

Rivista N°: 1/2018  
DATA PUBBLICAZIONE: 11/03/2018

AUTORE: Claudio Martinelli\*

## LA LETTURA DELLE TRANSIZIONI DI REGIME POLITICO NEL PENSIERO DELL'“ULTIMO” SANTI ROMANO\*\*

*Sommario: 1. Delimitazione del terreno di analisi. - 2. Il punto di partenza. - 3. La ricerca di una spiegazione esauriente. - 4. L'interpretazione preferibile. - 5. La convinzione che il ruolo del giurista prescinda dalla forma di Stato contingente.*

### 1. Delimitazione del terreno di analisi

Desidero innanzitutto rivolgere un ringraziamento all'AIC e al suo Presidente per avermi offerto di partecipare a questa preziosa occasione di confronto.

Con il mio intervento intendo proporvi alcune brevi considerazioni riguardanti il pensiero di Santi Romano, all'interno del quadro storico e giuridico abbracciato dal tema del Seminario. Si potrà obiettare che su questa eminente figura di studioso non vi sia più nulla da scoprire, anche in relazione alla sua attività durante il Ventennio, sia come responsabile apicale di un'autorevole istituzione, sia come intellettuale che non rinunciò mai alla propria cospicua produzione scientifica.

Tuttavia, in questa occasione non vorrei richiamare direttamente la vostra attenzione sui classici profili del rapporto tra il grande studioso e il regime fascista, come la Presidenza del Consiglio di Stato<sup>1</sup> o la stesura del Parere emesso il 2 aprile del 1938 sulla istituzione del

---

\* Associato di Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi Milano Bicocca.

\*\* Relazione al seminario *Quale costituzionalismo durante il fascismo?* promosso dall'Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC), Fondazione CESIFIN, Firenze, 16 giugno 2017.

<sup>1</sup> Su cui cfr. F. COCOZZA, *Santi Romano Presidente del Consiglio di Stato. Cenni storici e spunti problematici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1977, n. 3, 1231-1252; G. MELIS, *Santi Romano e il Consiglio di Stato*, in *Le Carte e la Storia*, 2003, n. 1, 5-14, nonché F. PATRONI GRIFFI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano presidente: i pareri sull'attività normativa*, in *Le Carte e la Storia*, 2003, n. 2, 17-32.

Primo Maresciallo dell'Impero<sup>2</sup>: questioni certamente di grande rilievo, cui però vorrei semmai arrivare trasversalmente e solo in modo consequenziale.

Intendo, invece, assumere un punto di vista esclusivamente teorico e dottrinario, specifico ma eloquente: ovvero guardare a Santi Romano come studioso che interpreta i cambiamenti di regime politico e propone valutazioni tanto sorprendenti quanto significative. Ritengo, infatti, che questo particolare punto di osservazione costituisca una valida chiave di lettura per provare a capire talune concezioni dello Stato fatte proprie dalla scienza costituzionalistica italiana, prima, durante e dopo il Ventennio.

## 2. Il punto di partenza

Un ottimo punto di partenza per qualunque considerazione in merito è offerto dalla riproposizione di un brano che Romano ebbe a scrivere in uno dei suoi ultimi scritti, cioè i *Principii di diritto costituzionale generale* del 1946<sup>3</sup>, ora ripubblicato da Giuffrè nel 2013, nella pregevole raccolta *L'ultimo Santi Romano*, insieme a *L'ordinamento giuridico* nella versione del 1946 e ai *Frammenti di un dizionario giuridico*, edito nello stesso anno della sua morte, il 1947<sup>4</sup>.

Per apprezzare la portata del brano in discussione e fugare il sospetto che si tratti di un'estrapolazione improvvida e fuorviante, è necessario volgere brevemente lo sguardo al contesto concettuale in cui è collocato.

Nel capitolo XIX, dedicato a "Le assemblee e le istituzioni costituenti", Romano traccia una distinzione tra leggi costituzionali e leggi ordinarie, cui corrisponde l'ulteriore distinzione relativa alla loro formazione e alle rispettive funzioni<sup>5</sup>.

All'interno di un articolato sistema classificatorio, il concetto forse più interessante espresso in argomento da Santi Romano riguarda i caratteri e i limiti della flessibilità, soprattutto in relazione alle modalità di produzione delle fonti in grado di modificare un ordinamento costituzionale di tipo flessibile, di cui egli considera lo Statuto Albertino un esempio a pieno titolo: «Se è flessibile, competente a sostituirla o a modificarla è il potere legislativo ordinario e la procedura è uguale a quella che deve seguirsi per tutte le altre leggi»<sup>6</sup>. Da una parte,

---

<sup>2</sup> La più esaustiva ricostruzione della vicenda rimane quella di R. DE FELICE, *Mussolini il Duce. II. Lo Stato autoritario. 1936-1940*, Torino, Einaudi, 1981, 22 ss. (in particolare, 31-33 sul ruolo ricoperto da Romano).

<sup>3</sup> Il libro venne pubblicato in una prima edizione nel 1945 e in una seconda, da Giuffrè, l'anno successivo, alla vigilia del referendum istituzionale.

<sup>4</sup> Cfr. *L'ultimo Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 2013. Nel dettaglio, ivi si trovano: *L'ordinamento giuridico*, 2<sup>a</sup> ed., 1946, 3-169; *Principii di diritto costituzionale generale*, 2<sup>a</sup> ed., 1946, 171-584, nonché i *Frammenti di un dizionario giuridico* del 1947, 585-842, una raccolta di saggi scritti tra il 1944 e il 1946 (su cui si veda l'ampio commento di G. CAPOGRASSI, *L'ultimo libro di Santi Romano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 46-75).

<sup>5</sup> Per una disamina complessiva sulle fonti del diritto nel pensiero di Santi Romano sia consentito rinviare a C. MARTINELLI, *Lo Stato e le fonti del diritto: spunti di riflessione sul pensiero di Santi Romano*, in *Diritto Amministrativo*, 2015, n. 1, 149-207.

<sup>6</sup> Cfr. S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., 472.

nega che la flessibilità faccia perdere consistenza alla distinzione tra leggi costituzionali e leggi ordinarie: “Non la perde dal punto di vista teorico o concettuale, giacché le materie che formano oggetto delle une e delle altre restano sempre differenziate, nonostante che spesso, come è noto, negli statuti e nelle carte costituzionali si rinvengono disposizioni che non sono certo di importanza fondamentale, mentre norme che tale importanza e carattere hanno sono invece comprese in leggi che non si qualificano formalmente costituzionali”<sup>7</sup>; dall'altra, però, riconduce questa differenziazione non ad una supremazia gerarchica intercorrente tra questi due atti giuridici (inesistente in quel contesto), bensì a limiti legati a circostanze eccezionali la cui valutazione lascia al prudente apprezzamento del Legislativo stesso: “lo Statuto fondamentale si è nello stesso tempo considerato una legge superiore alle altre, che non potesse modificarsi se non in via eccezionale ed entro certi limiti, non solo di opportunità, ma anche giuridici: limiti però non assoluti, ma elastici, la cui osservanza o meno era rimessa al prudente arbitrio o, meglio, al potere discrezionale degli stessi comuni organi legislativi”<sup>8</sup>. In sostanza, secondo Romano la materia costituzionale deve essere trattata con una particolare circospezione da parte degli organi deputati a modificarne il contenuto, cioè le Camere del Parlamento, ma non è presidiata da fonti dotate di una supremazia intrinseca, né procedurale, né sostanziale.

Ebbene, nell'ambito di questa ricostruzione classificatoria, Romano colloca la propria lettura della transizione dallo Statuto alla Costituzione repubblicana. Ecco la descrizione proposta da Romano delle circostanze in virtù delle quali vennero intrapresi dagli organi competenti i necessari adempimenti dalla caduta del Fascismo alla scelta referendaria tra Monarchia e Repubblica: “dopo i noti avvenimenti del 1943, resi più gravi dallo stato di guerra e dalla divisione del territorio nazionale in due parti, in una delle quali era stata instaurata di fatto la repubblica sociale fascista, mentre nell'altra rimaneva parzialmente e provvisoriamente in vigore l'antico ordinamento, nelle istituzioni che non erano cadute col regime fascista, parve necessario rinnovare la costituzione dello Stato, facendola deliberare da un'apposita Assemblea costituente. Il potere legislativo ordinario, infatti, non sarebbe stato in grado di emanare la nuova costituzione, non solo per ragioni politiche, ma anche perché, fra l'altro, una delle due Camere, quella dei fasci e delle corporazioni, era venuta meno e si credeva opportuno abrogare la disposizione del R. decreto-legge 2 agosto 1943, n. 175, che stabiliva la elezione di una nuova Camera dei deputati e la sua convocazione entro quattro mesi dalla cessazione dello stato di guerra”<sup>9</sup>. Segue l'elencazione dei decreti luogotenenziali che presiedettero sul piano giuridico al traghetamento verso i nuovi assetti costituzionali.

Ora, pur tenendo conto che queste pagine vengono completate nel 1946, alla vigilia del referendum istituzionale, e che è molto più semplice leggere quegli accadimenti con lo sguardo cosciente che il trascorrere del tempo concede al “senno di poi”, cionondimeno un tale inquadramento degli avvenimenti non può che destare profonde perplessità, riconducibili alla totale assenza di peso attribuito agli avvenimenti storici, a fronte del gran conto in cui

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, 472.

<sup>8</sup> *Ibidem*, 472-473.

<sup>9</sup> *Ibidem*, 473.

sono tenute solo le forme giuridiche. Pertanto, a me sembra che questa visione delle cose, così asettica e formalistica, ponga seri problemi e sollevi molteplici interrogativi. Provo ad enucleare i principali.

Intanto la divisione del territorio nazionale, letta come instaurazione di un nuovo ordine per quanto riguarda la formazione della Repubblica Sociale Italiana e, invece, sostanziale continuità con l'ordinamento precedente per il resto della nazione. Certo, sopra la linea gotica viene creata una repubblica, mentre al di sotto rimangono in vigore lo Statuto e la monarchia. Tuttavia, come si può nascondere, o per lo meno pensare che non abbia un grande rilievo per la comprensione dei fenomeni in oggetto, la banale considerazione che sul piano della sostanza della forma di Stato è semmai la repubblica di Salò a rappresentare una linea di continuità evidente con lo Stato autoritario che durante il Ventennio aveva trasfigurato i fondamenti dell'ordinamento giuridico italiano, pur senza procedere a formali abrogazioni costituzionali?

E, per converso, come trascurare il fatto che la fine del Fascismo come regime nazionale avesse comportato il ristabilimento di alcuni capisaldi costituzionali, tipici dello Stato liberale italiano fino al 1922, o al più fino al 1925, in tema di libertà personali e politiche, il ripristino dei quali costituiva un elemento di decisiva discontinuità con il regime dittatoriale?

E ancora, corrisponde forse alla realtà dei fatti che la convinzione circa l'opportunità della convocazione di un'Assemblea costituente sia maturata in capo a non meglio definite «istituzioni che non erano cadute col regime fascista»? E che elemento decisivo in questo senso fosse stato il venire meno della Camera dei fasci e delle corporazioni e quindi l'inutilizzabilità di una parte decisiva del potere legislativo?

Ciò che colpisce maggiormente in queste ricostruzioni è il generale disinteresse per ciò che aveva realmente determinato la necessità di intraprendere un percorso di radicale discontinuità tra regimi politici, innanzitutto in materia costituzionale: l'andamento disastroso della guerra, l'indebolimento del regime, la caduta di Mussolini a seguito dell'Ordine del giorno Grandi votato il 25 luglio del '43 dal Gran Consiglio, la sostituzione da parte del Re del Capo del governo con il Maresciallo Badoglio e il concomitante arresto di Mussolini, l'armistizio dell'8 settembre e le successive ulteriori vicende belliche, e così via. Una discontinuità che poi si rivelerà molto profonda non solo nei confronti, come ovvio, del Fascismo, ma anche dello Stato liberale e della sua carta costituzionale. Ebbene, di tutti questi avvenimenti nella lettura del nostro autore non vi è traccia; solo un rapido accenno al fatto che sullo sfondo vi sono anche eventi storici e politici, peraltro non meglio precisati.

È come se Romano, che naturalmente conosce perfettamente tutte le vicende che caratterizzano gli anni dal 1943 al 1945, volesse preservare il giurista, inteso non solo come la sua persona ma in generale come figura intellettuale, dall'ingresso in dispute che, da una parte ritiene non gli competano e, dall'altra, rischierebbero di distoglierne l'attenzione dall'unico vero oggetto delle sue analisi, ovvero la pregnanza delle norme. Intendimento comprensibile se ci accontentiamo di un'analisi che guarda meramente alla forma della tecnica giuridica, e che tuttavia finisce per rendere l'indagine del giurista, per lo meno in circostanze così eccezionali e drammatiche, non solo parziale e astratta, ma perfino fuorviante

rispetto alla capacità di interpretare concretamente la realtà che sta scandagliando. Un prezzo forse troppo alto da pagare sull'altare della coerenza dottrinarica.

### 3. La ricerca di una spiegazione esauriente

Ed è proprio attorno a questa coerenza dottrinarica, e al prezzo che richiede, che vorrei riflettere per capire le ragioni di questa lettura di Romano.

Una prima immediata spiegazione potrebbe sembrare facilmente a portata di mano e consiste nella sostanziale adesione di Romano alla Scuola giuspositivista. I termini della questione potrebbero essere sintetizzati nel modo seguente: il positivismo postula una concezione del diritto, della sua metodologia di analisi e del ruolo del giurista, come un ambito scientifico autosufficiente, che percorre sentieri autonomi rispetto alle dinamiche storico-politiche sottostanti, e che si nutre esclusivamente dei propri criteri ermeneutici e dogmatici per perseguire finalità tutte interne alla ricostruzione della sistematica delle norme.

Scriveva, ad esempio, Romano già nel 1901: "Diritto è soltanto quello che ha avuto la forza di divenire e d'imporsi come diritto positivo: i principi puramente razionali che questa forza non hanno avuto, nonostante che tendano e possano riuscire ad acquistarla, non sono per ciò stesso diritto"<sup>10</sup>. Qui emerge con tutta la sua potenza intransigente la visione positivista di Romano, in questi termini pienamente inserito all'interno del contesto culturale della scienza giuridica egemone nella sua epoca; un'egemonia che prese le mosse con la scuola storica tedesca e che Vittorio Emanuele Orlando impose in ambito nazionale con la forza della sua autorevolezza<sup>11</sup>.

Una chiave esplicativa che certamente contiene imprescindibili elementi di fondatezza. E tuttavia, proprio il richiamo alla figura di Orlando mostra come non possa essere in alcun modo esaustiva. Intendo, cioè, rilevare come la concezione positivista del diritto, così forte nella prima metà del secolo scorso nella scienza giuridica italiana, non comportasse affatto la necessità di una lettura meramente tecnica delle trasformazioni nella forma di Stato che caratterizzarono in quei decenni l'ordinamento italiano. Come appunto dimostra il ben diverso atteggiamento assunto proprio dal fondatore della Scuola. V.E. Orlando coglie appieno gli elementi di drammatica discontinuità tra Stato liberale e Regime fascista e li proietta in primo luogo sulla sua persona, rinunciando a proseguire la propria opera di faro della scienza giuridica durante il Fascismo, di cui evidenziava le radici e le pratiche intimamente

---

<sup>10</sup> S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Archivio giuridico*, 1901, ora in S. ROMANO, *Scritti minori. Volume primo. Diritto costituzionale*, Milano, Feltrinelli, 1990, 140.

<sup>11</sup> Su questo classico tema della storiografia giuridica italiana cfr., tra i tanti, G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1980.

autoritarie e dunque incompatibili con gli stilemi di quello Stato liberale che egli aveva così brillantemente contribuito a sistematizzare<sup>12</sup>.

Inoltre, è noto a tutti quanto il positivismo di Romano fosse sui generis e contenesse forti elementi di contrapposizione anche rispetto all'ortodossia della posizione portata avanti dal suo Maestro. Il suo positivismo, infatti, si collocava all'interno di una concezione pluralista del diritto, laddove il complesso delle istituzioni, intese nel significato che lo stesso Romano attribuisce loro nella sua teoria istituzionista, che si formano all'interno delle dinamiche sociali, contribuiscono a formare il complesso delle norme giuridiche. Al fondo della concezione del fenomeno giuridico di Santi Romano non vi è affatto una concezione asettica, formalista e meccanicistica del diritto, bensì realista e tesa alla comprensione delle dinamiche sociali da cui scaturiscono le istituzioni. La scienza giuridica è una particolare e specifica scienza sociale perché il diritto è un fenomeno sociale. Ma proprio alla luce di questa considerazione il brano in discussione risulta ancor più incomprensibile se cerchiamo di giustificarlo esclusivamente all'interno della sua concezione del fenomeno giuridico. Mi pare, invece, necessario volgere lo sguardo in altre direzioni, certamente contigue ad essa ma non sovrapponibili.

#### 4. L'interpretazione preferibile

Ebbene, in virtù di queste considerazioni, credo si possa affermare che la spiegazione più profonda ed esauriente di quella lettura così formalista del passaggio di regime politico non debba essere ricercata tanto nella concezione del diritto di Santi Romano, quanto nella sua concezione dello Stato, del ruolo che gli spetta nella vita di una società, ma soprattutto della sua legittimazione, struttura e funzione.

In altre parole, solo scavando nella dottrina dello Stato di Santi Romano si ritrovano le più profonde ragioni che lo portano a pensare alle transizioni in termini meramente formalistici. Scriveva già ne *Lo Stato moderno e la sua crisi*: "L'impersonalità del potere pubblico o, meglio, la personificazione del potere per mezzo dello Stato, concepito esso stesso come persona: ecco il principio fondamentale del diritto pubblico moderno: una persona immateriale, ma pur reale; un'entità non fittizia e immaginaria, ma che, pur non avendo corpo, riesce per mezzo di delicati e meravigliosi congegni giuridici, a formarsi, manifestare e imporre una propria volontà; non ombra o spettro, ma vero principio di vita, operante, se non per mezzo di un organismo, nel senso vero e stretto della parola, col sussidio di un insieme di istituzioni atteggiata ed armonizzata a questo scopo. Stupenda creazione del diritto, che ad una facile critica è sembrato che non abbia altra consistenza che quella di una fantasia poetica, ma che invece, frutto di un lungo e sicuro processo storico, ha dato vita ad una grandezza sociale, per esprimerci alla meno peggio, maggiore di ogni altra e più di ogni altra attiva e potente"<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Sul punto si vedano le convincenti considerazioni di M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, 40-43.

<sup>13</sup> *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., 382.

Lo Stato, pertanto, assolve ad un compito storico: assumere su di sé il ruolo di “un’organizzazione superiore che unisca, contemperi e armonizzi le organizzazioni minori in cui la prima va specificandosi. E quest’organizzazione superiore potrà essere e sarà ancora per lungo tempo lo Stato moderno, che potrà conservare quasi intatta la figura che attualmente possiede”<sup>14</sup>.

Ecco, dunque, apparire in modo chiaro come in Romano lo Stato rimanga un’entità primaria e originaria, che stabilisce i confini degli spazi di libertà dei cittadini. Proprio attorno all’ontologia dello Stato, dalle circostanze che ne determinano la nascita, alle ragioni che lo legittimano ad esistere, fino all’estensione del raggio d’azione della sua attività, tutta la produzione scientifica di Romano, pur in generale così ricca, poliedrica e solcata da diversi momenti evolutivi, presenta una costante che segna un filo rosso che parte con gli scritti giovanili e si conclude nella piena maturità. La costante è la critica radicale alle teorie del liberalismo secentesco e settecentesco che riflettono sui fondamenti dell’esistenza dello Stato, sui suoi limiti funzionali e su che cosa si debba intendere come “legittimo” quando si tratta della sua attività. Per le dottrine giusnaturalistiche e contrattualistiche lo Stato è solo un prodotto di concomitanti determinazioni volontaristiche di singoli che decidono liberamente di delegare a questa entità la protezione di diritti naturali preesistenti. Lo Stato è pertanto un’entità che nasce limitata dall’esterno, ovvero dal patto tra consociati, i quali rimangono i possessori della vita dell’entità che hanno contribuito a creare, ovvero, detto in altri termini, rimangono i veri detentori ultimi della sovranità. Non il popolo come agglomerato indistinto o, men che meno, come classe sociale, ma la sommatoria dei singoli individui. Da questa impostazione nasce la teoria liberale della limitazione del potere e anche quello che può essere visto come un suo logico corollario, e cioè il diritto di resistenza. Per cui in questa prospettiva è legittimo ogni atto che riconduca il potere, ovvero lo Stato, alla sua funzione iniziale, anche a costo di un sovvertimento dell’ordine costituzionale in essere. In fondo, il processo di formazione degli Stati Uniti d’America, per esempio, potrebbe essere letto in quest’ottica, a cominciare dalla jeffersoniana Dichiarazione d’indipendenza del 1776, dove in nome dei diritti naturali che si ritengono violati dal potere (gli organi costituzionali britannici) si adottano diversi atti rivoluzionari, nella convinzione che siano in sé legittimi, a prescindere dal loro successo storico. Romano non nega che abbiano avuto un ruolo storicamente non marginale nel passaggio dallo Stato assoluto allo Stato liberale, ma ritiene che quelle dottrine siano state superate dalla speculazione intellettuale più avanzata e appartengano alla stagione infantile del costituzionalismo: “da parecchio tempo oramai la critica più severa è venuta sviscerando e distruggendo le multiformi e diffuse tendenze, per cui all’infuori dell’organizzazione politica dello Stato, anzi contro di essa, i singoli avrebbero dei diritti fondamentali, il cui servizio o la cui difesa metterebbero capo al così detto diritto costituente, conseguenza logica, coronamento e tutela di tutti gli altri. Nello svolgimento normale della vita pubblica, siffatti diritti, il cui complesso costituirebbe la sovranità popolare, sarebbero esercitati o protetti da quegli organi che, a norma di carte o statuti, di carattere contrattuale, o dovrebbero considerarsi come

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, 395.

rappresentanti del popolo medesimo o verso di questo obbligati a contenersi entro certi limiti<sup>15</sup>.

Il costituzionalismo di Romano taglia definitivamente i ponti con l'Illuminismo, di matrice prima anglosassone e poi francese, di cui quelle carte sono completamente intrise, e guarda alla cultura, imperante dalla seconda metà dell'Ottocento soprattutto in Germania, della teoria dei diritti pubblici soggettivi, secondo cui è lo Stato a determinare le libertà dei singoli, e non viceversa<sup>16</sup>. Coerentemente, egli ritiene che lo Stato, ovviamente nella sua configurazione dello Stato-persona, istituzione centrale e apicale nel reticolo delle istituzioni (ovvero, ordinamenti giuridici) di cui si compone il fenomeno giuridico nella sua teoria istituzionista<sup>17</sup>, goda della piena legittimità di produrre diritto, nelle circostanze che di volta in volta si presentano, secondo ciò che ritiene più opportuno per la sua conservazione e per la sua continuità nel tempo.

Ne consegue, altrettanto coerentemente, anche una teoria della costituzione antitetica a quella fondata sui principi illuministi. Ancora una volta oggetto delle critiche di Romano è il costituzionalismo dell'età illuministica e rivoluzionaria. Bersaglio delle sue critiche è perfino la quint'essenza della discrasia tra Stato assoluto e Stato liberale, il vertice insuperato, per sintesi ed efficacia, della modernità che si fa norma giuridica: l'articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, secondo cui "Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione". Romano ritiene questa affermazione il frutto di un errore di prospettiva proprio sul significato da attribuire al termine in oggetto: costituzione, appunto. L'errore consiste nel considerare come costituzioni aventi valore giuridico solo quelle che abbiano per scopo fondamentale la limitazione dei poteri dello Stato finalizzata alla protezione delle libertà individuali fondamentali, mentre gli Stati assoluti o dispotici non disporrebbero di una vera e propria costituzione. Fedele alle sue impostazioni, Romano spiega che laddove si parla di Stato si evoca, per defini-

---

<sup>15</sup> Cfr. in questo senso S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, cit., p. 137.

<sup>16</sup> Cfr. S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbietivi*, in S. Romano, *Gli scritti nel Trattato Orlando*, Milano, Giuffrè, 2003, 1-136, dove a pp. 6-7, presentando con grande chiarezza la tesi di fondo dell'opera di Gerber *Ueber öffentliche Rechte* del 1852, scrive: "Punto di partenza per ben comprendere il rapporto esistente fra il cittadino e lo Stato, è il diritto sovrano, indipendente ed onnipotente di questo: i diritti dei cittadini non sono che *effetti riflessi* di tale diritto allo Stato pertinente e intanto esistono in quanto esiste lo Stato e la sua sovranità. Questa, secondo noi, la tesi del Gerber riassunta in poche parole: era, come si vede, la teorica del diritto naturale rovesciata: ciò che fino allora si era detto dei cittadini si diceva per lo Stato e così viceversa. Dapprima punto di partenza la libertà sconfinata e completa dell'individuo che, solo in seguito, per effetto *dannoso* del sorgere dello Stato veniva compressa e limitata; adesso punto di partenza il rapporto di sudditanza, dal quale scaturiscono, come suoi effetti *benefici*, i diritti pubblici dei cittadini". Si tratta della pubblicazione, nel 1897, del testo della tesi con cui Santi Romano si era laureato l'anno precedente, all'interno del *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, opera monumentale fortemente voluta e portata a termine dal suo Maestro V.E. Orlando.

<sup>17</sup> Sul permanere di una salda centralità dello Stato nella pur pluralistica teoria istituzionista di Santi Romano cfr. S. CASSESE, *Cultura e politica nel diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 1971, 44-46.

zione, un ordinamento giuridico: “Qualunque sia il suo governo e qualunque sia il giudizio che se ne potrà dare dal punto di vista politico, esso non può non avere una costituzione e questa non può non essere giuridica, perché costituzione significa niente altro che ordinamento costituzionale”<sup>18</sup>. Dunque, il concetto fondamentale è che uno Stato è dotato di costituzione per il solo fatto di esistere<sup>19</sup>.

Naturalmente non nega che nella storia si siano raggiunti livelli diversi di complessità degli ordinamenti costituzionali, per cui un ordinamento fondato sulla divisione dei poteri richiederà per sua natura una serie di istituti sconosciuti al dispotismo. In generale, qualunque accentrimento di poteri comporterà una sostanziale semplicità nella definizione delle funzioni degli organi dello Stato, mentre l’obiettivo di una costituzione bilanciata potrà essere raggiunto solo con sofisticate soluzioni di diritto costituzionale che contemperino poteri e garanzie. Ciò nonostante, anche uno Stato che si fondasse sull’unica norma essenziale dell’appartenenza al sovrano di tutti i poteri sarebbe provvisto di una costituzione. Romano riconosce che la forma di Stato a lui contemporanea è frutto anche delle lotte rivoluzionarie che avevano trovato nel contrattualismo e nel giusnaturalismo alimento decisivo, ma ribadisce che negare, come appunto facevano gli illuministi del XVIII secolo, la natura di Stato costituzionale alle forme precedenti a quella da loro propugnata poteva essere comprensibile, a tutto concedere, sul piano della passione e dell’opportunità politica, ma era un’asserzione del tutto destituita di fondamento sul piano dell’analisi del diritto positivo, unica stella polare delle sue indagini.

## 5. La convinzione che il ruolo del giurista prescinda dalla forma di stato contingente

Stiamo ricostruendo una dottrina dello Stato e una teoria della costituzione che finiscono per essere una chiave di lettura anche rispetto a quella che Romano considera la corretta collocazione del giurista all’interno del Fascismo. La sua principale preoccupazione è affermare la continuità dello Stato come amministrazione contro ogni tentazione teleologica di quei giuristi del Regime (tra gli altri, Arnaldo Volpicelli, Carlo Costamagna e Sergio Panunzio) tesi a dare un’impronta finalistica alla “costituzione” fascista, segnatamente sul piano dell’implementazione del corporativismo da perseguire attraverso la cancellazione della di-

---

<sup>18</sup> Cfr. S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., 175-176.

<sup>19</sup> Sulla lunga e articolata evoluzione del pensiero di Santi Romano riguardo il concetto di “costituzione” e sul suo approdo ad un’identificazione della costituzione con il diritto costituzionale cfr. la dettagliata ricostruzione di C. PINELLI, *La costituzione di Santi Romano e i primi Maestri dell’età repubblicana*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 2, 8-13, dove, tra l’altro, viene fatto notare come nel «percorso scientifico di Romano il rapporto fra costituzione e diritto costituzionale, costantemente inteso come il diritto dello Stato, corrisponde a una parabola, dove la prima nozione, all’inizio insuperabilmente divaricata dalla seconda, vi si accosta man mano fino ad equivalere ad essa, riguardata come invariante. Questo tragitto unilaterale non consta di ripensamenti, bensì del cumularsi l’una sull’altra di convinzioni maturate nell’arco di mezzo secolo, fino ad elaborare nei *Principii* una concezione di costituzione corrispondente all’accezione aristotelica di assetto istituzionale».

stinzione dualistica tra Stato e società<sup>20</sup>. Una impostazione pienamente in linea con l'avversione nei confronti del progressivo incremento della funzione dei partiti che caratterizzò lo Stato liberale italiano, per lo meno a partire dall'inizio del Ventesimo secolo.

Su questo punto si gioca buona parte delle distinzioni di ruoli che le diverse scuole della scienza giuridica ebbero durante il Ventennio. Per cui, se di fronte al venire meno delle basi classiche dello Stato di diritto, prima con l'avvento del governo dei partiti (dopo il suffragio universale maschile e la legge elettorale proporzionale), e successivamente con il governo di un solo partito che pretende di farsi Stato, Orlando opta per un disimpegno sdegnato e disarmato, è invece "diverso il caso di giuristi come Ranelletti, o come lo stesso Santi Romano, che già nel corso dell'età liberale avevano iniziato a identificare lo Stato nella sua essenza con l'amministrazione"<sup>21</sup>. Per loro, il problema centrale non è quello dell'ottima forma di governo, ma piuttosto quello della integrità dello Stato come amministrazione di fronte alle pressioni provenienti dalla sfera organizzata della politica, sia essa quella dei partiti nel parlamento del tardo Stato liberale, o quella propria del governo d'indirizzo sostenuto dal partito unico"<sup>22</sup>.

In sostanza, i giuristi della tradizione liberale che intendono continuare ad esercitare un peso specifico nel dibattito dottrinario e istituzionale lo fanno avendo ben chiara la loro funzione "conservatrice", convinti come sono che le strutture dello Stato vivano e continuino a produrre effetti a prescindere da quella che Gaetano Mosca aveva chiamato la "formula politica", contingente e transeunte elaborazione intellettuale con il compito di dare legittimità a questa o a quella élite che intenda prendere e gestire il potere. In altri termini, vi è "uno 'Stato', ovvero un potere pubblico giuridicamente istituzionalizzato in forma di amministrazione imperativa, che si è affermato alla fine del secolo scorso, e che deve essere mantenuto in vita, e anzi rafforzato, anche nei confronti del regime fascista. Il governo di gabinetto, il governo parlamentare, il governo dei tardi anni Venti, e oltre, non sono allora altro che varianti di un sistema politico che rimane 'di diritto' nella misura in cui sappia comunque difendere l'autonomia della componente amministrativa, e quindi fornire le irrinunciabili prestazioni della stabilità, della continuità, della calcolabilità nell'esercizio dei poteri pubblici"<sup>23</sup>.

È interessante notare come le conseguenze di questa impostazione, tesa ad anestetizzare i cambi di regime all'interno della primazia e solidità di una macchina amministrativa che si nutre delle forme del diritto, ricorrano continuamente nel pensiero di Santi Romano.

---

<sup>20</sup> Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, 110-120. Sul punto cfr. anche L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, 38 e 46.

<sup>21</sup> Cfr. F. LANCHESTER, *I costituzionalisti italiani tra Stato nazionale e Unione europea*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, n. 4, 1082, secondo il quale "Romano e Ranelletti continuarono ad agire anche all'interno del fascismo, ritenendo che nonostante l'eliminazione del pluralismo persistesse lo Stato di diritto sotto la specie della sua variante amministrativa". Per un'ampia e dettagliata ricostruzione storica dell'attività della scienza del diritto pubblico, anche sotto il fascismo cfr. F. LANCHESTER, *I giuspubblicisti tra storia e politica. Personaggi e problemi nel diritto pubblico del secolo XX*, Torino, Giappichelli, 1998.

<sup>22</sup> Cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, cit., 44.

<sup>23</sup> *Ibidem*, 44-45.

Ne rappresenta una conferma lo stesso approccio del Maestro alla lettura che egli propone dei caratteri giuridici dello Statuto albertino durante lo Stato autoritario fascista. Scrive Romano: "lo Statuto albertino è stato esattamente considerato una costituzione flessibile e, tranne la parentesi del regime fascista, che, per talune leggi dette costituzionali, richiedeva il parere consultivo del Gran Consiglio, le modificazioni di esso si sono ritenute sempre di esclusiva competenza del potere legislativo, senza bisogno di speciali procedure"<sup>24</sup>. Viene cioè accreditato un grado di rigidità dello Statuto relativamente maggiore durante il regime fascista rispetto allo Stato liberale. Questa ricostruzione mostra ancora una volta come l'impostazione meramente positivista e la purezza della descrizione giuridica, scevra da qualsiasi considerazione sulle circostanze storiche, possano portare ad una conclusione, magari corretta da un punto di vista esclusivamente tecnico-formale, ma per molti versi discutibile sul piano della capacità di collocare le carte costituzionali all'interno del contesto storico in cui operano<sup>25</sup>.

Tuttavia, è opportuno ribadire che una lettura di questo tipo, pur criticabile, non può certamente essere considerata sorprendente perché pienamente in linea con i capisaldi concettuali che stiamo esaminando. Il rifiuto di ogni matrice contrattualista consente a Romano di oltrepassare completamente qualunque valutazione sulla stabilità politica dello Statuto, e quindi anche della sua forza giuridica, in relazione alla conservazione del patto costituzionale che era alla base di quella Carta. Dopo il 1848 e i relativi moti rivoluzionari, Carlo Alberto si convince della necessità di concedere lo Statuto per salvare il salvabile, cioè la monarchia, pur a prezzo della concessione di ampie garanzie costituzionali circa la divisione dei poteri e l'affermazione e la protezione delle libertà individuali. Coerentemente con questa premessa la Carta fornisce forma giuridica e sostanza politica al trionfo storico della borghesia. Il Parlamento, grazie al suffragio ristretto, è dotato di una rappresentatività sostanzialmente monoclasse ed è chiamato a produrre poche leggi che svolgono solo un compito di generica regolazione dei rapporti economici e sociali, lasciando alle dinamiche della vita quotidiana l'allocazione spontanea delle risorse. È in questo determinato quadro storico che si afferma l'interpretazione, in astratto per nulla scontata, della flessibilità dello Statuto. Quest'ultima costituisce un potente strumento per la classe dominante, egemone nel ramo elettivo del Parlamento, perché ha la funzione di non porre limiti costituzionali alla legislazione. La stabilità costituzionale e la conservazione delle istituzioni dello Stato sono assicurate non da una formale e procedurale primazia delle norme costituzionali su quelle ordinarie, come abbiamo

---

<sup>24</sup> Cfr. S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., 472. Sull'inserimento del Gran Consiglio del Fascismo nel sistema costituzionale cfr. L. PALADIN, *Saggi di storia costituzionale*, a cura di S. Bartole, Bologna, il Mulino, 2008, 41-42.

<sup>25</sup> Cfr. L. AMMANNATI, *Santi Romano al Consiglio di Stato. Il contesto istituzionale e dottrinario*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1992, n. 1, 132: "Su questi temi, che appaiono come elementi di scardinamento del quadro costituzionale tradizionale, sembra addirittura che Romano cerchi di evitare il confronto. Da un lato, non riconoscendo di fatto alle leggi costituzionali una diversa qualità rispetto a quelle ordinarie, dall'altro sostenendo, riguardo un eventuale sindacato di legittimità, che ai giudici non può essere affidato in principio alcun controllo che si estenda agli atti legislativi veri e propri".

visto anche in precedenza, bensì dall'omogeneità ideologica delle forze politiche rispetto al patto costituzionale. E infatti questa stabilità comincia a venire meno quando cambia il quadro politico con l'ingresso di partiti distonici nei confronti della tradizione statutaria, spesso molto meglio organizzati dei consueti raggruppamenti del notabilato, e crolla definitivamente con la fine dell'egemonia liberale sul Parlamento.

Ebbene, nella riflessione di Romano non vi è traccia di queste ricostruzioni. La forza dello Statuto è affidata alle sole forme procedurali con il risultato paradossale che quelle forme vengono descritte come più stringenti durante il fascismo che non all'epoca dello Stato liberale, nonostante egli scriva quelle considerazioni ben oltre la fine della parabola fascista e incurante dello strame di quei diritti di libertà individuale e politica, garantiti dallo Statuto, che il fascismo aveva perpetrato.

E la stessa carica di Presidente del Consiglio di Stato, che ricopre fin dal 1928 adoperandosi per affermare una giurisprudenza il più possibile in linea con i canoni dello Stato di diritto<sup>26</sup>, è coerente con questa impostazione perché indirettamente ribadisce che lo Stato-persona è una macchina mirabile che deve funzionare nei suoi meccanismi giuridici, a prescindere dalla "costituzione" come aspirazione teleologica che la politica vorrebbe imprimerle. Si tratta di un tema meramente politico che non può e non deve interessare il giurista; o, meglio, a cui il giurista deve opporre la forza, armoniosa nella forma e razionale nella sostanza, del ragionamento giuridico, cui far seguire una corretta applicazione delle norme, unica vera stella polare per il giurista<sup>27</sup>.

In conclusione, durante il Ventennio Santi Romano rappresenta il più importante esempio di giurista della tradizione nazionale liberale che, in nome della salvaguardia di una (illusoria) sostanziale continuità nelle strutture dello Stato, mette la propria alta scienza al servizio di quella struttura amministrativa che considerava la vera essenza della statualità. Per contribuire a preservarne i connotati fondamentali è disposto a pagare un prezzo che ai nostri occhi appare piuttosto elevato, e da diversi punti vista: una personale compromissione con un regime illiberale impegnato a costruire un contesto politico antitetico con quella neutralità amministrativa che Romano lavora per salvaguardare; la rinuncia, peraltro tutto sommato indolore per ragioni di coerenza culturale, ad un'interpretazione dei fatti che caratteriz-

---

<sup>26</sup> Come dimostra L. MAZZAROLLI, *Santi Romano Presidente del Consiglio di Stato e la protezione del cittadino*, in *Diritto e società*, 2004, n. 4, 441-459.

<sup>27</sup> Secondo Aldo Sandulli l'attenta applicazione del metodo giuridico, che "impondeva al giurista di non farsi condizionare, nel suo approccio ai problemi, dalle vicende politiche" e che mai come in quel periodo fu applicato con rigore, ebbe, da una parte, l'effetto di insterilire la scienza del diritto amministrativo che "si andò sempre più concentrando sui temi dell'attività e della giustizia amministrativa e, comunque, su quei temi "tecnici", che non implicavano una presa di posizione sul piano politico", ma dall'altra, di accrescere l'autorevolezza "della giurisprudenza amministrativa, che, soprattutto sotto la guida di Santi Romano (presidente del Consiglio di Stato a partire dal 1928), acquisì rilievo crescente dal punto di vista della capacità di indirizzare lo sviluppo di istituti e principi del diritto amministrativo. Tra l'altro [...] il Consiglio di Stato riuscì a conservare un apprezzabile grado di indipendenza e di imparzialità, subendo soltanto lievi condizionamenti dalla politica di regime". Così A. SANDULLI, *Il perfetto sistema e l'involuzione degli studi (1922-1938)*, in ID., *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009, 207-208.

zano la sua epoca che vada al di là della mera valutazione giuridico-formale; la piena assunzione, come premesse imprescindibili per il ragionamento del giurista, di alcuni capisaldi della trasformazione in senso autoritario dello Stato-persona, come, tra gli altri, quelli relativi alla teoria della rappresentanza politica<sup>28</sup>.

Visioni del mondo e del ruolo del giurista che all'epoca svolsero anche una benefica funzione di conservazione delle strutture amministrative dello Stato e, per quanto possibile, del principio di legalità<sup>29</sup>, ma che oggi lo scienziato del diritto dovrebbe rifiutare, dogmaticamente ed empiricamente, perché consapevole che il prezzo da pagare consisterebbe in una intollerabile rinuncia a collocare la materia oggetto dei suoi studi nel contesto concreto dei fenomeni circostanti.

---

<sup>28</sup> A cui in passato aveva dedicato non poca attenzione, a dimostrazione di quanta importanza attribuisse alla teoria della rappresentanza all'interno delle dinamiche dello Stato liberale. Sul tema cfr. M.S. PIRETTI, *Santi Romano, la rappresentanza politica e la revisione della legge elettorale*, in A. MAZZACANE, *I giuristi e la crisi dello Stato liberale fra Otto e Novecento*, Liguori Editore, Napoli, 1986, 349-378. A questo proposito risulta eloquente e significativo quanto scritto da S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna, il Mulino, 2010, 133, descrivendo la posizione presa da Romano nel 1939 durante l'iter di formazione della legge n. 129 sull'istituzione della Camera dei fasci e delle corporazioni: "Santi Romano, uno dei maestri della scienza del diritto pubblico della prima metà del secolo scorso, presidente del Consiglio di Stato, nella qualità di senatore, così spiegò la proposta della nuova legge nella relazione della commissione senatoriale: "vera rappresentanza non può aversi finché l'assemblea che ha il compito di attuarla non rispecchi nella sua stessa struttura, anziché casuali, effimeri e contingenti raggruppamenti di individui, un'istituzionale e solida organizzazione sociale". La nuova Camera "non poteva disgiungere dalla creazione o dal consolidamento di altre istituzioni" il partito e le corporazioni. Il primo ha "lo scopo di avvicinare lo Stato alle masse"; con le seconde, "le varie categorie economiche della Nazione e le associazioni professionali che le rappresentano si integrano e si fondono, venendo a far parte della stessa struttura dello Stato". In sostanza, secondo Romano, partito e corporazioni erano strutture rappresentative; la Camera che ne derivava sarebbe stata, a sua volta, rappresentativa".

<sup>29</sup> Insiste sul punto A. ROMANO, *Santi Romano, la giuspubblicistica italiana: temi e tendenze*, in *Diritto e società*, 2004, n. 1, 7-36.