



“G. d’Annunzio” University of Chieti-Pescara
School of Advanced Studies “G. d’Annunzio”
Department of Legal and Social Sciences (DSGS)

Doctoral program in Business, Institutions, Markets

Titolo

Santi Romano e la dottrina dell’ordinamento giuridico. Un esame critico

Dissertazione del dott.
Filippo Matrisciano

Supervisore:
prof. Alessandro Serpe

Coordinatore:
prof. Marco Angelone

Settore disciplinare: IUS/20-Giur/17A
Anni Accademici 2022/2025
XXXVIII Ciclo

INDICE

Introduzione	p. 10
--------------	-------

CAPITOLO PRIMO

L'ordinamento giuridico e la dottrina dell'istituzione

1. <i>Natura umana e meta-temporalità dell'istituzione</i>	18
2. <i>Il diritto come ordinamento e istituzione</i>	25
3. <i>Concetto di diritto e summa divisio: la spinta al rinnovamento scientifico</i>	30
4. <i>Ordinamento e unità del diritto</i>	38
5. <i>Oggettivazione del potere, consuetudine, storicità e impersonalità del diritto</i>	42
6. <i>Struttura del diritto oggettivo, principio del limite, posizioni soggettive</i>	57
7. <i>Tassonomia dell'istituzione</i>	78
8. <i>Forma e contenuto</i>	88

CAPITOLO SECONDO

Note per un esame critico della teoria istituzionalistica

1. <i>Principali corollari del nuovo concetto di diritto</i>	96
2. <i>La relazione tra ordinamenti: la rilevanza</i>	115
3. <i>Strutture della rilevanza e ordinamenti illeciti</i>	120
4. <i>Aspetto teoretico del nesso tra ordinamento e norma</i>	131
5. <i>Sulle tradizioni pre-istituzionalistiche</i>	136
6. <i>Aspetto sistematico del nesso tra ordinamento e norma</i>	147

7. <i>Sovranità e autonomia: contro il dogma dell'esclusività</i>	150
8. <i>L'organizzazione delle fonti</i>	157
9. <i>Caratteri dell'ordinamento internazionale</i>	161

CAPITOLO TERZO

Un episodio sintomatico della prima ricezione romaniana

1. <i>Una polemica di primo Novecento</i>	167
2. <i>La «reciproca incomprensione» di giuristi e filosofi</i>	172
3. <i>Giorgio Del Vecchio e Santi Romano: la filosofia del diritto dei giuristi</i>	176
4. <i>Il problema della forma secondo Del Vecchio</i>	181
5. <i>Il problema della forma secondo Romano</i>	188
6. <i>Prime approssimazioni di un bilancio</i>	199
7. <i>Resistenze filosofiche</i>	202
8. <i>«Il solito circolo vizioso dell'empirismo»</i>	208

Note conclusive	214
-----------------	-----

Bibliografia	218
--------------	-----

*Ma per quanto riguarda il contegno della
filosofia verso la tradizione, occorre
ancora considerare un elemento molto
importante. Esistono qui due possibilità.
O la filosofia rifiuta completamente la
tradizione, oppure ne riprende i contenuti
e li riplasma nello spirito dell'idealità filosofica.*

E. HUSSERL,
*La crisi delle scienze europee
e la fenomenologia trascendentale* [1936]

Introduzione

Nella storia della scienza giuridica moderna e contemporanea, Santi Romano rappresenta un autore spartiacque per diverse ragioni. Egli iniziava il suo lavoro di giurista e di teorico del diritto in un momento in cui volgeva al termine una primissima, intensa stagione che aveva dato i natali al diritto pubblico in Europa. Ciò che fino all'inizio del secolo XIX aveva formato oggetto delle trattazioni dei filosofi e degli scrittori politici, interessati alla vicenda teorica della sovranità moderna o alle situazioni storiche del costituzionalismo, ovvero, ancora, alla fondazione dei diritti civili e politici, era stato progressivamente assorbito dal lavoro della nuova scienza del diritto pubblico, ancora incerta nella prima parte del secolo¹, ma già possente sul finire dello stesso².

¹ È significativo che uno dei momenti di inizio di questa nuova storia abbia coinciso con l'istituzione nel 1834 delle cattedre di *Droit constitutionnel* in Francia, per iniziativa di François Guizot, e con il passaggio di Pellegrino Rossi a quella cattedra proprio in quell'anno, presso la facoltà di Giurisprudenza della *Sorbonne*, lasciando la cattedra di Economia politica al *College de France*, ottenuta l'anno prima. Su questi temi si veda A. MORELLI, *La prima cattedra di diritto costituzionale*, in «Archivio Giuridico "Filippo Serafini"», (serie continua) Vol. LXI, 1898, pp. 61-111; H. TOUSSAINT, *Penser le droit constitutionnel: Pellegrino Rossi (1787-1848)*, Mare & Martin, Paris 2024.

² Per un'introduzione, M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico, Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, 2 voll., Giuffrè, Milano 2001; R. CAR, *La concezione dello Stato popolare (Volksstaat) nei giuristi tedeschi del tardo Ottocento*, in AA.VV., *Il governo del popolo*, vol. II, *Dalla Restaurazione alla Guerra franco-prussiana*, a cura di G. Ruocco, L. Scuccimarra, Viella, Roma 2012, pp. 335-354; P. COSTA, *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare*, in AA.VV., *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Laterza, Roma-Bari 1990, pp. 89-145; AA.VV., *Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, edd. H. Nader et F. Melleray, Dalloz, Paris 2009. Vedeva, tuttavia, ancora molta strada fare proprio S. ROMANO, *Il diritto costituzionale e le altre*

Romano è dunque preceduto da questa stagione di esordio della scienza giuspubblicistica europea, che aveva assolto un duplice compito: costruire un sapere tecnico-giuridico sulla base dell'insegnamento savigniano – trovando perciò nei giuristi tedeschi gli interpreti più intraprendenti –; e, insieme, rafforzare il diritto dello Stato tardo ottocentesco in base alla forma politica della sua sovranità contingente, allontanando conati e interferenze da parte dei gruppi sociali che ne restavano poco o nulla partecipi³.

Tale è – in estrema sintesi – l'antefatto fondamentale che sta alle spalle del XX secolo e alle spalle dello stesso Romano, che del nuovo secolo attraversa per intero la prima parte, densa di creazioni intellettuali straordinarie, come pure di sconvolgimenti tragici.

Quando invece volge al tramonto la sua parabola, è già pronto a sorgere un tempo che, in larga parte, almeno con riferimento ad alcune vicende, tra cui quella italiana, è completamente nuovo⁴: il tempo del costituzionalismo democratico, della sovranità popolare, del giudice tanto delle leggi quanto

scienze giuridiche [1903], in ID., *Scritti minori*, a cura di G. Zanobini, vol. I, Giuffrè, Milano 1990, pp. 245-259.

³ Molto autorevolmente è stato sostenuto che «tutto il diritto pubblico europeo tra Otto e Novecento si afferma in opposizione al principio democratico della sovranità popolare» (M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Il Mulino, Bologna 1999, p. 144).

⁴ Ancora M. FIORAVANTI, *Fine o metamorfosi?*, in AA.VV., *Fine del diritto?*, a cura di P. Rossi, Il Mulino, Bologna 2009, pp. 63-75, p. 63 ss., ha osservato, alcuni anni fa, come appaia «stupefacente quanto poco si sia compreso, nella storiografia, nelle scienze giuridiche e sociali, nella cultura politica, nelle consapevolezze comuni e diffuse, la portata di questa svolta», coincisa con l'emanazione delle nuove costituzioni democratiche del secondo Dopoguerra, a partire dal «controllo di costituzionalità derivante dalla nuova supremazia della Costituzione».

della discrezionalità del legislatore, dell'emersione in forma largamente espressa dei principi fondamentali del regime politico, e, ancora, il tempo dei diritti fondamentali, affermati finalmente anche nel campo dei rapporti economico-sociali, ciò che ha allargato e arricchito la via già apertasi a Weimar, con il capo V della Costituzione del 1919⁵.

Queste due stagioni, separate da distanze ben ragguardevoli, sempre più chiare alla storiografia e alla filosofia del diritto, che infatti le rappresentano secondo stadi di civiltà giuridica affatto disparati⁶, sono tuttavia congiunte l'una all'altra dalla vicenda intellettuale e scientifica di Romano, che tra di esse si pone nel mezzo, senza essere estraneo ad alcuna. Quasi come un Giano bifronte, tanto egli è immerso nella vicenda che lo precede e da cui si alimenta la sua spinta ad innovare e a riformulare; quanto in fondo, in un certo modo, resta inamovibile poi, nel tempo che sopraggiunge dopo la sua morte, nel 1947⁷, riconosciuto come eredità da attingere e da sviluppare, proprio in vista di dover dare consistenza al nuovo da

⁵ L'idea che si levava con forza era che nella Costituzione si consacrasse «la indissolubile connessione tra l'ordinamento economico e l'ordinamento politico» (U. DELLA SETA, Seduta pomeridiana del 7 maggio 1947, in *Atti dell'Assemblea Costituente (1946-1948)* [1946-1949], vol. XIV, Camera dei Deputati, Roma 2017, rist. anastatica, pp. 3681-3685, p. 3682). Ciò che si era tentato, in diverso modo, solo a Weimar, nell'esperienza bolscevica e nella Seconda repubblica spagnola.

⁶ Si veda L. FERRAJOLI, *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, a cura di D. Ippolito e F. Mastromartino, Editoriale Scientifica, Napoli 2017²; M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, Carocci, Roma 2018; G. FERRARA, *Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano 2004.

⁷ Per gli aspetti biografici, è d'obbligo riferirsi a A. ROMANO, *Nota bio-bibliografica*, in *L'«ultimo» Santi Romano*, Giuffrè, Milano 2013, pp. 843-876.

costruire⁸. Un riconoscimento che non poteva essere sempre stentoreo e celebrativo, dato l'alto grado istituzionale della sua partecipazione alla vita pubblica sotto il fascismo, che gli costò la completa uscita di scena nel 1945⁹.

⁸ Un giurista importante, anche per il contributo reso nei lavori dell'Assemblea costituente, ha scritto che «La Costituzione italiana entrata in vigore il 1° gennaio 1948 ha posto la dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici a base del sistema di rapporti o di comportamento dello Stato di fronte ai gruppi sociali, alle “formazioni sociali, ove si svolge (secondo l'espressione dell'art. 2) la personalità dell'uomo”, di fronte cioè ai gruppi sociali, agli enti, sia di natura istituzionale che territoriale» (G. AMBROSINI, *La pluralità degli ordinamenti giuridici nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, vol. I, Giuffrè, Milano 1973, pp. 3-17, p. 5). Per un inquadramento delle applicazioni date alla teoria della pluralità degli ordinamenti a singoli ambiti disciplinari e di settore, si veda U. ROMAGNOLI, *Il sistema economico nella Costituzione*, in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. I, Cedam, Padova 1977, pp. 139-184, spec. p. 148 ss.; G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano 1960; ID., *Diritto sindacale* [1979], a cura di L. Bellardi, P. Curzio, V. Leccese, Cacucci, Bari 2022; P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi* [1976], Giuffrè, Milano 2001; F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, in «Enciclopedia del diritto», XXXIV, Giuffrè, Milano 1985, pp. 1-58.

⁹ Nel 1924 Romano fu chiamato a far parte prima della commissione dei quindici, formata dal PNF, e poi, nel 1925, della successiva commissione dei diciotto, istituita dal governo fascista per elaborare la riforma costituzionale. Nel 1928, mentre era titolare della cattedra di diritto costituzionale all'Università Statale di Milano, nonché, dall'anno prima, preside della facoltà di Giurisprudenza della stessa Università, sopravvenne la nomina a presidente del Consiglio di Stato, carica mantenuta fino al 1944. Sulla vicenda di tale nomina, si veda G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Il Mulino Bologna 1996, p. 342-343; sull'esperienza complessiva, F. COCOZZA, *Santi Romano presidente del Consiglio di Stato. Cenni storici e spunti problematici*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1977, pp. 1231-1252; G. MELIS, *Il Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano*, in AA.VV., *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano Presidente del Consiglio di Stato*, Giappichelli, Torino 2004, pp. 39-55. Romano chiese e ottenne la tessera del PNF il 16 ottobre 1928, come risulta dal fascicolo personale, (in «Archivio Consiglio di Stato», Fascicoli personali, *Romano Santi*). Sebbene tendente a sovrastimare la compenetrazione col fascismo – questione che in questa sede si tralascia –, è assai utile la lettura di A. SANDULLI, *Santi Romano e l'epurazione antifascista*, in «Diritto amministrativo», 2, 2018, pp. 287-309.

Allo stesso tempo, resta inestimabile il contributo che per primi i suoi allievi – Guido Zanobini a Pisa, Giovanni Miele e Massimo Severo Giannini a Roma, per citarne solo alcuni – hanno reso agli studi giuridici in Italia. L’opera di Romano è dunque un patrimonio che sta al fondo di una parte rilevante della cultura giuridica italiana della seconda metà del Novecento; essa si pone in dialogo con tutte le generazioni di giuristi venute in seguito, sia direttamente, con la smagliante forza teorica dei suoi testi, sia indirettamente, nel confronto con altri sedimenti teorici non meno grandi e fecondi, formati e venuti ad espressione nel resto d’Europa in quegli stessi decenni, e, pure, pervenuti a noi come lasciti preziosi, col medesimo valore di classici.

Ma in questa figura e in quelle coeve di pari statura non vi è solo la inesauribile forza del classico. Vi è la condivisione di un quadro generale di travagli e di processi, di questioni teoriche e di contraddizioni storiche che, in un piano di medio-lungo periodo, ancora ci appartiene. Perché, se il *tempo* nostro è altro da quello di Romano, in base a indirizzi di cui egli non vide gli sviluppi, non affatto diversa è l’*epoca*. E un occhio superficiale, che stimasse troppo distante dall’oggi ciò che si venne teorizzando un secolo fa, dovrebbe avvedersi che, in massima parte, i maggiori problemi storici e filosofici di allora restano aperti. Così, pertanto, anche quelli disposti sulla scrivania del giurista.

E allora, scorrendo le notizie di stampa, apprendiamo di grandi imprese tecnologiche che manifestano una propensione ad espandere la loro organizzazione amministrativa, persino, in qualche caso, nel senso – per così dire – di

territorializzarsi¹⁰. Altre volte tali imprese presentano una forte propensione a compenetrarsi nell'apparato di sicurezza e di forza militare dello Stato, quasi facendosene organi indiretti¹¹. Ancora, apprendiamo della sempre più corrente pratica di atti unilaterali di qualificazione, rivolti da un ordinamento verso un altro, o verso specifici organi o membri individuali, designati come "terroristi"; cui si associa, a titolo sanzionatorio, l'assunzione di misure restrittive, incidenti, per lo più, sul regime di efficacia di una serie anche assai vasta di atti, compiuti o autorizzati da quegli enti o individui interessati¹².

¹⁰ Nel 2021, una proposta legislativa in Nevada ha suscitato un acceso dibattito, mirando a consentire alle aziende tecnologiche di creare proprie amministrazioni locali, note come "Innovation Zone". È facile comprendere subito come si tratti di ipotesi non affatto assimilabili alle comuni figure che individuano regimi agevolativi all'esercizio dell'attività di impresa su base territoriale (come, ad esempio, le Zes), in quanto consentirebbero alle aziende che possiedono grandi quantità di terreno (almeno 50.000 acri) e investono massicciamente in tecnologia di agire come *amministrazioni locali indipendenti*, con poteri simili a quelli delle contee, tra cui l'autorità di imporre tasse, formare distretti scolastici e amministrare le forze dell'ordine. Analogamente, nel maggio 2025, l'area circostante il sito di lancio spaziale dell'impresa *SpaceX*, nel sud del Texas, nota come *Starbase* (ex *Boca Chica Village*), è diventata ufficialmente una città incorporata nell'organizzazione dell'impresa, ed è stata classificata come municipalità di tipo C in Texas. Questo processo ha suscitato l'opposizione assai vivace di una organizzazione, il *South Texas Environmental Justice Network*. Su questi temi, J. DEAN, *Capital's Grave: Neofeudalism and the New Class Struggle*, Verso, London 2025; S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri* [2019], Luiss University Press, Roma 2023²; M. R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Il Mulino, Bologna 2022; E. MOROZOV, *Les intellectuels-oligarques, nouveaux législateurs de la Silicon Valley*, Silicon Circus, Les blogs du «Diplo», 14 et 17 avril 2025.

¹¹ Sul tema, M. HILDEBRANDT, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, Elgar, Cheltenham 2015; Per una generale prospettiva che si richiama ad un odierno "legal institutionalism", K. PISTOR, *Il codice del capitale* [2019], Luiss University Press, Roma 2021.

¹² Mentre forme di sanzioni internazionali si rintracciano lungamente nella storia (ad esempio, già Tuciddide racconta dell'embargo che Atene impose a Megara

Può la lente della dottrina giuridica elaborata da Romano permetterci ancora di guadagnare uno sguardo capace di collocare e interpretare, *in senso perspicuamente giuridico*, simili e altre effervescenze che il mondo di oggi va producendo, con frenesia e inquietudine non diverse da quelle del secolo passato?

L'indagine che qui si propone prova a ricostruire una griglia di concetti e di argomenti che sostanzino una risposta affermativa. E che lascino emergere la statura internazionale della figura presa in esame.

È in questa prospettiva che il primo capitolo si dedica alla ricostruzione di un primo, fondamentale sostrato entro cui risultati organizzato il basamento della teoria istituzionalistica del diritto, così come elaborata da Romano. Ciò vale specialmente ove si ammetta di mantenere sul diritto una possibilità

nel 432 a. C.), la qualificazione di terrorismo è novità assai più recente. Risale all'approvazione, nel 1974, del *Prevention of Terrorism Act* da parte del Parlamento britannico, che per la prima volta contemplava una lista di organizzazioni denominate terroristiche. La critica sottolinea che tale modello ha radici nella legislazione coloniale: nello *Anarchical and Revolutionary Crimes Act*, che nel 1919 diede alle forze incaricate dell'ordine pubblico in India il potere di arresto senza previa incriminazione dell'autorità giudiziaria e di detenzione amministrativa senza l'avvio di un procedimento penale fino a due anni. Lo stesso provvedimento fu approvato l'anno successivo, con il *Restoration of Order in Ireland Act*, per stabilizzare il dominio coloniale sull'Irlanda, minacciato dai movimenti di liberazione raccolti intorno all'organizzazione *Sinn Féin*. Per un approccio a questi temi, E. R. ZAFFARONI, *Una storia criminale del mondo. Colonialismo e diritti umani dal 1492 a oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2025; R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Giappichelli, Torino 2008; V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2013; D. BIGO, *Les modalités des dispositifs d'état d'urgence: introduction*, in «Cultures et Conflits», 113, 2019, pp. 7-16.

teoretica di concettualizzarne anzitutto una parte statica, che sia coerente e, ad un tempo, distinta dalla parte dinamica.

Prosegue questo stesso lavoro il capitolo secondo, portando più oltre il discorso verso questioni e problemi più complessi, che sono riformulati o aggiornati alla luce del paradigma istituzionalista: è questo, ad esempio, il caso del rapporto tra Stato e società civile, tema già classico della filosofia politica moderna, che assume una prospettiva di messa a fuoco inedita; ma è anche il caso della ri-semantizzazione del positivismo giuridico, o della vasta problematica delle relazioni tra ordinamenti di vario ordine e grado.

Nel capitolo terzo, infine, si affronta la questione della ricezione de *L'ordinamento giuridico*¹³ attraverso uno dei primi momenti della relativa vicenda, che racchiude una interessante polemica con Giorgio Del Vecchio. Qui emerge nitidamente quella che allora era avvertita da Romano quasi come una comunanza di destino tra la filosofia del diritto, specie nel suo baricentro teorico-generale, e il diritto pubblico, colto segnatamente nel suo corpo costituzionalistico.

¹³ Come è noto, dopo essere apparsa, in due parti, negli «Annali delle Università Toscane», l'opera veniva edita, in volume, a Pisa, nel 1918, con il sottotitolo *Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*. Si farà riferimento, nelle pagine che seguono, all'edizione pubblicata nel centenario, a cura di M. Croce, Quodlibet, Macerata 2018, che riproduce fedelmente la seconda edizione apparsa, nel 1946, per i tipi di Sansoni, successivamente ristampata, nel 1977, nella collana «Nuova Biblioteca».

CAPITOLO PRIMO

L'ordinamento giuridico e la dottrina dell'istituzione

SOMMARIO: 1. *Natura umana e meta-temporalità dell'istituzione* – 2. *Il diritto come ordinamento e istituzione* – 3. *Concetto di diritto e summa divisio: la spinta al rinnovamento scientifico* – 4. *Ordinamento e unità del diritto* – 5. *Oggettivazione del potere, consuetudine, storicità e impersonalità del diritto* – 6. *Struttura del diritto oggettivo, principio del limite, posizioni soggettive* – 7. *Tassonomia dell'istituzione* – 8. *Forma e contenuto*

1. Natura umana e meta-temporalità dell'istituzione

Architrave della teoria di Santi Romano è l'idea di istituzione, che ricorre in corrispondenza di «ogni ente o corpo sociale»¹⁴. Questo permette la riconduzione al medesimo *genus* di un catalogo variegatissimo di formazioni sociali, ciascuna delle quali ha guadagnato nel tempo una considerazione giuridica assai particolareggiata sul piano della regolazione, della specializzazione disciplinare, nonché del lavoro giurisprudenziale e dottrinale. Basti pensare alla vastità di attenzione immancabilmente riscossa dalle forme associative sindacali o societarie negli ultimi cento anni di storia giuridica e sociale. Ma la stessa possibilità che ne nasce in sede

¹⁴ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 44.

dommatica di costruire apparentamenti e di valorizzare un certo sostrato teoretico comune si deve proprio alla indagine inaugurata dall'autore oggetto di questo lavoro, nella sua principale opera. Essa ha aperto una tradizione di studi che ha, nel tempo, offerto al costituente e al legislatore repubblicano una certa chiarezza teoretica di riferimento, ulteriormente valorizzata dalla dottrina in sede dommatica, contribuendo a quella circolarità virtuosa che talvolta si determina tra le figure fondamentali della vita giuridica.

Come si tenterà di mostrare nella presente trattazione, la non tramontata importanza di quest'opera scritta nel 1917 è anche dovuta al fatto che gli svolgimenti delle determinazioni associative, attuati nella vita pratica in ogni direzione, ritrovano alle proprie spalle la generale linea di analisi romaniana che ad ognuna ha garantito un solido terreno teorico di unificazione.

Come è noto, è una definizione assai ampia quella adottata da Santi Romano per individuare il perno della sua dottrina giuridica. Quale che ne sia l'ampiezza o il particolare carattere assunto in seno allo spazio sociale, istituzione è «un'organizzazione sociale»¹⁵, che si pone in quello spazio come «individualità obbiettiva»¹⁶.

Il suo fondamento è cavato da un nocciolo antropologico. A giudizio di Romano, l'uomo è contrassegnato da un bari-centro individuale, e, al contempo, da una insopprimibile proiezione verso lo spazio di relazione condiviso con altri individui. In questa dimensione dinamica e vitale si situa la vita

¹⁵ Ivi, p. 48.

¹⁶ Ivi, p. 42.

istituzionale, «nel senso che essa è manifestazione della natura sociale e non puramente individuale dell'uomo»¹⁷.

Tale tratto fondamentale della natura umana, che – lo si vede – non nega il profilo individuale, ma lo integra con ciò che gli è complementare, è alla base della pluralità di declinazioni cui accede in concreto la figura dell'istituzione, in quanto *genus* suscettibile di variegatissima *differentia specifica*. Essendo, cioè, «figura generalissima, i cui caratteri contingenti possono variare, e variano in realtà all'infinito»¹⁸, essa campeggia tanto in corrispondenza di «quel macrocosmo giuridico, che è lo Stato», quanto in relazione «a istituzioni minori o anche minime», tra le quali – notava Romano, additando un sintomo della parzialità delle vedute dominanti – si evidenziano «alcune che il giurista non ha di solito occasione di sottoporre alla sua analisi»: dunque, figure correntemente trascurate, «ma che non sono perciò meno interessanti»¹⁹. L'indole più intima, che tutte le unifica e che le fa ricadere nella sfera del diritto oggettivo, sta nel seguente dato: che, quale ne sia la dimensione e il grado di raffinatezza nell'articolazione concreta, sempre «l'istituzione è un ordinamento giuridico, una sfera a sé, più o meno completa del diritto obbiettivo», in quanto «i caratteri essenziali del diritto [...] coincidono con quelli di istituzione»²⁰.

Già a partire da queste prime coordinate, risulta che il diritto si plasma sulla base della naturale socialità umana e nasce nella concreta dinamica organizzativa e aggregativa che

¹⁷ Ivi, p. 45.

¹⁸ Ivi, p. 43.

¹⁹ Ivi, p. 72.

²⁰ Ivi, p. 49.

da questa socialità è attivata. Tale attitudine, intrinseca all'umano, si proietta in una duplice direzione: da un lato, in senso orizzontale, ragion per cui gli uomini tendono a cooperare, oppure, di contro, a confliggere; ma sempre stabilendo e coltivando reciproche relazioni, che tanto meglio perseguono quanto più lo fanno associandosi gli uni con gli altri; dall'altro, si postula che gli uomini tendano a dedicare energie e cure verso un'opera che li trascenda, per mezzo della quale essi si protendono verso le generazioni future, alle quali cedono quanto da essi costruito e alimentato, portandosi idealmente essi stessi oltre il lasso temporale della vita individuale, e oltre la sua fragilità. I caratteri fondamentali del diritto si radicano in questi due movimenti dell'umano²¹:

scopo caratteristico del diritto è per l'appunto 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 certi fini al di là della loro vita naturale, creando degli enti sociali più poderosi e più duraturi dei singoli²².

Come si vede, è riversando l'opera propria nella vita di un corpo partecipato e animato anche dall'opera altrui che l'individuo realizza al meglio le proprie attitudini creative, spirituali e pratiche, consegnandone i risultati al lavoro ulteriore delle generazioni successive, perciò connettendole alla

²¹ Si può forse affermare, da questo punto di vista, che per Romano conserva pieno vigore l'antico insegnamento di Ermogeniano per cui «hominum causa omne ius constitutum» (*Digesto*, I, 5, 2).

²² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 49-50.

propria e instaurando una continuità e una possibilità di progresso altrimenti negate o, al più, effimere. È evidente come questo carattere, di portata generale, venga esibito massimamente dallo Stato, il quale – lo si vedrà – esprime col maggior possibile nitore tutti i contrassegni dell'istituzione in quanto figura generale. Proprio come le altre istituzioni, ma con una forza performativa in grazia della quale nettamente primeggia, lo Stato si situa in una temporalità altra rispetto a quella in cui è stretto il singolo²³. Ciò, naturalmente, non al punto da fuoriuscire dalla storicità, ma sempre restando esposto, come ogni altra singola istituzione, al proverbiale transito delle glorie mondane. Tuttavia, è vero al tempo stesso che alla temporalità storica – come tale, per quanto estesa, comunque circoscritta –, di una istituzione positiva è giustapponibile una meta-temporalità del diritto, che, nella sua fondamentale figura istituzionale, si è dato, si dà e si darà sempre, in corrispondenza del sussistere della convivenza umana, in ogni epoca e secondo qualsivoglia determinazione storica.

Ora, se quello del trascendimento dell'orizzonte esistenziale del singolo è un aspetto – per dir così – progressivo delle formazioni sociali istituzionali, in accordo al quale può subito echeggiare l'idea fatta propria, in una stagione nuova e diversa, dal costituente italiano del 1947, vero è senz'altro che ad esse è altrettanto possibile che si associ una valenza di altro

²³ È così che esso «si pone nella condizione di curarsi non solo delle generazioni presenti, ma anche di quelle future, ricollegando in un'intima e ininterrotta continuità di tempo, di azione, di fini, momenti ed energie diverse di cui esso è comprensiva e tipica espressione» (S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* [1909], in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi costituzionali 1909-1925*, a cura di A. Sandulli, Quodlibet, Macerata 2023, pp. 37-56, p. 39-40).

segno, in dipendenza del concreto modo d'essere della singola istituzione. Bisogna, cioè, problematizzare la relazione tra libertà individuale – intesa come patrimonio umano suscettibile di accrescimento grazie alla dimensione associativa – e contesto istituzionale. Dal momento che quest'ultimo può, in concreto, essere connotato da una altrettanto forte attitudine alla irreggimentazione dei singoli, anche in ragione del principio di gerarchia, non sempre, ma sovente in certo modo incorporato.

Tali enti vengono a stabilire quella sintesi, quel sincretismo in cui l'individuo rimane chiuso, è regolata non soltanto la sua attività, ma la sua stessa posizione, ora sopraordinata, ora subordinata a quella di altri²⁴.

Naturalmente, le due potenzialità proprie dell'istituzione, così come le si è accennate, possono ben anche combinarsi nei gradi più disparati. Ma il nocciolo fondamentale sta evidentemente nel costituirsi di quella «sintesi», che di essa scolpisce il profilo concreto, unificando tutte le sue sottounità costitutive e facendosi capace di imprimere ad esse un movimento e una direzione univoci. Anzi, è proprio in funzione di ottenere questo movimento e questa direzione che essa si conforma e si struttura:

cose ed energie sono adibite a fini permanenti e generali, e ciò con un insieme di garanzie, di poteri, di assoggettamenti, di libertà, di freni, che riduce a sistema e unifica una serie di elementi in sé e per sé discreti²⁵.

²⁴ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 50.

²⁵ *Ibidem*.

Già si può intravedere come proprio in siffatta riconduzione del molteplice ad unità venga riconosciuto qualcosa di essenziale alla vita giuridica. Le cose e le persone smettono di essere del tutto discrete e l'una dall'altra slegate. Anzi, instaurano una profonda connessione e si coordinano in una specificazione della socialità di diverso grado e di peculiare qualità. Comincia subito a profilarsi il *proprium* del diritto:

l'istituzione, nel senso da noi profilato, è la prima, originaria ed essenziale manifestazione del diritto. Questo non può estrinsecarsi se non in un'istituzione, e l'istituzione intanto esiste e può dirsi tale in quanto è creata e mantenuta in vita dal diritto²⁶.

Si tratta di un intreccio di profili di importanza capitale, a partire dai quali si schiude un movimento di circolarità tra *ordinamento*, *istituzione* e *diritto*. Una circolarità enunciata *more geometrico* anche in altra pagina del testo, che non ha mai mancato di attirare la più viva attenzione degli interpreti:

il concetto che ci sembra necessario e sufficiente per rendere in termini esatti quello di diritto, come ordinamento giuridico considerato complessivamente e unitariamente, è il concetto di istituzione. Ogni ordinamento giuridico è un'istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l'equazione tra i due concetti è necessaria ed assoluta²⁷.

Per guadagnare padronanza della portata di queste formulazioni, in cui sta il nucleo teorico dell'opera romaniana, è

²⁶ Ivi, p. 49-50.

²⁷ Ivi, p. 38.

opportuno muovere dal complessivo ragionamento condotto circa «i caratteri essenziali del diritto», la cui fissazione, soltanto, permette – argomentava l'autore – di rompere con dannosi fraintendimenti invalsi lungamente tra i giuristi. Dalla sequenza dei passaggi di tale ragionamento risulterà rischiato anche il senso della enfasi costantemente accordata al problema metodologico proprio del diritto oggettivo, che ad avviso di Romano può impostarsi convenientemente soltanto mettendo a tema ciò che veramente rileva dal punto di vista del diritto pubblico.

2. Il diritto come ordinamento e istituzione

Le primissime pagine dell'opera sono segnate proprio dalla esigenza di pervenire ad «un più compiuto concetto di diritto»²⁸. Si trattava di un problema teoretico di capitale importanza, non solo perché esso aveva affaticato varie generazioni di giuristi, ma anche perché dalla sua soluzione passavano implicazioni importantissime ai fini della definizione di un paradigma disciplinare generale: non poteva, a giudizio di Romano, ritenersi acquisita una rappresentabilità unitaria della scienza giuridica, laddove ancora poco fermo era da giudicare il perimetro esatto del suo oggetto.

²⁸ Ivi, p. 24.

Urgeva, pertanto, uno sforzo in grado di superare le dominanti concezioni che, «senza alcuna eccezione»²⁹, pretendevano «di ridurre il diritto alla categoria delle norme», di volta in volta distinguendosi per lo più solo nell'accentuare il carattere imperativistico associato all'idea di norma – come in massima parte faceva la dottrina tedesca, che assimilava la norma al “comando imperativo” di fare o non fare³⁰ –, ovvero

²⁹ Ivi, p. 21. Una eccezione importante, in realtà, era dallo stesso Romano richiamata nel corso della trattazione (in nota n. 30 a p. 45): essa coincide con considerazioni, giudicate assai puntuali e lucide, dell'ultimo Rudolf von JHERING, leggibili – annotava Romano – «nel programma con cui iniziava la pubblicazione dei suoi *Jahrbücher f. die Dogmatik* ecc. (I, p. 10)», scritte, cioè, nel 1893; e, tuttavia, viziate – secondo Romano – dalla circostanza di essere state riferite da Jhering al concetto sbagliato: «mentre appaiono eccessive per l'istituto giuridico, si potrebbero invece ben riferire alla nostra istituzione». Una intonazione assai ricorrente e, anzi, caratteristica dell'atteggiamento di Romano nei confronti della dottrina anteriore è quella del setaccio delle buone intuizioni da innalzare a possesso stabile: vale a dire la ricognizione di quelle prospettazioni correttamente abbozzate, ma non portate alla necessaria soglia di dimostrazione scientifica che consentirebbe di reputarle progresso sicuro e inattaccabile. «Si direbbe che l'Jhering abbia intuito quelle note essenziali del diritto, che abbiamo tentato di mettere in luce, sebbene le abbia cercate dove non si potevano rinvenire». Le acute ma imperfette considerazioni di Jhering sono riportate nella pagina romaniana: «Die Gesamtmassse des Recht erscheint jetzt nicht mehr als ein System von Sätzen, Gedanken, sondern als Inbegriff von juristischen Existenzen, so zu sagen, lebenden Wesen, dienenden Geistern. Wir wollen die Vorstellung eines juristischen Körpers beibehalten, da sie die einfachste und natürlichste ist» [*L'intero corpus del diritto ci appare ora non più come un sistema di enunciati, di pensieri, ma piuttosto come una incarnazione di esistenze giuridiche, per dir così, di esseri viventi, di spiriti garanti di un servizio. Intendiamo mantenere l'idea del corpo giuridico, poiché è la più semplice e più naturale*].

³⁰ Alla nota n. 2 al § 1 (p. 21), è fatto esplicito riferimento a A. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Böhlau, Weimar 1878, p. 1 ss.; E. R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, I, Mohr, Leipzig-Freiburg 1894, p. 30 ss.; B. WINDSCHEID - T. KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Rütten & Loening, Frankfurt a. M. 1906⁹, § 27; L. ENNECERUS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, Elwert, Marburg 1911⁶, p. 27.

nell'attenuarlo, per così dire, ingentilendo la norma alla stregua di “regola di condotta”³¹.

In particolare, accennando brevemente ad autori come Duguit e Kelsen, Romano annotava che «negli ultimi tempi, questo punto di vista è stato, per così dire, esasperato sino alle estreme conseguenze»; i lavori di Duguit sono apostrofati addirittura «singolari»; in essi – si dice – «ogni altro momento del fenomeno giuridico è risolto e quasi annullato in quello della “règle de droit”³².

Inoltre, è in base alla medesima logica che alla “regola di condotta” si sia soliti giustapporre la “regola di decisione”, appunto, senza variare il discorso di fondo. Siccome «di solito, i giuristi si sono formati una nozione del diritto che non va al di là del diritto che si applica o altrimenti si prende in considerazione nei tribunali», è affatto ricorrente e di buon grado accettata la constatazione che, anche «dal punto di vista del giudice», appaia «naturale che il diritto altro non sia che una regola, anzi una regola di decisione»³³. È interessante

³¹ Ivi, p. 22 e 23. Ancora in nota (n. 1), Romano esplicitava il suo riferimento menzionando due opere accompagnate da ragguardevole eco: L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, Paris 1901, p. 10 ss., (ma di questo autore evoca anche gli scritti posteriori); e H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Mohr, Tübingen, 1911, «i cui intendimenti – osservava – sono messi in evidenza anche nel titolo dell'opera». Un terzo riferimento, pure esplicitato, è a G. JELLINEK, autore della *Allgemeine Staatslehre* [1900], di cui Romano legge (certamente, almeno) la terza edizione [1914], dalla quale (p. 332) riporta la definizione del diritto come «eine Summe von Regeln für menschliches Handeln» [*un insieme di regole per i rapporti umani*].

³² Ivi, p. 21, alla nota n. 1.

³³ Ivi, p. 25. Alla nota (n. 8) è rammentato «il detto del Maitland, secondo il quale scrivere la storia delle azioni inglesi sarebbe lo stesso che scrivere la storia del diritto inglese». È altresì richiamato, in tal senso, E. EHRLICH, *Der*

annotare che, intorno al tema della peculiare prospettiva sul diritto propria dei giuristi pratici, Romano avrebbe brevemente fermato di nuovo la sua attenzione, altrove, diversi anni dopo³⁴.

Ad ogni modo, la posizione di Romano, seppur determinata a negare l'adeguatezza di queste ricostruzioni, non intende opporvi una esasperazione uguale e contraria, tale da operare un mero capovolgimento a detrimento della norma giuridica e della *regula iuris*. Egli, viceversa, intende accordare a ciascun elemento proprio del diritto – e la norma indubitabilmente tale si qualifica – la sua sede e la sua esatta proporzione, evitando che taluni elementi occupino uno spazio esorbitante a pregiudizio di altri. E, in definitiva, a scapito di una chiarificata e conveniente rappresentazione dell'intero.

Che il diritto si presenti anche come norma e che sia necessario valutarlo anche sotto questo aspetto; che, anzi, tale punto di vista sia molto spesso, e, specialmente, ai fini della pratica più comune, oltrech  necessario, sufficiente; sono ragioni che, assieme ad altre, spiegano perch  nella stessa

praktische Rechtsbegriff, in AA.VV., *Festschrift f. E. Zietelmann*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1913, pp. 3-20, p. 8 ss.

³⁴ I rappresentanti di tale categoria di giuristi venivano al pi  caratterizzati come «di modesto e limitato ingegno», ma nondimeno autentici giuristi, nella misura in cui «si orientano bene in problemi giuridici circoscritti o in quelli che si sogliono dire pratici». Tra costoro, sono «molti magistrati e avvocati», impeccabili «nell'esame dei singoli casi». Tuttavia, sarebbero perch  accomunati dal fatto che da quei casi «non saprebbero astrarsi e cadrebbero in false generalizzazioni» laddove si trovassero chiamati a «formulare principii generali o assurgere a teorie». In altri termini, «si smarrirebbero se dovessero occuparsi *de apicibus iuris*». (S. ROMANO, *Giuristi* [1944], in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico* [1947], cit., pp. 143-146, p. 144).

definizione astratta non si sia andati oltre la categoria delle norme³⁵.

Ebbene, una più corretta formulazione della relazione tra diritto e norma appare a Romano la pietra fondamentale sulla quale poggiare il suo sforzo teorico complessivo. Poiché tutto l'impegno che si è tradizionalmente profuso nella articolazione di raffinati studi e pregevoli teorie riguardanti la norma giuridica, non deve essere interamente disperso o accantonato. Bisogna, al contrario, trattenere quel patrimonio, ma ora finalmente correggendolo, e offrendo di esso una indispensabile integrazione e, insieme, una generale rifondazione. Così egli si esprimeva circa i suoi intenti:

il primo e più importante scopo del presente lavoro vorrebbe essere quello di dimostrare che tale modo di definire il diritto, pur non essendo, almeno in un certo senso e per certi fini, inesatto, è tuttavia, considerato in sé e per sé, inadeguato e insufficiente, e che, per conseguenza occorre integrarlo con altri elementi di cui non si tiene comunemente conto e che invece sembrano più essenziali e caratteristici³⁶.

In altri termini, «la definizione di diritto non può coincidere con la definizione delle norme che vi si comprendono»³⁷; dunque, si tratta di porre «in evidenza qualche altro aspetto del diritto, più fondamentale, e, soprattutto antecedente, sia per le esigenze logiche del concetto sia per l'esatta valutazione della realtà in cui il diritto si estrinseca»³⁸.

³⁵ ID., *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 22.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ivi*, p. 29.

³⁸ *Ivi*, p. 22.

Questo passaggio è di grande rilievo. Se deve essere esclusa una idea di diritto che si riduca a «norme singole – una legge, una consuetudine, un codice e così via», deve allora farsi luogo a «qualche cosa non soltanto di più comprensivo, ma anche di sostanzialmente diverso»³⁹. Questo diverso concetto di diritto si propone come *ordinamento giuridico*.

3. Concetto di diritto e summa divisio: la spinta al rinnovamento scientifico

Proprio al fine di concentrare l'esame sugli aspetti che Romano lamentava obliterati a causa delle concezioni di cui promuoveva il superamento, è importante mettere in sufficiente risalto il nesso che egli identificava tra siffatte concezioni del diritto e il loro contesto epistemologico di elaborazione. È un nesso che rinvia immediatamente alla problematica della relazione tra diritto pubblico e diritto privato, che a giudizio di Romano non aveva ancora guadagnato un conveniente equilibrio alla luce della nuova e più corretta proporzione da attribuire rispettivamente alle due sfere in cui si riparte tradizionalmente la scienza giuridica.

In altri termini, dire che cosa è il diritto, e correggere, così, i principali errori teoretici commessi per l'innanzi nel tentarne una elaborazione, significava, ad un tempo, discutere lo statuto metodologico della scienza giuridica. Ma significava,

³⁹ Ivi, p. 26.

prima ancora, ridiscutere la specifica impostazione disciplinare che aveva, fino a quel momento, offerto una provvisoria soluzione, sia con riferimento al metodo che con riferimento all'oggetto. Le particolari soluzioni che, quasi stancamente, si riproponevano

sono state elaborate o dalla disciplina del diritto privato, che poi le ha imposte alle altre, o da punti di vista che non sono riusciti a superare quelli propri di tale disciplina. Quelle definizioni, infatti, appaiono per quest'ultima molto più soddisfacenti di quanto non riescano in campi diversi: [...] per la massima parte dei suoi principii e dei suoi problemi non si sente il bisogno di raffigurare il diritto altrimenti che come norma. Non così, viceversa in alcuni rami del diritto pubblico⁴⁰.

Era dunque tempo di abbandonare una definizione di diritto che «il diritto pubblico e la filosofia del diritto hanno mutuato ad occhi chiusi dal diritto privato»⁴¹. Suona come una scossa portata al cuore di discipline che vivevano un momento decisivo del proprio sviluppo. Entrambe di assai più recente formazione rispetto alla storia millenaria del diritto privato – che aveva potuto lungamente conservarsi e accrescersi, riadattandosi perfettamente con continuità alle caratteristiche sociali ed economiche dell'intera Europa, tra Medioevo e Modernità –, esse avevano visto determinarsi le condizioni oggettive della loro riflessione solo nella Modernità, con la definitiva consumazione della costituzione medievale

⁴⁰ Ivi, p. 24-25.

⁴¹ Ivi, p. 24.

e la crisi dell'ordine teologico-metafisico che quella forma politica sorreggeva⁴².

Romano vedeva distintamente l'inevitabile passaggio di una definitiva emancipazione dal diritto privato nella trattazione delle questioni più generali. Bisognava produrre un punto di vista autonomo, che tenesse *anche* conto dei peculiari problemi sussistenti nel diritto pubblico. E realizzare così un progresso in quell'itinerario di irrobustimento della scienza del diritto pubblico, che era stato anzitutto un «importantissimo procedimento di integrazione di concetti un tempo esclusivamente privatistici [...] iniziato dai moderni pubblicisti». Difatti,

molti concetti generali e comuni così al diritto pubblico come al privato, sono stati considerati unilateralmente dalla scienza di quest'ultimo, mentre la scienza del primo o non esisteva o era in inferiore stadio di sviluppo: in modo che più tardi essi si son dovuti riprendere, correggere e completare, tenendo conto di una serie di elementi nuovi⁴³.

Questo inquadramento del problema generale si ritrova confermato anche con riferimento al concetto decisivo individuato da Romano. Anche quando si introduce la nozione di istituzione, e ne viene proposta la perfetta fungibilità con quella di ordinamento, ricorre una osservazione che mette in risalto un certo avanzamento ancora da conseguire. Nel senso

⁴² Sul tema, vastissimo, si veda per tutti M. FIORAVANTI, *Costituzione*, cit., p. 29 ss.; ID., *Stato e costituzione*, in AA.VV., *Lo stato moderno in Europa*, a cura di M. Fioravanti, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 3-37; ID., *Stato (storia)*, in «Enciclopedia del diritto», XLIII, Giuffrè, Milano 1990, pp. 708-758.

⁴³ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, p. 24.

che, a fronte di una elaborazione del concetto di istituzione svolta da parte della scienza del diritto privato – che lo aveva collocato nella teoria degli enti personificati –, era mancato un corrispondente lavoro da parte della giuspubblicistica che, nel dominio suo proprio, ne valorizzasse la fecondità teorica e l'importanza sistematica⁴⁴.

Dunque, non solo vi è da proseguire un'opera di paziente appropriazione e di affinamento dello strumentario concettuale inteso in senso propriamente analitico, un'opera, cioè, relativa ai singoli sintagmi e concetti; ma vi è anche un progresso in senso più generale cui Santi Romano si propone di far pervenire la scienza giuspubblicistica: un progresso legato alla «necessità che un procedimento analogo si compia per la stessa definizione del diritto»⁴⁵.

Le premesse che a tal riguardo vengono poste sono particolarmente nette: si sostiene che «il diritto, in ciò che ha di culminante e, quasi, si direbbe, di più essenziale, è principalmente pubblico»⁴⁶. È una affermazione molto rilevante: se il

⁴⁴ «Il concetto relativo è quindi ricorso solo nella dottrina dei soggetti morali del diritto, e poiché è noto che tale dottrina si è prima e più ampiamente sviluppata nel campo del diritto privato, l'idea di istituzione è rimasta infruttuosa, o quasi, proprio in quel terreno in cui è evidentemente maggiore la sua utilità, cioè in quello del diritto pubblico. [...] L'istituzione si è sempre concepita né più né meno che come persona giuridica. Occorre appena avvertire che non è in questo senso e in questa sfera così circoscritta, che noi adesso ne assumiamo il concetto» (ivi, p. 39). Nel corso della trattazione, si può infatti notare come la personalità giuridica sia, nella prospettiva di Romano, nient'altro che un carattere accessorio e non essenziale del concetto di istituzione. Un carattere che, quando presente, rileva, evidentemente, nella sola proiezione esterna dell'ente cui è ascrivito: ad esso si lega, dunque, il regime dei rapporti giuridici esterni, non anche il suo sussistere nella realtà giuridica, cioè la sua preliminare *esistenza*.

⁴⁵ Ivi, p. 24.

⁴⁶ *Ibidem*.

diritto privato predispone le forme di quelle condizioni che determinano certe situazioni giuridiche, nonché le forme di quelle condotte che consentono l'acquisto di diritti e l'assunzione di obblighi, e che altresì incidono sulla vicenda specifica di dette situazioni come di detti diritti e obblighi, tale complesso di attività giuridiche può correntemente svolgersi nella misura in cui sia presupposto un certo contesto generale di ordine, garantito dal diritto pubblico. Il quale presidia il campo dei regimi di validità di tutte le forme della attività giuridica disciplinata, garantendo *anche* una più generale sfera di effettività, che tutte quelle singole attività circonda e protegge. È in regione di questo assetto che «gli elementi del concetto di diritto, in genere, debbono desumersi più dal diritto pubblico che dal diritto privato»⁴⁷. Anche perché diventa in tal modo finalmente e a pieno apprezzabile che

quest'ultimo è, senza dubbio, una semplice specificazione del primo, una delle sue forme e direzioni, una sua diramazione. Non soltanto esso è sospeso al diritto pubblico, che ne costituisce la radice e il tronco, ed è necessario alla sua tutela, ma è dal diritto pubblico continuamente, per quanto talvolta silenziosamente, dominato⁴⁸.

⁴⁷ Ivi, p. 25.

⁴⁸ Ivi, p. 24 e 25. Tale posizione romaniana non è priva di seguaci, né in base a più risalenti tradizioni, né nel panorama contemporaneo a Romano, il quale, in nota, rinvia, *ex multis*, alle considerazioni formulate sul punto da Nicola COVIELLO, nella seconda edizione del suo *Manuale di diritto civile italiano*, I, S.E.I., Milano 1915, § 6. Nella stessa nota (n. 7), pensando ad altra, primissima generazione di maestri, ricordava che «così, per esempio, Pellegrino Rossi diceva che il diritto civile è un capitolo il cui principio si trova nel diritto costituzionale». È altresì segnalata «l'opinione, invece, diametralmente contraria» di A. RAVÀ, *Il diritto come norma tecnica*, Dessì, Cagliari 1911, p. 102. Per quanto riguarda invece la ricognizione di tradizioni vive e robuste a cavallo tra Antico Regime e età post-rivoluzionaria, in sede critica si possono certamente

È un'immagine decisamente forte, quella di cui si serve Romano in questo passaggio, di un diritto privato *sospeso* al modo d'essere e alla vicenda di quello pubblico. Occorre concedervi adeguata enfasi, poiché essa condensa a pieno tutto il primato teoretico e sistematico accordato da questo autore al principio di effettività.

Tuttavia, come già si anticipava, questa nuova impostazione non doveva condurre a una condizione di eccessiva compressione del punto di vista proprio della scienza del diritto privato: se, da un lato, era cioè tempo, per Romano, di «adottare un procedimento inverso a quello sin qui prevalso», ciò non valeva, dall'altro, «sino al punto di foggare una definizione del diritto che, tratta dalla considerazione esclusiva del diritto pubblico, potrebbe non servire più al diritto privato, ripetendo alla rovescia gli inconvenienti che adesso lamentiamo». La giuspubblicistica, per poter corrispondere ai compiti di cui era storicamente investita, doveva certamente

menzionare gli insegnamenti di MONTESQUIEU (*Esprit des lois* [1744], I, 3), e dello stesso HEGEL. In una pagina giovanile di quest'ultimo, si può leggere che «c'è malattia e inizio della morte, se una parte si organizza e si sottrae al dominio dell'intero; [...] come se [...] il fegato si costituisse come organo dominante e costringesse l'intera organizzazione ad eseguire i propri ordini. Allo stesso modo nel sistema universale dell'eticità può accadere che, per esempio, il principio e il sistema del diritto civile, che si occupa di possesso e proprietà, si rafforzi in maniera simile e nell'estensione in cui si perde, prenda se stesso per una totalità che sia in sé incondizionata ed assoluta» (G. W. F. HEGEL, *Le maniere scientifiche di trattare il diritto naturale* [1803], Adelphi, Milano 2016, p. 397 e 399. Nello stesso senso, i *Lineamenti di filosofia del diritto* [1821], §§ 3 e 261, dove l'autore si rifaceva, lodandolo, allo stesso Montesquieu). Altri, la cui pagina Romano conosceva e frequentava alacramente, pure conveniva che «Il diritto privato non solo trova nel diritto pubblico il suo contrapposto e i suoi limiti, ma è da esso condizionato e ad esso si connette» (G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* [1892], a cura di G. Vitagliano, prefaz, a cura di V. E. Orlando, Milano, 1912, p. 7).

guadagnare a pieno un proprio spazio, ma non certo spogliandone le altre scienze giuridiche. Perimetrando compiutamente il suo oggetto e introducendo adeguati strumenti per sottoporlo al suo lavoro, essa avrebbe riconfigurato la proporzione tra ambiti disciplinari, e avrebbe in tal modo posto le basi per pervenire ad un assetto tanto unitario quanto condiviso dello sguardo scientifico sul diritto, inducendo gli stessi privatisti, a loro volta, a nuova e più perfetta riflessione su sé stessi come sull'ufficio altrui.

Se è così, il compito cui attendere doveva essere, come già si è richiamato, quello di fondare e fissare un punto di equilibrio:

una vera, completa definizione del diritto in generale ha bisogno di tener conto di elementi che finora non sono stati, per dir così, messi in valore, e deve proporsi lo scopo, non soltanto teorico, ma anche pratico, di servire per tutti i rami speciali del diritto, se è vero che questo, sia pur non unico nelle sue estrinsecazioni, può tuttavia ridursi ad unità di concetto⁴⁹.

Altro elemento importante è dovuto al fatto che, nel riatteggiare debitamente i reciproci rapporti tra pubblico e privato, andava respinta «una distinzione rigida e assoluta», specie se ci si fosse collocati da un punto di vista pratico: «giacché in concreto i principi dell'uno si intrecciano spesso con i principi dell'altro», segnatamente ove si tratti di regolare momenti diversi di un medesimo rapporto, o anche rapporti

⁴⁹ Ivi, p. 25.

diversi, ma legati da profili di collegamento tra di essi⁵⁰. Se ne trae l'indicazione che tra le due sfere del lavoro scientifico non deve esserci frattura, perché problemi e soluzioni hanno spesso e volentieri corrispettivi e rifrazioni tra un campo e l'altro. L'unità del diritto deve, anzi, favorire un sistema di connessioni e di legami, tale che anche degli aspetti pratici più minuti debba riuscirsi ad avvertire la via di riconduzione ad un plesso di profili fondamentali robusto e coerente.

Questa opera di rinnovamento, proprio perché fatta idonea ad irradiarsi, con le sue implicazioni, in tutte le speciali proiezioni del diritto, deve sortire l'effetto di modificare anche gli schemi di funzionamento del diritto giudiziale, che pure, nondimeno, si è «principalmente configurato, avendo in vista le norme di decisione delle controversie di diritto privato». Una circostanza che, peraltro – lamentava Romano –, ancora assai gravava in quel momento: «la protezione giudiziaria, prima quasi esclusiva al diritto privato, non si ha, neppure oggi, per una parte notevole, che può essere anche la fondamentale, del diritto pubblico»⁵¹.

⁵⁰ ID., *Il diritto pubblico italiano* [1914], Giuffrè, Milano 1988, p. 2. Nello stesso senso, ID., *Principii di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milano 1946², p. 75 ss.

⁵¹ ID., *L'ordinamento giuridico* [1918], cit., p. 25 e 26.

4. *Ordinamento e unità del diritto*

Si è ora chiarita la portata del rinnovamento che Romano ambiva ad introdurre nella scienza giuridica, principalmente attraverso una risistemazione del rapporto tra diritto pubblico e diritto privato, facente leva sul riconoscimento della imprescindibilità del primo affinché sussista il secondo. Un profilo, quest'ultimo, che, a giudizio di Romano, in punto di teoria generale, ha da essere ribadito sempre: quand'anche si trovassero, in concreto, giustapposti un diritto privato molto evoluto e raffinato, da una parte, e, dall'altra, un diritto pubblico – per dir così – stagnante in uno stadio ancora elementare e rozzo. Anche qui, infatti, le condizioni di possibilità dell'uno riposerebbero sempre sull'altro⁵².

E, allora, posto che «il diritto, in ciò che ha di culminante e [...] di più essenziale, è principalmente pubblico» e che «gli elementi del concetto di diritto, in genere, debbono desumersi più dal diritto pubblico che dal diritto privato»⁵³, è in questo dominio che deve sostanzialmente emergere il carattere profondo del diritto: il suo carattere di ordinamento, irriducibile alle norme di cui esso pure si compone e in forza delle quali, evolvendo, pur progredisce in ampiezza e sofisticazione. Il *proprium* del diritto, in quanto ordinamento, risiederebbe, non solo nel suo intero, ma specialmente nel suo nucleo fondamentale.

È chiaro infatti che, se si vuol definire un intero ordinamento giuridico, non si può aver riguardo soltanto alle

⁵² ID., *Corso di diritto costituzionale* [1943⁷], cit., p. 6 ss., spec. p. 11.

⁵³ ID., *L'ordinamento giuridico* [1918], cit., p. 24-25.

singole sue parti, ma bisogna per l'appunto colpire la nota caratteristica, la natura di questo insieme o di questo tutto⁵⁴.

Ma prendere considerazione scientifica dell'intero comporta l'abbandono di un punto di vista estrinseco, per tramite del quale l'ordinamento non è che una messe di dati alla quale portarsi con approccio quantitativo. Perseverando in questa ottica, si è costretti, infatti, a reputare

che un ordinamento giuridico altro non sia che una somma aritmetica di varie norme, nello stesso modo che una legge, un regolamento, un codice – guardati, del resto, da un punto di vista materiale e estrinseco – non sono che un seguito di determinati articoli, che possono addizionarsi tra loro. Se, invece, si ammette, come non è dubbio, che un ordinamento giuridico nel senso suddetto non è una somma di varie parti, siano o non siano queste delle semplici norme, ma un'unità a sé e un'unità, si noti bene, non artificiale o ottenuta con un procedimento di astrazione, ma concreta ed effettiva, si deve altresì riconoscere che esso è qualche cosa di diverso dai singoli elementi materiali che lo compongono⁵⁵.

Non è una deduzione o una finzione logica quella che Romano sollecitava per compiere il necessario cambio di punto di vista. Non la strada della pura logica di labandiana memoria, né, meno che mai, un qualche sofisticato costruito esemplato sulla giurisprudenza concettuale, dovevano condurre al risultato atteso. Ma una trascrizione in termini scientifici della realtà giuridica, vivente e animata in senso ordinamentale,

⁵⁴ Ivi, p. 26.

⁵⁵ Ivi, p. 27.

della quale si postulava teoreticamente la rappresentabilità unitaria.

È anzi da ritenere che non si può avere un concetto adeguato delle norme che vi si comprendono senza anteporre il concetto unitario di esso. Così, non si può avere un'idea esatta delle varie membra dell'uomo o delle ruote di una data macchina, se non si sa prima che cosa sia l'uomo o quella macchina⁵⁶.

Si introduce qui una implicazione di massima importanza che concerne l'interpretazione delle singole norme. La concretezza dell'intero ordinamento, delle sue caratteristiche distintive e della sua concreta natura (e si può aggiungere: dei suoi principi generali), hanno parte non solo nella comprensione della genesi delle norme (del perché di *quelle*, e non *altre* in luogo di quelle), ma anche nella loro vicenda applicativa. Ma una chiara determinazione di questi profili ancora faceva in buona parte difetto. Infatti, anche se «la necessità di considerare un ordinamento giuridico come un'unità, nel senso accennato, è stata molte volte rilevata», fino a divenire talvolta «una specie di luogo comune nella formulazione delle teorie concernenti l'interpretazione delle leggi», era tuttavia inaggiungibile, secondo Romano, un dato: che essa «non sia stata mai usata e portata alle sue logiche conseguenze per la definizione del diritto», rimanendo, nelle stesse teorie sull'interpretazione, «che pure vi costruiscono sopra qualche loro principio fondamentale», qualcosa di impreciso e irrelato, non meritevole di assegnamento scientifico, dunque «poco più che

⁵⁶ *Ibidem*.

una affermazione, e, sovente, una semplice intuizione, un'idea vaga, nebulosa e quasi inafferrabile»⁵⁷. Dunque, tutte «le giuste intuizioni [...] della verità che la natura di un ordinamento giuridico non si rileva tutta e non può cogliersi quando si abbia riguardo non alla sua unità, ma alle varie norme che ne fanno parte» hanno bisogno di non languire al grado di mere intuizioni, ma vanno approfondite e sviluppate da una trattazione più radicale e compiuta: deve di esse procurarsi una dimostrazione che parta dalla constatazione che «il *quid* che costituisce quella unità è qualche cosa di diverso [...] e, almeno fino ad un certo punto, di indipendente» dalle norme. Altrimenti il rischio che si corre, troppo sostando nell'imprecisione, è che formule vaghe, che pure hanno il pregio di cogliere di primo acchito *qualcosa*, vengano nel tempo circondate da scetticismo e, finanche, malcelato scherno. Così che materiali pur grezzi, ma suscettibili di buon raffinamento, vengano invece, a torto, additati a «sottili artifici o cabale dei

⁵⁷ Ivi, p. 27. Romano esplicita tale riferimento menzionando le opere di N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., § 28; e V. MICELI, *Principi di filosofia del diritto*, Società editrice libraria, Milano 1914, § 135. In generale, egli rilevava che, da parte di questi come di molti altri autori, ci si limitasse per lo più a parlare «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 emanate; si afferma che l'ordinamento medesimo costituisce un "tutto vivente", un "organismo", che ha quella "forza propria, sebbene latente di espansione e di adattamento" sulla quale si fonda l'ammissibilità dell'analogia. Ed è noto che, per i seguaci della così detta interpretazione evolutiva, questa volontà autonoma dell'ordinamento giuridico sarebbe suscettibile di mutarsi, senza che in esso si incorporino nuove norme, col solo mutarsi dell'ambiente sociale in cui deve trovare applicazione» (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 28).

giuristi»⁵⁸, alimentando l'idea che essi facciano della loro opera di interpreti affare misterioso, se non misterico.

Tale è l'importanza sistematica di siffatta unità concettuale dell'ordinamento, logica e ontologica insieme.

La mancata dimostrazione di tale unità, così intesa, spiega, nel medesimo tempo, il significato inesatto che comunemente si attribuisce al principio della c.d. "espansione logica" delle singole norme, e le opinioni, ugualmente inammissibili, di chi ha creduto di poter distruggere totalmente questo principio, senza salvarne l'elemento di vero che contiene⁵⁹.

5. Oggettivazione del potere, consuetudine, storicità e impersonalità del diritto

Ciò che fa essere uno l'ordinamento (beninteso, qualsivoglia ordinamento), che lo costituisce in unità concreta ed effettiva, e non, invece, astratta e artificiale; che, ancora, ne svela l'essenza, la quale è indipendente dalle norme e a queste antecedente; ciò che, pertanto, è in grado di esibire «qualche

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Ivi, p. 28-29. Tra coloro che, dato il difetto di dimostrazione dell'unità dell'ordinamento su basi corrette, avrebbero replicato l'errore di disfarsi di siffatto materiale di principi ancora acerbi, Romano annoverava E. STAMPE, *Rechtsfindung durch Konstruktion*, in «Deutsche Juristen-Zeitung», X, 8, 1905, pp. 417-421, e «in un certo senso, anche D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Società editrice libraria, Milano 1910, *passim* e specialmente p. 126 e segg.».

cosa di più vivo e di più animato», risiede nel suo essere un soggetto collettivo organizzato. Una unità giuridica (in diverso grado) complessa, concretamente vivente nello spazio delle relazioni sociali, dove ritrova la sua ragion d'essere, il suo impulso ad esistere, e dove va svolgendo la sua vicenda di vita e di interessi.

Nel caso dell'ordinamento statale, quelle relazioni sociali saranno meno genericamente qualificate, si dirigeranno cioè in una chiave, volta a volta, sub-statale (connettendosi alle posizioni soggettive autonome di ordinamenti minori privati o di singoli, ove ricadenti nella sua giurisdizione), intra-statale (connettendosi alle posizioni autonome di diritto pubblico di ordinamenti minori interni, o di organi o di singoli), inter-statale (connettendosi alle posizioni autonome di altri soggetti di diritto internazionale pubblico). L'essere centrato su di sé di ogni ordinamento, implica un punto di vista nella articolazione delle relazioni, interne ed esterne, che lo riguardano. Nelle une, come nelle altre, esso si vale delle norme giuridiche per riuscire, nei limiti della sua concreta autonomia, a regolare la sua organizzazione, a curare gli interessi di cui ha titolarità, così come a disciplinare le condotte dei soggetti singoli implicati nell'una e negli altri. In ogni caso, si tratta di

un'entità che si muove in parte secondo le norme, ma, soprattutto, muove, quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto

e anche il mezzo della sua attività, che non un elemento della sua struttura⁶⁰.

È chiaro che tra norma e potere che la pone vi è uno scarto qualitativo inaggirabile; tuttavia, l'una e l'altro campeggiano nel giuridico. E, nella potente immagine della scacchiera, su cui il diritto normativo è fatto per venir mosso come pedina dai gangli dell'organizzazione ordinamentale, si intravede con distinzione quel disvelamento abbagliante e tragico che la Prima Guerra mondiale dovette offrire, per lo meno agli osservatori dallo sguardo più acuto e disincantato, circa la natura più autentica delle proiezioni ultime delle volontà sovrane degli Stati, còlte nel loro feroce antagonismo esistenziale, e perciò nel loro massimo arbitrio potestativo. Siffatto momento dovette esibire, in forme mai prima tanto esplicite, veri e propri caratteri fondamentali, tenuti, in tempi meno tempestosi, quasi dissimulati o rarefatti, ma mai perciò assenti⁶¹.

⁶⁰ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 29-30. In una nota aggiunta nella seconda edizione del 1946 (n. 12^{bis}), Romano rilevava che a tale sua osservazione avesse dato intanto adesione Carl Schmitt, il quale, in *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, riprendeva e citava (ed. Hambourg 1934, p. 24) esattamente lo stesso passo, affermando, sulla scia del giurista siciliano, che «sono le innumerevoli istanze e connessioni dell'autorità o del potere statale che producono, modificano, attuano e garantiscono le norme giuridiche, pur non identificandosi con esse»; e – riferendosi anche a S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 36 – che «giustamente Santi Romano osserva che un mutamento della noma è più conseguenza che non causa di un mutamento dell'ordinamento» (C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico* [1934], in ID., *Le categorie del politico. Saggi*, a cura di G. Miglio e di P. Schiera, Bologna, 1972, pp. 245-275, p. 260).

⁶¹ Sul tema, si veda M. ROTONDI, *Una legislazione di guerra (1915-1924)* [1926], poi in ID., *Profili di giuristi e saggi critici di legislazione e dottrina*, Cedam, Padova 1964, pp. 102-177; F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e*

Ora, quale che sia il peso del contingente, al quale si sa che la sensibilità di Romano si teneva assai assidua, in sede di teoria generale, è ad ogni modo alla struttura, alla entità costituita e operante, che bisogna sempre, per prima cosa, guardare. Va prestato lo sguardo ai suoi elementi fermati sotto l'atto di organizzazione, così come al suo principio di vita e di animazione.

Inoltre, in ragione dello scarto qualitativo poc'anzi rilevato, gli elementi della struttura non devono essere confusi con i mezzi e con gli oggetti che vengono in rilievo nel corso delle attività mediante le quali essa sta all'opera: il farsi e il disfarsi delle norme non ne raffigura i tratti essenziali, ma la materia, quasi la veste, in cui si esteriorizza la sua opera vitale. Sono, di contro, l'attività di predisposizione organizzativa e il suo primo scandirsi che racchiudono il nucleo del fenomeno giuridico.

Non su di un oggetto *posto*, cade l'accento; ma sul *porre*, e, ancor prima logicamente, sulla *idoneità a porre* di ciascun soggetto, il quale si qualifica secondo il diritto proprio in

dei nuovi confini del diritto privato, in ID., *Studi giuridici*, vol. II, Giuffrè, Milano 1960, pp. 337-363; per uno sguardo esteso al panorama europeo, E. LEDE-
RER, *Zur Soziologie des Weltkriegs* [1915], in ID., *Schriften zur Wissenschaftslehre und Kultursociologie*, a cura di P. Gostmann e A. Ivanovna, Springer, Wiesbaden 2014, pp. 101-130; nonché il colloquio "La Grande Guerre et son droit", 23-24 Juin 2016, Université Jean Moulin Lyon III, Faculté de Droit, e, in particolare, C. FILLON, *De la chaire aux canons, les engagements des enseignants des Facultés de droits pendant la Grande Guerre*, in *Les Facultés de droit et la Grande Guerre*, in «Revue d'histoire des Facultés de droit et de la culture juridique du monde des juristes et du livre juridique», 35, 2015, pp. 11-30. Si veda anche C. NITSCH, *La feroce forza delle cose. Etica, politica e diritto nelle "Pagine sulla guerra" di Benedetto Croce*, Bibliopolis, Napoli 2020; nonché il classico V. LENIN, *Imperialismo fase suprema del capitalismo* [1917], a cura di V. Parlato, Editori Riuniti, Roma 1973.

quanto si fa, si costituisce; e facendo sé stesso – vale a dire, venendo ad esistenza –, si fa anche idoneo e proteso a tale opera ulteriormente positiva e produttiva. In altri termini, nella misura in cui oggettiva sé stesso, *si pone* in quanto diritto, in quanto collettività organizzata, vuoi su base associativa, vuoi su base associativo-corporativa, vuoi su base comunitaria.

Ciò vuol dire che «diritto non è o non è soltanto la norma che così si pone, ma l'entità stessa che pone tale norma»⁶². E ancora: rispetto al diritto, «la norma non è che la sua voce o, meglio, una delle voci, uno dei modi con cui esso opera e raggiunge il suo fine»⁶³. Si insiste su questo punto in più momenti del discorso romaniano, senza mai attenuare la nettezza della tesi.

L'aspetto fondamentale e primario del diritto è dato dall'istituzione in cui esso si concreta, e non dalle norme o, in genere, dai precetti con cui esso opera, che ne costituiscono invece un aspetto derivato e secondario⁶⁴.

La distinzione è ormai chiara: ai fini della enunciazione di un precetto o di una valutazione giuridica, quali che ne siano il contenuto e i destinatari, è indispensabile la previa sussistenza di un soggetto qualificato alla produzione degli enunciati e delle valutazioni di cui si tratta.

Inoltre, fondamentale appare la intrascendibile storicità in cui è sempre situato questo processo di formazione del

⁶² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 32.

⁶³ Ivi, p. 33.

⁶⁴ Ivi, p. 55.

soggetto-ente giuridico, vale a dire il «processo di obbiettivazione, che dà luogo al fenomeno giuridico», che permette, cioè, la venuta ad esistenza dell'ente.

Conficcato nell'agitarsi della vita sociale, nella sua morfologia, nei suoi conflitti, nei suoi molteplici dinamismi, esso può riprodursi e si riproduce in continuazione. La vita giuridica è fondamentalmente vita di enti che, a qualsiasi grado di essa, nascono e muoiono, descrivendo una traiettoria che è tanto (giuridicamente) positiva quanto sociale e storica; testimone di storia concreta e, ad un tempo, sua epitome determinata.

La vita giuridica, nell'idea istituzionalistica, è fatta primariamente di soggetti collettivi, e parte dal predisporre delle condizioni della esistenza giuridica di questi. Essa

non si inizia con l'emanazione di una regola, ma in un momento anteriore: le norme non ne sono che una manifestazione, una delle sue varie manifestazioni, un mezzo con cui si fa valere il potere di quell'*io* sociale [che non è] un termine *a quo* del diritto: esso è il diritto stesso⁶⁵.

Gettate tali basi concettuali, Romano ne trae il corollario che, anche in seno ad un ordinamento che del tutto ometta la produzione di norme, (laddove la produzione dà essenzialmente esito a norme scritte, mentre quelle non scritte, per definizione, non si producono, ma si ricavano), l'essenziale del diritto non difetterebbe affatto. È vero che l'osservazione si ferma sul dato che per lo più ad essa si offre, e questo dato consiste (oggi come al tempo di Romano) in ordinamenti

⁶⁵ Ivi, p. 32.

generali contraddistinti da una vasta produzione di norme giuridiche, le quali si sparpagliano, via via, su una esorbitante quantità di materie e di rapporti, facendo apparire la norma giuridica elemento imprescindibile del giuridico. Tuttavia, la teoria generale spesso e volentieri adempie al suo ufficio teorico proprio col sovvertire l'ordine proposto dall'osservazione: non per negare il bagaglio recato da questa, ma per sistemarla altrimenti. Analogamente, proprio serbando la medesima ispirazione all'astrazione, può accadere talvolta di doversi regolare con lo stesso metro in sede dommatica: nei singoli rami dell'ordinamento, figurano istituti i quali non risultano di frequente occorrenza applicativa; tuttavia, ciò, di per sé, non ne qualifica l'importanza sistematica, che essi, piuttosto, ripetono, per lo più, dal connettersi a principi generali, della materia e dell'ordinamento, di una certa rilevanza.

Ma, per tornare al punto caro a Romano, che l'ufficio della teoria generale interpreta in modo acutissimo, è da ribadire che un ordinamento rozzo ed elementare, che, come tale, non produca o non abbia ancora prodotto norme scritte, non potrebbe essere giudicato cosa estranea al diritto. Esprimerebbe un diritto, per dir così, primitivo. Ma pur sempre diritto, poiché ordinamento. Dunque, in un ordinamento «che non faccia posto alla figura del legislatore, ma solo a quella del giudice», il

momento giuridico [...] deve rinvenirsi, non nella norma, che manca, ma nel potere, nel magistrato, che esprime

l'obbiettivo coscienza sociale, con mezzi diversi da quelli che son propri di ordinamenti più complessi e più evoluti⁶⁶.

Ma occorre determinare meglio i contorni di tale *potere dell'io sociale*, che – come già richiamato – «è il diritto stesso», e del *processo di oggettivazione* che ne segna la genesi concreta e l'emersione in quanto diritto. L'ente collettivo, proprio perché esiste giuridicamente in quanto tale, e non ha, a tal fine, necessità di dedicarsi alla esplicitazione o alla produzione di norme – come si è chiarito, andrà semmai in contro a tale esigenza per intessere la sua vita di relazioni giuridiche, specie quelle esterne, che è cosa ulteriore e distinta

⁶⁶ Ivi, p. 33. Dall'andare della argomentazione romaniana, riecheggia la figura dello «Stato giurisdizionale» quale prima determinazione, elementare e minima, di un ordinamento giuridico generale, del quale preme stilizzare gli aspetti giuridici essenziali e incompressibili. Una molto autorevole storiografia ha consentito lo sviluppo analitico e lo studio storico-giuridico delle espressioni storiche di questo tipo specifico di ordinamento (altrimenti individuato sempre in sede storiografica come «Stato moderno d'antico regime»), proprio meditando profondamente la lezione romaniana. Si veda L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari 2001, pp. 36 ss.; M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, cit., *passim*; ID., *Stato e Costituzione: materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Giappichelli, Torino 1993, pp. 9 ss. Sostanzialmente nello stesso senso Carl Schmitt: «Vi sono Stati giurisdizionali, nei quali ad avere l'ultima parola, invece del legislatore che produce le norme è il giudice che decide una controversia giuridica» (C. SCHMITT, *Legalità e legittimità* [1932], in ID., *Le categorie del politico. Saggi*, cit., pp. 211-244, p. 213). Del resto, in altra sede, Romano – prospettando un esempio che si vale di materiali concettuali che, più avanti, altra filosofia del diritto avrebbe ricostruito come «norma di riconoscimento» – ha scritto che «Il diritto costituzionale del c.d. Stato assoluto o dispotico sarà poco sviluppato; si concreterà in una sola istituzione fondamentale, quella del suo sovrano; sarà regolato da poche norme, che, esagerandone e stilizzandone la figura tipica, si potranno magari ridurre soltanto a quella che dichiarerà l'appartenenza al sovrano di tutti i poteri; ma almeno questa norma non potrà non essere giuridica, se su di essa si impernia per intero quell'ordinamento giuridico, qual è sempre, per sua indeclinabile natura, lo Stato» (S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale* [1943⁷], cit., p. 11-12).

–, attrae a sé una serie di predicati che la dottrina tradizionale variamente cercava di combinare ascrivendoli alla norma giuridica.

Trova qui posto la problematica del carattere di esteriorità e di oggettività delle norme giuridiche, cui pure si lega l'elemento della sanzione. L'argomentazione di Romano è la seguente. Guardandosi alla sola norma, non si scorge che un enunciato. Ma, per dare pienezza di predicati a quella unità elementare in cui consiste il singolo enunciato, la dottrina si costringeva alla forzatura di circondarlo di elementi ulteriori: ancorché, tanto ulteriori quanto estrinseci. Essa finiva per arroccarsi su siffatti elementi, «quelli che vanno sotto il nome di obbiettività della norma e di sanzione giuridica»⁶⁷, ai quali – per così dire – esternalizzava l'ufficio di custodire il carattere più intimo della giuridicità.

Il punto è di grande rilievo teoretico, in quanto ad avviso di Romano questo modo di ragionare, teso a schiacciare il tutto (il diritto) sulla parte (la norma), conduceva ad un esito immancabilmente contraddittorio, quello di ricondurre «i caratteri differenziali della norma giuridica [...] a qualche cosa che sta fuori della norma giuridica, che ne costituisce l'involucro o l'aspetto estrinseco»⁶⁸.

⁶⁷ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 31.

⁶⁸ Il passaggio è così sviluppato: «ammesso il postulato che il diritto non sia che norma, si è cercato il carattere o i caratteri specifici della norma giuridica, ma questa indagine non può condurre a rendere la nozione del diritto, appunto perché questo non si risolve tutto e sempre in norme. [...] Infatti le soluzioni che si sono proposte [...] hanno questo di comune, che senza accorgersene e senza rendersene conto, ricercano i caratteri differenziali della norma giuridica in elementi che sono estranei al concetto di norma. Esse così contraddicono il postulato da cui muovono» (Ivi, p. 30).

Di tali aspetti, oggettività della norma e sanzione, si seguirebbe a fornire definizioni inesatte, fin quando non si riconosca – argomentava Romano – che tali elementi sarebbero da riferire sì (anche) alla norma giuridica, ma soltanto in via riflessa; e che, cioè, oggettività e sanzione sarebbero, in via principale, predicati della istituzione (o ordinamento), da cui sempre la norma scaturirebbe, e a cui sempre rimarrebbe «sospesa»⁶⁹.

Pertanto, è sempre innanzitutto alla figura soggettiva del potere oggettivatosi che bisogna guardare. Lì è la *sedes* degli attributi che, mediamente, si trasmettono a ogni componente dell'ordinamento. È nella «sua esistenza», che è quanto dire nella «sua struttura» che deve reperirsi «al massimo grado quell'elemento dell'obiettività» che si afferma proprio e caratteristico del diritto.

L'obiettività delle norme non è che un riflesso, molto più debole e talvolta assolutamente pallido, dell'obiettività di tale ente, e non si saprebbe neppure definire senza riguardo a quest'ultima. Obiettiva non si dice la norma giuridica

⁶⁹ Su questo aspetto Romano mostra consonanza con la tesi kelseniana della primazia del diritto oggettivo sul diritto soggettivo; ma questa tesi egli radicalizza al massimo, in quanto a sua volta il diritto oggettivo *ex parte objecti* (le norme) risposerebbe interamente sul diritto oggettivo *ex parte subjecti* (il potere strutturato e organizzato). Ma che le due posizioni sviluppino implicazioni di un comune positivismo e di un comune antigiusnaturalismo, si vede dalla ammissione della seconda anche nella stessa produzione kelseniana: segno fondamentale del fatto che la dottrina romaniana non interviene a eradicare il normativismo, bensì a correggerlo ed integrarlo. Tant'è che «ogni norma perde la sua validità quando l'ordinamento giuridico totale alla quale essa appartiene perde, nel suo complesso, la sua efficacia. [...] L'efficacia dell'intero ordinamento giuridico è una condizione necessaria per la validità di ogni norma nell'ordinamento» (H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* [1945], a cura di S. Cotta e G. Treves, Edizioni di Comunità, Milano 1952, p. 122-123, corsivi aggiunti).

solo perché scritta o altrimenti formulata con esattezza: se così fosse essa non si distinguerebbe da molte altre norme, che sono capaci di questa estrinseca formulazione, oltre al dire che talvolta sono norme giuridiche alcune, per esempio, le consuetudini, che non raggiungono una precisazione in tal senso⁷⁰.

Sono così ricavate ulteriori implicazioni importantissime, cui la dottrina tradizionale non poteva accedere, perché chiusa dalla contraddizione fin qui rilevata. L'insistenza che si registra dai testi è, anzi, sintomatica di una polemica che si rivolgeva contro un formalismo dilagante, teso, appunto, a fermare la propria attenzione unicamente sull'enunciato linguistico, senza aver chiaro in premessa che il carattere giuridico di quest'ultimo non è mai originario, ma sempre riflesso da un nucleo istituzionale che quell'enunciato può anche evitare di formulare, senza che con ciò venga meno lo spazio del giuridico, già bastevolmente integrato dal sussistere di quel medesimo nucleo. La consuetudine, che integra un tema a Romano particolarmente caro⁷¹, non è costituita giuridicamente da una enunciazione – la quale, semmai, la ricostruisce *ex post* –, ma nondimeno essa vive dentro il perimetro *del suo* ordinamento, e non può che da quello ripetere la sua possibilità giuridica: nel senso che il carattere della *opinio iuris*, la convinzione diffusa e incontrovertita che la condotta da essa recata sia conforme al diritto – il che la distingue dai meri usi di fatto –, deve in definitiva intendersi come idea di conformità ad un ordinamento, generale o particolare che sia, cui i soggetti

⁷⁰ Ivi, p. 33.

⁷¹ «La fonte più ampia del diritto non scritto» (ID., *Il diritto pubblico italiano* [1914], cit., p. 267).

esprimenti quella condotta siano riconducibili; quantunque da quello stesso ordinamento essa sia geneticamente autonoma, oltre che spontanea e involontaria⁷².

Ciò è peraltro confortato dal seguente ragionamento: la consuetudine può normare, ed avere così ad oggetto, o «un semplice rapporto» giuridico o «una posizione organica». La seconda contraddistingue i termini soggettivi di un rapporto qualificato, intercorrente cioè tra soggetti (o soggetto e *res*, o organi di un medesimo soggetto) non entranti in relazione in via estemporanea o eventuale, bensì connessi da un legame stabilmente istituito, tendenzialmente secondo prerogative di *status* e potestà, così come secondo diritti e obblighi funzionalmente preordinati. Mentre un semplice rapporto giuridico connette i soggetti interessati (o soggetti e cose) in via puramente puntuale, per quanto esso si protragga nel tempo o contempli una disciplina sfaccettata. Ebbene, se una posizione organica non è pensabile se non in seno ad un ente organizzato in quanto istituzione, analogamente, un rapporto non può che

⁷² ID., *Il diritto pubblico italiano* [1914], cit., p. 268. Restando su una scia sostanzialmente coerente con le coordinate di teoria generale al cui esame ci si sta dedicando, più di recente è stato detto assai autorevolmente che sarebbe da reputarsi «sterile e sorpassata la vecchia disputa se la consuetudine sia fonte del diritto per forza propria ovvero in virtù di un ‘consenso’ o rinvio da parte dell’ordinamento statale. È evidente che la tesi del ‘consenso’, e più esattamente del ‘riconoscimento’, è la sola corretta in sede di giurisprudenza dommatica, poiché, quando ci si colloca all’interno di un dato ordinamento (che, per noi, è l’ordinamento vigente dello Stato italiano) fonti sono esclusivamente i fatti (ed atti) da esso in tal modo qualificati. Ma è altrettanto evidente che, in quella più alta sede che è la teoria generale, mancando – per definizione – la norma di riconoscimento, la consuetudine non è più fattispecie di norme che la contemplano come fatto idoneo a creare diritto: se è, tuttavia, fatto normativo, lo è per la sua intrinseca capacità di produrre nuovo diritto, anche fuori e contro il sistema legale delle fonti (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II L’ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova 1984, p. 165).

ritrovare in una istituzione-ordinamento il suo spazio di conformità e di garanzia, o, se si vuole, «quasi l'atmosfera in cui vive»⁷³. Pertanto, la fonte consuetudinaria, che rechi l'uno o l'altro tipo di contenuto, deve soggiacere ad un ordinamento, nel cui grembo trovi occasione di fiorire, beninteso, a suo modo; che è, appunto, spontaneo, non scritto, involontario, autonomo. Perciò, anche eventualmente contrario al diritto di *un altro* ordinamento, magari sovraordinato al proprio.

Dunque, enucleando ciò che qui conta riassumere, l'enunciazione come esteriorità non pertiene al cuore del giuridico, sia perché vi sono norme perfettamente giuridiche che nascono (e possono a lungo restare) non scritte e non espresse, sia perché vi sono «molte altre norme», che, pur individuate da una precisa formulazione estrinseca, non accedono alla giuridicità. Come è il caso del precetto morale. Non allora l'enunciato è di necessità provvisto di esteriorità ed oggettività, ma il soggetto eventualmente enunciante. Del quale, appunto, dal momento che esso potrebbe restare silente, rileva l'esserci.

Il carattere dell'obbiettività è quello che si ricollega all'impersonalità del potere che elabora e fissa la regola, al fatto che questo potere è qualche cosa che trascende e s'innalza sugli individui, che è esso medesimo diritto. [...] La c.d. obbiettività dell'ordinamento giuridico non può circoscriversi e limitarsi alle norme giuridiche. Si riferisce e si riflette anche su di esse, ma parte sempre da un momento anteriore, logicamente e materialmente, alle norme, e, talvolta, anzi spesso, arriva a dei momenti che non si possono identificare e confondere con quelli della posizione delle norme

⁷³ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 70.

stesse. Il che equivale a dire che queste sono o possono essere una parte dell'ordinamento giuridico, ma sono ben lontane dall'esaurirlo⁷⁴.

Alcune prime conclusioni possono, a questo punto, essere tratte. Laddove sussiste l'esser-ci di un potere impersonale che struttura gli elementi di cui si compone, conferendogli stabilità, posizione, reciproca relazione e determinazioni funzionali; laddove viene ad esistenza un siffatto potere, che, in quanto "io superiore", si innalza al di sopra delle parti o delle unità (per mezzo di esso, indivisibili) di cui consta; laddove si compie il suo costituirsi in quanto intero e in quanto unità concreta e vivente; lì si è enucleato un ordinamento giuridico,

⁷⁴ Ivi, p. 33-34. Nella medesima direzione viene trattata anche la questione della sanzione, rispetto alla quale sono parimenti da non ammettere tanto l'opinione, cara «per alcuni», secondo cui essa sarebbe «il solo elemento formale caratteristico» (ivi, p. 34), non bisognoso di nient'altro – opinione riferita a R. JHERING, *Das Zweck im Recht*, Brietkopf & Haertel, Leipzig 1893³, I, p. 435 ss.; quanto l'idea contraria che nega che la sanzione sia elemento necessario del diritto – opinione riferita a von TRIEPEL, *Voelkerrecht und Landesrecht*, Hirschfeld, Leipzig 1899, p. 103 ss. –, il quale in tal modo poneva rimedio alla – per dir così – “cattiva infinità” che altrimenti costringeva logicamente ad accompagnare ogni precetto con un altro, appunto sanzionario, che reggesse la giuridicità del precedente. Una impostazione problematica, quest'ultima, che, appunto, al fine di procurare al diritto coattività e, cioè, rendere giustiziabile il diritto, doveva ricorrere ad un ragionamento ipertrofico di moltiplicazione delle posizioni soggettive garantite in via di azione. La sede da cui si irradia la minaccia di sanzione è, di contro, ben altra: «la sanzione infatti noi crediamo che possa non essere contenuta e minacciata in nessuna norma specifica: può invece essere immanente e latente negli stessi ingranaggi, nell'apparato organico dell'ordinamento giuridico considerato nel suo complesso, può essere forza operante anche in modo indiretto, garanzia pratica che non dà luogo a nessun diritto subbietivo e, quindi, a nessuna norma da cui tale diritto derivi, freno connaturato e necessario del potere sociale» (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 35-36). In definitiva, la sanzione non si aggiunge alla norma, piuttosto la precede.

lì si è generata una istituzione, lì si è situata storicamente la incessante genesi del diritto.

Nella intelaiatura dei concetti fondamentali romaniani, un potere oggettivato è perciò stesso un potere impersonale. Come tale, esso non è – o non è più – puro arbitrio o mera forza materiale, ma rispecchia, ritrae, incarna un ordine sociale, più o meno complesso, del quale è figura esponenziale, io collettivo, epitome immanente. Esso è diritto, ed è diritto altresì l'intera articolazione concreta e minuta del corpo sociale del quale consta. Questa articolazione, questo concreto modo d'essere ordinato, è irriducibilmente giuridico anche prima – o persino senza – che esso si esteriorizzi ulteriormente in enunciati normativi, e lo è per il solo suo sussistere in quanto determinazione sociale organizzata.

Per arricchire e dare elasticità al suo impianto teorico, Romano recupera e reimpiega tutto lo strumentario organicistico. Se l'istituzione-ordinamento è un ente collettivo, oggettivato in forza della stabilità conchiusa della sua struttura corporea, il diritto è il soffio che lega e cementa tutti i singoli segmenti trascesi e ricondotti ad unità. Esso è, hegelianamente, qualità specifica della relazione tra detti segmenti; in senso più generale, esso è grado determinato e ontologicamente autonomo della realtà.

Se il diritto non può concretarsi ed acquistar corpo se non nell'istituzione e se, viceversa, tutto ciò che, socialmente organizzato, viene assorbito come elemento di quest'ultima, acquista carattere giuridico, se ne può trarre il corollario che il diritto è il principio vitale di ogni istituzione, ciò che anima e tiene riuniti 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. Anche se, in un certo senso, potrebbe non essere inesatto concepirla come il corpo, l'ossatura, la membratura del diritto, ciò non toglie che quest'ultimo non sia da essa separabile, né materialmente né concettualmente, così come non si può distinguere la vita dal corpo vivente. Non sono due fenomeni che stanno in un certo rapporto, che si seguono l'un l'altro; è invece il medesimo fenomeno⁷⁵.

6. Struttura del diritto oggettivo, principio del limite, posizioni soggettive

Bisogna a questo punto enfatizzare una serie di implicazioni connesse a quanto si è venuti dicendo: dire che l'istituzione è un regime giuridico, esclude tanto che essa abbia bisogno, per venire ad esistenza in senso giuridico, di essere preceduta da una norma, quanto che essa sia fonte di diritto, in un senso – attenzione – che la intenda staccata e avulsa da questo, e la retroceda nel dominio del mero fatto. Sono due aspetti di cruciale importanza, che portano la presente ricostruzione al nocciolo teoretico della teoria dell'ordinamento.

Con riferimento al secondo⁷⁶, che assorbe la questione del momento logico e cronologico di compimento del fatto in quanto diritto, bisogna comprendere preliminarmente che

⁷⁵ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 52-53.

⁷⁶ Ivi, p. 43: «noi non crediamo che l'istituzione sia fonte del diritto, e che quindi questo sia un effetto, un prodotto della prima, ma crediamo che fra il concetto di istituzione e quello di ordinamento giuridico, unitariamente e complessivamente considerato, ci sia perfetta identità».

solo il posizionamento dal punto di vista filosofico della teoria generale consente una soddisfacente sistemazione dei termini del discorso. Anche perché l'alternativa, sinanche sposata inavvertitamente, sarebbe quella di muovere da un punto di vista dommatico, il quale è a suo agio tendenzialmente solo alle prese con un diritto scritto. Nella prospettiva romaniana, d'altronde i due punti di vista non si elidono, ma sono anzi chiamati a coordinarsi e a produrre risultati coerenti.

Ora, non diversamente da una parte cospicua della dottrina continentale⁷⁷, intendeva l'istituzione quale fonte del diritto in un senso riduttivo anche un autore importante dell'istituzionalismo francese come Maurice Hauriou, almeno nei suoi *Principes* del 1910⁷⁸, al quale Romano guardava, comunque, con ammirazione⁷⁹. Con ciò, si ricadeva in una fallacia

⁷⁷ Nella nota n° 37 a p. 55 si può leggere che cadeva in tale errore Oreste Ranalletti, a parere del quale «l'ordinamento statuale nel primo costituirsi dello Stato, è un'organizzazione soltanto di fatto [...]. Ma, in seguito, [...] la sua organizzazione, come tutto il suo ordinamento, è regolata da norme di diritto e assume perciò carattere giuridico». Passaggi che Romano riportava da O. RANALLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, I, Pierro, Napoli, 1912, n. 94 e 111. Dello stesso parere – annotava sempre Romano – erano G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre* [1900], Häring, Berlin 1914, p. 337 ss.; nonché, nella dottrina internazionalistica, M. MARINONI, *La responsabilità degli Stati per gli atti dei loro rappresentanti secondo il diritto internazionale*, Athenaeum, Roma 1913, p. 20, dove si sosteneva che «ogni ordinamento ha, nel tempo, un momento in cui, quali ne siano le cause, da reale si tramuta in giuridico».

⁷⁸ Di quest'opera Romano cita nel 1918 la seconda edizione del 1916.

⁷⁹ Per Romano (ivi, p. 42-43) «il merito principale del giurista francese è [...] quello di aver posto avanti l'idea di assumere nel mondo giuridico il concetto di istituzione ampiamente inteso, di cui finora non si avevano che tracce, anch'esse del resto lievi, nella terminologia, più che nella speculazione, politica e sociologica». Egli vantava, inoltre, il merito di «aver liberato il concetto medesimo da quello della personalità giuridica», col quale lo si confondeva, mentre in realtà è concetto distinto, che «può ad esso sovrapporsi, quando si verificano determinate condizioni, ma che può anche mancare». Eppure, Hauriou avrebbe commesso l'errore di limitare «il concetto di istituzione solo ad una specie di

costruttivista e normativista, secondo la quale il diritto sarebbe sempre e solo l'oggetto posto da un soggetto a ciò legittimato; soggetto che, per sé considerato, se ne starebbe al di qua del diritto, in una dimensione quasi separata dalla vita giuridica, quale mero artefice esterno. Si ricadrebbe, cioè, nell'ingenuità di vedere "il potere dell'io sociale" come «un termine *a quo* del diritto», e non come «il diritto stesso»⁸⁰. È evidentemente che si tratta di una conclusione frutto della

organizzazioni sociali, che avrebbero raggiunto un certo grado di sviluppo e di perfezione», di talché «istituzioni sarebbero solo gli enti organizzati a forma costituzionale e rappresentativa». Questa impostazione inammissibile, si spiegherebbe – argomentava Romano – in quanto «evidentemente, l'Hauriou è stato trasportato dall'idea di foggare le sue istituzioni ad immagine e somiglianza della maggiore fra di esse, cioè dello Stato, anzi dello Stato moderno, mentre si trattava di delineare una figura generalissima, i cui caratteri contingenti posso variare, e variano in realtà all'infinito». Ciò detto, «resta notevole lo sviluppo che egli ha dato al rilievo dell'istituzione considerata come individualità obbiettiva». È interessante ricordare come questa cordialità di confronto risultasse subito ricambiata dal giurista francese. Ciò è noto grazie a Sabino Cassese, che ha direttamente constatato, presso l'archivio personale di Romano, come questi, appunto, possedesse l'edizione dei *Principes* di Hauriou del 1910: una copia «pour compte rendu», con molti segni di matita al margine. Ciò che appare ancor più notevole è che lo studioso di Tolosa conobbe le critiche di Romano, e, anzi, gli fece avere una lettera assai importante, datata 22 giugno 1919, dopo aver ricevuto in omaggio una copia de *L'Ordinamento giuridico*. Ne riportiamo uno stralcio, trascritto da Cassese (in *Ipotesi sulla formazione de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», I, 1972, pp. 243-283, p. 270-271), nel quale si vede come Hauriou aderisca largamente alle osservazioni indirizzategli, dicendosi in pieno accordo con Romano ed enfatizzando molto la sua avversione piuttosto alle posizioni di Duguit: «Il y a surtout entre nos deux travaux une difference de but et d'orientation. Vous avez visé l'ordre juridique et j'ai visé une théorie de l'Etat. De là chez vous une ampleur de conception dans la théorie de l'Institution que je reconnais et dont vous me permettrez de vous faire compliment. Je pense comme vous que l'ordre juridique a pour base des institutions plutot que des règles, qu'ordre juridique et institution c'est la meme chose. Mais je [parola non comprensibile] chercher à la demontrer que pour l'Etat et, de plus, j'ai vu là opposer une digue aux facheuses théories de Duguit».

⁸⁰ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 32.

esasperazione statualistica, penetrata oltremodo nell'abito mentale, persino inconscio, della giuspubblicistica europea di fine Ottocento. In altri termini, ciò che starebbe al di qua, cioè prima, del diritto prodotto è postulato signore assoluto del fatto, in un senso illimitato e simbolicamente onnipotente. Come insegnava la dottrina della sovranità dello Stato della *Staatsrechtslehre*.

Per Romano, invece, è esattamente il contrario: il determinarsi dell'istituzione-ordinamento come processo di giuridificazione originaria, attuantesi per snodi fattuali, e *positivamente* perfezionato una volta che ne risulti «un'unità ferma e permanente»⁸¹, è retto da un principio di individuazione soggiacente al principio del limite⁸². L'istituzione è ciò la cui «individualità deve essere esteriore e visibile», il che vale a dire anche che essa è «un ente chiuso». E il suo esser-ci giuridicamente, reso possibile dalla sua struttura, che è oggettività giuridica, si comprende e si delimita «nella linea che circoscrive il confine di un ordinamento giuridico»⁸³.

È un passaggio che si dovrà riprendere affrontando il tema della forma. Qui conviene mettere in sufficiente rilievo che

⁸¹ Ivi, p. 47.

⁸² Infatti, sebbene la dottrina jellinekiana della autolimitazione si proponesse anche il compito, di per sé non peregrino, di registrare l'atto di definizione dei poteri costituiti e l'obbedienza dell'ordinamento ai principi del *Rechtstaat*, essa «non può accogliersi nella formulazione troppo estesa che le è stata data», in quanto «non esiste alcun momento in cui [lo Stato] non sia limitato» (ivi, p. 79). I riferimenti in nota sono puntuali: G. JELLINEK, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, Hölder, Wien 1880, p. 9 ss.; ID., *Gesetz und Verordnung*, Mohr, Freiburg in B. 1887, p. 199 ss.; ID., *System der subjektiven Rechte*, cit., p. 95 ss., e 214 ss. della trad. it.; ID., *Allgemeine Staatslehre* [1900], cit., p. 367 ss. Ma anche a O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, I, cit., n. 94.

⁸³ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 44, 46, 33.

ciò che, da Laband in poi, la *Staatsrechtslehre* aveva posto in una dimensione pressoché metastorica da cui tutto il diritto positivo avrebbe generazione secondo volontà, Romano riportava nella contingenza storica, e faceva vivere come positività giuridica determinata. L'istituzione non è estranea al diritto, per via dei suoi aspetti di schietta socialità o politicità. Questi, che ad un'osservazione esteriore e distratta risulterebbero sinonimo di fattualità generica, sono invece, attinte certe caratteristiche, il crogiolo del diritto, compiuto, impersonale, oggettivato. Se così è, il precetto normativo – circa il quale Romano proponeva di adottare la nozione di “precetto istituzionale”⁸⁴ – non segna un salto di qualità corrispondente all'apparire del giuridico. Questo salto di qualità è anteriore, e sta – lo si ripete – nella realizzazione di quell'intero decorso fattuale, più o meno travagliato che sia, che mette capo alla formazione di un soggetto collettivo. Una volta che il soggetto affiori alla vita giuridica, ne divengono possibili tutte le ulteriori manifestazioni⁸⁵.

⁸⁴ «Cosicché l'espressione “diritto” in senso obbiettivo, secondo noi può ricorrere in un doppio significato. Può, cioè, designare anzitutto:

a) un ordinamento nella sua completezza ed unità, cioè un'istituzione; in secondo luogo:

b) un precetto o un complesso di precetti (siano norme o disposizioni particolari) variamente raggruppati o sistemati, 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, connessione che è necessaria e sufficiente per attribuire loro carattere giuridico» (ivi, p. 38).

⁸⁵ «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. Se è vero che il carattere giuridico di questa è dato dal potere sociale che la determina, o, almeno, la sanziona, ne viene che questo carattere deve già rinvenirsi nell'istituzione, che non potrebbe attribuirlo alla norma se già non lo possedesse essa medesima» (ivi, p. 56). E altrove: «il

In luogo della meccanica relazione causa-effetto, l'immagine da evocare è piuttosto quella della radice e del tronco della pianta (l'ordinamento-istituzione, al centro del diritto oggettivo e sua figura fondamentale, necessaria e finanche bastevole), senza il quale non si può concepire la vita e lo sviluppo dei rami e del fogliame (i precetti normativi, suo sviluppo e sua estensione).

Dunque, l'istituzione non è mero soggetto di fatto, che precederebbe il diritto e conseguirebbe qualificazione giuridica solo dopo averlo creato, attraverso la produzione di norme⁸⁶. Questo punto è talmente importante che l'insistenza che vi esprime il nostro autore è forse, nel suo lavoro, impareggiata. E ciò, evidentemente, in ragione del prestigio e della fortuna delle dottrine, da lui così avversate, della giuspubblicistica tedesca, in Italia interpretata, in quegli anni, soprattutto da Oreste Ranelletti, principale guardiano di una certa continuità (se non ortodossia) della scuola orlandiana⁸⁷. In un'epoca di Stati-Imperi, taluni pluricontinentali, non pochi seguaci

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» (ivi, p. 38).

⁸⁶ È dunque chiaro che l'errore di scambiare per fatto ciò che è già diritto si deve ricondurre alla questione centrale attorno alla quale orbita tutta la statica della dottrina istituzionale del diritto: «queste opinioni evidentemente dipendono dal preconconcetto che il diritto non possa cercarsi e rinvenirsi se non in una norma. Che cosa sia poi e come possa concepirsi un "ordinamento statuale" che non sia giuridico, che aspetti di essere in seguito, regolato, come se un ordinamento non fosse, per definizione, qualche cosa di già regolato e che, per giunta, regola, non mi riesce di intendere» (ivi, p. 55, n° 37).

⁸⁷ Si veda G. ARMAO, *Santi Romano protagonista della Scuola palermitana di diritto pubblico*, in «Nuove Autonomie», 1, 2018, pp. 47-61, e la bibliografia ivi citata.

vantava l'idea «che sottopone lo Stato al diritto per effetto di un'autolimitazione del primo», e che «in sostanza viene a dire che, solo in un momento posteriore al suo primo apparire, la potestà statale acquista carattere giuridico»⁸⁸. Corollario di questa impostazione era anche l'intendere il potere legislativo come sede precipua di quella volontà imperativa che segnerebbe «il cominciamento del diritto». Ma il legislatore – obiettava Romano – interviene sempre su un diritto preesistente, o integrandolo o modificandolo; è, cioè, esso stesso derivato, in quanto potere decisorio sempre delimitato da quell'antecedente diritto che lo prevede e lo costituisce, e del quale mai potrebbe disporre in radice, pretendendo di farsi «potere di annullarlo completamente». Se intendesse annullarlo – aggiungeva Romano – «dovrebbe decretare la fine dello Stato stesso»⁸⁹, cioè dovrebbe trascendere in potere supremo *extra ordinem*, ciò che da sé è, per qualità, totalmente altro.

Ma di più: persino quest'ultimo potere, non sarebbe assoluto, vale a dire sciolto dal diritto. Romano, in altri termini, avversava anche l'opinione per cui lo stesso potere

⁸⁸ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 78, nt. 51.

⁸⁹ Ivi, p. 79. Poco prima (p. 78), con riferimento a qualsivoglia potestà dello Stato: «Stato e ordinamento giuridico statale non sono, come si è detto, due diversi fenomeni, e neppure diverse manifestazioni di un medesimo fenomeno, ma viceversa sono l'identica cosa, e, quindi, ciò significa che un attributo essenziale dello Stato, qual è la sua potestà, non è mai extra o pregiuridico, ma nasce con esso e col suo ordinamento, che sempre la disciplina e la regola». La stessa critica deve applicarsi alle tesi di Jellinek recate dalla «dottrina dello Stato-obbietto» e dalla correlata «figura del monarca posto fuori e sopra lo Stato» (ivi, p. 71, nt. 48) che ha ascendenze nella tradizione assolutistica risalente allo Stato patrimoniale, apparsa in rottura del quadro simbolico generale della costituzione medievale. Il rinvio è a G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 164 ss. e p. 669 ss.

costituente, quale organo sovrano, «non sarebbe oggetto, ma soltanto premessa del diritto costituzionale»⁹⁰. Viceversa, per la dottrina dell'ordinamento giuridico, il diritto dell'ordinamento costituito, si estende a ritroso anche a quello dell'ordinamento provvisorio (*sive* potere costituente) da cui promana, vi riconosce anzi il proprio nucleo a partire dal quale esso ha potuto e può guadagnare piena articolazione e svolgimento. Dunque, in quanto potere determinato contraddistinto dalla volontà di affermare ed organizzare certe finalità generali, il potere costituente è un ordinamento. Ed è delimitato tanto dalla sua provvisorietà, quanto dal suo trascorrere da ordinamento particolare (ad es. partito politico o setta scismatica), che nega un preesistente ordinamento generale (ciò in cui sta il suo primo determinarsi come negazione), a nuovo ordinamento generale stabilito (ciò che è il suo rideterminarsi come totalità). Come si dirà meglio a breve (*infra* § 9), molto del suo diritto non scritto è depositato in quella sua vicenda genetica, che proprio perché compiuta, fa corpo e fa tutt'uno con quanto ad essa segue.

È possibile interpretare questo lineamento del pensiero romaniano, tematizzabile come *principio del limite*, quale carattere immanente del diritto. A termini di esso, qualsiasi

⁹⁰ Qui il riferimento è agli *Hauptprobleme* [1911] di H. Kelsen (pp. 395 ss), nonché a D. DONATI, *Stato e territorio*, in «Rivista di diritto internazionale», VIII, 1-2, 1914, pp. 3-100; e D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, vol. III, parte I, Athenaeum, Roma 1915, p. 2 ss.; ID., *Il concetto moderno dello Stato e il diritto internazionale*, F.lli Pallotta, Roma 1915, p. 10. Questi autori, collocando fuori dal diritto, quali suo *prius*, taluni organi e poteri dello Stato, sarebbero costretti a negare la personalità giudica alle maggiori manifestazioni della statualità, accordandola, per converso, soltanto a quelle minori, in quanto “coperte” dal diritto. Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 78-79.

potere (il che è quanto dire qualsiasi *societas*), per quanto esorbitante in rapporto ad altri, è sempre delimitato dal diritto e organizzato per mezzo di questo; mai, per contro, di per sé stesso *potestas absoluta*, pura potenza.

Il diritto è immanente a *qualsiasi assetto politico*, e l'unica negazione, logicamente e storicamente possibile, del diritto costituzionale, sarebbe l'anarchia: anzi, neppure questa, se non si intende in senso volgare⁹¹.

Per altro, l'indicazione congiunta di logica e storia, quali numi sotto la cui tutela operare, restituisce la cifra autentica del realismo giuridico di Santi Romano: l'unità del mondo giuridico, la sua autonomia ontologica e il suo statuto scientifico, stanno dentro l'unità del mondo storico, partecipando della sua ricchezza, del suo dinamismo, della sua rutilante complessità. La sua rottura con il tradizionale metodo di derivazione pandettistica sta nel rifiuto dell'avvitamento deduttivo che, pur di prestare ostinata consequenzialità a premesse talvolta incerte e non convenientemente meditate su base empirica, si ritrova ad avallare conclusioni che sono aberranti di fronte alla realtà storica, non di rado care ai giuristi proprio perché «più logiche, ma in realtà meno vere»⁹². Certamente Romano non rifiutava il sistema, altroché. Ma la relativa opera ricostruttiva doveva passare, per acquistare

⁹¹ S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale* [1943⁷], cit., p. 12, corsivo aggiunto. Si veda anche: ID., *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 38: «ogni manifestazione sociale, per fatto solo che è sociale, è ordinata almeno nei riguardi dei consoci».

⁹² Conclusioni che una più attenta critica può «considerare – certo contro le intenzioni dei loro autori – come dimostrazioni per assurdo della inammissibilità del loro primo postulato» (ivi, p. 77).

inattaccabile rigore, dal riscontro rigoroso della realtà storico-sociale, vera sede della positività giuridica.

Dunque, l'intrinseca limitatezza della potestà statuale si accorda all'idea che di essa la norma giuridica dà poi conto, o in via ricognitiva, o in via modificativa, ampliandone e particolareggiandone i termini (di esercizio, di titolarità, di effetti). Creando, cioè, nuovo diritto oggettivo.

Non si può obliterare la straordinaria discontinuità di questo pensiero con il complesso delle teorie di maggior peso non solo in seno alla dottrina tradizionale, ma anche a tanta parte di quella operante negli anni Venti e Trenta⁹³.

⁹³ Il seguito riscosso nella dottrina italiana dalla tesi della non giuridicità originaria del potere statuale era largo e duraturo. Oltre ai già ricordati Jellinek e Ranelletti, Romano menzionava (ivi, p. 78, nt. 51 e p. 80, nt. 56^{bis}) H. REHM, *Allgemeine Staatslehre*, Mohr, Freiburg in B. 1907, p. 11 ss., 159 ss.; G. SEIDLER, *Das juristische Kriterium des Staates*, Mohr, Tübingen 1905, p. 17 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Barbèra, Firenze 1906, p. 57 in nota [2^a ed. 1928]; M. MARINONI, *La natura giuridica del diritto internazionale privato*, in «Riv. di dir. internazionale», VII, 1913, pp. 346-371, p. 348, 358; ID., *La responsabilità degli Stati*, cit., p. 9 ss.; ID., *L'universalità dell'ordine giuridico statale*, in «Rivista di diritto pubblico», VIII, 1916, 225-249, p. 236; A. RAVÀ, *Lo Stato come organismo etico*, Athenaeum, Roma 1914; B. BRESCHI, *La volontà dello Stato nell'ordine giuridico internazionale*, in «Rivista di diritto internazionale», VIII, 1914, p. 422. «Altri – annotava altresì – [G. OTTOLENGHI, *Intorno ai fonti del diritto internazionale pubblico*, in «Giurisprudenza italiana», LIV, 1902, pp. 105-132, p. 21] ha poi detto che la capacità dello Stato corrisponde piuttosto alla capacità naturale che alla capacità giuridica dell'individuo». Infine, sottolineando le incongruenze di queste opinioni, sempre da reperirsi nelle loro inammissibili premesse, osserva (in nota n° 53 a p. 79) che «da un punto di vista molto diverso, partendo cioè dall'opinione che un ordinamento giuridico non ha mai lacune, anche il DONATI, *Il problema delle lacune*, [cit.] p. 136 segg., afferma che la legge nuova è sempre modificazione del diritto preesistente. Però, tale affermazione, dedotta da quelle premesse, non potrebbe valere per la prima legge». Premesse accolte anche in ID., *La responsabilità degli Stati*, cit., p. 20; e ID., *La personalità reale dello Stato*, in «Rivista di diritto pubblico», XIII, 1-2, 1921, pp. 453-518. Con ulteriore riferimento ad autori che presero posizione negli anni successivi alla pubblicazione de *L'ordinamento*, tra

Ora, chiarito questo aspetto relativo alla natura delle massime potestà nascenti con lo Stato in quanto suo attributo essenziale, vi è, come si accennava in apertura di questo paragrafo, un altro profilo su cui va posto l'accento: se il diritto non è fenomeno posteriore alla nascita dell'istituzione, non è neanche, concettualmente, un termine che la può precedere:

di essi vi erano taluni (lo registrava Romano stesso ancora in nota aggiunta alla seconda edizione, p. 48, n. 30^{ter}: A. BONUCCI, *Ordinamento giuridico e Stato: contributo alla teoria della definizione*, in «Riv. di dir. pubblico», XII, 1920, pp. 97-123, p. 97 ss.; N. BOBBIO, *Istituzione e diritto sociale*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XVI, 5, 1936, p. 35-36 dell'estr. in nota; G. CAPOGRASSI, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1939, p. 6 ss. dell'estr.; P. ZICCARDI, *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milano 1943, p. 72) «i quali hanno ritenuto che la mia indagine sia non giuridica, ma soltanto pregiuridica, che essa sia sociologica, che non ponga in rilievo la differenza tra il fatto dell'ordinamento sociale e l'ordinamento giuridico cui esso dà luogo, e così via. Da talune di queste critiche mi ha difeso brillantemente l'ORLANDO, *Ancora del metodo in dir. pubblico con particolare riguardo all'opera di Santi Romano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Cedam, Padova 1940, I, [pp. 1-13] p. 1 segg., concludendo che “le rilevate critiche si risolvono nel più alto elogio poiché confermano quel che ho detto costituire un incomparabile pregio della trattazione del Romano, cioè di essere un tipo perfetto di un metodo di indagine pertinente al diritto pubblico generale”. Per mio conto aggiungo che io ho precisamente mirato a includere nel mondo giuridico quel fatto dell'ordinamento sociale che generalmente si riteneva che fosse un antecedente del diritto, cercando di dimostrare che precisamente da tale errore derivano i difetti e le incongruenze delle comuni definizioni del diritto, specialmente in quanto tali definizioni sono costrette, quale più quale meno, ma tutte indistintamente, a ricorrere ad elementi o concetti non giuridici. Le accennate critiche alla mia concezione del diritto sono proprio quelle che si dovrebbero invece rivolgere alle altre concezioni, e, qualunque sia il giudizio in merito che su di essa si potrà dare, si dovrebbe almeno riconoscere che io ho tentato di dare del diritto una definizione giuridica. Risultato questo al quale non si poteva giungere se non risolvendo il fenomeno giuridico nel fenomeno sociale-istituzionale e questo nel fenomeno giuridico, cioè identificando l'uno con l'altro, il che non è un circolo vizioso, una tautologia o una petizione di principio, ma la dimostrazione della perfetta autonomia del concetto del diritto e della sua suscettibilità di rinchiudersi e concludersi interamente in se stesso».

l'istituzione, e con essa il suo diritto, «esiste in quanto esiste»⁹⁴, cioè in quanto si organizza, in quanto si struttura, e strutturandosi si individua.

Il momento genetico del diritto sta nell'organizzazione sociale⁹⁵. Dunque, in via generale, non è pensabile che una norma preceda il compimento di una organizzazione, perché altrimenti mancherebbe il soggetto che la produce⁹⁶.

Un caso diverso è da contemplare solo in presenza di una precisa situazione: e cioè quella in cui l'organizzazione di cui trattasi derivi il suo diritto, per tramite di una norma, da un'altra organizzazione che la preceda e, eventualmente, la sovra-sti. Qui sta un punto molto importante da sviluppare. Che prima e al di fuori dell'istituzione non possa sussistere diritto vale tenendo conto di due avvertenze.

Anzitutto, ciò è verificato, in via generale, nella misura in cui l'istituzione che si prende in considerazione sia quella

⁹⁴ S. ROMANO., *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 74.

⁹⁵ Alla nota n. 31 a p. 49 si legge che «tra coloro che più hanno contribuito a mettere in evidenza questo carattere del diritto, è da annoverarsi il Gierke, che si può dire ha consacrato alla dimostrazione di questa tesi tutte le sue opere». Altrove (ivi, p. 116-117), sempre richiamando questo stesso autore, Romano soggiungeva: «noi ci accostiamo alla dottrina, che ha trovato il suo più strenuo difensore nel Gierke, ed ha numerosissimi seguaci, secondo la quale “è capace di produrre il diritto ciascuna comunità organica” (O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, Duncker & Humblot, Leipzig, 1895, pp. 119-120). Da questa dottrina noi però ci allontaniamo in diversi punti. Anzi tutto, perché al concetto di comunità sostituiamo quello di istituzione, che è più largo e ci sembra più completo, oltre che più intrinsecamente giuridico. In secondo luogo, perché, mentre essa tiene fermo il principio comune che il diritto obbiettivo sia un complesso di norme, di regole e di precetti, noi lo consideriamo non come il prodotto dell'istituzione, ma come l'istituzione stessa. Infine sul fondamento del diritto, non accogliamo le varie opinioni, che sono state formulate da coloro che seguono la dottrina suddetta».

⁹⁶ «Del resto, prima e fuori l'istituzione non ci può essere il diritto, appunto perché manca l'organizzazione che rende giuridica la norma» (ivi, p. 56).

che, per antonomasia, «rende giuridica la norma», cioè l'ordinamento giuridico statale, che per Romano – come già richiamato – è tra le istituzioni «la più importante», nonché una istituzione complessa e originaria. E qui, nel dire originaria, si vuol dire sovrana. Col compiersi dell'organizzazione, pur primigenia e rudimentale, la giuridicità dello Stato, così caratterizzata, è fondata, e siffatto porsi dello Stato si perfeziona secondo tendenziale immediatezza: si snoda, cioè, attraverso un decorso fattuale⁹⁷. Quindi, l'affermazione che prima e fuori dell'istituzione non c'è diritto vale nella sua piena portata di significato a patto che si guardi ad un ordinamento originario e generale.

Quando invece si prendesse in considerazione una qualsiasi istituzione minore, soggetta in quanto tale all'ordinamento generale, si dovrebbe tener fermo che, da un lato, essa pure, in quanto istituzione, esprime sempre al proprio interno una potestà organizzativa e ordinante, che la individua alla stregua del diritto oggettivo, laddove «irregimenta e

⁹⁷ La pagina romaniana autorizza a configurare, a questo riguardo, una «fatti-specie a formazione progressiva», della quale rileva essenzialmente l'esito, cui è collegata la produzione di un effetto costitutivo, cui è, di converso, indispensabile il cumularsi delle relative condizioni antecedenti, sulle quali, perciò, quell'effetto retroagisce. In anni in cui la ricezione dell'opera romaniana registrava un cambio di passo, il maestro palermitano colse l'asperità di questo punto: «Alcuno dirà che la materia è tutta pregiuridica; e qui la particella 'pre' potrebbe letteralmente riferirsi ad una semplice questione di tempo o, meglio, di grado nell'ordine della conoscenza, come se la materia trattata avesse riguardo a qualche cosa di antecedente al concetto di diritto, senza tuttavia farne parte. Ma, in quanto questa antecedenza fosse esclusivamente del momento logico, avvertirebbe subito ognuno come quel che precede non possa certamente essere indifferente per la cognizione di quel che segue. La verità è che qui il 'pre' finisce col confondersi col 'meta'» (V. E. ORLANDO, *Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico* [1949], in S. ROMANO, *Scritti minori*, I, cit., pp. V-XXVIII p. XXI).

disciplina i suoi elementi interni»⁹⁸; ma, dall'altro, questa stessa attività costitutiva – che, beninteso, resta per Romano quella giuridicamente saliente – è, però, limitata dalla soggezione, che, in diverso grado, questa istituzione deve sopportare, all'ordinamento generale. Soggezione la quale *può* esprimersi in *disposizioni istituzionali* di cui essa sia *ab origine* destinataria. In tal caso, vengono in evidenza precetti normativi generali e particolari che possono concernere, oltre che i singoli rapporti o la produzione di certi effetti da parte degli atti che vi ineriscono, le sue stesse forme e modalità costitutive.

Pertanto, in presenza di una qualsivoglia istituzione minore, diventa ammissibile affermare che essa sia stata in concreto preceduta dal diritto o da un precetto istituzionale, il che però non sminuisce la dimensione di *autonomia* in cui si produce l'energia organizzativa che la fa sussistere.

Si consideri il seguente brano, che si sofferma sulla figura generale della personalità giuridica, da Romano concepita come carattere accessorio di un'istituzione:

Secondo noi, base della persona giuridica è sempre un ordinamento di diritto obbiettivo, che si concreta e si racchiude in essa e per essa, cioè un'istituzione, nel senso sopra sviluppato: non le persone che ne fanno parte, anche quando si hanno delle corporazioni, non il suo patrimonio, non i suoi organi o uffici, non il suo scopo, sono il sostrato della personalità, ma sempre e soltanto l'ordinamento giuridico, che avvince quelle persone, destina quel patrimonio, specifica i suoi organi, e tutto coordina ad un fine determinato. E quando parliamo di ordinamento giuridico come sostrato

⁹⁸ S. ROMANO., *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 50.

della persona giuridica, intendiamo riferirci al suo ordinamento che possiamo dire interno, non a quello che può ad essa riferirsi per parte di un'istituzione superiore e più ampia, in cui la prima si comprende, come potrebbe essere, p. es., lo Stato. Invero la personalità può essere poi attribuita da quest'ultimo ordinamento più comprensivo, ma sempre sulla base dell'ordinamento di essa, che costituisce per primo un presupposto necessario, un sostrato immancabile. In sostanza [...] un'istituzione assume il carattere di persona, quando essa, o dal suo proprio ordinamento, o da un altro ordinamento, sempre però sulla base di quello, si considera come un ente dotato di una sua propria volontà, cioè quando la volontà, materialmente manifestata da certi individui, che sono elementi in senso ampio (membri, organi, amministratori) dell'istituzione, con le forme e per i fini che impone la sua struttura, è considerata come volontà dell'istituzione medesima»⁹⁹.

Il che importa che ciò che si personifica è nient'altro che un ordinamento oggettivo, atteggiato e congegnato in modo da poter produrre quell'effetto, idoneo a venir considerato come un ente capace di volere, o da se medesimo o da altri.

[La] persona giuridica che sia un corpo sociale [...] è un ordinamento giuridico, un'istituzione che da se stessa o da altro ordinamento è considerata come titolare di poteri, diritti e obblighi. [...] Se tutto ciò è vero, se ne può desumere che l'atto con cui si fonda una persona giuridica, è sempre un atto che pone diritto obbiettivo, anche quando, sotto altri aspetti, assuma una diversa figura: per esempio, quella di un qualsiasi negozio privato. Infatti, esso sarà sempre il suo

⁹⁹ Ivi, p. 75-76.

“statuto” o la sua “tavola di fondazione”, insomma, comunque lo si designi, la sua legge fondamentale. La dottrina non sempre ha saputo distinguere questi due aspetti che il medesimo atto può assumere, a seconda che lo si consideri dal punto di vista dell’ordinamento chiuso nella persona giuridica, o di altro ordinamento, che può venire in considerazione, e che, di regola, è quello dello Stato: donde una serie di questioni che non hanno ragion d’essere e che sono, ad ogni modo, male impostate. E così si può anche spiegare meglio il motivo per cui lo Stato interviene col suo c. d. riconoscimento, quando la persona giuridica deve spiegare degli effetti per diritto statale»¹⁰⁰.

In una estrema ma plausibile evenienza, lo stesso impulso di organizzazione di questo ente potrebbe risultare dalla esecuzione di un comando normativo. Ma, ancora una volta, si tratterebbe, anche in tale ipotesi, di intendere correttamente la relazione intrattenuta con una norma siffatta.

A fronte, infatti, di una norma che disponga la creazione di una organizzazione, di un ente istituzionale, la radice del fenomeno che consente a questo ente l’acquisto di una consistenza giuridica non sta nella norma, mero veicolo, ma in una duplice diversa sede: in via mediata (mediata proprio dalla norma), nell’ordinamento generale che quella norma ha creata e precede, tenendo la forza giuridica di questa “sospesa” alla propria; in via immediata, ancora una volta, nell’ordinamento particolare, che, organizzandosi – e non altrimenti –, realizza, da sé e in via autonoma, l’applicazione della norma, e si individua. Ciò che dunque rileva massimamente, non è la norma, ma il rapporto fra gli ordinamenti in

¹⁰⁰ Ivi, p. 75-77.

concreto, l'uno dei quali è, nel caso considerato, contenuto nell'altro e da questo non solo garantito, ma anche, eventualmente predeterminato¹⁰¹.

¹⁰¹ È plausibile che la delicatezza di questo punto della teoria romaniana, sia alla base dei fraintendimenti occorsi, così come delle resistenze, di cui Romano faceva una veloce rassegna alla nota n. 33^{bis}, aggiunta alla seconda edizione, a p. 53. Qui il riferimento si esprimeva verso «coloro che hanno obiettato che il mio concetto di istituzione presuppone quello di diritto, il quale sarebbe quindi un *prius* rispetto al primo». In particolare, G. DEL VECCHIO, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», I, 3-4, 1921, pp. 191-202; F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Athenaeum, Roma 1921, p. 3 nota; V. MICELI, *Le distinzioni nel dominio del diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», III, 1, 1923, pp. 26-45, p. 27; W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», IV, 1-2, 1929, pp. 43-123; A. VOLPICELLI, *Santi Romano*, in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», VII, 1, 1929, pp. 7-25, p. 13 ss.; G. CAPOGRASSI, *Alcune osservazioni sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, Gallizzi, Sassari 1936, p. 6; ID., *Il problema della scienza del diritto*, Foro italiano, Roma 1937, p. 9; ID., *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1939, p. 6 ss. dell'estr.; V. CRISAFULLI, *Sulla teoria della norma giuridica*, Anonima romana editoriale, Roma 1935, p. 9 ss.; N. BOBBIO, *Istituzione e diritto sociale, (Renard e Gurvitch)*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XVI, 4-5, 1936, pp. 385-418. Del resto – continuava Romano –, alcuni di questi Autori (Volpicelli, Capograssi, Crisafulli) affermano l'anteriorità del diritto sull'istituzione solo da un punto di vista filosofico, ma ammettono esplicitamente, che, ponendosi su un terreno storico empirico, come è necessario che si ponga un'indagine di teoria generale del diritto, quale è la nostra, la correlatività o medesimezza del diritto e dell'istituzione deve accettarsi. In vero, se si deve dire che un ordinamento giuridico è una istituzione e una istituzione è un ordinamento giuridico, si può anche dire che una istituzione *ha* un diritto, cioè un ordinamento, se per questo si intendono soltanto i principii e le norme che ne fanno parte o ne emanano. [...] Analogamente, si può anche dire “io ho un'anima”, se per un momento chi parla si concepisce come un corpo animato, o viceversa si può anche dire: “io ho un corpo”, se si concepisce come un'anima che ha preso corpo, ma la verità è che egli è un essere spirituale e corporale nel medesimo tempo. Del tutto infondato è poi il rimprovero, che mi è stato mosso da qualcuno degli scrittori suddetti, che io mi contraddica, avendo affermato, in fine del § 13, che “l'istituzione in tanto esiste e può dirsi tale in quanto è creata e mantenuta in vita dal diritto”. L'affermazione che la gallina nasce dall'uovo non è in contraddizione con l'altra che l'uovo nasce dalla gallina: tutto sta a vedere a che proposito e in che senso si affermi l'una o l'altra cosa, che sono

Quanto ora precisato si inferisce agevolmente dal seguente inciso:

«l'organizzazione [...] non è certo una norma o un complesso di norme: sia perché, come si è visto, può essere a questa anteriore, sia perché, quando è posteriore e vi si ricollega, è evidentemente un fenomeno che si sarà verificato per effetto della loro esecuzione, e quindi non è norma. Questa può averlo disposto, ma non certo effettuato essa stessa, e tanto meno costituito automaticamente, pel semplice fatto della sua esistenza»¹⁰².

entrambe vere, come è vera anche l'affermazione che uovo e gallina sono due aspetti dello stesso fenomeno». Altrove (alla nota n. 30^{ter}, p. 49), sono invece citate voci del panorama dottrinale che hanno mostrato di cogliere a pieno questo stesso punto: «Esattamente l'Orlando (nel [...] suo scritto *Stato e diritto (Ordinamento giuridico, regola di diritto, istituzione)*, nel volume *Diritto pubblico generale, Scritti vari*, [Giuffrè], Milano 1940, p. 249, aveva osservato che, per la mia concezione non si potrà dire “che sia l'ordinamento che generi l'istituzione, o il diritto che generi l'ordinamento. Ognuno di questi concetti diventa in certo senso il genitore e il generato, rispettivamente all'altro”. Anche il MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Cedam, Padova 1943⁶, I, n. 10, che pure accentua nel concetto di diritto l'aspetto normativo, rileva che istituzione e norma nascono *uno actu* e sono in rapporto di “mutua implicazione”: l'istituzione è tale in quanto pone norme e la norma trae dall'istituzione la sua forza. Proprio così: è questo il teorema o la serie di teoremi che mi son proposto di dimostrare, e questo intendimento è il filo conduttore di tutto il lavoro».

¹⁰² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 56. È sostanzialmente questo lo schema di ragionamento che può anche consentire di ricostruire il fenomeno, presente nella legislazione speciale oggi in vigore nell'ordinamento italiano, inquadrato dalla dottrina commercialistica con la nozione delle c.d. «società legali» (si veda, al riguardo, C. IBBA, *Le società «legali»*, Giappichelli, Torino 1992), società, cioè, la cui costituzione è imposta per legge (c.d. società obbligatorie), o che sono state costituite direttamente per legge (c.d. società coattive). Si tratta, come è noto, di tecniche cui il legislatore ha fatto storicamente ricorso, in particolare, nel processo di privatizzazione delle imprese pubbliche, per attuare la trasformazione in società per azioni di larga parte degli enti pubblici economici non bancari (d.l. n. 368 - 1991, convertito con l. n. 35 - 1992; e art. 15, d.l. n. 333 - 1992, convertito con l. n. 359 - 1992).

È possibile, a questo punto, portare maggiore luce sui caratteri distintivi della norma giuridica nel suo nesso col diritto, e sui riflessi di tale nesso nella sfera delle posizioni soggettive.

La norma giuridica segnala la propria peculiarità secondo un duplice profilo: da un lato, essa deriva la propria forza dall'ordinamento, che in via originaria quella forza possiede in quanto nucleo del diritto oggettivo; dall'altro, differisce da questa parte del diritto oggettivo, in quanto integra ulteriori suoi segmenti, prestandosi elettivamente alla disciplina di singoli rapporti:

L'istituzione non si risolve mai in un singolo rapporto o in più rapporti giuridici determinati. Il rapporto giuridico attiene alla concezione soggettiva del diritto, in quanto presuppone come punti di riferimento almeno due termini, dei quali, secondo noi, uno è costituito dalla persona considerata o comprensivamente o limitatamente ad un suo aspetto o anche (se si tratta di persona giuridica) ad un suo organo, e l'altro è dato o dalla stessa persona, in quanto al primo suo aspetto o organo si contrappone un altro suo aspetto o organo, o infine dall'obbietto di un suo diritto o di un suo obbligo. Il rapporto non è quindi un'entità a sé, ma una relazione fra diverse entità, adoperata questa parola in senso largo. L'istituzione invece è il diritto obbiettivo, ed è diritto obbiettivo perché è un ente, un corpo sociale, che ha nel mondo giuridico un'esistenza effettiva, concreta, obbiettiva.

Essa implica dei rapporti, ma non si risolve in questi, anzi è a questi preordinata, nel senso che consiste in quella organizzazione o struttura che è necessaria perché i rapporti medesimi, se e quando si svolgono nella sua orbita, possano

essere qualificati come giuridici. L'istituzione è unità; il rapporto, giuridico o non giuridico, postula la pluralità¹⁰³.

È forte su questo punto l'insistenza di Romano, perché, nella sua prospettiva, l'esser-ci e il modo d'essere delle istituzioni fondano anche l'esser-ci e il modo d'essere delle posizioni giuridiche soggettive di coloro che vi partecipano:

non basta, perché sorga una istituzione, l'esistenza di persone collegate fra loro da semplici rapporti, ma occorre che fra esse si stabilisca un legame più stretto e più organico: è necessario che si formi una superstruttura sociale da cui, non solo i loro rapporti singoli, ma prima la loro stessa posizione generica, dipendano o siano dominati¹⁰⁴.

Si comprende, allora, la portata di questa distinzione tra istituzione e semplice rapporto, che è implicata dalla organizzazione romaniana del diritto oggettivo precedentemente enunciata.

Questo inquadramento rende possibile discriminare anche le ipotesi in cui si abbiano evoluzioni qualitative: da rapporto a ordinamento.

Un rapporto può mutarsi in un'istituzione, solo quando, per forze interne o esterne, i suoi termini stessi rimangono modificati e stabilmente collegati in una posizione organica, cioè come membri di un'identità a sé¹⁰⁵.

¹⁰³ Ivi, p. 67.

¹⁰⁴ Ivi, p. 68.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

Se è così, se cioè la norma giuridica non è che un epifenomeno del diritto, non possono sussistere posizioni giuridiche soggettive al di fuori del diritto obbiettivo, al di fuori, cioè, di ordinamenti-istituzioni. Non ci sono diritti senza diritto, non può essere tematizzata la posizione dei singoli senza guardare agli enti istituzionali mediante i quali si dà quella «sintesi» del diritto oggettivo entro cui «l'individuo rimane chiuso»¹⁰⁶ e così anche in certo modo qualificato sul piano del contenuto dei suoi poteri, diritti, obblighi, situazioni soggettive e *status*; un diritto oggettivo istituzionale in base al quale ogni sua titolarità giuridica resta certamente garantita, ma tendenzialmente anche predeterminata, o anche solo predeterminabile¹⁰⁷. E ciò in un senso tanto affermativo quanto negativo.

In conclusione, ci si può richiamare a taluni punti salienti che fin qua siamo venuti svolgendo, seguendo l'itinerario argomentativo romaniano: è possibile dire che, al pari di come il diritto privato è sospeso al diritto pubblico, e, altresì, la norma giuridica è sospesa all'ordinamento giuridico,

¹⁰⁶ Ivi, p. 50. Nella quinta edizione di un lavoro importante e fortunato, apparsa quasi contemporaneamente a *L'ordinamento giuridico*, Vittorio Emanuele Orlando scriveva che lo Stato, cui si lega tutto il diritto pubblico, è «poderosa unità» integratrice dei più importanti rapporti sociali, fuor della quale l'individuo non è che «un'idea, non solo storicamente non probabile, ma neppure astrattamente concepibile» (V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale* [1889], Barbera, Firenze 1917⁵, p. 28, 30-31).

¹⁰⁷ Nulla sarebbe più distante dalla visione di Romano che affermare, ad esempio, che «i fondamentali diritti privati alla proprietà sono anteriori al governo, e moralmente al di là della portata delle maggioranze popolari» (C. A. BEARD, *Interpretazione economica della Costituzione degli Stati Uniti d'America* [1935], Milano, 1959, p. 255 ss.). Esplicitamente, del resto, egli si professava antagonista della tesi rosminiana, ancora circondata da grande seguito nella cultura (non solo cattolica) italiana, secondo cui: «I diritti esistono anco fra due individui della specie umana che non hanno formato fra loro società alcuna...» (A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, vol. I, Bertolotti, Intra 1865², p. 146).

parimenti le posizioni giuridiche soggettive sono sospese all'interezza del diritto oggettivo.

Come la norma ha il suo presidio di coattività presso quella stessa fonte di forza da cui essa per intero ripete la propria, trovandosi così vigente, valida e produttiva di effetti; così le posizioni soggettive hanno in quello stesso presidio istituzionale generale le proprie garanzie ultime (cui interamente si conformano i singoli istituti e le particolari tecniche che tali garanzie esplicheranno), non meno che la propria comune genesi storico-positiva.

7. Tassonomia dell'istituzione

Quando veniva formulata la critica a Hauriou, Romano precisava che il limite della teoria proposta da questo autore, stesse nel lasciar fuori una porzione rilevante del mondo giuridico istituzionale, e che al di là «delle istituzioni che egli qualifica corporative, ce ne sono altre che possono *allo stesso titolo*, esser ricevute nel sistema del diritto»¹⁰⁸.

Viene qui il momento di sostare sul profilo della articolazione plurale e variegatissima dell'ontologia giuridica di Santi Romano¹⁰⁹. Le figure in cui si può in concreto calare lo

¹⁰⁸ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 43, corsivo aggiunto.

¹⁰⁹ Valorizza questo profilo ontologico – che non per caso respinge una impostazione sociologico-giuridica in senso stretto, giusta la quale si parlerebbe con lessico naturalistico di “fenomeni giuridici” –, il volume di A. OLIVARI, *Santi Romano ontologo del diritto*, Led, Milano 2016, sebbene sottoponendolo ad una

schema teorico-giuridico costruito ne *L'ordinamento giuridico*, sono, in effetti, disparatissime. Esse si ripartono secondo almeno tre criteri: la peculiarità della loro struttura interna; le relazioni che vicendevolmente intrattengono; le finalità che si prefiggono.

Anzitutto, si distinguono istituzioni che raccolgono essenzialmente individui; in linea generale, la presenza umana è un *sostrato* imprescindibile, ma «ciò non vuol dire che sostrato dell'istituzione debbano essere sempre e necessariamente degli uomini fra loro collegati». La presenza di singoli, o anche di un singolo, può combinarsi con «un insieme di mezzi, materiali e immateriali, personali reali, patrimoniali o di natura ideale», che ne compongono un «diverso sostrato», e ne fanno un corpo unitario che convoglia tutti i suoi elementi a «servire un fine determinato». In questo caso, le istituzioni, «come tutte le altre, giovano a degli uomini, sono amministrate e rette da uomini, ma non sono viceversa composte di uomini»¹¹⁰. La prevalenza dell'elemento materiale su quello personale corrisponde ad una significativa porzione di aggregazioni associative, segnatamente riconducibili all'impresa capitalistica, la cui progressione ed espansione nel capo sociale conosceva negli anni giolittiani una fase febbrile. La consistenza del cosiddetto capitale fisso, ovvero delle dotazioni aziendali nel loro complesso, talvolta era tale da mettere in ombra la pur non trascurabile componente non macchinica dell'ente. Un elemento che il diritto non poteva non

interpretazione che si serve anche delle lenti della filosofia analitica, assai lontane dalla sensibilità filosofica romaniana.

¹¹⁰ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 46.

registrare¹¹¹. Ma anche all'interno di enti come la famiglia poteva darsi una prevalenza dell'elemento personale, così come anche una presenza ragguardevole di quello materiale, ove mai si contassero beni patrimoniali molto ingenti. Nella sua configurazione elementare, proprio la famiglia appare come l'istituzione particolare più minuta. Al di sotto di essa non è dato scorgere formazioni sociali idonee a mantenere quel tessuto connettivo stabile che solo ne consente una distinta oggettivazione¹¹². Come l'impresa, inoltre, essa pure si

¹¹¹ Il carattere fortemente verticistico che connotava strutturalmente l'impresa capitalistica, e che lo stesso Codice civile del 1942 avrebbe colto con l'art. 2082, ne faceva un vero e proprio corpo organizzato su base *stricto sensu* amministrativa. Non molti anni più tardi sarebbe intervenuto a sviluppare proprio questo punto il fondamentale studio di R. COASE, *La natura dell'impresa* [1937] (in ID., *Impresa, mercato e diritto*, Il Mulino, Bologna 2006, pp. 73-95, spec. p. 76-77), il quale mostrò che l'impresa è per l'appunto un luogo al cui interno l'allocatione delle risorse avviene non già in virtù del meccanismo dei prezzi e dei costi relativi, ma sulla base di ordini di tipo amministrativo. Romano, del resto, riconosceva apertamente (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 40-41) il contributo – ancorché parziale – venuto proprio dal diritto amministrativo tedesco ai fini di una progressiva elaborazione di importanti figure organizzative quali quelle della *Einrichtung* e dello *Anstalt* (su cui il rinvio va a ENNECERUS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Marburg 1911, § 96 p. 231; O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, II, § 51; F. FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht*, Tübingen 1913³, § 18), utili ai fini di una più generale ricostruzione della forma organizzativa. Proprio in tal senso, occorreva riconoscere, da un lato, come nel diritto pubblico non si faccia sempre e solo questione di rapporti di subordinazione tra soggetti, e che anzi sono rapporti di diritto pubblico anche quelli a carattere paritario o egualitario (come quelli intercorrenti tra Comuni); dall'altro, nell'ambito del diritto privato veniva il momento di rompere lo schema borghese che vi vedeva nient'altro che rapporti paritari ed equiordinati, mentre la realtà mostrava da tempo come esso abbondasse anche di rapporti di preminenza e subordinazione (S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale* [1947], cit., p. 77).

¹¹² Al di sotto dell'istituzione, nella sua configurazione elementare o in altra, stanno aggregazioni soltanto estemporanee e instabili, pur talvolta virtualmente numerose, come «una classe o un ceto di persone non organizzato come tale, ma determinato da una semplice affinità tra le persone stesse», che appaiono, cioè,

conformava, per lo meno a inizio secolo XX, ad un criterio gerarchico a carattere sostanzialmente amministrativo, visto il ruolo del capo famiglia secondo l'impianto codicistico del 1865 di schietta derivazione canonistica. Ma, in punto di teoria, il criterio gerarchico nella organizzazione interna di un'istituzione non manca di alternative, poiché le relazioni tra i suoi membri ben potrebbero improntarsi ad un opposto criterio egualitario¹¹³. Di ciò è esempio, ad avviso di Romano, l'ordinamento della comunità internazionale.

mera «manifestazione identica di certe forze che in realtà sono disunte e spesso divergenti» (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 37-38 e 45). Romano lamentava una certa fatica a scorgere questo discrimine, in varie manifestazioni della dottrina: dagli istituzionalisti francesi successivi a Hauriou, attivi a partire dagli inizi degli anni Trenta (Renard, Delos, Gurvitch), i quali, come in parte già occorso a Jhering, «non distinguono o confondono i due concetti di istituto giuridico e di istituzione nel senso di corpo sociale» (ivi, p. 45 nt. 30); a Benedetto Croce, il quale parlava di «istituti», intendendo questa parola «in senso latissimo», tale da ricondurvi «tutti gli atteggiamenti pratici degli individui e delle società umane, dai più intimi sentimenti ai più appariscenti modi di vita». Poi, vi affiancava «le istituzioni in senso stretto» come «la famiglia, lo Stato, il commercio, l'industria, la milizia e via dicendo» (B. CROCE, *Teoria e storia della storiografia*, Laterza, Bari 1917, p. 133). Naturalmente – commentava Romano –, quanto al primo più vasto insieme, ciò «non interessa il giurista»; quanto al secondo, Croce attribuiva comunque «alla parola "istituzione" un significato molto più largo che non quello di ente o corpo sociale, che, fra gli esempi da lui addotti, va riferito solo alla famiglia e allo Stato» (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 45 nt. 30).

¹¹³ Riprendendo la sua distinzione tra rapporto e istituzione, Romano precisava che, mentre «non è possibile immaginare un'istituzione costituita soltanto da due persone fisiche», dal momento che «queste resteranno sempre due individualità», è ben possibile «che ci possano essere istituzioni in cui l'elemento personale sia rappresentato da due sole persone», a condizione che «tale elemento sia integrato con qualche altro, che abbia quell'efficacia coesiva e unificatrice che altrimenti mancherebbe». È su questa base che «la società coniugale», la quale vista in quanto tale «non sarebbe che un rapporto», può elevarsi alla «figura giuridica della famiglia», la quale, prosegue e si proietta «oltre i coniugi», proprio in base al «legame che unisce i suoi membri presenti a quelli passati e ai futuri», imponendosi così come «un'unità continua» e «un corpo sociale». Per

Ancora, sempre con riferimento al «sostrato» interno di carattere materiale, ove questo sia messo in relazione con il fine che ciascuna istituzione persegue, si distinguono enti *perfetti* ed enti *imperfetti* o *meno perfetti*. I primi dispongono pienamente dei mezzi occorrenti alla realizzazione del loro scopo istituzionale; i secondi, invece, «si appoggiano ad istituzioni diverse, e ciò in vario senso»¹¹⁴.

Ora, proprio questo elemento relazionale conduce a esaminare il profilo riguardante le relazioni tra istituzioni. Queste possono articolare rapporti di coordinazione, entro i quali si determinano eventualmente anche le condizioni di condivisione o trasferimento dei mezzi che l'una, perfetta, detiene in esubero, e di cui l'altra, meno che perfetta, difetta – si pensi al caso dei trasferimenti fiscali tra Stati federati, ovvero alla copertura dei costi di una società controllata per tramite dei ricavi di un'altra controllata, all'interno di un gruppo societario.

Inoltre, tra istituzioni possono darsi rapporti di subordinazione. Questa condizione «può assumere diversa figura», dal momento che la si ritrova, da un lato, laddove vi sia un legame di continenza tra istituzioni, e allora la subordinazione apparirà particolarmente nitida e funzionale, perché si tratterà di istituzioni partecipi dalla struttura di un'altra istituzione,

altro, a dispetto del concreto variare nella storia dei suoi elementi, i quali «variano secondo la sua costituzione [...] differente secondo i luoghi e i tempi», nondimeno si possono sussumere entro lo stesso schema giuridico «la famiglia romana, le dinastie regnanti, le famiglie dell'alta nobiltà, fornite, in taluni paesi, di larga autonomia», non meno che «la famiglia moderna». Esse «non possono certamente confondersi in un'unica categoria; ma sono tutte istituzioni» (ivi, p. 68).

¹¹⁴ Ivi, p. 47.

come accade tra lo Stato e gli enti pubblici che vi hanno soggezione o che ne sono incorporati (rispettivamente, i comuni o le province, e gli organi intesi come uffici, o gli organi titolari di un potere di rango costituzionale); dall'altro, si può avere una subordinazione di grado più tenue, che non è contrassegnata da un rapporto di continenza, ed è questo il caso che si dà tra lo Stato e «gli enti cosiddetti privati»¹¹⁵. Non v'è dubbio che si tratta di enti la cui rispettiva struttura è priva di nessi, ma il primo sovrasta i secondi, dacché assicura loro protezione e garanzia rispetto alla attività giuridica da essi esplicata, nonché rispetto ai relativi scopi e interessi, che coltivano su base autonoma.

Ancora, secondo la loro composizione e struttura, si distinguono istituzioni *semplici* e *complesse*. Le prime hanno un tessuto elementare, limitato alla variabile combinazione di elementi personali (o materiali e personali), mentre le seconde sono «istituzioni di istituzioni»¹¹⁶. Dunque, tendenzialmente grandi aggregati, come lo Stato («macrocosmo giuridico»¹¹⁷) e la stessa comunità internazionale.

Proprio queste due istituzioni, ancorché accomunate dal loro carattere complesso, consentono allo stesso tempo di richiamare una ulteriore distinzione, quella tra ordinamenti *originari* e ordinamenti *derivati*, che attiene al profilo genetico e della oggettivazione.

I primi – per così dire – guadagnano da sé la fonte della loro esistenza e sono essi stessi la scaturigine ultima del potere che impersonano. Si tratta di ordinamenti generali e

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ivi*, p. 46.

¹¹⁷ *Ivi*, p. 72.

sovrani. I secondi, di converso, ripetono da altro ordinamento o da più ordinamenti le *condizioni di possibilità* della loro formazione. È importante distinguere tra le dette condizioni, che sono essenzialmente condizioni di garanzia e – si potrebbe dire mutuando il lessico codicistico – di meritevolezza, da una parte; e, dall'altra, la formazione vera è propria, che resta un processo totalmente endogeno all'istituzione. Proprio da questo punto di vista, è pure importante aggiungere che tutti gli ordinamenti derivati producono una attività giuridica che si muove sempre in un dato perimetro, che è quello della *autonomia*. Con questo lemma si deve intendere innanzitutto la capacità di organizzazione e di normazione che, in misura variabile, ciascuna istituzione articola entro la sua sfera interna. Essa permette all'istituzione di darsi «un regime», «un assetto» complessivo, in virtù del quale può atteggiarsi in un determinato modo anche nelle sue relazioni esterne, pure ricadenti nella dimensione dell'autonomia. Si tratta dunque del grado del suo potere di plasmarsi giuridicamente, di forgiare per sé un diritto proprio. Questo diritto si interfaccia certamente con il diritto posto dall'ordinamento superiore e originario dello Stato, nel cui maggior perimetro il primo situa la sua sfera. Ma questa non si confonde con quel più comprensivo e vasto diritto.

In altri termini, la determinazione secondo autonomia di un ordinamento derivato nel suo regime giuridico particolare non è da ricercarsi nelle leggi dello Stato; queste si interessano di un simile ordinamento secondo profili parziali e unicamente rispondenti a interessi propri del diritto statale. Ad esempio,

per fare ancora una volta riferimento ad «istituzioni minori o anche minime», le leggi dello Stato

considerano per proprio conto, singolarmente e da altri punti di vista, il domicilio di una persona, per garantirne la libertà, i suoi rapporti con le altre che costituiscono la sua famiglia, o sono al suo servizio, con le cose relativamente alle quali avrà un qualsiasi diritto, e così via. Ma tutto ciò sarà indifferente, almeno in modo diretto, per quel “diritto di casa” di cui parliamo e di cui il diritto statale non si occupa. Esso è un ordinamento interno autonomo che riduce ad unità di governo e di direzione una serie di elementi diversi, persone e cose, che considera da un proprio punto di vista¹¹⁸.

Dunque, da una parte stanno le leggi dello Stato, alla stregua delle quali verrà in rilievo il diritto reale o personale del soggetto sulla *res* fruita come abitazione, ovvero le eventuali obbligazioni vantate dalla amministrazione finanziaria e sorte da particolari aspetti del godimento di quel diritto, così come, ancora analogamente, qualsivoglia altra posizione o rapporto riconosciuto giuridicamente rilevante dalle valutazioni sottese alle norme dell'ordinamento generale; dall'altro, sta il diritto autonomo dell'istituzione particolare, a termini del quale non rileverà – se non in via riflessa e strumentale – la posizione di proprietario o di conduttore di colui o coloro i quali quel diritto avranno formulato e reso effettivo, ma conterranno, in via principale, le valutazioni giuridiche a partire dalle quali si è venuto strutturando detto regime giuridico.

¹¹⁸ Ivi, p. 72-73.

Così, parimenti, una impresa capitalistica è una istituzione non in virtù del suo conformarsi al diritto eventualmente prescritto – il conflitto con il quale connoterebbe semplicemente in senso antigiusuridico la sua autonomia, da un punto di vista altrui –, ma essenzialmente in ragione del suo diritto interno

e come tale avrà un capo, un legislatore, dei sottoposti, proprie leggi, tutto un coordinamento di autorità e di ingranaggi amministrativi: sarà quindi un mondo giuridico a sé, nel suo genere e nei suoi fini. Dal punto di vista del diritto statale sarà qualche cosa di ben diverso: o sarà scomposta nei rapporti più svariati che intercedono fra le persone che ne fanno parte, o, come unità, sarà considerata un'*universitas rerum* o un complesso di attività e passività di un esercizio commerciale¹¹⁹.

Così, mentre il diritto dello Stato definirà la posizione di proprietario di quest'impresa, dal diverso punto di vista di questo ordinamento quel che massimamente rileva è che un soggetto abbia assunto il governo dell'impresa, talché «quel che è decisivo non è il suo diritto di proprietà, ma la sua qualità di capo».

In sostanza il carattere istituzionale che deve attribuirsi a questi e ad altri enti risulta dalla loro struttura, dal loro diritto interno, e non dal modo, che può essere diverso, con cui sono raffigurati dalle leggi dello Stato¹²⁰.

¹¹⁹ Ivi, p. 74.

¹²⁰ *Ibidem*.

È cruciale, nella dottrina romaniana della pluralità degli ordinamenti, tale dislocazione del punto di vista, che necessita di essere continuamente ricentrato e decentrato a seconda del singolo ordinamento di cui si tratta, sia per vedere la consistenza giuridica *effettiva* della sua sfera particolare, sia per cogliere *in concreto* la proporzione e la natura delle relazioni tra ordinamenti. Persino nella interpretazione del medesimo atto giuridico (attuato in via di autonomia) questo esercizio è indispensabile, se si vuol coglierne a pieno la natura e la causa.

Se tutto ciò è vero, se ne può desumere che l'atto con cui si fonda una persona giuridica, è sempre un atto che pone diritto obbiettivo, anche quando, sotto altri aspetti, assuma una diversa figura: per esempio quella di un qualsiasi negozio privato. Infatti, esso sarà sempre il suo "statuto" o la sua "tavola di fondazione", insomma, comunque lo si designi, la sua legge fondamentale. La dottrina non sempre ha saputo distinguere questi due aspetti che il medesimo atto può assumere, a seconda che lo si consideri dal punto di vista dell'ordinamento chiuso nella persona giuridica, o di altro ordinamento, che può venir in considerazione, e che, di regola, è quello dello Stato¹²¹.

Infine, si deve dare spazio ad un ultimo profilo di distinzione, quello relativo alle finalità che le istituzioni si propongono e in funzione delle quali conducono la loro esistenza giuridica. Si distinguono ordinamenti con fini *generali* «e, quindi, potenzialmente illimitati», e ordinamenti con fini

¹²¹ Ivi, p. 77.

particolari «e, quindi, singolarmente limitati»¹²². Sono da intendersi generali gli scopi di ordine politico, che, come tali, configurano la titolarità di interessi generali. Il modo in cui sono concepiti e curati detti interessi, specchio dei fini dell'ordinamento, configura la natura storica fondamentale di quest'ultimo. Sono in tal modo tracciati anche i confini degli interessi particolari che possono fiorire, anche con grande abbondanza e varietà, all'interno dell'ordinamento generale.

8. Forma e contenuto

Si è visto come nel lessico romaniano i termini di *esistenza* e di *oggettivazione* siano sostanzialmente equivalenti, fatta salva la sfumatura per cui la venuta ad esistenza dell'istituzione è il risultato del suo compiuto processo di oggettivazione, per il quale i suoi diversi elementi si fermano in un intero unitario e cessano di essere singolarità irrelate¹²³. Si è anche detto che, fino a che dura la sua realizzazione, questo processo è scandito per sequenze fattuali, attraverso le quali si cristallizza, appunto, l'*organizzazione*, sostrato

¹²² Ivi, p. 123.

¹²³ Scriveva Romano che «l'antitesi o, comunque, la contrapposizione al diritto si ha esclusivamente in ciò che è irriducibilmente antisociale, ossia, per sua natura, individuale» (ivi, p. 51).

imprescindibile dell'ordinamento¹²⁴. Così che «il diritto si ha appena questo fatto è compiuto»¹²⁵.

Ora, ai termini fin ora accostati, se ne può aggiungere un altro, che allarga ulteriormente l'equazione lessicale che si viene delineando, quello di *forma*. Infatti, l'apparire del diritto è anche l'apparire della sua forma fondamentale: l'essenza dell'istituzione, che nel momento organizzativo e ordinante si perfeziona, vede così perfetta anche la sua forma.

Proprio il «processo di obbiettivazione», ultimandosi, fa sì che ciò che se ne sta, fino a quel certo segno, «fuori dal diritto», vi risulti, di contro, attratto; risulti, in altri termini, «plasmato nella forma, cioè nella struttura, nel regime di quest'ultima»¹²⁶.

Dunque, la socialità qualificata secondo il diritto prende forma istituzionale. E la forma che altresì circonda la norma giuridica è attributo derivato, non diversamente da quanto si è osservato con riguardo alla esteriorità e alla sanzione.

Il *contenuto* del diritto, invece, coincide con il fine, generale o particolare, in vista del quale nasce storicamente la spinta, l'energia vitale e organizzativa dell'istituzione. Esempare è, sotto questo aspetto, il caso dello Stato, come già visto, «la più importante delle istituzioni»¹²⁷. Contenuto del suo

¹²⁴ Si è già richiamato come proprio nell'aver – pur egregiamente – lavorato sul concetto di organizzazione, senza però congiungerlo a quello di ordinamento, risiedesse, a parere di Romano, il principale limite della dottrina di Otto Gierke, che non riusciva a costruire perciò un vero radicamento giuridico in senso forte.

¹²⁵ Ivi, p. 56.

¹²⁶ Ivi, p. 51.

¹²⁷ Ivi, p. 49. Evidentemente «frutto di un lungo e sicuro processo storico», lo Stato «ha dato vita ad una grandezza sociale [...] maggiore di ogni altra e più di ogni altra attiva e potente» (S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* [1909], cit., p. 40).

diritto sarebbe il principio politico fondamentale (o il catalogo dei principi di tale rango), che ne regge la tenuta organizzativa, ne sostanzia l'assetto formale, ne distilla i compiti storici, ne incanala e indirizza la vitalità dinamica e operante.

Contenuto è, in altri termini, sostanza spirituale storicamente situata, complesso delle determinazioni della cultura che, occupando a vario titolo lo spazio politico e sociale nel quale si radicano, non possono non premere per farsi (o conservarsi) oggettivate socialmente. È questo l'approdo al diritto di esperienze anche diversissime, che riflettono il concreto modo d'essere degli aggregati umani.

La variabilità del contenuto che la forma giuridica istituzionale può accogliere non muta l'essenza di questa, che rimane identica nella sua disposizione a costruire ordine¹²⁸. Ne propone, però, differenti figure di diversa sofisticazione. Si potrebbe dire nel seguente modo: per Santi Romano il diritto è il puro regno dei mezzi. I fini da attuare, generali o particolari, maturano in altre sfere della realtà umana collettiva, e, sufficientemente maturi, tendono a venire oggettivati, per il tramite di organizzazioni istituzionali ad essi asservite¹²⁹.

¹²⁸ La forma, cioè il diritto, non ha scopi intrinseci, se non «per l'appunto quello dell'organizzazione sociale» (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 49). E, se così è, la «tutela del diritto [...] non è un fine dello Stato, nel senso vero della parola, un fine che vada al di là della sua conservazione» (ivi, p. 54-55 nt. 36).

¹²⁹ Non è forse sbagliato assumere la concettualizzazione romaniana intorno ai fini di un ordinamento generale come l'antecedente diretto, o, piuttosto, il corrispettivo in sede di teoria generale, della nozione dommatica di *indirizzo politico*, così come sviluppata dalla letteratura giuridica italiana del Novecento. Questo lavoro della nostra scienza giuridica si conferma particolarmente interessante, in quanto la funzione di governo, che per secoli aveva coinciso con il «mantenimento della pace e della quiete» (ciò che equivale alla tutela del diritto o della forma giuridica data), finisce per sovrapporsi a quella nuova di indirizzo

Ogni istituzione insiste così in quel tale o talaltro spazio storico e sociale, secondo la sua forza, la sua misura, la sua specifica posizione e qualità. E secondo i fini che si propone.

ogni forza che sia effettivamente sociale e venga quindi organizzata si trasforma per ciò stesso in diritto. [...] Viceversa, non è diritto ciò e soltanto ciò che non ha un'organizzazione sociale, [...] questa è la verità importantissima, contenuta nella dottrina così largamente diffusa, che il diritto non è che "forma" e che per esso e per il suo concetto è indifferente il suo contenuto materiale. [...] È quindi perfettamente vano proporsi, come accade frequentemente, di fissare i caratteri differenziali del fenomeno giuridico rispetto a quelli della religione, della morale, del costume, delle c.d. convenzioni, dell'economia, delle regole tecniche, ecc. Ciascuna di queste manifestazioni dello spirito umano può essere in tutto o in parte assunta nel mondo giuridico e formarne il contenuto, tutte le volte che essa rientra nell'orbita di una istituzione¹³⁰.

Come si vede, in Romano dominano le soggettività storiche concrete e le conflittualità che ne scandiscono i modi d'essere e gli avvicendamenti; dominano, altresì, le loro forme spirituali prevalenti, nelle quali va rintracciata la sostanza degli ordinamenti giuridici, la loro dimensione sostantiva. Appunto, il contenuto che sta insediato nella forma: il contenuto che, ben lungi dal perturbare o fare spuria la forma,

politico, facendo così passare il governo «dal reggimento/conservazione alla progettazione» (M. LUCIANI, *La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nelle democrazie contemporanee*, in «Teoria Politica», Nuova Serie, 5, 2015, pp. 113-134, p. 117-118).

¹³⁰ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 50-51.

ne valorizza l'autonomia concettuale, proprio allorché ad essa, in concreto, si salda.

Naturalmente, questa impostazione taglia di netto pure le annose disquisizioni sul discrimine da tracciare tra precetti morali e precetti giuridici, problema classico della filosofia del diritto. Con grande asciuttezza definitoria, infatti, altrove si legge che «Le norme giuridiche si distinguono quindi da altre norme di condotta, solo in quanto possono dirsi istituzionali»¹³¹. E, se vi è un moto di progressiva penetrazione delle istanze della morale all'interno del diritto, in esso è da riconoscersi una tendenza storica legata al generale movimento della cultura moderna, che non mette a rischio l'autonomia del giuridico, a patto che la scienza giuridica veda e circoscriva con la dovuta distinzione l'*ubi consistam* del diritto stesso. Difatti, «che il diritto sia morale, è un'esigenza (non parliamo di esigenza pratica, ma pel momento solo di esigenza concettuale) non del diritto ma della morale»¹³².

Risulta così mal posta la questione del «*minimum* etico» del diritto¹³³.

Il diritto rappresenta non solo una quantità di morale, ma anche di economia, di costume, di tecnica, ecc. E questa quantità, che non può circoscriversi e misurarsi *a priori*, non è detto che sia un *minimum*. Per gli Stati moderni, in genere, può anche darsi che solo i principii fondamentali ed essenziali dell'etica vengano organizzati e resi quindi giuridici

¹³¹ S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale* [1943⁷], cit., p. 4.

¹³² S. ROMANO, *Diritto e morale* [1945], in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico* [1947], a cura di M. Croce e M. Goldoni, Quodlibet, Macerata 2022, pp. 89-101, p. 97.

¹³³ Da Romano riferita a G. JELLINEK, *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Häring, Berlin 1908², p. 45 ss.

dal suo ordinamento; ma ciò può anche non esser vero per altri Stati che si attribuivano o si attribuiranno una più vasta e assorbente missione morale, e tanto meno, per altre istituzioni, il cui fine, magari unico, può essere da essa costituito. Analogamente, possiamo immaginare uno Stato socialista, che in sé accentri e organizzi una grandissima parte delle manifestazioni economiche.

Lo schema proposto da Romano ha un'invidiabile elasticità, in quanto si adatta perfettamente ad espressioni che la statualità non aveva allora ancora mai assunte. Ma si adatta altrettanto bene per rappresentare le peculiari determinazioni della cultura attratte alla forma giuridica anche in età in cui le une e l'altra dovevano ancora a lungo proseguire un processo di speculare raffinamento.

Analogamente, è un'inesattezza gravissima affermare, come si fa da tanti, che nelle società primitive il diritto sia confuso col costume e anche con la religione. Non si tratta di confusione o di indifferenziazione di elementi che, per natura, dovrebbero rimanere separati; gli è che in quelle società il diritto, che è da considerarsi non meno puro di quello di altre società più progredite, ha per contenuto una ricca serie di principii tratti dal costume e dalla credenza religiosa¹³⁴.

¹³⁴ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 51-52. Altrove aveva osservato che «la conoscenza umana [...], che ha per oggetto lo studio delle istituzioni politiche», è chiamata a comprendere taluni «fenomeni, di cui anche la semplice descrizione è difficilissima, sia perché la forma spesso ne cela e travisa la sostanza, sia, perché, risultando dalla lotta, continua e mai composta, di principii irconciliabili, si presentano sotto aspetti nello stesso tempo molteplici e fuggenti» (ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi* [1909], cit., p. 37).

Dunque, il rapporto tra diritto e morale deve essere rappresentato in prospettiva storica, tenendo conto della distinzione tra due termini, che la realtà riunisce e combina in endiadi sempre nuove.

Rileva certamente la sede extragiuridica in cui trovano elaborazione, spesso lunga e sofferta, quei concetti, quei principi e aspirazioni fondamentali, che, in corrispondenza dei maggiori tornanti della storia, penetrano – per così dire – nello spettro di volontà di un ordinamento giuridico generale¹³⁵.

Infine, si può osservare che non occorre più alla scienza italiana del diritto pubblico voltare le spalle alla storia, come era stato intimato negli anni Ottanta dagli esordi orlandiani; così come non era più indispensabile voltare le spalle alla società. La dottrina dell'ordinamento giuridico era in grado di tenere insieme sistema e storia, senza che la seconda interferisse a intorbidare le difettose premesse del primo. La realtà storica restava campo di riscontro della consistenza delle teoriche giuridiche, e, insieme, fonte da cui approvvigionare materiali bisognosi di elaborazione.

¹³⁵ Non appare affatto estranea alla sensibilità metodologica di Romano la seguente pagina di Beccaria: «chiunque leggerà con occhio filosofico i codici delle nazioni e loro annali, troverà quasi sempre i nomi di *vizio* e di *virtù*, di *buon cittadino* e di *reo* cangiarsi colle rivoluzioni dei secoli.. Vedrà bene spesso che le passioni di un secolo sono la base della morale sei secoli futuri, che le passioni forti, figlie del fanatismo e dell'entusiasmo, indebolite e rose dirò così, dal tempo, che riduce tutti i fenomeni fisici e morali all'equilibrio, diventano a poco a poco la prudenza del secolo e lo strumento utile in mano del forte e dell'accorto» (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* [1766], a cura di F. Venturi, Einaudi, Torino 1981, VI, p. 21).

Si poteva tenere insieme sistema e storia, dacché alla domanda del vecchio Kant¹³⁶ si era fornita finalmente risposta.

¹³⁶ È proprio Romano a ricordare, all'inizio della sua opera, che Gustav Radbruch, solo qualche anno prima, aveva riconosciuto ancora aperta e attuale la domanda kantiana sul diritto. Nella prima edizione dei suoi *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (Quelle & Meyer, Leipzig 1914, p. 30), aveva ricordato le note «parole derisorie» del filosofo di Königsberg: «Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe vom Recht» (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 22 nt. 3). L'opera di Romano recava il sottotitolo *Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*.

CAPITOLO SECONDO

Note per un esame critico della teoria istituzionalistica

SOMMARIO: 1. *Principali corollari del nuovo concetto di diritto* – 2. *La relazione tra ordinamenti: la rilevanza* – 3. *Strutture della rilevanza e ordinamenti illeciti* – 4. *Aspetto teorico del nesso tra ordinamento e norma* – 5. *Sulle tradizioni pre-istituzionalistiche* – 6. *Aspetto sistematico della relazione tra ordinamento e norma* – 7. *Sovranità e autonomia: contro il dogma dell'esclusività* – 8. *L'organizzazione delle fonti*

1. *Principali corollari del nuovo concetto di diritto*

Alla luce di quanto illustrato nel capitolo precedente, è possibile enucleare alcuni profili di novità che la dottrina romana propone rispetto al panorama della scienza giuridica tradizionale.

Un nuovo concetto di positivismo giuridico – Si può adesso certamente cogliere l'importanza del concetto di autonomia con riguardo alla dimensione plurale e, perciò, relazionale, propria della vita degli ordinamenti, poiché lo sviluppo di questo profilo presuppone sempre l'apprezzamento in concreto della vita giuridica che prende forma all'interno di ciascun ordinamento considerato.

Il dato che più di ogni altro è messo in luce dalla dottrina istituzionalistica è l'attivazione sempre rinnovantesi del

diritto, il quale si presenta come vera e propria *ontologia qualificata dell'essere sociale*, vero e proprio grado della realtà umana. La qualificazione giuridica si attinge attraverso la dimensione dell'*organizzazione*, che, apprestando la *forma* istituzionale, porta ad *esistenza* le realtà fondamentali del diritto¹³⁷.

Così, il porsi del regime giuridico dell'istituzione è, in linea generale, inesauribile. Risente del dinamismo sociale, secondo il suo mutevole fermento, e lavora proprio in forza della *autonomia giuridica* goduta da gruppi e individui nello spazio sociale. Tale prerogativa di autonomia è gravida di positività giuridica tutte le volte che viene portata ad esercizio, organizzando e strutturando giuridicamente quello spazio in tutta la sua ampiezza. È, cioè, pienamente positivo quel diritto che si crea in corrispondenza del costituirsi di una sfera giuridica istituzionale, entro la quale si estrinseca l'autonomia nel suo lato propriamente interno. La positività del diritto, dunque, non abita soltanto il prodotto delle attività di normazione (deliberativa, discrezionale, vincolata, giudiziale) esplicate dagli organi legittimati dall'assetto costituzionale o da quelli in base a questo comunque autorizzati. Vi è, anzi, una attività di auto-normazione decentrata in ogni singola istituzione, che, ancorché spesso minuta com'è minuta quella sfera di efficacia, è a tutti gli effetti giuridica.

Insomma, la dottrina istituzionalistica del diritto intende innovare, ma anche mantenersi «rigorosamente sul terreno di

¹³⁷ Il che riposa sul «principio che abbiamo posto in generale, che il diritto [...] è, soprattutto e prima di tutto, organizzazione» (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 84).

una concezione positiva del diritto», radicalmente «evitando ogni veduta giusnaturalistica».

Il concetto di istituzione, nel quale abbiamo rinvenuto, anzi col quale abbiamo identificato quello di ordinamento giuridico, è il concetto più positivo che una dottrina può assumere a suo fondamento: l'istituzione non è un'esigenza della ragione, un principio astratto, un *quid* ideale, è invece un ente reale, effettivo¹³⁸.

La riunificazione di società civile e Stato – Viene allora spezzato il monopolio statale del diritto, convinzione granitica dell'Ottocento post-rivoluzionario¹³⁹, indotta – tale è l'avviso di Romano – dal cumularsi di ragioni storiche e di superfetazioni teoriche convergenti nella Rivoluzione e nella sua ingombrante eredità¹⁴⁰. È qui importante osservare che,

¹³⁸ Ivi, p. 89.

¹³⁹ Si veda M. J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris-Aix-en-Provence 1992.

¹⁴⁰ «Ha origine giusnaturalistica, cioè deriva dalla tendenza [...] di ravvisare nel diritto un principio assoluto e quindi unico, la concezione frequentissima per cui il solo ordinamento giuridico sarebbe quello statale: gli altri potrebbero essere giuridici solo per riverbero e in quanto vengano dallo stesso istituiti o almeno riconosciuti. Siffatta opinione non è capace di spiegare positivamente la natura di numerosi ordinamenti sociali, che vivono oltre lo Stato e che talvolta hanno una importanza grandissima» (S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, cit., p. 54). Romano notava altresì che, almeno fino alla soglia degli anni Venti, gli autori «che sostengono questa tesi o che vi si fondano come un postulato che non ha bisogno di dimostrazione» erano «innumerevoli», tale per cui raccogliarli tutti «sarebbe quasi impossibile». Per la letteratura straniera, alcuni riferimenti (ID., *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 98 n. 70) sono diretti a R. V. JHERING, *Das Zweck im Recht*, cit., cap. VIII; G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre* [1900], Häring, Berlin 1914, p. 364 ss.; A. LASSON, *System der Rechtsphilosophie*, Gutentag, Berlin und Leipzig 1882, p. 412; F. BEROLZHEIMER, *System der Rechts- und Wissenschaftsphilosophie*, Beck, München 1906, p. 322; H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Mohr, Tübingen 1911, p. 95 ss. e 406 ss.;

nella interpretazione di Romano, il ponte che congiunge il giusnaturalismo allo statualismo della giuspubblicistica tedesca è dato da Hegel, che avrebbe fatto dello Stato «l'ente etico per eccellenza». Il che avrebbe autorizzato a investirlo del compito di apprestare, col suo diritto in quanto unico diritto, «l'attuazione concreta [...] unica e uniforme, di un principio trascendente e assoluto, della giustizia astratta e eterna»¹⁴¹. Insomma, l'ipostasi-Stato si sarebbe alimentata del suo ufficio esclusivo di invero positivo del diritto naturale, e questa persistente apertura di sistema – per così dire – verso l'alto, avrebbe impedito qualsiasi attenzione rivolta verso il basso¹⁴². Addirittura, lo stesso giovane Kelsen collaborerebbe

ID., *Über Staatsunrecht*, in «Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart», XL, 1913, pp. 1-114, p. 9. In proposito, di questo autore è citata, nella seconda edizione de *L'ordinamento*, anche *Das Problem der Suveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Mohr, Tübingen 1920, p. 13 ss.

¹⁴¹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 100 e 99.

¹⁴² Tale idea di «fusione di queste due teoriche» (ivi, p. 100), giusnaturalismo ed hegelismo, appare da esaminare con attenzione in sede critica, specie alla luce della letteratura che, negli ultimi decenni, ha messo ordine nelle deformazioni e nelle curvature interpretative cui è stato, nel tempo, sottoposto il sistema hegeliano. Se, da un lato, può dirsi che la lezione hegeliana «comprenda e racchiuda totalmente il fenomeno giuridico nel principio etico» (*ibidem*), dall'altro, solo una lettura di Hegel densa di forzature può autorizzare la congiunzione con un'idea immobile e perfetta del principio etico. Lo stesso Romano ne sembra avvertito, allorché soggiungeva che «della limpida e precisa teoria hegeliana» si trovassero «nelle sue formulazioni più recenti» nient'altro che «l'eco confusa e lontana» (*ibidem*; ma si veda anche ivi, p. 102). È d'uopo, dunque, valutare anche il peso del corso storico di un hegelismo che ha effettivamente preso, specie dall'apparizione di *Hegel und sein Zeit* di Rudolf Haym nel 1857 (e così ancora nel 1907, con *Weltbürgertum und Nationalstaat* di Friederich Meineke), direzioni demarcate dalla lezione hegeliana propriamente detta, eredità più contesa che serbata, con l'andare del progetto bismarkiano. Quelle altre direzioni furono certamente percorse e attinte anche dalla giuspubblicistica tedesca, vero bersaglio polemico di queste considerazioni romaniene. Non si può in questa sede sviluppare debitamente questa specifica questione, sulla quale, solo nei limiti di questa indagine, si tornerà *infra*, § 3. Nel senso qui solo accennato, si veda il

a questa torsione statualistica, con «una delle ultime difese [...] accennate più che svolte, della dottrina che riferisce l'ordinamento giuridico ad una sola volontà, quella dello Stato»¹⁴³.

Anche in queste pagine, è assai forte l'accento sulla realtà e sulla storia, che sono contrapposte alla tradizione ora richiamata. Insomma, si tratterebbe clamorosamente di «un'inesatta valutazione», cioè «una esagerazione di un avvenimento che pure ha notevole rilievo», vale a dire il «raffermarsi del c.d. Stato moderno», in virtù «dell'allargarsi della sua forza e del suo predominio su altre comunità, fino allora indipendenti e ad esso, talvolta, antagonistiche». Donde «l'illusione di aver unificato l'ordinamento giuridico»¹⁴⁴.

Ma è invece proprio per mezzo della teoria istituzionalistica che si coglie un risultato di *unificazione*. Si può infatti sostenere che Romano abbia consacrato tutto il suo lavoro a risolvere quella che gli dovette apparire, sin dagli anni di Macerata e di Modena¹⁴⁵, la contraddizione principale del suo

volume AA.VV., *Anspruch und Leistung von Hegels Rechtsphilosophie*, ed. C. Jermann, Frommann-Holzboog, Stuttgart-Bad Cannstatt 1987; e, in particolare, M. HARTWIG, *Die Krise der deutschen Staatslehre und die Rückbesinnung auf Hegel in der Weimarer Zeit*, ivi, pp. 239-275.

¹⁴³ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 100. Il riferimento è al già citato *Über Staatsunrecht* (alla nota 5). In particolare, Romano registrava che tale dottrina, per Kelsen, deriverebbe «da un bisogno mentale simile a quello che conduce all'idea di Dio», in virtù di una «analogia tra il microcosmo giuridico e il macrocosmo dell'ordinamento dell'universo» (*ibidem*). Segnalava ancora Romano che in tutt'altro senso, spezzando il nesso necessario tra Stato e diritto, si era di recente mosso R. STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Buchhandlung des Waisenhauses, Halle 1911.

¹⁴⁴ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 99.

¹⁴⁵ Appaiono tuttora puntualissime le tesi di Fioravanti espresse in un suo saggio giovanile (M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: Nuove prospettive della ricerca*, in «Quaderni fiorentini», X, 1981, pp.

presente: la “crisi dello Stato” in quanto inadeguatezza – che era, insieme, inadeguatezza del suo diritto e del lavoro teorico della corrispondente scienza giuridica – a garantire alla società civile una vita di sviluppo ordinato e pacifico. E, cioè, uno Stato incapace di governare l’ingresso delle masse nella vita pubblica, sospinte com’erano dalla tendenza ad organizzarsi e a raccogliersi entro nuovi e formidabili vettori di interessi collettivi. Ciò avveniva, nonostante lo sviluppo ragguardevole del diritto amministrativo¹⁴⁶, senza una appropriata mediazione del diritto statale, cui era necessaria una riconfigurazione dommatica che espandesse l’importanza del diritto costituzionale, e ne correggesse le dottrine tramandate¹⁴⁷.

169-219, spec. p. 193-194 ss.) in cui si attirava l’attenzione sui primi scritti romani. Segnatamente, è da ricordare che la prolusione letta a Modena il 15 gennaio 1903, dal titolo *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche*, recava già ordinatamente pressoché tutte le priorità di lavoro del giovane studioso palermitano.

¹⁴⁶ Non molti anni prima, Vittorio Emanuele Orlando aveva rilevato che «il centro di gravità delle questioni politiche tende a passare dal campo costituzionale a quello amministrativo», intendendo però soltanto il secondo come plesso di lavoro intimamente e integralmente giuridico. Così, «l’importanza di quest’ultimo di gran lunga aumenta qualora si abbia riguardo al lato economico-sociale». Orlando registrava che da diversi decenni «l’ingerenza» dello Stato si andava allargando in tutti i paesi cosiddetti civili, mentre le varie «scuole scientifiche disputavano accanitamente sull’utilità» di una tale inedita trasformazione. Qualsiasi avviso se ne traesse, siffatto «processo graduale» si confermava «invadente e trionfante», e nessuno poteva voltare altrove lo sguardo dal «fatto materiale e innegabile dell’immane moltiplicazione dei servizi pubblici», il cui solo apparire faceva ad essi acquistare un posto nella scienza amministrativa (V. E. ORLANDO, *Prefazione al Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, Editrice Libreria, Milano 1897, p. XII).

¹⁴⁷ È il programma chiarissimo esposto nella citata prolusione modenese del 1903 (S. ROMANO, *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche* [1903], in ID., *Scritti minori*, a cura di G. Zanobini, vol. I, Giuffrè, Milano 1990, pp. 245-259).

Più, invece, lo Stato seguitava a protestare la quasi onnipotenza della sua capacità di volizione (tra le baionette dei Bava Beccaris e il calamaio dei Ranelletti), più esso si rendeva cieco dinanzi alla società, che non restava inerte oggetto di quella volontà, bensì prestava nutrimento a ben altre radici della giuridicità.

Per contro, una volta ricondotto lo Stato nei limiti imposti da un più adeguato concetto di esso, limiti per i quali «non potrebbe immaginarsi che come un prodotto»¹⁴⁸ del diritto, è allora quest'ultimo, purché rifondato in dottrina nuova, il formante idoneo a rannodare insieme Stato e società civile. L'uno resta differenziato nella sua qualità superiore di ordinamento sovrano, ma viene depurato dalla mitologia della sua incommensurabile potenza pregiuridica; l'altra si può finalmente cogliere nella sua realtà variegatissima, in quanto popolata da ordinamenti particolari, in rutilante movimento, proprio allorché è liberata dalla costrizione a quel livellamento atomistico cui era stata forzata dalle rappresentazioni e dalle legislazioni rivoluzionarie, che si erano dedicate a infrangere per sempre la sintassi sociale d'*Ancien Régime*¹⁴⁹.

¹⁴⁸ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 101.

¹⁴⁹ Come è noto, è paradigmatica in tal senso legge *Le Chapelier* del giugno 1791, che, all'art. 1, provvedeva ad assicurare l'eliminazione di tutte le corporazioni tra cittadini del medesimo stato o professione, prevedendo anche, all'art. 4, la nullità radicale di eventuali deliberazioni assunte da costoro e destinate a determinare il prezzo dei beni e dei servizi resi, in quanto ritenute non conformi alla Costituzione rivoluzionaria e lesive dei principi di libertà come consacrati nella *Dichiarazione dei diritti dell'uomo*, specie all'art. 17, che innalzava la proprietà privata a «droit sacré». Nella *Relazione* alla legge, preparata dallo stesso Isaac Le Chapelier, si legge che «il n'y a plus de corporation dans l'État; il n'y a plus que l'intérêt particulier de chaque individu et l'intérêt général». Si veda A. SOBOUL, *La Rivoluzione francese*, Laterza, Bari 1974, p. 109 ss; M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, vol. I, *Le libertà*

Per mostrare questo punto, tuttavia, è utile fermarsi qualche istante sul processo da ultimo richiamato, colto perfettamente da Romano. Al riguardo, sembra doveroso concedere come il complesso della letteratura contro-rivoluzionaria, tratti da canto i suoi ardori politici, sollevasse un'osservazione non banale, quando obiettava che nello spazio europeo i soggetti si erano, per tradizione quasi immemorabile, sempre rappresentati in corpi. Con la furente fiammata della Rivoluzione, si introdusse sulla scena l'individuo – allorché il 6 maggio 1789 i membri del Terzo Stato domandarono che si votasse per testa ciò che spettava deliberare agli ordini di ceto, raccolti negli Stati Generali –, e questi parve per qualche tempo il padrone della scena sociale¹⁵⁰.

fondamentali, Giappichelli, Torino 1995, p. 30 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna 2007, p. 430 ss., spec. p. 442; A. SAITTA, *Costituenti e Costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1789-1875)*, Giuffrè, Milano 1975.

¹⁵⁰ «Scomparsi e soppressi ceti e corporazioni, ridotti alla minima espressione persino i Comuni, non si volle porre di fronte allo Stato che l'individuo: l'individuo in apparenza armato di una serie infinita di diritti enfaticamente proclamati e con non costosa generosità largiti, ma nel fatto non sempre protetto nei suoi legittimi interessi» (S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* [1909], cit., p. 45). La più che celebre prolusione pisana del 1909 è unanimemente letta dalla critica come «una sorta di introduzione generale alla sua opera teorica che egli redige qualche anno dopo». Così, da ultimo, D. SOLDINI, *Santi Romano (1875-1947). Tout pour l'État*, Institut de recherche juridique de la Sorbonne, Paris 2024, p. 95, il quale, assai lucidamente, interpreta le puntualizzazioni metodologiche di Romano presenti nella prolusione in direzione polemica nei confronti di Leon Duguit, reduce da una serie di conferenze tenute presso l'*École des hautes études en sciences sociales* nel marzo del 1908, e pubblicate nel volume L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Alcan, Paris 1911². Sul tema è sempre utile riferirsi a S. CASSESE, *La prolusione romaniana sulla crisi dello Stato moderno e il suo tempo*, in «Le Carte e la Storia», XVIII, 1, 2012, pp. 5-15. Sul tema del livellamento individualistico in Francia, si veda anche l'agile sintesi di J. LAFON, *Le code civil et le restructuration de la société française*, in «Mémoires de la Société pour

Ma il capitalismo ottocentesco, pur seguitando ad esaltare l'individuo, procurò presto, col suo dinamismo irresistibile, di far rivivere l'antico codice genetico dello spazio sociale, questa volta in base al principio nuovo che esso vi andava ad infondere: attraverso la sua peculiare divisione del lavoro e i suoi implacabili processi di accumulazione, da cui quello spazio si ritrovava plasmato daccapo¹⁵¹. Non faceva dunque ritorno il vecchio mondo cetuale, stagnante, segmentato e gelatinoso: la *societas civilis sive politica* o *altständische Gesellschaft* del tardo Medioevo e della prima Modernità; bensì un mondo sociale che veniva formando stratificazioni inedite, dettate dal nuovo modo di produzione prevalente¹⁵².

Romano vide lucidamente l'andare di questo processo. La società civile da lui testimoniata, «con vita rigogliosa e effettiva potenza», si veniva strutturando di «una serie di organizzazioni ed associazioni», tendenti «ad unirsi e collegarsi fra loro».

Esse si propongono gli scopi speciali più disparati, ma tutti hanno un carattere comune: quello di raggruppare gl'individui col criterio della loro professione o, meglio, del loro interesse economico.

l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands [Dijon]», t. XLII, 1985, pp. 101-107.

¹⁵¹ Si veda R. FINDLAY, K. H. O'ROURKE, *Potere e ricchezza. Una storia economica del mondo* [2007], a cura di G. Conti, M. G. Schisani, Utet, Torino 2021, pp. 281-420.

¹⁵² Sul tema, è utile riferirsi a AA.VV., *Società e corpi*, a cura di P. Schiera, Bibliopolis, Napoli 1986; O. HINTZE, *Stato e società*, Zanichelli, Bologna 1980; M. RIEDEL, *Gesellschaft, Bürgerliche*, in AA.VV., *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, edd. O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck, Bd. II, Klett-Cotta, Stuttgart 1975, pp. 719-800; S. CHIGNOLA, *Fragile cristallo. Per la storia del concetto di società*, Editoriale scientifica, Napoli 2004.

Sono federazioni o sindacati di operai, sindacati patronali, industriali, mercantili, di agrari, di funzionari, sono società cooperative, istituzioni di mutualità, camere di lavoro, leghe di resistenza o di previdenza, tutte costituite sul principio indicato, dal quale ricavano la loro collettiva fisionomia¹⁵³.

Tenendo il presente in una profondità di campo storico, Romano parlava esplicitamente di un «risorgere di tendenze corporative a base professionale, che furono già così fiorenti prima che col sorgere dello Stato moderno venissero quasi del tutto meno»¹⁵⁴. E proprio nel ritorno di questo principio corporativo, ripresentatosi come «sindacalismo integrale», segnalava che «si è visto il maggior fatto dell'età contemporanea»¹⁵⁵. Riallacciandosi proprio alla tradizione ottocentesca

¹⁵³ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* [1909], cit., p. 43.

¹⁵⁴ Ivi, p. 44. È senz'altro da intendersi in questo scorcio retrospettivo il richiamo che Romano faceva anche a Hobbes, rammentando la trattazione da questi svolta dei *systemata*, nel capitolo XXII del *Leviatano*, la cui versione latina è del 1668. Nella versione inglese (1651), il termine usato è *systems*, e il capitolo XXII è intitolato appunto *Of Systemes Subject, Politicall and Private* [Delle parti del corpo politico, o dei sistemi soggetti, politici e privati], laddove i *systems* sono definiti come «un qualsiasi numero di uomini uniti in un unico interesse o in un unico affare». In Pufendorf, poi, è adoperato – è sempre Romano a ricordarlo – il medesimo concetto sotto il nome di *entia moralia*, la cui origine si ha non per *creatio*, ma per *impositio*: termine, quest'ultimo, reso in francese da Barbeyrac con *institution*. In particolare, qui Romano annotava che gli esempi di Hobbes o di Pufendorf sono rivelatori del fatto che, prima di Hauriou, la quasi estraneità del termine di istituzione, o del suo abbozzato concetto, alla letteratura «politica e sociologica» valesse solo «per la dottrina moderna», ma «non per la dottrina più antica che, in ordine a questo punto, come a tanti altri, ha degli sviluppi che a torto si trascurano» (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 42, n. 29).

¹⁵⁵ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 44. Del resto, non si era mai mancato di vedere tutta la portata di quella dirompente novità. «I nostri padri non conoscevano la parola *individualismo*, che noi abbiamo foggiate per nostro uso, perché ai loro tempi non v'era in realtà un individuo che non appartenesse ad un gruppo e che potesse considerarsi assolutamente solo» (A. DE

conservatrice e contro-rivoluzionaria, faceva la «constatazione ormai antica e del tutto ovvia» di come

l'ordinamento politico che seguì alla rivoluzione francese – come del resto ogni altro che sia il prodotto di un rivolgimento catastrofico – porti ancora con sé il suo peccato di origine: quello cioè, di essere eccessivamente semplice. Frutto di una reazione portata alle ultime conseguenze, esso credette di poter trascurare una quantità di forze sociali, che o s'illuse che fossero venute meno, o alle quali non diede importanza, considerandole come semplici sopravvivenze storiche, destinate a scomparire in brevissimo tempo. Peggio ancora: spesso non volle riconoscere ciò che dimostrava di avere ancora un'indistruttibile vitalità solo pel timore che con tale riconoscimento potesse dare adito e pretesto alla ricostituzione del passato¹⁵⁶.

Si trattava, insomma, di un “ritorno del rimosso”. La nuova sovranità borghese si era accomodata a tale rimozione e, quasi improvvisamente, si scopriva «del tutto deficiente nel regolare, anzi spesso nel non riconoscere gli aggruppamenti degli individui, pur così necessari in ogni società pervenuta ad un alto grado di sviluppo»¹⁵⁷.

Se è così, è tutt'altro che sorprendente che egli riuscisse a scorgere anche la portata, potenzialmente lacerante, del

TOCQUEVILLE, *L'Antico Regime e la Rivoluzione* [1856], a cura di G. Candeloro, Rizzoli, Milano 2021, p. 135-136).

¹⁵⁶ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* [1909], cit., p. 45. La storiografia ha confermato questo giudizio di Romano. Si è infatti visto che lo Stato post-risorgimentale fu “minimo” perché si ebbe anche timore «che il riconoscimento di forze sociali vitali potesse portare al ricostituirsi di antichi ceti e corporazioni» (L. MANGONI, *La crisi dello Stato liberale e i giuristi italiani*, in AA.VV., *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia*, a cura di A. Mazzacane, Liguori, Napoli 1986, pp. 27-56, p. 33).

¹⁵⁷ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* [1909], cit., p. 45.

dinamismo conflittuale che abitava la nuova società, così composita e sempre meno omogenea, col rischio di sconvolgere le basi stesse del regime politico statale. Vedeva benissimo che, nella società, le forze in movimento erano guidate dalla necessità di guadagnare tutele; e che l'aggregarsi sempre più fitto di interessi era il sintomo di un comprensibile «bisogno generalmente avvertito»: quello «di una più salda e organica compagine sociale», bisogno ovviamente munito di «consistenza e colore diverso, secondo l'indirizzo con cui si cerca di soddisfarlo»¹⁵⁸.

Si capisce, che la vita sociale, che non è mai dominata dalle regole giuridiche, ha continuato ad evolversi per suo conto e si è posta in contraddizione con un sistema non consono ad essa, magari accentuando oltre il necessario, come suole avvenire, la contraddizione e la lotta che ne è la conseguenza¹⁵⁹.

Le «regole giuridiche» dello Stato partecipavano di una contraddizione che alimentava lotte. E allora riconoscere il comune denominatore giuridico che sostanzia tanto l'ordinamento sovrano quanto le più importanti manifestazioni associative e corporative della società, colta nel suo «sindacalismo integrale», diventava la premessa per una nuova possibilità di mediazione e di conciliazione tra finalità *generali* e finalità *particolari*, proprie, per definizione, degli ordinamenti giuridici. Il diritto, ricondotto alla sua fondamentale *forma* organizzativa, consentiva a queste realtà di parlarsi e di intendersi, quale che ne fosse la maniera storicamente matura.

¹⁵⁸ Ivi, p. 44.

¹⁵⁹ Ivi, p. 45.

Certo, in via generale, gli ordinamenti particolari emergenti nella società non sono, di necessità, ricompresi o riconosciuti come rilevanti da parte dell'ordinamento generale sovrano, il quale ben può esprimere indifferenza nei loro riguardi. Anzi, prima ancora che verso gli ordinamenti, esso può restare indifferente persino nei confronti di un gran numero di rapporti sociali¹⁶⁰. Tuttavia, con questo nuovo assetto, si apprestano le condizioni per una rappresentabilità delle relazioni, così come delle non relazioni, *secondo il diritto*¹⁶¹.

Nondimeno, lo stesso Stato che vede frantumata l'equazione, fino ad allora goduta, con *tutto* il diritto, guadagna, con la dilatazione di quest'ultimo nella società, una nuova centralità di sistema, in quanto si trova collocato nel mezzo di quella pluralità relazionale che il nuovo panorama giuridico dischiude. Esso è sì «uno dei vari ordinamenti giuridici che la realtà ci presenta», ma nondimeno «la più importante delle istituzioni»¹⁶².

¹⁶⁰ S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale* [1946²], cit., p. 73.

¹⁶¹ Si può sostenere che tale omogeneità istituzionale, al fondo del consistere sia dello Stato che di moltissime realtà della sfera sociale, in termini di forma e di contenuto, sia stata intuita benissimo dalla filosofia politica. In una pagina più che celebre, scritta tra il 1930 e il 1931, in cui ragionava degli ostacoli al cambiamento della forma politica nell'Europa occidentale dopo la Prima guerra mondiale, Gramsci notava come la società capitalistica recasse innumerevoli organizzazioni coriacee, non più facilmente espugnabili dello stesso Stato. «Tra Stato e società civile c'era un giusto rapporto e nel tremolio dello Stato si scorgeva subito una robusta struttura della società civile. Lo Stato era solo una trincea avanzata dietro la quale stava una robusta catena di fortezze e casematte» (A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere* [1929-1935], a cura di V. Gerratana, vol. 2, Q. VII, § 16, Einaudi, Torino 1977, p. 866).

¹⁶² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 101 e 49. «Una delle forme, (...) la più evoluta, della società umana» (ivi, p. 101).

Per tale primazia, spettante in virtù dell'esercizio delle prerogative sovrane, comunque atteggiata storicamente, esso *può* articolare, dal centro e non più dall'alto, uno scrutinio giuridico costante di ciò che ricade entro la sua sfera in termini, appunto, di forma giuridica (*esistenza*), di contenuto (*fini* particolari), ovvero di effetti (regime di *efficacia*). In tale scrutinio, sta la mediazione, sta l'attitudine ordinante propria dell'istituzione che non ripete da nessun'altra la potestà che le è propria, né da altra ne trae la garanzia.

In definitiva, il sovrano non è più il padrone assoluto del diritto; la produzione di questo conosce processi decentrati incompressibili; tuttavia, il sovrano, purché in grado di far valere la sua effettività, detiene la leva formidabile del riconoscimento ovvero del disconoscimento di quella produzione, che in base a questa si vedrà espansa fino a prosperare o contratta fino a languire. Ma non solo: il sovrano potrà anticipare la creazione decentrata del diritto sia nel senso di determinarla (autorizzando una mera autonomia di esecuzione), sia nel senso di orientarla (autorizzando una autonomia variamente condizionata e di grado via via maggiore). E, in ogni caso, potrà fissare le condizioni della sua validità. Non nella produzione di norme, ma nelle norme sulla produzione sta, unitamente alla sua effettività, la primazia del sovrano.

Scienza giuridica e filosofia – Come si è visto, la dottrina in esame muoveva dall'apprezzamento delle novità più pregnanti del suo tempo e dalla sollecitazione che ne proveniva alla scienza giuridica di rinnovare il suo paradigma

disciplinare¹⁶³. Questo, a propria volta, doveva fare i conti, contemporaneamente, con le sue problematiche interne di carattere fondamentale, e – lo si è mostrato – l'idea di Romano è nel senso che filosofia del diritto e scienza del diritto pubblico fossero chiamate a svilupparsi insieme, a partire dai problemi che le accomunavano e le penalizzavano, primo fra tutti quello di aver storicamente recepito troppo acriticamente un'idea del diritto congegnata in seno al diritto privato¹⁶⁴.

Ma, ulteriormente, vi è pure da osservare che tutto ciò non prescindeva interamente da quanto accadeva nel più generale mondo della cultura, italiana e continentale. In linea generale, si può dire che i giuristi si trovano, volenti o nolenti, in un confronto diretto o indiretto con ulteriori e più generali quadri teorici di riferimento, fissati o criticati in seno ad altri saperi. Quadri da presupporre più o meno condivisi con questi, ovvero con singoli indirizzi operanti nell'ambito di questi, poiché proprio al loro interno in massima parte prodotti e predefiniti, prima che il giurista possa integrarvi il suo sapere¹⁶⁵.

¹⁶³ Sul tema, in anni più recenti, Aldo Mazzacane ha osservato che non può soddisfare l'idea asfittica di «una scienza indenne da costrizioni e pressioni sociali, che evolve secondo la dinamica interna della sua sintassi, secondo la logica separata del suo funzionamento» (A. MAZZACANE, *La cultura giuridica del fascismo: una questione aperta*, in AA.VV., *Diritto, economia e istituzioni nell'Italia fascista*, a cura di A. Mazzacane, Nomos, Baden-Baden 2002, pp. 1-19, p. 5).

¹⁶⁴ Si veda *supra*, capitolo I, § 3.

¹⁶⁵ Si accoglie in questo lavoro l'inquadramento di tale problema proposto in sede critica da Pietro Costa (in P. COSTA., *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare*, in AA.VV., *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Laterza, Roma-Bari 1990, pp. 89-145, spec. p. 95 ss.), che assai opportunamente ha tematizzato il profilo della residualità del campo concettuale giuridico in rapporto a campi di altri saperi, che, con metodo e statuto disciplinare propri, predispongono quadri teorici

Il campo filosofico è naturalmente quello di maggiore rilievo a tal riguardo, in quanto, nella geografia dei saperi, vasta e antica provincia posta al confine proprio con il sapere giuridico. Perciò, è di sicuro interesse vedere brevemente il rapporto che la dottrina in esame instaura con la filosofia, che, al tempo – è d'uopo ricordarlo –, nella cultura italiana vedeva il declino dell'indirizzo naturalistico e positivista, e l'ascesa ormai consolidata delle figure di Croce e Gentile. L'impostazione naturalistica aveva ancora pugnaci difensori, sia nella scienza giuridica, con il pubblicista Vincenzo Miceli¹⁶⁶ e il

dei quali il giurista non può non risentire, trovandosi chiamato o a sviluppare il proprio lavoro entro spazi a lui già predisposti dalla conformazione di quelli altrui, ovvero a correggere l'organizzazione delle premesse e dei nessi extragiuridici del suo lavoro, per adattare quel quadro generale a al proprio paradigma disciplinare. È, del resto, cosa sin troppo agevole da constatare, in ogni epoca, che la più generale posizione intellettuale del giurista all'interno del vasto mondo della cultura lo tenga esposto a ben più di quanto nel suo proprio circuito disciplinare si determini e si propaghi. Egli è indefettibilmente sollecitato da tutto quanto di importante si produca nel mondo dello spirito, non meno che dal dinamismo sociale in cui operano fattori materiali. Oltremodo note sono, per altro, le problematiche legate alla ricaduta metodologica di tale insieme di relazioni. Per un primo approccio, non si può che muovere da G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* [1937], in ID., *Opere*, II, Giuffrè, Milano 1959, p. 339-594, W. WHILELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX* [1958], a cura di P. L. Lucchini, Giuffrè, Milano 1974; K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica* [1960], a cura di S. Ventura, Giuffrè, Milano 1966; una lucida indagine recente si trova in D. VALITUTTI, *La bella addormentata. La scienza del diritto e il "problema" della sua autonomia*, Editoriale scientifica, Napoli 2024.

¹⁶⁶ I titoli della gran parte dei lavori di questo autore sono assai eloquenti: *Lo studio del diritto costituzionale e la moderna sociologia* [1889]; *Il Diritto costituzionale e la biologia* [1892]; *La psicologia della folla* [1899], *Le basi psicologiche del diritto* [1902], *L'indirizzo psicologico nella Filosofia del diritto* [1903], *Il diritto quale fenomeno di credenza collettiva* [1905], *La Sociologia può costituire materia di insegnamento?* [1906], *Le leggi dell'associazione mentale nel dominio del diritto* [1908 e 1910], *Gli elementi vivi nel diritto* [1910], *Esiste una Filosofia del diritto?* [1913], *Il Diritto e la realtà* [1918]. Un

romanista Pietro Bonfante¹⁶⁷, sia fuori di questa. Se ne alimentava, ad ogni modo, una forma di disprezzo verso la filosofia “speculativa”, e ne derivava che il costume di molti giuristi fosse quello di sentirsi estranei alla filosofia in quanto tale, nonché verso la stessa filosofia del diritto, ove sospettata di essere feudo della prima.

Rispetto a tale stato di cose, Romano assumeva una posizione di ragguardevole interesse, poiché senz’altro respingeva quest’ultimo atteggiamento, che si è detto all’insegna dell’estraneità; ma, nondimeno, negava l’ingresso in seno alla scienza giuridica a qualsiasi teoria filosofica che sottraesse al diritto la sua propria autonomia scientifica. A tal proposito, la

profilo lucido e penetrante si trova in W. CESARINI SFORZA, *Vincenzo Miceli*, in «Archivio Giuridico “Filippo Serafini”», 1, 1932, pp. 79-94.

¹⁶⁷ Senz’altro da ricordare è la Prolusione romana sul «metodo naturalistico» negli studi storico-giuridici, letta da Bonfante nel gennaio del 1917 e circolata ampiamente, specie attraverso la «Rivista italiana di sociologia» (XXI, 1, gennaio-febbraio 1917, pp. 53-72, oggi in P. BONFANTE, *Scritti giuridici vari. Studi generali*, vol. IV, Aracne, Roma 2019, pp. 53-72). Come è noto, le tesi qui espresse diedero luogo, tra il 1917 e il 1919, ad un’aspra polemica sia con Gentile che con Croce, per la quale si rinvia a A. SCHIAVONE, *Un’identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in AA.VV., *Stato e cultura giuridica in Italia dall’Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Laterza, Roma-Bari 1990, pp. 275-302, nonché alle considerazioni più generali sviluppate, nei limiti di questa indagine, *infra*, capitolo IV. Ma quelle stesse tesi formarono anche la base di una ipotesi di revisione ordinamentale degli insegnamenti tenuti presso le Facoltà di Giurisprudenza italiane, formulata dallo stesso Bonfante in seno al Consiglio Superiore della Pubblica Istruzione. Questa iniziativa fu contrastata, tra gli altri, anche da Giorgio Del Vecchio, che si espone nel 1919: «non ci erano ignoti i preconcetti antifilosofici di alcuni nostri eminenti giuristi, che li hanno anche apertamente espressi in recenti polemiche. Ma non credevamo che l’eco ne sarebbe giunta fino nelle proposte di riforme ai vigenti ordinamenti universitari. Meglio sarebbe stato, se ciò doveva avvenire, che si fosse proposta senz’altro l’abolizione della Filosofia del diritto» (G. DEL VECCHIO, *Una reformatio in pejus degli ordinamenti universitari*, in «L’Università italiana. Rivista dell’Istruzione Superiore», XVIII, 6-8, 1919, pp. 3-11, p. 11).

sua posizione contro l'ammissibilità di entrambe le filosofie di Croce e di Gentile era nettissima¹⁶⁸. Tuttavia, questo giudizio non toglieva rilevanza al fatto che, in linea generale, la filosofia afferma o nega «naturalmente da altri punti di vista», e che questi «non sono privi di interesse pel giurista che sappia interpretarli e trarne profitto per i suoi fini». Tanto è vero, che, praticando questo precetto con riferimento proprio a quelle due filosofie, egli stesso rilevava la fecondità teorica di un loro comune elemento:

l'una e l'altra teoria, dunque, pur venendo a conclusioni opposte, in quanto fanno rientrare rispettivamente il diritto nell'economia e nell'etica, e viceversa accordandosi nel negargli i caratteri di una categoria a sé, ritengono che la legge come tale non sia una vera e propria volontà. In ciò l'indagine filosofica, della quale non è il caso qui di indagare la consistenza e tanto meno gli sviluppi, viene incontro per vie diverse a quella giuridica¹⁶⁹.

Questo apporto era da Romano riconosciuto, nella specie, utile nel dare slancio alla sua dottrina del volere legislativo, «che non è una volizione in senso stretto, cioè una volizione-

¹⁶⁸ Come è noto, l'attenzione al problema giuridico era venuta in primo piano, per Croce, con la pubblicazione nel 1907 della *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia* (ed., a cura di C. Nitsch, Giuffrè, Milano 2016), e con la *Filosofia della pratica. Economica ed etica*, pubblicata nel 1909, quale vol. III della *Filosofia come scienza dello spirito* (sesta ed., Bari 1950, nell'Edizione nazionale delle opere, a cura di M. Tarantino, Bibliopolis, Napoli 1996); per Gentile, con la pubblicazione dei *Fondamenti della filosofia del diritto* nel 1916 (in G. GENTILE, *Opere complete*, vol. IV, Sansoni, Firenze 1937³, pp. 1-111).

¹⁶⁹ S. ROMANO, *Diritto e morale* [1944], in *Frammenti*, cit., p. 93.

azione, concreta e in atto, ma è una volizione preliminare, che regola una futura volizione concreta»¹⁷⁰.

Quale che sia, però, il merito della soluzione, qui deve rilevare il metodo. E, infatti, del discorso di Romano si deve prima di tutto registrare che, nel cavare con cura le possibili utilità di concetto e di argomenti dal *dialogo* con le tesi propriamente filosofiche, restava sempre prioritario produrre *un punto di vista autonomo*, specie tutte le volte che si fosse dinanzi a implicazioni o a «concezioni che sul terreno della giurisprudenza si presentano evidentemente inaccettabili»¹⁷¹. Ma è proprio ai fini dell'espressione puntuale e sorvegliata di un tale punto di vista, che va conosciuto ciò che nella filosofia vede la luce e che potrebbe passare al campo teorico del diritto intorbidando i concetti che devono servire ai suoi propri impieghi, anziché portandovi maggior nitore. Se, dunque, è imprescindibile la difesa dell'autonomia del diritto, ciò

non vuol dire che le varie soluzioni filosofiche o che vorrebbero essere tali, che sono state proposte, non interessino affatto il giurista. È opportuno anzi che egli le conosca e le mediti, anche perché possa evitare lo scoglio di quelle che, dissolvendo il diritto nella morale (o in altra categoria dell'attività pratica), sono per lui se non le più inaccettabili, le più pericolose, nel senso che la distinzione, anche se filosoficamente debba negarsi, giuridicamente deve sempre farsi. Inoltre, anche quando essa è dai filosofi affermata, è necessario che il giurista traduca questa affermazione nel

¹⁷⁰ *Ibidem*. Perciò, ne concludeva, «la legge è sempre astratta, non solo quando è generale, [...] ma anche quando è del tutto particolare, perché anche allora è una disposizione preventiva rispetto al fatto, all'atto etc., cui attribuisce il carattere della giuridicità e non ha quindi di esso la concretezza immediata» (*ibidem*). È un punto che si è esposto più diffusamente *supra*, capitolo I, § 6.

¹⁷¹ *Ivi*, p. 95.

suo linguaggio e l'adatti ai suoi fini, eventualmente precisandola e proseguendola oltre i limiti che per la filosofia possono essere sufficienti¹⁷².

Ecco il punto decisivo del complessivo compito metodologico: è il momento dell'assunzione di tutto ciò che un vaglio attento porti a giudicare utile e fruttuoso anche per il sapere giuridico, per il tramite di un'opera paziente di *traduzione* di idee, concetti, e dottrine nel linguaggio e nell'orizzonte scientifico proprio del diritto. E, ove si tratti di espandere i risultati del lavoro filosofico, la traduzione è la base per una più profonda articolazione teorica, secondo una autonomia così onorata due volte.

2. La relazione tra ordinamenti: la rilevanza.

Si è visto nel precedente capitolo come il punto di vista di ciascun ordinamento sia quello decisivo per constatarne il regime giuridico interno e, cioè, il diritto istituzionale e normativo che effettivamente ne contraddistingue la vita.

Occorre ora integrare questa osservazione, precisando come su questo diritto, che, appunto, vive del punto di vista che vi si trova autocentrato, possa trovarsi proiettato un punto di vista diverso. Insomma, allo sguardo che ciascuna istituzione ha sopra di sé, in cui consiste il complesso delle

¹⁷² Ivi, p. 90.

valutazioni giuridiche che essa esprime nella sua sfera, quasi sempre si giustappone lo sguardo che altra istituzione possa sopra di essa portare *ab externo*. E, se ve ne sono le condizioni, vi sarà plausibilmente spazio anche per lo stesso movimento in senso inverso. Tale dinamica è molto importante quando si tratta di censire e comprendere la massima parte delle relazioni ordinamentali, segnatamente quelle a carattere di subordinazione, di cooperazione, di antagonismo.

Questa prospettiva porta luce, infatti, sul lato esterno dell'autonomia¹⁷³. E cioè sul livello di determinazione eteronoma cui la singola istituzione è esposta rispetto all'ordinamento superiore e generale che la contiene, ovvero rispetto ad altro ordinamento equiordinato con il quale venga a instaurarsi una connessione.

Quando, ad esempio, si è in presenza di più ordinamenti tendenzialmente equiordinati ed esterni gli uni agli altri,

occorre che ciascuno [...] sia considerato in sé e per sé, e, quando se ne considera uno, dell'altro bisogna tener conto solo se e in quanto il primo vi si richiama pei suoi stessi fini e nel senso in cui vi si richiama, che può essere diversissimo. Ognuno opera per conto suo, per i suoi scopi, nel suo ambito e con quella forza che gli è consentita dalla sua organizzazione e dai suoi caratteri intrinseci¹⁷⁴.

Questo richiamo che l'uno faccia dell'altro è il vettore che apre la via alla relazione. Una simile attitudine si riscontra, ad esempio, tutte le volte che uno Stato dia previsione di una

¹⁷³ S. ROMANO, *Autonomia* [1945], in ID., *Frammenti*, cit., pp. 37-54.

¹⁷⁴ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 108.

legislazione in materia ecclesiastica la quale prenda i contorni di un ordinamento ecclesiastico interno. Questo configurerà, pertanto, una propria sfera, delle fonti proprie, una propria organizzazione, e delle proprie sanzioni: vale a dire un diritto che non potrà in alcun modo confondersi con l'ordinamento della Chiesa, ma che sussisterà quale *corpus* istituzionale e normativo affatto distinto; esterno alla sfera giuridica della Chiesa, e sempre interno a quella dello Stato, che, tuttavia, proprio per tramite di esso, *si posizionerà* nei confronti del complessivo ordinamento della Chiesa.

Questo posizionarsi dello Stato, che avrà al proprio fondo, evidentemente, scelte generali o particolari di carattere politico, religioso, sociale, storico, dal merito e dai contorni quanto si voglia variabili – commendevoli ovvero aberranti, ove viste da ciascuna di tali prospettive –, coincide *giuridicamente*, appunto, con un richiamo che è un *giudizio di rilevanza*.

Ciò significa che ciascuno Stato che ritenga di esprimere un suo posizionamento verso un certo ordinamento giuridico ecclesiale produrrà un proprio giudizio di rilevanza verso quell'ordinamento in quanto tale, ovvero verso partizioni e segmenti di esso, deliberatamente selezionati e qualificati.

Da ciò Romano deduceva, evidentemente, l'impossibilità di sostenere l'esistenza di un solo diritto ecclesiastico, ciò che invece era propenso a fare la dottrina allora dominante¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Il riferimento in tal senso era a F. V. THUDICUM, *Deutschen Kirchenrecht*, vol. I, Duncker & Humblot, Leipzig 1887, p. 6; D. SCHIAPPOLI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Pierro ed., Napoli 1913, p. 15 ss.; V. DEL GIUDICE, *Il diritto ecclesiastico in senso moderno. Definizione e sistema*, Tipografia nazionale, Roma 1915, p. 43 ss., il quale, però, negli scritti posteriori avrebbe mutato

Si hanno invece tanti diritti ecclesiastici: quello della Chiesa da una parte, e quelli dei singoli Stati, dall'altra parte. Fra il primo e i secondi possono esserci delle coincidenze, come viceversa, delle antinomie; possono appoggiarsi, presupporli, riconoscersi a vicenda come anche contrastarsi e disconoscersi. [...] Lo Stato può quindi affermare sulla Chiesa la sua sovranità, per tutta la sfera in cui questa può esplicarsi, in modo che esso pone liberamente i vincoli che crede alla potestà della Chiesa medesima, e, quando la riconosce, i limiti e gli effetti di questo riconoscimento sono determinati esclusivamente dal diritto statale¹⁷⁶.

Come si vede, ove ne abbia la possibilità materiale, in termini di schietta effettività, un ordinamento può rendere la sua proiezione sull'altro – il suo *posizionamento* – tanto penetrante e irresistibile da erodere o, persino, togliere a quest'ultimo la sua prerogativa sovrana, sostituendovi la propria e, insieme, abbassando quella sovranità originaria, scolorita ormai entro la propria sfera, ad autonomia. Cioè, a potere residuale proprio di quella sfera ordinamentale, ormai collegata all'altra, in via di sottordinazione.

Il dinamismo relazionale che mettesse capo ad un siffatto reciproco ri-posizionamento riconfigurerebbe una relazione che, nel tempo, si dà immancabilmente come *vicenda*

avviso «in senso più o meno conforme» (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 109, n. 82^{bis}). In generale, proprio per via di coordinate teoriche malferme, accadeva che «spesso, per motivi didattici o altri intenti pratici, vengono conglobati in un'unica trattazione il diritto della Chiesa e il diritto dello Stato in materia ecclesiastica, talvolta omettendo o dando minore sviluppo alle parti del primo che non sono rilevanti per il secondo. E non è da negarsi che, non di raro, questa fusione abbia dato luogo ad equivoci ed errori» (Ivi, p. 107).

¹⁷⁶ Ivi, p. 107 e 108.

giuridica: può anteriormente darsi nel senso di equiordinazione tra ordinamenti, e può evolvere in seguito all'insegna della subordinazione dell'uno all'altro. Si tratta di mutamenti che risentono della spinta di fattori affatto estranei al diritto, ma la dottrina della pluralità ordinamentale ne consente una rappresentabilità giuridica puntuale.

Il posizionamento di un'istituzione verso l'altra può certamente determinare una stabile connessione tra le due, così come può tradursi in un plesso di limiti al diritto autonomo di quella meno attrezzata a indirizzare quella stessa connessione, e quindi più esposta a sopportarla. Diritto autonomo: cioè limitato da un altro diritto sovrano; nondimeno, diritto da questo distinto e separato.

D'altro canto, la Chiesa, in forza della sua autonomia, che non le deriva dallo Stato, ma che riposa sul suo stesso ordinamento, esplica la sua potestà verso i fedeli, gli enti di cui è costituita e quelli con cui viene in relazione, compreso lo Stato: nei limiti in cui è dallo Stato riconosciuta sia come lecita sia come altrimenti rilevante, essa può conseguire "effetti civili"; altrimenti, potrà poggiare soltanto sulle sanzioni spirituali e interne, che, secondo noi, restano sempre, per la loro stessa natura e in quanto hanno carattere istituzionale, vere sanzioni giuridiche, anche quando ad esse non si aggiungono quelle civili. [...] Sono due mondi giuridici, l'uno dei quali può materialmente influire sull'altro, ma che giuridicamente restano o possono restare sempre distinti e autonomi¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Ivi, p. 108 e 109.

3. Strutture della rilevanza e ordinamenti illeciti

Si è visto che, attraverso la dottrina dell'ordinamento giuridico, è profilata una vera e propria rifondazione del positivismo giuridico, il quale non ha più la sua scaturigine esclusiva nella normazione, così come monopolizzata dal legislatore statale. Il monopolio accentrato si deve confrontare con una incoercibile residualità periferica. Diffusa, capillare, ostinata. Perciò, possono ben darsi istituzioni le quali, coagulando ragioni di conflittualità sociale o politica, ancorché piccole o persino pulviscolari, sono in grado, in qualsiasi momento, di dar vita ad un proprio diritto che può trovarsi in buona parte distonico ovvero anche in frontale antitesi con quello dell'ordinamento statale¹⁷⁸. Anzi, la intrinseca

¹⁷⁸ È un tema importante anche dall'ulteriore punto di vista per il quale proprio la «giuridicità intrinseca, intima degli enti considerati illeciti dallo Stato o dalla Chiesa è, per gli scrittori, che si occupano rispettivamente del diritto statale e del diritto ecclesiastico, un punto che molte volte ostacola insormontabilmente l'accoglimento della concezione più larga del diritto», naturalmente quella istituzionalistica, «anche quando essi si dimostrano ben disposti ad ammetterla, come regola» (ivi, p. 109 n. 83). In questa nota, è assai sintomatico di quell'abito verso la filosofia di cui si è già detto il puntuale riferimento a Benedetto Croce, il quale, nella *Filosofia della pratica* [1909] aveva preso una posizione convintamente raccolta da Romano: «Noi che non siamo giuristi ma filosofi e ai quali perciò è vietato formare e adoperare distinzioni pratiche ed empiriche, dobbiamo concepire come leggi, e tutte agguagliare nell'unica categoria della legge, così la *Magna charta* inglese, come lo statuto della "Mafia" o della "Camorra" napoletana; così la *Regula monachorum* di san Benedetto, come quella della "brigata spendereccia", che Folgore da San Gemignano e Cene della Chitarra cantarono in sonetti e che Dante ricorda» (B. CROCE, *Filosofia della pratica* [1909], cit., p. 324 ss.). Già nella *Riduzione* del 1907, il filosofo napoletano aveva elaborato il suo pensiero, quasi in termini – si può dire – di teoria generale, concludendo che due ordinamenti, diversi e contrapposti tra loro, siano egualmente giuridici, «dal punto di vista scientifico» (B. CROCE, *Riduzione* [1907], cit., p. 40). Naturalmente, egli inquadrava questo problema, della cui discussione anche in seno alla dottrina tedesca di fine Ottocento era ben avvertito, nella sua più

limitatezza di ciascuna istituzione è il contraltare della indefinita, se non infinita, riproducibilità della oggettivazione sociale istituzionale, a qualsiasi grado, a qualsiasi scala. Anche in senso tale da sfidare o debilitare la sovranità dell'ordinamento statale¹⁷⁹.

Si è già visto che, in linea generale, questo dinamismo, proprio in ragione della sua apertura ad una possibilità di conflittualità mai del tutto neutralizzabile, comporta, di converso, una necessità di mediazione parimenti continua. Bisogna ora estendere il discorso, considerando anche che, qualora la mediazione si riveli impossibile, non resterebbe che un'ipotesi di elisione di un ordinamento da parte dell'altro che gli stia contrapposto. Dunque, se le organizzazioni istituzionali sorgono indefinitamente, esse sono altrettanto esposte a cessare la propria esistenza, secondo vicende che appartengono alle pieghe della storia.

Si tratta, ad ogni modo, di un aspetto che è giuridicamente spiegabile in base alla irriducibilità e incomponibilità dei fini

generale riflessione sulla determinazione dell'attività giuridica. Nell'arco della quale, densissimo fu il serrato confronto, specie per via epistolare, con Gentile. Sul tema, si veda C. NITSCH, *Croce, Gentile e la filosofia del diritto. Note dal carteggio*, in AA.VV., *Il Novecento filosofico italiano nel Carteggio Croce-Gentile*, a cura di E. Agazzani, Il Mulino, Bologna 2026 (in corso di pubblicazione). Si tratta, per altro, di un *topos* classico della riflessione sui rapporti tra diritto e morale. Basti pensare all'ammissione che Cicerone fa, nel *De officiis*, circa l'esistenza «perfino delle leggi dei briganti, che essi obbediscono e osservano» (*De officiis*, II, 11, 40, in M. T. CICERONE, *Opere politiche e filosofiche di M. T. Cicerone*, a cura di L. Ferrero e N. Zorzetti, Utet, Torino 1986); *topos* ripreso anche da AGOSTINO D'IPPONA, *De civitate Dei*, IV, 4.

¹⁷⁹ «La così detta crisi dello Stato moderno implica per l'appunto la tendenza di una serie grandissima di gruppi sociali a costituirsi ciascuno una cerchia giuridica indipendente» (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 102).

(extragiuridici) che i rispettivi ordinamenti assumono in quanto loro costitutivo *contenuto*¹⁸⁰.

Per svolgere adeguatamente questo punto, tuttavia, si devono riprendere i cenni già dedicati al merito specifico che può assumere il giudizio di rilevanza di un ordinamento per un altro – almeno nel contesto dello Stato –, per poi richiamare due figure che Romano prende in considerazione, e alle quali affida l'esemplificazione di una relazione tra ordinamenti all'insegna della conflittualità insanabile con l'ordinamento statale, in quanto ordinamento sovrano, storicamente stabilito e positivo: l'organizzazione criminale, da una parte; il partito rivoluzionario, dall'altra.

È cruciale l'intersezione di questo tema con il profilo – già visto nel capitolo precedente – del *contenuto* di un ordinamento, che, almeno indirettamente, ne marca un

¹⁸⁰ L'esempio della Francia rivoluzionaria è, tra i tanti possibili, a questo riguardo particolarmente calzante, siccome permette di vedere tanto l'opposizione tra ordinamenti dentro lo Stato francese, quanto tra questo e l'ordinamento internazionale del tempo. Qui, infatti, il potere sovrano rivoluzionario decide un conflitto con l'abolire (quindi, col togliere ogni garanzia a) la monarchia, i diritti feudali e l'ordinamento nobiliare: istituzioni (e annessi diritti) storicamente fondamentali del Regno di Francia, entrate in progressiva collisione con quel nuovo potere sociale che, maturato lentamente nel corpo politico-sociale del Regno, aveva preso la testa della Rivoluzione: con ciò, elevandosi da potere sociale a potere rivoluzionario. Come tale, esso assume il controllo dell'indirizzo politico, e riformula gli scopi fondamentali dell'ordinamento generale in un senso antitetico a come anteriormente fissati, coltivati e presidiati dalle più antiche istituzioni. A sua volta, l'assetto generale dei poteri dell'ordinamento internazionale dell'epoca non accetta questo nuovo corso, poiché esso ordinamento presuppone ordinamenti statali tutti quanti retti proprio su quegli stessi cardini in Francia smantellati. Quindi, contro la sovranità rivoluzionaria francese esso scatena, per il tramite degli Stati, sette coalizioni militari. Tuttavia, quest'ultimo profilo rappresenta un'ipotesi eccezionale per il diritto internazionale, il quale, in linea generale, secondo Romano, non ha il potere di annullare o altrimenti censurare l'ordinamento e la produzione normativa degli Stati.

posizionamento in rapporto a quelle diverse istituzioni che si situano in una comune sfera di potenziali ovvero necessarie relazioni. Perciò, situazioni intra-ordinamentali possono eccedere in senso inter-ordinamentale. Vengono in rilievo, infatti,

istituzioni che si affermano in una posizione antitetica con altre, che possono alla lor volta considerarle anche illecite, come sarebbero gli enti che si propongono uno scopo contrario alle leggi statuali, o le chiese scismatiche di fronte a quelle da cui sono separate¹⁸¹.

L'elemento dirimente è dunque lo *scopo* che una istituzione persegue e per il quale sta al mondo, nella vita sociale e, perciò, nella vita giuridica. In base ad esso viene ad essere strutturata la sua *esistenza* e, soprattutto, conformato il suo ordinamento sotto il profilo del *contenuto*.

Normalmente, in una condizione di sintonia fisiologica (che è, anzitutto, di contenuto) tra l'ordinamento particolare e quello sovrano, la soggezione del primo, che caratterizza tale rapporto, comporta che il sovrano arrivi a dettare – con ciò predeterminandola – una disciplina assai penetrante dell'ordinamento particolare¹⁸².

La dottrina istituzionalistica, infatti, teorizza che lo specifico giudizio di rilevanza che lo Stato estende verso gli ordinamenti che nascono e operano – per così dire – nel suo grembo, e che a ciò sono autorizzati, avvenga in maniera

¹⁸¹ Ivi, p. 47.

¹⁸² «Talvolta, l'ordinamento superiore può determinare le stesse condizioni di esistenza e di validità di quello inferiore, come fa lo Stato, che domina estesamente gli enti pubblici e privati che da esso dipendono» (ivi, p. 127).

tutt'altro che arbitraria o imprevedibile. Esso si dà, bensì, all'interno di una peculiare cornice relazionale, predeterminata in via tipica, entro la quale se ne propongono configurazioni scalari, in base al *quantum* di autonomia – e, corrispondentemente, di eteronomia – che viene riconosciuto in capo alle singole istituzioni particolari.

Quindi, nell'ambito considerato, a venire in rilievo è, principalmente, una delle cinque cornici relazionali che, in tema di rilevanza degli ordinamenti, sono da Romano prospettate alla stregua di *titolo giuridico tipico*: quello della subordinazione, che ricorre tutte le volte che un ordinamento riposi sul fondamento dell'altro¹⁸³.

Il titolo, prima ancora della specifica valutazione di rilevanza espressa da un ente verso l'altro, introduce e rappresenta la sua generale ed astratta cornice di possibilità, derivata dalla reciproca *posizione* dei due ordinamenti: perché è la posizione dell'uno verso l'altro a prefigurare le ipotesi di effettiva relazione.

Dunque, stanti tali e non altre condizioni¹⁸⁴, si avrà non solo il giudizio di rilevanza in quanto specifico

¹⁸³ Per quanto riguarda il titolo di subordinazione, vi ricadono, in diverso grado, il rapporto o (nesso di posizione) tra lo Stato e tutti gli enti presenti nella sua sfera di efficacia, il rapporto tra Stato federato e Stato federale, e, altresì, il rapporto tra comunità internazionale e Stati suoi membri.

¹⁸⁴ In base alle possibilità di posizione tra ordinamenti, Romano individuava altri quattro casi tipici che formano altrettanti titoli giuridici della rilevanza, insieme al primo suscettibili anche di applicazione combinata, e che è possibile denominare come segue: *presupposizione*, *dipendenza*, *rinvio-qualificazione*, *successione*. Via via che si passa da un rapporto (o nesso di posizione o titolo) ad un altro, mutano i termini di possibile graduazione del condizionamento di un ordinamento da parte di un altro: esso è massimo (come in molti casi di subordinazione) quando può incidere in senso assai penetrante su esistenza, contenuto ed effetti dell'ente inferiore; minimo (come nella successione), laddove ha

posizionamento di chi lo formula; ma, proprio in base al titolo giuridico della subordinazione, si avrà anche, parallelamente, un marcato *condizionamento* del diritto dell'istituzione che ne è destinataria. Più l'ordinamento superiore vorrà o sarà in grado di far valere la sua iniziativa regolativa e la sua efficacia, meno l'ordinamento inferiore godrà di un margine di autoregolazione, cioè di autonomia¹⁸⁵.

Infine, si è accennato che anche un diverso titolo potrebbe venire in rilievo cumulativamente. Questo influirà sul giudizio di rilevanza, portandone l'intensità e la pervasività a decrescere nel suo duplice e speculare aspetto di posizionamento e condizionamento.

Ora, illustrata sommariamente questa complessa intellaiatura che fa da sfondo alle relazioni giuridiche intra-ordinali dello Stato, si può venire alle vicende concernenti gli enti illeciti.

incidenza unicamente sul regime di efficacia di un ordinamento estinto, ma trasfuso in quello che, in tutto o in parte, lo assorbe. Si veda il §§ 35-43 de *L'ordinamento*, pp. 126 ss.

¹⁸⁵ In base al rapporto o titolo di subordinazione degli enti sub-statali (che ha per suo corollario una situazione di continenza di ordinamenti semplici in un complesso), l'autonomia goduta dagli enti inferiori sarà, in ogni caso, assai tenue, poiché sempre *derivata*. Infatti, «o l'ordinamento superiore determina esso stesso, direttamente, l'ordinamento inferiore e ne sarà, quindi, fonte immediata; oppure conferirà all'istituzione dipendente il potere di porre da sé il proprio ordinamento, cioè il così detto potere di autonomia, in uno dei vari significati in cui tale parola è usata. Ma, anche quando si avrà quest'ultimo caso, si tratterà sempre di una autonomia circoscritta e limitata, e, soprattutto condizionata. Talvolta, infatti, i principi essenziali, quelli da cui risulta l'esistenza dell'istituzione, saranno posti dall'istituzione superiore, in modo che, non da principio e per intero, l'ordinamento della prima sarà posto da essa medesima, ma soltanto in alcune sue parti più o meno secondarie. In ogni caso poi, l'ordinamento superiore determinerà le condizioni di validità dell'ordinamento inferiore» (ivi, p. 129).

Del più volte evocato processo di mediazione tra società e Stato, si è detto che esso è, in massima parte, rimesso all'iniziativa del secondo, in virtù delle sue prerogative sovrane. Ciò è confermato da quanto Romano osservava, in relazione al possibile cattivo funzionamento delle stesse; e, cioè, in riferimento al fatto che, spesso, lo Stato,

per una sua imperfezione non voluta o per una limitazione che si è imposta, per la sopravvivenza di disposizioni antiquate o per la mancanza di norme più adatte alla vita moderna, non riesce ad adeguare e reggere tutta la posizione degli enti medesimi¹⁸⁶.

Quando è così, restando le sue leggi «inadeguate», accade che proliferino, «all'infuori e talvolta in opposizione a tali leggi», non pochi «ordinamenti che reclamano [...] invano [...] di essere accolti nelle leggi medesime, in modo che alle sanzioni che essi ottengono [...] si possano aggiungere quelle più efficaci che sarebbero date dallo Stato»¹⁸⁷.

Ma se l'inerzia di quest'ultimo persiste, può allora aversi una incontrollata espansione dell'autonomia di tali enti. «Questi, allora si creano un ordinamento giuridico proprio, interno, che è diverso da quello attribuito loro dallo Stato e che talvolta non si limita ad integrare quest'ultimo, ma gli si contrappone, con un contrasto che, per quanto dissimulato, non è meno evidente»¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Ivi, p. 112.

¹⁸⁷ Ivi, p. 114.

¹⁸⁸ Ivi, p. 112.

Ma non si dà solo il caso di ciò che in origine nasca disallineato dal diritto dello Stato, e che tale resti, progredendo per inerzia di questo. Si dà, infatti, anche l'ipotesi che una contrapposizione sorga all'esito di più complessa vicenda fattuale.

In linea di fatto, può anche avvenire che un ordinamento prima istituito come subordinato ad un altro, per esempio a quello dello Stato, quando quest'ultimo dichiara di annullarlo, trovi in se medesimo l'energia di continuare a vivere o farsi valere, in opposizione al divieto fattogli; ma allora esso si trasformerà necessariamente, assumendo il carattere di un ordinamento, non solo separato, ma antitetico a quello che non riconosce più come suo superiore¹⁸⁹.

Quale che sia il momento di apparizione di questa antitesi, il punto centrale è che essa configura ben più che una *separazione*. Quest'ultima coinciderebbe con una reciproca irrilevanza, a termini della quale un ordinamento particolare sviluppa se stesso rispetto a rapporti e interessi che sono indifferenti al diritto dello Stato¹⁹⁰. Invece, gli enti che, in vario grado, si pongono in antitesi allo Stato, avviano un diverso movimento relazionale: essi giudicano l'ordinamento statale

¹⁸⁹ Ivi, p. 130.

¹⁹⁰ Bisogna [...] guardarsi dal ritenere, secondo un'opinione molto diffusa, che l'ordinamento giuridico dello Stato comprenda tutte le manifestazioni della vita individuale, che non siano per la loro stessa natura insuscettibili di essere considerate dal diritto. Lo Stato non è, neppure sotto questo aspetto, un ente universale, e, quando si dice che esso ha dei fini generali, ciò vuol dire che questi non sono positivamente e singolarmente determinati, e che, in astratto e potenzialmente, sono sempre estensibili. In concreto, però, uno Stato, che includa tra gli oggetti del suo diritto ogni possibile esplicazione della vita dei suoi membri, non esiste e non è mai esistito» (ivi, p. 123-124).

per sé irrilevante; in particolare, ciò facendo, esprimono l'irrelevanza di una serie più o meno estesa di divieti o di obblighi di condotta, riguardanti in vario grado esistenza, contenuto ed effetti della vita (e degli atti di vita) degli enti cui si rivolge lo Stato. Si tratta di norme particolarmente penetranti, e, in linea generale, di carattere penale. Proprio quest'ultimo aspetto fa sì che il posizionamento assunto dagli enti che così si rendono illeciti li porti ad entrare in un preciso spazio di rilevanza dal punto di vista del diritto statale, poiché, appunto, presidiato dal diritto penale.

Dunque, si può dire che mentre essi giudicano irrilevante l'ordinamento dello Stato, questo, di contro, giudica questi enti e il loro diritto massimamente rilevanti¹⁹¹. Quando è così,

non solo costituiscono per esso 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. Così il codice penale, oltre a considerare come delitti certi fatti, punisce anche la formazione di bande armate per commettere questi ultimi, nonché l'esercizio in esse di un comando superiore o di una funzione speciale [...] e, in generale, le associazioni per delinquere¹⁹².

La natura giuridica di questo settore del diritto pubblico è vista da Romano come avvinta in misura massima al diritto costituzionale e alle fondamenta più profonde dell'ordinamento statale¹⁹³. Questo aspetto ordinamentale e storicamente

¹⁹¹ Ivi, p. 165.

¹⁹² Il riferimento, esplicitato dallo stesso Romano e aggiornato con la seconda edizione, è evidentemente agli artt. 306 ss. e 416 ss. del vigente codice penale.

¹⁹³ Infatti, già in una occasione giovanile, egli affermava che «il fondamento del diritto punitivo [...] è anch'esso di ordine costituzionale: la nostra scienza,

determinato dello *ius puniendi* mette il fenomeno associativo in primo piano nel panorama delle condotte esposte a sanzione penale, con una qualificazione giuridica di avversione di ulteriore gravità in rapporto alle condotte delittuose puntuali.

Lo scontro che in questi casi si consuma non può passare per vie di mediazione, non certo senza contraddire radicalmente il diritto dell'ordinamento statale. E ciò è tanto più vero nell'ipotesi in cui lo Stato si trovi dinanzi a organizzazioni che ne mettono in questione i fondamentali principi e assetti di carattere costituzionale.

Ciò integrerebbe una fattispecie di antitesi massima, poiché agita da un tipo di organizzazione che non si contenta di perseguire interessi particolari qualificati come illeciti; ma si tratterebbe di una organizzazione che si propone fini generali. Questi motivano e istruiscono esistenza e contenuto dell'ordinamento di una tale organizzazione, e sono incompatibili con l'ordinamento sovrano costituito, fino al punto di contemplarne la soppressione. Esso sovrano, all'incontro, vede l'organizzazione come fatto massimamente antiggiuridico.

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 proteggere, e lungi dal riconoscere agli ordinamenti medesimi il carattere di

esaminando i modi con cui la sovranità dello Stato si esplica sulle persone dei cittadini e classificandoli per la loro misura e pei loro effetti, non può non occuparsi del più delicato di essi. E ciò a prescindere dall'intimo e più visibile legame che stringe le teorie di diritto costituzionale con quelle, per esempio, che si riferiscono ai reati politici» (S. ROMANO, *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche* [1903], in ID., *Scritti minori* [1990], cit., p. 255).

“ordinamenti giuridici” li colpisce come i più gravi fatti antigiuridici, cioè come reati. Così il l’antitesi fra il diritto dello Stato e quello interno di siffatte organizzazioni culmina nella sua più tipica manifestazione¹⁹⁴.

Naturalmente, l’idea di Romano è che ogni valutazione giuridica escluda sempre, per definizione, ogni merito morale. Egli, infatti, considera che tanto la semplice organizzazione a delinquere sia suscettibile di avere un ordinamento interno immorale assai più dell’ordinamento dello Stato, quanto la associazione rivoluzionaria sia suscettibile di avanzare la pretesa di fondare un ordinamento più morale di quello che intende abbattere. Resta fermo, ad ogni modo, che anche le organizzazioni più abiette dal punto di vista delle condotte praticate o promosse siano espressione del diritto oggettivo, così come riformulato dalla dottrina istituzionalistica. Da un punto di vista teorico generale, infatti,

non sembra che resti alcuna difficoltà a riconoscere anche a questi enti la qualifica di enti giuridici, quando – giova ripeterlo – essi si prendano in considerazione, non dal punto di vista delle leggi statali che le reprimono come illecite, ma da quello intrinseco della loro stessa struttura¹⁹⁵.

¹⁹⁴ S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 165.

¹⁹⁵ S. ROMANO, *Diritto e morale* [1944], ID., in *Frammenti* [1947], cit., p. 98.

4. *Aspetto teoretico del nesso tra ordinamento e norma*

Il concetto di autonomia ricorre quale predicato di figure soggettive disparatissime, tutte quelle che si sono in questo lavoro già brevemente passate in rassegna¹⁹⁶: dagli enti sforiniti di personalità giuridica, alle istituzioni aventi vasta dimensione territoriale; a queste come alle altre che rivestono in senso stretto la qualità di formazioni istituzionali, sono pure da aggiungere figure ulteriori e diverse, quali i soggetti singoli titolari delle prerogative giuridiche *jure privatorum*. Più avanti si vedrà come anche tali soggetti non istituzionali rilevino nella costruzione romaniana delle fonti del diritto di un singolo ordinamento, aperto – ancorché sempre secondo discrezionalità selettiva – alla pluralità delle sedi, non solo interne ma anche esterne, di formazione e integrazione del proprio diritto oggettivo.

Proprio per giungere a trarre tali implicazioni, indubbiamente di capitale importanza, quello di autonomia è dunque un concetto inaggirabile; al tempo stesso, tuttavia, esso non si presenta del tutto autosufficiente, poiché di volta in volta si coniuga, in diverso modo, e secondo diversa intensità, con predicati ulteriori e distinti. Di tali predicati, i principali sono quelli di eteronomia, di potestà e di sovranità/originarietà¹⁹⁷.

Anzi, se è possibile insistere su questo punto, è senz'altro il caso di parlare di una vera e propria complementarità concettuale sussistente proprio tra sovranità e autonomia. Ed è su questo punto che si tratterà di sostare per farne emergere il

¹⁹⁶ Si veda *supra*, capitolo I, § 7.

¹⁹⁷ S. ROMANO, *Autonomia* [1945], in ID., *Frammenti*, cit., pp. 37-54, p. 38 ss.

rilievo di elemento decisivo per lo sviluppo della trattazione romaniana sia intorno alla relazione tra un ordinamento sovrano e la complessiva sfera giuridica ad esso esterna, sia a quel più generale ambito che si evoca parlando di *pluralità degli ordinamenti*. Il primo di tali due ambiti si iscrive evidentemente nella materia del diritto della comunità internazionale e si insedia al cuore della stessa; il secondo, invece, ha – lo si è visto – portata più ampia e si pone al rango di teoria generale, interessando i rapporti tra l'ordinamento sovrano assunto a riferimento e le diverse e altre entità ordinamentali, rispetto ad esso ovunque situate, tanto nella sua sfera interna quanto in quella ad esso esterna¹⁹⁸. E, naturalmente, concerne il novero dei criteri che ne mettono in luce le possibilità di reciproca relazione.

Ora, per calare il tema nella prospettiva teorica dovuta, si deve muovere ancora una volta dalla speciale collocazione della norma giuridica in rapporto all'istituzione che la emana.

Sotto questo profilo, è possibile precisare quanto già introdotto nel capitolo precedente. Il nesso tra ordinamento e norma assume – a guardar bene – una duplice valenza,

¹⁹⁸ A partire dalla lezione romaniana, è insegnamento pacifico radunare spazio interno ed esterno sotto la problematica della pluralità, tal ché, guardando oggi all'esterno, «abbiamo l'ordinamento europeo e l'ordinamento internazionale, l'ordinamento delle Nazioni Unite e l'ordinamento, per esempio, del WTO, dell'Organizzazione del Commercio Internazionale». Allo stesso tempo, «anche all'interno della Repubblica esiste un pluralismo istituzionale, nel quale assumono rilievo lo Stato, le regioni, i comuni, le province, le città metropolitane; esiste un pluralismo sociale: la Chiesa, le confessioni acattoliche, gli ordinamenti sportivi, i partiti politici, le formazioni sociali, le associazioni e così via» (A. CERRI, *Pluralità delle fonti e pluralità degli ordinamenti*, in «Rivista italiana per le Scienze Giuridiche», nuova serie, 1, 2010, pp. 55-62, p. 55-56). Come si è già ampiamente sottolineato, il pluralismo ben convive con la gerarchia.

teoretica e sistematica. Il profilo teorico di questa relazione consiste nella già richiamata circostanza per cui la norma è sempre «sospesa» all'istituzione che l'ha introdotta, nel senso che dall'istituzione la norma deriva ogni sua forza.

Qui si deve pure richiamare la principale delle implicazioni di questo punto teorico, per la quale non solo la vicenda giuridica della norma è esposta all'ordinario processo di sviluppo e di rinnovamento del diritto oggettivo, tale per cui una norma sussiste e opera in ragione dello specifico *regime di validità* ad essa applicabile; ma vi è anche un più profondo nesso di base, che rende la norma ancor più radicalmente soggetta alla generale vicenda del *suo* ordinamento¹⁹⁹. Tale vicenda coinvolge, appunto, essenzialmente le prerogative sovrane e, ancor prima, i soggetti concreti che se ne legittimano *effettivamente* titolari, le relazioni che tra di essi si articolano, nonché quelle che essi intrattengono con soggetti ulteriori, tanto all'interno, quanto all'esterno dell'ordinamento considerato, nella misura in cui le dette relazioni possano incidere sulla

¹⁹⁹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 36. Ciò è rimarcato al punto che «molto spesso, la sostituzione di certe norme con altre è piuttosto l'effetto anziché la causa di una *modificazione sostanziale* dell'ordinamento» (ivi, p. 29-30, corsivo aggiunto). Come si è pure accennato, è uno dei passi apprezzati da Carl Schmitt in *Über die drei Arten* del 1934. Proprio svolgendo tali coordinate, è possibile dedurre che, non solo la sostituzione, ma anche la stessa conservazione (sovraneamente selettiva) di certe norme possa coniugarsi con la «modificazione sostanziale» di un ordinamento di cui parla Romano. È infatti così ragionando che si può intendere, ad esempio, come lo *Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger* sia stato l'unico testo normativo del "pacchetto" costituzionale del dicembre 1867 (la cosiddetta *Dezemberverfassung*) ad essere riassorbito nell'ordinamento repubblicano della Costituzione federale austriaca del 1° ottobre 1920, che, appunto, all'art. 140 delle sue *Disposizioni transitorie*, provvede a farlo salvo. Sul tema, si può solo rinviare a R. WALTER, *Hans Kelsen e le origini della costituzione federale austriaca del 1920*, in «Storia e Politica», 5, 1991, pp. 29-41, p. 31.

conservazione, ovvero la non conservazione, di quello specifico modo d'essere in cui la sovranità è stabilita, e l'ordinamento conformato²⁰⁰. Insomma, a venire qui in massimo rilievo è il problema del persistere nel tempo della sovranità, cioè del *regime di effettività* dell'ordinamento come totalità²⁰¹.

²⁰⁰ Ha qui forse la sua maggiore radice, almeno nel Novecento, una prospettiva generale che una parte non poco cospicua della dottrina italiana ha saputo difendere e valorizzare, tutte le volte che si è mostrata pensosa della «complessità di un contesto politico, sociale e culturale, che è necessariamente l'energia ordinante dell'ordinamento, il *logos* sul quale le norme si radicano costituendone semmai il riflesso» (N. LIPARI, *Costituzione e diritto civile*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», LXXII, 4, 2018, pp. 1255-1273, p. 1259). Né, a guardar bene, tale impostazione può dirsi affievolita per opera di quelle posizioni che pongano anzitutto l'accento sulla costituzione: nella misura in cui questa sia intesa quale epitome autentica della specifica fisionomia storica della sovranità: che per mezzo della costituzione si fissa e si rappresenta nella «sua specifica identità sostanziale». In questo senso, ogni carta fondamentale «ambisce a prescrivere le regole del gioco di un ordinamento che vivrà come tale solo perché e fino a che quelle regole, dettate da *quella* costituzione, nella sua specifica identità sostanziale, dureranno». Perciò «l'ordinamento e la “sua” costituzione stanno e cadono assieme, sicché la morte di una costituzione e la morte dell'ordinamento che ne è fondato non possono essere distinte». (M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in «Rivista AIC», 1, 2013, pp. 1-18, p. 1). È peraltro da enfatizzare particolarmente un inciso che questo autore soggiunge riguardo al carattere della costituzione, laddove osserva che il grado di compenetrazione tra costituzione e ordinamento, già rilevantissimo «quando si tratta di costituzioni scritte», si fa massimo «quando si tratta di costituzioni non scritte, per le quali, anzi, fra costituzione e ordinamento complessivo v'è continuità più ancora che contiguità» (*ibidem*). Questa veduta mantiene piena coerenza con l'eredità di Romano, secondo il quale «ogni Stato ha e non può non avere il suo diritto costituzionale», siccome «il diritto è immanente a qualsiasi assetto politico» (S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale* [1946²], cit., p. 2 e 4).

²⁰¹ A questo riguardo è stato scritto che «L'esserci del diritto ha dei limiti temporali. Nessun diritto vale in eterno. Ma, quando guardiamo all'essere temporale, alla struttura temporale essenziale del diritto propria all'esserci, comprendiamo che il diritto non è verso una fine. La sua validità è una validità una volta per tutte. [...] Nulla vuol sapere dell'essere nel forse del mondo, cui le norme si contrappongono dispoticamente (G. HUSSERL, *Recht und Welt* [1929], in ID.,

Bisogna fermare ancora qualche istante l'attenzione su questo profilo teoretico, poiché è anche utile vederne brevemente la profondità, per dir così, storico-genealogica. E, cioè, vederne – oltre quanto si è già potuto solo accennare incidentalmente – la presenza nella storia del pensiero politico, che ne aveva già, tematizzato i termini fondamentali. Tali termini sono, in linea generale, rivendicati da Romano, e concorrono a formare la base su cui trova raccordo il suo istituzionalismo.

È più che intuitivo, d'altronde, che questo architrate vera e propria del pensiero di Romano, che vuole la norma sempre «sospesa» all'istituzione di riferimento in un senso tanto radicale, abbia al proprio nucleo una schietta postura anti-giusnaturalistica, nonché una forte attitudine realistica sul piano filosofico-politico. Come tale, tiene alle proprie spalle una già lunga e cospicua tradizione²⁰².

Recht und Welt. Rechtsphilosophische Abhandlungen, Klostermann, Frankfurt a. M. 1964, pp. 67-114, p. 79). Al netto di divergenze materiali che, *in itinere*, muovano verso la rottura costituzionale, l'immagine della «eternità ordinamentale» quale aspirazione congenita a ogni costituzione resta un tratto incompressibile della contingenza costituzionale (M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni*, cit., p. 1).

²⁰² Si può qui certamente evocare una celebre pagina dei *Discorsi*, in cui Machiavelli osservava che «se le leggi secondo gli accidenti in una città variano, non variano mai, o rade volte, gli ordini suoi». Il plurale “ordini” rinvia chiaramente ad un nucleo fondamentale di istituzioni aventi carattere costituzionale, tra *gubernatio* e *iurisdictio*. Infatti, il Segretario fiorentino ben vedeva come «in Roma era l'ordine del governo o vero dello stato», e altresì come «l'ordine dello stato era l'autorità del Popolo, del Senato, de' Tribuni, de' Consoli, il modo di chiedere e del creare i magistrati e il modo di fare le leggi» (N. MACHIAVELLI, *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, Libro I, XVIII, 7-9, Rizzoli, Milano 2013 p. 109, corsivo aggiunto). Su questo tema, L. MOSSINI, *Necessità e legge nell'opera del Machiavelli*, Giuffrè, Milano 1962; più di recente, lo studio di J. BARTHAS, *Machiavelli costituzionalista. Il progetto di riforma dello Stato di Firenze del 1522*, Viella, Roma 2023, sull'importante redazione della *Minuta di*

5. *Sulle tradizioni pre-istituzionalistiche*

È, ad ogni modo, Romano stesso ad offrire cenni della profondità della tradizione cui egli si proponeva di dare compimento in sede di scienza giuridica, valorizzando – secondo il suo costume metodologico – il patrimonio delle *intuizioni* tramandate.

Con limpida intuizione, l'antica dottrina distingueva la costituzione dalle leggi. Aristotele (*Politica*, IV, 1289-a) scriveva: «le leggi sono fundamentalmente distinte dalla costituzione», e i suoi commentatori e traduttori confermavano che le leggi «separatae sunt *ab iis* quae declarant rempublicam (Victorius), «ab his rerumpublicarum *descriptionibus* diversae sunt» (Ramus), «ab iis *rebus quae rempublicam indicant*, sunt seiunctae» (Giphanus), in modo che «sanae apparent, inter *ea*, quae constituunt rempublicam, non numerari leges» (Heinsius)²⁰³.

Ricorrono in questo passo figure di giuristi (Hubert van Giffen, 1534-1604), filosofi (Pierre de la Ramée, 1515-1572), filologi e umanisti (Pietro Vettori, 1499-1585, e Daniel Heinsius, 1580-1655); tutti grandi lettori, interpreti, e, con Vettori, anche editori di Aristotele; nonché suoi acuti critici, come nel caso speciale di Pierre de la Ramée. Ma il senso di avere alle spalle una tradizione cui riconnettersi è talmente vivo in Romano, che, con riferimento al medesimo luogo della *Politica* dello Stagirita, altrove affermava che

provisione per la riforma dello Stato di Firenze l'anno 1522, da parte dello stesso Machiavelli.

²⁰³ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 57, n. 38^{bis}.

«esattamente Aristotele [...] distingueva la costituzione dalle leggi, cioè dalle norme, con una manifesta, se non limpida intuizione della teoria istituzionalistica. La costituzione, nel suo primo aspetto, meglio che come norma, si presenta come un edificio o un complesso di ingranaggi, nel quale si concreta la struttura fondamentale di quella istituzione che si chiama Stato e, quindi, lo stesso Stato. Ma, essendo lo Stato niente altro che un ordinamento giuridico, essa non è che la parte essenziale di quest'ultimo²⁰⁴.

Per raccogliere qui, almeno in parte, questa ed altre indicazioni romaniane di connessione tra la nuova scienza giuridica istituzionalistica e più risalenti sforzi di pensiero filosofico e politico, è possibile, in sede critica, soffermarsi rapidamente su qualche momento della filosofia politica e giuridica di non molto anteriore rispetto alla stagione romaniana. E si può, in ciò, fare perno certamente sulla lezione di Montesquieu.

In effetti, quanto ai «rapporti che le leggi hanno con la *natura* e col *principio* di ciascun governo», Montesquieu avvertiva che «questo principio esercita sulle leggi un'influenza suprema». E che, una volta accolto e apprezzato tale principio – a suo avviso da rinvenire nella specifica natura politica del soggetto storico titolare della sovranità –, «si vedranno le leggi sgorgare da esso come dalla loro sorgente»²⁰⁵. Più avanti

²⁰⁴ S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale* [1946²], cit., p. 5.

²⁰⁵ C. L. DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* [1748], vol. I, a cura di S. Cotta, Utet, Torino 2002, Libro I, Capo III, p. 65. È noto che già Hobbes – lo Hobbes precursore del giuspositivismo – aveva avvertito che «Il legislatore non è colui per la cui autorità le leggi furono primieramente fatte, ma colui per la cui autorità continuano ora a essere leggi» (T. HOBBS, *Leviatano* [1651], a cura di A. Pacchi, Laterza, Roma-Bari 2020, Capitolo XXVI, p. 222).

precisava che non di leggi qualsiasi qui, in particolare, si fa questione, ma delle «prime leggi fondamentali»²⁰⁶.

Ora, proprio riferendosi a questi passaggi de *Lo spirito delle leggi*, Hegel rendeva a Montesquieu il merito di adottare, ai fini della comprensione del diritto positivo, un punto di vista convenientemente storico, attento cioè alle forze concrete di fatto operanti. Il vantaggio di tale impostazione starebbe nel riuscire a

considerare la legislazione in genere e le sue particolari determinazioni non isolatamente e astrattamente, bensì invece come momento dipendente di una totalità, in connessione con tutte le restanti determinazioni che costituiscono il carattere di una nazione e di un'epoca; in questa connessione esse ricevono il loro verace significato, così come per tal mezzo la loro giustificazione²⁰⁷.

²⁰⁶ C. L. DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* [1748], cit., p. 66.

²⁰⁷ G. F. W. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello stato in compendio* [1821], a cura di G. Marini, Laterza, Roma-Bari 1999, § 3, p. 22. Ma si veda anche ivi, § 261, p. 202, laddove è ribadito che *Lo spirito delle leggi* mette a fuoco «il pensiero della dipendenza in particolare anche delle leggi di diritto privato dal determinato carattere dello stato, e la veduta filosofica di considerare la parte precipuamente nella sua relazione con l'intero» (corsivi aggiunti). Infine, si pensi alla definizione hegeliana di *politische Verfassung* contenuta al § 271 sempre dei *Lineamenti* (ivi, p. 216): «La costituzione politica è per prima cosa: l'organizzazione dello Stato e il processo della di lui vita organica in relazione a sé stesso, nella quale esso differenzia i suoi momenti all'interno di sé stesso e li dispiega al suo sussistere»;

[Die politische Verfassung ist fürs erste: die Organisation des Staates und der Prozeß seines organischen Lebens in Beziehung auf sich selbst, in welcher er seine Momente innerhalb seiner selbst unterscheidet und sie zum Bestehen entfaltet] (corsivi aggiunti). L'enfasi posta sull'organizzazione, sullo svolgimento della esistenza organica degli elementi vitali dello Stato che ne rendono possibile l'attività, così come anche sulla loro unificazione nella vita dell'ente, non implicano di necessità una generalizzazione volta a dilatare il diritto oltre lo Stato, nella società civile, come è assunto dell'istituzionalismo. Tuttavia, il pensiero anti-contrattualistico e anti-giusnaturalistico è, in senso generale, un deposito largamente riconosciuto e attinto dal nuovo diritto pubblico istituzionalista.

Proprio sulla scorta della distinzione hegeliana tra *Konstitution* e *Verfassung*²⁰⁸, penetrata nella giuspubblicistica tedesca del secondo Ottocento, Romano tracciava un discrimine netto tra costituzione «dichiarata» nei «suoi segni esteriori», che sono nient'altro che «la sua documentazione» ovvero «una forma della sua affermazione, e, di contro, le «istituzioni in cui prenderà corpo» e in cui «essa sarà effettivamente data».

In altri termini, la costituzione è un edificio e questo non è la pianta che potrà disegnare l'architetto, per guida di chi dovrà continuare a costruirlo o di chi in esso dovrà muoversi²⁰⁹.

Si può ben dire che Romano auspicasse fortemente che questa attenzione per la materialità diventasse patrimonio indiscusso della scienza del diritto costituzionale. Al punto che se ne traesse perfetta equazione con l'oggetto scientifico: «Costituzione in senso materiale e diritto costituzionale sono espressioni equivalenti»²¹⁰.

Ma tale non era il comune sentire. Certo, «può avere anche qualche rilievo la distinzione, che viene talora fatta, in un ambito più circoscritto e da punti di vista diversi, fra leggi normative e costruttive (Duguit), e fra norme giuridiche di decisione e norme giuridiche di organizzazione (Ehrlich)»²¹¹.

²⁰⁸ Ivi, § 274, p. 221-222.

²⁰⁹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 57 n. 38^{bis}.

²¹⁰ ID., *Principi di diritto costituzionale generale* [1946²], cit., p. 2; «sono la stessa cosa» (ID., *L'ordinamento giuridico* [1918], p. 57 nota 38^{bis}).

²¹¹ Ivi, p. 49 n. 31. Il riferimento qui è a L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, Paris 1901, p. 551 ss.; e ID., *Les transformations du*

Tuttavia, era chiaro che il vero sforzo dovesse esser consacrato a «rivendica[re] i confini» del diritto, che del resto «sono quelli che la tradizione gli ha sempre materialmente assegnato, pur senza averne tentato l'esatta definizione teorica». Il che, però, diventava giocoforza «oramai necessario, di fronte a una tendenza che troppo lo depauperava»²¹².

Insomma, la tradizione più risalente aveva visto giusto, pur non avendo la forza di teorizzare. Mentre, più di recente, il campo di lavoro dei giuristi si era andato intorbidando. Cos'era accaduto esattamente?

È da considerare, ancora una volta, che di quella tradizione lodata da Romano rileva anzitutto il prevalente carattere anti-giusnaturalistico o, al più, i profili di tale tenore da essa esibiti. Ed è su questo aspetto che deve cadere l'attenzione nel comprendere ciò che ne aveva determinato l'appannamento.

Bisogna, infatti, rammentare che lo stesso XIX secolo aveva registrato il rafforzamento della tesi – se non del dogma – della centralità inamovibile dei diritti soggettivi. Presso i giuristi, essi rappresentavano l'unico lascito veramente irrinunciabile della Rivoluzione: positivizzato nei codici, ma, all'occorrenza, sempre suscettibile di nobilitazione ulteriore attraverso il prisma del diritto naturale, che era stato, del resto, il sedimento teorico di origine di quel patrimonio²¹³. Romano

droit public, Colin, Paris 1913, p. 77 ss.; ID., *Traité de droit constitutionnel*, Fontemoing, Paris 1927³, p. 172 ss.; e E. EHRLICH, *Der praktische Rechtsbegriff*, in AA.VV., *Festschrift f. E. Zietelmann*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1913, pp. 3-20, p. 8 ss.

²¹² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 89.

²¹³ La porta – per così dire – lasciata aperta sul diritto naturale dal legislatore positivo è immagine ben illustrata dall'enunciato dell'art. 4 della *Dichiarazione dei diritti* del 26 agosto del 1789: «l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo

stesso osservava che la costruzione, specie nel diritto privato e nel diritto penale, della loro consistenza sostanziale, così come delle relative tutele, ebbe a veicolare fortemente un'idea del diritto imperniata in schiacciante prevalenza sulla norma²¹⁴.

Non meno schierati per la difesa e il rafforzamento di quel medesimo patrimonio erano, inoltre, gli scrittori politici eredi del costituzionalismo moderno post-rivoluzionario, presso i quali dominava la riflessione sui limiti alle intraprendenze temerarie del legislatore, o, ancor più, del *pouvoir constituant*. Contro quelle, da molti si opponeva proprio l'incomprimibilità dei «diritti individuali»²¹⁵. A questo riguardo, è assai utile ricordare²¹⁶ come costoro, da teorici della costituzione liberale, vedessero un legame diretto e stringente non tra i diritti soggettivi e la costituzione, ma solo tra i diritti e la legge: gl'uni erano tendenzialmente pensati come un *prius* gius-politico; l'altra, con la sua enunciazione generale e astratta, era, per antonomasia, lo strumento di espressione, positiva e

ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti».

²¹⁴ «Per limitarci al diritto statuale, ci sono dei rami di esso, in cui l'elemento norma è quello che campeggia e lo si può persino ritenere – fino a un certo punto – esclusivo: così per esempio, il diritto privato e il diritto penale» (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 90).

²¹⁵ Può per tutti valere l'esempio di B. CONSTANT, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements* [1815], in ID., *Ouvres*, a cura di A. Roulin, Gallimard, Paris 1957, pp. 1063-1279, p. 1069 ss., secondo il quale, «la stessa sovranità popolare non è affatto illimitata; essa è circoscritta nei limiti tracciati dai diritti individuali», vale a dire «la libertà individuale, la libertà di opinione, il libero godimento della proprietà, la garanzia contro l'arbitrio».

²¹⁶ Lo ha fatto molto autorevolmente M. FIORAVANTI, *Costituzione* [1999], cit., p. 126; ID., *Stato e Costituzione*, cit., p. 29; ID., *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., p. 53 ss.

sovrana, della tensione universalistica ad essi intrinseca; allo stesso tempo, però, era anche strumento di una possibile volizione politica nascente in qualsiasi momento nel senso di vulnerarli. La costituzione, invece, restava mera sede di strutturazione della forma di governo, perciò concorrente alla garanzia dei diritti in via soltanto indiretta²¹⁷.

Ora, valorizzando questi presupposti, si può argomentare che l'influenza del costituzionalismo liberale ottocentesco, preso tra reminiscenze giusnaturalistiche e preoccupazioni contingenti²¹⁸, aveva contribuito a smarrire, nei cultori del nascente diritto pubblico, il riconoscimento, almeno parziale, dell'unità e della circolarità ordinamentale concreta che tiene indissolubilmente legati *forma di Stato* (come forma storica della sovranità), *forma di governo* (come organizzazione ed esercizio delle funzioni costituzionali sovrane) e *diritti soggettivi* (come forma storica delle posizioni soggettive: diritti

²¹⁷ Non fece eccezione a questo quadro, anzi, ne attestò conferma, l'episodio occorso il 12 marzo 1848, quando Tocqueville tenne il celebre discorso all'Assemblea costituente che avrebbe deliberato quello stesso anno la Costituzione del 4 novembre, della quale si trattava di elaborare il *Preambolo*. Egli si esprime contro il diritto all'assistenza e all'istruzione, nonché contro diritto al lavoro, che – denunciava – avrebbe reso lo Stato il «grande e unico organizzatore del lavoro», «l'unico imprenditore dell'industria» e «l'unico proprietario di ogni cosa» (A. DE TOCQUEVILLE, *Discorso sul diritto al lavoro* [1848], in ID., *Scritti politici*, 2 voll., a cura di N. Matteucci, Utet, Torino 1969, vol. I, *La rivoluzione democratica in Francia*, pp. 281-294, p. 282). È possibile definire le costituzioni ottocentesche successive alle carte ottriate come *leggi con riserva di assemblea*, sul piano soggettivo, e *leggi a competenza riservata*, sul piano oggettivo.

²¹⁸ Si pensi alla fortuna in tutta Europa delle *Reflections* [1790] di Burke, in cui l'autore tuonava contro «un eccesso in senso contrattualistico» e «un eccesso in senso dirigistico» della Rivoluzione francese, divenuti presto i principali assilli del costituzionalismo liberal conservatore ottocentesco (E. BURKE, *Reflections on The Revolution in France* [1790], ed. by C. C. O'Brien, Penguin, London 1969, p. 214 ss.).

individuali, ovvero anche doveri; come pure, in generale, posizioni individuali, o anche non individuali, ad esempio cetuali o altrimenti super-individuali). Cioè, appunto, con linguaggio romaniano, *fini generali dell'ordinamento giuridico originario, contenuto delle disposizioni istituzionali, posizione degli enti-organi e posizioni soggettive*: tutti elementi che, pur potendo gli uni dagli altri rivedere di tempo in tempo le reciproche distanze, mai possono estraniarsi: perché restano stretti da un fondamentale nesso teoretico²¹⁹.

Ora, le considerazioni che si è cercato sin qui di sviluppare devono essere concluse dedicando uno sguardo al grande

²¹⁹ Un nesso che, al tempo in cui è pensato *L'ordinamento*, sarebbe offuscato dal comune perseverare in due errori, «cioè, l'identificazione del diritto obiettivo con le norme, e la sua limitazione al regolamento dei rapporti fra più subietti» (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 81): ciò che è corrente nel diritto privato. Mentre proprio il diritto costituzionale è la *sedes* per eccellenza di studio di siffatto nesso, ove calato dalla teoria generale all'ordinamento più importante. Esso è, in tal senso, il «diritto che segna l'esistenza stessa dello Stato, il quale comincia ad aver vita solo quando ha una qualche costituzione; gli dà una *forma* e [...] una determinata fisionomia; pone e collega i suoi *elementi essenziali* e, quindi, anche le persone e le istituzioni minori che concorrono a tale sua struttura; circoscrive la sua *sfera di efficienza*; ne indica i *fini* e gli interessi fondamentali, nonché i *poteri*, i *diritti* e gli *obblighi* che, in ordine ad essi, sono attribuiti ai vari *soggetti*; organizza il suo *governo*, cioè l'insieme dei congegni per mezzo dei quali quegli interessi sono proseguiti e quei poteri o diritti sono esercitati; pone, regolando le altrui *libertà e autonomie*; fissa i *principi più generali* da cui si svolgono quelli particolari dei vari rami del suo ordinamento» (ID., *Principi di diritto costituzionale generale* [1946²], cit., p. 2, corsivi aggiunti). È proprio tenendo opportunamente insieme questa eredità e quella mortatiana, che una dottrina oggi assai autorevole può felicemente affermare che «Il concetto di forma di Stato è strettamente correlato da un lato a quello di “regime politico”, caratterizzato dalla individuazione delle finalità di carattere generale che ciascuno Stato intende perseguire, dall'altro a quello di “Costituzione materiale”, inteso come l'insieme dei principi e dei valori dominanti che contrassegnano un ordinamento costituzionale» (M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Giappichelli, Torino 2022⁸, p. 9).

laboratorio della giuspubblicistica tedesca, che è certamente il vero e grande interlocutore ravvicinato del lavoro di Romano.

Come è noto, nel dedicarsi alla costruzione del *Rechtsstaat*, essa ebbe principalmente due anime. L'una rappresentata da Otto Bähr e Otto von Gierke²²⁰, maggiormente legata al Savigny del *Beruf* (1815), l'altra facente capo alla scuola di Carl Friederich von Gerber²²¹, assai più influenzata dal Savigny del *System* (1840-1849). Queste due scuole, benché accomunate dall'idea politica di preservare una *Volksgemeinschaft* omogenea e coesa, in grado di mantenersi refrattaria alle spinte frammentatrici proprie della struttura atomistica della società civile post-rivoluzionaria²²², avevano percorso strade diverse. Tuttavia, su profili importantissimi, queste strade trovavano punti di tangenza: un'idea anti-contrattualistica della sovranità era presente tanto in Gerber quanto in Gierke, così

²²⁰ Si veda O. BÄHR, *Der Rechtsstaat. Eine publizistische Skizze* [1864], Scientia, Aalen 1961; O. V. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht* [1868-1913], 4 voll., Weidman, Berlin 1868-1913; O. V. GIERKE, *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft* [1883], Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1961. Su questi problemi, M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania*, 2 voll., Giuffrè, Milano 2014, spec. vol. 2., p. 185 ss.; M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Giuffrè, Milano 1979; E-W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt* [1958], Duncker & Humblot, Berlin 1981; P. RIDOLA, *Stato e costituzione in Germania*, Giappichelli, Torino 2021.

²²¹ Come è noto, l'opera di Gerber è particolarmente avvinta all'interesse verso i destini politici degli Stati tedeschi, circa il quale egli abbracciava ardimentosamente la via bismarkiana. Nella sua opera fondamentale, C. F. V. GERBER, *Grundzüge des deutschen staatsrechts* [1865], Tauchnitz, Leipzig 1880³, giusnaturalismo e liberalismo sono respinti quasi con disprezzo.

²²² È il pericolo segnalato da von Gneist della «*gesellschaftlicher Ordnung des Staates*», propria del costituzionalismo francese, cui è contrapposta una «*staatlicher Ordnung der Gesellschaft*» (R. V. GNEIST, *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg*, Springer, Berlin 1869, p. 2-3).

come un'idea anti-giusnaturalistica delle posizioni soggettive. Per l'uno, meri «effetti di diritto pubblico»²²³ e termine *posterius* dello *Staatsrecht*; per l'altro, caratteri del diritto generantisi nella comune appartenenza (*Mitgliedschaft*) che avvince tanto lo Stato quanto le parti organiche della comunità politica in senso generale²²⁴.

Ecco, si può sostenere che Romano traesse il proprio compito anche dalla constatazione dei punti di forza così come dai limiti di questo grande e complessivo sforzo dei giuristi tedeschi. Anti-contrattualismo e anti-giusnaturalismo restano pilastri della dottrina romaniana. Ma questa, pur accogliendo la gerberiana *rechtliche Persönlichkeit* di diritto pubblico, non le consente una *potestas* giuridicamente incommensurabile, in grado di sovradeterminare ogni aspetto dello Stato-comunità in nome della immedesimazione organica tra Stato e Popolo, come tra le rispettive volontà²²⁵; né le riconosce

²²³ C. F. V. GERBER, *Sui diritti pubblici* [1852], in ID., *Diritto pubblico*, a cura di P. L. Lucchini, Giuffrè, Milano 1971, pp. 3-87, p. 65 ss.

²²⁴ O. V. GIERKE, *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft* [1883], cit., p. 35 ss. Su questo punto, P. COSTA, *Lo stato di diritto: un'introduzione storica*, in AA.VV., *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Feltrinelli, Milano 2003², pp. 89-170, p. 115.

²²⁵ C. F. V. GERBER, *Grundzüge des deutschen staatsrechts* [1865], cit., p. 1-3, 29, 226. «Proponendo l'idea della personalità giuridica dello Stato, egli [Gerber] afferma la separazione di Stato e società civile, fondandola, però sull'assorbimento della seconda nel primo: egli supera la tradizione organicistica nello stesso tempo confermandola» E, ancora, «il *Volk* viene considerato esclusivamente nel suo aspetto di comunità depositaria di valori storico-culturali, e non nella sua dimensione di soggetto pluralisticamente articolato secondo differenziati, e contrastanti, interessi socio-economici», il che configura «i presupposti di un'estrema debolezza della società civile di fronte allo Stato, il quale, nella sua dimensione di Stato persona [...] si trova ad essere il centro assoluto della collettività» (M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, cit., p. 256, 263, 267).

applicazione secondo una conveniente elaborazione teorica sul piano giuridico, essendo la personalità, per Romano, predicato dell'ordinamento statale, certamente, ma, rispetto al concetto più generale di istituzione-ordinamento, predicato accessorio²²⁶.

Allo stesso modo, Romano condivideva senz'altro la critica di Gierke alla esasperazione logica del metodo labandiano, che portava in dote l'«isolamento del diritto» dalle «manifestazioni della vita sociale», a detrimento della loro «correlazione genetica»²²⁷; apprezzava lo sforzo di ricostruzione del complesso patrimonio di storia e di cultura giuridica proprio del principio corporativo nel diritto germanico, da quella dottrina visto – beninteso – «in contrapposizione sia alla tradizione romanistica che al giusrazionalismo illuministico»²²⁸.

Ma, se la *Genossenschaft* di Bähr e Gierke è un elemento importante ai fini della emersione della radice sociale del diritto, tale figura non appare sufficientemente raffinata sul piano giuridico, al fine di servire anche in chiave teorico-generale, e quindi in modo da andare alla radice del principio

²²⁶ Infatti, «è Stato ogni ordinamento giuridico territoriale sovrano, ossia originario»; e, all'occorrenza, può valorizzarsene l'elemento della personalità: «se si vuole dare rilievo a questa sua qualità», si può anche accogliere la definizione di «persona giuridica territoriale sovrana» (S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale* [1946²], cit., p. 71). Sul carattere di accessorialità in sede dommatica e teorico-generale, ID., *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 75-76.

²²⁷ O. V. GIERKE, *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft* [1883], cit., p. 17-18.

²²⁸ P. RIDOLA, *Stato e costituzione in Germania*, cit., p. 9.

giuridico condiviso tanto dai corpi statali quanto da quelli non statali.²²⁹

Insomma, si può ben vedere come il punto decisivo in cui precipitano questi problemi stia nella rappresentazione che la prima grande stagione della scienza giuridica del diritto pubblico offre del rapporto tra Stato e società civile, laddove la seconda è, in modi diversi, termine negato da entrambi gli indirizzi evocati. Nel tematizzare una dottrina della sovranità nel diritto pubblico, la scuola gerberiana fagocitava la società civile e vi sovrascriveva l'unità del *Volk*; la scuola gierkeiana, invece, pensava assai meglio i corpi sociali, ricercando un più corretto equilibrio con la sovranità statale – il che spiega la maggiore vicinanza di Romano a questo indirizzo –, ma la rappresentazione giuridica di quei corpi non si stacca sufficientemente dall'immaginario tradizionale consuetudinario del vecchio diritto germanico.

6. *Aspetto sistematico della relazione tra ordinamento e norma*

Oltre ad un profilo teoretico, si è detto che la relazione tra norma e ordinamento schiude anche un profilo sistematico, che in sostanza ne è corollario. Mentre il primo risale dalla norma al suo ordinamento, il secondo descrive il movimento

²²⁹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 48 e 49 n. 31, p. 116-117; luoghi citati, nel presente lavoro, alla nota 95.

inverso, e attiene essenzialmente alla organizzazione delle fonti di produzione: è sempre lo specifico modo d'essere dell'ordinamento²³⁰, per così dire, *secerne*²³¹ le *sue* fonti di produzione, attraverso norme – scritte ovvero non scritte – sulla produzione²³².

²³⁰ Ogni ordinamento, in quanto contraddistinto da «una propria organizzazione», reca con essa «una vita che si identifica con lo spirito giuridico che l'anima e che dalla struttura dell'ente non può scindersi, così come lo spirito vitale non può scindersi dal corpo vivente se non per mera astrazione» (S. ROMANO, *Diritto e morale* [1944], in *Frammenti*, cit., pp. 89-101, p. 93-94). Il giovane Carl Schmitt, mettendo l'accento sullo stesso punto attraverso una veloce rassegna della letteratura assolutistica del Cinque-Seicento, scriveva che non è peregrino presupporre, nello spazio sociale, il possesso di «determinate qualità» in quanto «materiale adeguato» a una certa «forma di stato». In particolare, «uomini dotati del principio costruttivo del sistema politico repubblicano – la “virtù” – non sopporterebbero infatti una monarchia. Il *tipo di energia politica* che si esprime nella “virtù” è incompatibile appunto con forme assolutistiche di governo e ammette unicamente una repubblica» (C. SCHMITT, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria* [1921], a cura di C. Galli, Il Mulino, Bologna 2024, p. 59, corsivo aggiunto). In una più audace prospettiva di filosofia della storia, che non è, a stretto rigore, appartenuta né a Romano, né a Schmitt, è stato detto, ancora sul punto in esame, che «Ogni fase dello sviluppo dell'idea della libertà ha il suo peculiare diritto, poiché essa è l'esserci della libertà in una delle di lei proprie determinazioni» (G. F. W. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., § 30 p. 43).

²³¹ Tale immagine, assai vivida, non è estranea alla filosofia del diritto, avendola per primo impiegata Cristiano Tomasio, il quale, nei suoi *Fundamenta iuris naturae et gentium* del 1705, enunciava – con il taglio razionalistico proprio della sua epoca – che nei fondamenti del diritto «ubique secernuntur principia» (C. THOMASII, *Fundamenta Iuris Naturae et Gentium ex sensu communi deducta, in quibus ubique secernuntur principia honesti, justi ac decori, cum adjuncta emendatione ad ista fundamenta Institutionum Jurisprudentiae Divinae* [1705], Halae & Lipsiae, ristampa anastatica dell'edizione 1718, Scientia, Aalen 1963).

²³² È sempre su queste basi che la dottrina più avvertita continua a guardare allo studio del sistema delle fonti del diritto in prospettiva storica, attenta com'è a porre correttamente la relazione di metodo tra principio di effettività e costruzioni di sistema: nel senso – si può dire, con aderenza a Romano – che è sempre il primo a plasmare le basi delle seconde. Così, guardando al tramonto degli ordinamenti di Antico Regime, si può constatare che «la crisi politica del sovrano, vale a dire del sistema politico dominante [...], trascina con sé la

Si è già potuto vedere come il medesimo modo d'essere in concreto di un ordinamento lo conduca anche a dare (ovvero non dare) riconoscimento, sotto forma di un giudizio di rilevanza, a certe norme di un altro ordinamento. Ma questa valutazione giuridica può essere spinta anche più oltre, estendendosi, ove ritenuto, alle stesse norme sulla produzione di questo, il cui regime di efficacia, tuttavia, può essere altrimenti configurato da quella medesima valutazione. Superfluo specificare che un siffatto giudizio, dell'uno o dell'altro tipo, implica anzitutto un certo riconoscimento di quell'ordinamento medesimo.

Ad ogni modo, ciò che qui interessa principalmente mettere in risalto è che la attribuzione di efficacia ad una fonte giuridica, per dir così, decentrata corrisponde sempre ad una attivazione di un profilo di autonomia in capo ad un soggetto che, per parte propria, potrebbe trovarsi ad agire nella sua sfera anche secondo prerogative ben diverse, vale a dire sovrane. È dunque di grande interesse mettere debitamente a fuoco il rapporto tra i due concetti venuti in rilievo.

perdita di effettività delle fonti del diritto che di quel sistema, di quelle autorità politiche siano state espressione. Così è avvenuto, ad esempio, per i poteri normativi del re, o dell'imperatore, mano a mano che si è venuta affermando l'autorità politica del Parlamento, che ha fatto sì che la legge si imponesse nel sistema a scapito dei decreti reali e delle ordinanze imperiali» (F. BILANCIA, *Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2010, 1-29, 5-6). Più di recente, sul quadro odierno di crisi del sistema delle fonti e del suo *prius* istituzionale, in Italia, si veda A. CARDONE, *Brevi note sulla degenerazione del sistema delle fonti: gli effetti convergenti della crisi della sovranità statale e della forma di governo parlamentare alla luce dell'esperienza italiana*, in A. PÉREZ MIRAZ, G. M. TERUEL LOZANO, E. RAFFIOTTA, M. P. IADICCIO (a cura di), *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, vol. IV, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid 2020, 25-40.

7. Sovranità e autonomia: contro il dogma dell'esclusività.

Che la dimensione dell'autonomia sia inscindibile da quella della sovranità si evince assai chiaramente dalla voce dei *Frammenti* dedicata all'*Autonomia*, in cui le coordinate teoriche di vengono fissate nel seguente modo:

Il concetto di autonomia non risulta formulato compiutamente se non si riferisce sia alla complessiva costituzione di un ordinamento giuridico, sia a quella dei vari elementi, oltre che delle norme, di cui esso può constare²³³.

Questo rapporto si coglie molto bene se si guarda alla decostruzione che il giurista siciliano ne deduceva del cosiddetto *principio di esclusività o unicità di ogni ordinamento giuridico originario*, «che fa parte – egli rilevava – delle esagerate e spesso paradossali teorie Kelseniane e ha trovato, anche fuori dei fedeli seguaci di esse, una non sempre meditata accoglienza»²³⁴.

²³³ S. ROMANO, *Autonomia*, [1945], in ID., *Frammenti*, cit., p. 38.

²³⁴ Ivi, 39. Quale esempio di fortuna dell'indirizzo kelseniano, Romano faceva rinvio al lavoro di Alessandro Passerin d'Entreves dal titolo *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, Gayet, Torino 1934, ad ogni modo stimato «pregevole». Altrove (*L'ordinamento giuridico*, cit., p. 126, alla nota 95^{bis} aggiunta con l'edizione del 1946) la medesima tesi di Kelsen, per cui gli ordinamenti originari sarebbero «per loro natura esclusivi e, se considerati dal proprio interno, unici», era censita a partire da tre scritti (*Das Problem der Souveränität* del 1920, la *Allgemeine Staatslehre* del 1925, e il saggio dal titolo *Les rapports des système entre le droit interne et le droit international public*, apparso nel 1927 sulla *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*), ed era rilevato che essa «è stata accettata, in vario senso e in varia misura, anche da molti che dissentono dalle teorie generali di Kelsen», incorrendo in «gravi contraddizioni». Tra costoro, Romano richiamava una parte autorevolissima della scienza internazionalistica degli anni Trenta e Quaranta: Gaetano Morelli, Roberto Ago, Giorgio Balladore Pallieri. Sul conto di quest'ultimo, tuttavia, il

Kelsen, in effetti, negava in senso generale la possibilità di concepire simultaneamente una pluralità di ordinamenti del medesimo tipo o grado. Il monismo kelseniano è disponibile unicamente alla scelta – non rimessa al giurista – tra il primato dell’ordinamento internazionale e quello di uno solo tra gli ordinamenti statali dati. La sua formulazione del principio di esclusività postulerebbe così una secca identità di concetto tra il lemma “autonomia” e quello di “sovrانيتà”, di modo che un ordinamento che sia sovrano, e che tale sia in virtù della originarietà delle sue prerogative sovrane, non potrebbe che essere, insieme, autonomo, cioè in grado di dare a sé stesso il suo diritto: *tutto* il suo diritto²³⁵. Non solo perché, tautologicamente, esso non ripeterebbe quest’ultimo se non dalla sua suprema potestà giuridica; ma anche perché, al di fuori di questa, esso non scorgerebbe alcuna possibile alterità giuridica potestativa: stante il principio in parola, «quando ci si pone dal punto di vista di un dato ordinamento, per es. di quello statale, tutti gli altri ordinamenti non avrebbero, da tale punto di vista, il carattere della giuridicità, ma avrebbero il valore di

giudizio si proponeva più sfaccettato: se con il saggio *Le dottrine di Hans Kelsen e il problema dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale* [1935] e, prima ancora, con *Il concetto del rinvio formale* [1929] anche Ballardore Pallieri aveva espresso favore per il principio monista di esclusività, già con lo scritto *Le varie forme di rinvio e la loro applicabilità al diritto internazionale privato* [1943] questo autore iniziava a rappresentare uno dei «recentissimi tentativi di rivedere questa materia», in discontinuità rispetto alle «opinioni espresse in altri suoi precedenti scritti» (*L’ordinamento giuridico*, cit., p. 157, nt. 120^{ter}).

²³⁵ In linea generale, «il diritto regola la sua propria produzione, in quanto una norma giuridica regola il procedimento con cui un’altra norma giuridica viene prodotta, e regola anche in grado diverso il contenuto della norma che deve essere prodotta» (H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* [1934], a cura di R. Treves, Einaudi 2000, p. 104).

meri fatti»²³⁶. E, appunto, com'è noto, la fortuna di questa dottrina ha dovuto, proprio nell'intento di difendere l'impostazione ora riassunta, dare un certo tipo di sviluppo alla categoria dommatica dei fatti normativi.

Sempre per esigenze di coerenza logica, il principio in esame, notava ancora Romano, pretendeva che un ordinamento, che si vedesse attribuita una potestà normativa da parte di un ordinamento sovraordinato, non potesse distinguersi da quest'ultimo, ma in esso dovesse risultare interamente assorbito²³⁷. *A fortiori*, infine, immedesimazione e indistinzione dovevano valere «per ordinamenti alla cui formazione è estraneo ogni soggetto come tale, e, quindi, ogni potestà»²³⁸. In questa prospettiva, sovranità e autonomia sarebbero invariabilmente esclusive e inscindibili.

È da dire che tutto ciò aveva, per Romano, il sapore di una ingessatura teorica lontanissima dalla realtà, in quanto impedirebbe di guardare convenientemente alla trama di relazioni effettivamente sussistente – e sempre suscettibile di sussistere – tra ordinamenti. Realtà, concretissima e dinamica, che imponeva, al contrario, di distinguere sovranità (ovvero

²³⁶ S. ROMANO, *Autonomia*, cit., p. 42.

²³⁷ Tale è il caso della potestà di adottare «regolamenti statali», in corrispondenza dei quali – obiettava Romano – vengono in rilievo piuttosto profili di autonomia «competenza» in capo agli organi titolari della relativa potestà (ivi, 38).

²³⁸ È l'analogo caso degli «enti sforniti di personalità giuridica [...]». Esempi di tali ordinamenti si rinvencono nei c.d. enti di fatto e nei loro statuti (v. art. 36 sgg. cod. civ.)» (*ibidem*). Anche qui l'obiezione era nel senso che tali enti, i quali, «nel porre un loro ordinamento, non esercitano una loro potestà», andrebbero riconosciuti portatori di un certo elementare grado di autonomia. Sostanzialmente nel senso qui profilato da Romano si pone, ai nostri giorni, la giurisprudenza di legittimità (si veda, ad es., Cass. civ., Sez. I, 26 giugno 1994, n. 6032 e Cass. civ., Sez. I, 16 giugno 2000, n. 8239).

originarietà), da una parte, e autonomia, dall'altra. Nonché di istituire tra di esse una alterità dialettica²³⁹: in questa prospettiva, l'autonomia, da intendersi come «autolegislazione non illimitata né sovrana»²⁴⁰, conoscerebbe gradazioni

²³⁹ Romano rilevava come su tale via di pensiero si fosse in certo modo già avviata una parte, pur minoritaria, della dottrina: riferendosi a F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Foro Italiano, Roma 1940, p. 108, osservava che «quando da taluno i due concetti di sovranità e di autonomia si sono, non solo distinti, ma contrapposti, il problema dell'autonomia si è profilato, almeno per quanto riguarda questo punto, nei suoi giusti termini» (S. ROMANO, *Autonomia*, cit., p. 41). Dei quali giusti termini egli tracciava anche una precisa storia: l'idea kelseniana di autonomia originaria e illimitata, infatti, aveva avuto un importante antecedente nel diritto antico, quando la *πολιτεία* era pensata indipendente in quanto capace di darsi da sé le proprie norme; ma in seguito l'idea di autonomia aveva via via preso a disgiungersi dalle vicende pratiche e teoriche della sovranità, denotando sempre più marcatamente «sfere giuridiche minori» (ivi, p. 40). Romano soggiungeva che, prima della riproposizione del concetto antico di autonomia, intervenuta attraverso il monismo kelseniano, «il rilievo di questa evoluzione» si presentava «così comune, specialmente da parte della dottrina meno recente», che esso costituiva un possesso stabile della scienza dello Stato. Romano citava in proposito, tra le altre, opere di Behrend, di Ahrens, di Brunner, nonché la voce *Autonomie*, contenuta nello *Staats-Lexikon oder Encyclopädie der Staatswissenschaften*, curata da Carl Theodor Welcker (vol. II, Brockhaus, Lipsia 1858³, pp. 76-88). Uscito in quindici volumi tra il 1834 e il 1843, più 4 volumi supplementari apparsi tra il 1846 e il 1848, sotto il coordinamento dello stesso Welcker e di Karl Rotteck, lo *Staats-Lexikon* era stato forse il principale punto di riferimento della educazione politica della borghesia tedesca nel *Vormärz*. In senso più generale, è da ricordare che il punto di vista kelseniano, proprio in quanto sovrapponeva autonomia e sovranità, privilegiava una prospettiva centrata sulla *citoyenneté* del singolo, che rende l'autonomia essenzialmente una possibile prerogativa di ogni soggetto destinatario della prescrizione normativa, nella misura essa autonomia si connette alla essenza democratica del modo di formazione del complesso delle prescrizioni a lui rivolte: talché «il problema della produzione giuridica» ridonda nel «problema della forma di stato», e viceversa (H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* [1934], cit., p. 131 e 132).

²⁴⁰ S. ROMANO, *Autonomia*, cit., 40. Conforme alla posizione romaniana risultava quella di Paul Laband, il quale trattando di *Selbstgesetzgebung*, affermava che «L'autonomia, come concetto giuridicamente rilevante, presuppone un potere pubblico non sovrano [...]. Il difetto di sovranità di questo potere legislativo appare evidente, giacché esso deve tenersi entro i limiti che il sovrano ha fissato

quantitative diversissime, che manterrebbero distinta la loro specifica qualità da quella propria della sovranità; al contempo, una progressione quantitativa – evidentemente connessa ai processi storici in cui matura l’evoluzione degli ordinamenti positivi – permetterebbe al primo termine anche di ridondare nel secondo: con ciò non annullando l’alterità, ma confermandola dialetticamente, cioè compiendo il salto qualitativo ad essa sotteso. È così che un ordinamento può transitare da autonomo a sovrano, ovvero anche compiere il percorso inverso.

Naturalmente, in tale prospettiva, un ordinamento autonomo, finché è tale, intrattiene sempre un certo legame necessario, tra gli altri possibili, con un ordinamento che gli sia

all’autonomia» (P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* [1911⁵], vol. I, Scientia, Aalen 1964, p. 106-107). È da dire che la dottrina contemporanea, in Italia, non ha disperso questo inquadramento di fondo, custodendo di esso l’adattamento che se ne è procurato entro i contorni positivi dello Stato regionale repubblicano, ed entro la specifica configurazione che in questo assume la problematica del *tipo di stato*. Infatti, tutt’oggi è solidamente prospettata una «concezione delle istituzioni locali come articolazioni di decentramento amministrativo statale, alla quale è negata l’emersione della intrinseca politicità e la partecipazione alla “sovranità”, che resta un attributo di esclusiva pertinenza dello stato centrale», cui è demandato il «compito di concretizzare e salvaguardare l’equazione tra i principi e i valori dell’unità, dell’uniformità e dell’uguaglianza». Inoltre, «l’autonomia è ricostruita dai più come la capacità delle comunità locali di dotarsi di un’organizzazione e di un ordinamento particolare e limitato per soddisfare i propri bisogni, ma pur sempre nel perimetro della sovranità statale. Di regola l’ordinamento statale, infatti, è chiamato a “fondare” o “costituire” le autonomie. E anche quando si limita a “riconoscere” le autonomie non le rende partecipi della sovranità statale. Ne consegue che l’autonomia così come non può essere posta sullo stesso piano della sovranità allo stesso tempo non può essere considerata alla stregua di una sua declinazione o manifestazione» (V. ANTONELLI, *Sovranità, Stato e pubbliche amministrazioni: indizi di una trasformazione*, in AA. VV., *Metamorfosi del diritto amministrativo. Liber amicorum per Nino Longobardi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023, pp. 3-13, p. 4-5).

sovraordinato, e che sia, o si qualifichi, sovrano: da questo deriverà, in via eteronoma, tutto quanto faccia difetto al suo grado di autonomia. Possiamo anzi dire che l'eteronomia è, per l'ordinamento che è autonomo e non sovrano, il rovescio, nella sua sfera, della sovranità vantata dall'altro ordinamento, quello sovrano, cui è legato. Ma ciò non vuol dire che esso resti da quest'ultimo assorbito o con esso confuso e immedesimato, come nell'ipotesi kelseniana²⁴¹.

C'è però un altro aspetto che ulteriormente contraddistingue la dottrina della pluralità degli ordinamenti. Infatti, è da osservare che l'ordinamento che si autoqualifica sovrano, e che come tale si atteggia entro la sua sfera, può essere a sua volta qualificato altrimenti da uno o più ordinamenti ancora diversi. In tal caso, convivranno entrambe le qualificazioni, valide ed effettive secondo il punto di vista a partire dal quale esse sono proiettate, nonché secondo la soglia effettuale fino alla quale tali opposti punti di vista saranno, in concreto, fatti valere²⁴².

In altri termini, ancorché in linea di principio polarità opposte, autonomia e sovranità convivono, in base a profili

²⁴¹ «Con questo esso rimane collegato per il suo fondamento, per i limiti entro i quali deve mantenersi, per i controlli cui è sottoposto, per la protezione e la tutela che può occorrergli, in breve perché l'uno e l'altro sono in certo senso reciprocamente complementari, ma tutto ciò non esclude, anzi implica la loro irriducibile distinzione» (S. ROMANO, *Autonomia*, cit., 46).

²⁴² «Un ordinamento che da sé si qualifica ed è originario può da un altro ordinamento originario essere qualificato e trattato come non originario» (ivi, 43). Questo continuo dislocarsi della prospettiva, a partire da un centro volta a volta sempre nuovo, dal quale le relazioni con altri centri si riformulano secondo il concreto modo d'essere delle situazioni inter-istituzionali, è il cuore metodologico dell'anti-monismo (ed anti-kelsenismo) romaniano. Esso è massimamente svelato in sede di teoria generale; ma non può mancare di spiegare indirette conseguenze pure in sede dommatica.

distinti che possono l'uno all'altro in concreto sovrapporsi nella stessa figura soggettiva. Ciò, per altro, si dà in via strutturale tutte le volte che un ente sovrano venga ad essere considerato (non nella relazione orizzontale e volontaria con un altro ente sovrano, ma) nel contesto di una dimensione ordinamentale ancora più vasta, dalla quale esso sia inesorabilmente limitato e reso condizionato: tale più vasto contesto forma tipicamente il caso dell'ordinamento internazionale. Dello stesso tenore, e, anzi, con contorni ancor più accentuati, è pure la collocazione di uno Stato all'interno di compagini interstatali via via più circoscritte e determinate, come una confederazione di Stati, nonché – è pure opinione di Romano – una federazione di Stati. Dunque, l'ordinamento statale, nella sfera di quel diverso ordinamento che è la comunità internazionale, rileva sul piano giuridico in quanto autonomo e delimitato. Appunto, delimitato e vincolato dalla comunità internazionale. Al contempo, esso si conserverà sovrano, cioè provvisto della «suprema potestà di governo secondo un ordinamento originario»²⁴³, nel dominio del suo diritto interno: verso gli ordinamenti, a vario titolo autonomi e in vario grado radicati entro siffatto dominio.

²⁴³ Ivi, 41.

8. *L'organizzazione delle fonti*

Nella medesima prospettiva, il discorso può procedere portando l'attenzione al profilo riguardante le fonti. Lo stesso diritto internazionale privato, in quanto eccede il solo ordinamento dello Stato, risulta, insieme, espressione tanto di sovranità (dello Stato che lo pone), quanto di una potestà di autonomia (che al medesimo Stato compete «di fronte agli altri Stati»²⁴⁴: cioè, una potestà permessa e limitata dal diritto internazionale pubblico). Di fronte poi al diritto oggettivo specificamente posto da un altro Stato²⁴⁵, un qualsiasi ordinamento statale può formulare un *giudizio di rilevanza*, così come, alternativamente, di *non rilevanza*. Nel primo caso (spesso segnato dall'impiego della tecnica del rinvio), può anche «prenderlo in considerazione attribuendogli un carattere diverso da quello che esso ha in sé e per sé, in base alle sue norme», dunque «limitatamente a certi effetti e in certa misura, nonché con le qualifiche che potrebbe ritenere opportuno conferirgli»²⁴⁶.

²⁴⁴ S. ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, Cedam, Padova 1939⁴, p. 10.

²⁴⁵ In questo caso delimitiamo il discorso all'ambito internazional-privatistico, ma esso ha, nell'ipotesi romaniana, portata teorica generale. Ricche sono, ad esempio, anche le applicazioni che l'autore ne prospettava nel diritto ecclesiastico.

²⁴⁶ S. ROMANO, *Autonomia*, cit., p. 42-43. La prospettiva, parimenti, può essere ribaltata insediando il punto di vista nell'ordinamento internazionale, a partire dal quale pure si estendono giudizi di rilevanza verso il diritto degli Stati: infatti, «il diritto statale imposto, vietato o permesso dal diritto internazionale, è *diritto interno internazionalmente rilevante*»; al contrario, «il resto del diritto interno è *internazionalmente irrilevante*, anche quando regola materie attinenti ai rapporti con gli altri Stati, se il diritto internazionale lo ignora o non se ne occupa» (S. ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, cit., p. 51).

Si può dire ora guadagnata la possibilità di tornare su un punto che si era evocato, cioè sulla problematica dei fatti normativi in quanto implicazione del principio di esclusività e unicità, così come frainteso – direbbe Romano – dai malacorti seguaci di Kelsen.

In effetti, un problema pregnante si è posto con la questione della diretta efficacia interna di norme straniere richiamate da disposizioni internazional-privatistiche. Nonostante si tratti di norme di un altro ordinamento, della cui fonte di produzione non può essere dubitabile la natura volontaria, per lunghi decenni la dommatica ha insegnato che l'atto di produzione delle norme straniere dovesse degradare a mero fatto dal punto di vista dell'ordinamento interno. Si argomentava, infatti, che proprio il principio di esclusività di un ordinamento andasse inteso non solo «nel senso che rispetto ad esso sono rilevanti solo le valutazioni giuridiche derivanti dalle sue norme», ma anche nel senso che risulti ammissibile, per questo stesso ordinamento giuridico, «contemplare [...] delle valutazioni giuridiche attribuite ad una norma o ad un atto da un ordinamento straniero» soltanto «come fatti rispetto a sé rilevanti»²⁴⁷.

²⁴⁷ T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, vol. II, Foro italiano, Roma 1938, 42. Nello stesso senso si è autorevolmente pronunciato V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Cedam, Padova 1984⁵, p. 174 ss., ma ammettendo significativamente «il carattere artificiosamente concettuale» della figura degli atti normativi o delle norme straniere considerati come 'fatti' dal punto di vista dell'ordinamento rinviante (ivi, 175 ss.), cioè delimitando il discorso al punto di vista dommatico: centro pressoché inamovibile dello sforzo dottrinale di questo autore. Più in generale, inoltre, a proposito dell'«impenetrabilità» dell'ordinamento statale da parte di altri ordinamenti, Crisafulli si mostrava ben più storicamente avvertito di Perassi, e sostanzialmente custode della lezione romaniana, allorché rilevava che «una tale esclusività, nella quale finisce

Siffatta impostazione aveva trovato proprio in Santi Romano, e con lui in Emilio Betti, due oppositori assai pugnaci. Per Romano contava la realtà e contava la sua varietà aperta al possibile. Non, all'opposto, la stringente ma pure soffocante logica di «coloro che rimangono ancora fermi al domma della statualità del diritto»²⁴⁸.

Il principio che ogni ordinamento originario è sempre esclusivo, deve intendersi nel senso che esso può, non che debba necessariamente negare il valore giuridico di ogni altro: [...] può prenderlo in considerazione attribuendogli un carattere diverso da quello che esso si attribuisce da sé e quindi, se crede, può considerarlo un mero fatto; ma non si vede perché non possa riconoscerlo come ordinamento giuridico, sia pure in certa misura e per certi effetti,

per risolversi, agli effetti pratici, il moderno concetto della sovranità, va intesa, con riguardo allo Stato, in senso storico, piuttosto che in senso logico; come *effettiva possibilità* di escludere dal proprio ambito qualunque altra autorità, piuttosto che come astratta pretesa a porsi come esclusivamente valido» (ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, Padova, 1961, p. 80, corsivo aggiunto). Di contro, T. PERASSI, *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale* [1917], in *Scritti giuridici*, vol. I, Giuffrè, Milano 1958, pp. 237-304, p. 243 ss., aveva enunciato una dommatica delle fonti che considerava, quasi assiomaticamente, propria di qualsiasi ordinamento giuridico, cioè valida anche in sede di teoria generale.

²⁴⁸ S. ROMANO, *Autonomia*, cit., p. 48. Proprio il secondo volume delle *Lezioni di diritto internazionale* di Tomaso Perassi si trovava all'attenzione di Romano quando, in schietta polemica anche con Morelli e Ago, ne censurava le opinioni «insanabilmente contraddittorie», osservando che «lo Stato che rinvia ad una norma di altro Stato considera questa norma nel suo contenuto particolare, ma non come avulsa dall'ordinamento di cui è parte. Anzi, la considera giuridica precisamente perché e finché essa è giuridica nello Stato straniero, perché e finché essa appartiene all'ordinamento di quest'ultimo». Precisamente, la contraddizione in cui versavano costoro, ad avviso di Romano, era quella per cui essi «negano, nel caso in esame, la figura del rinvio recettizio, ma, ciò nonostante, continuano a parlare di una vera e propria incorporazione delle norme cui si rinvia nell'ordinamento che opera il rinvio» (*L'ordinamento giuridico*, cit., p. 157, nt. 120^{ter}).

nonché con le qualifiche che potrebbe ritenere opportuno conferirgli²⁴⁹.

Ad avviso di Betti, la conclusione che le valutazioni giuridiche di altri ordinamenti dovessero risultare nient'altro che estranee alla *lex fori*, salvo porsi, al più, alla stregua di meri fatti, era sintomo della «posizione gnoseologica del solipsismo»:

posizione in cui il soggetto psichico singolo fa di sé il centro dell'universo, centro del cosmo della conoscenza, ed a ciò che gli si contrappone non riconosce altra dignità che quella di oggetto, di mero fatto, oggetto che non ha propria consistenza in sé, ma in tanto sussiste in quanto il soggetto lo conosce. Ebbene cotesta posizione è falsa sul terreno gnoseologico; del pari falsa sul terreno giuridico è la nozione di esclusività così intesa. Sul terreno politico, l'indirizzo rigidamente formalistico [...] corrisponderebbe alla posizione politica di un gretto e angusto nazionalismo, il quale non riconosca pari dignità a comunità etniche o nazionali diverse da quelle dello stato da esso rappresentato. In realtà, il fenomeno della esclusività che si crede di rinvenire nell'ordinamento statale ha ben altro senso; e questo senso è bene intuito da Santi Romano²⁵⁰.

Spendendo argomenti in parte diversi, Romano e Betti tratteggiavano una versione dell'esclusività che rifuggiva gli irrigidimenti e che risultava irriducibile a quella in via di

²⁴⁹ S. ROMANO, *Autonomia*, cit., p. 42-43. Lo stesso passo qui citato, redatto nel 1945 con lo scritto di cui è parte, rifluisce ne *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 126, nt. 95^{bis}, aggiunta alla seconda edizione del 1946.

²⁵⁰ E. BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 129, che, come Romano, si richiamava direttamente al lavoro di Perassi del 1938.

consolidamento nella dominanza delle fonti. Questa appariva ad entrambi, nello stesso tempo, contraddittoria ed erroneamente formalistica, cioè obbediente ad un formalismo frainteso. Tuttavia, nonostante la loro grande autorevolezza, non pare che su tale problema siano riusciti a lasciare un segno decisivo negli anni in cui presero parte al relativo dibattito²⁵¹.

9. I caratteri del diritto internazionale

La comunità internazionale presenta dei caratteri affatto peculiari, i quali la rendono un ordinamento che, se, da un lato, condivide con quello statale taluni profili, dall'altro, ne riatteggia o, persino, ne rovescia vistosamente altri. Questa solo parziale accostabilità dei due ordinamenti, cui corrispondono i due ambiti più importanti del diritto pubblico, stimola la dottrina istituzionalistica ad una elaborazione più raffinata e più comprensiva delle sue griglie concettuali fondamentali. Le quali, per l'appunto, trovano un obbligato terreno di più puntuale verifica proprio in corrispondenza del diritto internazionale.

²⁵¹ Sulla tale appassionante problema, sono lucidissimi i contributi di C. PINELLI, *Costituzione e principio di esclusività. I. Percorsi scientifici*, Giuffrè, Milano 1989, p. 189 ss.; ID., *Fonti fatto e fatti normativi extra ordinem*, in «Rivista italiana per le Scienze Giuridiche», nuova serie, 1, 2010, pp. 241-257. A quest'ultimo lavoro, in particolare, si deve l'impostazione generale del presente paragrafo.

Ciò è vero al punto che qualsivoglia tentativo di sistemazione dei cardini di ordine teorico-generale della scienza giuridica non può sfuggire questo decisivo banco di prova. Infatti, «specialmente» il «c. d. problema del diritto internazionale» costituisce vera e propria «pietra di paragone» di ogni dottrina che intenda misurarsi con la questione della «definizione del diritto»²⁵². E, in questa prospettiva, Romano non ometteva di rilevare che, dal suo punto di vista, l'insufficienza della massima parte degli sforzi da annoverare a tal proposito registrasse precisamente il difetto, non lieve, di acconciare l'idea del diritto sempre in un senso che, tendenzialmente, lo lasciasse schiacciato sui caratteri particolari del solo diritto statale e del suo ordinamento, così da sottoporre la ricostruzione dommatica dell'altro a forzature e costrizioni snaturanti. Tali da lasciare aperti importanti problemi di teoria generale, oltre che tali da distanziarlo sensibilmente dalla «pratica costante». Donde il monito, ben noto anche ai lettori solo saltuari del giurista siciliano, per il quale «non la realtà si deve – dal giurista – subordinare al concetto, ma questo a quella»²⁵³. Come si è cercato di mettere in luce, siffatto monito è invero presente in tutta la trattazione de *L'ordinamento giuridico*, sin dalle prime pagine. Ma in questa sede si può rilevare come venga levato con un grado di maggior forza.

Ora, al fine di censire i punti di prossimità e di distanza che emergono da un esame congiunto di queste due specie di ordinamenti, interno e internazionale, tornano assai utili le coppie distintive (di carattere statico) che Romano prospettava ai

²⁵² Ivi, p. 57.

²⁵³ *Ibidem*.

fini di una classificazione tassonomica degli ordinamenti, e che nel presente lavoro si sono in precedenza passate in rassegna²⁵⁴. Inoltre, tornano non meno utili i cenni fatti a proposito dei nessi di posizione o titoli di rilevanza tra ordinamenti (di carattere dinamico), pure sommariamente già visti²⁵⁵.

Un primo inquadramento da porre è il seguente: in quanto membri di un ordinamento *complesso*, quale è la comunità internazionale, gli Stati sono a questa subordinati. Ma pure è vero che gli Stati stessi, a loro volta, integrano istituzioni complesse, cioè istituzioni di istituzioni; e quelle minori, che essi ricomprendono, poiché ricadenti entro la loro sfera di efficacia, sono altresì «in uno stato di subordinazione e di inferiorità rispetto all'altro».

Qui sta un primo importante elemento da discriminare, con riferimento al grado di tale subordinazione. Nel caso degli ordinamenti particolari che stanno dentro la sfera dello Stato, essa conosce una relevantissima intensità, in base alla quale «l'ordinamento superiore può determinare le stesse condizioni di esistenza e di validità di quello inferiore»: proprio come, appunto, «fa lo Stato, che domina così estesamente gli enti pubblici e privati che da esso dipendono». Invece, il diritto della comunità internazionale, pure trovandosi effettivamente sovraordinato a quello dei singoli Stati, forma un caso in cui, tipicamente, «la sfera di questa signoria può essere più ristretta»²⁵⁶.

Bisogna collegare la più tenue intensità di tale subordinazione ad una duplice circostanza. Anzitutto, gli Stati sono, in

²⁵⁴ *Supra*, § 7.

²⁵⁵ *Supra*, § 3.

²⁵⁶ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 127.

linea di principio, ordinamenti totalmente originari: fattore che, come si è detto, spiega al massimo grado la sua portata con riferimento alle rispettive sfere interne. Pertanto, il potere di cui sono titolari non viene loro attribuito da quell'ordinamento che è ad essi superiore, coincidente, appunto, con la comunità internazionale: essi non lo derivano da nessun'altra istituzione²⁵⁷. In secondo luogo, mentre gli enti particolari e inferiori presenti nell'ordinamento statale insistono in una porzione della sua medesima sfera di efficienza giuridica, unitaria e complessiva, il diritto internazionale, invece, si pone e si svolge in una sfera che è totalmente altra rispetto a quella dei soggetti che vi prendono parte: perciò esso «sta sopra il diritto statale, ma non può né sopprimerlo, né dichiararlo invalido»²⁵⁸.

Dunque, mentre nella subordinazione degli enti soggetti allo Stato si dà anche una situazione di continenza delle sfere giuridiche – il che assicura all'istituzione sovraordinata il massimo della primazia –, nella subordinazione dello Stato alla comunità internazionale si distinguono due sfere indipendenti: e ciò principalmente nel senso che, in linea generale,

²⁵⁷ «Il diritto internazionale non attribuisce allo Stato alcun potere di autonomia interna». E ancora: «l'esistenza o meno di uno Stato, cioè di un ordinamento giuridico statale, è affatto indipendente dal diritto internazionale, è oggetto estraneo al suo contenuto, materia ad esso sottratta» (ivi, p. 131-132). Questo aspetto di «indipendenza propria e originaria dell'ordinamento inferiore, che si contempera con quella superiorità»

²⁵⁸ *Ibidem*. Ancora: «non rientra nella sfera della sua efficienza il potere di negare validità alle singole estrinsecazioni dell'ordinamento statale, il quale si fa valere entro un'altra sfera che è ad esso preclusa» (ivi, p. 132).

quella superiore non ha il potere di penetrare quella inferiore²⁵⁹.

Il diritto internazionale [...] ci offre l'esempio di un ordinamento superiore a quello dei singoli Stati, che tuttavia non ne dipendono né per la loro esistenza complessiva, né per la validità delle loro singole estrinsecazioni. Da questo principio discende il corollario della c. d. separazione dei due ordinamenti giuridici, cioè del diritto internazionale e del diritto interno statuale²⁶⁰.

Siamo evidentemente di fronte ad una dottrina solidamente dualistica, la cui costruzione si presenta affatto originale, proprio per via dell'operare di quei nessi di posizione o titoli di rilevanza che contraddistinguono le figure della relazione tra ordinamenti. Oltre al nesso di subordinazione, opera qui anche quello di presupposizione. «Il diritto statuale – affermava Romano – è [...] manifestamente il presupposto necessario del diritto internazionale»²⁶¹. Ciò, naturalmente, vuol dire che senza quegli enti che ne sono le parti costitutive, il diritto internazionale e la relativa comunità non hanno vita.

Pertanto, la veduta da assumere in tema di diritto internazionale, porta luce sul fatto che

la distinzione, quindi, fra istituzioni semplici e complesse si ricollega, ma non coincide, con quella fra istituzioni originarie e derivate. E non soltanto si deve aver riguardo, per le istituzioni complesse, alla varia subordinazione delle minori di fronte alla maggiore in cui si comprendono, ma anche alla posizione di

²⁵⁹ Questo aspetto di «indipendenza propria e originaria dell'ordinamento inferiore, che si contempera con quella superiorità» (ivi, p. 139)

²⁶⁰ Ivi, p. 131.

²⁶¹ Ivi, p. 134.

quest'ultima, in quanto essa presuppone l'esistenza delle prime e, quindi, il loro ordinamento: così per esempio la comunità internazionale presuppone [...] i singoli Stati che la compongono²⁶².

²⁶² Ivi, p. 124.

CAPITOLO TERZO

Un episodio sintomatico della prima ricezione romaniana

SOMMARIO: 1. *Una polemica di primo Novecento* – 2. *La «reciproca incomprensione» di giuristi e filosofi* – 3. *Giorgio Del Vecchio e Santi Romano: la filosofia del diritto dei giuristi* – 4. *Il problema della forma secondo Del Vecchio* – 5. *Il problema della forma secondo Romano* – 6. *Prime approssimazioni di un bilancio* – 7. *Resistenze filosofiche.* – 8. *«Il solito circolo vizioso dell'empirismo»*

1. Una polemica di primo Novecento

Oggetto di questo ultimo capitolo è la ricostruzione dei momenti salienti di una polemica che, all'indomani della pubblicazione de *L'ordinamento giuridico* di Romano, ha visto coinvolti il giurista siciliano e il filosofo Giorgio Del Vecchio. Si tratta di un episodio che restituisce uno scorcio importante della filosofia del diritto del primo Novecento e che merita di stare iscritto non solo nella storia, lunga e stratificata, della ricezione del principale lavoro teorico di Romano²⁶³, ma anche nella vicenda più generale della faticosa

²⁶³ Sul tema la letteratura è molto vasta. Basti qui il rinvio a M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: Nuove prospettive della ricerca*, cit., *passim*; a M. FUCHS, *Die Allgemeine Rechtslehre Santi Romanos*, Duncker & Humblot, Berlin 1979; nonché al volume che raccoglie i lavori del Convegno napoletano del 2018 presso l'Istituto italiano per gli studi

elaborazione dei compiti qualificanti dell'ufficio giusfilosofico.

Sono, questi ultimi, due profili che non possono evidentemente costituire oggetto di una adeguata discussione in questa sede. Tuttavia, l'itinerario della riflessione intorno al metodo e alle finalità della scienza giuridica, così come, correlativamente, circa lo statuto della filosofia del diritto, campeggiava – lo si vedrà – sullo sfondo della polemica in questione con intensità vivissima. Ciò rende necessaria qualche premessa a proposito di quello che, con riguardo a siffatti temi, sembra essersi affermato con l'autorevolezza di un vero e proprio canone storiografico: si allude alla dicotomia coniata da Norberto Bobbio tra filosofia del diritto «dei filosofi» e filosofi

storici: *L'ordinamento giuridico nel centenario*, a cura di A. Sandulli, Il Mulino, Bologna 2021.

del diritto «dei giuristi»²⁶⁴, la cui utilità questi legava «allo scopo di classificare le opere di filosofia del diritto»²⁶⁵.

Il presente studio assume preliminarmente l'opinione secondo cui detta dicotomia conserva attitudine storiografica solo entro taluni limiti, senza il temperamento dei quali essa si abbassa a manicheismo, agitable in chiave unicamente polemica.

È infatti da richiamare che, per chiarire il contesto e le implicazioni di una filosofia del diritto «dei filosofi», Bobbio giustapponeva una scienza giuridica filosoficamente

²⁶⁴ Bobbio ha molto insistito sul tramandarsi, almeno fino alla prima metà del Novecento, e specialmente in Italia e in Germania, di una concezione della filosofia del diritto come «filosofia applicata», vale a dire «costruita dall'alto, senza alcuna base nell'esperienza giuridica», e, come tale, mera appendice di una qualche «filosofia generale», quest'ultima tipicamente protesa a varcare il dominio giusfilosofico in ragione dei suoi incerti confini. Da ciò, ad avviso di Bobbio, un «grave inconveniente: la cosiddetta applicazione diventa spesso una trasposizione estrinseca, se non forzata, di soluzioni da un campo all'altro». Ne risulterebbe una impropria trattazione dei «problemi generali del diritto», i quali, in tal guisa, «non sono studiati partendo dall'interno dell'esperienza giuridica stessa, ma dalle soluzioni date a problemi ancor più generali e comunque diversi» (N. BOBBIO, *Natura e funzione della filosofia del diritto* [1962], in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* [1965], pref. di L. Ferrajoli, Laterza, Roma-Bari 2011, pp. 29-41, p. 32). Bobbio concludeva che «le teorie del diritto» venivano espone «non già secondo la dialettica interna di queste teorie, ma secondo l'ordine di sviluppo delle correnti di filosofia generale» (ivi, p. 34). Di contro, accadeva che a tali impostazioni i giuristi «volgono sdegnosamente le spalle», ostentando un «atteggiamento caratteristico di agnosticismo filosofico» (ivi, p. 33). Dalla filosofia del diritto dei filosofi, mestamente «*ancilla philosophiae*» (ivi, p. 32), traeva dunque alimento un dualismo insanabile, «una doppia verità»: circolava cioè «un diritto dei filosofi e un diritto dei giuristi, e non era affatto necessario che gli uni riconoscessero quello degli altri» (ivi, p. 27). In tutt'altra luce, invece, appariva a Bobbio la filosofia del diritto dei giuristi, in quanto finalmente interpretata da «giuristi-filosofi», cioè da veri «giuristi con interessi filosofici» (ivi, p. 34-35), il cui rovescio non doveva più essere l'agnosticismo filosofico dei giuristi puri: la frattura con questi aveva margine di richiudersi.

²⁶⁵ Ivi, p. 34.

agnostica e una filosofia speculativa ancora poco attenta a cadersi a fondo nell'esperienza giuridica. Sorgeva, per entrambe, l'esigenza di ridurre tale distanza: l'una accrescendo la propria consapevolezza e coerenza teoretica, l'altra comprendendo l'autonomia e l'articolazione pratica della vita giuridica e dei suoi concetti. Detta giustapposizione forma la base di un'ipotesi storiografica che pare tuttora solida, radicata, per altro, nella stessa genesi della *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, come a breve si osserverà. Tuttavia, la vicenda dell'agnosticismo filosofico in auge presso i giuristi tra fine Ottocento e primo Novecento non può ridursi a mero rovescio della ipoteca vantata dalle «filosofie generali» sulla filosofia del diritto: essa ne è certamente condizionata, ma è a sua volta gravida di sedimenti filosofici propri. Va, inoltre, legata piuttosto alla prossimità del ceto giuridico al potere.

Ancora, bisogna stare avvertiti che al secondo termine della dicotomia – la filosofia del diritto «dei giuristi» – veniva sì accordata da Bobbio luce positiva, avendo esso il pregio di rendere possibile la ricomposizione del dualismo ascritto al primo termine, stemperando l'agnosticismo filosofico dei giuristi; ma ciò solo in quanto si prestasse ossequio, dai giuristi, ad una precisa connotazione filosofica e ad una altrettanto precisa opzione di metodo. E non altrimenti.

Nella sua prospettiva di quegli anni, infatti, la predilezione per le opere dei giuristi-filosofi si motivava con «la preferenza per un metodo, o meglio per un certo stile di lavoro»²⁶⁶. Più esattamente, la insistita contrapposizione tra l'ambiente italiano e tedesco, da una parte, e l'ambiente anglosassone,

²⁶⁶ Ivi, p. 36.

dall'altra, sottendeva un intento polemico anti-idealistico preponderante sull'avviso storiografico. Osservando infatti che, invero, «la differenza tra filosofia del diritto dei filosofi e filosofia del diritto dei giuristi nasconde in realtà una differenza più profonda, ovvero una differenza tra due modi di filosofare», egli così andava al cuore di tale discriminazione: «lo stile analitico è più frequente nei giuristi che nei filosofi»; i primi sarebbero più inclini al «pluralismo, con riguardo alla concezione della realtà», nonché all'«empirismo, con riguardo al problema della conoscenza»; e ciò «per la natura stessa» dell'indagine giuridica, concludendone che «nella tradizione inglese [...] la differenza tra filosofia del diritto dei filosofi e filosofia del diritto dei giuristi sia meno netta»²⁶⁷.

Di contro, «la situazione dei paesi in cui maggiormente si sono sviluppati indirizzi di filosofia speculativa» sarebbe stata tale da vedere quella faglia assai più profonda, in quanto qui «la ricerca filosofica è spesso contrapposta alla ricerca scientifica, e tra filosofi e scienziati ci sono rapporti non di alleanza ma di ostilità, e, nella migliore delle ipotesi, ciascuno cammina per la propria strada senza troppo curarsi dell'altro»²⁶⁸.

Sull'ipotesi storiografica di Bobbio faceva aggio, dunque, una tesi filosofica: la «doppia verità» sarebbe da risolvere non proprio con la tessitura di scambi e di legami produttivi di nuove sintesi (genuinamente dissoltrici della stessa dicotomia), ma con l'elisione di uno dei due termini, ogni volta che questo presenti certi contenuti deteriori, cioè «speculativi»,

²⁶⁷ Ivi, p. 36-37.

²⁶⁸ *Ibidem*.

invisi al neopositivismo logico del Bobbio dei primi anni Sessanta.

Sta in ciò la componente senz'altro più invecchiata e inservibile della fortunata dicotomia del filosofo torinese. Tanto più in quanto, nelle pagine in cui la coniava, egli collocava proprio Santi Romano tra i massimi interpreti della filosofia del diritto dei giuristi²⁶⁹, avendo questi «aperto, nella recente storia del pensiero giuridico, una via che, piaccia o non piaccia, è una delle vie maestre della filosofia del diritto contemporanea»²⁷⁰. Avrebbe questo merito da fare con la prevalenza dello «stile analitico» pure in Romano? Oppure col fatto che la sua opera «guarda con un certo sospetto la filosofia dei filosofi»²⁷¹? Sarebbe singolare affermarlo.

Si cercherà di mostrare come le cose siano da inquadrare in altro modo.

2. La «reciproca incomprensione» di giuristi e filosofi

La nascita della *Rivista internazionale di filosofia del diritto* avveniva, nel 1921, sotto il segno di laboriosi auspici. Tra questi²⁷², aveva un posto speciale quello di dare vita,

²⁶⁹ Lo stesso vale per Del Vecchio, sebbene con meno enfasi (ivi, p. 34-35).

²⁷⁰ Ivi, p. 35.

²⁷¹ *Ibidem*.

²⁷² Si veda LA DIREZIONE, *Programma*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», I, 1, 1921, pp. 1-4, p. 1. Tra i propositi cui veniva dato risalto, quello di giovare alla Filosofia del diritto avendo ragione della «dispersione e disorganizzazione del lavoro scientifico, che particolarmente si nota nel nostro campo

proprio per il tramite di un «organo periodico proprio», ad un «punto d'incontro di filosofi e di giuristi» che ne incoraggiasse il dialogo e riducesse una distanza altrimenti carica, non di rado, di mutua insofferenza²⁷³: tal ch , giuristi e filosofi «troppo spesso s'ignorano e quasi ostentano una reciproca incomprensione»²⁷⁴.

Tale frattura, oggetto cos  delle premure dei fondatori della *Rivista*, risentiva di un contesto generale che   ben noto: essa era espressione del lungo travaglio che aveva scandito il processo di differenziazione della scienza giuridica in diversi e articolati segmenti disciplinari, ponendo, ad un tempo, la questione del metodo scientifico e della ricomprensione di

di studi e che ne nasconde a molti la reale importanza» (ivi, p. 1); o, ancora, quello di «por mente agli studi ed alle riforme che, rispetto agli ordinamenti sociali e giuridici, si vengano compiendo negli altri paesi»; e ci  non gi  ottemperando ad una mera «accademica informazione», ma con la solida aspirazione di condividere «nuovi impulsi a meditare ed al fare», in nome del «carattere umano ed universale del diritto» (ivi, p. 2).

²⁷³ Tra i filosofi del diritto che si mostravano avvertiti del ciclico ritorno di quell'atteggiamento – a vario titolo sempre circolante tra i giuristi e particolarmente vivace nei primi decenni del Novecento – che vorrebbe la Filosofia del diritto «una disciplina completamente inutile, se non addirittura dannosa, per il puro giurista»,   Angelo Ermanno Cammarata, che vi ragionava proprio in uno scritto che, come brevemente si vedr , dava seguito agli intendimenti della *Rivista* di convocare in dialogo filosofi e giuristi, appunto, sulle riaffioranti «tendenze antifilosofiche» presso questi ultimi (A. E. CAMMARATA, *Su le tendenze antifilosofiche della Giurisprudenza moderna in Italia*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», II, 4, 1922, pp. 234-258, p. 235; dello stesso autore, nel medesimo fascicolo, si veda altres  la breve noterella su *La riduzione dei posti di ruolo nelle cattedre di Filosofia del diritto*, pp. 308-309). Sul punto, Norberto Bobbio ha visto particolarmente forti le tendenze in parola soprattutto tra i giuristi allora fautori del tecnicismo giuridico, cui s'accompagnava «l'atteggiamento di fastidio o di superiorit  di fronte ai cosiddetti problemi filosofici» (N. BOBBIO, *Situazione e orientamenti* [1959], in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 18-28, p. 27).

²⁷⁴ La DIREZIONE, *Programma*, cit., p. 1.

ciascuno di tali segmenti entro la medesima cornice epistemologica²⁷⁵. Contestualmente, l'avanzare di tale differenziazione interna proponeva la questione della relazione con lo spazio scientifico esterno: segnatamente, la questione del rapporto con la filosofia, la quale manteneva il costume di affacciarsi sui problemi del diritto – che soleva formulare a suo modo: anzitutto col proprio linguaggio –, per svolgere anche in quell'ambito le premesse e gli assunti fondamentali congegnati sul suo terreno più intimamente teoretico²⁷⁶. In un moto di crescente reazione, il lavoro dei giuristi si mostrava, pertanto, dominato dall'assillo di provvedere a questa duplice ricognizione di confini, la quale non poteva non passare, correlativamente, per la chiarificazione dello stesso concetto di diritto²⁷⁷.

²⁷⁵ «Il *Methodenstreit* è sempre stato vivo in Italia; [...] negli anni '20 e '40 era stato messo in primo piano soprattutto il problema teorico della natura e dei limiti della scienza giuridica» (N. BOBBIO, *Situazione e orientamenti*, cit., p. 22). Nel 1918, proprio Santi Romano scriveva: «una vera, completa definizione del diritto in generale [...] deve proporsi lo scopo, non soltanto teorico, ma anche pratico, di servire per tutti i rami speciali del diritto, se è vero che questo, sia pure non unico nelle sue estrinsecazioni, può tuttavia ridursi ad unità di concetto» (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 25). Nella stessa dottrina civilistica non mancavano altrettanto autorevoli voci pronte ad insistere sulla «necessità di considerare la scienza giuridica come scienza unitaria» (Alf. ROCCO, *Principi di diritto commerciale - Parte generale*, Utet, Torino 1928, p. X).

²⁷⁶ In tal senso, autorevolmente: G. FASSÒ, *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*³, Il Mulino, Bologna 1994, p. 15. Ma basti in proposito anche il solo richiamo a una delle opere che hanno dato i natali alla filosofia del diritto: nella pagina che avvia l'*Introduzione* dei *Lineamenti*, il filosofo di Stoccarda scrive che «La scienza del diritto è una parte della filosofia» (G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* [1821], cit., § 2, p. 19).

²⁷⁷ Per un inquadramento generale: U. SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Nuvoletti, Milano 1955. Assai autorevolmente è stato detto, ancora da parte di Bobbio, che «il tema centrale dei filosofi del diritto in Italia è stato quello ontologico, o del concetto di diritto» (N. BOBBIO, *La filosofia*

Evidentemente un concetto d'ora in avanti da intendere non più quale appannaggio dei (soli) filosofi “puri”²⁷⁸.

del diritto in Italia [1957], *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 42-60, p. 47). È a tale riguardo che, nel 1905, Giorgio Del Vecchio faceva proprie le parole di Otto von Gierke: «Am Eingange und am Ausgange der Rechtswissenschaft steht begreiflicher Weise die Frage: *Was ist das Recht?*» (O. GIERKE, *Naturrecht und Deutsches Recht*, Rutten & Leoning, Frankfurt 1883, p. 4, citato in G. DEL VECCHIO, *I presupposti filosofici della nozione del diritto* [1905], in ID., *Presupposti, concetto e principio del diritto*, Giuffrè, Milano 1959, pp. 2-122, p. 7 nt. 1). Analogamente, nel lavoro cui è legata maggiormente la sua fama, Santi Romano prestava attenzione al carattere di piena attualità che Radbruch, nella prima edizione dei suoi *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (Quelle & Meyer, Leipzig 1914, p. 30), aveva accordato alle note «parole derisorie» di Kant: «Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe vom Recht» (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 22 nt. 3). Si è già ricordato che l'opera di Romano recava il sottotitolo *Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*.

²⁷⁸ Figura inaggirabile della cultura italiana dell'epoca, Benedetto Croce aveva proposto la sua dottrina giusfilosofica nelle pagine della *Riduzione* (e, prima ancora, nella recensione dei *Presupposti filosofici della nozione del diritto* dello stesso Del Vecchio, apparsa in «La Critica», III, 6, 1905, pp. 515-516). Qui aveva autorevolmente prospettato che il problema peculiare della filosofia del diritto consisterebbe nel determinare l'indole dell'attività giuridica, distinguerla dall'etica, e stabilire dunque «il fondamento o il concetto del diritto» (B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia* [1907, 1926²], ed. critica a cura di C. Nitsch, Giuffrè, Milano 2016, p. 9 ss.). Tuttavia, aveva negato autonoma consistenza a tale concetto, considerando il fatto giuridico «nella sua universale ed eterna natura» quale fatto pratico, di carattere non etico, bensì meramente economico (ivi, p. 35 ss., 42, 45). Tale sarebbe la forma del diritto, il suo concetto. Ne derivò un'alzata di scudi da parte dei giuristi-filosofi: si pensi, ad esempio, al saggio di W. CESARINI SFORZA, *Il concetto di diritto e la giurisprudenza integrale*, Società editrice libraria, Milano 1913; o alle pagine di retrospettiva di G. CALOGERO, *Croce e la scienza giuridica*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», Serie III, LIX-LX (1952-1953), pp. 1-13.

3. Giorgio Del Vecchio e Santi Romano: la filosofia del diritto dei giuristi

Con riguardo allo spettro di problemi ora evocati, è interessante richiamare come, in una pagina teoricamente assai densa de *L'ordinamento giuridico*, ove inizia ad essere enucleato il carattere della oggettività del diritto secondo la prospettiva ordinamentale²⁷⁹, Santi Romano sentisse il bisogno di riferirsi alla *Filosofia della pratica* di Benedetto Croce. E lo faceva in una nota in cui, invitato il lettore al riscontro di talune opinioni prossime alle proprie – quelle di Iginio Petrone, espresse in *Il diritto nel mondo dello spirito*²⁸⁰, e quelle di Giovanni Gentile de *I fondamenti della filosofia del diritto*²⁸¹ –, osservava che la teoria crociana, «in quanto nega l'autonomia, dal punto di vista esclusivamente filosofico, del concetto di diritto, che elide in una più ampia categoria, non

²⁷⁹ Si tratta della dimensione organizzativa degli ordinamenti, che viene introdotta – lo si può anticipare – come la «cosiddetta posizione formale del diritto, che si definisce come regno dell'obiettività» (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 32).

²⁸⁰ Opera, questa (Libreria editrice milanese, Milano 1910), richiamata anche altrove, segnatamente con riguardo alla sua consonanza di fondo con la posizione romaniana circa il rapporto ontologico da fissare tra diritto privato e diritto pubblico: e, nondimeno, viziata – osservava Romano – da una «concezione strettamente statuale del diritto» (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 25 nt. 7).

²⁸¹ In particolare, il rinvio di Romano (*L'ordinamento giuridico*, cit., p. 32 nt. 14) si indirizzava alle pagine gentiliane in cui è trattata la posizione della soggettività individuale nei confronti dell'autorità sovrana, illustrando le condizioni in base alle quali quest'ultima cessa di esserle meramente esterna, facendosene anzi «celebrazione di libertà, di vera e propria attività spirituale»; tal ché ogni autorità «è reale in forza del nostro riconoscimento» (G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto* [1916], in *Opere*, IV, Sansoni, Firenze 1937³, pp. 1-111, p. 77 ss. e p. 85).

può servire di base per chi deve invece affermare l'esistenza e l'autonomia di quel concetto, sia pure in senso empirico»²⁸², e ne concludeva che «qualunque sia il valore filosofico di tale dottrina, essa non ne ha e non ne vuole avere alcuno per la scienza giuridica propriamente detta, che non può certo rinunciare a foggarsi un concetto del diritto, senza rinnegare se medesima»²⁸³.

Della necessità che la scienza giuridica ponesse da sé le fondamenta del proprio dominio disciplinare, Giorgio Del Vecchio, da poco insediatosi sulla cattedra romana che era stata di Francesco Filomusi Guelfi²⁸⁴, era figura non meno avvertita, quando, nel 1921, prendevano avvio i lavori della *Rivista*. Ancora nel 1929, in apertura di uno scritto sul quale più avanti si tornerà, egli scriveva che la nozione del diritto, «nonostante le fatue “negazioni” della Filosofia del diritto, fu sempre, e non può non essere, la base della Giurisprudenza e una parte essenziale di ogni Filosofia»²⁸⁵. Ma già tra il 1905 e il successivo decennio, la sua filosofia giuridica aveva trovato espressione compiuta, formulando, com'è noto, una posizione che legava neokantismo e giusnaturalismo²⁸⁶.

²⁸² Evidente, qui, l'allusione concessiva alle opinioni di scuola filosofica positivista, verso le quali irriducibile era, notoriamente, la *vis polemica* crociana.

²⁸³ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 32 nt. 14.

²⁸⁴ La vicenda della tormentata successione alla cattedra capitolina è ricostruita con ricchezza di dettagli da C. NITSCH, «Dentro la nebulosa». *Pietro Bonfante su filosofia, storia e scienza del diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», C, 4, 2021, pp. 797-830, in particolare pp. 808-812.

²⁸⁵ G. DEL VECCHIO, *Sulla statualità del diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», IX, 1, 1929, pp. 1-21, p. 2.

²⁸⁶ Può essere qui utile richiamare le tappe essenziali della sua produzione di quegli anni: nel 1905 appariva *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, presso l'editore Zanichelli di Bologna; l'anno successivo era dato alle stampe *Il concetto di diritto*, ristampato nel 1912; del 1908 è, poi, *Il concetto della natura*

Quando, dunque, si impegnava autorevolmente a prescrivere, dalle pagine della *Rivista*, una cura, un rimedio alla anosa «reciproca incomprensione», si trovava all'apice del suo corso accademico e intellettuale. Parimenti, la stessa incomprensione cui indirizzava le sue attenzioni gli stava dinanzi mentre toccava, proprio in quel torno di anni, un punto di acme: a partire dalla sua pugnace prolusione romana del 1917 sul «metodo naturalistico» negli studi storico-giuridici, Pietro Bonfante aveva dato avvio a quella vivacissima polemica proprio con Croce e Gentile²⁸⁷ che, ancora nel 1921, echeggiava

e il principio del diritto, riproposto in seconda edizione nel 1922. Qualcosa della fortuna di tali opere è detto dal fatto che ne veniva presto realizzata una traduzione per il pubblico anglofono, e, in volume unico, venivano edite nel 1914, presso l'editore statunitense Boston Book Company, con il titolo – «a dir vero non molto esatto», soggiungeva Del Vecchio nella *Prefazione* alla riedizione italiana del 1959 (p. III) –, *The formal basis of Law* (tale volume veniva ristampato, nel 1921, nella prestigiosa «Modern Legal Philosophy Series»). Questa stessa «Trilogia», quale riconosciuto condensato della riflessione giusfilosofica dell'autore, appariva più tardi anche in edizione italiana presso l'editore Giuffrè, col titolo *Presupposti, concetto e principio del diritto (Trilogia)*, appunto, nel 1959. Sempre nella stessa *Prefazione*, l'autore annotava che «col passar degli anni quei tre volumi divennero quasi introvabili, mentre erano tuttavia ricercati» (*ibidem*). Sulla dimensione internazionale dell'opera di Del Vecchio, si veda B. LEUCADITO, *La ricezione di Giorgio Del Vecchio in Brasile tra le due Guerre*, nonché A. MASTROPIETRO, *Julius Binder e la filosofia del diritto italiana. Il carteggio con Giorgio Del Vecchio*, entrambi in *I filosofi del diritto alla 'Sapienza' tra le due Guerre*, Atti del Convegno internazionale, Roma, 21 e 22 ottobre 2014, a cura di G. Bartoli, Sapienza University Press, Roma 2017, pp. 583-604 e 617-625.

²⁸⁷ Si tratta della rovente quanto celebre polemica, divampata tra il 1917 e il 1919, tra il romanista Pietro Bonfante, da una parte, e, dall'altra, le due figure di maggior spicco della filosofia italiana di inizio secolo. Per lo scritto che apre questo confronto si veda P. BONFANTE, *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, in «Rivista italiana di sociologia», XXI, 1, 1917, pp. 53-72 (poi in ID., *Scritti giuridici vari*, IV. *Studi generali*, Sampaolesi, Roma 1925, pp. 46-69; rist. Aracne, Roma 2019, pp. 53-72). Sul tema, densissimo, si rinvia a A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in AA.VV., *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Laterza, Roma-

forte nella cultura italiana, e che aveva visto lo stesso Del Vecchio in posizione tutt'altro che defilata²⁸⁸.

Avvertendo il bisogno di una ricomposizione, Del Vecchio prescriveva dunque di richiamare i «cultori dei singoli rami del diritto» al lavoro di «riflettere sull'aspetto più generale delle loro discipline», così come «sulle questioni vive che hanno attinenza colla logica e colla metodologia del diritto in genere»²⁸⁹; di converso, pure gli pareva che occorresse sollecitare gli stessi filosofi a disporre «le loro speculazioni viepiù a contatto colla concreta realtà del diritto», misurando al lume di questa «la forza e la verità dei puri principi». Ne sarebbe risultato lo stabilirsi di un nuovo costume di collaborazione e di scambio, teso a dare una sempre più adeguata «soluzione di quei problemi, che si presentano da ordinario ai giuristi sotto aspetti empirici e contingenti»²⁹⁰.

Bari 1990, pp. 275-302, specie p. 291. Si veda anche C. NITSCH, «*Dentro la nebulosa*», cit., pp. 797-830, e l'ampia letteratura ivi citata.

²⁸⁸ Vivissima è l'attenzione esibita da Del Vecchio in un intervento del 1919 verso le sorti – anche quelle di rango ordinamentale – della disciplina da lui coltivata, proprio mentre si faceva avanti l'indirizzo propugnato da Bonfante. Si veda G. DEL VECCHIO, *Una reformatio in pejus degli ordinamenti universitari*, in «L'Università italiana. Rivista dell'Istruzione Superiore», XVIII, 6-8, 1919, pp. 3-11 (estr.).

²⁸⁹ LA DIREZIONE, *Programma*, cit., p. 1-2.

²⁹⁰ Ivi, p. 2. È dunque proprio in questo spirito che la *Rivista*, nella sua terza annata, assumeva l'iniziativa di ospitare un confronto che mettesse a tema le già richiamate «tendenze antifilosofiche della Giurisprudenza moderna in Italia». Si può anzi aggiungere che proprio la polemica iniziata da Bonfante nel 1917 veniva, anche col nascere della *Rivista*, sempre più ereditata e interpretata, *ex parte philosophiae*, da una «filosofia del diritto dei giuristi». Più in generale, inoltre, è da dire che i motivi qualificanti di quella polemica prendevano ad abitare via via tra campi (filosofici) interni alla stessa scienza giuridica. Molti e autorevoli gli interventi ospitati, alcuni dei quali possono essere qui richiamati: P. BONFANTE, *Filosofia del diritto e scienza del diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», III, 4, 1923, pp. 454-462 (poi in ID., *Scritti giuridici vari*,

È in questa prospettiva che si può inquadrare e commentare l'attenzione rivolta da Del Vecchio a talune pagine de *L'ordinamento giuridico* di Santi Romano. Quest'ultimo si era, del resto, programmaticamente assegnato il compito di offrire ai giuristi, non solo italiani, una riflessione sufficientemente matura proprio – per ricalcare i richiamati auspici della *Rivista* – «sull'aspetto più generale delle loro discipline»²⁹¹. Nel fascicolo conclusivo della prima annata, l'opera del giurista palermitano veniva, infatti, resa oggetto di uno scritto dal titolo *Moderne concezioni del diritto*²⁹². Sta qui, in particolare, lo snodo di una polemica iscritta nella vicenda della filosofia del diritto dei giuristi.

IV, cit., pp. 96-105; rist., pp. 97-105); F. CARNELUTTI, *I giuristi e la filosofia*, ivi, III, 2, 1923, pp. 184-189; A. LEVI, *Teoria del diritto e filosofia del diritto. (Lettera aperta al prof. Francesco Carnelutti)*, ivi, III, 4, 1923, pp. 463-476 (poi in ID., *Scritti minori di filosofia del diritto*, I, 1, Cedam, Padova 1957, pp. 339-351). Ancora importanti, in proposito, le pagine di L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Cedam, Padova 1955, p. 3 ss.; si veda anche E. OPOCHER, s.v. «Filosofia del diritto», in «Enciclopedia del Diritto», XVII, Giuffrè, Milano 1968, pp. 517-531, spec. p. 518 ss.; nonché P. PIOVANI, *Momenti della filosofia giuridico-politica italiana*, Giuffrè, Milano 1951, p. 39 ss.

²⁹¹ LA DIREZIONE, *Programma*, cit., p. 2. Detto lo stesso intento, invece, con le parole di Romano, si trattava, anzitutto, di vagliare criticamente l'equazione tra diritto e norma, «mettendo in evidenza qualche altro aspetto del diritto, più fondamentale, e, soprattutto, antecedente, sia per le esigenze logiche del concetto sia per l'esatta valutazione della realtà in cui il diritto si estrinseca» (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 22). È noto, peraltro, come lo sforzo giusfilosofico romaniano sia radicato nel padroneggiamento e nella problematizzazione teoretica di almeno tre ambiti decisivi della scienza giuridica: il diritto ecclesiastico, il diritto pubblico generale, il diritto internazionale.

²⁹² G. DEL VECCHIO, *Moderne concezioni del diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», I, 3-4, 1921, pp. 191-202.

4. Il problema della forma secondo Del Vecchio

Moderne concezioni del diritto volle essere una vera e propria recensione, pur assai concisa, dell'opera cui si sarebbe legata la fama di Romano. In questa sede, Del Vecchio fissava subito le coordinate del proprio punto di vista, a partire dal quale scrutinava quello del suo interlocutore. Enucleava tre significati, o tre «diversi aspetti o elementi della nozione del diritto», così come derivabili dal lungo insegnamento della «speculazione filosofica»: innanzitutto una prescrizione sull'operare umano, e precisamente una «determinazione imperativa»²⁹³; in secondo luogo, un «principio di convivenza», inteso come «condizione di socialità, coordinazione o collegamento di più individui in unità armonica»²⁹⁴; infine, «una prerogativa, un'esigenza o una facoltà intrinseca del soggetto»²⁹⁵. Immediatamente lo sguardo veniva fermato sul secondo significato, per muovere, a partire da questo, taluni rilievi. In particolare, con l'enfasi posta sul diritto come «principio di convivenza», veniva negata la presunta assuefazione

²⁹³ Ivi, p. 193, ove aggiunge che ciò sarebbe acquisito, «con maggiore o minor rigore, fino dai primordi della Filosofia giuridica, cioè molto prima che sorgesse una vera scienza del diritto privato». A p. 197, lo stesso significato è, anche più astrattamente, detto «principio di determinazione intersubiettiva dell'operare».

²⁹⁴ L'intero passaggio è così formulato: «dai lontanissimi esordi fino all'età più recente, la speculazione filosofica ha scorto e insegnato che il diritto non è solo norma o comando, ma anche principio di convivenza, condizione di socialità, coordinazione o collegamento di più individui in unità armonica, spesso, e *ab antiquo*, paragonata ad un organismo» (ivi, p. 193).

²⁹⁵ *Ibidem*. E più oltre: «il diritto ci si presenta anche come facoltà di volere e pretendere qualche cosa, cui altri è obbligato: cioè come un potere dell'individuo» (ivi, p. 197).

di filosofi e giuspubblicisti, «enunciata ora *ex abrupto* dal Romano», ai concetti e alla tradizione del diritto privato: «il rimprovero che egli muove a tutte le teorie giuridiche precedenti»²⁹⁶. E soggiungeva che «in ispecie, l'elemento della *organizzazione o unità sociale*, sul quale ora insiste il Romano», non avrebbe potuto vantare alcuna originalità, poiché esso «fu sempre tenuto presente come ragione finale e funzione specifica del diritto»²⁹⁷.

Emerge subito come Del Vecchio non guardasse alla organizzazione in quanto concreta determinazione storico-sociale, se non nel suo aspetto di risultato e di prodotto empirico, in cui il diritto, *prius* logico-formale di rango metafisico, si troverebbe estrinsecato: nella sua veste di principio ordinatore. In altri termini, della organizzazione (o unità sociale) come *quid facti*, egli si mostrava interessato a cogliere unicamente il principio superiore che astrattamente ne renderebbe possibile ogni espressione²⁹⁸: la sola condizione di possibilità. Difatti, distingueva da una parte «il fatto» o «l'esistenza» della società organizzata, e dall'altra «il principio» che la organizza, attribuendo soltanto al secondo termine la legittimità

²⁹⁶ Ivi, p. 195 e 192.

²⁹⁷ Ivi, p. 193.

²⁹⁸ G. DEL VECCHIO, *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, cit., p. 101: «il concetto di diritto non nasce per ciò che nasca la realtà in cui si concreta, non è una *conseguenza* di questa; ma è, al contrario, condizione prima ed universale di essa realtà, che ne costituisce solo una applicazione episodica e contingente». La stessa riflessione storiografica, così come l'indagine sociologica, sarebbero chiamate a fare tesoro di tali coordinate: «solo applicando il concetto del diritto potremmo sapere quand'è che la realtà comincia a presentarne il carattere: solo per mezzo di quel concetto potremmo riconoscere anche gli atteggiamenti primordiali e rudimentali della fenomenologia giuridica ed *iscriverli* mentalmente nella specie logica loro propria. Noi operiamo dunque, anche in questa indagine, sul fondamento del concetto formale» (ivi, p. 102).

di rappresentare «il vero essere del diritto». In tal senso, il diritto sarebbe configurato «non come *materia*, ma come *forma*: ossia come principio generatore e determinante di quella nuova specie di ideale identità, che sorge appunto dall'instaurarsi di una relazione armonica tra diversi individui»²⁹⁹.

Si può, inoltre, notare come per Del Vecchio sarebbero unicamente gli individui le unità fondamentali, tra le quali il («principio generatore» del) diritto tesserebbe la sua armonia. Il che, fin dai *Presupposti* del 1905, gli faceva esprimere favore finanche per l'assunto rosminiano secondo il quale «i diritti esistono anco tra due individui della specie umana, che non hanno formato tra loro società alcuna»; e anzi: «l'idea del diritto esisterebbe dato anco un solo individuo della specie umana, purché questi si prenda a considerare in una relazione ipotetica con altri suoi simili possibili»³⁰⁰.

Si tratta di una tesi che, invece, aveva incontrato, nel 1918, le esplicite censure del giurista siciliano³⁰¹, il quale – lo si può segnalare subito – sarebbe nuovamente tornato su questo

²⁹⁹ G. DEL VECCHIO, *Moderne concezioni del diritto*, cit., p. 195-196.

³⁰⁰ A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, vol. I, cit., p. 146, citato in G. DEL VECCHIO, *Moderne concezioni del diritto*, cit., p. 199. Ma allo stesso passo egli si rifaceva saldamente già nel 1905 in ID., *I presupposti filosofici*, cit., p. 118 nt. 22. Si può anche notare come questa centralità dell'individuo sia non meno lampante nel primo e nel terzo dei significati di diritto sopra richiamati, in cui l'individuo è rispettivamente visto come destinatario di comandi e titolare di poteri: *subiectus* e *subiectum* (cfr. *Vocabulaire européen des philosophies. Dictionnaire des intraduisibles*, sous la direction de B. Cassin, Le Seuil-Le Robert, Paris 2004, *sub voce* “Sujet”, pp. 1233-1254). Posizioni inscindibili, a suo avviso, dato che «concepire la fissazione di un *limite* (obbligatorio) dell'operare» non si potrebbe «senza la simultanea affermazione della *potestà* di operare *entro quel limite*» (G. DEL VECCHIO, *Moderne concezioni del diritto*, cit., p. 197).

³⁰¹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 37 nt. 21.

stesso punto, molti anni dopo, anche in rapporto alla recensione ora in commento. Con una nota aggiunta alla seconda edizione del 1946, egli registrava il continuo riaffiorare, «anche nella letteratura più recente», di concezioni del diritto avulse dal concetto di società (giacché ancorate, di contro, a quello di individuo³⁰²). E, a ciò replicando, derubricava proprio gli assunti rosminiani accolti da Del Vecchio alla stregua di una «concezione che, comunque si voglia giudicarla dal punto di vista filosofico, implica una nozione del diritto che non è quella del diritto positivo da cui deve partire il giurista»³⁰³. Risuona evidente l'analogia con il commento indirizzato alla *Filosofia della pratica* crociana, più sopra evocato.

Possiamo a questo punto tornare al dualismo stabilito da Del Vecchio tra materia e forma, e vederne la relazione con la soggettività individuale. Un dualismo irriducibile: i dati materiali coinciderebbero con la variabile congerie delle determinazioni storiche; in pratica, col cangiante diritto positivo – punto di partenza imprescindibile, invece, per Romano. Alternativamente, l'elemento materiale consisterebbe negli ideali di giustizia attingibili dallo scrigno del diritto naturale³⁰⁴. Di contro, il principio formale configurerebbe l'unica

³⁰² Così un altro passaggio del passo rosminiano all'attenzione favorevole di Del Vecchio, e critica di Romano: «Noi escludiamo dalla nozione del diritto in genere non pure il concetto di società; ma ben anco quello di una *reale* coesistenza: bastandoci una coesistenza possibile» (citato in G. DEL VECCHIO, *Moderne concezioni del diritto*, cit., p. 199).

³⁰³ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 37 nt. 21.

³⁰⁴ G. DEL VECCHIO, *I presupposti filosofici*, cit., p. 122: «l'essenza del diritto è costituita soltanto dalla sua pura forma, che si annunzia nella ragione come concetto, e si distingue come tale dal contenuto, sia esso empirico o trascendente». Riservare spazio al «trascendente», comportava che alla forma logica fosse affiancata, pertanto, una «esigenza deontologica dello spirito», rinviante

costante, non mutevole e non disponibile nell'avvicinarsi delle stagioni storiche³⁰⁵. E ciò in quanto detto principio

all'universale della giustizia. Si può notare che, proprio in coerenza a simili premesse, appena pochi mesi prima della fondazione della *Rivista*, nella sua prolusione romana del 13 dicembre 1920, Del Vecchio aveva espanso al massimo l'interpretazione del riferimento ai «principi generali del diritto», contenuto nell'art. 3 delle Preleggi al Codice Civile del 1865, fino a includervi principi di schietto diritto naturale. Cfr. G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto* (1921), in ID., *Studi sul diritto*, I, Giuffrè, Milano 1958, pp. 241-282, p. 256-257. Con tale posizione egli si connetteva ad una lunga tradizione, che da Hobbes (*De Cive* [1642], XIV, 14, in ID., *Opere politiche*, I, Utet, Torino 1959, p. 276-277), passando per Leibniz (*Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* [1667], § 71, in ID., *Il nuovo modo di apprendere e di insegnare la giurisprudenza*, a cura di C. M. De Iuliis, Giuffrè, Milano 2012, p. 154-155), perveniva al dettato dell'art. 7 del Codice civile austriaco (*ABGB*) del 1811. Temi, questi ultimi, sui quali si rinvia a N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto* (1961), Torino, Giappichelli 1996, p. 33-34. Appena qualche anno dopo, una importante riproposizione del diritto naturale trovava espressione nella dottrina gius-filosofica di Georges Renard, che lo aveva addirittura inteso quale via di vera e propria «orientation en vue de l'élaboration du droit positif» (G. RENARD, *Le droit, l'ordre et la raison*, Sirey, Paris 1927, p. 120). Ma più che a quella di Renard, che la formulava a partire da basi neotomistiche, l'idea giusnaturalista di Del Vecchio è bensì vicina a quella dello Stammler.

³⁰⁵ «Lungi dall'escluderla, l'idea stessa di una varietà delle manifestazioni storiche del diritto implica l'assunzione di esse in una *forma comune*» (G. DEL VECCHIO, *I presupposti filosofici*, cit., p. 69). E ancora: «non nei dati molteplici della storia giuridica, né in una determinazione della giustizia che idealmente si contrapponga o si aggiunga a quei dati, noi troviamo la vera unità del diritto; ma solo ci è offerta tale unità dall'*universale logico* del diritto, dalla *forma* della nozione di esso. La quale forma non si esaurisce in alcun contenuto, ed è immanente rispetto al variare di questo» (*ibidem*). Lineare il corollario che se ne poteva derivare: «ogni singola proposizione giuridica costituisce una *materiazione* della forma logica del diritto, un'applicazione di questa ad un contenuto determinato» (ivi, p. 84). Ad un grado di maggiore astrazione, si offriva nei seguenti termini il quadro teoretico più generale, in coerenza con quanto predicato sul diritto: «Questo è, per sommi capi, il *parallelismo trascendentale* tra le idee e i fatti [...]. Il momento ideale di ogni oggetto concreto è ciò che lo costituisce nell'esser suo (*forma dat esse rei*): ed ha un valore logico universale per ciò, che mentre è condizione dell'essere di quel certo oggetto, è condizione altresì di un numero indefinito d'altri oggetti *conformi*» (ivi, p. 77). E più oltre: «determinare l'esperienza possibile significa determinare una forma o una categoria, che,

sarebbe radicato nella struttura del soggetto, nel «concetto critico, e propriamente “trascendentale”, della natura umana»³⁰⁶.

In altri termini: collocandosi nel regno della natura, l'uomo parteciperebbe delle relazioni che spiegano i fenomeni secondo la trama che si regge sul principio di causa; contestualmente il suo operare sarebbe «suscettibile di una determinazione diversa», poiché ad esso sarebbe possibile attribuire un «valore»: per tale via, che permetterebbe di fondare la vita pratica, l'azione umana sarebbe sottoponibile ad un «imperativo», il quale lascerebbe «logicamente» dedurre categorie «pratiche od etiche», fra le quali troverebbe il suo posto il diritto³⁰⁷.

benché si riscontri nei casi empirici, è però in ordine logico prima e sopra di essi» (ivi, p. 86).

³⁰⁶ G. DEL VECCHIO, *Moderne concezioni del diritto*, cit., p. 197.

³⁰⁷ *Ibidem*. Sin dai primi scritti, tali assunti si rintracciano senza che intervenga alcuno scostamento: l'uomo sarebbe, oltre che «*homo phenomenon*», anche «io razionale» o «*homo noumenon*», e «la stessa legge della causalità è *posta* ed emanata dalla coscienza, è intrinseca al soggetto, che modella secondo essa in un certo senso le *sue* esperienze, le *sue* operazioni» (G. DEL VECCHIO, *Il concetto della natura e il principio del diritto* [1908], in ID., *Presupposti, concetto e principio del diritto*, cit., pp. 219-329, p. 260 e 264). È un aspetto su cui l'enfasi cadeva anche nella enunciazione delle coordinate teoriche della *Rivista*: «il principio di ogni legislazione deve trovarsi, in ultima analisi, non fuori, ma dentro a noi, cioè nello stesso spirito umano; e questo generale criterio metodologico vale, se ben si guardi, anche quando si tenti uno studio rigidamente obbiettivo e naturalistico dei fenomeni giuridici, poiché la stessa obbiettività di cotesta indagine si affida, in ultima istanza, al potere gnoseologico del soggetto, e ne suppone l'autonomia. In questo senso la nostra rivista vuol essere essenzialmente “critica”». Cfr. LA DIREZIONE, *Programma*, cit., p. 3. Si veda anche G. DEL VECCHIO, *I presupposti filosofici*, cit., p. 106: «la forma logica del diritto è un dato primordiale della ragione, quantunque se ne possa seguire il lento manifestarsi nella coscienza, parallelamente allo svolgersi nella storia della realtà che le corrisponde. E la sua anteriorità obbiettiva è comprovata dalla stessa natura del processo conoscitivo, che [...] si compie tutto quanto in relazione a cotesta forma».

In conclusione, il «fine sociale» del diritto sembrava a Del Vecchio tanto intrinseco, *ab antiquo*, all'esperienza e alla riflessione giuridica, che egli non riconosceva alcuna novità da ascrivere alla «moderna»³⁰⁸ dottrina di Romano. La concezione formale, forte invece di una più che robusta tradizione, sarebbe la sola a permettere di scorgere con esattezza l'«intima connessione» tra i «diversi aspetti o momenti del diritto»: come già visto, quelli di precetto imperativo, di principio di convivenza o *telos* sociale, e di diritto soggettivo. Gli individui precederebbero sempre l'ordine sociale: questo sarebbe il prodotto del diritto, che vi perverrebbe attraverso la coordinazione intersoggettiva di quelli. Perché è sull'individuo che riposa l'intera ipotesi speculativa di Del Vecchio.

Il diritto è, insomma, lo spirito animatore, che regge e plasma i rapporti tra più esseri consociati, definendo le reciproche possibilità e necessità di contegno; esso crea l'ente sociale, in quanto gli dà la forma della coordinazione intersubiettiva, ma non crea gli elementi che lo compongono, né si identifica materialmente con essi³⁰⁹.

³⁰⁸ G. DEL VECCHIO, *Moderne concezioni del diritto*, cit., p. 193. Adduceva, a sostegno della sua obiezione, una vasta rassegna di definizioni del diritto, tratte da autori tedeschi e italiani, comprovante la loro piena autonomia dalla scienza del diritto privato, avendo tutti costoro visto, in lunga tradizione, il fine sociale, comunitario e ordinante del diritto (ivi, p. 194-195).

³⁰⁹ Ivi, p. 196.

5. Il problema della forma secondo Romano

L'ostinazione di Romano nel non vedere siffatta elementare identità tra «caratteri *formali*» e «caratteri *essenziali*» del diritto autorizzava l'autorevole recensore ad una alzata di spalle: «duole il dover ripetere una avvertenza sì elementare; ma è pur necessario il farlo, da che uno scrittore valente come il Romano incorre di nuovo in un tale equivoco»³¹⁰.

Si faceva più ruvido il tono, lasciando apparire quasi un esercizio di stile l'iniziale elogio di quanti erano venuti dedicando energie al problema della «definizione logica» del diritto, il quale «si ripropone anche oggi alla mente dei filosofi e dei giuristi, che rinnovano i tentativi di scioglierlo, non sempre – pure subito ammoniva – tenendo abbastanza calcolo dei frutti delle indagini già compiute»³¹¹.

Il rimproverato «equivoco» doveva apparire a Del Vecchio difficile da perdonare: non solo in ragione delle sue molte iterazioni ne *L'ordinamento giuridico*, alcune stunate con puntali citazioni riportate in nota; ma anche dal momento che il giurista siciliano, nel dar cenno d'aver preso visione dei *Presupposti*, aveva opinato di accorpare tale opera ad una certa letteratura, pur pensosa dei caratteri formali del diritto,

³¹⁰ *Ibidem*.

³¹¹ Ivi, p. 191. Nondimeno – concedeva Del Vecchio –, anche tali tentativi, ancorché così viziati, sarebbero stati indizio del fatto che il «bisogno d'investigar la natura della giuridicità in generale scaturisce effettivamente non solo dall'intima struttura della coscienza [...], ma anche da particolari esigenze delle singole discipline giuridiche, le quali, nel loro svolgersi, tendono necessariamente a comporsi in unità di sistema; onde accade ai giuristi di filosofare intorno al diritto talvolta quasi a loro mal grado» (*ibidem*).

dalle cui conclusioni aveva invitato il suo lettore a congedarsi³¹².

Occorre richiamare, a questo punto, la posizione romania sul concetto di forma. Saliente è il rapporto, costruito nelle pagine del 1918, tra forma e contenuto. In premessa, tuttavia, va posta la critica alla posizione di Del Vecchio. Questi oscillerebbe tra due sviamenti: una concettualizzazione della forma come attributo della sola norma, da un lato; e, dall'altro, il ricorso ad un concetto (solo) filosofico e troppo generale di forma, come tale, indifferenziato e non sufficientemente puntuale rispetto alla specifica questione dei caratteri formali del diritto.

Il primo errore, nel quale seguirebbero a cadere, per altro, moltissimi autori – e che, perciò, destava più dell'altro il vivo interesse di Romano –, esporrebbe ad un doppio riduzionismo, tale che non solo il diritto sarebbe ridotto alla sola norma, ma, ulteriormente, finirebbe per arroccarsi su un elemento estrinseco, coincidendo con i soli profili formali di essa: segnatamente, «quelli che vanno sotto il nome di obbiettività della norma e di sanzione giuridica»³¹³. Il punto è di grande rilievo teoretico, in quanto ad avviso di Romano questo modo di ragionare, teso a schiacciare il tutto (il diritto) sulla parte (la norma), condurrebbe ad un esito immancabilmente contraddittorio, quello di ricondurre «i caratteri differenziali della norma giuridica [...] a qualche cosa che sta fuori della norma giuridica, che ne costituisce l'involucro o l'aspetto estrinseco»³¹⁴. Il passaggio era così sviluppato:

³¹² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 31 nt. 13.

³¹³ *Ivi*, p. 30-31.

³¹⁴ *Ibidem*.

ammesso il postulato che il diritto non sia che norma, si è cercato il carattere o i caratteri specifici della norma giuridica, ma questa indagine non può condurre a rendere la nozione del diritto, appunto perché questo non si risolve tutto e sempre in norme. [...] Infatti le soluzioni che si sono proposte [...] hanno questo di comune, che senza accorgersene e senza rendersene conto, ricercano i caratteri differenziali della norma giuridica in elementi che sono estranei al concetto di norma. Esse così contraddicono il postulato da cui muovono³¹⁵.

Gli elementi «estranei» più sovente tematizzati sarebbero, appunto, l'oggettività della norma e la sanzione. Di essi si seguirebbe a dare definizioni inesatte, fin quando non si riconosca – argomentava Romano – che tali elementi sarebbero da riferire sì alla norma giuridica, ma soltanto in via riflessa; e che, cioè, oggettività e sanzione sarebbero, in via principale, predicati della istituzione (o ordinamento), da cui sempre la norma scaturirebbe, e a cui sempre rimarrebbe «sospesa»³¹⁶.

³¹⁵ Ivi, p. 30.

³¹⁶ Su questo aspetto Romano mostra consonanza con la tesi kelseniana della primazia del diritto oggettivo sul diritto soggettivo; ma questa tesi egli radicalizza al massimo, in quanto a sua volta il diritto oggettivo *ex parte objecti* (le norme) risposerebbe interamente sul diritto oggettivo *ex parte subjecti* (il potere strutturato e organizzato). Sono di grande pregnanza i paragrafi 7 e 8 del testo: «il diritto non consta soltanto di norme giuridiche e [...] queste sono collegate, anzi sospese ad altri elementi da cui deriva ogni loro forza» (ivi, p. 36). Sul punto dell'oggettività: «il carattere dell'obiettività è quello che si ricollega all'impersonalità del potere che elabora e fissa la regola, al fatto che questo potere è qualche cosa che trascende e s'innalza sugli individui, che è esso medesimo diritto» (ivi, p. 33); così, invece, a proposito della sanzione: «la sanzione infatti noi crediamo che possa non essere contenuta e minacciata in nessuna norma specifica: può invece essere immanente e latente negli stessi ingranaggi, nell'apparato organico dell'ordinamento giuridico considerato nel suo complesso, può essere forza operante anche in modo indiretto, garanzia pratica che non dà luogo a nessun diritto subbiiettivo e, quindi, a nessuna norma da cui tale

Come si vede, la critica era formulata all'indirizzo di una letteratura, per altro assai cospicua, che pure si sforzava, su un problema definitorio cruciale, di produrre progressi nell'affinamento di fondamentali concetti giuridici, ancorché – secondo Romano – nel modo sbagliato. Egli, cioè, non si soffermava sulle premesse gnoseologiche della filosofia di Del Vecchio, né sul suo trascendentalismo logico-formale; ma discuteva soltanto quelle decisive opzioni dottrinali sulle quali quell'indirizzo teorico e diversi altri con esso finivano per convergere, restandovi incagliati senza via d'uscita: poiché viziati da esiti, a suo avviso, aporetici. E si cadeva – concludeva Romano – in simili aporie, anche «senza accorgersene e senza rendersene conto», ma sempre nella misura in cui fosse negato l'articolarsi del diritto anche, se non soprattutto, per il tramite di altri elementi, diversi dalla norma positiva³¹⁷.

Il pensiero correva invece specificamente proprio ai *Presupposti* di Del Vecchio del 1905, quando, rilevando questo primo errore, Romano dedicava un breve cenno al secondo³¹⁸, quello commesso indulgendo in teorizzazioni sulla forma

diritto derivi, freno connaturato e necessario del potere sociale» (ivi, p. 35-36). Si veda in proposito anche S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano* [1914], cit., p. 35, nonché la *Prefazione* di A. Romano, p. XVII ss.

³¹⁷ Tra questi, com'è noto: la consuetudine, la c.d. giustizia del singolo caso, l'equità, i precetti individuali e concreti; ma, primariamente, le strutture di potere stabilite.

³¹⁸ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 31 nt. 13. Svelata l'operazione riduzionistica appena ripercorsa, egli tirava così un bilancio del conseguente *non sequitur*: «a rigore, se ne dovrebbe dedurre che il diritto non è la norma, ma ciò che involupa quest'ultima e che le imprime un certo aspetto. Ma – soggiungeva – non insistiamo in quest'ordine di considerazioni, tanto più che la parola “forma” è di quelle che si prestano ad essere variamente intese» (ivi, p. 31).

approssimative sul piano giuridico, poiché di conio strettamente filosofico. Vi ritornava però più diffusamente con una giunta fatta in nota, nella seconda edizione del 1946, proprio alla luce delle *Moderne concezioni del diritto*, apparse nel 1921, annotando che «quando questo A. [...] alla mia osservazione obietta che i caratteri formali del diritto sono i suoi caratteri essenziali perché *forma dat esse rei*, dice cosa esatissima, ma adopera la parola “forma” in un significato filosofico che non è precisamente quello cui mi riferisco nel testo»³¹⁹. Ancora una volta, come già commentando la tesi crociana e il postulato rosminiano sopra ricordati, Romano presidiava il campo d'indagine della scienza giuridica: demarcandolo rispetto a quello del lavoro filosofico, e negando giurisdizione a quel genere di lavoro filosofico che non mostrasse lo scrupolo, svolgendo i propri assunti sul terreno del diritto, di impegnarne in senso scientifico lo strumentario concettuale di pertinenza. Cioè, rispettandone l'autonomia.

Come è noto, da tale punto di vista, la prospettiva dottrinale di Romano aveva prodotto uno sforzo ambizioso e, per molti versi, originale: non dalla norma occorrerebbe partire, ma dal potere concreto che la pone, il «potere di quell'*io* sociale», che non è «un termine *a quo* del diritto: è il diritto stesso»³²⁰. L'ipotesi romaniana contemplava il riconoscimento, nell'esperienza giuridica, di una vasta pluralità di formazioni sociali istituzionali, in quanto tali titolari di un simile potere, secondo intensità e ampiezza variabili: soggetti collettivi differenziabili sul piano quantitativo e qualitativo. Per

³¹⁹ *Ibidem*.

³²⁰ *Ivi*, p. 32.

taglia, articolazione e complessità organizzativa, il catalogo di tali formazioni sociali si farebbe in concreto assai esteso; e, anzi, proprio un tale processo di espansione aveva storicamente segnato, per Romano, la crisi dello Stato liberale³²¹. Ma il nocciolo starebbe in ciò: l'apparire del fenomeno giuridico coinciderebbe con il compimento del processo costitutivo di ciascuna formazione sociale, vale a dire proprio con il passaggio organizzativo, nel linguaggio romaniano il «processo di obbiettivazione»³²². Una istituzione si troverebbe costituita, così assurgendo al mondo del diritto, sol che abbia incardinato i rapporti che internamente ne articolano la struttura, con ciò dando ad un tempo vita, non meno stabilmente, a rapporti pure esterni: in corrispondenza dei quali viene in rilievo la sua «individualità subiettiva»³²³.

³²¹ È, come è noto, la tesi sviluppata nella celebre prolusione pisana, di cui, nel presente capitolo, si adopera la seguente edizione: S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* [1909], in ID., *Scritti minori*, I [1950], Giuffrè, Milano 1990, pp. 379-396.

³²² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 32. Scrive poco oltre Romano, argomentando sulla coincidenza di *ius* e *societas*: «tanto per addurre un esempio, una classe o un ceto di persone non organizzato come tale, ma determinato da una semplice affinità fra le persone stesse, non è una società vera e propria» (ivi, p. 37-38). Dunque, «soggetto collettivo» è quanto dire collettività ordinata e strutturata: come a un tal ordine oggettivato si pervenga, ovvero, come esso sia pure esposto a venir minato e a squilibrarsi, sarebbe affare rimesso alla esperienza storica e alla sua inesauribile incandescenza. Anzi, qualsiasi processo atto a rompere o fiaccare una tal struttura sociale, un tal assetto organizzativo, comunque guadagnato, segnerebbe lo sgretolamento di questo suo diritto, salvo sostituire ad esso uno nuovo. L'ordine – sia esso quello di una comunità familiare, ovvero quello di una più vasta organizzazione – sarebbe verosimilmente preparato da conflitti, turbolenze, travagli. E, certamente, pur sopiti questi, nuove scosse e increspature resterebbero sempre possibili, talché «ci si imbatte di frequente in istituzioni, la cui vita è soltanto fittizia o la cui morte, viceversa, è soltanto apparente» (ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi* [1909], cit., p. 379).

³²³ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 41. Il cruciale rilievo del momento organizzativo non è sfuggito agli interpreti più accorti: cfr. V. E.

In particolare, costituito, vale a dire stabilizzato, risulterebbe lo specifico modo di concorrere delle diverse singolarità parziali alla composizione definita di un tutto, di un intero in sé conchiuso: «un'unità a sé [...] concreta ed effettiva»³²⁴. Un corpo sociale vivo e animato, che quelle sue parti e singolarità contiene e irreggimenta, innalzandosi sopra di esse e insistendo in quel tale o talaltro spazio storico e sociale, secondo la sua forza, la sua misura, la sua specifica posizione e qualità.

Il diritto, quindi, coinciderebbe primariamente con un soggetto collettivo, o – che è lo stesso – con una collettività fattasi soggetto: unitario perché oggettivato, e oggettivato in quanto unitario; mancando il quale, le sue componenti singolari non vedrebbero certo preclusi vicendevoli rapporti, ma questi, in tal caso, si darebbero tra singolarità a sé stanti, la cui reciproca posizione, incostante e mobile, si trasmetterebbe alla natura e al contenuto, non cristallizzati e, anzi, tendenzialmente variabili, di quegli stessi rapporti³²⁵.

ORLANDO, *Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico* [1949], cit., p. V. Più recentemente, assai puntuale su questi aspetti G. P. TRIFONE, *L'istituzione e il suo motivo esistenziale. Intorno al valore dell'effettività nella teoria di Santi Romano*, in «Jura Gentium», XV, 2, 2018, pp. 57-77.

³²⁴ Ivi, p. 27. Si veda anche S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale* [1946²], cit., p. 3 ss. e 96 ss.

³²⁵ Sul punto S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 118-119: «quando abbiamo ricondotto al concetto di istituzione, e, quindi, di ordinamento giuridico, quello di organizzazione, abbiamo distinto quest'ultima dal semplice rapporto o somma di rapporti». Oltre che il caso della “classe”, può venire in rilievo, quale complesso di rapporti (e non organizzazione), il caso storico dello «Stato medioevale, le cui diverse parti, com'è noto, spesso lottanti fra di loro, non avevano mai potuto fondersi in una completa unità, in modo che ciascuna si riteneva depositaria per virtù propria e per diritto originario di almeno una frazione della sovranità pubblica» (ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi* [1909], cit., p. 381).

L'istituzione romaniana, inoltre, pur potendo essere incarnata anche dalle più elementari formazioni super-individuali, trascenderebbe sempre la singolarità dell'individuo – così cara a Del Vecchio –, la quale, in linea generale, anziché in condizione di determinare l'istituzione, ne resterebbe in tutto determinata³²⁶: sia perché il corpo sociale istituzionale coglie dell'individuo gli imprescindibili vincoli sociali, sia perché si proietta oltre la temporalità della sua caduca esistenza³²⁷.

Quanto sin qui osservato ci consente di portare sufficiente luce sullo specifico profilo dottrinale che ci proponevamo di chiarire: la distinzione, in senso propriamente giuridico, tra forma e contenuto, secondo la prospettiva di Romano. Nel

Sul tema, è utile riferirsi a S. CASSESE, *La prolusione romaniana sulla crisi dello Stato moderno e il suo tempo*, cit., *passim*.

³²⁶ «Tali enti vengono a stabilire quella sintesi, quel sincretismo in cui l'individuo rimane chiuso, è regolata non soltanto la sua attività, ma la sua stessa posizione, ora sopraordinata ora subordinata a quella di altri, cose ed energie sono adibite a fini permanenti e generali, e ciò con un insieme di garanzie, di poteri, di assoggettamenti, di libertà, di freni, che riduce a sistema e unifica una serie di elementi in sé e per sé discreti» (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 50). E ancora: «l'antitesi o, comunque, la contrapposizione al diritto si ha esclusivamente in ciò che è irriducibilmente antisociale, ossia, per sua natura, individuale» (ivi, p. 51).

³²⁷ Sul piano storico ciò sarebbe stato reso quantomai manifesto dal nuovo Stato emerso dall'urto rivoluzionario del 1789: detto Stato, «rispetto agli individui che lo compongono e alle comunità che vi si comprendono, è un ente a sé che riduce ad unità gli svariati elementi di cui consta, ma non si confonde con nessuno di essi, di fronte ai quali si erge con una personalità propria, dotato di un potere, che non ripete se non dalla sua stessa natura e dalla sua forza, che è la forza del diritto. Soltanto così esso sorpassa la caduca esistenza degli individui, pure essendo composto di uomini; si eleva al di sopra degli interessi non generali, contemperandoli e armonizzandoli; si pone nella condizione di curarsi non solo delle generazioni presenti, ma anche di quelle future, ricollegando in un'intima e ininterrotta continuità di tempo, di azione, di fini, momenti ed energie diverse, di cui esso è comprensiva e tipica espressione» (S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* [1909], cit., p. 381. Su questo stesso punto, con maggiore incisività teorica, si veda pure ID., *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 49-50).

momento organizzativo e ordinante starebbe l'essenza dell'istituzione, la sua forma: il «processo di obbiettivazione» farebbe sì, compiendosi, che ciò che se ne sta, fino a quel certo segno, «fuori dal diritto», vi risulti, di contro, attratto; risulti, in altri termini, «plasmato nella forma, cioè nella struttura, nel regime di quest'ultima»³²⁸.

Appare, dunque, meno oscuro l'equivoco rimproverato da Del Vecchio: anche per l'autore de *L'ordinamento giuridico* il carattere formale è sinonimo di carattere essenziale. Ma dire «forma», in Romano, è dire organizzazione sociale che si è compiuta, ordine che si è cristallizzato, corpo che si è strutturato; e, di converso, il diritto stesso verrebbe in evidenza come forma non già della norma – certo, mediatamente anche di questa³²⁹ –, ma, anzitutto, di una socialità qualificata. Appunto, *messa in forma*.

³²⁸ Ivi, p. 51.

³²⁹ «Ai tratti essenziali di un ordinamento giuridico le norme conferiscono quasi per riflesso: esse, almeno alcune, possono anche variare senza che quei tratti si mutino, e, molto spesso, la sostituzione di certe norme con altre è piuttosto l'effetto anziché la causa di una modificazione sostanziale di un ordinamento» (ivi, p. 30). Si può inferire che, parlando in questo passo di «tratti essenziali», Romano alludesse proprio alla combinazione e alla relazione tra forma e contenuto, e che, come sinonimo del secondo, si servisse, non di rado, anche del lemma di sostanza. Sia, al riguardo, di conforto il seguente passaggio, in cui Romano introduceva, nella prolusione pisana, la sua diagnosi della crisi dello Stato liberale: «giova mettersi su un terreno meno incerto e meno formale, e accennare a tutto un movimento, che mira a scalzare non la formula scientifica che definisce lo Stato moderno, ma le basi stesse su cui poggia il suo principio sostanziale: movimento dunque più pratico, almeno nei suoi fini, che dottrinario, sebbene dalla dottrina prenda qualche volta le mosse» (S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* [1909], cit., p. 383-384). Appare altresì possibile opinare che, altrove, la medesima portata semantica dell'espressione «tratti essenziali di un ordinamento» sia altrimenti detta come «linea che circoscrive il confine dell'ordinamento giuridico» (ID., *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 33).

Il contenuto del diritto, invece, coinciderebbe con il fine, generale o particolare, in vista del quale nasce storicamente la spinta, l'energia vitale organizzativa dell'istituzione. Esempio è, sotto questo aspetto, il caso dello Stato, «la più importante delle istituzioni»³³⁰: contenuto del suo diritto sarebbe il principio politico fondamentale (o il catalogo dei principi di tale rango), che ne regge la tenuta organizzativa, ne sostanzia l'assetto formale, ne distilla i compiti storici, ne incanala e indirizza la vitalità dinamica e operante. Contenuto sarebbe, in altri termini, sostanza spirituale storicamente situata, complesso delle determinazioni della cultura che, attraverso lo spazio politico e sociale nel quale si articola, non può non premere per farsi (o conservarsi) oggettivato socialmente.

Si ponga attenzione ai seguenti passaggi:

ogni forza che sia effettivamente sociale e venga quindi organizzata si trasforma per ciò stesso in diritto. [...] Viceversa, non è diritto ciò e soltanto ciò che non ha un'organizzazione sociale, [...] questa è la verità importantissima, contenuta nella dottrina così largamente diffusa, che il diritto non è che "forma" e che per esso e per il suo concetto è indifferente il suo contenuto materiale. [...] È quindi perfettamente vano proporsi, come accade frequentemente, di fissare i caratteri differenziali del fenomeno giuridico rispetto a quelli della religione, della morale, del costume, delle c.d. convenzioni, dell'economia, delle regole tecniche, ecc. Ciascuna di queste manifestazioni dello spirito umano può essere in

³³⁰ Ivi, p. 49. Evidentemente «frutto di un lungo e sicuro processo storico», lo Stato «ha dato vita ad una grandezza sociale [...] maggiore di ogni altra e più di ogni altra attiva e potente» (S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* [1909], cit., p. 382).

tutto o in parte assunta nel mondo giuridico e formarne il contenuto, tutte le volte che essa rientra nell'orbita di una istituzione³³¹.

Appaiono qui da enfatizzare, specie in chiave comparativa rispetto alla impostazione di Del Vecchio, anche le diverse attitudini di ordine storiografico che la dottrina romaniana sulla relazione forma-contenuto è in grado di esprimere. Mentre con Del Vecchio siamo dinanzi ad una prospettiva per cui il movimento storico reca l'impronta di una filosofia della storia avente il suo perno in un giusnaturalismo razionalistico metastorico³³², in Romano dominano le soggettività storiche concrete e le conflittualità che ne scandiscono i modi d'essere e gli avvicendamenti; dominano, altresì, le loro forme spirituali prevalenti, nelle quali va rintracciata la sostanza degli ordinamenti giuridici, la loro dimensione sostantiva. Appunto, il contenuto che sta insediato nella forma: il contenuto che, ben lungi dal perturbare o fare spuria la forma, ne valorizza l'autonomia concettuale proprio allorché ad essa, in concreto, si salda sempre.

Il diritto rappresenta non solo una quantità di morale, ma anche di economia, di costume, di tecnica. [...] Per gli Stati moderni, in genere, può anche darsi che solo i principii fondamentali ed essenziali dell'etica vengano organizzati e resi quindi giuridici dal suo

³³¹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 50-51.

³³² «La ricerca fenomenologica, studio misto di filosofia della storia del diritto e di sociologia giuridica, dovrebbe consistere nella determinazione delle linee generali dello svolgimento storico del diritto, che dimostrerebbero la tendenza degli ordinamenti giuridici positivi a una progressiva adeguazione all'ideale della giustizia, in quanto nel corso del tempo emergerebbero, sarebbero riconosciute, e a poco a poco si attuerebbero le prerogative essenziali della persona umana» (G. DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto* [1930], Giuffrè, Milano 1965, p. 350-351).

ordinamento; ma ciò può anche non esser vero per altri Stati che si attribuivano o si attribuiranno una più vasta e assorbente missione morale, e tanto meno, per altre istituzioni, il cui fine, magari unico, può essere da essa costituito. Analogamente, possiamo immaginare uno Stato socialista, che in sé accentri e organizzi una grandissima parte delle manifestazioni economiche. [...] Analogamente, è un'inesattezza gravissima affermare, come si fa da tanti, che nelle società primitive il diritto sia confuso col costume e anche con la religione. Non si tratta di confusione o di indifferenziazione di elementi che, per natura, dovrebbero rimanere separati; gli è che in quelle società il diritto, che è da considerarsi non meno puro di quello di altre società più progredite, ha per contenuto una ricca serie di principii tratti dal costume e dalla credenza religiosa³³³.

6. Prime approssimazioni di un bilancio

In base a quanto si è mostrato, è ora possibile enucleare alcuni risultati che consentono di collocare, in senso filosofico, i due protagonisti di questo studio secondo la loro reciproca distanza, avendo più esatta misura della divaricazione teoretica che tra di essi di volta in volta si propone:

³³³ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 51-52. Altrove aveva osservato che «la conoscenza umana [...], che ha per oggetto lo studio delle istituzioni politiche», è chiamata a comprendere taluni «fenomeni, di cui anche la semplice descrizione è difficilissima, sia perché la forma spesso ne cela e travisa la sostanza, sia, perché, risultando dalla lotta, continua e mai composta, di principii irconciliabili, si presentano sotto aspetti nello stesso tempo molteplici e fuggenti» (ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi* [1909], cit., p. 379).

segnatamente, con riguardo ai concetti di forma, di contenuto, di individuo, di organizzazione sociale e di convivenza civile.

La forma di Del Vecchio coincide con un *a priori* logico-metafisico, radicato nella presa gnoseologica del soggetto sulla realtà fenomenica; quella di Romano è immanente alla morfologia giuridicamente qualificata dell'essere sociale, quale realtà storica permeata dal conflitto e dalla sua necessaria mediazione.

Gli elementi materiali e di contenuto di cui si riempiono le norme sono, nella prospettiva dell'uno, congerie incostante di dati empirici, ricondotti ad unità solo dallo schema logico formale, o suscettibili di giudizio solo al lume della giustizia, quale diritto ideale; nella prospettiva dell'altro, sono le scelte fondamentali di scopo, di ordine generale o particolare, che animano e articolano sul piano simbolico l'operare storicamente situato degli ordinamenti, e che, producendo fondamentali opzioni di senso, si riversano (anche) nei precetti normativi, che fungono da vettori di irradiazione³³⁴.

L'individuo è, per l'uno, il custode della legge trascendentale di possibilità dell'esperienza (compresa quella giuridica),

³³⁴ Nel linguaggio romaniano, trattasi, com'è noto, di «precetti istituzionali» (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 38-39; si veda pure ID., *Principii di diritto costituzionale generale* [1946²], cit., p. 82; nonché ID., *Il diritto pubblico italiano* [1914], cit., p. 32 ss.). «In altri termini, l'ordinamento giuridico [...] è un'entità che si muove in parte secondo le norme, ma, soprattutto, muove, quasi come pedine in uno scacchiere le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo della sua attività, che non un elemento della sua struttura». Vi è da trarne la conseguenza che «molto spesso, la sostituzione di certe norme con altre è piuttosto l'effetto anziché la causa di una modificazione sostanziale dell'ordinamento» (ID., *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 29-30). Nondimeno, «la loro importanza pratica è così grande che, comunemente, quando si definisce il diritto ci si riferisce in modo preponderante ad esse» (ID., *Corso di diritto costituzionale*⁷, Cedam, Padova 1943, p. 4)

nonché il soggetto cui, per intima esigenza spirituale, spetta dedurre il principio ideale della giustizia; per l'altro, è invece un prodotto della storia e dei suoi ordinamenti, da essi sovrastato, nonché plasmato e differenziato, spiritualmente e praticamente, secondo la sua particolare vicenda sociale e relazionale.

Da un lato, l'organizzazione sociale, sinonimo di convivenza civile, è affermata quale risultato armonico che si produce ad esito della somma delle individualità, disposti in relazione reciproca di potestà e di soggezione, secondo il dettato del diritto positivo; questo è inteso come complesso di regole di condotta, ed è tale da realizzare una pratica attuazione di quello ideale, ancorché imperfetta. La convivenza, dunque, è vista come grandezza empirica aggregata: ove, per assurdo, essa mancasse, non mancherebbe, tuttavia, il diritto: poiché, in chiave deontologica, questo sarebbe sempre provvisto di intangibile realtà, noumenica o super-esistenziale. Dall'altro lato, secondo Romano, ogni organizzazione sociale, perfezionandosi (o degradandosi) nel corso storico come soggetto collettivo di variabile spessore e composizione, si dà sul piano giuridico pienamente provveduta e qualificata. Di modo che qualsivoglia regola di condotta ivi adottata riposa sempre sulla permanenza dello stesso corpo organizzato: da questo deriva sempre i suoi caratteri essenziali, il suo spazio e il suo tempo di applicazione e di effettività³³⁵. In

³³⁵ Ciò, nella logica della dottrina romaniana, può essere affermato limitatamente al profilo della oggettività di ciascun ordinamento. Non risulta trattato, in questo lavoro, il cruciale secondo profilo dei rapporti tra ordinamenti-istituzioni, che integra il primo portandogli proiezione dinamica, e risulta gravido di

questa linea, la convivenza è il modo d'essere ordinato, in concreto, di ogni corpo sociale, prescindendo dai gradi di civiltà ad esso ascrivibili, o per esso desiderabili: l'armonia – se spazio alcuno possa essere trovato a questo lemma nella teoria romaniana, che è una teoria attenta alla mediazione, soprattutto in quanto è avvertita del nucleo di immediatezza della realtà sociale – è solo il grado di provvisoria stabilità di un dato ordine. Tale grado di stabilità è reso possibile dalla sua stessa attitudine a conservarsi, e a mediare tutti i conflitti in concreto possibili in ragione dei rapporti interni ed esterni tra ordinamenti.

Infine, l'unità dell'ordinamento coincide, per Del Vecchio, con un'idea astratta, cioè con l'«universale logico del diritto», con la «*forma* della nozione di esso»³³⁶; per Romano, essa non è mai «ottenuta con un procedimento di astrazione», ma risulta sempre nella sua dimensione «concreta ed effettiva»³³⁷.

7. *Resistenze filosofiche*

Ora, se tutto questo può essere considerato in sede critica, altro è il giudizio che, rintracciabile nella pagina di questi autori, veniva indirizzato dall'uno all'altro, nel vivo della

svolgimenti quanto ad esistenza (dunque oggettivazione: forma), contenuto ed efficacia di ogni dato ordinamento.

³³⁶ G. DEL VECCHIO, *I presupposti filosofici*, cit., p. 69.

³³⁷ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 27.

polemica. Più cauto e misurato è il tono di Romano, che – come è noto – più sentitamente intendeva cogliere e riformulare i problemi fondamentali del diritto pubblico generale in leale polemica e in (almeno parziale) discontinuità con la scuola del diritto pubblico del suo maestro Vittorio Emanuele Orlando. Questa rappresentava, per un verso, il vero bersaglio del suo sforzo, per l'altro, il simulacro dinanzi a cui mantenere rispettoso contegno: dunque, non solo nella prima edizione del 1918, ma anche nelle poche repliche aggiunte in nota alla seconda edizione, Del Vecchio è sobriamente all'attenzione di Romano non più di quanto lo siano le principali figure della dottrina italiana e continentale. Come si è visto, egli entra nel merito di questioni strettamente giuridiche, secondo il perimetro della sua indagine, e lascia da canto quelle di segno più marcatamente filosofico: da un lato, Del Vecchio veniva posto tra «coloro che hanno obbietato che il mio concetto di istituzione presuppone quello di diritto», cioè tra quanti lo avrebbero frainteso, non cogliendo il nodo teorico del processo di oggettivazione, così come formulato nel 1918³³⁸; dall'altro, questo scritto conferma, ai suoi occhi,

³³⁸ Ivi, p. 53 nt. 33^{bis}, ove le pagine di Del Vecchio si trovano raccostate ad altre opere della dottrina italiana che pure, in vario modo, avevano dato attenzione alla teoria esposta ne *L'ordinamento giuridico* senza accogliere di essa la relazione di identità tra diritto e istituzione; si tratta di un punto della vicenda della ricezione dell'opera romaniana su cui non ci si può diffusamente fermare in queste pagine. Ma ci si può limitare a riportare le parole di Romano in proposito: «del tutto infondato è il rimprovero che mi è stato mosso [...], che io mi contraddica, avendo affermato alla fine del §13, che “l'istituzione in tanto esiste e può dirsi tale in quanto è mantenuta in vita dal diritto”. L'affermazione che la gallina nasce dall'uovo non è in contraddizione con l'altra che l'uovo nasce dalla gallina: tutto sta a vedere a che proposito e in che senso si afferma l'una o l'altra cosa, che sono entrambe vere, come è vera anche l'affermazione che uovo e gallina sono due aspetti dello stesso fenomeno» (*ibidem*). Tra le opere citate da Romano

quella tendenza tralaticia a mescolare, nel discorso proprio della scienza giuridica, concetti originali di questa con accezioni e ibridazioni filosofiche che, malamente impiegate, non consentono progresso, né vera attitudine critica all'operare della medesima scienza: lo si è visto proprio sulla questione dei caratteri formali del diritto, con aperto rimando a Del Vecchio. Ma si tenga presente anche questo ulteriore passaggio, di intonazione più generale, aggiunto nel 1946:

è da notare che la mia concezione ha incontrato resistenze specialmente fra i filosofi del diritto e fra i giuristi che se ne sono occupati dal punto di vista filosofico. [...] io nel delinearla non ho avuto, come ho espressamente dichiarato, intendimenti filosofici³³⁹.

Resistenze filosofiche, dunque. Certo, gli intendimenti fondamentali di Romano, sul piano dell'oggetto come del metodo, miravano a fortificare l'autonomia della scienza giuridica, sollecitando «una concezione più larga del diritto»³⁴⁰; è pur vero, tuttavia, che – come si è provato a mettere in luce – il discorso romaniano mobilitava ineludibili scelte filosofiche di fondo. Queste restavano, nella trattazione, ora accennate ora solo sottintese; poiché mai le si trova enunciate in modo esteso e compiuto. Ma avere fermo il proposito di tenersi nel

a questo riguardo: W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», IV, 1-2, 1929, pp. 43-123; L. VOLPICELLI, *Santi Romano*, in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», VII, 1, 1929, pp. 7-25; N. BOBBIO, *Istituzione e diritto sociale (Renard e Gurvitch)*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XVI, 4-5, 1936, pp. 385-418; G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Foro italiano, Roma 1937; ID., *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XIX, 1-2, 1939, pp. 9-44.

³³⁹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 91 nt. 69^{bis}.

³⁴⁰ Ivi, p. 109 nt. 83.

perimetro del giuridico non poteva voler dire obliterare la portata filosofica di certi assunti giuridici.

Con queste parole Romano riassumeva il taglio del suo sforzo:

«io non ho escluso il carattere normativo e relazionale del diritto, ma ho cercato di integrare, come mi pare necessario, questo carattere con quello istituzionale, mettendo in rilievo i rapporti in cui il primo sta col secondo. Sono convinto che siffatta necessità risulta, oltre che da esigenze di ordine giuridico, anche da esigenze d'ordine filosofico di vario genere, quali sarebbero quelle attinenti alla distinzione del diritto dalla morale e dall'economia, in una parola dalle altre manifestazioni della c.d. attività pratica, nonché alla spiegazione della esistenza del *ius involontarium* e della sua natura e allo stesso problema della funzione del diritto. Ma non voglio derogare al proposito di mantenermi in questo libro sul terreno strettamente giuridico»³⁴¹.

Alcuni anni dopo, con l'edizione del 1946, il punto di vista di Romano su Del Vecchio conosceva un ulteriore momento: sta qui il riferimento ad uno scritto – già evocato, e sul quale s'era detto di dover di tornare – pubblicato nel 1929 sulla *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, intitolato *Sulla statualità del diritto*. Non vi si trova una discussione dei contenuti del saggio, ma, anche in questo caso, solo un

³⁴¹ Ivi, p. 93 nt. 69^{bis}. Appare, pertanto, quantomai condivisibile l'osservazione proveniente da dottrina autorevole secondo cui Romano «padroneggia come pochi le categorie filosofiche», e, al contempo, «le adopera con estrema parsimonia e prudenza [...] forse anche per non creare inutili e dannose sovrapposizioni rispetto agli studi di Gentile e di Croce». Meno persuasiva appare invece l'ulteriore notazione, pur cauta e dubitativa, che a quest'ultima si affianca, quando si aggiunge che «forse» Romano si valesse poco delle categorie filosofiche «perché le ritiene non decisive nella soluzione dei problemi che si propone» (A. Cerri, *Santi Romano e la teoria generale del diritto*, in AA.VV., *I filosofi del diritto alla 'Sapienza' tra le due Guerre*, cit., pp. 123-130, p. 124).

accostamento dello stesso ad una nutrita letteratura, che annoverava scritti di autori diversi – come Betti, Cesarini Sforza, Calamandrei, Crisafulli –, tutti censiti, nondimeno, sotto la comune attitudine scientifica di essere tra «coloro che negano in modo netto e reciso il carattere necessariamente statale degli ordinamenti giuridici»³⁴², attitudine salutata, in linea di principio, con favore da Romano, in quanto, pur variamente fondata e argomentata³⁴³, alimentava una tendenza

³⁴² Ivi, p. 121 nt. 94^{bis}.

³⁴³ Nel caso di Del Vecchio, abbiamo già visto la portata della sua impostazione giusnaturalistica. Da essa deriverebbe «il carattere *superesistenziale*» del diritto, «onde la possibilità logica di un *diritto violato*, che permane nondimeno come diritto, ed anche di un diritto *non riconosciuto* dalla volontà sociale preponderante (ossia *non positivo*), e pur sussistente, come diritto, nell'ordine dei valori» (G. DEL VECCHIO, *Moderne concezioni del diritto*, cit., p. 198). Nelle pagine che presentavano la *Rivista* si legge, peraltro, che «il dogma della “volontà del legislatore” deve essere risoluto e vagliato nei suoi elementi, né può, ad ogni modo, segnare il limite del nostro orizzonte spirituale» (LA DIREZIONE, *Programma*, cit., p. 3). Ma con il riferimento a questo scritto del 1929 possiamo dire di essere fuori dal perimetro della polemica che abbiamo ripercorso, in quanto Del Vecchio mostrava qui d'aver operato una parziale revisione del suo punto di vista, accogliendovi numerosi profili della teoria romaniana e tentando, di questi, una conciliazione con la sua filosofia. In particolare, la socialità del diritto, asserita da Romano, veniva intrecciata alla enfasi da lui sempre accordata all'individuo. Con un sillogismo reso in forma di brocardo, Del Vecchio sintetizzava questa conciliazione: «*ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus; ergo, ubi homo, ibi jus*» (G. DEL VECCHIO, *Sulla statualità del diritto*, cit., p. 19). In particolare, l'intera trattazione reggeva sull'assunto che «è da distinguere il diritto statuale da quello non statuale», e che «il primo rappresenta solo una specie, sia pure la più importante, del genere o della categoria logica del diritto» (ivi, p. 5); l'attenzione era dunque in prevalenza rivolta a «un altro ordine di fenomeni, che sembrano egualmente attestare la possibilità di un diritto non statuale; e cioè tutta una serie di minori ordinamenti giuridici, stabiliti nell'ambito dello Stato, ma indipendenti da esso e persino, in qualche caso, antitetici ad esso» (ivi, p. 4-5). Emerge plasticamente la distanza dagli scritti che abbiamo sin qui richiamato. Molto interessanti, in un quadro di forte rivalutazione dei profili di storicità del diritto, appaiono i giudizi espressi sulla Rivoluzione francese, in quanto moto storico di soppressione degli ordinamenti particolari del XVIII secolo; sulla Rivoluzione russa, in quanto moto di abbattimento dello Stato zarista da parte di

positiva per il suo istituzionalismo. Costoro, osservava Romano, sarebbero, nel panorama dottrinale della metà degli anni Quaranta, «molto più numerosi [...], in modo che questa opinione oramai si può dire divenuta predominante»³⁴⁴: la crisi teorica del normativismo statualistico, ormai matura in quegli anni, veniva dunque vista come uno dei risultati in grado, almeno in parte, di controbilanciare le prime resistenze filosofiche.

È, dunque, questo di Del Vecchio del 1929, uno scritto in cui il giurista siciliano vedeva, come in diversi altri apparsi in dottrina³⁴⁵, il segno di una prima sedimentazione della sua proposta teorica. Non badava più alla polemica avuta con l'autore che nel 1921 lo aveva recensito; saggiava, invece, il mutare delle sensibilità e degli orientamenti in seno alla scienza giuridica.

un ordinamento particolare, il partito bolscevico; e sulla Rivoluzione fascista, in quanto esempio di assimilazione degli ordinamenti particolari nel corpo del preesistente Stato italiano (ivi, p. 16-17).

³⁴⁴ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 121 nt. 94^{bis}.

³⁴⁵ Oltre l'accento alla «massima parte dei cultori del diritto internazionale e del diritto ecclesiastico» (*ibidem*), sono menzionati numerosi lavori, tra i quali: A. LEVI, *Filosofia del diritto e tecnicismo giuridico*, Zanichelli, Bologna 1920; V. CRISAFULLI, *Sulla teoria della norma giuridica*, prefaz. di S. Panunzio, Anonima romana editoriale, Roma 1935; P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, La Litotipo, Padova 1924; C. ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, T.E.S.A., Camerino 1930; P. CALAMANDREI, *Regole cavalleresche e processo*, Cedam, Padova 1929; G. ZANOBINI, *Corso di diritto ecclesiastico*, Vallerini, Pisa 1936²; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano I*, Cedam, Padova 1943²; V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Jovene, Napoli 1943⁷; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Contributo alla teoria giuridica della formazione degli Stati*, Giuffrè, Milano 1938; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano 1944; G. MIELE, *Principii di diritto amministrativo I*, Arti grafiche Tornari, Pisa 1945; C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denken*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1934.

8. «Il solito circolo vizioso dell'empirismo»

Qual è, invece, il giudizio conclusivo su *L'ordinamento giuridico* da rinvenire in *Moderne concezioni del diritto*, a valle delle specifiche critiche già ripercorse? In chiusura di tale scritto, Del Vecchio così dava conto del suo approccio: «a noi qui non è dato addentrarci nella disamina di questioni particolari, poiché nostro intento era solo di saggiare sommariamente il valore di quella veduta fondamentale intorno al diritto»³⁴⁶. E, difatti, la tensione che l'autore dava al suo argomentare, non senza qualche tratto di asprezza, è propria di chi ha da ergersi a difesa di concezioni fondamentali, quasi a tenerle fuor di contesa contro l'insidia di visioni nuove – o tali almeno in apparenza – e della loro dirompente portata.

Nel sostenere l'identità tra diritto e organizzazione sociale, Romano sarebbe caduto – ad avviso di Del Vecchio – nel «solito circolo vizioso dell'empirismo», finendo cioè per restare travolto da una interminabile messe di elementi fattuali, impropriamente rivestiti di qualificazione giuridica. A monte di ciò, starebbe il torto d'aver trascurato la necessità di mantenere distinta – è un argomento che ben conosciamo – la forma ideale, antecedente logico generale, dalle concrete espressioni sociali della convivenza umana.

Il vero è che il termine “istituzione” è supremamente ambiguo, come riconosce, in parte, lo stesso Romano. Vi hanno istituzioni politiche e religiose, scolastiche e cavalleresche, di credito e di beneficenza; e per trar partito da un tale concetto per il diritto, bisogna appunto introdurvi, o meglio avervi introdotto per sottinteso, la nota della

³⁴⁶ G. DEL VECCHIO, *Moderne concezioni del diritto*, cit., p. 202.

giuridicità, che poi si ha l'aria di estrarne. È il solito circolo vizioso dell'empirismo, che s'illude di ricavare da certi dati dell'esperienza il criterio logico, il quale ha invece già esercitato la sua funzione presiedendo effettivamente alla scelta dei dati stessi³⁴⁷.

Come si vede, Del Vecchio vestiva i panni nobili di guardiano della tradizione giusfilosofica, e reagiva ascrivendo la dottrina romaniana alla famiglia delle teorie naturalistiche e di impostazione filosofica positivista³⁴⁸. Insisteva sul carattere «super-esistenziale» che sarebbe proprio del diritto e – altro argomento già sopra messo in luce – sulla realtà meta-empirica di esso quale «universale logico»³⁴⁹, lasciando seguire una caustica presa d'atto della noncuranza di Romano

³⁴⁷ Ivi, p. 201, dove così si seguitava nell'obiettare: «La giuridicità dell'“istituzione” non deriva (come sembra al Romano) dal mero fatto di essa, dalla *esistenza* sua; sibbene da ciò, che tale esistenza è supposta già come dominata da una regola interna, la quale è appunto il diritto. Regola imperativa ed obbligatoria, bilaterale o intersubiettiva, e fornita in somma di tutti quei caratteri formali, che le analisi filosofiche – specialmente dal Thomasio in poi – sono venute via via scoprendo ed elaborando come elementi intrinseci del diritto».

³⁴⁸ Appare arduo convenire con Del Vecchio in tale giudizio. È da dire, tuttavia, che la storiografia ha messo in luce come tale fraintendimento potesse non di rado ingenerarsi. Difatti, i difensori del diritto naturale dovevano resistere tanto alle critiche filosofiche dei positivisti quanto a quelle degli idealisti, le quali, sebbene irriducibili le une alle altre, erano accomunate dal fatto che giammai «si ancoravano a valori assoluti, fuori dalla storia, da trarre, come facevano i giuristi-naturalisti, da una natura sempre uguale. [...] Si potrebbe concludere che dinanzi all'espressione “diritto naturale” i filosofi, sia positivisti che idealisti, si erano accaniti contro l'aggettivo» (N. BOBBIO, *La filosofia del diritto in Italia*, cit., p. 45). Nello stesso senso V. FROSINI, *L'idealismo giuridico italiano del Novecento* (1976), in ID., *L'idealismo giuridico italiano*, Giuffrè, Milano 1978, pp. 3-32, p. 6. Si può notare al riguardo come, anni più tardi, lo stesso Giuseppe Capograssi ebbe parole severe circa il «radicale empirismo» romaniano, che avrebbe contribuito – egli opinava – a spalancare le porte al dominio del fatto sulla questione del senso (G. CAPOGRASSI, *L'ultimo libro di Santi Romano* [1951], in *Opere*, V, Giuffrè, Milano 1959, pp. 221-254, p. 250).

³⁴⁹ Cfr. G. DEL VECCHIO, *Moderne concezioni del diritto*, cit., p. 198; e ID., *I presupposti filosofici*, cit., p. 69.

verso tali cardini filosofici del sapere giuridico: consolidati in lunga tradizione, ma, nella sua pagina, negletti in nome di un ossequio portato soltanto al mero fatto.

Ma di siffatte ricerche non si occupa per vero il Romano, che non solo vuol limitato il suo studio al diritto positivo, secondo la tesi ormai vieta dell'empirismo giuridico e sociologico, ma, traendo all'estremo cotesta tesi, fa consistere a dirittura il diritto nel mero fatto di una "istituzione" qualsiasi, o, com'egli pure si esprime, nella "posizione" di una società qualsivoglia³⁵⁰.

È insomma chiaro che Del Vecchio ascriveva le idee di Romano a quelle «tendenze antifilosofiche» che le scuole sociologiche, empiristiche e naturalistiche variamente erano venute esprimendo a cavallo tra i due secoli, e che avevano attinguto nuova linfa grazie alla pungente prolusione di Bonfante del 1917. Stante questo contesto di abiti scientifici e di sentimenti polemici, Del Vecchio dovette ritenere di non poter

³⁵⁰ Ivi, p. 198. Benevolmente, tuttavia, Del Vecchio accordava un'attenuante al suo interlocutore, senza la quale – si badi – non si sarebbe distinta la sua figura intellettuale dal «comune positivismo o sociologismo pseudo-filosofico»: «Solo in un punto la teoria del Romano ci sembra distinguersi vantaggiosamente da quella del comune positivismo o sociologismo pseudo-filosofico: ché mentre questo dichiara semplicemente il diritto un "fenomeno sociale", e lo rappresenta come un *prodotto* della società, Romano riconosce invece che nel concetto di società è già implicito quello di diritto, e non si può quindi senza paralogismo riguardar questo come un prodotto o un *consecutivum* rispetto alla società stessa. *Ubi societas ibi jus*. Per il riconoscimento di ciò va data lode al Romano» (ivi, p. 198). Ma nonostante questa lode, a Romano non riuscirebbe di «fare un passo ancora innanzi», vedendo cioè che soltanto sul piano empirico diritto e società sarebbero da dirsi allineati e coevi, «perché il diritto non appare come *attuato* se non là dove esiste una società. Ma ciò non significa che la verità del diritto sia soltanto attuale o empirica; ché, anzi, dimostrato come il diritto abbia essenzialmente un carattere deontologico o normativo, ne segue che la sua validità supera logicamente ogni realtà d'esperienza, quindi anche la stessa esistenza della società» (*ibidem*).

usare con Romano un metro troppo diverso da quello col quale, in difesa della filosofia, nello stesso torno di tempo, si stava contrastando Bonfante. Si trovava così, nel recensire *L'ordinamento giuridico*, a dare fondo ad un patrimonio di ragioni che da sempre avevano contraddistinto il suo orizzonte teoretico e che avevano contrassegnato, innanzitutto, la polemica neokantiana contro le scuole positivistiche³⁵¹.

La difesa delle ragioni della filosofia muoveva intimamente la *vis polemica* di Del Vecchio: ciò che «dal Thomasio in poi» aveva ricevuto scoperta e sistemazione non poteva essere minato e liquidato per mezzo di idee che pur sapevano pretendersi nuove, ma che, in realtà, non avrebbero schiuso alcun reale progresso. Anzi, oltre che nel solito circolo vizioso dell'empirismo, si sarebbe profilata, sulla scorta di Romano, la caduta in una qualche nuova specie di organicismo:

Non si comprende il fervore col quale il Romano mostra di svalutare tutto quest'ordine di ricerche, e financo la concezione del diritto come norma, da lui riguardata appena quale "un aspetto derivato e secondario" del diritto. Né si vede quale progresso scientifico si potrebbe sperare dal prevalere dell'indirizzo che il Romano propugna: la conseguenza di tale improbabile prevalere sarebbe solo una nuova specie di organicismo (o, se così piacesse, istituzionismo), non migliore di quell'altra che fu già in voga nelle scienze sociali, e della quale il Romano medesimo deplora giustamente gli abusi³⁵².

³⁵¹ G. DEL VECCHIO, *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, cit., p. 95: «la conseguenza immediata del prevalere del positivismo nella Filosofia giuridica fu appunto il deliberato abbandono di quei problemi sulla natura intrinseca del diritto, cui la Filosofia stessa s'era applicata, né certo senza frutti anche positivi, per tutto il corso della sua storia, e che sono tuttavia riproposti naturalmente dalla coscienza razionale di ogni uomo».

³⁵² G. DEL VECCHIO, *Moderne concezioni del diritto*, cit., p. 201-202.

Note conclusive

La relazione che si è tentato di tracciare tra gli autori esaminati nell'ultimo capitolo è parsa descrivere un momento importante, nella storia della cultura giuridica italiana, di una filosofia del diritto oramai ben piantata nella sfera propria della scienza giuridica. Vi era da progredire sui problemi di fondo insistenti in tale ambito: chiarire, ad esempio, sotto luce nuova la relazione tra diritto e Stato, o determinare con più esattezza i legami tra diritto pubblico e diritto privato, per risalire al cuore della vita giuridica. Vi era certamente una ipotesi, intorno a taluni concetti e dottrine, posta da filosofie che figuravano come il grande interlocutore con cui dover fare i conti.

Romano e Del Vecchio si imposero, in diverso modo, quali interpreti di rilievo di quest'opera nuova. La vicenda intellettuale di cui essi furono protagonisti si presenta, oggi, in grado di restituire un profilo storico della maturazione dei due versanti di una medesima attitudine scientifica: quello della rigorosa fondazione, fin dove possibile, anche filosofica del discorso giuridico, attraverso quelle operazioni di traduzione e di svolgimento, coerenti con la rispettiva autonomia delle due discipline; e quello della prova di rigore che tale fondazione fronteggia nel portare le proprie implicazioni e i propri adattamenti in ogni possibile articolazione dello stesso discorso giuridico.

Il cambiamento di segno della visione di Del Vecchio sulle dottrine di Romano, che si è rilevato tra l'inizio e la fine degli anni Venti, appare l'effetto di una rimeditazione che aveva

potuto prendere congedo dalle animosità che avevano condizionato la prima lettura. In quel momento, Del Vecchio doveva essere senz'altro più preoccupato di fare argine contro qualsiasi filosofia minacciasse, dall'esterno (alla Croce) come dall'interno (alla Bonfante), il ruolo del patrimonio filosofico-giuridico in seno alla scienza giuridica; preoccupazione che egli rivendicava, naturalmente, di interpretare nella massima veste di giurista e di filosofo, con quella pienezza di titoli che gli derivava dal sentirsi anche tra i maggiori interpreti, in Italia, della riscossa del neokantismo sulle filosofie da questo avversate.

Di contro, la cifra caratteristica della posizione intellettuale di Romano, «un filosofo italiano del diritto autenticamente giurista e con lo sguardo puntato sull'esperienza»³⁵³, appare risiedere proprio nell'aver saputo interpretare questo medesimo ruolo, non solo senza analoghe ansie di rivendicarlo, ma, anzi, sorretto da quella consapevolezza più paziente di essersi dato un compito, forse, più alto: quello di scuotere le fondamenta gius-filosofiche dell'edificio della scienza giuridica, per imprimere su questa il movimento di un cambiamento più profondo, offrendo alle nuove generazioni di giuristi coordinate teoriche originali, gravide di proiezioni e di svolgimenti in ogni ambito giuridico particolare.

Sotto questo aspetto, risalta dunque particolarmente il rapporto necessario e reciprocamente condizionante instaurato da Romano tra il diritto pubblico e la filosofia del diritto. Di tale rapporto egli si è fatto testimone e interprete finissimo. Centrata com'era nel primo la sua esperienza di giurista, egli

³⁵³ Così P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 14.

avvertì il bisogno di portare il suo lavoro anche sul terreno della seconda. Non per dare sistemazione a talune problematiche generali ricorrenti nel solo diritto pubblico; ma per offrire una comune base di riferimento all'intero ventaglio delle pendenti esigenze teoretiche che accomunavano tutti i settori della scienza giuridica, e che, ove lasciate irrisolte, o affrontate con prospettiva parziale, avrebbero continuato a far prosperare divaricazioni e fratture. A tal punto, infatti, esse si avvertivano, che tra giuristi di diversi rami del diritto «la discussione» dei più importanti problemi generali «diventa inutile, anzi impossibile, per la mancanza di un punto fermo da cui la discussione possa avviarsi»³⁵⁴.

Se, dunque, da un lato, il diritto costituzionale «è il regno in cui il punto di vista del diritto come istituzione è così deciso ed esteso che dimenticarlo o negarlo significa annullare, o quasi, tutto il diritto costituzionale»³⁵⁵; dall'altro, «la teoria istituzionalistica del diritto [...] è sorta sul terreno della teoria generale del diritto»³⁵⁶.

È questo un lascito che l'odierna scienza giuridica è chiamata a custodire.

³⁵⁴ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 23.

³⁵⁵ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 90.

³⁵⁶ S. ROMANO, *Diritto e morale* [1944], in *Frammenti*, cit., p. 94.

Bibliografia

AA.VV., *Staats-Lexikon oder Encyklopädie der Staatswissenschaften*, edd. C. Th. Welcker - K. Rotteck, vol. II, Brockhaus, Lipsia 1858³, s.v. *Autonomie*, pp. 76-88.

AA.VV., *The French Institutionalism: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1970.

AA.VV., *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, a cura di P. Biscaretti di Ruffia, Giuffrè, Milano 1977.

AA.VV., *Società e corpi*, a cura di P. Schiera, Bibliopolis, Napoli 1986.

AA.VV., *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia*, a cura di A. Mazzacane, Liguori, Napoli 1986.

AA.VV., *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Laterza, Roma-Bari 1990.

AA.VV., *Vocabulaire européen des philosophies. Dictionnaire des intraduisibles*, sous la direction de B. Cassin, Le Seuil-Le Robert, Paris 2004.

AA.VV., *I giuristi e la crisi dello Stato liberale (1918-1925)*, a cura di P. L. Ballini, Istituto veneto di Scienze, Lettere e Arti, Venezia 2005

AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Laterza, Roma-Bari 2007.

AA.VV., *L'institution. Passé et devenir d'une catégorie juridique*, ed. par J-P. Bràs, L'Harmattan, Paris 2008.

AA.VV., *Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, edd. H. Nader et F. Melleray, Dalloz, Paris 2009.

AA.VV., *Saggi e ricerche sul Novecento giuridico*, a cura di A. De Martino, Giappichelli, Torino 2014.

AA.VV., *I filosofi del diritto alla 'Sapienza' tra le due Guerre. Atti del Convegno internazionale, Roma, 21 e 22 ottobre 2014*, a cura di G. Bartoli, Sapienza University Press, Roma 2017.

AA.VV., *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, a cura di F. Bassanini, F. Cerniglia, F. Pizzolato, A. Quadrio Curzio, L. Vandelli, Il Mulino, Bologna 2019.

AA.VV., *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico*, a cura di F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi, Franco Angeli, Milano 2020.

AA.VV., *L'ordinamento giuridico nel centenario*, a cura di A. Sandulli, Il Mulino, Bologna 2021.

AA.VV., *Un dialogo su Santi Romano. Crisi, istituzione e tecniche*, a cura di M. Croce, ETS, Pisa 2022.

LA DIREZIONE, *Programma*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», I, 1, 1921, pp. 1-4.

AMBROSINI G., *La pluralità degli ordinamenti giuridici nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, vol. I, Giuffrè, Milano 1973, pp. 3-17.

ANTONELLI V., *Sovranità, Stato e pubbliche amministrazioni: indizi di una trasformazione*, in AA. VV., *Metamorfosi del diritto*

amministrativo. Liber amicorum per Nino Longobardi, Editoriale scientifica, Napoli, 2023, pp. 3-13.

ANZILOTTI D., *Corso di diritto internazionale*, vol. III, parte I, Athenaeum, Roma 1915.

ANZILOTTI D., *Il concetto moderno dello Stato e il diritto internazionale*, F.lli Pallotta, Roma 1915.

ARANGIO RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, Jovene, Napoli 1943⁷.

ARMAO G., *Santi Romano protagonista della Scuola palermitana di diritto pubblico*, in «Nuove Autonomie», 1, 2018, pp. 47-61.

BÄHR O., *Der Rechtsstaat. Eine publizistische Skizze* [1864], Scientia, Aalen 1961.

BALLADORE PALLIERI, G., *Diritto internazionale pubblico*, Giuffré, Milano 1962.

BARTHAS J., *Machiavelli costituzionalista. Il progetto di riforma dello Stato di Firenze del 1522*, Viella, Roma 2023.

BARTOLI R., *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Giappichelli, Torino 2008.

BEARD A., *Interpretazione economica della Costituzione degli Stati Uniti d'America* [1935], Giuffré, Milano 1959.

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* [1766], a cura di F. Venturi, Einaudi, Torino 1981.

BEROLZHEIMER F., *System der Rechts- und Wissenschaftsphilosophie*, Beck, München 1906.

BETTI E., *Istituzioni di diritto romano I*, Cedam, Padova 1943².

BETTI E., *Problematica del diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1956.

BIERLING E. R., *Juristische Prinzipienlehre*, I, Mohr, Leipzig-Freiburg 1894.

BIGO D., *Les modalités des dispositifs d'état d'urgence: introduction*, in «Cultures et Conflits», 113, 2019, pp. 7-16.

BILANCIA F., *Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2010, 1-29.

BISCARETTI DI RUFFIA P., *Contributo alla teoria giuridica della formazione degli Stati*, Giuffrè, Milano 1938.

BOBBIO N., *Istituzione e diritto sociale (Renard e Gurvitch)*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XVI, 4-5, 1936, pp. 385-418.

BOBBIO N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* [1965], pref. di L. Ferrajoli, Laterza, Roma-Bari 2011.

BOBBIO N., *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto* (1961), Torino, Giappichelli 1996.

BÖCKENFÖRDE E-W., *Gesetz und gesetzgebende Gewalt* [1958], Duncker & Humblot, Berlin 1981.

BONFANTE P., *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, in «Rivista italiana di sociologia», XXI, 1, 1917, pp. 53-72.

BONFANTE P., *Filosofia del diritto e scienza del diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», III, 4, 1923, pp. 454-462.

BONUCCI A., *Ordinamento giuridico e Stato: contributo alla teoria della definizione*, in «Riv. di dir. pubblico», XII, 1, 1920, pp. 97-123.

BRESCHI B., *La volontà dello Stato nell'ordine giuridico internazionale*, in «Rivista di diritto internazionale», VIII, 1914.

BURKE E., *Reflections on The Revolution in France* [1790], ed. by C. C. O'Brien, Penguin, London 1969.

CAIANI L., *La filosofia dei giuristi italiani*, Cedam, Padova 1955.

CALAMANDREI P., *Regole cavalleresche e processo*, Cedam, Padova 1929.

CALOGERO G., *Croce e la scienza giuridica*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», Serie III, LIX-LX (1952-1953), pp. 1-13.

CAMMARATA A. E., *Su le tendenze antifilosofiche della Giurisprudenza moderna in Italia*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», II, 4, 1922, pp. 234-258.

CAPOGRASSI G., *Alcune osservazioni sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, Gallizzi, Sassari 1936.

CAPOGRASSI G., *Il problema della scienza del diritto*, Foro italiano, Roma 1937.

CAPOGRASSI G., *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XIX, 1-2, 1939, pp. 9-44.

CAR R., *La concezione dello Stato popolare (Volksstaat) nei giuristi tedeschi del tardo Ottocento*, in AA.VV., *Il governo del popolo*, vol. II, *Dalla Restaurazione alla Guerra franco-prussiana*, a

cura di G. Ruocco, L. Scuccimarra, Viella, Roma 2012, pp. 335-354.

CARDONE A., *Brevi note sulla degenerazione del sistema delle fonti: gli effetti convergenti della crisi della sovranità statale e della forma di governo parlamentare alla luce dell'esperienza italiana*, in AA.VV., *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, a cura di A. Pèrez Miraz, G. M. Teruel Lozano, E. Raffiotta, vol. IV, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid 2020, 25-40.

CARNELUTTI F., *I giuristi e la filosofia*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», III, 2, 1923, pp. 184-189.

CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Foro Italiano, Roma 1940.

CASSESE S., *La prolusione romaniana sulla crisi dello Stato moderno e il suo tempo*, in «Le Carte e la Storia», I, 2012, pp. 5-15.

CASSESE S., *Ipotesi sulla formazione de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», I, 1972, pp. 243-283.

CERRI A., *Pluralità delle fonti e pluralità degli ordinamenti*, in «Rivista italiana per le Scienze Giuridiche», nuova serie, 1, 2010, pp. 55-62.

CESARINI SFORZA W., *Il concetto di diritto e la giurisprudenza integrale*, Società editrice libraria, Milano 1913.

CESARINI SFORZA W., *Il diritto dei privati*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», IV, 1-2, 1929, pp. 43-123.

CESARINI SFORZA W., *Vincenzo Miceli*, in «Archivio Giuridico "Filippo Serafini"», 1, 1932, pp. 79-94.

CHIGNOLA S., *Fragile cristallo. Per la storia del concetto di società*, Editoriale scientifica, Napoli 2004.

CICERONE M. T., *Opere politiche e filosofiche di M. T. Cicerone*, a cura di L. Ferrero e N. Zorzetti, Utet, Torino 1986.

COASE R., *La natura dell'impresa* [1937], in ID., *Impresa, mercato e diritto*, Il Mulino, Bologna 2006, pp. 73-95.

COCOZZA F., *Santi Romano presidente del Consiglio di Stato. Cenni storici e spunti problematici*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1977, pp. 1231-1252.

CONSTANT B., *Principes de politique applicables à tous les gouvernements* [1815], in ID., *Ouvres*, a cura di A. Roulin, Gallimard, Paris 1957, pp. 1063-1279.

COSTA P., *Lo stato di diritto: un'introduzione storica*, in AA.VV., *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Feltrinelli, Milano 2003², pp. 89-170.

COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, I, S.E.I., Milano 1915².

CRISAFULLI V., *Sulla teoria della norma giuridica*, prefaz. di S. Panunzio, Anonima romana editoriale, Roma 1935.

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Cedam, Padova 1984⁵.

CROCE B., *Presupposti filosofici della nozione del diritto*, in «La Critica», III, 6, 1905, pp. 515-516.

CROCE B., *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia* [1907, 1926²], ed. critica a cura di C. Nitsch, Giuffrè, Milano 2016.

CROCE B., *Filosofia della pratica. Economica ed etica* [1909], sesta ed., Bari 1950, nell'Edizione nazionale delle opere, a cura di M. Tarantino, Bibliopolis, Napoli 1996.

CROCE B., *Teoria e storia della storiografia*, Laterza, Bari 1917.

DE FRANCISCI P., *Il trasferimento della proprietà*, La Litotipo, Padova 1924.

DEAN J., *Capital's Grave: Neofeudalism and the New Class Struggle*, Verso, London 2025.

DEL GIUDICE V., *Il diritto ecclesiastico in senso moderno. Definizione e sistema*, Tipografia nazionale, Roma 1915.

DEL VECCHIO G., *Una reformatio in pejus degli ordinamenti universitari*, in «L'Università italiana. Rivista dell'Istruzione Superiore», XVIII, 6-8, 1919, pp. 3-11.

DEL VECCHIO G., *Moderne concezioni del diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», I, 3-4, 1921, pp. 191-202.

DEL VECCHIO G., *Sui principi generali del diritto* (1921), in ID., *Studi sul diritto*, I, pp. 241-282, Giuffrè, Milano 1958.

DEL VECCHIO G., *Sulla statualità del diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», IX, 1, 1929, pp. 1-21.

DEL VECCHIO G., *Lezioni di filosofia del diritto* [1930], Giuffrè, Milano 1965.

DEL VECCHIO G., *Presupposti, concetto e principio del diritto (Trilogia)*, Giuffrè, Milano 1959.

DELLA SETA U., Seduta pomeridiana del 7 maggio 1947, in *Atti dell'Assemblea Costituente (1946-1948) [1946-1949]*, vol. XIV, Camera dei Deputati, Roma 2017, rist. anastatica, pp. 3681-3685.

DONATI D., *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Società editrice libraria, Milano 1910.

DONATI D., *La personalità reale dello Stato*, in «Rivista di diritto pubblico», XIII, 1-2, 1921, pp. 453-518.

DUGUIT L., *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, Paris 1901.

DUGUIT L., *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Alcan, Paris 1911².

DUGUIT L., *Les transformations du droit public*, Colin, Paris 1913.

DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, Fontemoing, Paris 1927³.

EHRlich E., *Der praktische Rechtsbegriff*, in AA.VV., *Festschrift f. E. Zietelmann*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1913, pp. 3-20.

ENNECERUS L., *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Elwert, Marburg 1911⁶.

ESPOSITO C., *Lineamenti di una dottrina del diritto*, T.E.S.A., Camerino 1930.

FASSÒ G., *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*³, Il Mulino, Bologna 1994.

FERRAJOLI L., *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, a cura di D. Ippolito e F. Mastromartino, Editoriale Scientifica, Napoli 2017².

FERRARA F., *Trattato di diritto civile italiano*, Athenaeum, Roma 1921.

FERRARA G., *Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano 2004.

FERRARESE M. R., *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Il Mulino, Bologna 2022.

FERRO LUZZI P., *I contratti associativi* [1976], Giuffrè, Milano 2001.

FILLON C., *De la chaire aux canons, les engagements des enseignants des Facultés de droits pendant la Grande Guerre*, in *Les Facultés de droit et la Grande Guerre*, in «Revue d'histoire des Facultés de droit et de la culture juridique du monde des juristes et du livre juridique», 35, 2015, pp. 11-30.

FINDLAY R., O'ROURKE K. H., *Potere e ricchezza. Una storia economica del mondo* [2007], a cura di G. Conti, M. G. Schisani, Utet, Torino 2021.

FIORAVANTI M., *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Giuffrè, Milano 1979.

FIORAVANTI M., *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: Nuove prospettive della ricerca*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», X, 1981, pp. 169-219.

FIORAVANTI M., *Stato (storia)*, in «Enciclopedia del diritto», XLIII, Giuffrè, Milano 1990, pp. 708-758.

FIORAVANTI M., *Stato e Costituzione: materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Giappichelli, Torino 1993.

FIORAVANTI M., *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, vol. I, *Le libertà fondamentali*, Giappichelli, Torino 1995.

FIORAVANTI M., *Costituzionalismo*, Carocci, Roma 2018.

FIORAVANTI M., *Costituzione* [1999], Il Mulino, Bologna 2022.

FIORAVANTI M., *La scienza del diritto pubblico, Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, 2 voll., Giuffrè, Milano 2001.

FLEINER F., *Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht*, Tübingen 1913³.

FROSINI V., *L'idealismo giuridico italiano del Novecento* (1976), in ID., *L'idealismo giuridico italiano*, Giuffrè, Milano 1978, pp. 3-32.

FUCHS M., *Die Allgemeine Rechtsstheorie Santi Romanos*, Duncker & Humblot, Berlin 1979.

GENTILE G., *I fondamenti della filosofia del diritto* [1916], in *Opere*, IV, Sansoni, Firenze 1937³, pp. 1-111.

GERBER C. F. V., *Sui diritti pubblici* [1852], in ID., *Diritto pubblico*, a cura di P. L. Lucchini, Giuffrè, Milano 1971, pp. 3-87.

GERBER C. F. V., *Grundzüge des deutschen staatsrechts* [1865], Tauchnitz, Leipzig 1880³.

GIERKE O. V., *Naturrecht und Deutsches Recht*, Rutten & Leoning, Frankfurt 1883.

GIERKE O. V., *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft* [1883], Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1961.

GIERKE O. V., *Deutsches Privatsrecht*, I, Duncker & Humblot, Leipzig, 1895.

GIERKE O. V., *Das deutsche Genossenschaftsrecht* [1868-1913], 4 voll., Weidman, Berlin 1868-1913.

GIUGNI G., *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano 1960.

GIUGNI G., *Diritto sindacale* [1979], a cura di L. Bellardi, P. Curzio, V. Leccese, Cacucci, Bari 2022.

GNEIST R. V., *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg*, Springer, Berlin 1869.

GRAMSCI A., *Quaderni del carcere* [1929-1935], a cura di V. Geratana, vol. 2, Einaudi, Torino 1977.

GROSSI P., *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari 2012.

HARTWIG M., *Die Krise der deutschen Staatslehre und die Rückbesinnung auf Hegel in der Weimarer Zeit*, in AA.VV., *Anspruch und Leistung von Hegels Rechtsphilosophie*, ed. C. Jermann, Frommann-Holzboog, Stuttgart-Bad Cannstatt 1987, pp. 239-275.

HEGEL G.W.F., *Le maniere scientifiche di trattare il diritto naturale* [1803], Adelphi, Milano 2016.

HEGEL G. W. F., *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello stato in compendio* [1821], a cura di G. Marini, Laterza, Roma-Bari 1999.

HILDEBRANDT M., *Smart Technologies and the End(s) of Law*, Elgar, Cheltenham 2015.

HINTZE O., *Stato e società*, Zanichelli, Bologna 1980.

HOBBS T., *De Cive* [1642], in ID., *Opere politiche*, I, Utet, Torino 1959.

HOBBS T., *Leviatano* [1651], a cura di A. Pacchi, Laterza, Roma-Bari 2020.

HUSSERL G., *Recht und Welt* [1929], in ID., *Recht und Welt. Recht-philosophische Abhandlungen*, Klostermann, Frankfurt a. M. 1964, pp. 67-114.

JELLINEK G., *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, Hölder, Wien 1880.

JELLINEK G., *Gesetz und Verordnung*, Mohr, Freiburg in B. 1887.

JELLINEK G., *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* [1892], a cura di G. Vitagliano, prefaz, a cura di V. E. Orlando, Milano, 1912.

JELLINEK G., *Allgemeine Staatslehre* [1900], Häring, Berlin 1914.

JELLINEK G., *Die soziaethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Häring, Berlin 1908².

JHERING R. V., *Das Zweck im Recht*, Brietkopf & Haertel, Leipzig 1893³.

KELSEN H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Mohr, Tübingen 1911.

KELSEN H., *Über Staatsunrecht*, in «Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart», XL, 1913, pp. 1-114.

KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto* [1934], a cura di R. Treves, Einaudi 2000.

KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato* [1945], a cura di S. Cotta e G. Treves, Edizioni di Comunità, Milano 1952.

IBBA C., *Le società «legali»*, Giappichelli, Torino 1992.

LABAND P., *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* [1911⁵], vol. I, Scientia, Aalen 1964.

LASSON A., *System der Rechtsphilosophie*, Guttentag, Berlin und Leipzig 1882.

LAFON J., *Le code civil et le restructuration de la société française*, in «Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands [Dijon]», t. XLII, 1985, pp. 101-107.

LARENZ K., *Storia del metodo nella scienza giuridica* [1960], a cura di S. Ventura, Giuffrè, Milano 1966.

LEDERER E., *Zur Soziologie des Weltkriegs* [1915], in ID., *Schriften zur Wissenschaftslehre und Kultursoziologie*, a cura di P. Gostmann e A. Ivanovna, Springer, Wiesbaden 2014, pp. 101-130.

LEIBNIZ G. W., *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* [1667], in ID., *Il nuovo modo di apprendere e di insegnare la giurisprudenza*, a cura di C. M. De Iuliis, Giuffrè, Milano 2012.

LENIN V., *Imperialismo fase suprema del capitalismo* [1917], a cura di V. Parlato, Editori Riuniti, Roma 1973.

LEVI A., *Filosofia del diritto e tecnicismo giuridico*, Zanichelli, Bologna 1920.

LEVI A., *Teoria del diritto e filosofia del diritto. (Lettera aperta al prof. Francesco Carnelutti)*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», III, 4, 1923, pp. 463-476.

LEVI A., *Scritti minori di filosofia del diritto*, I, 1, Cedam, Padova 1957.

LIPARI N., *Costituzione e diritto civile*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», LXXII, 4, 2018, pp. 1255-1273.

LUCIANI M., *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in «Rivista AIC», 1, 2013, pp. 1-18.

LUCIANI M., *La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nelle democrazie contemporanee*, in «Teoria Politica», Nuova Serie, 5, 2015, pp. 113-134.

MACHIAVELLI N., *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, Rizzoli, Milano 2013.

MANGONI L., *La crisi dello Stato liberale e i giuristi italiani*, in AA.VV., *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia*, a cura di A. Mazzacane, Liguori, Napoli 1986, pp. 27-56.

MANNORI L., SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari 2001.

MARINONI M., *La responsabilità degli Stati per gli atti dei loro rappresentanti secondo il diritto internazionale*, Athenaeum, Roma 1913.

MARINONI M., *La natura giuridica del diritto internazionale privato*, in «Riv. di dir. internazionale», VII, 1913, pp. 346-371.

MARINONI M., *L'universalità dell'ordine giuridico statuale*, in «Riv. di dir. pubblico», VIII, 1916, 225-249.

MASARONE V., *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2013.

MAZZACANE A., *La cultura giuridica del fascismo: una questione aperta*, in AA.VV., *Diritto, economia e istituzioni nell'Italia fascista*, a cura di A. Mazzacane, Nomos, Baden-Baden 2002, pp. 1-19.

MELIS G., *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Il Mulino Bologna 1996.

MELIS G., *Il Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano*, in AA.VV., *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano Presidente del Consiglio di Stato*, Giappichelli, Torino 2004.

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano 1944.

MICELI V., *Principi di filosofia del diritto*, Società editrice libraria, Milano 1914.

MICELI V., *Le distinzioni nel dominio del diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», III, 1, 1923, pp. 26-45.

MIELE G., *Principii di diritto amministrativo I*, Arti grafiche Tornari, Pisa 1945.

MODUGNO F., *Pluralità degli ordinamenti*, in «Enciclopedia del diritto», XXXIV, Giuffrè, Milano 1985, pp. 1-58.

MONTESQUIEU C. L. DE, *Lo spirito delle leggi* [1748], vol. I, a cura di S. Cotta, Utet, Torino 2002.

MORELLI A., *La prima cattedra di diritto costituzionale*, in «Archivio Giuridico “Filippo Serafini”», (serie continua) Vol. LXI, 1898, pp. 61-111.

MOROZOV E., *Les intellectuels-oligarques, nouveaux législateurs de la Silicon Valley*, Silicon Circus, Les blogs du «Diplo», 14 et 17 avril 2025.

MOSSINI L., *Necessità e legge nell'opera del Machiavelli*, Giuffrè, Milano 1962.

NITSCH C., «*Dentro la nebulosa*». *Pietro Bonfante su filosofia, storia e scienza del diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», C, 4, 2021, pp. 797-830.

NITSCH C., *La feroce forza delle cose. Etica, politica e diritto nelle “Pagine sulla guerra” di Benedetto Croce*, Bibliopolis, Napoli 2020.

NITSCH C., *Croce, Gentile e la filosofia del diritto. Note dal carteggio*, in AA.VV., *Il Novecento filosofico italiano nel Carteggio Croce-Gentile*, a cura di E. Agazzani, Il Mulino, Bologna 2026 (in corso di pubblicazione).

OLIVARI A., *Santi Romano ontologo del diritto*, Led, Milano 2016.

OPOCHER E., s.v. «Filosofia del diritto», in «Enciclopedia del Diritto», XVII, Giuffrè, Milano 1968, pp. 517-531.

ORLANDO V. E., *Prefazione al Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, Editrice Libreria, Milano 1897.

ORLANDO V. E., *Principii di diritto costituzionale* [1889], Barbera, Firenze 1917⁵.

ORLANDO V. E., *Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico* (1949), in S. ROMANO, *Scritti minori*, I, a cura di G. Zanobini, Giuffrè, Milano 1990, pp. V-XXVIII.

ORLANDO V. E., *Diritto pubblico generale, Scritti vari*, Giuffrè, Milano, 1940.

OTTOLENGHI G., *Intorno ai fonti del diritto internazionale pubblico*, in «Giurisprudenza italiana», LIV, 1902, pp. 105-132.

PADOA SCHIOPPA A., *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna 2007.

PASSERIN D'ENTREVES A., *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, Gayet, Torino 1934.

PERASSI T., *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale* [1917], in *Scritti giuridici*, vol. I, Giuffrè, Milano 1958, pp. 237-304.

PERASSI T., *Lezioni di diritto internazionale*, vol. II, Foro italiano, Roma 1938.

PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*, Barbèra, Firenze 1906.

PINELLI C., *Costituzione e principio di esclusività. I. Percorsi scientifici*, Giuffrè, Milano 1989.

PINELLI C., *Fonti fatto e fatti normativi extra ordinem*, in «Rivista italiana per le Scienze Giuridiche», nuova serie, 1, 2010, pp. 241-257.

PIOVANI P., *Momenti della filosofia giuridico-politica italiana*, Giuffrè, Milano 1951.

PISTOR K., *Il codice del capitale* [2019], Luiss University Press, Roma 2021.

RADBRUCH G., *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Quelle & Meyer, Leipzig 1914.

RANELLETTI O., *Principi di diritto amministrativo*, I, Pierro, Napoli 1912.

RAVÀ A., *Il diritto come norma tecnica*, Dessì, Cagliari 1911.

RAVÀ A., *Lo Stato come organismo etico*, Athenaeum, Roma 1914.

REDOR M. J., *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris-Aix-en-Provence 1992.

REHM H., *Allgemeine Staatslehre*, Mohr, Freiburg in B. 1907.

RENARD G., *Le droit, l'ordre et la raison*, Sirey, Paris 1927.

RIEDEL M., *Gesellschaft, Bürgerliche*, in AA.VV., *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, edd. O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck, Bd. II, Klett-Cotta, Stuttgart 1975, pp. 719-800.

RIDOLA P., *Stato e costituzione in Germania*, Giappichelli, Torino 2021.

ROCCO ALF., *Principi di diritto commerciale - Parte generale*, Utet, Torino 1928.

ROMAGNOLI U., *Il sistema economico nella Costituzione*, in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. I, Cedam, Padova 1977, pp. 139-184.

ROMANO A., *Nota bio-bibliografica*, in L'“ultimo” Santi Romano, Giuffrè, Milano 2013, pp. 843-876.

ROMANO S., *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche* [1903], in ID., *Scritti minori*, a cura di G. Zanobini, vol. I, Giuffrè, Milano 1990, pp. 245-259.

ROMANO S., *Lo Stato moderno e la sua crisi* [1909], in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi costituzionali 1909-1925*, a cura di A. Sandulli, Quodlibet, Macerata 2023, pp. 37-56.

ROMANO S., *Il diritto pubblico italiano* [1914], Giuffrè, Milano 1988.

ROMANO S., *L'ordinamento giuridico* [1918], a cura di M. Croce, Quodlibet, Macerata 2018.

ROMANO S., *Corso di diritto internazionale*, Cedam, Padova 1939⁴.

ROMANO S., *Corso di diritto costituzionale*, Cedam, Padova 1943⁷.

ROMANO S., *Giuristi* [1944], in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico* [1947], a cura di M. Croce e M. Goldoni, Quodlibet, Macerata 2022., pp. 143-146.

ROMANO S., *Principii di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milano 1946².

ROMANO S., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi costituzionali 1909-1925*, a cura di A. Sandulli, Quodlibet, Macerata 2023.

ROMANO S., *Diritto e morale* [1945], in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico* [1947], a cura di M. Croce e M. Goldoni, Quodlibet, Macerata 2022, pp. 89-101.

ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico* [1947], a cura di M. Croce e M. Goldoni, Quodlibet, Macerata 2022.

ROSMINI A., *Filosofia del diritto*, vol. I, Bertolotti, Intra 1865².

ROTONDI M., *Una legislazione di guerra (1915-1924)* [1926], in ID., *Profili di giuristi e saggi critici di legislazione e dottrina*, Cedam, Padova 1964, pp. 102-177.

SAITTA A., *Costituenti e Costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1789-1875)*, Giuffrè, Milano 1975.

SANDULLI A., *Santi Romano e l'epurazione antifascista*, in «Diritto amministrativo», 2, 2018, pp. 287-309.

SCARPELLI U., *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Nuvoletti, Milano 1955.

SCHMITT C., *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria* [1921], a cura di C. Galli, Il Mulino, Bologna 2024.

SCHMITT C., *I tre tipi di pensiero giuridico* [1934], in ID., *Le categorie del politico. Saggi*, a cura di G. Miglio e di P. Schiera, Bologna, 1972, pp. 245-275.

SCHIAPPOLI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Pierro ed., Napoli 1913.

SEIDLER G., *Das juristische Kriterium des Staates*, Mohr, Tübingen 1905.

SOBOUL A., *La Rivoluzione francese*, Laterza, Bari 1974.

SOLDINI D., *Santi Romano (1875-1947). Tout pour l'État*, Institut de recherche juridique de la Sorbonne, Paris 2024.

STAMMLER R., *Theorie der Rechtswissenschaft*, Buchhandlung des Waisenhauses, Halle 1911.

STAMPE E., *Rechtsfindung durch Konstruktion*, in «Deutsche Juristen-Zeitung», X, 8, 1905, pp. 417-421.

STOLLEIS M., *Storia del diritto pubblico in Germania*, 2 voll., Giuffrè, Milano 2014.

THOMASIIUS C., *Fundamenta Iuris Naturae et Gentium ex sensu communi deducta, in quibus ubique secernuntur principia honesti, justi ac decori, cum adjuncta emendatione ad ista fundamenta Institutionum Jurisprudentiae Divinae* [1705], Halae & Lipsiae, Scientia, Aalen 1963.

THON A., *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Böhlau, Weimar 1878.

THUDICUM F. V., *Deutsches Kirchenrecht*, vol. I, Duncker & Humblot, Leipzig 1887.

TOCQUEVILLE A. DE, *Discorso sul diritto al lavoro* [1848], in ID., *Scritti politici*, 2 voll., a cura di N. Matteucci, Utet, Torino 1969, vol. I, *La rivoluzione democratica in Francia*, pp. 281-294.

TOCQUEVILLE A. DE, *L'Antico Regime e la Rivoluzione* [1856], a cura di G. Candeloro, Rizzoli, Milano 2021.

TOUSSAINT H., *Penser le droit constitutionnel: Pellegrino Rossi (1787-1848)*, Mare & Martin, Paris 2024.

TRIEPEL H. V., *Voelkerrecht und Landesrecht*, Hirschfeld, Leipzig 1899.

TRIFONE G. P., *L'istituzione e il suo motivo esistenziale. Intorno al valore dell'effettività nella teoria di Santi Romano*, in «Jura Gentium», XV, 2, 2018, pp. 57-77.

VALITUTTI D., *La bella addormentata. La scienza del diritto e il "problema" della sua autonomia*, Editoriale scientifica, Napoli 2024.

VASSALLI F., *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, in ID., *Studi giuridici*, vol. II, Giuffrè, Milano 1960, pp. 337-363.

VOLPI M., *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Giappichelli, Torino 2022⁸.

VOLPICELLI L., *Santi Romano*, in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», VII, 1, 1929, pp. 7-25.

WALTER R., *Hans Kelsen e le origini della costituzione federale austriaca del 1920*, in «Storia e Politica», 5, 1991, pp. 29-41.

WHILELM W., *Metodologia giuridica nel secolo XIX* [1958], a cura di P. L. Lucchini, Giuffrè, Milano 1974.

WINDSCHEID B., KIPP T., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, Rütten & Loening, Frankfurt a. M. 1906⁹.

ZAFFARONI E. R., *Una storia criminale del mondo. Colonialismo e diritti umani dal 1492 a oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2025.

ZANOBINI G., *Corso di diritto ecclesiastico*, Vallerini, Pisa 1936².

ZICCARDI P., *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milano 1943.

ZUBOFF S., *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri* [2019], Luiss University Press, Roma 2023².