacciato un ragionevole principio di parsimonia; né, all'opposto, di una pura sovrapposizione di modi diversi di descrivere le cose. La descrizione mediante categorie giuridiche è sempre *operativa*: il diritto *opera* in forza della descrizione di realtà distinte, che divengono giuridiche proprio perché descritte mediante le categorie del diritto. Detto altrimenti, la realtà giuridica è una diversa composizione di elementi, che li organizza, vi conferisce un ordine, ne riassetta le parti. È così che per Romano si « pone un diritto »: esso assembla il materiale di altre realtà (tra le quali la cosiddetta morale) conferendovi il proprio ordine. « *Porre un nuovo ordinamento giuridico* [...] significa *creare* un ente che prima non esisteva, una nuova realtà che può ben dirsi giuridica, perché il diritto è la sua anima e il suo principio vitale » ⁽¹⁴⁾.

È in nome di questa concezione del diritto che Romano respinge le tesi giusnaturaliste, e non già per difendere l'« esclusività » del diritto positivo. Egli sostiene infatti che l'annosa polemica tra giusnaturalismo e giuspositivismo dipende da un errore di impostazione: « Comunque, tutti questi errori, equivoci e fraintendimenti del problema si rilevano meglio quando, non identificando il diritto con quello statale, si ha riguardo anche alle istituzioni con fini non generali, ossia politici, ma particolari e singolarmente determi-

forme in cui certi ambiti si dotano di una qualche fissità. Si veda E. VIVEIROS DE CASTRO, *Prospettivismo cosmologico in Amazonia e altrove*, Macerata, Quodlibet, 2019.

⁽¹³⁾ ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 244.

⁽¹⁴⁾ *Ibid.* (corsivo aggiunto).

nati »⁽¹⁵⁾. In questi passaggi emerge la forza dirompente della proposta romaniana, che chiama a un rovesciamento di prospettiva rispetto all'intero progetto della modernità stato-centrica: l'errore che accomuna giusnaturalismo e giuspositivismo deriva dallo scarso grado di prospettivismo che caratterizza il pensiero tardo-moderno allorché concepisce il diritto e la morale come sistemi di riferimento assoluti, che in obbedienza al principio di una *summa divisio* si ripartiscono in modo ordinato il campo dell'azione pratica: la morale governa l'ambito della giustizia *extra*-statale, il diritto l'ambito della giustizia statale. Solo in forza di un tale assolutismo prospettico si può pensare di determinare il grado di relazione tra i due, come se, presi assieme, essi coprissero l'intero campo della normatività. Quando invece si dismette quest'ottica unilaterale e si guarda al diritto come istituzione — sui cui tratti fondamentali mi soffermerò tra breve — la questione del rapporto tra diritto e morale si mostra del tutto spuria.

Liquidato da par suo uno dei dibattiti più congestionati del Novecento, Romano passa a un altro grande protagonista del pensiero giuridico della tarda modernità, ossia l'idea del diritto come norma o insieme di norme. Quel che qui rileva è che in fondo egli utilizza lo stesso argomento con cui aveva chiuso la partita morale vs. diritto: l'idea dell'ordinamento giuridico come norma (o insieme di norme) deriva da un'assolutizzazione prospettica, che l'ottica dell'istituzione dismette in partenza. E anche in questo caso, la sua agilità argomentativa si unisce a un laconico disincanto: nessuno, egli scrive sempre in « Diritto (funzione del) » (come aveva già ampiamente sostenuto trent'anni prima ne *L'ordinamento giuridico*), nega che la norma sia una componente fondamentale del diritto statale; tutt'altro è sostenere, però, che la norma lo qualifica come ordinamento affatto speciale. Secondo alcuni, egli prosegue, il diritto, in forza delle sue norme, « determina, fissa, immobilizza, cristallizza [...] le manifestazioni della vita sociale alle quali si estende la sua efficacia »⁽¹⁶⁾. Questa prospettiva, che con fine tutt'altro che laudativo viene definita « immobilizzante », dipende da una medesima

⁽¹⁵⁾ Ivi, p. 106.

⁽¹⁶⁾ Ivi, p. 108.

svista che assolutizza una prospettiva parziale e pone la volontà del legislatore a punto di fuga verso cui tende ogni linea.

In questa ottica, il diritto trarrebbe origine dall'atto stesso di una volontà (individuale o collettiva) che individua certe norme al fine di fissare, immobilizzare, cristallizzare certe manifestazioni della vita sociale. Le norme giuridiche, quelle che distinguono il diritto dalle altre pratiche normative, sarebbero strumenti dotati di forza coattiva che « immobilizzano » certi aspetti della vita sociale per proteggerne i contenuti e permetterne la riproduzione ordinata. Eppure, sostiene Romano, tutte le norme, in qualsiasi campo dell'azione pratica, hanno il medesimo compito: esse (scrivo qui con un linguaggio poco romaniano) fissano uno standard che vincoli la condotta umana al rispetto di certi criteri entro quelle circostanze identificate dallo standard stesso. Romano non può che convenire sull'idea per cui la norma costituisce un incentivo nei confronti di quella che potremmo chiamare « riproducibilità » della condotta rispetto alla sua connaturata tendenza a differire. Ciò che egli non può ammettere, però, è che questa sia la proprietà distintiva della norma giuridica.

Mi si permetta a questo punto un rapido *excursus* sulla prospettiva di Hans Kelsen, che Romano associa con troppa rapidità alle varie altre teorie che fanno della norma il cuore del diritto e che invece a mio avviso può leggersi come un inconsapevole complemento della tesi romaniana. L'idea kelseniana, di origine neo-kantiana, per cui la norma giuridica debba essere considerata normativamente valida entro un campo che non possa far ricorso all'empiria, e che quindi il *Sollen* debba essere concepito come una sorta di concetto primitivo, presupposto, indeducibile, in totale separazione dal *Sein*, deriva in fondo proprio dalla considerazione che qualsiasi norma, come sostiene anche Romano, svolge quel ruolo di cristallizzazione che è affidato (anche) alle norme giuridiche. È proprio in considerazione di questa innegabile caratteristica pratica (non soltanto giuridica), sottolinea Kelsen, che la validità del diritto non può fondarsi induttivamente, in forza di un'analisi delle pratiche sociali. Questa considerazione emerge con tutta evidenza nella critica che Kelsen muove al pluralismo socio-giuridico di Eugen

Ehrlich — pluralismo che differisce non di misura da quello di Romano ⁽¹⁷⁾.

Nella sua poderosa opera sui fondamenti sociologici del diritto ⁽¹⁸⁾, Ehrlich aveva sostenuto che le norme giuridiche (*Rechtssätze*) — ossia le norme di cui constano i codici ufficiali di uno Stato — costituiscono una porzione infinitesimale del diritto concreto di una popolazione, laddove questo, da un punto di vista più pragmatico e meno dottrinale, si compone della infinità di regole che intessono i contesti normativi extra-statali — vale a dire gli ordinamenti interni delle varie associazioni in cui gli individui acquisiscono una certa identità e un certo ruolo quali partecipanti di certe attività pratiche. In forza di questa osservazione, di natura induttiva, Ehrlich aveva tentato di mostrare come le sanzioni e le procedure interne alle associazioni, che sostengono e applicano le regole di condotta (*Regeln des Handelns*) interne, non solo precedano le sanzioni e le procedure della macchina giuridica statale, ma diano a queste contenuto e sostanza. Se, ad avviso del giurista di Czernowitz, con la sua tipica miopia il giurista dottrinale guarda alle sanzioni e alle procedure statali come ciò che dà forma al sociale, solo lo sguardo del sociologo del diritto rivela il naturale rapporto di derivazione tra regole sociali e regole giuridiche: il diritto ufficiale non è che l'acme di una realtà ricca di fonti plurime di normatività, alcune delle quali riescono a ricavarci uno spazio entro i codici ufficiali dello Stato.

Ehrlich concludeva quindi che la sanzione non potesse affatto ritenersi peculiare del diritto statale, perché varie forme di sanzione implicite o esplicite sono collegate alle varie regole interne delle varie associazioni. Sicché, il tratto distintivo del diritto non può essere rinvenuto né nella presenza di regole né nel darsi di procedure né nell'uso di strumenti coattivi di sorta. Kelsen rimprovera di ingenuità qualsiasi prospettiva che, come quella di Ehrlich, tenti di giungere per via induttiva alla normatività tipica del diritto: per

⁽¹⁷⁾ Si vedano le considerazioni in tal proposito di Filippo Fontanelli nella sua recensione alla traduzione inglese de *L'ordinamento giuridico* in « European Journal of International Law », 31 (2020), 4, pp. 1537-1544.

⁽¹⁸⁾ Si veda E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1976.

questa strada, che segue il sentiero sviante delle pratiche effettive, non si arriverà mai al diritto e alla sua distintività⁽¹⁹⁾. All'opposto, proprio per evitare che un'indagine induttiva ricacci il diritto nel più ampio insieme di pratiche organizzate, la sua validità come tecnica speciale di utilizzo della forza va sempre *presupposta*:

Il risultato del tentativo dell'Ehrlich di emancipare la definizione del diritto dall'elemento della coercizione è la definizione: il diritto è un ordinamento del comportamento umano. Ma questa è la definizione della società, non del diritto. Ogni complesso di regole disciplinanti il comportamento reciproco degli uomini è un ordinamento od organizzazione che costituisce una comunità od associazione e che 'assegna a ciascun membro dell'associazione la sua posizione nella comunità ed i suoi doveri'. Vi sono molti di questi ordinamenti che non hanno carattere giuridico. Anche se limitiamo il concetto di ordinamento od organizzazione a quegli ordinamenti relativamente accentrati che istituiscono organi speciali per la creazione e l'applicazione dell'ordinamento, il diritto non è sufficientemente determinato dal concetto di ordinamento. Il diritto è un ordinamento che assegna ad ogni membro della comunità i suoi doveri e quindi la sua posizione nella comunità per mezzo di una tecnica specifica, e cioè disponendo un atto coercitivo, una sanzione diretta contro quel membro della comunità che non adempia al suo dovere. Se ignoriamo questo elemento, non siamo in grado di differenziare l'ordinamento giuridico dagli altri ordinamenti sociali⁽²⁰⁾.

Quello di Kelsen è quindi a un tempo l'inno di lode e il canto del cigno del pensiero giuridico tardo-moderno: per via induttiva, ossia mediante analisi delle pratiche normative concrete, non si troverà modo di giustificare la distintività della norma giuridica. Essa va presupposta. Questo breve *excursus*, che rinviene in quella di Kelsen una delle prese d'atto più consapevoli dell'ingiustificabilità della primazia normativa del diritto statale, sottolinea *e converso* la radicalità della scelta prospettivista (nettamente anti-essenzialista) di

(19) Si vedano le critiche che Kelsen rivolge alla proposta di Ehrlich in H. KELSEN, *Una fondazione della sociologia del diritto* (1915), in E. EHRLICH, H. KELSEN, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp. 67-105. Su tali critiche, si vedano le importanti considerazioni di S. PAULSON, *The Basic Norm*, in *Vienna Lectures on Legal Philosophy, Vol. 2. Normativism and Anti-normativism in Law*, a cura di C. Bezemek, M. Potacs, A. Somek, Oxford, Hart Publishing, 2020, pp. 41-90. Si veda altresì A. CARRINO, *Eugen Ehrlich e Hans Kelsen: una controversia sulla sociologia del diritto*, Working paper n. 79, Barcellona, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 1993.

(20) H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Roma, Edizioni di Comunità, 1963, p. 28.

Romano: presupporre la validità del diritto, per fondarne la primazia normativa, è un'attitudine non solo astorica, ma miope nei confronti del modo in cui funziona il diritto. Ed è qui che possiamo tornare al punto che precede l'*excursus*. Se il diritto non è né giustizia incarnata né norma stabilizzante — pur essendo una tecnica che sia dà corpo a un quantum di giustizia sia stabilizza certe manifestazioni del sociale — esso è pur sempre un limite posto all'immanente tendenza alla difformità dell'azione umana. Il diritto è un insieme di tecniche che devono individuarsi nei loro effetti, anziché teorizzarsi sulla base di presunte proprietà intrinseche (specie se meramente presupposte). Questo insieme di tecniche, ribadisce Romano nel 1945 (anno di stesura della voce relativa alla funzione del diritto), non è altro che il modo in cui un collettivo si tiene assieme rispetto alle tendenze naturalmente disgregatrici dell'azione umana, mai eguale a sé stessa: istituzione, vale a dire diritto, « significa per l'appunto [...] un'organizzazione che fissa i vari elementi di un ente, la posizione e la funzione di essi, nonché della unità che ne risulta, subordinandoli all'ente del quale vengono a far parte »⁽²¹⁾. Nulla di più.

Non rileva quindi tanto in quale modo, con quali forme, in nome di quale volontà, in forza della ripetizione di quali prassi, attraverso quali procedure. Rileva solo che si raggiunga il fine di un'organizzazione che fissi « i vari elementi di un ente ». Tutto ciò che assolve un tale compito può a pieno titolo definirsi « diritto ». Pluralismo e positivismo sono quindi corollari di una tesi che parte dall'idea duplice per cui non c'è che l'azione sociale e che l'azione sociale è in grado di porre un argine alla propria contingenza. Mentre l'azione sociale tende immancabilmente alla ripetizione dissimile, che moltiplica i modelli di condotta, la tecnologia del sociale che permette la riproduzione di condotte (il più possibile) simili è quel processo che, con un ampio ventaglio di tecniche — le quali inevitabilmente dipenderanno da specifiche condizioni geo-storiche — assicurano una qualche (temporanea) stabilità.

Val la pena qui sottolineare come questa concezione differisca da quella che Romano definisce « immobilizzante ». L'istituzione infatti non ha il mero compito di fissare standard e renderli vinco-

(21) ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 110.

lanti — se così fosse, la teoria di Romano cadrebbe vittima delle critiche che egli stesso muove alle prospettive normativiste. La stabilizzazione non è una specifica funzione, ma è connaturata alla formazione stessa di una istituzione quale assemblaggio di norme, valori, principi, procedure, prassi, indirizzi, e molte altre cose, di cui consta o può constare: la funzione stabilizzante va attribuita « non solo alle norme di un ordinamento giuridico, ma allo stesso corpo o ente di cui tali norme sono un prodotto »⁽²²⁾. Il diritto — inteso come istituzione — non è che l'argine transitorio alla naturale tendenza al mutamento che incontra uno sforzo tecnologico (vale a dire di tecniche e saperi di differente natura) mediante cui certi attori creano contesti di stabilità, in cui essi prendono ad agire come membri di tali contesti.

La rottura radicale con le tendenze riduzioniste del pensiero giuridico tardo-moderno sta nella convinzione che questa capacità « tecnologica » sia del tutto immanente. Essa è insita nell'azione sociale, la cui natura è duplice: differisce sempre da sé eppure è in grado di far valere sé stessa come standard della ripetizione. Per questo il giuridico è già e sempre sociale: il germoglio del diritto è tale per cui un'azione pone sé stessa a criterio delle ripetizioni future: se ogni ripetizione, per esser tale, non può che essere differente da ogni altra azione, entro un sistema di tecniche e saperi — ciò che va sotto l'etichetta « istituzione » — certe caratteristiche vengono fatte valere come « somiglianze » e certe altre come « differenze ». Questo regime di differenza e somiglianza può prodursi in ogni contesto dell'azione pratica, per poi rimanere a uno stato rudimentale oppure specializzarsi. Ma il tratto per cui esso è già e sempre giuridico è che il processo istituente designa criteri di differenza e di somiglianza, a prescindere dalle tecniche particolari di cui si dota, come regole scritte, apparati coattivi, procedure standardizzate od organi applicativi. Queste tecniche particolari possono certo aiutare a determinare se un dato tipo di diritto sia più o meno sofisticato, ma non se sia diritto.

(22) *Ibid.*

3. *Il diritto come mestiere.*

È proprio questo aspetto « tecnologico » che accomuna i progetti di Romano e di Llewellyn, a dispetto di una netta divergenza metodologica — che pure, come dirò più avanti, sarebbe sensato intendere come complementarità. Non c'è dubbio infatti che, all'opposto di Romano, Llewellyn concepisca il proprio approccio allo studio del diritto come inseparabile dallo studio delle pratiche concrete tipico delle scienze sociali⁽²³⁾. Questo sguardo empirico, però, non tende, come ad esempio nel caso di Ehrlich, a una ricognizione delle pratiche sociali e del loro rapporto con la legge dello Stato ai fini di una definizione più efficace del fenomeno giuridico in genere. Per Llewellyn, l'analisi del sociale è imprescindibile perché, come per Romano, non c'è altro da poter analizzare: non c'è nulla al di là e al di sotto dell'azione sociale. Come per Romano, è entro le pratiche che si producono quegli standard e quei saperi che fanno da alveo alla riproduzione stabile e ordinata delle condotte. Certo, ben più che in Romano, in Llewellyn entrano in

(23) Senza poter qui approfondire il tema, occorre ricordare che Romano ha sempre inteso la propria teoria dell'istituzione come tutt'altro che un ponte con la sociologia. A suo avviso, essa è piuttosto uno strumento tecnico ad uso del giurista. Contro le varie accuse di sociologismo che erano state rivolte a *L'ordinamento giuridico* (1918) nel corso di quasi tre decenni di dibattito, nelle note alla seconda edizione (1945) egli scrive: « [H]o precisamente mirato a includere nel mondo giuridico quel fatto dell'ordinamento sociale che generalmente si riteneva che fosse un antecedente del diritto, cercando di dimostrare che precisamente da tale errore derivano i difetti e le incongruenze delle comuni definizioni del diritto, specialmente in quanto tali definizioni sono costrette, quale più quale meno, ma tutte indistintamente, a ricorrere ad elementi o concetti non giuridici » (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Macerata, Quodlibet, 2018, p. 49). Sul difficile rapporto tra metodo giuridico e metodo sociologico nella teoria romaniana si veda anche M. DOGLIANI, *La fortuna della teoria romaniana dell'ordinamento nelle varie aree disciplinari: diritto costituzionale*, in « *Diritto pubblico* », 17 (2018), 3, pp. 873-904; M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, cit. ; G. TARELLO, *La dottrina dell'ordinamento e la figura pubblica di Santi Romano*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, a cura di P. Biscaretti di Ruffia, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 245-256, p. 249; A. TRAVI, *Il diritto amministrativo e l'ordinamento giuridico di Santi Romano*, in « *Diritto pubblico* », 17 (2018), 3, pp. 905-920. Utili anche i recenti saggi A. LA SPINA, *Santi Romano e la sociologia del diritto*, in *Santi Romano. L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 247-286, e M. CASCAVILLA, *Santi Romano e la concezione sociologica del diritto*, in « *Sociologia del diritto* », 47 (2020), 1, pp. 9-23.

gioco i soggetti e i poteri; eppure questo è dovuto all'adozione di due diverse angolature su un fenomeno, quello giuridico, che i due studiosi teorizzano in modi consonanti, anziché a una reale differenza teorica su come concepire quel fenomeno ⁽²⁴⁾.

Una decisiva differenza tra i due giuristi tuttavia balza all'occhio. Proprio come per il Wittgenstein delle *Ricerche filosofiche* ⁽²⁵⁾, la normatività si manifesta in primo luogo nella risoluzione di casi

⁽²⁴⁾ Considerato il differente impatto dei due studiosi sulla cultura giuridica italiana, è comprensibile che di Llewellyn ci si fermi presto a un'immagine troppo schiacciata sul contributo che seppe dare allo sviluppo del movimento realista statunitense. Tuttavia, concordo col giudizio del suo interprete più attento e fedele, William Twining, secondo cui il Llewellyn interprete del realismo americano « dovrebbe esser messo da parte, se non del tutto dimenticato » (W. TWINING, *The Idea of Juristic Method: A Tribute to Karl Llewellyn*, in « University of Miami Law Review », 48 (1993), pp. 119-158, p. 122). Inoltre, in modo non dissimile da Romano, egli era sì un innovatore radicale, ma con evidenti tratti conservatori, specialmente là dove auspicava il ritorno a una specifica visione della dottrina giuridica e del suo ruolo nella pratica giudiziale (su questo aspetto, oltre al testo di Twining appena citato, si veda anche R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*, London and Edinburgh, Butterworths, 1989, pp. 194-202). Sicché, occorre disfarsi dell'idea di un Llewellyn iperrealista, che ha in spregio la nozione di regola e ritiene la prassi giudiziale il campo di produzione di effetti che solo *ex post* vengono presentati come « premesse » per le decisioni. A proposito di questo ultimo tipo di realismo, si veda il recente T. GAZZOLO, *Il realismo giuridico americano come filosofia del diritto*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 2 (2017), pp. 449-474 — nel quale però, per ragioni legate al tema del contributo, si guarda, tra le altre figure cardine del realismo statunitense, proprio al Llewellyn che agli occhi di chi scrive risulta meno interessante. Sulla progressiva presa di distanza di Llewellyn dalle posizioni giovanili, si veda F. SCHAUER, *Twining on Llewellyn and Legal Realism*, in *Law's Ethical, Global and Theoretical Contexts: Essays in Honour of William Twining*, a cura di U. Baxi, C. McCrudden e A. Paliwala, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 265-279. Infine, quanto scritto in questa nota a proposito dell'atteggiamento nei confronti del realismo delle fasi giovanili e delle *nuances* conservatrici non sembra comunque giustificare l'accusa di un ripiegamento quasi-reazionario mossa in M.J. HORWITZ, *The Transformation of American Law 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 247-250.

⁽²⁵⁾ Si veda a tal proposito l'analisi delle numerose affinità tra Llewellyn e il secondo Wittgenstein in D. PATTERSON, *Law's Practice*, in « Columbia Law Review », 90 (1990), pp. 575-600 — articolo che ha il merito di trarre Llewellyn fuori dalle secche delle letture che genericamente lo collocano tra i « realisti » o tra gli « scettici delle regole »; sebbene, ad avviso di chi scrive, Patterson insista troppo sul ruolo costitutivo del linguaggio, che certo è decisivo per Wittgenstein, ma assai meno per Llewellyn.

conflittuali. La sua radice, quindi, sembrerebbe a tutta prima di natura privatistica ⁽²⁶⁾. Ma da questo punto d'avvio non scaturisce affatto un diritto soggettivo — *à la* Widar Cesarini Sforza, per intenderci — che potrebbe articolarsi in un intreccio di diritti e doveri delle controparti e delle loro rispettive attese comportamentali. All'opposto, la « risoluzione dei casi problematici » è la prima di quella serie ramificata di funzioni che Llewellyn definisce « compiti-del-diritto » (*law-jobs*), funzioni pratiche di diversa entità, che rispondono all'interesse primario di comporre un campo d'interazione stabile e persistente. Il conflitto non è un puro contrasto tra interessi individuali, ma manifestazione del potenziale espansivo dell'azione umana, laddove la ripetizione di azioni identiche non è che un'ideale e ogni ripetizione porta con sé una inevitabile differenza. Il conflitto, in tal senso, è quel che mette in moto la formazione dei gruppi, pur essendo al contempo quel che continuamente ne minaccia la persistenza.

Cerchiamo quindi di capire come, nell'ottica di Llewellyn, i gruppi si formino e si consolidino proprio a partire dallo svolgimento di alcuni « compiti » che addomesticano la connaturata tendenza alla disgregazione. Perché s'intenda il senso di un termine vago come « compito » ⁽²⁷⁾: nell'ambito dello studio del diritto, si raccomanda un'ulteriore premessa sull'approccio di Llewellyn. La

⁽²⁶⁾ Non va d'altro canto dimenticato che, come sottolinea Twining, lungo il corso della biografia intellettuale di Llewellyn, lo studio del diritto commerciale ha sopravanzato la teoria del diritto. Sicché, sorprende poco che « la parte maggiore del suo lavoro teorico rifletta il suo orientamento al diritto privato » (TWINING, *The Idea of Juristic Method*, cit., p. 120).

⁽²⁷⁾ Il termine originale è « *law-jobs* ». Al di là di « *law* », scritto con la minuscola (dirò poi perché), « *job* » è parola consapevolmente generica, che si può rendere colla parola altrettanto generica « compito ». La consapevole genericità indica come i compiti-del-diritto non designino funzioni specifiche, ma una serie di attività di base, che vanno svolte se si intende preservare una certa stabilità nel tempo. Questo consente di ridimensionare la portata « funzionalista » del progetto di Llewellyn, altrimenti esposto alla messe di critiche cui ogni funzionalismo si espone: egli non intende certo identificare le funzioni di base della società in genere, bensì indicare l'approccio più appropriato per lo studio di quel particolare (e diffusissimo) fenomeno che è l'istituzione. Una ponderata difesa della prospettiva dei compiti-del-diritto dalle critiche storicamente rivolte al funzionalismo può trovarsi in TWINING, *The Idea of Juristic Method*, cit., pp. 131-134. In altri contesti, Twining parla giustamente di « *thin functio-*

prosa di questi risente dell'ambiziosissima aspirazione di scrivere *ex novo* il lessico della teoria giuridica per liberarla dalle pastoie della coeva dottrina, incapace com'è, ad avviso del Nostro, di affrancarsi dalle fonti dogmatiche. Il suo quindi non è un puro narcisismo teorico — sebbene talora indulga in barocchismi troppo compiaciuti. È piuttosto uno stile ispirato all'esigenza di superare la limitatezza di quegli approcci teorici che fanno del diritto un'entità specifica, ben determinata, delimitata, specializzata. Con i suoi lirismi e le sue invenzioni lessicali (c'è d'ammetterlo, non tutte felici) ⁽²⁸⁾, Llewellyn tenta di andare al cuore dell'esperienza pratica umana, segnata immancabilmente da contese, contrapposizioni di interessi, frizioni tra modelli di condotta alternativi. Come nel caso di Romano, il rifiuto delle tendenze riduzioniste del pensiero giuridico tardo-moderno è una conseguenza dell'intento di giungere per via teorica al momento in cui un'istituzione emerge come istanza sociale (*quindi* giuridica) che mira a una qualche stabilità.

Seguiamo così il percorso di Llewellyn negli anni Trenta e Quaranta del Novecento, periodo in cui elabora quella prospettiva teorica — su cui lavora con più decisione a partire dal primo avvio della fruttuosa collaborazione con l'antropologo Edward Adamson Hoebel ⁽²⁹⁾ — secondo cui si può parlare di diritto solo in termini di istituzione. A tal proposito, come accennavo poco sopra, egli offre una concezione complementare a quella di Romano, perché guarda ad alcuni aspetti che questi lascia del tutto inesplorati. Tutt'altro che una divergenza d'opinione: si tratta di uno sguardo al fenomeno giuridico che è in grado di integrarsi virtuosamente con l'impianto di Romano. Proprio come questi, infatti, Llewellyn ritiene che l'istituzione non sia tanto l'esito di un processo, quanto il processo

nalism » (cfr. W. TWINING, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 109-112).

⁽²⁸⁾ Sulle innovazioni linguistiche di Llewellyn, e più in generale sulla sua prosa, si vedano le considerazioni opportune, benché talvolta troppo *tranchant*, di W. TWINING, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012², pp. 170-202; F. SCHAUER, *Editor's Introduction*, in K. LLEWELLYN, *The Theory of Rules*, Chicago, The University of Chicago Press, 2011.

⁽²⁹⁾ Collaborazione i cui esiti trovano sintesi nel celebre testo K. LLEWELLYN, E.A. HOEBEL, *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman and London, University of Oklahoma Press, 1941.

stesso ⁽³⁰⁾. L'istituzione non è la sedimentazione di una certa pratica, bensì l'insieme delle tecniche predisposte al fine della sua sedimentazione e dei modi in cui queste tecniche vengono impiegate. La teoria dei due autori è quindi complementare nel senso che, a differenza di Romano, e non senza più d'una ragione, il giurista di Seattle ritiene che una teoria dell'istituzione non possa prescindere dall'analisi concreta dei processi entro i loro contesti geo-storici: i mezzi con cui una pratica si sedimenta *sono* il contesto della pratica; sicché, lo studio delle pratiche è lo studio dei contesti.

In tale ottica, è interessante rilevare la modalità ancipite con cui Llewellyn presenta la sua teoria dell'istituzione. Per un verso, mediante il concetto di istituzione, egli sembra voler restituire un respiro più ampio alla concettualizzazione del diritto, il quale non può essere ridotto ad alcuna sua caratteristica sostantiva (come ad esempio norme, procedure, autorità, coazione). Per altro verso, però, egli spesso presenta la teoria dell'istituzione come uno strumento analitico, anziché il prodotto compiuto di un'analisi teorica. L'idea di istituzione è in primo luogo una griglia metodologica, che consente di accostarsi alle varie realtà pratiche senza predeterminarne in un senso o nell'altro l'appartenenza a questa o quella sfera d'azione (come raccomanderebbe invece la topologia del moderno). La teoria dell'istituzione è quindi pienamente desostanzializzata. Come la scala di Wittgenstein, che si getta via una volta usata per ascendere, non esiste davvero alcuna istituzione da osservare e descrivere: esistono solo molti modi di procurare a una certa pratica un minimo di continuità.

Lo studio dell'istituzione non è quindi lo studio di una cosa specifica, particolare, come fosse un'entità dotata di sostanza, ma l'indagine di un processo, ovvero l'impiego di tecniche che appiannano i conflitti, canalizzano azioni e aspettative, distribuiscono

⁽³⁰⁾ Benché ne abbia fatto rapida menzione al termine del paragrafo precedente, non è quella processualista la strada che ho scelto in questo contributo per trattare dell'istituzionalismo di Romano. Per una lettura in tal senso, mi permetto di rimandare a M. CROCE, *Il diritto come morfologia del sociale. Il pluralismo giuridico di Santi Romano*, in « Diritto pubblico », 3 (2017), pp. 841-860, e in particolar modo a Id., *La tecnica della composizione: il pluralismo operativo di Santi Romano*, in « Jura Gentium », 15 (2018), 2, pp. 19-26.

l'autorità, imprimono un indirizzo unitario ⁽³¹⁾. Sono queste alcune funzioni di base (definite appunto « compiti-del-diritto ») che qualsiasi gruppo di esseri umani deve mettere in atto per preservare la propria « groupness » ⁽³²⁾. Detto altrimenti, un collettivo si tiene assieme solo se mette in opera certe tecniche perlopiù relative alla gestione delle situazioni in cui il suo esser collettivo viene messo sotto pressione ed esposto al rischio della disgregazione, come ad esempio le circostanze di contese tra singoli o quelle in cui bisogna prendere decisioni o quelle in cui si deve scegliere se seguire un indirizzo di sviluppo oppure un altro. Va da sé che Llewellyn è del tutto consapevole del truismo di cui si fa difensore: dire che il gruppo deve svolgere quelle funzioni, come egli riconosce in piena franchezza, è dire che il gruppo deve rimanere gruppo — così come Romano riconosce in piena franchezza la circolarità cui conduce l'identificazione di diritto e socialità. Ma il truismo è finalizzato appunto all'apertura dei confini dell'indagine: capire dove e in che modo quelle tecniche sono messe in atto consente di capire quali e quante sono le forme di diritto (lettera minuscola) che si possono incontrare in certe circostanze geo-storiche.

Come nel caso di Romano, questo costituisce un potentissimo attacco — in primo luogo metodologico — alla tradizione del pensiero giuridico tardo-moderno e alla sua ricerca delle specificità del diritto. La mossa decisiva di Llewellyn, che supera qualsiasi steccato disciplinare e tematico, è prendere atto di come il campo dell'azione pratica sia un continuum, che si mostra come atomizzato solo a certi scopi e per certi interessi ⁽³³⁾. Detto altrimenti, non c'è spazio dell'azione pratica umana in cui ci sia interazione che non goda di un qualche grado di stabilità e di una serie di criteri volti ad

⁽³¹⁾ Queste quattro funzioni corrispondono ai primi quattro *law-jobs* di cui Llewellyn parla in K.N. LLEWELLYN, *The Normative, the Legal, and the Law-jobs: The Problem of Juristic Method*, in « The Yale Law Journal », 49 (1940), 8, pp. 1355-1400, p. 1373.

⁽³²⁾ Ivi, p. 1374.

⁽³³⁾ Questa prospettiva è diffusissima nel campo di studi transdisciplinare noto come « pluralismo giuridico ». In questo, il contributo che meglio rende conto del *continuum* di cui qui si fa parola è M. GALANTER, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law*, in « Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law », 19 (1981), pp. 1-47.

assicurare che l'azione pratica si riproduca senza strappi: coppie, gruppi di amici, associazioni religiose, club sportivi, università, movimenti politici e così via. In tutti questi contesti, i conflitti vengono in qualche modo risolti, l'autorità è in qualche modo distribuita, e si seguono certe direttrici di sviluppo rispetto ad altre. Con le parole di Llewellyn, in tutti questi contesti, si manifestano « modi-del-diritto » — di nuovo: lettera minuscola — ovvero processi di sedimentazione delle pratiche che derivano dalla risoluzione di conflitti e dalla necessità di prendere decisioni in certi momenti.

Una considerazione particolare merita il termine « juristic method », che Llewellyn isola come un compito-del-diritto a sé stante. Con un buon grado di approssimazione interpretativa, si può farne la sintesi che segue. Proprio come in Romano, il processo di istituzionalizzazione va di pari passo con lo sviluppo di un sapere specialistico e con la differenziazione di gruppi di esperti, che si provvedono di un « metodo » per la gestione e la trasmissione di questo sapere. In tal senso Llewellyn individua un passaggio cruciale nella formazione di un collettivo stabile nella standardizzazione dei modi di applicazione delle tecniche, che a sua volta inaugura una « tradizione », il cui ruolo è tanto importante quanto quello delle altre tecniche ⁽³⁴⁾. Per questo, se è vero, come accennavo sopra, che Llewellyn mette in primo piano i soggetti (*chi* interviene a dirimere una contesa, *chi* è dotato di autorità, *chi* si specializza nell'uso delle tecniche) e i poteri (i mezzi per dirimere una contesa, il modo di far

⁽³⁴⁾ A una cultura del diritto che, come quella italiana, si nutre del contrappunto costante (in termini sia storici sia concettuali) tra *ius* e *lex*, e che tende a separare con cura « diritto » da « legge », non si richiede alcuna particolare invenzione lessicale. Lo stesso non vale per l'inglese, dove « law » e « legal » sono categorie onnicomprensive, che stanno egualmente per « diritto » e « legge », « giuridico » e « legale ». Per questo, Llewellyn parla di metodo « juristic », non già « legal ». Si tratta appunto di una tecnologia, nel senso dello sviluppo di alcuni saperi a riguardo di certe tecniche — saperi, quindi, che non hanno natura primariamente dottrinale né riguardano certi specifici campi, ma si ottengono dal raffinamento delle operazioni riflessive richieste dall'adozione degli strumenti che assicurano la stabilità di un gruppo. Il tema, per l'appunto, è trattato ampiamente nella letteratura. Rimando qui ai testi che ne rintracciano le manifestazioni più eclatanti in diverse condizioni geo-storiche: A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005; P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007; C.H. McILWAIN, *Constitutionalism. Ancient and Modern*, Ithaca, N.Y., Cornell University Press, 1947.

rispettare l'autorità per come allocata, l'esclusione di alcuni dal gruppo di specialisti nell'uso delle tecniche), questo non è che il corrispettivo dell'assoluta centralità che Romano riconosce al sapere specialistico, che in ogni istituzione produce i suoi esperti, i suoi protocolli, le sue modalità di inclusione ed esclusione.

Sorprende assai poco, quindi, l'insistenza di Llewellyn sulla parola « craft », intesa proprio come arte connessa a un mestiere di natura (quasi)corporativa. Questa dimensione tecnica, artigianale, di un'arte che si apprende, si affina e poi si trasmette, è necessaria alla *groupness* che si specializza: in ogni compagine sociale in cui differenziazione e complessità concregono, c'è un sotto-insieme di individui che si fa carico dell'acquisizione della conoscenza dei modi reiterati e più affidabili di assolvere le varie funzioni. In maniera non dissimile da un indirizzo ampiamente diffuso nella sociologia del Novecento, Llewellyn si fa difensore di una concezione arborescente del sapere specializzato: quando un gruppo, inizialmente semplice, si differenzia e si articola in gruppi specializzati, tra loro connessi in vari modi, si richiede un numero sempre più ampio di saperi specialistici associato a un numero parimenti ampio di gruppi dedicati a tali saperi. Nulla di nuovo, in tal senso, rispetto alle teorie della differenziazione sociale del secondo Novecento.

Ma non è questo il punto dirimente, almeno ai fini della presente indagine. Rileva piuttosto il fatto che, per Llewellyn, se si vuole individuare il modo in cui si compone il continuum di pratiche, è indispensabile *seguire le tracce degli attori* — specie, a suo avviso, quelli che hanno in carico la gestione dei saperi specializzati — e *mappare gli effetti delle tecniche*. Solo allorché si giunge a una prospettiva molto ampia su un certo contesto geo-storico (« a culture », direbbe Llewellyn), solo allora si può provare a indovinare quale sia il « Diritto » (lettera maiuscola, stavolta). Detto altrimenti, solo uno sguardo ad ampio raggio sull'articolato intreccio di pratiche normative, e sul modo del loro funzionamento spesso indistricabile, consente di studiare in modo affidabile il sistema dedicato in maniera (tendenzialmente) esclusiva alla gestione ultima delle dispute, all'allocazione delle risorse, alla impartizione di un indirizzo politico comune. E anche in tal caso, insiste Llewellyn, non ci si potrà concentrare in via esclusiva su quello, perché il diritto di molte

istituzioni non-statali svolge compiti senza i quali non esisterebbe (là dove esiste) alcun Diritto (lettera maiuscola):

It was astounding to me, for instance, in a canvass of Contract, to discover how much governmental work Contract was doing, and how much of the commonly supposed work of Contract was being done by such 'other' institutions as association, property, industrial technology, and accounting — to pick a few. An analysis of the work of marriage-and-the-immediate-family brings out similar results. So that the 'law'-job of coordination, direction and incentive [...] is being worked at also by religion, and by prevailing folk-philosophy, and by 'economic organization', and by 'education', and by 'patriotism'. But so long as it be clear how peculiarly the job in question *partakes* of the 'legal', and *how much* of it, for purposes of the study of man-in-culture, must be dealt with together with other matters 'legal', the overlaps with 'other' phases of culture do not disturb ⁽³⁵⁾.

Tutt'altro che l'isolamento del fenomeno giuridico mediante il rinvenimento della *differentia specifica*, come prescrivono i protocolli della scienza giuridica tardo-moderna. Per ottenere una visione di dettaglio, si deve allargare lo sguardo.

4. *Uscire dalla contingenza?*

Come dichiarato in apertura, di Romano e di Llewellyn risalta soprattutto il gesto di sottrazione con cui guardano alla doppia natura dell'istituzione: quella spinta dinamica e quella provvisorietà che ne fanno il mezzo più appropriato per la gestione delle contingenze. Al progetto teorico della tarda modernità, che aspira a isolare il diritto dalle altre tecniche di organizzazione sociale, rispondono con l'equazione di organizzazione e diritto. La conseguenza è duplice: se il giuridico abita ogni spazio del sociale, gli spazi del sociale riescono a proteggere i propri canoni di conservazione solo mediante quelle tecniche che alcuni contesti normativi (quelli che siamo abituati a chiamare « diritto ») mostrano con più evidenza.

La realtà però rimane un continuum di forme organizzate, il cui intreccio fa sì che esse dipendano le une dalle altre in modi che il teorico (del diritto e non solo) deve poter comprendere, rinunciando alla propensione a isolare l'oggetto d'analisi. Questo è forse un ulteriore elemento che separa Romano da Llewellyn e che fa

(35) LLEWELLYN, *The Normative, the Legal, and the Law-jobs*, cit., pp. 1389-1390.

apprezzare l'esplicito sincretismo del secondo: molte delle funzioni attribuite a quello che egli definisce « Diritto » (con la maiuscola) non potrebbero essere svolte se non con l'ausilio, e talora la supplenza, di molte altre istituzioni. Per questo, la teoria istituzionalista chiama a una ricerca degli intrecci e delle sovrapposizioni, che del pluralismo faccia non solo un salutare esito teorico, ma un più efficace metodo di osservazione del reale.

Non è tuttavia per disprezzo delle contaminazioni che Romano ricalca le linee di quegli ammiratori della « purezza » che tanto critica e finisce con il descrivere il diritto come una tecnica specialistica — benché diffusissima. In lui vince la spinta a ricercare l'elemento sapienziale — tratto che sta a cuore a chiunque ritenga che, ovunque ci sia diritto, debbano esserci degli specialisti che ne padroneggino gli strumenti e le categorie. Il rischio, nondimeno, è che l'istituzionalismo di partenza si comprima in una prospettiva particolare sulle istituzioni più organizzate e in particolare su quelle che vantano una qualche prelazione sull'etichetta « diritto ». Llewellyn mostra come anche una fresca coppia di sposi o una famiglia possano contare su sofisticate modalità di produrre generalizzazioni normative, su metodi di risoluzione dei conflitti e su criteri per la distribuzione dell'autorità — tecniche che richiedono perizia e competenza, e il cui venir meno rischia di portare al collasso del gruppo.

Per questa ragione, la convergenza tra i due giuristi si fa apprezzare anche come integrazione reciproca. Due ottiche capaci di segnare un canone, di avviare dibattiti accesi, di innescare confronti con altre discipline, illuminano aspetti di un medesimo fenomeno, che si lasciano apprezzare meglio tramite una lettura in parallelo. È dalla prospettiva filosofica che in queste pagine chi scrive si è accostato al pensiero dei due, nel convincimento che entrambi fossero consci di come l'istituzione non sia tanto fissità e cristallizzazione, quanto incessante sforzo per prendere le misure rispetto a ciò che costantemente eccede i criteri in base ai quali viene giudicato: nuove condotte, nuovi modi di tradurre i modelli, interpretazioni eterodosse delle procedure, stravolgimenti delle tradizioni. Se, nell'ottica dell'istituzione così declinata, dalla contingenza non c'è uscita, quel che di questo dato di fatto si lascia più apprezzare è che le risorse che tale destino sa produrre sono più numerose e ragguardevoli dei rischi cui espone.