

JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale
Journal of Philosophy of International Law and Global Politics

Vol. XV, n. 2, Anno 2018



JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale
Journal of Philosophy of International Law and Global Politics



JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale

Journal of Philosophy of International Law and Global Politics

<http://www.juragentium.org>

Segreteria@juragentium.org

ISSN 1826-8269

Vol. XV, Anno 2018, n. 2

Fondatore

Danilo Zolo

Redazione

Luca Baccelli, Nicolò Bellanca, Thomas Casadei, Dimitri D'Andrea, Orsetta Giolo, Leonardo Marchettoni (Segretario di redazione), Stefano Pietropaoli (Vicedirettore), Rosaria Piroso, Katia Poneti, Ilaria Possenti, Lucia Re (Direttrice e Responsabile intellettuale), Filippo Ruschi, Emilio Santoro, Silvia Vida

Comitato scientifico

Margot Badran, Raja Bahlul, Étienne Balibar, Richard Bellamy, Franco Cassano, Alessandro Colombo, Giovanni Andrea Cornia, Pietro Costa, Alessandro Dal Lago, Alessandra Facchi, Richard Falk, Luigi Ferrajoli, Gustavo Gozzi, Ali El Kenz, Predrag Matvejević, Tecla Mazzaresse, Abdullahi Ahmed An-Na'im, Giuseppe Palmisano, Geminello Preterossi, Eduardo Rabenhorst, Hamadi Redissi, Marco Revelli, Armando Salvatore, Giuseppe Tosi, Wang Zhenmin

La rivista è espressione di Jura Gentium – Centro di filosofia del diritto internazionale e della politica globale, c/o Dipartimento di Scienze Giuridiche, via delle Pandette 32, 50127 Firenze

Comitato direttivo

Luca Baccelli (Presidente), Leonardo Marchettoni, Stefano Pietropaoli (Segretario), Katia Poneti, Lucia Re, Filippo Ruschi (Vicepresidente), Emilio Santoro

a cura di

Thomas Casadei e Stefano Pietropaoli

Indice

Nota editoriale. “Ricucire” prassi e teoria del diritto: spunti di riflessione a partire da Santi Romano di Thomas Casadei e Stefano Pietropaoli	7
La tecnica della composizione: il pluralismo operativo di Santi Romano di Mariano Croce	19
Il contrastato avvicinamento della storiografia giuridica alla pluralità degli ordinamenti di Bernardo Sordi	27
<i>L’ordinamento giuridico</i> di Santi Romano e il pluralismo oltre l’orizzonte dello Stato: alcuni percorsi interpretativi di Francesco De Vanna	37
L’istituzione e il suo motivo esistenziale. Intorno al valore dell’effettività nella teoria di Santi Romano di Gian Paolo Trifone	57
Santi Romano e l’interpretazione giuridica. Appunti per una riflessione sul “metodo” nel diritto pubblico di Federico Pedrini	79
Santi Romano e l’ordinamento giuridico come unità di Tommaso Gazzolo ..	115
Dopo Romano. Istituzioni, razionalità, populismo di Mauro Barberis	129

Il contrastato avvicinamento della storiografia giuridica alla pluralità degli ordinamenti*

Bernardo Sordi

Abstract

Since the beginning of the twentieth century, Italian public law had to recognize to Santi Romano the merit of having worked out, from international law to constitutional law, from administrative law to ecclesiastical law, up to colonial law, a general legal theory firmly built on the concept of State.

But after *L'ordinamento giuridico*, Romano's perspective appeared suddenly changed, more articulated, so much so that it came out from his early model in several respects. The exposition was raised, programmatically seeking a more abstract and general plan, at least apparently freed from the pressures of the present time. The State remained the final goal of historical development, the most perfected and complete example of a legal system. But it came down for the first time from his podium.

Keywords: State, order, public law, institution, pluralism.

1. Secondo una celebre definizione di Vittorio Emanuele Orlando, *L'ordinamento giuridico* doveva dirsi “un puro tipo di studio di diritto pubblico generale, senza deviazioni o sconfinamenti né nel senso stretto della filosofia del diritto, né in quello di diritto positivo”¹.

Non si trattava certo del primo scritto che Santi Romano dedicava a tematiche di teoria generale del diritto: un settore sempre di più appannaggio, in questo scorcio dell'età liberale, dei giuspubblicisti.

Romano vi giungeva al contrario da un lungo percorso di avvicinamento, in cui accanto ad opere celeberrime, come i preziosi *Principi di diritto amministrativo*, scritti nel 1901 a soli 26 anni – uno dei testi più rilevanti dell'intera letteratura amministrativistica continentale tra '800 e '900 – il nostro giurista poteva annoverare una ricca messe di saggi, in cui aveva passato al setaccio, ora la teoria dei diritti pubblici soggettivi, ora la questione dei possibili limiti della funzione legislativa, ora l'interpretazione delle leggi di diritto pubblico, ora la correttezza costituzionale, ora infine l'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione: un impegnativo saggio del 1901, per molti aspetti anticipatore dell'opera di cui ricordiamo oggi il centenario. Per poi dedicare, nel 1909, a *Lo Stato moderno e la sua crisi*, al culmine di un preciso e ben programmato itinerario di prolusioni e discorsi accademici², le sue disincantate e lapidarie riflessioni sulle “moderne tendenze al

* Si pubblica qui, anticipatamente sugli *Atti*, con la gentile autorizzazione degli organizzatori, la relazione tenuta a Palermo, il 25 novembre 2017, al convegno *Santi Romano. L'ordinamento giuridico 1917-2017*.

¹ V.E. Orlando, “Ancora del metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all'opera di Santi Romano”, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, 1940, p. 16.

² P. Grossi, “‘Lo Stato moderno e la sua crisi’ (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)”, *Riv. trim. dir. pubbl.*, LXI (2011), pp. 1-22, ora in Id. *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 41 e ss.

sistema corporativo”³ e sui processi incombenti di trasformazione dello Stato di diritto.

Romano si era quindi già spinto, più volte, giovanissimo, ai massimi confini di fondazione e di legittimazione dell’ordine giuridico: ai confini stessi del diritto e della precettività della regola, seguendo appunto un solco – quello dell’*Allgemeine Staatslehre* – che nel 1900 aveva conosciuto la poderosa sintesi di Georg Jellinek: un personaggio cui sia Orlando – che se ne farà traduttore – sia Romano, da tempo, dedicavano un’attenzione privilegiata.

In questi scritti giovanili, già era emersa una significativa attenzione verso quella “terra di confine fra il giuridico e il fattuale”⁴ che di solito il giurista ottocentesco tendeva ad evitare, ma la centralità dello Stato non era mai stata posta in discussione; qui gravitavano – e non potevano non gravitare, per un giurista ottocentesco – gli enunciati giuspubblicistici⁵.

Stato e diritto pubblico continuavano quindi a procedere strettamente affiancati, portando ai suoi esiti più compiuti un classico tracciato della modernità giuridica. Proprio a Santi Romano, il diritto pubblico doveva riconoscere il merito di aver elaborato, passando dal diritto internazionale al costituzionale, dall’amministrativo all’ecclesiastico, sino ad arrivare al diritto coloniale, una teoria generale saldamente costruita su basi pubblicistiche e quindi, necessariamente per l’epoca, su basi statualistiche.

Con *L’ordinamento giuridico*, il quadro si faceva improvvisamente più mosso, più articolato, tanto da fuoriuscire per più aspetti dal modello di partenza.

Non era soltanto il benché minimo riferimento al diritto vigente a sparire da una trattazione asciutta e priva di qualsiasi contestualizzazione ai singoli ordinamenti giuridici positivi.

Sparivano anche i riferimenti a fatti e a vicende, anche epocali, che avevano scandito il percorso dello Stato moderno: cui in altre opere precedenti – è il caso del saggio del 1907 dedicato a *Le prime carte costituzionali* – Romano aveva rivolto una attenzione privilegiata.

Sparivano pure i riferimenti – se non altro, i riferimenti diretti – a quella congerie di montanti forze sociali che nella prolusione pisana del 1909 avevano svelato l’eccessiva semplicità del modello individualistico rivoluzionario-napoleonico.

La trattazione si alzava di livello, ricercava programmaticamente un piano più astratto e generale, almeno apparentemente, avulso dalle pressioni del presente.

Anche ne *L’ordinamento giuridico*, lo Stato restava il traguardo finale dello sviluppo storico, l’esempio più perfezionato e completo di ordinamento giuridico.

Ma scendeva per la prima volta dal piedistallo.

Cessava di rappresentare l’alfa e l’omega della trattazione di teoria generale, non più circoscrivibile all’interno della sola *Staatslehre*: di una dottrina – sia pur

³ S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Discorso inaugurale dell’anno accademico 1909-1910 nella Regia Università di Pisa, ora in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 18.

⁴ P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 114.

⁵ P. Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 133.

generale - dello Stato. Veniva proiettato sulla lunga, lunghissima durata delle diverse esperienze giuridiche.

Lo Stato continuava, certo, a rappresentare una stagione centrale e fondativa del percorso storico: ma non ne costituiva più l'insostituibile invariante, predicabile sempre e dovunque.

Diveniva semplicemente "una specie del genere diritto"; "una delle forme, sia pure la più evoluta, della società umana"; "uno dei vari ordinamenti giuridici che la realtà ci presenta"⁶. "Un ordinamento tra gli altri", come chioserà anni dopo Giuseppe Capograssi⁷

Una parentesi, dunque, tanto significativa ed incombente nel diritto pubblico positivo e nello stesso diritto pubblico generale, scandito dai percorsi della *Staatslehre*, quanto invece da relativizzare nel momento in cui il diritto doveva essere colto nella sua essenza concettuale e nella sua genesi originaria: quando, cioè, il diritto doveva essere restituito all'idea di "ordine sociale"⁸, e seguendo Otto von Gierke, di "organizzazione sociale"⁹.

Era la corrispondenza biunivoca, necessaria ed indefettibile, tra diritto e Stato ad essere messa – clamorosamente - in discussione. Quella corrispondenza, tanto tangibile, da apparire, specialmente agli occhi dei giuristi continentali, al compiersi dei processi di codificazione, una solida costante dell'intero percorso storico. Lo stesso Mommsen, il più illustre protagonista della storiografia ottocentesca, non aveva esitato dal dedicare, nel 1871, una delle sue opere maggiori al *Römisches Staatsrecht*, trasferendo lo statualismo della grande scienza tedesca del diritto pubblico a lui contemporanea nell'interpretazione della costituzione romana¹⁰.

Per Santi Romano lo Stato non poteva invece più dirsi la cellula originaria e primigenia da cui necessariamente doveva scaturire il diritto.

Di qui, l'urgenza di ricorrere ad un concetto meno impregnato degli esiti della modernità e che Romano aveva trovato, ora nell'*Anstalt*, conosciuto attraverso gli scritti di Otto Mayer e di Fritz Fleiner¹¹, ora soprattutto nella *Institution* di Maurice Hauriou, ma con l'avvertenza che il Doyen de Toulouse si era "fatto trasportare dall'idea di foggare le sue istituzioni ad immagine e somiglianza della maggiore fra di esse, cioè dello Stato"¹².

Per Romano, invece, istituzione era qualcosa di molto più semplice ed elementare rispetto alla complessa architettura statuale: era sì struttura ordinante, organizzazione sociale, ma semplice "comunità organizzata"¹³, mero gruppo sociale.

Poteva quindi identificarsi in "ogni ente o corpo sociale"¹⁴, celarsi persino in quelli che Romano definiva i "microcosmi giuridici" (l'azienda, la nave ...) ¹⁵, od al contrario ampliarsi allo spazio che si dischiudeva "oltre lo Stato", nella ancora

⁶ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, seconda edizione con aggiunte, Firenze, Sansoni, 1946, p. 91.

⁷ G. Capograssi, *L'ultimo libro di Santo Romano*, 1951, ora in Id., *Opere*, tomo V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 233.

⁸ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 22.

⁹ *Ibid.*, p. 33.

¹⁰ Y. Thomas, *Mommsen et 'l'Isolierung' du droit. Rome, l'Allemagne et l'Etat*, Paris, Diffusion de Boccard, 1984.

¹¹ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 25.

¹² *Ivi*, p. 28.

¹³ *Ivi*, p. 107.

¹⁴ *Ivi*, p. 29.

¹⁵ *Ivi*, p. 62.

nebulosa “comunità internazionale”, vera “istituzione di istituzioni” e quindi intrinsecamente pluralistica, in cui le grandi istituzioni statali si trovavano immerse.

A conferma, in ogni caso, che il diritto era “manifestazione della natura sociale e non puramente individuale dell’uomo”¹⁶ e che la articolata complessità delle manifestazioni giuridiche non poteva, in ogni caso, essere ristretta e compressa nel solo imbuto statale, ma al contrario liberata e proiettata, da una ristretta concezione normativa, verso una autentica dimensione ordinamentale¹⁷.

Era dunque la stessa definizione di istituzione a presupporre e a richiedere l’affermazione della pluralità degli ordinamenti giuridici: tesi niente affatto circoscritta – come tante volte si è detto – alla seconda parte del volume, la cui struttura poggiava – come è ben noto - su due poli: quello della istituzione, nella prima parte; quello della pluralità, nella seconda.

Esclusa la reciproca ed indefettibile coincidenza di istituzione e Stato, la pluralità degli ordinamenti sgorgava dalla naturale pluralità dei gruppi, dei corpi: delle istituzioni, appunto. Sgorgava dalla negazione dello Stato come produttore esclusivo del diritto, dalla negazione del “diritto come forza e volontà che si irradierebbe dallo Stato e soltanto da esso”¹⁸.

Ancora dunque la dialettica *ius inventum/ius positum*, ancora il nesso Stato/diritto e la necessità di una teoria generale del diritto, di un diritto pubblico generale¹⁹, di una *Staatslehre* - quasi *contradictio in adiecto* - ‘oltre lo Stato’, prima dello Stato.

Il monopolio statale del diritto, lo “Stato unico organo, unico produttore del diritto”, era “punto di vista limitato”; “tesi in aperto contrasto con la storia e con la vita giuridica odierna, quale si svolge nella realtà”: riferimento secco, ma esplicito, a quel ribollire di gruppi e di corpi sociali, “pronti a costituirsi ciascuno una cerchia indipendente”²⁰, analizzato nella prolusione pisana del 1909.

La rivoluzione copernicana, rispetto al riduzionismo sette-ottocentesco, consisteva nel ribaltare il punto di osservazione: era il diritto ad essere concetto antecedente a quello di Stato²¹; non lo Stato a precedere il diritto.

2. Una intera, immensa, prateria si apriva dunque all’improvviso per una storiografia giuridica ancora fortemente condizionata dagli stilemi statualistici ampiamente diffusi nel discorso giuridico di inizio secolo.

Proprio “nel Medioevo” – scriveva Romano in una densa, bellissima, definizione – “per la stessa costituzione di quella società, scissa, anzi frantumata in molte e diverse comunità, spesso indipendenti o debolmente collegate fra loro, il

¹⁶ Ivi, p. 31.

¹⁷ Come adesivamente rilevava già Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, trad. it. *I tre tipi di pensiero giuridico*, in Id., *Le categorie del ‘politico’. Saggi di teoria politica* a cura di Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972 (rist.1998), p. 260, citando un celebre luogo de *L’ordinamento giuridico* (p. 13): “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...”.

¹⁸ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 88.

¹⁹ In cui “la nozione di Stato è presa in generale”: V.E. Orlando, *Diritto pubblico generale, diritto pubblico positivo*, introduzione all’edizione italiana di G. Jellinek, *Dottrina generale dello Stato*, Milano, Società Editrice Libreria, 1921, p. 5.

²⁰ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., rispettiv., p. 90, p. 88, p. 93.

²¹ Ivi, p. 91.

fenomeno della pluralità degli ordinamenti giuridici ebbe a manifestarsi con tale evidenza e imponenza che non sarebbe stato possibile non tenerne conto”²².

Difficile rendere meglio lo spontaneismo istituzionale consustanziale all’esperienza giuridica medievale.

La storiografia giuridica italiana, tuttavia, non ne tenne conto; ignorò questa preziosa suggestione. Troppo impegnata nel suo accreditarsi come disciplina scientifica, non tanto nella sua capacità di comprensione del passato e di spiegazione del presente, quanto nella sua capacità di legittimare la tradizione, ancora così acerba, di un troppo recente Stato unitario.

Anche per la storia del diritto - rigorosamente, all’epoca, *storia del diritto italiano* - il messaggio romaniano rimase a lungo un “messaggio rimosso”²³.

La nostra storiografia, proprio perché proiettata in modo programmatico verso la “ricostruzione genetica del diritto *italiano*”, tutta impegnata a consolidare “l’immagine di una nazione compatta e chiamata ad un unico destino”²⁴, non poteva riuscire a tener conto delle potenzialità euristiche sottese al principio di pluralità degli ordinamenti.

Continuava a muoversi, offuscata da una greve atmosfera neogotica, in quel recinto altomedievale nel quale più problematica si presentava la possibilità di mantenere un filo di continuità con il glorioso passato romano; cercava, in una epica lotta tra fattori – tutti oleografici – in lotta per la civilizzazione, di mettere “tra parentesi”²⁵ il temibile diritto germanico e di ricucire una ‘storia spezzata’, tentando così di salvare *L’elemento latino nella vita del diritto italiano*, come ancora nel 1907 recitava il titolo di una celebre prolusione patavina di Nino Tamassia.

Nella lotta epocale tra popoli latini e popoli germanici, il compito primario dello storico del diritto non poteva essere quello di mettere in luce i caratteri peculiari e fondanti dell’esperienza giuridica medievale e fra questi, necessariamente, il pluralismo giuridico, quanto piuttosto quello di accreditare, anche nel mondo del diritto, una possibile identità nazionale, radicata in una ininterrotta, italica, civiltà²⁶. Obiettivi che lo scoppio del primo conflitto mondiale avrebbe rivestito di una pesante retorica nazionalista, come dimostrava una greve prolusione senese del 1914 di Melchiorre Roberti²⁷.

Solo la fine del conflitto apriva la strada a più riposate interpretazioni, nel solco di una ricerca rigorosa e severa, ma anche erudita, minuziosa, filologica: quella dei Pietro Torelli e dei Federico Patetta, prima, dei Gian Piero Bognetti, dopo. Una

²² Ivi, p. 89.

²³ P. Grossi, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nell’odierna crisi delle fonti*, ‘lectio doctoralis’ pronunciata il 24 ottobre 2005 all’Università di Bologna, ora in Id., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 675.

²⁴ P. Costa, “Un diritto italiano? Il discorso giuridico nella formazione dello Stato nazionale”, in G. Cazzetta (a cura di), *Retoriche dei giuristi e costruzione dell’identità nazionale*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 194.

²⁵ R. Volante, “Negare il Medioevo: romanesimo e germanesimo tra Otto e Novecento”, in G. Cazzetta (a cura di), *Retoriche dei giuristi e costruzione dell’identità nazionale*, cit., p. 395.

²⁶ M. Martínez Neira, “Sobre los orígenes de la enseñanza de la historia del derecho en la universidad italiana”, *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la Universidad*, 7 (2004), pp. 117-154.

²⁷ A. Spinosa, “Storia del diritto e costruzione dell’identità nazionale”, in G. Cazzetta (a cura di), *Retoriche dei giuristi e costruzione dell’identità nazionale*, cit., p. 381.

storiografia, per i suoi stessi obiettivi di ricerca, di per sé poco incline a sperimentare le tante suggestioni provenienti dalle pagine de *L'ordinamento*.

Lo stesso varo, nel 1928, della *Rivista di storia del diritto italiano*, per iniziativa di una generazione di storici nata a cavallo dell'Unità (Nino Tamassia, Carlo Calisse, Francesco Brandileone) non poteva rappresentare, per lo stesso dato generazionale, un significativo punto di svolta. Il compito dello storico era pur sempre quello di ricostruire – come si scriveva nel *Programma* del nuovo foglio - “l'unità spirituale del popolo italiano” “attraverso il passato”²⁸.

Conserva, quindi, intatto, il suo valore interpretativo, un celebre giudizio di Bruno Paradisi, dell'immediato secondo dopoguerra: “doveva essere Francesco Calasso ad aprire la nuova pagina nella storia della nostra disciplina”²⁹. Al grande storico leccese si doveva l'apertura de “I nuovi orizzonti della storia giuridica”³⁰: orizzonti alla cui apertura proprio l'inedita, partecipe, lettura de *L'ordinamento* offriva un decisivo puntello.

Calasso era arrivato a Santi Romano già nel corso degli anni '30, in quell'intenso decennio apertosi per lui con la prolusione catanese del 1933 su *Il concetto di diritto comune*, prima consapevole registrazione dell'intrinseco pluralismo giuridico medievale. Un decennio, scientificamente intensissimo, ma profondamente travagliato, che si chiuderà, in ben altro modo, nell'aprile del 1944 con la breve detenzione nel carcere fiorentino de Le Murate, a seguito delle retate indiscriminate messe in piedi all'indomani dell'omicidio di Giovanni Gentile³¹ e, quindi, nell'agosto, con l'avvio di quelle *Cronache politiche di uno storico*, preziosissima testimonianza civile, nella Firenze della liberazione³².

Calasso non aveva dunque ‘rimosso’, come gli altri storici del diritto, il messaggio romaniano. Vi era arrivato, nel pieno della sua permanenza fiorentina, sulla base della edizione del 1917-18 negli *Annali delle Università toscane*; ben prima della ristampa sansoniana, nella appena inaugurata collana de “I classici del diritto”, del 1946.

E vi era arrivato, apparentemente, nel solco della “questione dei confini” della storia del diritto italiano, ultima, stanca, propaggine della ‘lotta’ tra elemento germanico ed elemento romano, in dialettica con le ultime posizioni espresse da Federico Patetta ed Enrico Besta³³.

In ballo però c'era ben di più: c'era il nucleo stesso della riflessione romaniana, il rapporto tra diritto e Stato; la disattivazione del nesso unidirezionale, potestativo e

²⁸ “Programma”, *Rivista di storia del diritto italiano*, I (1928), p. 5

²⁹ B. Paradisi, “Gli studi di storia del diritto italiano dal 1896 al 1946”, *Studi senesi*, LXIII (1946-47), ora in Id., *Apologia della storia giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1973, p. 168.

³⁰ B. Paradisi, *I nuovi orizzonti della storia giuridica*, Relazione al IX Congresso internazionale di scienze storiche, Parigi agosto 1950, ora in Id., *Apologia della storia giuridica*, cit., pp. 15 e ss.

³¹ L'episodio è stato attentamente ricostruito da L. Mecacci, *La Ghirlanda fiorentina e la morte di Giovanni Gentile*, Milano, Adelphi, 2014, pp. 212-230.

³² F. Calasso, *Cronache politiche di uno storico (1944-1948)*, a cura di Roberto Abbondanza e Maura Piccialuti, Firenze, La Nuova Italia, 1975; su cui, per una più precisa contestualizzazione, si può vedere quanto scriviamo in “Giurisprudenza: sprazzi di storia nella cronaca di una Facoltà”, in *L'Università degli Studi di Firenze. 1924-2004*, Firenze, Olschki, 2004, tomo I, pp. 187-191.

³³ F. Calasso, “Il problema storico del diritto commune”, in *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, Milano, 1939, ora in Id., *Introduzione al diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 79-97.

volontaristico, necessariamente celato all'interno della monopolistica ed esclusiva produzione statale del diritto.

“Non è lecito – scrive Calasso nel 1938 – ricondurre tutto il diritto allo Stato, ricostruendo un'epoca (il Medioevo) in cui lo Stato, come modernamente lo si concepisce, nell'esercizio di una facoltà normativa potenzialmente piena, si suol dire che non esisteva ed anzi il rapporto moderno tra diritto e Stato – del diritto cioè in funzione dello Stato - era nettamente capovolto, poiché il diritto era concepito indipendentemente dallo Stato”³⁴.

In ballo c'era “il fantasma dello Stato moderno”³⁵, da togliere di mezzo senza indugi: ingombro pesante per una comprensione autentica dell'ordine giuridico medievale.

Solo così si poteva dar voce alla “enorme molteplicità di fonti giuridiche dell'età di mezzo”³⁶. Solo così, l'italianità – presupposta – del percorso storico poteva risolversi in “una storia di diritti italiani”, in una “storia di ordinamenti giuridici”³⁷.

Solo così si poteva restituire la storia dell'età di mezzo: “caratterizzata tipicamente dalla pluralità degli ordinamenti giuridici”³⁸.

Solo così, attraverso “un'attenta meditazione del suo aspetto concettuale”³⁹ – attraverso dunque una inedita convergenza di storia e di teoria generale -, si poteva disegnare l'articolato sistema normativo dell'età di mezzo, fatto di monarchie e comuni, corporazioni e associazioni, signorie e principati.

Su questi presupposti nasceva l'affresco potente dell'intreccio tra *ius commune* e *iura propria*: “un sistema - scrive ancora Calasso nel 1938, in consapevole adesione alla “classica trattazione dommatica” di Santi Romano – che ha come caratteristica spiccata la pluralità degli ordinamenti giuridici”⁴⁰.

Un affresco ampiamente completato, dopo la guerra, in opere celeberrime, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, del 1947; *Medioevo del diritto*, del 1954, in un momento in cui, auspice la seconda edizione sansoniana de *L'ordinamento* e soprattutto il nuovo frangente repubblicano, sorto sulle ceneri del totalitarismo, le visioni monistiche e statualistiche subivano un primo, significativo, cedimento. Tanto che, anche dal fronte del diritto romano – come dimostravano gli scritti di Giuseppe Grosso -, a Santi Romano si iniziava a guardare, proprio in funzione di un superamento “del mito della statualità del diritto derivato dallo sviluppo dei grandi Stati moderni”⁴¹.

Per il “giurista moderno”, figlio dell'Ottocento, scriverà nel 1951 Calasso, raccogliendo nell'*Introduzione al diritto comune* i suoi scritti fondativi, “il diritto è essenzialmente norma; tutti i colpi di maglio che una poderosa critica a questa

³⁴ Ivi, pp. 91-92.

³⁵ Ivi, p. 92.

³⁶ Ivi, p. 97.

³⁷ Ivi, p. 95.

³⁸ Ivi, p. 95.

³⁹ Ivi, p. 99.

⁴⁰ F. Calasso, *Storia e sistema delle fonti del diritto comune*, tomo I, *Le origini*, Milano, Giuffrè, 1938, p. 66.

⁴¹ G. Grosso, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1967, *Prefazione*, p. IX. Faceva il punto sulle influenze romane nella romanistica già G. Pugliese, “Santi Romano e la sua influenza sui civilisti e sugli storici del diritto italiani”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 219 e ss.

concezione normativa del diritto ha inferti nell'ultimo quarantennio, non hanno valso a scuotergli quella fede, che il sistema della codificazione per altro verso alimenta⁴².

Proprio la "serrata critica" romaniana "alla concezione normativa del diritto" non poteva più "lasciare indifferente lo storico del diritto"⁴³, dimostrando un potente effetto liberatorio. Sposare quella critica, per Calasso, non significava "cedere alla tentazione di disquisizioni teoriche", ma al contrario "camminare sul terreno fermo dell'esperienza storica": esperienza, proprio perché calata nella storia, "dissolvitrice di ogni pietrificazione"⁴⁴.

È un sentiero che non si è interrotto. Un sentiero che è stato anzi condotto a destrutturazioni più accentuate, complice il venir meno dei presupposti idealistici propri della storiografia tra le due guerre; complice l'attenuarsi delle prospettive monistiche, pur così rilevanti nello stesso Santi Romano, specialmente nel Santi Romano costruttore del diritto pubblico e del diritto pubblico generale.

Destruzzurazioni sperimentate nello studio dell'esperienza giuridica medievale, ma anche della lunga stagione dello Stato giurisdizionale di antico regime, miniera inesauribile per verificare e problematizzare la dialettica tra antico regime e rivoluzione tracciata nel 1856 dal capolavoro di Tocqueville.

Per le sensibilità attuali, anche Calasso sembra appartenere pur sempre ad "una cultura dominata dall'idea di ordine e di unità"⁴⁵. Lo dimostravano il suo insistere sulla sovranità; sulla legalità⁴⁶; sull'*unum ius*; sul "sistema di diritto comune"; sul fatto cioè che quell'intrinseco pluralismo fosse comunque riducibile a sistema; ad un sistema che all'atto pratico nulla avesse ad invidiare al sistema codicistico; un sistema, soprattutto, che fosse anch'esso raffigurabile come "sistema legislativo"⁴⁷.

Il suo storicismo era pur sempre segnato da una potente "aspirazione dogmatica" che impediva "una completa risoluzione della dogmatica nella storia", come nel 1963, aveva precocemente rivelato Paradisi⁴⁸. Un'aspirazione dogmatica così forte che costringeva, alla fine, in secondo piano proprio quella *interpretatio doctorum*, che egli stesso aveva contribuito, in prima persona, a far emergere, irrobustita dall'*aequitas*, come elemento soggiacente, insieme alla inesauribile fattualità di formanti

⁴² F. Calasso, "Tradizione e critica metodologica", in Id., *Introduzione al diritto comune*, cit., p. 7.

⁴³ F. Calasso, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, Milano, Giuffrè, 1949², p. 23.

⁴⁴ F. Calasso, "Tradizione e critica metodologica", cit., p. 7; p. 9.

⁴⁵ P. Costa, "'Ius commune', 'ius proprium', 'interpretatio doctorum': ipotesi per una discussione", in *El dret comú i Catalunya. Actes del IV Simposi internacional homenatge al professor Josep M. Gay Escoda*, Barcelona, Fundació Noguera, 1995, p. 36.

⁴⁶ F. Calasso, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, cit., pp. 236 e ss.

⁴⁷ P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, pp. 27-29.

⁴⁸ B. Paradisi, *Indirizzi e problemi della più recente storiografia giuridica italiana*, relazione al Primo congresso della società degli storici italiani, Perugia settembre 1963, ora in Id., *Apologia della storia giuridica*, cit., p. 189. Più recentemente, U. Petronio, "Francesco Calasso", in *Enciclopedia Italiana*, Appendice VIII, *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, a cura di P. Cappellini, P. Costa, M. Fioravanti, B. Sordi, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 749-53; C. Petit, "Culto e cultura della storiografia giuridica in Italia", *ibid.*, pp. 741-45; I. Birocchi, "Oltre le storie nazionali: dalla storia del diritto alle storie del diritto", in B. Sordi (a cura di), *Storia e diritto. Esperienze a confronto. Atti dell'Incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei Quaderni fiorentini*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 446; A. Cernigliaro, "Francesco Calasso", in *Enciclopedia Italiana*, Appendice VIII, *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Storia e politica*, a cura di Giuseppe Galasso e Adriano Prosperi, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2013, pp. 685-690.

normativi intrinsecamente plurali, non ad un diritto romano ammodernato, ma ad un medievaleissimo diritto comune.

Il fatto che un'immagine diversa dell'ordine giuridico medievale sia stata tracciata poco più di venti anni fa⁴⁹, proprio sulle orme di una profonda rilettura dell'opera romaniana, ci fa capire però quanto il messaggio del 1917 sia stato un potente *fil rouge* che, dagli anni Trenta in avanti, ha consentito alla storia giuridica di indirizzarsi verso nuovi orizzonti.

⁴⁹ P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit.

