



Dipartimento di Scienze Politiche

Cattedra di Metodologia delle Scienze Sociali

IL FONDAMENTO SOCIALE DELLA LEGGE: SULLA TEORIA ISTITUZIONALISTICA
DEL DIRITTO

RELATORE

Prof. Daniele Santoro

CANDIDATO

Clara Barbarini

Matr. 065182

ANNO ACCADEMICO

2012/2013

Indice.

- **Introduzione.**
- **Capitolo 1: Il fenomeno giuridico e le principali teorie del diritto.**

1.1 La teoria normativista di Kelsen.

1.1.1 Il ruolo chiave della sanzione.

1.1.2 Critiche e paradossi.

1.2 Le basi della teoria istituzionalistica.

1.2.1 La filosofia del diritto di Santi Romano.

1.2.2 Norme, comunità, istituzioni.

1.2.3 Forza vincolante e obbligatorietà delle norme.

1.2.4 Il motore delle istituzioni: l'intenzionalità dei soggetti.

1.3 Le due teorie a confronto.

- **Capitolo 2: Il diritto come istituzione: Santi Romano e il concetto di ordinamento giuridico.**

2.1 L'istituzione e l'essenza del diritto.

2.2 L'ordinamento giuridico internazionale è un'istituzione?

2.3 I limiti dell'istituzionalismo di Santi Romano.

2.4 Lo Stato moderno e la sua crisi: un'applicazione dell'istituzionalismo.

- **Capitolo 3: La mafia come ordinamento giuridico.**

3.1 L'istituzionalismo e il concetto di mafia.

3.2 L'evoluzione storica di Cosa Nostra.

3.3 La mafia: uno Stato nello Stato.

3.4 Gli elementi di Cosa Nostra caratterizzanti l'istituzione.

3.4.1 La plurisoggettività.

3.4.2 La struttura organizzativa.

3.4.3 Il sistema normativo.

3.5 Il rapporto mafia-magistratura.

3.6 L'equazione mafia- ordinamento giuridico e conseguenze dell'approccio teorico.

- **Conclusione.**

- **Bibliografia.**

Introduzione

Ogni qualvolta si scelga di analizzare una società, il concetto di diritto è essenziale ai fini di una approfondita ricerca: il fenomeno giuridico è parte integrante di qualsiasi tipo di relazione sociale ed economica, partecipa alla formazione e alla sopravvivenza della società stessa. Tutto ciò che ci circonda è diritto: gli istituti, gli usi e costumi, la cultura; esso è insito in noi, talmente radicato che risulta difficile darne una definizione universale e precisa. Si può definire il diritto come un complesso di norme giuridiche e consuetudini che donano un'organizzazione ad una collettività in un determinato momento storico. Naturalmente, a seconda del quadro storico-filosofico che si prende in considerazione, diversi studiosi si sono impegnati nella ricerca di nuove definizioni e forme di diritto, affinché includessero quelle precedenti o le smentissero completamente.

Da dove provengono le norme? Come nasce il diritto? Tentare di dare una risposta universale a queste domande così complesse rischierebbe di condurci in un circolo vizioso. Si possono tuttavia riproporre due principali linee di pensiero, ovvero la corrente giuspositivista e quella realista.

Secondo i giuspositivisti il diritto deve essere identificato con le norme giuridiche che stabiliscono l'ordine all'interno di una specifica società, al fine di assicurarne la sopravvivenza. I principi supremi dai quali nasce il diritto derivano quindi dalle norme giuridiche particolari e contingenti, poiché non esistono principi universali ed eterni.

Alle tesi giuspositiviste si contrappongono quelle realiste, secondo cui non è possibile effettuare un'osservazione esterna, oggettiva e distaccata della società. Sono i soggetti a "creare diritto", non più le norme ad essere fonti esclusive di diritto.

Allo stesso modo, definire il concetto di “Istituzione” ha da sempre creato numerose dicotomie filosofiche e giuridiche. Considerando l’importanza del concetto all’interno di qualsiasi tipo di società, è giusto analizzare e prendere in considerazione ogni forma di istituzione giuridica.

Il primo capitolo presenta una veduta d’insieme delle principali teorie giuridiche, sicché è possibile adottare diversi punti di vista nell’analisi e definizione di istituzione:

- l’istituzione è generata da un sistema di norme prestabilite che crea un sistema codificato di comportamenti (la società ha un ordinamento);
- l’istituzione è prima di tutto organizzazione, dalla quale nascono le norme che vengono utilizzate come strumenti per ordinare i comportamenti dei soggetti giuridici (la società organizzata è un ordinamento).

La prima teoria esposta corrisponde a quella normativista, il cui esponente è considerato il filosofo e giurista Hans Kelsen. Quest’ultimo pone all’origine della nascita del diritto la norma: è grazie ad essa che il diritto acquista validità ed efficacia. Ovviamente le norme, affinché possano considerarsi efficaci, devono essere rispettate dalla gran parte dei consociati. Ma la loro *opinio iuris ac necessitatis* è già presente nella norma stessa. Kelsen inoltre contesta qualsiasi teoria che si definisce “produttrice di diritto”, l’unica fonte di diritto è la norma. Le stesse teorie giuridiche si fondano su norme giuridiche. Ma da dove provengono le norme? Ciascuna norma, secondo il normativismo, ha una base giuridica costituita dalla norma di rango superiore che la precede, fino ad arrivare alle norme imperative, non abrogabili in alcun modo. Dunque lo Stato (ordinamento giuridico *par excellence*) è solo una delle possibili rappresentazioni o proiezioni delle norme giuridiche all’interno della società: aver aderito a una specifica organizzazione comporta l’automatica interiorizzazione delle norme che regolano quell’istituzione.

La seconda teoria generale sugli ordinamenti giuridici presa in considerazione, la teoria cosiddetta istituzionalistica, sostenuta da Santi Romano, focalizza l’attenzione sull’istituzione come ordinamento giuridico. L’idea del giurista siciliano viene espressa ampiamente nella sua celebre opera di teoria generale del diritto intitolata

“L’ordinamento giuridico”, pubblicata per la prima volta a Pisa nel lontano 1917. Quest’opera, molto nota nell’ambito della cultura giuridica anche a livello europeo, viene considerata la più rappresentativa tra gli scritti che propongono teorie “antinormativistiche” del diritto.

Il secondo capitolo fornisce un’analisi più approfondita della teoria istituzionalista, in particolare prendendo spunto dagli scritti di Romano. Quest’ultimo sostiene che il diritto non può essere ridotto a semplice norma giuridica. Questo implica che ciascuna organizzazione che abbia al proprio interno un sistema di norme e regole condivise e codificate possa essere considerato a tutti gli effetti una istituzione sociale. Da qui la relazione imprescindibile tra i due concetti di “ordinamento giuridico” e di “istituzione”, che induce ad osservare il fatto che anche quelle organizzazioni apparentemente “eversive” e con un sistema contrapposto a quello statale dominante, possono essere considerate istituzioni. In particolare, si parla di istituzioni in senso proprio laddove esse abbiano in seno un sistema di regole definito, ineluttabile, condiviso e accettato da parte di tutti i membri di una data organizzazione.

Ciò detto è facilmente desumibile dalla letteratura e dagli atti processuali che negli anni hanno ricostruito la storia delle organizzazioni malavitose italiane, in primis la mafia, di natura eversiva e con finalità distanti da quelle tipiche di un’organizzazione dello Stato di diritto. Esse “conquistano” il titolo di “Istituzione” in virtù della capacità di codificare un sistema comportamentale all’interno di un sistema.

Alla base di un ordine sociale non sono le norme che creano il diritto, ma è l’organizzazione in sé a creare il diritto e a servirsi delle norme come strumento di codificazione dei comportamenti: esso non esclude le norme, anzi se ne serve e le comprende nella sua orbita, ma, nel medesimo tempo, le avanza e le supera. “Ogni ordinamento giuridico è un’istituzione e, viceversa, ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l’equazione fra i due concetti è necessaria e assoluta”. (Romano, 1977).

Pertanto, come sostiene Romano, gli ordinamenti cosiddetti “statuali” non concludono la categoria di istituzioni: vi sono gli ordinamenti “extra-statali” che sono posti allo

stesso livello dei primi, sebbene siano allo stesso tempo contrapposti per oggetto e scopo.

Analizzando in maniera sempre più approfondita le teorie proposte, è evidente che ciò che diverge tra di esse è il punto di partenza della concettualizzazione. Vi è una continua contrapposizione tra diritto come pura astrazione e diritto come organizzazione; diritto “dall’alto” e diritto “dal basso”.

Il diritto positivo viene accusato di eccessivo astrattismo, poiché pone le basi di un fenomeno giuridico rappresentativo della società partendo da una norma scritta che si “autonoma” giuridica. Aumenta la distanza tra normazione, ovvero pura teoria di regole imposte, e l’organizzazione sociale, cioè le relazioni che si creano all’interno della società. Può il diritto ridursi solo a questo? Si può evitare di tenere in considerazione tutte le altre variabili che partecipano in maniera evidente alla formazione delle istituzioni?

La storia ci ha dato in parte una risposta a questo quesito: una società è in continua evoluzione, ed è necessario tener conto di questo per garantire la sopravvivenza della stessa. Il diritto e l’ordinamento devono andare di pari passo con il cambiamento di usi, costumi, epoche, il ricambio generazionale di una società.

Sicuramente il concetto di Stato, considerato come ordinamento giuridico primario, può aiutare in una maggiore comprensione del rapporto stretto tra organizzazione e istituzione: l’ordinamento statale è, prima di tutto, una struttura organizzativa, accompagnata da un sistema codificato di norme e da una plurisoggettività. Queste (secondo la teoria istituzionalista, analizzata più approfonditamente in questo elaborato) sono le caratteristiche essenziali che compongono un’Istituzione.

Soffermandosi su questo concetto, il terzo capitolo prende in esame il caso “estremo” della organizzazione mafiosa di “Cosa Nostra”, proponendo la seguente research question:

Se così fosse, come potrebbero essere definite le organizzazioni “extra-statali”, ad esempio di carattere malavitoso, etichettate dallo Stato stesso come illecite?

Un’organizzazione è *illecita* quando le sue azioni comportano delle conseguenze negative da parte di un altro soggetto giuridico. Le organizzazioni “devianti”, che non si riconoscono nello Stato e decidono di costituire una realtà in opposizione alla prima per oggetto e scopi, vengono difatti considerate sanzionabili dallo Stato stesso, mediante l’uso o la minaccia d’uso della forza o tramite l’apparato coercitivo.

Sebbene però queste organizzazioni extra-statali possano essere qualificabili come illecite, nulla può essere argomentato circa la loro *legittimità*. Ciascuna organizzazione extra-statale presenta tutte le caratteristiche di un’istituzione, dunque può essere annoverata a pieno titolo tra di esse, e analizzata sullo stesso piano dello Stato.

In particolare, prendendo in considerazione il caso di una tra le più influenti associazioni mafiose, Cosa Nostra, è lampante come un sistema extra-statale possa nascere all’interno dello Stato e svilupparsi in maniera autonoma. Cosa Nostra ha raggiunto livelli di maturazione ed espansione più che notevoli, che solo un’istituzione con un apparato complesso e funzionante avrebbe potuto conquistare: non a caso è stata definita uno “Stato nello Stato”.

Da una disamina più approfondita, Cosa Nostra presenta tutte le caratteristiche fondamentali di un’istituzione: un apparato coercitivo ben funzionante, un sistema normativo raffinato, una struttura organizzativa verticistica, il controllo di un territorio tra capifamiglia, metodi di cooptazione per l’entrata di nuovi membri nell’organizzazione. E’ importante aggiungere che Cosa Nostra è stata capace di creare una rete articolata di relazioni commerciali, economiche, “amichevoli” con enti pubblici e privati, aumentando in maniera esponenziale la propria influenza.

Senza dimenticare che Cosa Nostra, e in generale le associazioni a stampo mafioso, osteggiano o si oppongono agli interessi dello Stato, danneggiando in diverse maniere la struttura di quest’ultimo: esistono dei reali impedimenti nello stabilire che questi ordinamenti extra-statali siano a tutti gli effetti definibili come “Istituzioni giuridiche”? E’ quello che cercheremo di stabilire nei prossimi capitoli.

1. Il fenomeno giuridico e le principali teorie del diritto.

Il fenomeno giuridico è la manifestazione più tipica e rappresentativa della vita associativa – *ubi societas ibi ius*-, infatti qualunque corpo sociale deve essere internamente ordinato (mediante distribuzione di compiti, poteri e doveri) affinché il suo funzionamento sia efficiente e i risultati corrispondano agli obiettivi posti alla base della società.

Si tratta dunque di scegliere un insieme di principi fondamentali che regolino, in maniera ordinata e civile, la vita e l'evoluzione di ogni società o comunità umana.

L'organizzazione interna di una comunità/società, in quanto complesso di “norme di condotta”, costituisce un ordinamento. Questo si qualifica “giuridico” in base alla duplice caratteristica dell'universale applicabilità delle norme, accettate e riconosciute come inderogabili da parte della comunità nel suo insieme, e dalla costituzione di appositi organi, da esso stesso previsti, nell'ipotesi in cui determinati soggetti tengano un comportamento contrastante con le sue regole e decisioni.

Il diritto diventa così l'altra faccia della società, poiché attraverso esso si possono analizzare anche i problemi della nostra società, per questo il diritto diventa apparentemente lo strumento sociale più concreto, creato dalla nostra società per la sopravvivenza della stessa.

I concetti di “ordinamento”, “Stato”, “diritto” hanno da sempre avuto varie definizioni e differenti teorie in cui riconoscersi e in cui interpretare diversi “ruoli”. In particolare occorre ricordare:

- Teorie normativiste (Hans Kelsen), l'ordinamento è costituito dal complesso delle norme vigenti in un determinato spazio territoriale, questa teoria si basa sul giusnaturalismo, così che le discipline giuridiche dovrebbero basarsi solo sul diritto posto. **La società ha un ordinamento.**

- Teorie istituzionaliste, un ordinamento non coincide con un complesso di prescrizioni normative; al contrario, sono proprio le prescrizioni normative che scaturiscono da una determinata organizzazione sociale. Pensiamo ad esempio ai paesi anglosassoni, dove si è affermata la c.d. Common Law (dalla regolarità dei comportamenti prevalenti e dalla normalità di un'organizzazione scaturisce per via consuetudinaria la gran parte delle norme e delle regole). **La società organizzata è un ordinamento.**

I principi generali che entrambe le teorie assumono e interiorizzano sono:

- Le norme giuridiche obbligano solo se possono essere conosciute;
- Il principio secondo il quale si deve obbedienza solo alle norme che non richiedono prestazioni impossibili;
- Ogni ordinamento è un sistema; in base a ciò ciascun ordinamento è considerato necessariamente completo (non ammette vuoti normativi), coerente (non ammette contraddizioni fra norme) ed ordinato (ha un principio ordinatore che ne assicura l'unità).

La domanda chiave che alimenta la dicotomia tra le due teorie dunque è: è il diritto che fonda l'organizzazione o è quest'ultima che produce il diritto?

1.1 La teoria normativista di Kelsen.

Il filosofo e giurista austriaco Hans Kelsen (Praga, 11 ottobre 1881 – Berkeley, 19 aprile 1973) è considerato tra i più importanti teorici del diritto del Novecento e il maggior esponente del normativismo; è noto come il capostipite novecentesco della dottrina liberal-democratica del diritto su base giuspositivista.

La teoria normativistica di Kelsen utilizza le norme giuridiche per definire il concetto di Stato nel quale queste ultime nascono e si sviluppano. Secondo Kelsen dunque, l'essenza dello Stato è puramente normativa: lo Stato non può esistere da solo, poiché “non è un corpo visibile e tangibile”¹. Non è un'entità naturale, ma costituita attraverso le norme, e i comportamenti umani diretti da queste vengono attribuiti, o meglio, imputati allo Stato. Il concetto “Stato” è dunque artificiale, al quale vengono fatti corrispondere alcuni comportamenti non mediante l'affermazione o la descrizione di una certa catena causale, bensì secondo un sistema di norme. L'imputazione è, perciò, un'operazione eminentemente giuridica². Difatti nella teoria kelseniana il concetto di Stato esiste solo come concetto giuridico, contenente un sistema di norme che si distingue dalle norme della morale, poiché le prime si distinguono per la loro forma.

L'ordinamento giuridico statale, per potersi definire tale ed avere una concreta applicazione, deve possedere necessariamente un'effettività, ovvero la capacità di ottenere un'esecuzione e rispetto delle norme da parte della società. Occorre dunque che ci siano delle sanzioni e che vengano rispettate. Ma Kelsen su questo punto sottolinea attentamente che il *dominio*, che deve essere inevitabilmente esercitato da un uomo (o da un apparato coercitivo), non scaturisce dalla volontà dell'uomo stesso ma dal potere delle norme che vengono fatte rispettare da quest'ultimo: “Nella definizione concettuale dello Stato è importante che l'elemento della coazione sia colto in questa inequivoca

¹ H.Kelsen, “*Teoria generale del diritto e dello Stato*”, trad. it. di S. Cotta e G.Treves, ETAS Milano 1978, p.196

² Massimo La Torre, “*Norme, istituzioni, valori- Per una teoria istituzionalistica del diritto*”, Editori Laterza, Bari 1999, p.35

determinatezza: come contenuto dell'ordinamento normativo, e non sia sostituito dall'elemento non chiaro del "dominio" nel senso di una motivazione³. Non c'è distinzione tra Stato e diritto, ovvero lo Stato può essere pensato solo come ordinamento giuridico *par excellence* ed è posto sullo stesso piano del diritto.

Ponendo l'accento sul particolare rapporto tra Stato e norma, Kelsen riceve diverse obiezioni al riguardo, come ad esempio quella del filosofo Norberto Bobbio, che parla di riduzione del potere politico al fenomeno giuridico. In realtà sarebbe più esatto parlare di riduzione del diritto al potere, in ogni caso secondo Kelsen è irrilevante porsi il problema della subordinazione del potere statale alle norme, poiché una norma è di per sé sempre vincolante, in qualunque caso. Nel caso in cui un sovrano non si attenesse ad una norma, esisterà allora un'altra norma di rango superiore che regolerà la modificazione della prima. Sarebbe un paradosso pensare uno Stato che non sia vincolato al proprio ordinamento (cioè al diritto), poiché tale ordinamento è proprio lo Stato e l'idea di uno Stato liberatosi dal suo ordinamento è già di per sé una contraddizione (ogni Stato è già da sé uno "Stato di diritto").

Per queste ragioni, Kelsen non può non ammettere che qualsiasi tipo di ordinamento giuridico può essere considerato uno "Stato di diritto": anche il regime dispotico o la monarchia lo sono. Questi hanno un determinato ordinamento giuridico, ed è proprio tramite questo specifico insieme di norme che il despota può esercitare il proprio potere.

1.1.1 Il ruolo chiave della sanzione.

Teoricamente per Kelsen non può dunque esistere un "illecito dello Stato", poiché il soggetto dell'illecito coinciderebbe con il soggetto del diritto (cioè lo Stato stesso). Tuttavia sorge ancora qualche perplessità riguardo la validità della norma fondamentale che deve essere presupposta. Questo apparente paradosso viene spiegato dal fatto che,

³ H. Kelsen, "*Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*", Mohr, Tubingen 1928, cit. p.83

secondo questa teoria, la norma primaria ha come contenuto una sanzione o un atto coattivo dello Stato. La funzione della sanzione non è più subordinata e secondaria alle leggi secondarie, bensì va collocata come oggetto di norme primarie (o fondamentali). Ciò che caratterizza e differenzia un ordinamento giuridico da tutto il resto è proprio l'elemento della forza, della coazione.

Kelsen opera due sovrapposizioni tra i concetti di Stato e diritto: colloca entrambi sul piano dei fenomeni normativi, che però non potrebbero essere distinti dalla società senza la “tecnica sociale” della sanzione. Proprio sul piano della coercizione vi è la seconda sovrapposizione dei due concetti, poiché entrambi sono caratterizzati dall'uso della forza.

Tenendo fortemente in conto questa caratteristica, ed aggiungendo che per Kelsen lo Stato è l'ordinamento giuridico *par excellence* (è la stessa cosa dell'ordinamento giuridico), si può dedurre che l'identificazione di diritto e di Stato operata da Kelsen si compie dal lato dello Stato (o potere politico).

Ma allora, come può chiamarsi quell'ordinamento giuridico vigente in alcune società, che non possiede né utilizza il monopolio della forza? Questa obiezione obbliga Kelsen ad un'ulteriore precisazione un po' forzata: l'atto coattivo può presentarsi sotto diversi aspetti, e può essere esercitato da diversi “organi” a seconda del tipo di Stato. Ad esempio, in uno Stato primitivo l'ordinamento giuridico prevedrà l'utilizzo della forza direttamente dalla parte lesa (ex. vendetta del sangue). Il diritto non può esistere senza la forza e il potere coercitivo della sanzione, “il diritto è un determinato ordinamento (od organizzazione) della forza”⁴.

Quest'ultima affermazione può portare ad un *misunderstanding*, proprio per questo Kelsen tiene a precisare che la mera forza non costituisce di per sé un ordinamento politico, e i detentori del potere non sono tali perché possono esercitare la forza sugli altri, bensì perché sono “organi” di un ordinamento. Lo Stato è la rappresentazione del concetto di ordinamento, non di coercizione.

⁴ H. Kelsen, “*Lineamenti di teoria pura del diritto*”, trad. it. di R. Treves, Einaudi, Torino 1973, p.102

“L’illecito è la condizione a cui la norma giuridica ricollega la sanzione. Una data condotta umana è un illecito perché a tale condotta intesa come una condizione, l’ordinamento giuridico ricollega, come conseguenza, una sanzione”⁵. Si può dedurre che la sanzione, come atto coercitivo, è sempre tale, configurandosi come un qualsiasi atto coercitivo disposto dallo Stato e attribuito ad un comportamento umano, il quale diviene illecito solo attraverso l’imputazione. Il riconoscimento di un comportamento illecito nella teoria kelseniana non nasce dalla semplice violazione di una norma, ma dall’“attivazione” della sanzione, per la quale il comportamento illecito è condizione necessaria e sufficiente. In questa particolare teoria delle norme giuridiche, vi è dapprima la sanzione, e poi il comportamento illecito che è tale in quanto contro di esso è diretta la sanzione⁶. La definizione dell’illecito dipende dall’imputazione della sanzione ad un certo comportamento, cioè dal suo carattere coercitivo.

“Se un ordinamento giuridico, per esempio una legge votata dal Parlamento, contiene una norma che prescriva un certo comportamento, ed un’altra norma che ricolleggi una sanzione alla violazione della prima, la prima norma non è autonoma, ma strettamente collegata con la seconda”⁷. Con queste parole il filosofo austriaco riconosce all’interno di un ordinamento la distinzione tra “norme autonome” e “norme non autonome”, che non dispongono di una sanzione e perciò vengono ricollegate ad altre norme “primarie”. Anche qui Kelsen incappa in un paradosso: se infatti non tutte le norme hanno una sanzione, come si può riconoscere un atto come sanzione, se è prescritto da una norma? In questo caso sarebbe più coerente descrivere un atto come sanzione a prescindere dall’esistenza di una norma o di un ordinamento normativo.

⁵ H. Kelsen, *“Teoria generale del diritto e dello Stato”*, trad. it. di S. Cotta e G. Traves, ETAS, Milano 1978, cit. p.51

⁶ H.Kelsen, *“Norme, istituzioni, valori”* Id p. 59

⁷ Id., *“La dottrina pura del diritto”*, trad. it. di M.G. Losano, Einaudi, Torino 1975, p. 68

1.1.2 Critiche e paradossi.

Il filosofo giurista Santi Romano, partendo dal normativismo kelseniano, arriva a due conclusioni: non è possibile definire il concetto di sanzione solo attraverso criteri empirici; inoltre il concetto di sanzione rinvia ad una norma di condotta la cui violazione è la condizione della sanzione. La norma giuridica non può essere più definita in funzione della sanzione, al contrario è la sanzione che può essere definita solo in funzione della norma, o mediante essa.

Inoltre, se si considera la sanzione in termini prettamente materiali o empirici, come per esempio un male o un danno di carattere economico o fisico, e si assume che oggetto delle norme giuridiche sia esclusivamente l'attuazione di un danno o male di questo tipo, dovranno essere utilizzati strumenti "extranormativi" (materiali o empirici) per definire la norma e per accertarsi della sua esistenza. Il che significa che la scienza giuridica come conoscenza normativa non basta da sola e necessita della conoscenza empirica. In ogni caso, non si può più parlare di "purezza" della scienza giuridica, espressione coniata dal giurista Kelsen.

1.2 Le basi della teoria istituzionalistica.

L'istituzionalismo è una dottrina giuridica che riconosce nel concetto di istituzione l'elemento chiave come spiegazione della vita associata, identificando il diritto con l'istituzione che crea le norme: "*ubi societas ibi ius*". In questo caso viene messo in rilievo il fatto che non vi può essere diritto al di fuori di un'organizzazione, e gli stessi individui non possiedono uno status sociale, se collocati al di fuori di essa. E' l'organizzazione che produce le norme giuridiche ed è la sua esistenza che "legalizza" queste ultime. Una peculiarità di questa teoria è l'analisi dell'intreccio tra linguaggio, comportamenti sociali e regole.

Il termine istituzione fu utilizzato per la prima volta da Maurice Hauriou (1856-1929), un giuspubblicista francese che considera questo “corpo sociale” come prodotto di un potere organizzato accompagnato da attività collettive necessarie alla sua realizzazione, il quale ha realizzato in sé la situazione di diritto più alta. Nonostante un tentato approccio filosofico alla sua dottrina, Hauriou non riesce a spostarsi dal terreno del diritto pubblico, non approfondendo esaustivamente la questione. Il grande rappresentante di questa teoria porta il nome del giurista italiano Santi Romano, che elabora una concezione giuridica dell'istituzionalismo, di stampo non prettamente sociologico.

La teoria istituzionalistica si contrappone, nel dibattito giusfilosofico, a quella normativista. Difatti la giustificazione del diritto come istituzione non è di carattere normativo, cioè non si rifà all'illecito, alla sanzione o ad un comando, ma è di tipo materiale, cioè si riferisce a contesti storici, culturali e alle pratiche sociali di qualsiasi genere. E' la società che alimenta ed è alimentata dalle norme. Ad esempio, gli istituti del matrimonio o del divorzio, regolati da norme condivise e rispettate, non esisterebbero se non fosse nato il bisogno di “istituzionalizzare” queste determinate pratiche. Viene messo in atto un vero e proprio “processo giuridico di istituzionalizzazione”, che trasforma tutti i fenomeni sociali organizzati tramite regole informali e consuetudini in norme formali che garantiscono la chiarezza e la sicurezza dei rapporti sociali. E' tuttavia importante sottolineare che, sebbene vengano create istituzioni formali e riconosciute, il diritto non trova giustificazione in queste, ma sempre nella fonte della società, con la quale mantiene un contatto permanente e diretto.

La filosofia dell'istituzionalismo si può dedurre da una particolare osservazione critica rivolta da questo al normativismo per la quale, se il diritto fosse solo insieme di norme, in gran parte disapplicate, come sostengono i normativisti, esso sarebbe da considerarsi alla stregua di una "lingua morta", totalmente inefficace.

1.2.1 La filosofia del diritto di Santi Romano.

La teoria del diritto di Santi Romano innanzitutto si basa sull'uso del metodo gius-positivistico, ovvero su una concezione del diritto così come questo è in realtà, e non come dovrebbe essere secondo certi principi. Ciò che caratterizza la sua dottrina è proprio la distinzione tra sfera del diritto e sfera della morale: non è possibile negare il carattere della giuridicità ad un ordinamento non statale, che sia però organizzato, solo per un apprezzamento etico. "Noi, tale ente (l'istituzione) l'abbiamo considerato, non dal punto di vista delle forze materiali che lo producono e lo reggono, non in rapporto all'ambiente in cui si sviluppa e vive come fenomeno interdipendente con altri, non in riguardo ai nessi di cause ed effetti che vi si ricollegano, e quindi non sociologicamente, ma in sé e per sé, in quanto risulta da un ordinamento giuridico, anzi è un sistema di diritto obiettivo"⁸. Il diritto "immorale" o "ingiusto" è posto sullo stesso piano del "diritto morale".

Una distinzione preliminare nella teoria istituzionalistica di Romano è:

-il diritto come una o più norme considerate singolarmente;

-il diritto come l'intero ordinamento giuridico.

Il giurista siciliano concentra la sua attenzione sul diritto come ordinamento considerandolo come fondamentale, affermando inoltre che lo stesso ordinamento non è una mera somma di norme e nemmeno una somma di rapporti giuridici. Infatti il diritto come rapporto presuppone il diritto come ordinamento. Per Santi Romano l'ordinamento giuridico è determinato dalle norme ma soprattutto dall'organizzazione: le norme difatti sono strumentali ma non costitutive dell'ordinamento.

L'ordinamento è mosso in parte dalle norme e in parte muove quelle stesse. Il concetto di diritto per Romano deve essere direttamente collegato con il concetto di società, vista come un'unità concreta distinta dagli individui che la formano e soprattutto organizzata.

⁸ S.Romano, "*L'ordinamento giuridico*"; Sansoni, Firenze 1977, p. 96-97

Deve esistere dunque uno specifico ordine sociale ma non determinato dall'esistenza di norme o regole.

Ciò che caratterizza la teoria del diritto di Romano è, oltre alla concezione della società come "organizzazione", la "socialità" del fenomeno giuridico. Egli elenca quattro caratteri fondamentali del fenomeno istituzionale⁹:

1. deve essere obiettivamente e concretamente esistente: "per quanto immateriale, la sua individualità deve essere esteriore e visibile",
2. deve essere "manifestazione" della natura sociale e non puramente individuale dell'uomo,
3. deve essere "un ente chiuso", che può venire in considerazione in sé e per sé, appunto perché ha una propria individualità,
4. deve essere "un'unità ferma e permanente", cioè deve mantenere la propria identità anche nel caso in cui mutino i singoli elementi dell'istituzione,
5. Il concetto di istituzione implica quello di organizzazione della forza (per Romano si parla di "forza sociale"), cioè ogni forza sociale che sia organizzata si trasforma automaticamente in diritto.

Per Romano l'organizzazione non deve comprendere assolutamente una struttura gerarchica, l'esistenza di una istituzione non deve prevedere l'autonomia di questa: ad esempio per il giurista la comunità internazionale, pur non avendo una gerarchia stabilita, è l'istituzione più ampia.

Romano inoltre riconosce due concetti di diritto: il primo quello di diritto come "un ordinamento nella sua completezza ed un'unità cioè un'istituzione". L'altro è quello del diritto come insieme di precetti o norme, che traggono la loro ragion d'essere dall'ordinamento complessivo. Il primo concetto di diritto è valido solo in quanto porzione della realtà, il secondo invece è valido se connesso al diritto come

⁹ *Ivi*, p.34-35

ordinamento. “L’istituzione è tale in quanto pone norme e la norma trae dall’istituzione la sua forza”¹⁰.

1.2.2 Norme, comunità, istituzioni.

Santi Romano focalizza la sua attenzione soprattutto sul rapporto tra norme e comunità, o meglio tra le norme e le istituzioni, tentando di darne prima di tutto una definizione.

Esistono diverse concezioni del termine “norma”:

-esse sono manifestazione di volontà o comando, valida solo se esprime effettivamente la volontà del soggetto che l’ha emanata.

-esse esistono e sono valide a prescindere dai reali comportamenti che si conformano alle norme (teoria platonista).

-la norma è un tipo particolare di stimolo linguistico (teoria comportamentistica).

Partendo da queste tre possibilità, si possono trarre alcune conclusioni:

Innanzitutto esistono “norme fondamentali” (ex. Norme imperative, *ius cogens*) che sono condizione di possibilità dell’istituzione, e “norme inferiori” che possono derivarsi da quelle fondamentali (ex. Norme di terzo grado). Le prime sono norme che definiscono e costituiscono la prassi in questione (istituzione), le seconde sono le regole che si applicano alle azioni che si danno nel quadro dell’”istituzione”, resa possibile dalle norme fondamentali. L’istituzione è quella sfera d’azione della quale una o più norme sono condizione di possibilità, solo quando tale possibilità viene effettivamente sfruttata.

Nel momento in cui i concetti “norma” e “istituzione” vengono contrapposti, possono verificarsi delle conseguenze paradossali, come ammettere che una costituzione nata

¹⁰ *Ivi*, p.42

solamente dalla carta di vita automaticamente ad un regime costituzionale. Ovviamente dei meri enunciati linguistici non sono in grado, da soli, di produrre conseguenze concrete. Rawls stesso afferma che un'istituzione è detta tale solo quando le azioni che essa "esemplifica" sono di fatto realizzate (opinio iuris ac necessitatis).

La peculiarità delle norme rispetto alle istituzioni è che le prime creano possibilità di azioni, non le azioni stesse. Le istituzioni sono non sistemi di regole o norme, bensì sistemi di possibilità di azione concretamente sfruttate. In questo modo si può evitare la confusione tra i due concetti. Romano paragona il rapporto tra norme e azione alle regole di un gioco. Sebbene le regole siano elaborate e poi redatte per iscritto, solamente quando le regole vengono applicate si può parlare di "istituzione". Di conseguenza la norma risulta valida quando esiste un efficace collegamento di questa con l'istituzione corrispondente.

1.2.3 Forza vincolante e obbligatorietà delle norme.

Romano riprende il pensiero di Weinberger secondo cui una norma non viene osservata solo per calcolo prudenziale o utilitario, cioè per evitare una sanzione. Per validità di una norma sociale si intende l'esistenza di un efficace collegamento della norma con l'istituzione corrispondente. Sicuramente tutte le norme vigenti sono vincolanti (altrimenti non avrebbe senso crearle), ma non tutte queste sono vincolanti anche "moralmente". Difatti va distinto il punto di vista morale dal punto di vista normativo, con cui ci si approccia alla norma stessa. W. afferma: "Una volta che ho afferrato una regola sono vincolato in quello che farò in seguito. Ma questo naturalmente significa soltanto che sono vincolato nei giudizi che pronuncerò su quel che è conforme alla regola e su quel che conforme non è". Non ogni punto di vista normativo rappresenta un punto di vista morale.

In altre parole, nel momento in cui si entra a far parte di un determinato gruppo, istituzione, vi sono delle regole e codici da rispettare. Questa è la forza vincolante

“oggettiva” della norma, ma è il “prezzo” da pagare se si ha la volontà di far parte di quel determinato gruppo. La forza vincolante “soggettiva” coincide, secondo Romano, proprio con la motivazione, o movente, ad agire in un certo modo.

Da un punto di vista sociologico in effetti, gli esseri umani assumono un determinato ruolo in una certa società, diventano attori il cui comportamento è vincolato da norme da seguire. Tutto ciò però non implica che non ci si possa ribellare alle norme e alle istituzioni esistenti, né che la soggettività dell’individuo sia un’illusione, confondendosi completamente con il “ruolo” o l’”identità sociale” del singolo. Come abbiamo già detto, le norme costituiscono possibilità di azioni, ma le azioni restano sempre il prodotto della volontà o dell’intenzionalità dei soggetti.

1.2.4. Il motore delle istituzioni: l’ intenzionalità dei soggetti.

Il passaggio fondamentale che collega la norma all’azione è l’intenzionalità: prima di affermare che una determinata condotta corrisponda ad una norma ci deve essere la volontà di conformarsi ad essa. L’intenzionalità che regge le azioni umane non può considerarsi come “interna” alle regole, nel senso di poter essere spiegata tramite queste. Ogni azione quotidiana regolata da norme non è spiegabile interamente attraverso il sistema di regole che la dirige, le norme vanno “intenzionate”, o meglio, applicate.

Peter Winch distingue, con riferimento ad una qualsiasi “istituzione”, una “relazione estrinseca” ed una “relazione intrinseca”. Nella prima l’azione possibile entro il contesto istituzionale si pone come mezzo rispetto ad un fine “esterno” all’istituzione. Nel secondo tipo di relazione l’azione in parole si pone come mezzo per un fine “interno” all’istituzione.

Inoltre, l'identità sociale del soggetto, se dipende da un'istituzione, non definisce tutta l'identità del soggetto, poiché la soggettività non si identifica con il "ruolo".

1.3 Le due teorie a confronto.

Le due teorie brevemente analizzate si pongono, in linee generali, agli antipodi del pensiero filosofico e giuridico. Tuttavia vi sono dei punti in comune che, se limati accuratamente, possono convivere tra loro. E' il concetto di "ordinamento giuridico" il legame principale tra le teorie di Kelsen e Romano, pur rimanendo completamente diverso. In Kelsen l'ordinamento coincide con un sistema di norme, di un elemento che nasce da queste e a queste è riducibile. Al contrario in Romano l'idea di ordinamento non è riducibile ad un mero elenco di norme. Così alla "norma fondamentale presupposta" della "dottrina pura" di Kelsen corrisponde una "costituzione materiale" ovvero un "diritto tacito" di Romano. Kelsen concepisce un ordinamento giuridico "chiuso" e "fondato" su una norma o somma di norme, mentre Romano fonda l'ordinamento su una specie di necessità materiale.

L'affermazione di Vittorio Frosini rende esattamente l'idea: "Se si volesse ridurre la contrapposizione tra Kelsen e Romano a quella fra due formule definitorie, si potrebbe perciò constatare l'alternativa fra la "norma giuridica fondamentale" che sta alla base della dottrina pura del diritto, ed il "diritto tacito fondamentale", su cui è costruita la dottrina istituzionalistica, anche se questa seconda formula va attribuita non allo stesso Santi Romano, ma ad un suo seguace, Orazio Condorelli"¹¹.

Inoltre, prendendo in considerazione anche la concezione del diritto internazionale (monista quella kelseniana, pluralista quella di Romano) e la configurazione giuridica della Chiesa cattolica, Kelsen propende per il riconoscimento di un solo ordinamento giuridico, mentre Romano è decisamente pluralista.

¹¹ Frosini, "Kelsen e Romano", cit. pp. 53-54. Cfr. O. Condorelli, "*Il diritto fondamentale*", in Id.

Dunque, la dottrina di Santi Romano è definita gius-positivistica nel momento in cui si adotta una versione ampia del positivismo giuridico, cioè il diritto è prodotto solo dall'azione degli esseri umani. Essa è inoltre realista, poiché concepisce il diritto come una sfera della realtà, come un insieme di fatti. Ma in particolare, riprendendo la contrapposizione con il giurista austriaco Kelsen, viene definita “moderatamente antinormativistica”, perché, pur facendo una netta distinzione tra “norma” e “istituzione”, facendo prevalere la seconda, ammette di non poter fare a meno della prima, assoggettandola all'istituzione ma senza eliminarla.

Romano stesso scrive:” La concezione istituzionalistica non è accettata dalla dottrina tradizionale sul concetto di diritto che, secondo essa, sarebbe invece un complesso o sistema di norme, delle quali, per distinguerle da altre norme, si ricerca, ma si ricerca invano il carattere specifico. A tale concezione c.d. normativa si contrappone la concezione istituzionalistica del diritto”¹².

Per Romano comunque, i due concetti di “istituzione” e “norma” non sono incompatibili, al contrario si integrano necessariamente. Tuttavia, la sua dottrina è definita “antistatualista”, poiché egli non crede che i fenomeni giuridici possano nascere da comandi, prescrizioni, precetti imperativi, tutti atti tipici di uno Stato che non possono costituire esclusivamente gli ordinamenti. Inoltre Romano non crede nell'unicità dello Stato e di un ordinamento all'interno di una società, piuttosto esalta il pluralismo radicale: ogni gruppo sociale costituisce un ordinamento giuridico.

Ancora, il diritto per Romano non segue il “formalismo”, cioè “non ha scopi, fini, distribuzione di competenze necessariamente predeterminati”¹³; non pratica il “sanzionismo”, utilizzato da Kelsen, secondo cui la sanzione è un elemento distintivo o centrale della norma giuridica o dell'esperienza giuridica nel suo complesso.

Una possibile critica da parte dei sostenitori di Kelsen nei confronti di Romano sorge insieme al concetto di “effettività”. Nel “ciclo vitale” della formazione delle norme Romano afferma infatti che vi è un ordinamento pre-costituito, un'organizzazione

¹² Romano, “*Principii di diritto costituzionale generale*”, cit. p.55

¹³ Gavazzi, “*Santi Romano e la teoria generale del diritto*”, cit., p. 76

dotata di una sua entità che gioca un ruolo attivo e si presenta così come è al giurista. Non viene spiegato cioè in che modo vengano a relazionarsi il diritto e i consociati e in che modo l'ordinamento pre-dato venga interiorizzato da essi. Si passa attraverso uno spostamento di prospettiva dal "dover essere" inconfutabile di Kelsen all' "essere" di Romano, che intende il diritto come "puro dato". A questo *gap* alcuni sostenitori dell'istituzionalismo hanno risposto citando le stesse parole di Romano: "esistente e per conseguenza legittimo è solamente quell'ordinamento cui non fa difetto non solo la vita attuale ma altresì la vitalità"¹⁴.

¹⁴ Catania A., *Filosofia del diritto. Temi e problemi.*, Gentile, Salerno, 1999, p. 241

2. Il diritto come istituzione: Santi Romano e il concetto di ordinamento giuridico.

In Italia, il maggior esponente della teoria istituzionalista, come già detto, è stato Santi Romano. Egli matura un approccio al diritto ponendosi esattamente da un punto di vista opposto al normativismo di Kelsen, come riassunto precedentemente. I due filosofi infatti prendono due direzioni opposte: Kelsen parte dalla norma e, solo successivamente, giunge all'ordinamento; Romano parte dall'ordinamento arrivando in un secondo momento alla spiegazione del diritto come norma.

Nella sua opera “*L'ordinamento giuridico*” egli afferma: “l'ordine sociale che è posto dal diritto non è quello che è dato dalla esistenza, comunque originata, di norme che disciplinino i rapporti sociali: esso non esclude tali norme, anzi se ne serve e le comprende nella sua orbita, ma, nel medesimo tempo, le avanza e le supera. Il che vuol dire che il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante”¹⁵.

Occorre precisare che Romano non esclude la norma dalla formazione del diritto, semplicemente la subordina ad una variabile più concreta e potente, la società: *ubi societas, ibi ius*. Secondo Romano inoltre il concetto di “diritto”, sebbene venga utilizzato e contestualizzato da quasi tutte le teorie filosofiche e non, è stato spesso adoperato in significati erronei ed eccessivamente astratti e indeterminati.

Ad esempio, un primo significato di diritto può essere identificato con una o più norme singole (una legge, un codice, una consuetudine etc.) considerandole separatamente o raggruppate, per esempio attraverso un trattato o la fonte da cui derivano. Basterebbe questo per creare e rappresentare tutto quello che si trova all'interno del diritto?

¹⁵ Romano, S. “*L'ordinamento giuridico*” in Fassò, G., “*Storia della filosofia del diritto*”, cit. p. 286

Ovviamente no. Se si vuol definire un intero ordinamento giuridico, non si può focalizzare l'attenzione solamente sulle sue singole parti (le norme appunto) per poi sommarle e concludere che il risultato è l'insieme di queste parti, occorre invece cogliere l'essenza di questo "corpo", il motore che ne permette l'esistenza ed il funzionamento.

Quando si parla del diritto francese, della Chiesa etc, non si prendono in considerazione solo ed esclusivamente le norme scritte ed elencate, ma tutto l'impianto che sussiste dietro di esse. L'ordinamento giuridico, di qualsiasi tipo, è un'unità a sé, concreta ed effettiva, proprio come lo è il corpo umano prima ancora di essere un "ammasso" di organi ed apparati.

Così si parla di una volontà, di una potestà, di una *mens*, di una forza propria dell'ordinamento giuridico, distinta da quella delle singole norme e indipendente anche dalla volontà del legislatore che le ha emanate¹⁶; l'ordinamento, per essere tale, deve possedere un *quid* capace di costituire un "tutto vivente", un "organismo" con *motu* proprio in grado di adattarsi e rendersi efficiente.

Proprio per questo, secondo un'interpretazione evolutiva ogni ordinamento è in grado di adattarsi e mutare al cambiamento dell'ambiente sociale in cui deve trovare applicazione, senza che in esso si incorporino nuove norme.

I numerosi meccanismi, ingranaggi, i collegamenti di autorità e di forza, "l'impalcatura sociale" sono essenziali nella creazione del diritto. In altre parole, l'ordinamento giuridico è un'entità che prende forma in parte secondo le norme, in parte è esso stesso a muovere le norme, che rappresentano l'oggetto e il mezzo della sua attività: il mutamento di alcune norme spesso è l'effetto, e non la causa, di un cambiamento sostanziale dell'ordinamento.

In ogni caso, secondo l'istituzionalista Romano è più appropriato stilare un elenco degli elementi essenziali che il concetto di diritto deve rappresentare: anzitutto quello di società, in due sensi. Quello che fa parte solo della sfera individuale di un individuo,

¹⁶ Id., "Il concetto di ordinamento giuridico", in Logon Didonai, "Validità, diritti, effettività", Ed. sc srl 2010, cit. p.221

che non interagisce con la società, non è diritto (*ubi ius ibi societas*); inoltre non esiste società se non si manifesta il fenomeno giuridico (*ubi societas ibi ius*). Per società non si intende un qualsiasi rapporto tra due soggetti, essa deve essere un'entità concreta, distinta dagli individui che vi fanno parte.

Il concetto di diritto deve comprendere anche quello di ordine sociale: è dunque indispensabile una forma di organizzazione interna, un ordinamento giuridico, un'organizzazione variamente ordinata e non necessariamente gerarchica come quella statale. L'organizzazione conferisce all'ordinamento una struttura stabile, chiara e permanente, ancor prima di divenire un complesso di norme.

Questa entità sociale, concreta ed ordinata, in cui le regole sono solo un aspetto della sua totalità, viene chiamata "istituzione": "ogni ordinamento giuridico è un'istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico"¹⁷. Dunque il "diritto" è un'istituzione, ovvero un ordinamento completo ed indipendente, ma anche un insieme di precetti (norme e disposizioni) raggruppati o sistemati che acquistano carattere giuridico nel momento in cui instaurano un rapporto con l'istituzione di cui fanno parte.

2.1 L' istituzione e l'essenza del diritto.

Per istituzione Romano intende ogni ente o corpo sociale. Esso deve avere un'esistenza indipendente, concreta, per questo il giurista utilizza l'espressione "corpo sociale". Inoltre il concetto "istituzione" è manifestazione della natura sociale e non puramente individuale dell'uomo. Tuttavia, non è detto che nella formazione di un'istituzione concorrano solo individui tra loro collegati, poiché ci sono istituzioni che constano di un insieme di mezzi, materiali e immateriali, personali o reali, che sono destinati ad ottenere un fine predeterminato a vantaggio non delle persone interne all'istituzione, ma

¹⁷ *Ivi* p. 224

ad individui esterni, cioè i destinatari. Molte istituzioni nascono per soddisfare gli uomini, sono amministrare da uomini ma non sono composte da essi.

L'istituzione, proprio perché indipendente, è un ente chiuso, possiede dunque una propria individualità. Ovviamente l'istituzione può variare in base alla sua tipologia, infatti vi sono istituzioni semplici e complesse, ovvero articolate tra loro (per esempio lo Stato è un'istituzione compresa in una più grande comunità internazionale), o ancora istituzioni perfette, che non necessitano di altri mezzi, e quelle imperfette, che si appoggiano a istituzioni diverse. Vi possono essere tra di esse legami di coordinazione, di subordinazione o ancora di contrasto, specialmente quando l'esistenza di un'istituzione garantisce il carattere illecito di un'altra.

Ancora, l'istituzione è un'unità ferma e permanente, che al mutare dei suoi elementi non perde la sua identità. Essa al contrario si plasma nuovamente, creando nuove disposizioni e mantenendosi efficiente nei confronti della società. E' proprio questa la forza dell'ordinamento giuridico per Romano: esso può rinnovarsi, mantenendo la propria individualità. "Istituzione" e "diritto" sono due momenti della medesima realtà e si trovano tra loro in un rapporto d'interazione, costituiscono l'uno "il corpo" l'altro "l'anima" di un medesimo ente¹⁸.

La parola chiave che Romano pone in rilievo è "organizzazione": grazie ad essa, e alle caratteristiche citate precedentemente, è possibile cogliere l'essenza del diritto inteso dagli istituzionalisti. L'organizzazione conferisce al gruppo sociale una struttura stabile, permanente, e può essere differentemente ordinata, non essendo necessariamente gerarchica, come l'istituzione dello Stato. Sicuramente l'istituzione è un'organizzazione sociale, ma questa non può essere utilizzata dal giurista finché non viene ridotta a concetto giuridico. Sostenendo che il diritto è un'istituzione, Romano pone all'interno del concetto di ordinamento giuridico l'ordine sociale, così le stesse caratteristiche dell'istituzione vengono attribuite all'ordinamento giuridico (unità, concretezza, indipendenza). Entrambi presentano le caratteristiche di "unità" e "individualità" e per questo realizzano un proprio ordine: il compito del giurista è solo quello di constatare

¹⁸ Id., "L'ordinamento giuridico" in Fassò, G., "Storia della filosofia del diritto", p. 286

l'esistenza di queste variabili, non di modificarle o fare apprezzamenti etici su di esse. Lo scopo caratteristico del diritto è proprio quello dell'organizzazione sociale:” Il diritto non consacra soltanto il principio della coesistenza degli individui, ma si propone soprattutto di vincere la debolezza e la limitazione delle loro forze, di sorpassare la loro caducità, di perpetuare ceni fini al di là della loro vita naturale, creando degli enti sociali più poderosi e più duraturi dei singoli”¹⁹.

Il tentativo principale di Santi Romano è quello di concretizzare l'essenza dell'istituzione nella funzione ordinante del diritto. L'istituzione è proprio la prima ed originale manifestazione del diritto, entrambi i concetti si alimentano a vicenda ed esistono in quanto fortemente correlati. Inoltre il nostro giurista elabora la teoria che l'istituzione deve essere necessariamente collegata alla teoria della “necessità”, nel senso che il concetto di istituzione è necessario a determinare quello di diritto, in quanto dona la caratteristica di unità e lo rende un vero e proprio ordinamento. Esistono tanti ordinamenti giuridici per ogni sfera autonoma del diritto, proprio perché le istituzioni costituiscono il diritto, non essendone il prodotto.

Nell'istituzione sicuramente vi sono altre forze che partecipano all'efficienza dell'ordinamento, ma sono forse individuali o comunque disorganizzate. Ogni forza sociale ed organizzata infatti si trasforma in diritto. Viceversa, non è diritto ciò e soltanto ciò che non ha un'organizzazione sociale. Per questo, non si può definire un elemento completamente in antitesi con esso, si può solo prendere in considerazione ciò che è irriducibilmente antisociale, ossia, per sua natura, individuale²⁰. Qualsiasi altra forza che non possiede questo carattere può rimanere fuori dal diritto fino a quando non verrà sistemato in un'altra istituzione, modificato nella struttura e plasmato. Le forze come la religione, la morale, l'economia, etc., sono tutte presenti nelle varie istituzioni, soprattutto negli Stati, in forme e misure differenti. Uno Stato socialista sicuramente premerà sull'accentramento economico, uno Stato cattolico sulla morale e la religione. Un altro esempio chiaro è la “*common law*” britannica, che considera come “diritto” gli statuti emanati dal Parlamento ma anche le regole non scritte e fatte osservare.

¹⁹ Id., “*Il concetto di ordinamento giuridico*”, in Logon Didonai, id. ,p. 228

²⁰ *Ivi*, p. 229

Santi Romano scrive:” il diritto è il principio vitale di ogni istituzione, ciò che anima e tiene uniti i vari elementi di cui questa risulta, che determina, fissa e conserva la struttura degli enti immateriali; reciprocamente l’istituzione è sempre un regime giuridico”²¹. Istituzione e diritto non sono due fenomeni subordinati, disposti in gerarchia, essi coincidono esattamente in un unico fenomeno.

Si creerebbe un paradosso se si considerasse il diritto come uno dei fini dello Stato, poiché è per mezzo del diritto che lo Stato esiste, e quando quest’ultimo lo tutela, sta tutelando se stesso, o meglio la sua struttura, la sua vita. Questo è il presupposto dello Stato, non il suo scopo. L’aspetto fondamentale del diritto non sono le mere norme, che ricoprono un ruolo secondario, ma è dato dall’istituzione. “Il diritto non può essere soltanto la norma posta dall’organizzazione sociale, come spesso si dice, ma è l’organizzazione sociale che, fra le sue altre manifestazioni, pone anche la norma”²².

2.2 L’ordinamento giuridico internazionale è un’istituzione?

Partendo dalla definizione di diritto di Santi Romano, occorre analizzare il caso discusso del diritto internazionale. Le definizioni del diritto internazionale sono spesso controverse e confuse, proprio per questo è difficile determinare se esso possa essere considerato un’istituzione a tutti gli effetti. Si deve constatare che la comunità internazionale possieda tutte le caratteristiche essenziali di ogni sistema di diritto. E’ diffusa l’dea che la società internazionale non sia giuridicamente organizzata, quindi difficilmente potrà essere considerata come istituzione.

Occorre considerare il punto di vista dal quale si giudica una società assolutamente paritaria come quella internazionale: quando viene messo in risalto il fatto che in essa manca un potere centrale al quale siano subordinati gli altri Stati, l’istituzionalista è pronto a confutare tutto questo. Un’organizzazione infatti non implica necessariamente

²¹ *Ivi*, p. 230

²² *Ivi*, p. 232

un rapporto di potere e di subordinazione, al contrario un' indipendenza ed efficienza. Infatti il diritto internazionale si distingue dal diritto statale interno: l'accordo normativo produce una volontà che non è più quella dei singoli Stati, ma una volontà unica in cui queste si fondono, e che è superiore ad esse. Questo carattere di *ius supra partes* è un tipo di organizzazione, semplice ma molto efficace, della comunità interstatale. Non esistono organi propri, non vi sono condizioni di subordinazione tra gli Stati, tuttavia vi è un potere impersonale che determina l'esistenza della comunità. E questo concetto coincide perfettamente con l'idea di istituzione.

L'idea di volontà collettiva degli Stati nell'ordinamento internazionale si manifesta attraverso consuetudini ed accordi, cioè regole di cui sono destinatari gli stessi soggetti che le hanno poste in essere; invece, negli ordinamenti interni, la produzione giuridica è di regola eteronoma, essendo la legge prodotta da un organismo (parlamento) distinto dai suoi destinatari. Affinchè queste regole possano inserirsi nel collettivo di ogni Stato deve esserci la convinzione dell'obbligatorietà del comportamento da parte della generalità dei soggetti dell'ordinamento, e la volontà collettiva è il mezzo attraverso il quale gli Stati stessi si auto-vincolano. Inoltre nella comunità internazionale i soggetti tendono ad accertare autonomamente il diritto (auto-accertamento) e la giurisdizione ha base consensuale; al contrario negli ordinamenti interni i tribunali hanno competenza obbligatoria. Un altro elemento di differenziazione tra i due tipi di ordinamenti è il potere coercitivo: mentre il diritto internazionale possiede un diritto di autotutela, negli ordinamenti interni la forza è monopolio di determinati organismi, che garantiscono la soddisfazione dell'interesse leso mediante procedimenti preordinati dal diritto.

Partendo da queste fonti, vengono esclusi dall'ordinamento internazionale tutti quegli elementi formati prima della dichiarazione di volontà degli Stati. La dottrina che viene trattata si antepone automaticamente alle teorie che seguono il diritto naturale, recidendo il legame con la teoria roussiana del contratto sociale: punto di partenza è l'individuo, che nello stato di natura è perfettamente libero e indipendente. Esso stesso crea una struttura sociale e, attraverso la propria volontà, vi si assoggetta. Il comportamento dell'individuo viene associato a quello degli Stati che adottano il diritto internazionale, accettando di seguire regole e pratiche da essi stessi create. Per Santi

Romano è l'ordinamento (in questo caso internazionale) che crea lo Stato, non viceversa.

La subordinazione dello Stato al diritto comunitario e internazionale è solo un "brutto ricordo" del periodo in cui il potere temporale dell'Impero e quello spirituale della Chiesa subordinavano tutti gli altri Stati. L'attuale l'indipendenza degli Stati non è dunque una loro condizione naturale, da sempre esistita, ma è una conseguenza dei particolari caratteri assunti dall'ordinamento internazionale negli ultimi tempi.

"Come il diritto statale si pone con la stessa esistenza dello Stato, essendo unico il momento dell'esistenza e di quest'ultimo e del relativo ordinamento giuridico, così il diritto internazionale si pone con la stessa esistenza della comunità degli Stati, che postula necessariamente un ordinamento giuridico che la costituisca e la regoli"²³.

Anche il diritto internazionale, come quello statale, nel suo primo momento si afferma come istituzione, o meglio come prodotto necessario dell'organizzazione interstatale. Il procedimento con cui si forma uno Stato è pre-giuridico, tuttavia quando esso prende vita e forma è già un ordinamento di diritto, nel quale gli organi con il potere legislativo operano attivamente. Quindi, una volta formatosi lo Stato, diviene giuridico anche il principio che gli Stati devono contribuire, attraverso la volontà collettiva, all'emanazione di nuove norme e al rispetto di quest'ultime.

Dunque gli accordi, i trattati, e tutte le altre fonti del diritto internazionale non derivano solo da una qualsiasi consuetudine, ma hanno radici ben più profonde, poiché poggiano su un principio che si è posto col porsi della comunità internazionale e si è connaturato con la sua costituzione, con i suoi attuali caratteri istituzionali²⁴.

Gli stessi cambiamenti che ha subito la comunità internazionale nei secoli hanno permesso di constatare che essa è un'istituzione: passando da una comunità subordinata ai poteri della Chiesa e dell'Impero, successivamente ai poteri delle nazioni più forti (ex. Società delle Nazioni), infine ad una società paritaria, l'organizzazione

²³ *Ivi*, p. 237

²⁴ *Ivi*, p. 238

internazionale è sempre stata capace di rimodellarsi ed adattarsi, mantenendo sempre un'indipendenza e un'unità.

E' tuttavia possibile che alcuni principii, come ad esempio l'uso della forza da parte degli Stati in determinate circostanze, non siano regolati o creati da accordi o norme internazionali, ma nascano semplicemente dalla comune volontà degli Stati. Anche in questo caso si parla di principii giuridici: "i trattati l'hanno disciplinato e limitato, ma presupponendolo già esistente, nessuno di essi l'ha mai posto. E non sembra sia il caso di far ricorso alla consuetudine. Anche qui si ha un principio connaturato con l'istituzione, (...)”²⁵.

Una possibile negazione, quasi razionale, che la comunità internazionale possa esistere è data dal pensiero che si abbiano tante comunità quanti i rapporti di ciascun Stato con altri Stati. E' come ritrovarsi una "tela di Penelope": ad ogni nuovo accordo normativo la comunità si comincia a tessere *ex novo*. Verrebbe in questo modo a negarsi l'esistenza di un diritto internazionale generale, che potrebbe soltanto concepirsi come un insieme di principii comuni alle relazioni tra Stati, tra loro sommate secondo uno schema Stato A+ Stato B+ Stato C etc. Ovviamente, nessuno di questi ragionamenti può essere portato a termine, in quanto mancano di logicità e coerenza. Per Romano l'unica soluzione possibile e plausibile è riaffermare l'esistenza di una comunità internazionale di Stati concepita nella sua integrale unità: un'istituzione con una soggettività che ammette gli Stati al suo interno, e che ampliandosi mantiene una propria identità. Il diritto internazionale è, a sua volta, una riprova dell'esattezza della concezione istituzionalista dell'ordinamento giuridico.

²⁵ *Ivi*, p. 239

2.3 I limiti dell'istituzionalismo di Santi Romano.

La teoria romaniana ha sicuramente ricevuto molti consensi e molti seguaci dell'istituzionalismo si sono ispirati a questa; tuttavia Romano ha ricevuto diverse critiche, alcune delle quali prive di risposta da parte del giurista palermitano.

Secondo Fassò, Romano non riesce a fornire una definizione veramente esauriente e coerente del concetto di istituzione. Egli definisce, come già detto, l'istituzione "ogni ente o corpo sociale"²⁶, aggiungendo però che esistono dei casi limite da includere in questa definizione, oltre ai quali non si può più parlare di istituzione. Un gruppo di persone che si ritrovano in un luogo, un gruppo di amici che praticano uno sport seguendo determinate regole, un qualsiasi stato di convivenza umana etc, non possono essere chiamati "fenomeni giuridici" o istituzioni. A giudizio di Fassò, la teoria di Romano è proprio in questo caso incompleta: egli avrebbe dovuto anche determinare un mezzo attraverso il quale poter stabilire ciò che è giuridico e ciò che non può essere definito tale. Invece il nostro giurista si limita a dire che l'istituzione deve essere effettiva, indipendente, non astratta, finendo per affermare semplicemente che "ogni istituzione è giuridica quando è giuridica"²⁷.

Come si può stabilire allora ciò che è veramente giuridico e ciò che è un mero corpo organizzato? Romano è incappato, senza accorgersene, in una strada a senso unico, e potrebbe uscirne solo chiarendo che ogni aspetto della vita sociale dell'uomo è "giuridico", ovvero è regolato da un determinato diritto. Ma il critico Fassò alimenta il dibattito affermando che Romano, conscio del circolo vizioso in cui era incappato, ha preferito non concludere con un paradosso la sua linea di pensiero.

Alcuni filosofi effettuano una critica su un concetto base nella teoria romaniana: il giurista non ha assolutamente tenuto conto del "soggetto" nella produzione del diritto, anzi lo ha semplicemente subordinato a mero "aspetto oggettivo" del fenomeno

²⁶ Id., "L'ordinamento giuridico" in Fassò, G., "Storia della filosofia del diritto", cit. p. 186

²⁷ *Ivi*, p. 187

giuridico. Il soggetto non ha alcun potere, l'unica funzione che ha è quella di adattarsi ad un ordinamento preconstituito e "totalizzante".

Romano risponde a questa scuola di filosofi ammettendo che la sua teoria non è di matrice filosofica, dunque le suddette osservazioni riguardanti il rapporto tra soggetto, diritto e società da un punto di vista filosofico, non sono fondamentali nella sua teoria. Nonostante queste repliche, è indubbio che Romano abbia influenzato, se anche non volontariamente, le teorie filosofiche di quel tempo, ancora troppo legate al normativismo kelseniano, e abbia offerto moltissimi spunti per la moderna filosofia del diritto.

L'ordinamento giuridico di Romano non è infatti in alcun modo l'ordinamento giuridico di Kelsen: quest'ultimo si risolve in un sistema di norme, quello romaniano se ne discosta abbondantemente prospettando proprio un'alternativa all'idea di un ordinamento giuridico inteso come mero sistema di norme.

La soluzione migliore nel definire la teoria di Romano è semplicemente ricorrere ad un termine da lui stesso adottato per designarla, e cioè istituzionistica, che ha il pregio di esprimerne l'aspetto peculiare nei confronti delle altre teorie ordinamentali, vale a dire il forte rapporto descritto tra diritto e istituzione. Santi Romano, non a caso, si definisce: "Un giurista puro, privo di interessi sociologici"²⁸.

Un luogo comune da sfatare, a proposito della riflessione teorico-generale di Romano, è quello della sua presunta appartenenza al novero delle teorie sociologiche del diritto: dopo la filosofia dei non filosofi, come proprio la sociologia fu sprezzantemente definita, si sarebbe dunque avuta in Italia, per opera e virtù di Romano, anche la sociologia dei non sociologi²⁹.

A Romano fu additata anche l'accusa di "sociologismo" da giuristi e filosofi. Ma era un'accusa infondata, poichè il solo fondamento su cui poteva poggiare era costituito dal legame indissolubile tra diritto e società, ribadito da Romano facendo proprio il dittico *ubi societas, ibi ius* e *ubi ius, ibi societas*, senza insistere in maniera troppo accentuata

²⁸ R. Treves, *Introduzione alla sociologia del diritto*, 1977, p. 62

²⁹ Romano S., "La teoria dell'ordinamento giuridico" in Treccani, 1999

su indagini e metodi di carattere sociologico. Al contrario Romano si dimostra tanto scrupolosamente attento a occuparsi (solo) di diritto positivo e (solo) con gli strumenti e nella prospettiva della scienza giuridica, finendo per constatare che la sua è, se così si può dire, una teoria giuridica del diritto, poichè in essa l'attenzione è interamente concentrata sul diritto, senza incursioni in campi diversi, anche se limitrofi.

Più che a una sociologizzazione del diritto, la prospettiva romaniana appare funzionale a quella che è stata definita una giuridicizzazione della società³⁰. L'incisivo chiasmo *ubi societas, ibi ius/ubi ius, ibi societas*, serviva proprio per sottolineare non tanto che non ci può essere diritto se non c'è società, quanto che non ci può essere società se non c'è diritto. Lo sviluppo di questa tesi condotto da Romano non parte dalla società e guarda alla società, come era in genere quello dei suoi presunti predecessori, ma parte dal diritto e guarda al diritto.

A chi infine afferma che la teoria di Romano, seppur valida, non è stata adeguatamente sviluppata e giustificata, ovvero non è riuscita a “mettere radici” nella società, il nostro giurista risponde che l'avvento del fascismo ha impedito gli ultimi sviluppi scientifici della dottrina, impedendo di costruire una complessiva teoria giuridica, orientata in senso pluralistico, dei rapporti tra Stato e società civile. La sua dottrina dunque non avrebbe avuto spazio storico sufficiente per maturarsi completamente nella cultura giuridica italiana.

³⁰ *Ivi*, Treccani, 1999

2.4 Lo Stato moderno e la sua crisi: un'applicazione dell'istituzionalismo.

Di fronte a *Lo Stato moderno e la sua crisi* potrebbe sorgere più di un dubbio sulla fondatezza di quanto si è detto fino ad ora a proposito della coerenza con cui Romano rimase sempre fedele ai canoni del metodo giuridico. Il testo preso in considerazione non racchiudeva principi normativi, dogmi giuridici, bensì i dati concreti di una tumultuosa realtà sociale, economica, politica spesso messi in discussione.

Occorre precisare che *Lo Stato moderno e la sua crisi* non era un saggio teorico, un testo universitario, una pubblicazione, ma il discorso inaugurale di un anno accademico. Con l'espressione "Stato moderno" Romano fa riferimento al particolare tipo di istituzione creatasi nell'ultimo secolo grazie alla Rivoluzione Francese. Grazie ad essa infatti, si è presentato per la prima volta il fenomeno della discontinuità rispetto alle precedenti forme politiche, ivi comprese quelle che in realtà erano altrettante forme di Stato moderno. Romano insiste, lamentando che "lo schianto violento della Rivoluzione Francese e i suoi contraccolpi avevano distrutto istituzioni che, senza dubbio, erano state elaborate dallo spirito secolare delle varie nazioni, e le istituzioni nuove, che sorgevano sulle loro rovine, sembravano piuttosto chiamate a vita dalla bacchetta magica di capricciosi legislatori sotto gli auspici e i dettami della dea ragione"³¹.

Qui Romano prende una radicale posizione in antitesi con il razionalismo giusnaturalistico e con il volontarismo giuspositivistico: oltre a rifiutare il mito dell'onnipotenza del legislatore, da un lato, e della dea Ragione, dall'altro, egli è molto attento a sottolineare l'erronea e semplicistica riduzione del diritto alla legge. Nemmeno la concezione del diritto come espressione dell'individualità di un popolo lo soddisfaceva, perché considerata di stampo monista. Non di 'popolo', infatti, si faceva

³¹ Id., "Il concetto di ordinamento giuridico" in Logon Didonai, cit. p. 239

menzione nel discorso come dell'elemento determinante dei contenuti e dell'evoluzione del diritto, ma di "struttura sociale", di "forze sociali" e di "contrasti sociali"³².

Erano proprio i contrasti sociali a creare scompensi nella neonata società e a creare la crisi dello Stato moderno: la nascita di raggruppamenti, associazioni, gruppi di interesse (essenzialmente di natura economica), corporazioni sindacali, etc, creavano profonde divisioni già al debutto dello Stato, ancora troppo giovane per controllare questi forti scontri, e soprattutto ancora focalizzato sulla polarizzazione individui/Stato, il cui presupposto era una società atomistica che non trovava riscontro nella realtà.

Il pericolo principale era che il prevalere delle spinte particolaristiche determinasse una decomposizione dello Stato, solo ente, per definizione, in grado di farsi carico degli interessi generali. Ma non per questo il proliferare di organizzazioni sociali che rischiavano di minarne l'unità doveva essere combattuto dallo Stato con la forza, fosse pure la forza della (sua) legge. Esse infatti trovavano nella loro stessa ragion d'essere il fondamento della propria legittimità, che non era da cercare in qualche astratto criterio formale di validità, ma nelle cose, o meglio, nei fatti, vale a dire nel fatto che si avvertisse il bisogno di organizzazioni nuove, in aggiunta all'organizzazione statale, la quale tradiva per ciò stesso la propria inadeguatezza³³.

Secondo Romano, seguendo coerentemente la sua linea di pensiero, anche in questo caso era l'assetto giuridico a doversi conformare a quello sociale, e non viceversa. Se "la trasformazione del fatto in uno stato giuridico si fonda sulla sua necessità, sulla sua corrispondenza ai bisogni ed alle esigenze sociali"³⁴, e solo su essa, non sarebbe potuta essere plausibile la possibilità di un impedimento a tale trasformazione da parte dello Stato, attraverso un atto di potere.

Nell'analisi di Romano, la crisi dello Stato moderno era comunque presa in considerazione non come crisi della forma-Stato, ma come crisi di "una forma di Stato"³⁵. Secondo l'istituzionalismo romaniano, lo Stato altro non avrebbe potuto fare se

³² Id., *"La teoria dell'ordinamento giuridico"*, in Treccani, 1999

³³ *Ivi*, p. 13

³⁴ Id., *"L'instaurazione di fatto di un regime costituzionale"*, p. 97

³⁵ *Ivi*, in Treccani, 1999

non seguire la propria “essenza”, ovvero trasformarsi in “un’organizzazione superiore che unisca, contemperi e armonizzi le organizzazioni minori in cui la prima va specificandosi”³⁶. Romano fa entrare in gioco anche qui il concetto di “ordinamento giuridico” come se fosse un eterno ritorno, onnipresente in qualsiasi organizzazione giuridica, specialmente in una concezione dello Stato come “istituzione di istituzioni”.

La rilevanza del discorso del 1999 però non sta nella svolta “pluralistica” del pensiero di Santi Romano (la teoria istituzionalista infatti l’ha sempre avuta), ma poiché il nostro giurista ritiene possibile un reale confronto tra scienza giuridica e caratteri fondamentali dello sviluppo storico della società italiana. La scienza giuridica ora sarà in grado di “ridimensionare la crisi”, mostrando soprattutto gli aspetti meno conflittuali di essa, e delineare una “riforma” graduale e progressiva dell’ordinamento costituzionale.

Vi è inoltre una dimensione della crisi che, secondo Romano, andrebbe assolutamente isolata e rifiutata: la posizione di “dominio” dei gruppi sociali, che vedono nello Stato solo un mezzo di comunicazione sul piano politico ed economico, sfruttabile per gli interessi economici comuni a questi gruppi d’interesse, dimenticando che lo Stato è un’ente astratto, indipendente, coincidente con l’istituzione. “Su questa via – spiega proprio Romano- si giungerebbe infatti inevitabilmente alla decomposizione dello Stato moderno, poiché tale esagerazione dei fattori economici finirebbe per coinvolgere lo Stato medesimo, per sottrarre progressivamente ad esso quella natura di ente astratto , capace di essere compiuta sintesi delle forze sociali, sulla quale si fonda in età moderna l’essenza ultima della sua sovranità”³⁷.

Superati gli aspetti più conflittuali della crisi dello Stato moderno, la nuova società permette al giurista l’occasione di procedere oltre nella creazione dello Stato moderno come integrale “Stato giuridico”; la costituzione non sarà mai completa ovviamente, perché sempre suscettibile di cambiamenti e aperta alla possibilità di continue integrazioni.

³⁶ Id., “*La teoria dell’ordinamento giuridico*”, p. 24

³⁷ Romano S., “*Lo Stato moderno e la sua crisi*”, cit. pp.16-18

Se i concetti “costituzione” e “società” non sono in rapporto di opposizione, possono non esserlo anche i concetti interni allo Stato di “personalità e sovranità giuridica dello Stato”, essenziale per la costituzione dello Stato, e “pluralismo politico e sociale” come manifestazione specifica della società moderna.

3. La mafia come ordinamento giuridico.

3.1 L'istituzionalismo e il concetto di mafia.

Quando si compie un'analisi sul significato di “ordinamento giuridico” i nostri pensieri e i nostri esempi si ricollegano automaticamente all'istituzione statale. Nella nostra *forma mentis* è lo Stato a rappresentare “l'istituzione madre”, la quale contiene tutte le caratteristiche di un ordinamento giuridico organizzato e che ingloba diversi istituti. Tuttavia lo Stato è solo uno degli esempi più evidenti di istituzione con la quale ogni giorno ciascun cittadino si relaziona, poiché parte integrante di questo.

Come abbiamo già accennato, nell'ambito delle teorie generali sugli ordinamenti giuridici, la teoria cosiddetta istituzionalistica, sostenuta da Santi Romano, considera insufficiente la nozione di diritto come esclusivo insieme di norme che costituiscono l'ordinamento, in quanto quest'ultimo, inteso come istituzione o organizzazione, trascende e condiziona il suo aspetto meramente normativo: “l'istituzione è infatti organizzazione, posizione della società ed il momento istitutivo precede e produce quello normativo”³⁸.

In particolare l'idea di un'organizzazione extra-statale come ordinamento giuridico è stata oggetto di approfondita analisi da parte del giurista siciliano nel suo scritto “L'ordinamento giuridico”, pubblicato per la prima volta a Pisa nel 1917. Quest'opera, assai nota nell'ambito della cultura giuridica, anche a livello europeo, viene oggi considerata forse la più coraggiosa fra quelle che propongono teorie “antinormativistiche” del diritto. In opposizione alle concezioni formalistiche in quel tempo dominanti, che identificavano nel diritto soprattutto un insieme o sistema di

³⁸ Kelsen, *Teoria pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, p. 345; Bobbio, *Stato, Governo e società*, Einaudi, 1985; Zagrebelsky, *Società, Stato e Costituzione*, Giappicchelli, 1988;

norme scritte, Santi Romano sostenne che il diritto non può essere ridotto a semplice norma giuridica: esso, prima di essere norma, è struttura e organizzazione, vale a dire istituzione sociale; da qui l'equazione necessaria tra i due concetti di "ordinamento giuridico" e di "istituzione"³⁹.

Il punto di partenza della teorizzazione non è dunque un insieme di norme legittimate a definire una società, ma è la società stessa a "dettare le regole del gioco", distinguendosi e delineandosi attraverso le variabili di una determinata organizzazione e struttura. In questo senso non sono le norme a porre in essere il diritto, ma è l'organizzazione in sé a creare il diritto e a servirsi delle norme come strumento di codificazione dei comportamenti. Il diritto positivo viene messo da parte adottando un punto di vista meno "astratto", focalizzando l'obiettivo in primis sull'organizzazione, la posizione e la struttura della società stessa. I rapporti sociali verranno poi disciplinati da usi e consuetudini che si cristallizzeranno in norme giuridiche. Pertanto, come sostiene il giurista Romano, il concetto più adeguato per esprimere il significato di diritto come ordinamento giuridico, considerato complessivamente e unitariamente, è il concetto di Istituzione. "Ogni ordinamento giuridico è una istituzione e, viceversa, ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l'equazione fra i due concetti è necessaria e assoluta"⁴⁰.

Dunque la teoria istituzionalista definisce il concetto di "diritto" assegnandogli due valenze ordinate tra loro in posizione gerarchica:

1. "Diritto come ordinamento nella sua completezza e unità, cioè una istituzione;
2. Diritto come precetto o insieme di precetti che per distinguerli da quelli non giuridici, diciamo istituzionali, mettendo così in evidenza la connessione che essi hanno con l'ordinamento intero, ossia con l'istituzione di cui sono elementi,

³⁹G. Fiandaca, *La mafia come ordinamento giuridico, Utilità e limiti di un paradigma*, Il Foro Italiano, 1995, Parte V-3

⁴⁰Romano, *L'ordinamento giuridico(...)*, cit, p. 28

connessione che è necessaria e sufficiente per attribuire loro carattere giuridico”⁴¹.

Per configurare l’ordinamento giuridico Santi Romano individua tre concetti-chiave: la normazione; la società, vista come unità concreta e distinta degli individui che la costituiscono; l’ordine sociale, nel quale vi si trovano gli elementi organizzativi extragiuridici. Egli orienta la ricerca del fondamento primo del diritto partendo dalla collettività e dal “corpo sociale” organizzati, la cui forza ed essenza derivano non dalla mera somma delle soggettività che lo costituiscono ma dal “valore collettivo” che, inglobando gli individui, garantisce la vita e la continuità dell’istituzione. Proprio come Santi Romano ama ribadire, l’ordinamento, prima ancora di essere considerato come norma che regola i rapporti sociali, nasce come organizzazione, struttura della società e perciò regola tutti i rapporti sociali che potrebbero nascere nella società stessa. Si può dedurre da questo valido ragionamento che ogni ordinamento giuridico è un’istituzione e viceversa ogni istituzione è di per sé un ordinamento giuridico.

Alla teoria istituzionalistica di Santi Romano è importante coniugare un passaggio fondamentale, ovvero la concezione pluralistica degli ordinamenti giuridici, secondo cui l’ordinamento giuridico non coincide con quello statale, al contrario si articola in diverse istituzioni extra-statali, ciascuna con ordinamenti giuridici autonomi: “...Tutte le volte che si ha un organismo sociale di qualche complessità, sia pure lieve, nel suo interno si instaura una disciplina, che contiene tutto un ordinamento di autorità, di poteri di norme, di sanzioni...”⁴².

Lo Stato assiste in maniera graduale e acuta all’affermazione di quelli che sono stati definiti “governi particolari o privati”⁴³, ciascuno con una propria fonte e regolamentazione, spesso in contrasto con il ruolo della legge statale considerata gerarchicamente superiore. La nascita di ordinamenti “extra-statali” porta

⁴¹Romano, *L’ordinamento giuridico*. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto, Spoerri, Pisa, 1918. In argomento Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, Giuffrè, Milano, 1977, cit. p.28

⁴²Romano, *L’ordinamento giuridico*(...), cit, p. 113

⁴³Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi – Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969; Cassese, *La crisi dello Stato*, Bari, Laterza, 2002;

inevitabilmente alla svalutazione dell'istituzione Stato, lasciando spazio a normazioni di origine diversa (associazioni professionali, associazioni di imprenditori, sindacati dei lavoratori). Sebbene molti di questi ordinamenti possano essere definiti dubbiamente "leciti", ciò non toglie che siano considerati a tutti gli effetti legittimi, automaticamente meritevoli di essere posti allo stesso livello di un ordinamento statale.

Difatti i concetti di "giuridicità" e "statualità" non hanno una relazione esclusiva, ci possono essere ordinamenti extra-statali con una propria giuridicità. I suddetti soggetti collettivi "devianti" erano (e sono) quasi sempre considerati in antitesi con l'ordinamento statale, il quale perciò li persegue (etichettandoli come illeciti) anche tramite l'uso o la minaccia d'uso della forza, cercando di eliminarli tramite campagne diffamatorie o azioni con conseguenze penali che rientrano nella sua potestà. Collocate ai margini della società, le azioni o norme devianti acquistano in maniera indiretta lo *status* di azione sanzionabile poiché urta la coscienza comune⁴⁴.

La loro cosiddetta illiceità "non vale e non può valere se non di fronte all'ordinamento statale, che potrà perseguirle in tutti i modi di cui dispone e quindi determinarne anche la fine, con tutte le conseguenze, anche penali, che rientrano nella sua potestà. Ma finché esse vivono, ciò vuol dire che sono costituite, hanno un'organizzazione interna e un ordinamento che, considerato in sé e per sé, non può non qualificarsi giuridico"⁴⁵.

In base a queste premesse teoriche le conclusioni del pensiero di Santi Romano possono convergere nel riconoscimento di un ordinamento giuridico non solo nella Chiesa o in una organizzazione sindacale, ma anche in un partito rivoluzionario e persino in una "associazione a delinquere":

"una società rivoluzionaria o un'associazione a delinquere non costituiranno diritto per lo Stato che vogliono abbattere o di cui violano le leggi (...) ma ciò non esclude che, in

⁴⁴Emile Durkeim, *La Scienza sociale e l'azione*, 1996, pp.360

⁴⁵Romano, *L'ordinamento giuridico* (...), cit. p. 121

questi casi, non abbiamo delle istituzioni, delle organizzazioni, degli ordinamenti che, isolatamente presi e intrinsecamente considerati siano giuridici”⁴⁶.

E ancora: “È noto come, sotto la minaccia delle leggi statuali, vivono spesso, nell’ombra, associazioni, la cui organizzazione si direbbe quasi analoga, in piccolo, a quella dello Stato: hanno autorità legislative ed esecutive, tribunali che dirimono controversie e puniscono, agenti che eseguono inesorabilmente le punizioni, statuti elaborati e precisi come le leggi statuali. Esse dunque realizzano un proprio ordine, come lo Stato e le istituzioni statualmente lecite”⁴⁷.

Se così fosse, le organizzazioni denominate “Cosa Nostra”, “Camorra”, “Ndrangheta” o “Sacra Corona Unita” (per limitarci alla criminalità nostrana) possono essere a tutti gli effetti considerate e analizzate formalmente come ordinamenti giuridici? Queste e altre organizzazioni (spesso segrete) a stampo mafioso, dotate di una macrostruttura di potere, un sistema normativo convalidato da un popolo che lo accetta e lo rispetta, un corrispondente apparato organizzativo, acquistano di diritto lo *status* di ordinamenti giuridici extrastatali?

⁴⁶ Romano, *Ivi*, cit p. 121

⁴⁷ Romano, *Ivi*, cit. p. 122

3.2 L'evoluzione storica di Cosa Nostra.

A partire dall'Ottocento fino ad oggi la mafia ha sempre avuto territori e proprietà sotto il proprio controllo, esercitando potere e dettando regole arbitrarie che i cittadini erano obbligati a rispettare. Questo "diritto di proprietà" veniva coniugato dalla presenza di cosche, le cui funzioni si esplicavano nella difesa del territorio acquisito, nel controllo delle attività economiche, dei ribelli ed eventualmente della loro soppressione. Il sistema nel complesso non avrebbe potuto svilupparsi e funzionare senza un' adeguata pianificazione di eventi, regole, zone di giurisdizione da parte delle cosche e delle famiglie famose; da queste dipendevano inoltre le decisioni e le sentenze finali sulla protezione/distruzione di qualcuno/qualcosa, l'emanazione di sanzioni contro coloro che decidono di non adeguarsi alle regole (ad esempio un imprenditore che cerca di monopolizzare il profitto di una cosca), o ancora stabilire la divisione dei settori e del territorio tra di esse, ognuna con l'onore e l'onere di controllare e supervisionare la propria "zona d'appartenenza".

Circa un secolo fa la diffusione a macchia d'olio di questi fenomeni mafiosi veniva considerata un problema marginale, superficialmente etichettato dalla polizia come l'aumento di "fratellanze" ed organizzazioni segrete, che venivano utilizzate per giustificare molti dei delitti compiuti nelle campagne e nelle zone limitrofe ad Agrigento e Palermo. Più recentemente, alcuni studiosi e ricercatori giudicarono esageratamente allarmanti i commenti sulle cosche, considerando la mafia un costume popolare regionale, quindi destinato a rimanere isolato nella propria sub-cultura. Essi pensavano che l'organizzazione nascesse e si concludesse con la famiglia, dalla quale scaturivano i consolidati legami di solidarietà tra mafiosi. Questo *modus operandi* nei confronti della mafia è incompleto e superficiale, molto lontano dall'interpretazione formulata dal nostro giurista Santi Romano, secondo cui la mafia sarebbe un ordinamento giuridico "complesso", alternativo o complementare a quello statale. Non si tratta dell'ordinamento generale di una società primitiva, bensì di quello specifico e articolato di un'organizzazione segreta, che può radicarsi in un contesto "primitivo"

come la Sicilia di metà Ottocento, o in una realtà più moderna, come Stati Uniti e l'Italia di oggi. Ma spesso la debole legalità di quelle realtà non permetteva una definizione chiara della situazione.

I processi interni e le indagini iniziali si fermavano a definire il quadro di generiche organizzazioni clandestine con gerarchie interne, organismi direttivi, divisioni di potere e guerre interne tra famiglie. Tuttavia la mafia ha continuato durante tutto il suo periodo di formazione a farsi largo tra le stesse istituzioni statali, sfruttando i punti deboli di quest'ultime. La base della sua forza rimaneva l'uso della violenza e il sangue, con i quali si assicurava il dominio del territorio. Queste caratteristiche essenziali per la sopravvivenza del potere occulto dovevano essere necessariamente rafforzate da un delicato sistema di equilibri tra minacce, protezione e corruzione, indispensabili per creare un legame con il sistema politico statale.

Nel corso delle prime inchieste ottocentesche la mafia assumeva i caratteri di un'organizzazione statica, un "grande e unico complotto", una "piovra" con una testa e mille tentacoli, con una direzione onnisciente e onnipotente. E' importante invece considerare che ciascun "nucleo mafioso" non si risolve nell'organizzazione, ma tesse relazioni d'affari e di mutua collaborazione con soggetti dello stesso ambiente, o che alla mafia non appartengono né possono appartenere: intermediari, narcotrafficienti stranieri, banchieri; spesso adottano il ruolo di "protettori" con proprietari fondiari, imprenditori, bottegai; si interrelazionano tramite accordi taciti con notabili, politici, poliziotti e giudici. .

3.3 La mafia: uno Stato nello Stato.

Quali relazioni intercorrono tra la mafia e lo Stato? L'interrogativo ormai secolare solleva sempre polemiche e risposte troppo spesso diverse e ambigue. La mafia viene infatti etichettata ora come una sorta di "anti-Stato" o Stato autonomo che si contrappone dall'esterno allo Stato legale, ora come una specie di "intra-Stato" o Stato nello Stato. Peraltro, la diversità di approccio teorico comporta, quasi sempre, una corrispondente diversità di interpretazione politica del fenomeno, con connesse implicazioni sulla scelta delle stesse strategie di contrasto⁴⁸.

Al nodo dei rapporti tra mafia e Stato fa riferimento anche Diego Gambetta nel recente libro "La mafia siciliana"⁴⁹. Proprio lo scrittore Gambetta individua come punto focale delle relazioni tra mafia e Stato la possibilità per la prima di esercitare il "monopolio della forza" o il controllo sull'uso della forza in alcune parti del territorio. Da questo punto di vista, la mafia indirettamente acquista il potere di esercitare una funzione che interferisce con uno dei compiti essenziali dello Stato ("la quintessenza dello Stato consiste proprio nel detenere il controllo dell'uso della forza legittima in un determinato ambito territoriale"⁵⁰).

Questo carattere comune è solo uno degli elementi fondanti che permettono di identificare nella mafia un ordinamento giuridico autonomo. "Perché Cosa Nostra è una società, una organizzazione, a modo suo, giuridica, il cui regolamento, per essere rispettato e applicato, necessita di meccanismi effettivi di sanzioni. Dal momento che all'interno dello Stato-mafia non esistono né tribunali né forze dell'ordine, è indispensabile che ciascuno dei suoi "cittadini" sappia che il castigo è inevitabile e che

⁴⁸G. Fiandaca, *La mafia come ordinamento giuridico, Utilità e limiti di un paradigma*, Il Foro Italiano, 1995, Parte V-3

⁴⁹Gambetta, Introduzione a *La mafia siciliana*, cit., VII e ss.

⁵⁰Max Weber, *Economia e società. Dominio, l'economia in rapporto agli ordinamenti e alle forze sociali*, 2012, Edith Hanke

la sentenza verrà eseguita immediatamente. Chi viola le regole sa che pagherà con la vita”⁵¹.

Sebbene il pensiero di Santi Romano abbia già una validità teorica, non è tuttavia immune da critiche e perplessità, soprattutto perché viene spesso utilizzata come copertura giustificazionista del fenomeno mafioso. Secondo lo scrittore Gambetta: “è infondato ritenere la mafia un ordinamento giuridico (...). Il paragone corretto non è con lo Stato ma con un’industria. Considerare pertanto la mafia un sistema giuridico sarebbe come concedere questo attributo, ad esempio, all’industria automobilistica”⁵².

Gambetta argomenta la tesi secondo cui la teoria dell’identificazione del fenomeno mafioso in un ordinamento giuridico porti indirettamente alla convinzione che la mafia, in quanto potente istituzione autonoma, non può essere combattuta poiché ingerenza esterna dello Stato; al contrario è necessario attivare una strategia di contrattazione e negoziazione. E’ proprio questa ideologia, ad avviso di Gambetta, a delineare e ad affossare le linee programmatiche della risposta giudiziaria alla mafia.

Anche il giudice Falcone, raccogliendo le numerose testimonianze di mafiosi pentiti, studiando attentamente la struttura di Cosa Nostra, ha potuto constatare senza alcun dubbio che: “Appena la presenza dello Stato in Sicilia si indebolisce, il livello di scontro si alza. E il mafioso diventa più sicuro di sé, più convinto della propria impunità. Il dialogo Stato-mafia, con gli alti e bassi tra i due ordinamenti, dimostra chiaramente che Cosa Nostra non è un anti-Stato, ma piuttosto una organizzazione parallela che vuole approfittare delle storture dello sviluppo economico, agendo nell’illegalità e che, appena si sente veramente contestata e in difficoltà, reagisce come può, abbassando la schiena. Non dimentichiamo che la mafia è l’organizzazione più agile, duttile e pragmatica che si possa immaginare, rispetto alle istituzioni e alla società nel suo insieme”⁵³.

⁵¹Giovanni Falcone, Marcelle Padovani, *Cose di Cosa Nostra*, 1998 RCS Libri S.p.A., Milano, cit. pp.47-48

⁵²Gambetta, *Ivi*, cit., XVI e ss.

⁵³Giovanni Falcone, Marcelle Padovani, *Ivi*, cit. p. 94

Dunque sarebbe proprio lo Stato a utilizzare la teoria istituzionalista di Romano per giustificare una propria debolezza, ponendo il rapporto Stato-mafia come inevitabile e parassitario:

“Quel che dico, me ne rendo conto, può suonare paradossale. Partendo dalla doppia morale della mafia sono arrivato allo Stato (ma come evitare di parlare di Stato quando si parla di mafia?) e alla constatazione che la mafia si alimenta dello Stato e adatta il proprio comportamento al suo. In quanto prodotto della sicilianità, la mafia, al pari dei siciliani in genere, si sente ferita dal disinteresse dello Stato e dagli errori perpetrati dalle istituzioni a danno dell’isola. E quanto più lo Stato si disintesserà della Sicilia e le istituzioni faranno marcia indietro, tanto più aumenterà il potere dell’organizzazione”⁵⁴.

E’ giusto fermarsi qui per condannare la teoria “originale” del diritto di Santi Romano? Alla tesi della mafia come ordinamento giuridico non si accompagnano necessariamente i negativi risvolti ideologici intravisti o sospettati da Diego Gambetta.

Innanzitutto, in linea generale la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, considerata in sé stessa, non è caratterizzata o caratterizzabile in termini politicamente e ideologicamente univoci: l’adesione teorica a essa può infatti coesistere, sul piano valutativo, tanto con la convinzione che la pluralità sia un fenomeno positivo, quanto con la convinzione contraria che sia un fenomeno negativo. Se ne ha una riprova constatando che il modello pluralistico si è di fatto prestato, nella storia del pensiero politico-giuridico, a utilizzazioni politiche diverse, di segno non necessariamente anti-statalistico o illiberale⁵⁵.

Facendo questa premessa di carattere generale, si può evincere che l’impostazione teorica di Santi Romano può non essere condivisa all’unanimità. Per fare un esempio, il filosofo del diritto torinese Norberto Bobbio esprime così la sua critica nei confronti della teoria del nostro giurista siciliano:

⁵⁴*Ibid.*

⁵⁵G. Fiandaca, *Ivi.*, Parte XVII-3

“è un pluralista moderato, crede cioè ai benefici effetti che l’emergere di gruppi sociali riottosi come i sindacati può produrre in una migliore articolazione dei rapporti fra individui singoli e Stato, ma considera pur sempre come momento finale e necessario della società organizzata lo Stato. Meglio ancora, egli è teoricamente un pluralista, ma ideologicamente un monista. Nella conclusione afferma che quali che siano le trasformazioni sociali in atto, non si può rinunciare al principio di un’organizzazione superiore (...). Questa organizzazione superiore non può non essere ancora una volta lo ‘Stato moderno’ “⁵⁶.

E’ sicuramente azzardato e pretenzioso dare così tanto potere ad una teoria del diritto spesso sottovalutata e isolata: far risalire a Santi Romano la responsabilità teorico-ideologica di un atteggiamento politico-culturale tradizionalmente incline, nel nostro Paese, a venire a patti con la mafia (intesa come ordinamento giuridico autonomo) è sicuramente una conclusione superficiale e riduttiva dello studio sociologico (e non solo) delle relazioni fra i due “soggetti giuridici”.

Va in primo luogo osservato che, nel libro sull’ordinamento giuridico, Santi Romano non fa una netta contrapposizione tra “mafia” e Stato, ovvero non identifica le organizzazioni extra-statali necessariamente come gruppi mafiosi, bensì parla di “associazioni a delinquere”. In secondo luogo, la struttura dell’opera non lascia uno spazio importante alla nascita e allo sviluppo di queste organizzazioni, Romano le cita dando a queste una funzione marginale nello svolgimento dell’opera.

In terzo luogo lo stesso Santi Romano, di fronte al problema del conflitto tra le associazioni illecite e lo Stato, ammette come soluzione scontata la possibilità del ricorso statale alla repressione penale: per il diritto dello Stato “non solo (...) costituiscono reati le azioni compiute in conformità dell’ordinamento dell’organizzazione medesima, ma come reato potrà essere considerato il semplice fatto di avere istituita e, quindi, ordinata tale organizzazione (...). In questi casi, l’ordinamento statale investe con la massima forza di cui dispone gli ordinamenti che minacciano la sua esistenza o, per lo meno, i beni più importanti che esso vuole

⁵⁶Norberto Bobbio, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, Milano 1975, Giuffrè, cit. p.447

proteggere, e, lungi dal riconoscere agli ordinamenti medesimi il carattere di ‘ordinamenti giuridici’, li colpisce come i più gravi fatti antiggiuridici, cioè come reati”⁵⁷.

Questa presa d’atto che il ricorso alla repressione penale stabilisce senza mezzi termini una prevalenza reale dello Stato e del suo apparato coercitivo, pone automaticamente in una posizione di secondo piano le altre associazioni (ad esempio criminose). Santi Romano deve necessariamente prendere atto di questa prevalenza, ma di fronte a questo paradosso egli preferisce non approfondire, limitandosi a sostenere che le associazioni extra-statali (seppur illecite) da un punto di vista formale sono riconducibili a ordinamenti giuridici e riconosciute come tali.

All’interno di una tradizione di pensiero “liberale” questo assunto teorico non crea particolari problemi, poiché esiste una tendenziale separazione tra la sfera del diritto e quella dell’etica o della morale. Romano tenta infatti di separare le due questioni per evitare incongruenze: “per chi continui a collocarsi in una simile prospettiva di fondo, la possibilità teorica di ravvisare in un’associazione illecita i tratti di un ordinamento giuridico, non implica una legittimazione eticopolitica dell’associazionismo illecito e di conseguenza della stessa mafia”⁵⁸.

La presa di coscienza dell’indipendenza della mafia all’interno dello Stato, ovvero il cambiamento di vedute dalla mafia come “strategia illegale” dello Stato a “sistema di governo del governo”, ha comportato sicuramente un cambiamento di approccio al problema da parte dello Stato. La mafia come “Stato nello Stato”, o come “sistema di governo del governo”, ha trovato la strada spianata poiché ai tempi dell’Unità della nazione i protagonisti erano: una Corona debole, un esecutivo instabile e un parlamento neonato ancora immaturo dal punto di vista costituzionale. I sistemi di rappresentanza locale non avevano avuto tempo necessario per formarsi e per consolidare la rappresentanza di tutti gli interessi alla luce della legalità.

⁵⁷Romano, *L’ordinamento giuridico* (...), cit. p. 133

⁵⁸G. Fiandaca, *Ivi*, , Parte XVII-5

3.4 Gli elementi di Cosa Nostra caratterizzanti l'istituzione.

Tre sono i fondamentali elementi costitutivi di un ordinamento giuridico: la plurisoggettività, la normazione e l'organizzazione. Sono tre elementi necessari, nel senso propriamente giuridico: devono coesistere e non ne è possibile una separata individuazione reale, ma solo concettuale.

È da precisare che questi tre elementi devono avere una esistenza «fattuale», la quale prescinde dal riferimento a norme giuridiche di riconoscimento: “Un ordinamento giuridico esiste se in fatto esistono i tre elementi che lo compongono: non occorrono altri ingredienti giuridicamente rilevanti: così come le vicende degli ordinamenti si avverano in primo luogo in fatto e dal fatto si connotano giuridicamente, come auto-connotazione”⁵⁹.

E, conformemente a quanto già riteneva Santi Romano, un ordinamento definito come tale ha un'esistenza fattuale, sebbene possa essere etichettato come “illecito” rispetto ad un altro ordinamento che si contrappone ad esso. Ai fini della configurabilità di un ordinamento giuridico, occorre che le tre caratteristiche elencabili in pluralità di soggetti, organizzazione e normazione, oltre a essere presenti nella realtà, siano connesse con precisi nessi strutturali consistenti in:

«una normazione sulla plurisoggettività, una normazione sulla normazione, una normazione sull'organizzazione, accanto ad un'organizzazione della plurisoggettività, ad un'organizzazione della normazione e ad un'organizzazione dell'organizzazione». («Non possono esistere invece una plurisoggettività della plurisoggettività, della normazione e dell'organizzazione, stante che la plurisoggettività non è elemento che si esprime in proposizioni precettive»)⁶⁰.

Tutti questi requisiti sono rinvenibili nella mafia? La risposta è sicuramente affermativa, specie se assumiamo a oggetto di considerazione la mafia nella sua più importante

⁵⁹G. Fiandaca, *Ivi*,, Parte XVII-6

⁶⁰G. Fiandaca, *Ivi*, Parte XVII-6.1

conformazione attuale, quale cioè si manifesta nella organizzazione denominata «Cosa nostra». Si tratta, indubbiamente, di una macrostruttura di potere dotata di plurisoggettività, apparato organizzativo e sistema normativo (sebbene non scritto).

3.4.1 La plurisoggettività.

Il primo requisito (plurisoggettività) è costituito dall'insieme degli uomini d'onore delle varie famiglie. Queste possono essere più o meno numerose, in base alla gerarchia e all'appartenenza. I membri di queste collettività conservano la cultura dell'appartenenza e la fedeltà a valori fondamentali. I mafiosi tendono a conservare la propria identità, “in un mondo privo di punti di riferimento”⁶¹. Non a caso, in alcuni dei provvedimenti giudiziari più recenti si usa talvolta l'espressione “popolo di Cosa Nostra”. Questo popolo è insediato in un “territorio” diviso in aree geografiche, il cui nucleo coincide con la regione Sicilia. Da qui gli uomini d'onore controllano e gestiscono tutte le relazioni (commerciali, economiche, “diplomatiche”) con il resto dell'organizzazione, dislocata in altre sedi anche extra-europee. La presenza fattuale di un popolo e di un territorio portano anche i magistrati antimafia a sottolineare l'analogia tra lo Stato e lo Stato-mafia: Cosa Nostra è a tutti gli effetti una “struttura statale”.

La presenza di una struttura gerarchizzata della mafia pone in rilievo la meticolosità con cui gli individui che vi hanno aderito hanno costruito una organizzazione degna di rispetto. Esistono perciò, in conformità agli assunti della teoria dell'ordinamento giuridico, non solo la plurisoggettività, ma anche la “normazione” sulla plurisoggettività.

⁶¹Giovanni Falcone, Marcelle Padovani, *Ivi*, cit. p.90

3.4.2 La struttura organizzativa.

L'altro fondamentale elemento costitutivo di Cosa nostra infatti è la struttura organizzativa. E' opinione comune e condivisa il fatto che alla base dell'ordinamento vi sia un minimo di strutture, teorie contrastanti tuttavia nascono nel considerare il tipo di modello organizzativo di queste. Secondo una prima tesi, preferita dalla magistratura poiché permette una definizione più circoscritta e meno caotica della istituzione mafiosa, Cosa Nostra sarebbe costituita da un'organizzazione unica, centralizzata e verticistica. Secondo un altro punto di vista invece la mafia sarebbe costituita da una pluralità di organizzazioni disperse nel territorio e dotate di sufficiente autonomia.

A livello pratico questa dicotomia ha poca rilevanza, difatti a seconda del periodo storico e delle circostanze sociali è probabile che la mafia abbia adottato forme organizzative più centralizzate e coordinate alternandole a forme più decentrate e flessibili. La realtà mafiosa è infatti venuta trasformandosi e articolandosi in una molteplicità di organizzazioni, facenti parte di un'unica holding criminale, col mutare e l'ampliarsi del genere di interessi parassitari perseguiti (dall'edilizia, al contrabbando, dalla prostituzione alla droga) con l'estendersi delle zone territoriali di influenza⁶².

Da questo punto di vista, "Cosa nostra abbisognerebbe di una forma di organizzazione più centralizzata e rigida per espletare tutte le attività tradizionalmente connesse al controllo del territorio (richiesta ed esazione di tangenti, controllo della piccola criminalità comune, pilotaggio delle elezioni politiche, ecc.); mentre essa degraderebbe a «criminalità disorganizzata», aperta cioè alla collaborazione mutevole e occasionale anche di soggetti estranei all'organizzazione, con riferimento alle attività economiche espletate nei mercati illegali, come nel caso paradigmatico del traffico della droga: al quale i mafiosi partecipano più *uti singuli* che come rappresentanti dell'organizzazione"⁶³.

⁶²Corte di Cassazione, sez. VI, sentenza 30 maggio 2001, Hsiang Khe Zhi e altri in: S. Rossi, "La mafia come Stato nello Stato, radici e limiti di un paradigma interpretativo", 2009.

⁶³G. Fiandaca, *Ivi*, Parte XVII-7

Tralasciando gli astrattismi teorici, avendo stabilito che Cosa Nostra è un soggetto politico-militare dotato di potere di dominio su un determinato territorio, questo presenta indubbiamente una struttura organizzativa precostituita e complessa. In particolare i grandi “pentiti” che hanno collaborato con la giustizia hanno permesso di penetrare in profondità nell’organizzazione: un esempio importante è sicuramente Tommaso Buscetta, ex mafioso pentito che instaurò un rapporto di reciproco rispetto e stima con il giudice Giovanni Falcone. Lo stesso giudice nella raccolta delle sue interviste sottolineò questo aspetto umano degli interrogatori ai pentiti: “Talvolta ho scoperto in loro un’umanità insospettabile: che calore, che senso di amicizia quando ci siamo salutati con i pentiti Buscetta, Mannoia, Calderone”. “E lo stesso Calderone dichiara ai giornali: Ho collaborato con Falcone perché è uomo d’onore”⁶⁴.

Questa struttura organizzativa consta di: «famiglie», «mandamenti» (unione di tre o più famiglie) e organismi collegiali provinciali e/o regionali denominati «commissioni» o «cupole». La cellula base di Cosa Nostra è la “famiglia” baluardo dei valori tradizionali fondamentali: onore, rispetto dei vincoli di sangue, fedeltà, amicizia. Ciascuna famiglia conta in media cinquanta membri, fino ad arrivare anche a duecento o trecento. Ogni famiglia controlla un suo territorio dove niente può avvenire senza il consenso preventivo del capo.

Il tassello fondante della gerarchia è l’uomo d’onore, o il soldato, che ricopre il ruolo di “capo famiglia” indipendentemente dalla carica che può acquisire nella società. I soldati eleggono il capo, che chiamano rappresentante, in quanto tutela gli interessi della famiglia nei confronti di Cosa Nostra. L’elezione si svolge a scrutinio segreto ed è preceduta da una serie di sondaggi e di contatti. Quasi sempre l’elezione conferma all’unanimità il candidato prescelto. Una volta eletto, questi nomina un vice e a volte anche uno o più consiglieri. Tra capo e soldato si situa il capo decina⁶⁵. Naturalmente, più sono numerosi gli interessi del gruppo, maggiori saranno i compiti e i poteri attribuiti all’organizzazione esponenziale del gruppo e maggiormente complessa sarà la sua organizzazione.

⁶⁴Giovanni Falcone, Marcelle Padovani, *Ivi*, cit. p.27

⁶⁵Giovanni Falcone, Marcelle Padovani, *Ivi*, cit. p.115

Gli affari che non rientrano nel territorio della famiglia sono attribuiti alla competenza di un' autorità superiore, il rappresentante provinciale, nominato dai capi delle famiglie della provincia. Questo vale per tutte le province con l'eccezione di Palermo, ove più famiglie contigue su uno stesso territorio sono controllate da un capo mandamento. Vero e proprio organo di governo dell'organizzazione è la commissione regionale, composta da tutti i responsabili provinciali di Cosa Nostra.

3.4.3 Il sistema normativo.

La produzione di norme o regole di condotta, e quindi la nascita di una specifica normazione, costituisce un momento cruciale per la nascita di un ordinamento giuridico. Come spiega l'opera di Romano, se si vuole accostare il concetto di diritto positivo al concetto di ordinamento, sicuramente l'elemento più rappresentativo del diritto è la normazione. Si viene a creare un nuovo sistema normativo ricco e articolato (anche se spesso non scritto), che comprende il diritto sostanziale e il diritto processuale (concettualmente ricollegabili all'ambiente mafioso), e che si proietta, come tutti i diritti statuali, sulle sfere di vita personale dei singoli associati, delineando un insieme di regole etiche di comportamento.

a) Esistono, innanzitutto, norme che possono essere definite di diritto costituzionale. In questo caso si fa riferimento a quelle relative alla struttura organizzativa, che disciplinano cioè la composizione e la competenza dei vari organismi, nonché a quelle che regolano i riti iniziatici di affiliazione e le procedure elettorali o di nomina per l'assunzione di ruoli direttivi. E' da queste norme organizzative che si innesta tradizionale obbligo di fedeltà e obbedienza ai capi sino al codice dell'omertà: "(...)

l'omertà (la legge del silenzio) continua a essere la regola. Era la conferma dell'unità di Cosa Nostra"⁶⁶.

b) Vi sono norme sui soggetti (regole sui rituali di iniziazione e che individuano i soggetti che fanno parte dell'organizzazione) : in questo senso (sempre citando Falcone) "è norma che il figlio di un uomo d'onore ucciso da Cosa Nostra non possa essere accolto nell'organizzazione cui apparteneva il padre...queste ed altre regole analoghe rappresentano l'exasperazione di valori e di comportamenti tipicamente siciliani ..."; o ancora: "In un gruppo come la mafia, che deve difendersi dai nemici, chi è debole o malato deve essere eliminato"⁶⁷.

c) vi sono, infine, norme sulla normazione, cioè norme che regolano la funzione legislativa dell'ordinamento, "legiferando sulle leggi. Potrebbe definirsi il sistema di diritto penale di Cosa Nostra, sia sostantivo che processuale (grazie alle ricostruzioni fornite dal pentito Buscetta) denominata Commissione regionale, composta da tutti i responsabili provinciali di Cosa Nostra, atta ad emanare i "decreti", votare le "leggi", risolvere le controversie tra le province. Nell'ambito delle organizzazioni mafiose permane il ruolo cruciale dell'uso della forza, la violenza e la minaccia, al fine di mantenere l'ordine interno. "Cosa Nostra è una società, una organizzazione, a suo modo, giuridica, il cui regolamento per essere rispettato e applicato, necessita di meccanismi effettivi di tipo sanzionatorio. Dal momento che all'interno dello Stato-mafia non esistono né tribunali né forze dell'ordine, è indispensabile che ciascuno dei suoi cittadini sappia che il castigo è inevitabile e che la sentenza verrà eseguita immediatamente. Chi viola le regole sa che pagherà con la vita"⁶⁸.

Peraltro, negli ultimi anni, a causa della posizione sempre più "dittatoriale" acquisita dalla famiglia dei "Corleonesi" (fazione all'interno di Cosa Nostra formatasi negli anni Settanta, chiamata così poiché i suoi *leaders* più importanti venivano dalla cosca di Corleone), il clima all'interno di Cosa Nostra è divenuto sempre più a "sfondo

⁶⁶Giovanni Falcone, Marcelle Padovani, *Ivi*, cit. p. 34

⁶⁷Giovanni Falcone, Marcelle Padovani, *Ivi*, cit. p. 91

⁶⁸Giovanni Falcone, Marcelle Padovani, *Ivi*, cit. p. 48

terroristico”, modificando il sistema punitivo e facendolo divenire sempre più rigido e poco elastico: oltre a molti casi di violenza esterna si è constatato un aumento di violenza e sanzioni punitive interne al gruppo (pena di morte, attentati, uccisioni per contrappasso) a seconda della gravità delle violazioni. Gli individui più deboli (anziani, pentiti, ex uomini d’onore) vanno eliminati senza dubbi, poiché non possono più apportare alcun beneficio al gruppo. Non si tratta di omicidi, ma di un “dovere” da eseguire nel miglior modo possibile.

Il giudice Giovanni Falcone paragona, senza voler creare alcuna forma di blasfemia, la mafia alla religione cattolica, affermando che i mafiosi sono ancora più devoti al “Vangelo” della mafia rispetto ai cattolici e ai loro testi sacri. La loro patologica attenzione ai dettagli e alle regole è riconoscibile in un passo regalatici dallo stesso giudice, nel corso delle interviste e delle collaborazioni con alcuni dei pentiti di Cosa Nostra:

“Al momento dell’iniziazione, il candidato o i candidati vengono condotti in una stanza, in un luogo appartato, alla presenza del “rappresentante” della “famiglia” e di altri semplici uomini d’onore. Spesso, questi ultimi sono schierati su un lato, mentre gli iniziandi stanno dall’altro. A volte i candidati vengono tenuti chiusi in una stanza per alcune ore e poi sono fatti uscire uno per volta. A questo punto il rappresentante della famiglia espone ai futuri uomini d’onore le norme che regolano l’organizzazione, (...). Avverte quindi i nuovi venuti che sono ancora in tempo a rinunciare all’affiliazione e ricorda loro gli obblighi che comporta l’appartenenza all’organizzazione fra cui: non desiderare la donna di altri uomini d’onore; non rubare; non sfruttare la prostituzione; non uccidere altri uomini d’onore, salvo in caso di assoluta necessità; evitare la delazione alla polizia; non mettersi in contrasto con altri uomini d’onore; dimostrare sempre un comportamento serio e corretto; mantenere con i compagni silenzio assoluto su Cosa Nostra; non presentarsi mai ad altri uomini d’onore da soli, in quanto le regole impongono che un altro uomo d’onore, conosciuto da coloro i quali devono mettersi in

contatto, garantisca la rispettiva appartenenza a Cosa Nostra, pronunciando le parole: <<Quest'uomo è la stessa cosa>>⁶⁹.

L'omertà (la legge del silenzio) continua ad essere il collante e la regola fondante del gruppo. D'altronde, come in qualsiasi ordinamento giuridico, affinché vi possa essere un riconoscimento effettivo di un apparato organizzativo, le norme che vi fanno parte non devono essere scollegate dalla società che regolano ed ordinano, al contrario esse devono essere strumenti credibili, specifici di quella società ed "effettivamente vigenti", secondo i principi giuridici della *diuturnitas* e *opinio iuris ac necessitatis*. A maggior ragione per la segretezza che caratterizza Cosa Nostra, "le regole costituiscono l'unica salvaguardia del mafioso"⁷⁰.

Nello specifico, è proprio l'organizzazione della mafia a donare pregio ed un ruolo sociale a quest'ultima: essa nasce come anti-Stato, si sviluppa in maniera esponenziale e raffinata, così finisce per vivere come "Stato nello Stato".

Falcone arrivò ad uno stadio di conoscenza e rapporto intimo con l'ambiente mafioso che finì per comprendere le ragioni della nascita di quest'ultimo: "Provate a mettervi al loro posto: erano uomini d'onore, riveriti, stipendiati da un'organizzazione più seria e più solida di uno Stato sovrano, ben protetti dal loro infallibile servizio d'ordine, che all'improvviso si trovano a doversi confrontare con uno Stato indifferente, da una parte, e con un'organizzazione inferocita per il tradimento, dall'altra. (...) Nei momenti di malinconia mi lascio andare a pensare al destino degli uomini d'onore: perché mai degli uomini come gli altri, alcuni dotati di autentiche qualità intellettuali, sono costretti a inventarsi un'attività criminale per sopravvivere con dignità?"⁷¹.

⁶⁹Giovanni Falcone, Marcelle Padovani, *Ivi*, cit. pp. 111-112

⁷⁰Giovanni Falcone, Marcelle Padovani, *Ivi*, cit. p. 69

⁷¹Giovanni Falcone, Marcelle Padovani, *Ivi*, cit. pp.79,83

3.5 Il rapporto mafia- magistratura.

Sebbene la concezione di mafia come ordinamento giuridico dia adito a diversi approcci ideologici e diverse correnti di pensiero, la magistratura nel suo complesso considera la criminalità mafiosa come un'istituzione vera e propria, un ordinamento giuridico a tutti gli effetti, rimarcandone in questo modo la pericolosità e aumentando la repressione giudiziaria.

Il paradigma della mafia come ordinamento giuridico ha trovato autorevole conferma anche nella giurisprudenza, concedendole una diretta legittimazione: in questo senso si è espressa esplicitamente la Corte di Cassazione nella sentenza 28 gennaio 2000, n. 5343 per cui “l'esistenza dell'associazione di tipo mafioso denominata Cosa Nostra è stata accertata da varie sentenze passate in giudicato [che ne hanno elencato] le, pure accertate, caratteristiche specifiche, costituite da una struttura unitaria e verticistica dell'organizzazione criminale, articolata su base territoriale e disciplinata da precise regole comportamentali rigidamente vincolanti per tutti i suoi aderenti, avvalentesi della forza di intimidazione del vincolo associativo ed operante allo scopo di porre sotto il suo controllo ogni attività economica, lecita od illecita, tale da assicurare ingenti profitti. Siffatta organizzazione è stata descritta come caratterizzata, inoltre, dall'assoluta disponibilità dei suoi associati, inseriti all'interno di una rigida struttura organizzata secondo vere e proprie gerarchie e ramificazioni territoriali e costituente un contropotere criminale dotato di un ben strutturato "ordinamento giuridico", la cui osservanza è sempre assicurata mediante la previsione e l'ineffabile irrogazione di sanzioni gravissime, garantita dai capi delle varie strutture territoriali, e per loro dagli uomini d'onore, i quali entrano a far parte organicamente del sodalizio mediante una formale cerimonia di iniziazione, la cui ritualità esprime

compiutamente, già attraverso il giuramento di assoluta fedeltà, tutta la carica criminale e la contrapposizione, allo Stato ed alle sue regole, che sono insite in Cosa Nostra...⁷².

Le ragioni per le quali la magistratura non ha avuto alcun dubbio nel riconoscere l'organizzazione mafiosa come legittima sono essenzialmente due, e derivano dalla natura dell'organizzazione stessa:

a) la presa di coscienza della serietà e pericolosità di un'organizzazione del genere, tanto radicata nello Stato quanto difficile da penetrare e debellare; la costante presenza della minaccia di erosione del sistema democratico perché la mafia può essere assimilata, per apparato organizzativo e mezzi a disposizione, a una sorta di Stato "altro" che si contrappone allo Stato legale;

b) la convinzione che nell'universo mafioso vengano norme di comportamento tendenzialmente ferree, dotate della stessa cogenza delle norme giuridiche statuali, consente al magistrato di "assumere queste stesse norme a criteri guida dell'accertamento probatorio e a fondamento del giudizio di responsabilità : così se vige la regola di competenza per cui gli omicidi eccellenti devono essere deliberati dall'organismo verticistico della cupola, se ne ricava che non possono non essere considerati mandanti, e quindi responsabili a titolo di concorso morale, tutti coloro che fanno parte di tale organismo direttivo⁷³.

⁷²Si veda in questo senso la ricostruzione del fenomeno mafioso in Sicilia di Lo Forte, *L'atteggiarsi delle associazioni mafiose sulla base delle esperienze processuali acquisite : la mafia siciliana*, Quaderni del CSM n. 1/99, 1996;

⁷³Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 30 gennaio 1992, Abbate, Foro it., II, 15; 27 aprile 2001, Riina e altri, Foro it., 2002, II, 359; in senso parzialmente contrario sentenza 2 dicembre 2003, Riina e altri, id, 2003, 415; critico verso questa deriva si mostra De Francesco, Paradigmi generali e concrete scelte repressive nella risposta penale alle forme di cooperazione in attività mafiosa, Quaderni CSM n. 10/99, 1996 per cui : "L'utilizzazione, soprattutto in sede applicativa, di un siffatto paradigma di identificazione del fenomeno mafioso si presta ad incentivare scelte di politica giudiziaria ispirate a percorsi e a "modelli" di ricostruzione della responsabilità penale suscettibili di eludere la necessità di puntuali ed approfondite verifiche a livello probatorio circa l'effettiva presenza degli estremi di un'attività di concorso e di cooperazione nella commissione di determinati reati. La visione della mafia come ordinamento giuridico rischia di legittimare, ancora una volta, l'affermazione *sic et simpliciter* della responsabilità di determinati soggetti, sia pure al vertice dell'organizzazione, per tutti i delitti di cui si possa "presumere" un collegamento con gli interessi del potere mafioso: e ciò, proprio facendo leva sull'idea che gli organi direttivi e di "governo", per così dire, dell'intera organizzazione siano appunto investiti del potere di emanare decisioni che si ricollegano agli stessi fondamenti di legittimazione

Non è da escludere che, specie nelle ultime operazioni interne ed esterne alla mafia, Cosa Nostra abbia attuato strategie “politico-eversive” contro lo Stato. Ma, considerando la storia di questa organizzazione a tutto tondo, la metafora della mafia come “altro” Stato o “anti-Stato” rischia di apparire sotto certi aspetti riduttiva o fuorviante. Ed infatti, per raggiungere i suoi obiettivi di potere e arricchimento, la mafia tende di norma a privilegiare una strategia non di contrapposizione frontale, bensì di pacifica convivenza con le istituzioni statuali: infiltrandosi in esse in maniera occulta e subdola e intrecciandosi in modo fitto con i poteri legali. Da questo punto di vista, essa tende a operare come un “intra-Stato” che funziona all’ombra dello Stato ufficiale. Non un ordinamento giuridico o uno Stato autonomo, dunque, ma una faccia, una articolazione, una malattia cronica dello stesso Stato legale⁷⁴. Questa “semplificazione” teorica in dicotomia tra Stato e mafia può portare a storture e depistaggi: l’equazione mafia-ordinamento giuridico non si limita a rappresentare un ordinamento extra-statuale, al contrario “...il dialogo Stato/mafia...dimostra chiaramente che Cosa Nostra non è un anti-Stato, ma piuttosto una organizzazione parallela che vuole approfittare delle storture dello sviluppo economico, agendo nell’illegalità...”⁷⁵.

Anche l’ordinamento penale di Cosa nostra può essere ricondotto ad un vero e proprio sistema penale da Stato totalitario. Sono presenti molti dei tratti tipici di un ordinamento statale di approccio “stalinista”: il clima di terrore che il continuo uso della violenza (interna ed esterna) crea, portando ad un’esasperazione della funzione preventiva-intimidatrice; l’onta che una trasgressione o il tradimento di un membro del gruppo può portare, considerati veri e propri attacchi all’intangibilità di Cosa Nostra e attentati al suo sistema di regole. Lo stesso sistema punitivo della mafia consta anche di regole processuali assimilabili per organizzazione e gerarchia ad un sistema totalitario. E’ di fondamentale importanza considerare e riconoscere il diverso livello istituzionale coinvolto nella deliberazione di un omicidio (condanna capitale) a seconda del ruolo rivestito dalla vittima (destinataria della sanzione massima). Ove si tratti di omicidi di

dell’“ordinamento giuridico” al cui interno simili poteri vengano “istituzionalmente” riconosciuti ed attribuiti ai relativi titolari.”

⁷⁴G. Fiandaca, *Ivi*, Parte XVII-8

⁷⁵Giovanni Falcone, Marcelle Padovani, *Ivi*, cit. p. 63

ordinaria amministrazione, e cioè ai danni di persone comuni estranee all'organizzazione, la competenza a deliberarli spetta alla singola famiglia interessata o tutt'al più al mandamento, di cui sono massimi organi di giustizia rispettivamente il "capo-famiglia" e il "capomandamento". La procedura, invece, muta nel caso di omicidi ai danni di altri uomini d'onore o di omicidi cosiddetti eccellenti, cioè rivolti contro soggetti appartenenti alla classe dirigente (politici, funzionari, imprenditori, ecc.). In questi casi, siccome l'omicidio ha ripercussioni così vaste da coinvolgere gli interessi generali di Cosa nostra, la competenza a deliberarli spetta alla "commissione", quale organo di governo e di determinazione dell'indirizzo politico generale, nonché organo supremo di giurisdizione (simile alla Corte di cassazione)⁷⁶.

Ogni singola violazione crea un indebolimento a tutto il sistema: "parafrasando la dogmatica penalistica, potremmo dire che nell'attuale ordinamento penale mafioso il «reato» è sempre un illecito di pericolo che minaccia l'integrità di Cosa nostra ed è, al tempo stesso, sempre sintomatico di una pericolosità soggettiva e di una volontà ribelle e infedele"⁷⁷.

⁷⁶G. Fiandaca, *Ivi*, Parte XVII-8.1

⁷⁷*Ibid.*

3.6 L'equazione mafia-ordinamento giuridico e conseguenze dell'approccio teorico.

La tesi della mafia come ordinamento giuridico ha tutte le carte in regola per essere definita valida: normazione, struttura organizzativa, regole ferree, gerarchia e rapporti *inter* organizzazioni. Un problema si pone tuttavia quando questa tesi viene portata alle sue estreme conseguenze. A prendere sul serio la diagnosi che identifica nella criminalità mafiosa un potere quasi esclusivamente concorrenziale allo Stato, si rischia di sottovalutare prima di tutto la genesi della mafia stessa, inoltre si sottovalutano le possibili ragioni sociologiche che hanno spinto alcuni contadini, uomini insoddisfatti dallo Stato, a creare un gruppo extra-statale. In aggiunta, si rischia di sbagliare approccio nella strategia di annientamento di quest'ultimo: una volta riconosciuta la mafia come nemico primo dello Stato, o meglio come parassita dello Stato, si prospettano come legittimi anche interventi ispirati alla logica militare dello scontro armato contro l'esercito di Cosa Nostra.

La necessità di ricorrere a rimedi così drastici dovrebbe in ogni caso essere vagliata con estremo scrupolo. E non si tratta di una verifica facile, essendo implicati in questo complesso giudizio non solo riscontri fattuali e calcoli empirici, ma anche apprezzamenti di valore sul terreno etico-politico. Proprio la stretta commistione tra questi piani spiega, del resto, come mai proposte di intervento militare siano rimaste (nel corso degli ultimi anni) tutto sommato abbastanza isolate. Mafia e Stato sono ormai (volontariamente o meno) così strettamente e profondamente legate che un'azione militare ad occhi chiusi potrebbe danneggiare lo stesso "mandante", lo Stato.

Lo Stato deve inoltre convivere con una grave accusa a livello internazionale: gli istituti preposti a fronteggiare l'azione di conquista, di espansione della mafia, che tende ad estendere sempre più la propria influenza, non hanno strumenti adeguati⁷⁸. Secondo accurate ed allarmanti statistiche, gli organi giudiziari sono radicalmente inadeguati e

⁷⁸G. Papa, *Conferenza sulla Giustizia*, 12.10.1990, CSM, Roma, 1990, p.88

dovrebbero essere triplicati. Sicuramente non si può combattere la criminalità organizzata con una risposta disorganizzata, e non si può nemmeno opporre una organizzazione rigida e lenta alla organizzazione flessibile ed in continua evoluzione della mafia. La presa di coscienza della mafia come ordinamento giuridico autonomo indica un serio approccio al problema che gli atti mafiosi creano, ma palesa anche un reale *gap* organizzativo di un'istituzione a volte troppo grande e "pesante" per reagire in maniera tempestiva alle ingerenze esterne e interne.

Riassumendo le osservazioni fin qui svolte, possiamo ricavare la conferma di due assunti:

- 1) la tesi della mafia come ordinamento giuridico di Santi Romano è teoricamente sostenibile;
- 2) questa tesi può essere utilizzata per scopi diversi, compreso l'obiettivo di rafforzare strategie di lotta a carattere giudiziario o militare, ma allo stesso tempo sottolinea alcune debolezze dello Stato.

Sicuramente l'equazione mafia- ordinamento giuridico autonomo offre un paradigma interpretativo valido, tuttavia bisogna prendere in considerazione l'impostazione teorica di tipo strutturale-formale⁷⁹ da cui si sviluppa, che non permette di approfondire altri aspetti del fenomeno mafioso, ad esempio le caratteristiche storico-sociologiche e culturali. La teoria fornitaci da Santi Romano è una teoria rispettabile ma non permette un'indagine multidisciplinare.

Giovanni Falcone, che spese i suoi ultimi anni di vita nella ricerca e analisi costante e dettagliata del fenomeno mafioso, si è inizialmente accostato alla teoria istituzionalistica del diritto da noi presa in considerazione, fino a discostarsene per poter penetrare più all'interno del caso e studiarlo da diversi punti di vista (funzione sociale, economica, sociologica, etc.):

“Possiamo sempre fare qualcosa: massima che andrebbe scolpita sullo scranno di ogni magistrato e di ogni poliziotto. Per evitare di rifugiarsi nei facili luoghi comuni, per cui

⁷⁹G. Fiandaca, *Ivi*, Parte XVII-9

la mafia, essendo in prima istanza un fenomeno socioeconomico (il che è vero), non può venire efficacemente repressa senza un radicale mutamento della società, della mentalità, delle condizioni di sviluppo. Ribadisco, al contrario, che senza la repressione non si ricostituiranno le condizioni per un ordinato sviluppo. E, lo ripeto, occorre sbarazzarsi una volta per tutte delle equivoche teorie della mafia figlia del sottosviluppo, quando in realtà essa rappresenta la sintesi di tutte le forme di illecito sfruttamento delle ricchezze. Non attardiamoci, quindi, con rassegnazione, in attesa di una lontana, molto lontana crescita culturale, economica e sociale che dovrebbe creare le condizioni per la lotta contro la mafia. Sarebbe un comodo alibi offerto a coloro che cercano di persuaderci che non ci sia niente da fare. Certo, dovremo ancora per lungo tempo confrontarci con la criminalità organizzata di stampo mafioso. Per lungo tempo, ma non per l'eternità: perché la mafia è un fenomeno umano e come tutti i fenomeni umani ha un principio, una sua evoluzione e avrà quindi anche una fine⁸⁰.

⁸⁰Giovanni Falcone, Marcelle Padovani, *Ivi*, cit. pp.165-166

Conclusione.

L'analisi del concetto di "diritto" e "Istituzione" e del rapporto tra essi, per quanto ampia possa essere, ha la capacità di dar vita a rivoluzionarie correnti filosofiche, spesso confutando quelle precedenti o per lo meno entrando in contrasto con esse. In ogni caso, è impossibile dare una definizione universale del concetto di diritto, sostenere con certezza le fonti da cui deriva, stabilire che cosa sia un'istituzione e quale soggetto giuridico possa definirsi tale. Le scuole di pensiero sono numerose e articolate, tuttavia è necessario riconoscere i principi base dai quali partire per effettuare un'adeguata indagine.

L'approccio teorico utilizzato in questo elaborato ha preso come punto di partenza le due principali teorie del diritto generale: la teoria normativista (Kelsen) e quella istituzionalista (Romano). Se la prima attribuisce alle norme giuridiche la capacità di creare diritto, la teoria del giurista Romano attribuisce alle organizzazioni la capacità di costituire il diritto. Due teorie contrapposte tra loro, con due differenti metodi di analisi della società.

La teoria normativista presenta sicuramente dei *gap* a livello strutturale: una norma non può precedere la società, non può essere creata e porsi in una posizione di rilievo rispetto ad essa. Le relazioni che si instaurano all'interno di una società sono la fonte primaria del sistema normativo della stessa. E' l'organizzazione sociale che spontaneamente si genera e che sceglie quali tipi di comportamenti sociali codificare in un sistema di norme considerate giuridiche. Altrimenti il rapporto normazione-organizzazione sarebbe scollegato e privo di significato.

E' molto difficile immaginare una società composta da regole "auto-generantesi", che si impongono agli individui: la sopravvivenza della stessa società sarebbe a rischio. Bisogna innanzitutto tener conto delle variabili in continua evoluzione, come usi e costumi, sistema governativo, nuove ideologie, con le quali le norme giuridiche

predefinite non possono andare al passo. Se un'istituzione si trovasse intrappolata in norme "esterne" ad essa, si verificherebbe un vero e proprio "collasso della società".

Secondo la teoria istituzionalista, e in particolare per Santi Romano, i due concetti di "istituzione" e "norma" non sono incompatibili, al contrario si integrano necessariamente. Tuttavia, la sua dottrina è definita "antinormativista", poiché egli non crede che i fenomeni giuridici possano nascere da comandi, prescrizioni, precetti imperativi, tutti atti tipici di uno Stato, ma che da soli non possono costituire gli ordinamenti.

Analizzando le variabili che collaborano con il fenomeno giuridico alla creazione e al mantenimento della società, la considerazione del ruolo attivo di queste viene sottolineata dalla teoria istituzionalista del giurista siciliano. Allontanandosi da un normativismo "univoco", secondo cui solo la norma ha potere giuridico, Romano e gli istituzionalisti in generale rimarcano l'importanza delle relazioni che nascono alla base di un ordinamento. Sono proprio queste relazioni tra individui a decidere il sistema normativo da adottare: le norme non sono altro che strumenti utilizzati per codificare un insieme di comportamenti, regole e consuetudini già stabiliti dai soggetti giuridici.

Dalla contrapposizione delle due principali teorie giuridiche, ponendo in rilievo l'istituzionalismo di Romano, è possibile sostenere una prima definizione: ciascun ordinamento dotato di una organizzazione, un sistema normativo e un apparato coercitivo funzionanti, può definirsi a tutti gli effetti Istituzione.

Questa affermazione è una logica conseguenza del pensiero istituzionalista fin qui analizzato, tuttavia è facilmente contestabile.

Prima di tutto la concezione di Stato come ordinamento giuridico *par excellence* può essere piuttosto "fuorviante": ciascun individuo che sia considerato cittadino di uno Stato (fruitore di diritti e doveri provenienti da quest'ultimo) difficilmente accetta l'idea dell'esistenza di un'altra organizzazione extra-statale riconosciuta a tutti gli effetti, che non sia solo un gruppo di ribelli e non nasca come semplice insurrezione.

Gli ordinamenti extra-statali si qualificano come “Istituzioni” in senso proprio, sia dal punto di vista formale che dal punto di vista strutturale. Non a caso Santi Romano ha individuato ed elencato le principali caratteristiche qualificanti un’Istituzione:

- La plurisoggettività, ossia la presenza di più soggetti appartenenti a uno stesso gruppo sociale;
- Normazione propria, ovvero l’esistenza di uno specifico sistema di norme accettate dalla società, volte a disciplinare l’azione dei soggetti;
- Un’organizzazione, cioè una struttura con il compito di porre in essere le norme e di garantirne il rispetto e l’efficacia.

Grazie a questi strumenti di analisi fornitici, è facilmente rilevabile la presenza di siffatte caratteristiche all’interno delle istituzioni “extra-statali”: ognuna include un gruppo di soggetti che aderiscono ad un sistema normativo comune, creando un’organizzazione strutturata e complessa.

Le Istituzioni in senso proprio quindi non hanno nulla a che vedere con i fenomeni insurrezionali che storicamente si sono compiuti: essi sono dei conflitti armati appartenenti alla tipologia delle guerriglie e derivano dall’oppressione di un popolo sopra un altro, o di un governo sul suo stesso popolo. In caso di vittoria, andranno a sostituire il governo contro cui effettuano la ribellione, acquisendo solo in quel caso il carattere di Istituzione. In caso di perdita, sono destinati a scomparire. Al contrario lo scheletro di un’istituzione è molto più solido e duraturo, permette di instaurare relazioni e di essere riconosciuto a livello internazionale.

Se dunque un’organizzazione non corrisponde alla definizione di “Istituzione”, perché mancante anche di uno solo degli elementi che dovrebbero caratterizzarla, quest’ultima non sarà oggetto di *misunderstanding* e confusione teorica, poiché sarà destinata all’autodistruzione o comunque all’”isolamento sociale” da parte degli altri enti operanti come vere e proprie Istituzioni.

Un altro problema si pone nel momento in cui alla definizione di Istituzione si tenta di accostare il termine “giuridica”. In questo caso i caratteri dell’indagine cambiano inevitabilmente. La teorizzazione degli ordinamenti giuridici di Santi Romano permette di riconoscere e stabilire un’Istituzione in senso proprio, ma in un certo senso giustifica l’esistenza di molte organizzazioni valide ed efficaci, considerate tuttavia *illecite*.

L’illiceità di un’organizzazione corrisponde ad una condotta della stessa a causa della quale sono previste delle sanzioni. La sanzionabilità è automatica nel momento in cui le azioni di un’organizzazione creano danno a un altro soggetto o ente.

Questo ostacolo al raggiungimento di una definizione completa di “Istituzione giuridica” può apparentemente essere superato, o meglio aggirato, considerando che spesso la determinazione del concetto di “Istituzione illecita” viene attribuita dallo Stato, che vede gli ordinamenti “extra-statali” in completa antitesi con la natura statale. E in effetti è proprio così: la maggior parte delle Istituzioni “extra-statali” sono anche “anti-statali”, con scopi e finalità diversi e spesso opposti a quelli dello Stato.

Il fatto che l’ordinamento statale le etichetti come illecite e soggette a coercizione non implica che quest’ultime lo siano in maniera assoluta. Possono essere illecite perché in opposizione con lo Stato, ma conservano ancora la loro *legittimità* in quanto Istituzioni, e la loro *liceità* nei confronti di altri ordinamenti con scopi affini.

Ciò detto finora ha una giustificazione e una dimostrazione teorica, soprattutto in virtù del fatto che l’istituzionalismo di Romano tenta di arrivare alle stesse conclusioni. Ma ciò non può bastarci, occorre addentrarsi in un livello più profondo di analisi del fenomeno giuridico. Per fare questo è stato interessante prendere ad esame un caso “estremo” o *borderline* di organizzazione “extra-statale” indipendente, riconosciuta dalla teoria di Santi Romano come Istituzione: l’organizzazione a stampo mafioso di “Cosa Nostra”.

“Cosa Nostra” è sicuramente una tra le più grandi associazioni malavitose a livello internazionale considerate come *illecite* e in continua lotta con lo Stato. In poco tempo e

in maniera silente è riuscita a creare una rete di relazioni economiche, commerciali, amichevoli con Paesi e organizzazioni in tutto il mondo; ha sviluppato un sistema organizzativo così accurato, rispettato in maniera quasi ossessiva dai suoi consociati, che lo Stato stesso difficilmente riesce a penetrarvi.

Davanti a una organizzazione così potente e ben funzionante, la cui esistenza ed effettività è riconosciuta dallo Stato stesso, è possibile adottare la definizione di “Istituzione giuridica”? Dinanzi ad un esempio di organizzazione mafiosa di tale entità, neppure Santi Romano riuscirebbe ad associare la mafia al concetto di “giuridicità”.

La teoria istituzionalista è il punto di partenza per una definizione esatta del concetto di Istituzione, ma non basta: occorre tener conto di molti altri fattori essenziali alla determinazione di un ordinamento giuridico.

Sicuramente un’organizzazione strutturale è il punto di partenza per un’Istituzione funzionante, considerando soprattutto il ruolo funzionale di questa nel soddisfacimento degli interessi di parte dei suoi consociati. Tuttavia non è possibile parlare di “Istituzione giuridica” in senso proprio:

-dal punto di vista giuspositivista, le istituzioni come “Cosa Nostra” mancano assolutamente del requisito della *legalità*. Non a caso la mafia è definita un’organizzazione parassitaria”, che si insidia laddove lo Stato presenta dei *gap*, e li sfrutta perseguendo i propri interessi (spesso economici) a danno dello Stato stesso. Questi tipi di organizzazioni sono devote alla distruzione, qualora vi sia un conflitto di interessi il metodo di risoluzione utilizzato è quello della violenza, della minaccia e della coercizione.

-dal punto di vista istituzionale (o realista) “Cosa Nostra” manca del requisito della *legittimità morale*, ovvero manca del fondamento per il quale l’organizzazione possa essere ritenuta degna di essere riconosciuta all’interno (dai consociati) e all’esterno (da ordinamenti egualmente sovrani). La legittimità designa in primo luogo la giustificazione morale del potere di un ordinamento, in quanto fondato su principi e valori di natura etico-giuridica ed etico-sociale. Basti pensare che l’unico mezzo di

comunicazione con il “mondo esterno” prediletto dalla mafia è la violenza in tutte le sue forme: quale etica potrebbe mai divulgare un’organizzazione che stimola all’omicidio, al rispetto delle regole fino alla morte, che è tanto ineccepibile nella sua strutturazione quanto malata? Può esistere una legittimità giuridica senza una legittimità morale?

E’ certamente impossibile dare una risposta affermativa a questi grandi quesiti, che tuttavia aprirebbero un dibattito ancora più ampio e articolato che ingloba e supera la semplice definizione di ordinamento come “Istituzione giuridica”. La tesi sostenuta finora, risalente alla teoria istituzionalista del giurista Romano, ci accompagna fino a un certo punto nella definizione di “Istituzione” in senso proprio; tuttavia, nella demarcazione del percorso è necessario ricordare (come lo stesso Santi Romano ripeteva, in risposta alle accuse da parte di alcuni filosofi) che la suddetta teoria non è di matrice filosofica. In altre parole lo strumento che ci viene fornito, al momento dell’analisi, è consapevolmente incompleto, infatti adotta un punto di vista prevalentemente giuridico. E’ importante dunque riconoscere la potenza ma anche i limiti di un’analisi sociale a senso unico.

Bibliografia.

Bobbio N., *“Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano”*, Milano 1975, Giuffrè.

Bobbio N., *”Stato, Governo e società”*, Einaudi, 1985;

Catania A., *“Filosofia del diritto. Temi e problemi.”*, Gentile, Salerno, 1999.

Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 30 gennaio 1992, Abbate, Foro it., II, 15; 27 aprile 2001, Riina e altri, Foro it., 2002, II, 359; in senso parzialmente contrario sentenza 2 dicembre 2003, Riina e altri, id, 2003, 415;

Corte di Cassazione, sez. VI, sentenza 30 maggio 2001, Hsiang Khe Zhi e altri in: - S.Rossi, *“La mafia come Stato nello Stato, radici e limiti di un paradigma interpretativo”*, 2009.

Emile Durkeim, *“La Scienza sociale e l’azione”*, 1996, pp.360

Falcone G., Padovani M., *“Cose di Cosa Nostra”*, 1998 RCS Libri S.p.A., Milano.

Fassò G., *“L’ordinamento giuridico”*, in *“Storia della filosofia del diritto”*, vol. III, *Ottocento e Novecento*, Bologna 1970.

Fiandaca G., *“La mafia come ordinamento giuridico, Utilità e limiti di un paradigma”*, in *“Il Foro Italiano”*, 1995, Parte V-3

Gambetta D., *” Introduzione a La mafia siciliana”*, Einaudi, Torino 1992.

Gavazzi G., *“Santi Romano e la teoria generale del diritto”*, Ed. Giuffrè, Milano 1977.

Kelsen H., *“Der soziologische und der juristische Staatsbegriff”*, Mohr, Tubingen 1928.

Kelsen H., *“Lineamenti di dottrina pura del diritto”*, trad. it. di M.G. Losano, Einaudi, Torino 1975.

Kelsen H., *“Lineamenti di teoria pura del diritto”*, trad. it. di R. Treves, Einaudi, Torino 1973.

Kelsen H., *“Teoria generale del diritto e dello Stato”*, trad. it. di S. Cotta e G. Treves, ETAS Milano 1978.

Kelsen H., *“Teoria pura del diritto”*, Einaudi, Torino, 1966, p. 345.

La Torre M., *“Norme, istituzioni, valori- Per una teoria istituzionalistica del diritto”*, Editori Laterza, Bari 1999.

Logon Didonai, *“Il concetto di ordinamento giuridico”*, in *“Validità, diritti, effettività”*, Ed. sc srl 2010.

Papa G., *Conferenza sulla Giustizia*, 12.10.1990, CSM, Roma, 1990, p.88

Romano S., *“L’ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto”*, Spoerri, Pisa, 1918. In argomento Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, Giuffrè, Milano, 1977, cit. p.28.

Romano S., *“L’ordinamento giuridico”*; Sansoni, Firenze 1977.

Romano S., *“Principii di diritto costituzionale generale”*, Ed. Giuffrè, Milano 1947.

Romano S., " *Lo Stato moderno e la sua crisi*", ora in "Lo Stato moderno e la sua crisi"; Saggi di diritto costituzionale, Milano, Giuffrè, 1969; Cassese, *La crisi dello Stato*, Bari, Laterza, 2002.

Rossetti C. G., " *L'attacco allo Stato di diritto*", Liguori Editore, Srl, Napoli 1994.

Treccani, " *La teoria dell'ordinamento giuridico*", 1999 in " *Nota bibliografica su Santi Romano*" di A. Romano in P. Grossi, A. Romano, " *Ricordando Santi Romano in occasione dell'inaugurazione dei corsi dell'a.a. 2010-2011*" nella *Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa*, a cura di E. Ripepe, Pisa 2012, pp. 80-85.

Treves R., " *Introduzione alla sociologia del diritto*", Ed. Einaudi, Milano 1977.

Weber M., " *Economia e società. Dominio, l'economia in rapporto agli ordinamenti e alle forze sociali*", 2012, Edith Hanke.

Zagrebelsky, " *Società, Stato e Costituzione*", Giappicchelli, 1988.