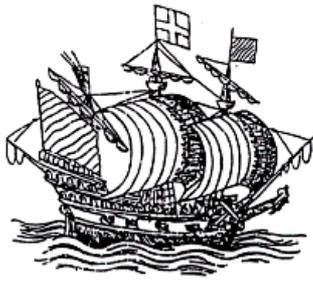


# JURA GENTIUM

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](mailto: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**

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

***Nota editoriale***  
**“Ricucire” prassi e teoria del diritto:**  
**spunti di riflessione a partire da Santi Romano**

di Thomas Casadei e Stefano Pietropaoli\*

**Abstract**

In the period between the wars, legal philosophy elaborated a system of concepts in which the normative order could find its logical rendition. The legal system (and the corresponding system of concepts) was understood as complete and capable of providing the solution of any problem. Law, a unified order, was self-sufficient and capable of performing a limitless regulative function. Moreover, law was perceived as basically grounded on the will of the State.

Though law was seen as deriving from the State and subordinate thereto, there were other sources of law. The innovative work of Santi Romano, according to the maxim “ubi societas ibi jus”, sought to relate such a perspective to every social or ‘institutional’ phenomenon. Romano freed law from the restricted and restricting ties which it had with the State, widening its definition and impact, and giving rise to pluralistic and institutionalistic legal theories.

**Keywords:** law, institution, legal order, administrative law, jurisprudence, political philosophy.

*...non la realtà si deve – dal giurista –  
subordinare al concetto, ma questo a quella.*

(S. Romano, *L'ordinamento giuridico*)

## **1. La persistenza di un programma di ricerca**

*L'ordinamento giuridico* di Santi Romano (1875-1947) rappresenta – a poco più di cento anni dalla sua prima pubblicazione – un testo di straordinaria rilevanza per chiunque si occupi di “diritto”, delle sue complesse articolazioni, delle sue mutazioni

---

\* Gli autori hanno costantemente collaborato nella fase di ideazione del fascicolo e di realizzazione di questo articolo. Per quanto riguarda la stesura del lavoro, è da attribuire a Stefano Pietropaoli il paragrafo 2, a Thomas Casadei il paragrafo 3; l'Introduzione e le Conclusioni sono esito di una scrittura congiunta.

e trasformazioni, nonché delle sue interne contraddizioni e aporie (e dei conseguenti prezzi nel riconoscerle).

L'opera è stata al centro di dibattiti più che decennali e l'interesse per le sue tesi è stata di recente confermata, oltre che da studi di carattere monografico<sup>1</sup>, dalla sua recente traduzione inglese, che l'ha resa disponibile nella lingua franca del sapere scientifico-accademico allargando così gli spazi di discussione delle tesi in essa contenute<sup>2</sup>, nonché dalla sua ripubblicazione<sup>3</sup>, esito entrambe del meritorio lavoro e della cura di Mariano Croce. Non sono poi mancati, in occasione del centenario della pubblicazione, momenti convegnistici che hanno cercato di fare il punto sullo stato

---

<sup>1</sup> A. Olivari, *Santi Romano ontologo del diritto*, Milano, LED, 2016. Si veda anche M.F. Tenuta, *Le sovranità ordinamentali: lineamenti di una teoria a partire da Santi Romano e dalla scienza giuridica del Novecento*, Roma, Aracne, 2012. Le opere di Santi Romano sono disponibili al seguente indirizzo dell'Università di Torino: <https://www.omeka.unito.it/omeka/search?query=santi+romano>.

<sup>2</sup> S. Romano, *The Legal Order*, edited and translated by M. Croce, with a foreword by M. Loughlin and an afterword by M. Croce, Abingdon, Routledge, 2017. La pubblicazione del testo ha fornito l'occasione per un convegno organizzato, il 26 aprile 2017, in occasione del Settantesimo anniversario della morte di Santi Romano e nel Centenario della pubblicazione della prima parte dell'opera *L'ordinamento giuridico*: "La teoria istituzionalistica del diritto e il pluralismo giuridico: la lezione di Santi Romano (1875-1947) nel contesto italiano e internazionale", promosso, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Modena e Reggio Emilia, nell'ambito del XXI ciclo del "Seminario permanente di Teoria del diritto e Filosofia pratica". Presieduto e coordinato da Thomas Casadei, il confronto ha preso le mosse dalle relazioni di Mariano Croce e Federico Pedrini, che sono pubblicate, rielaborate, in questa sede. Dal dialogo avviatosi a margine del seminario e da alcuni interrogativi elaborati da Stefano Pietropaoli, e sottoposti all'attenzione degli altri studiosi che vi contribuiscono, è scaturita l'idea originaria di questo fascicolo.

<sup>3</sup> S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, a cura e con un testo di M. Croce, Macerata, Quodlibet, 2018. Il libro di Romano, pubblicato a Pisa nel 1918, con il sottotitolo *Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto* (dopo che il testo era apparso in due puntate negli "Annali delle Università toscane" del 1917 e del 1918), dall'editore Spoerri (che qualche anno prima aveva dato alle stampe anche *I fondamenti della filosofia del diritto* di Giovanni Gentile, sintesi di un corso tenuto in quella stessa facoltà giuridica pisana alla quale apparteneva Romano), fu riedito nel 1946 da Sansoni, con un ampio apparato di note, ed è stato tradotto, oltre che in tempi recentissimi in inglese, in tedesco, francese, spagnolo, brasiliano. Come ha ricordato Roberto Esposito, in una recensione alla nuova edizione apparsa su "La Repubblica" (14 dicembre, 2018, p. 39), "a segnalarne l'assoluto rilievo è stato Carl Schmitt che, in un saggio del 1934 su *I tre tipi di pensiero giuridico* – normativista, decisionista, istituzionalista – lo colloca alle origini di quest'ultimo. Anziché la norma o la decisione, l'istituzionalismo pone al centro dell'orizzonte giuridico quello che Schmitt definisce "ordinamento concreto" o, appunto, "istituzione". Per una disamina del rapporto teorico tra i due si vedano: A. Catania, "Carl Schmitt e Santi Romano", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXIV (1987), 4, pp. 545-575 (poi raccolto in Id., *Il diritto tra forza e consenso: saggi sulla filosofia giuridica del Novecento*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1990, pp. 137-177 e, con il titolo "L'ordinamento giuridico concreto e la teoria dell'istituzione: Carl Schmitt e Santi Romano", in Id., *Lo Stato moderno. Sovranità e giuridicità*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 85-114); S. Pietropaoli, "Ordinamento giuridico e *konkrete Ordnung*". Per un confronto tra le teorie istituzionalistiche di Santi Romano e Carl Schmitt", *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, IX (2012), 2, pp. 49-63; M. De Wilde, "The dark side of institutionalism: Carl Schmitt reading Santi Romano" e A. Salvatore, "A counter-mine that explodes silently: Romano and Schmitt on the unity of the legal order", entrambi pubblicati all'interno di un *focus* sulla traduzione inglese del testo di Romano della rivista *Ethics & Global Politics* (11, 2018), rispettivamente alle pp. 12-24 e 50-59. Oltre a possibili affinità con l'elaborazione di Schmitt sono individuabili altre prospettive affini a quella di Santi Romano: a questo riguardo Sabino Cassese ha richiamato i francesi Maurice Hauriou e Léon Duguit, il nordamericano Benjamin (Nathan) Cardozo, l'inglese Harold Laski (S. Cassese, "Ipotesi sulla fortuna all'estero de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 65 (2015), pp. 177-182).

delle ricerche mediante numerose relazioni significativamente dedicate alle varie aree disciplinari del diritto<sup>4</sup>.

Al di là della sua indubbia importanza sul piano teorico, l'opera di Santi Romano consente ancora oggi di mettere a fuoco la fondamentale questione — troppo spesso sottovalutata se non del tutto ignorata — della necessità del dialogo tra chi svolge il proprio ufficio nelle “officine” in cui quotidianamente si forgia la *prassi* del diritto e chi, invece, contempla l'esperienza giuridica dalle algide altezze della *teoria*.

Un libro vecchio di cent'anni ha ancora molto da insegnare a chi voglia ascoltarlo anche se duplici possono essere le cause di sordità, ossia di totale distacco.

Da una parte, i cultori dei diversi rami del diritto positivo hanno esasperato gli specialismi e i tecnicismi della propria disciplina, arrendendosi sempre più spesso alle scelte di un legislatore che fa e disfa l'ordinamento giuridico senza troppo imbarazzo.

Dall'altra, chi è dedito ai profili teorici sovente sta ritirato sulle alture dell'astrazione, credendo così di rinvenire, nell'isolamento dall'esperienza e dai fatti concreti, la risposta alla supposta ingovernabilità del fenomeno giuridico, scaturente dalla sua complessità; così come, altre volte, cede alla tentazione di percorrere le comode strade predisposte dal legislatore, limitandosi, in tal modo, a svolgere un'analisi meramente didascalica — e non critica<sup>5</sup> — del diritto vigente.

Si sono così aggravati i rischi che aveva avvertito già, assai opportunamente, nel 1958 Pietro Piovani, quando scriveva che, nel confrontarsi con il diritto positivo, la filosofia del diritto doveva sfuggire a due pericoli eguali e contrari: “essa deve guardarsi sia da un complesso di inferiorità (per dir così) per cui sia pronta a fungere da *ancilla juris*, sia da un complesso di superiorità (per dir così) per cui presentarsi come una specie di *domina juris*”<sup>6</sup>.

È compito comune dei ‘pratici’ e dei ‘teorici’ il superamento delle difficoltà che segnano, nel tempo presente, un dialogo capace di restituire dignità alla scienza del diritto e di rivendicare l'unità del sapere giuridico, oltre le sue molteplici articolazioni e forme. Ed è in questa prospettiva che la filosofia del diritto è chiamata, a nostro avviso, a recuperare l'incessante confronto con i diversi rami del diritto positivo. Si tratta di una questione su cui è fondamentale richiamare l'attenzione soprattutto nell'epoca attuale, in cui il contributo delle cosiddette “materie culturali” nella formazione dei giuristi rischia di venire gravemente compromesso da scelte politiche assai poco lungimiranti, condotte in nome di una vera e propria campagna volta ad affermare il primato assoluto di una malintesa “preparazione professionalizzante”<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Si vedano, in particolare, “Santi Romano l'ordinamento giuridico 1917-2017. La fortuna della teoria romaniana dell'ordinamento dalla sua pubblicazione ai tempi nostri nelle varie aree disciplinari” (Univ. di Palermo, 24-25 novembre 2017); “Santi Romano a cento anni da *L'ordinamento giuridico*” (Istituto italiano per gli Studi storici – Univ. Suor Orsola Benincasa, Napoli, 23 marzo 2018); “Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano” (Dip. di Scienze Politiche, Univ. di Pisa, 14-15 giugno 2018).

<sup>5</sup> Per un quadro sistematico delle diverse traiettorie che si muovono, altresì, in questa direzione si vedano i contributi raccolti in M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pisa, Pacini, 2017.

<sup>6</sup> P. Piovani, *Linee di una filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1958, p. 10.

<sup>7</sup> Un utile contributo al fine di evitare alcune involuzioni di questo approccio potrebbe venire dagli insegnamenti di Didattica del diritto che sono stati di recente istituiti, in seguito al D.M. n. 616 del 10.08.2017, in alcuni corsi di laurea in Giurisprudenza e che sono destinati ad aumentare. Per un inquadramento delle finalità dei corsi e

In generale, due sono le fasi in cui il confronto tra diritto positivo e filosofia del diritto è più fertile.

Una prima fase è rappresentata dal *momento di crisi* della disciplina giusfilosofica, dove per “crisi” si intenda non soltanto la manifestazione di una frattura decisiva, la conclusione di una certa parabola, ma anche il momento di svolta che apre nuove possibilità, nuovi inizi. La filosofia del diritto svolge qui la propria peculiare funzione di perlustrazione dei *confini del giuridico*, individuando problemi e proponendo nuove prospettive ai giuristi di diritto positivo. Simmetricamente, il diritto positivo nel suo momento di crisi può reagire elaborando, al proprio interno, soluzioni che possono costituire occasione di riflessione per chi si muove entro gli orizzonti della filosofia del diritto.

Una seconda fase è quella che potremmo chiamare *genetica* e si verifica quando una determinata disciplina raggiunge una propria autonomia scientifica. La teoria giuridica in alcuni casi ha svolto un ruolo decisivo in questo senso, contribuendo a individuare lo statuto epistemologico di una particolare materia che i giuristi di diritto positivo avrebbero successivamente sviluppato in modo autonomo<sup>8</sup>. Ma in altri casi è avvenuto esattamente il contrario: sono stati i giuristi positivi a elaborare le condizioni di autonomia di un determinato sapere specialistico, aprendo alla filosofia del diritto nuove opportunità di riflessione teorica.

La storia della scienza amministrativistica italiana mostra esattamente questo secondo possibile percorso<sup>9</sup>. Si tratta di un aspetto trascurato, se non del tutto ignorato<sup>10</sup>, che comporta il riconoscimento — tardivo — di un debito che la filosofia giuridica italiana ha contratto verso la scienza del diritto amministrativo proprio un secolo fa. In questa prospettiva, il testo romaniano, cui è dedicato questo numero di *Jura Gentium*, può essere considerato il più alto esito di un itinerario complesso, nonché l’approdo di un peculiare *metodo*<sup>11</sup>. Non si tratta quindi, in alcun modo, di un *exploit*, di una improvvisazione, di una meteora, come si cercherà di mostrare di seguito (§ 2).

Entro tale itinerario, e questo è il secondo livello di letture interpretative che si propone, vengono a delinarsi questioni nodali tutt’ora decisive rispetto alle quali Romano, non senza incorrere in elementi di tensione e ambiguità quando non di

---

dei loro contenuti si può vedere Th. Casadei, V. Marzocco, S. Zullo, *La didattica del diritto: prassi e metodo*, Pisa, Pacini, 2019.

<sup>8</sup> Per una serie di analisi e considerazioni sull’attuale statuto della filosofia del diritto si rinvia ai fascicoli n. 1 e 2/2012 della *Rivista di filosofia del diritto* dedicati a “Quale filosofia del diritto?”.

<sup>9</sup> Si rinvia, su questo punto alle considerazioni contenute in S. Pietropaoli, “Diritto amministrativo e filosofia del diritto. A proposito di un vecchio debito e della possibilità di un nuovo dialogo”, in S. Perongini (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 71-78 (si tratta degli Atti del Convegno tenutosi presso l’Univ. di Salerno il 14 e il 15 novembre 2014).

<sup>10</sup> Ma se la questione è stata trascurata o ignorata nel campo della filosofia del diritto, ciò non è avvenuto invece in alcuni settori della storia del diritto: basti pensare ai contributi dedicati al tema da Paolo Grossi, Maurizio Fioravanti, Luca Mannori e Bernardo Sordi.

<sup>11</sup> Su questo aspetto insiste, in particolare, il contributo di Federico Pedrini in questo fascicolo. Si veda anche G. Miele, *Stile e metodo nell’opera di Santi Romano* (1941), in Id., *Scritti giuridici*, tomo I, Milano, Giuffrè, 1987, p. 340.

contraddizione, cerca di elaborare risposte sistematiche profilando i tratti di quella che può considerarsi, in sostanza, come una *dottrina pura del diritto come istituzione* (§ 3).

Intersecando i due percorsi di lettura emerge, come si cercherà di delineare nelle considerazioni conclusive (§ 4), la fecondità dell'opera di Romano e, al di là di alcuni aspetti problematici, del suo modo peculiare di intendere il diritto.

## **2. Un “ponte” tra filosofia del diritto e diritto amministrativo: un excursus storico**

Nel corso dell'Ottocento, in Italia, i tentativi dei filosofi del diritto di contribuire alla nascita della scienza del diritto amministrativo furono pochi<sup>12</sup>. E, cosa più importante, si trattò di tentativi rimasti senza esito alcuno. Qualcuno si avventurò perfino a parlare di “filosofia del diritto amministrativo”<sup>13</sup>.

Certo, l'alta ‘politicità’ della materia amministrativistica comportava la necessità di uno sforzo teorico che travalicava i confini del diritto positivo. Ma questo “bisogno teorico” non poteva essere soddisfatto dalla filosofia del diritto di quell'epoca. La partita doveva essere giocata su di un diverso campo: quello della scienza politica<sup>14</sup>. Fu così che l'esigenza di “afferrare la realtà della vita amministrativa”<sup>15</sup> confluì nella creazione di un ambito autonomo di riflessione che consentì ai giuristi di andare al di là della dimensione pratica del diritto amministrativo. Il diritto amministrativo, nonostante la propria indubitabile affermazione, non poteva risolvere tutti i problemi posti dalla nuova amministrazione. Il piano giuridico positivo, da solo, non era sufficiente. Occorreva una copertura teorica simile a quella che la vecchia “scienza di polizia” aveva assicurato allo Stato assoluto nel Settecento<sup>16</sup>. È questa la prospettiva in cui mosse i primi passi la “scienza dell'amministrazione”

---

<sup>12</sup> Caso particolare è quello di Giovanni de Gioannis Gianquinto, ricordato principalmente per il suo *Corso di diritto pubblico amministrativo* (in 3 voll., Firenze, Tip. dell'Associazione, 1877-81). Prima di diventare “il più talentuoso esponente della scuola civilistica del diritto amministrativo italiano” (così A. Sandulli, “Il diritto amministrativo nei primi anni dello Stato unitario”, *Le Carte e la Storia*, 17 (2011), 1, p. 49), de Gioannis Gianquinto aveva insegnato a Cagliari Filosofia del diritto e Storia del diritto, elaborando un approccio che tentava di tenere insieme il giusnaturalismo di Vico, l'ontologismo di Gioberti e lo storicismo di Savigny. Su questo autore cfr. A. Sandulli, *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia, 1800-1945*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 30-35, ma anche il parere decisamente negativo espresso da Paolo Grossi in *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 28.

<sup>13</sup> Tuttavia né l'opera pubblicata nel 1870 da Giuseppe Rocco (col titolo, appunto, di *La filosofia del diritto amministrativo e delle leggi che lo conservano*), né la brevissima esperienza della cattedra di “Filosofia del diritto amministrativo” istituita a Macerata nel 1874, esercitarono la minima influenza nella vicenda della scienza amministrativistica italiana.

<sup>14</sup> Si riprende qui la tesi esposta da P. Schiera in “Amministrazione e costituzione: verso la nascita della scienza politica”, *Il Pensiero Politico*, 15 (1982), 1, pp. 74-91.

<sup>15</sup> M. Nigro, “Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XXII (1968), pp. 636-683, p. 643.

<sup>16</sup> Cfr. P. Schiera, “Amministrazione e costituzione: verso la nascita della scienza politica”, cit., pp. 84-85.

italiana, di cui nel 1878 venne istituita la prima cattedra a Pavia sotto il magistero di Carlo Francesco Ferraris<sup>17</sup>.

A questo proposito è interessante ricordare che nel 1887, in *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, Vittorio Emanuele Orlando, il maestro di Romano<sup>18</sup>, segnalava come la scienza dell'amministrazione fosse “non ancora definita nel suo contenuto”, e proponeva che con tale termine si indicasse “la scienza dell'ingerenza sociale dello Stato”<sup>19</sup>. Ma, soprattutto, Orlando affermava vigorosamente che “non può accettarsi che la scienza dell'amministrazione sia la filosofia del diritto amministrativo. Non è concepibile una scienza che si limiti a fare filosofia dell'amministrazione, come non è concepibile un diritto amministrativo che dallo studio positivo non risalga alla genesi storico-filosofica degli istituti”<sup>20</sup>. Questa lapidaria affermazione, in cui si avverte già il nucleo della celebre prolusione palermitana del 1889, esprime perfettamente la svolta verso la nuova “scienza” del diritto pubblico, liberata — così si voleva — dalle antiche incrostazioni politiche, economiche, storiche e filosofiche.

Nonostante le perplessità espresse da Orlando e da molti altri, la Scienza dell'amministrazione divenne presto — nel 1885 — materia obbligatoria nelle università, dove fu insegnata insieme al Diritto amministrativo fino al 1935. Il diritto amministrativo, per conservare lo *status* di “scienza giuridica”, doveva pagare il suo tributo allo Stato, e piacesse o meno, occorreva riconoscere che la scienza dell'amministrazione si prestava perfettamente allo scopo.

Allargando la riflessione allo spazio europeo continentale, a metà Ottocento Rudolf von Jhering era, come è noto, un fiero sostenitore — sulla scia di Friedrich von Savigny — di una concezione del diritto come “prodotto internamente compiuto della storia”, “lingua di un popolo”, non certo aggregato di “disposizioni arbitrarie” del legislatore<sup>21</sup>. Nel giro di un quarto di secolo, il medesimo Jhering ammetterà che

---

<sup>17</sup> Su questo tema, resta fondamentale G. Gozzi, “Organizzazione degli interessi e razionalità amministrativa in Italia tra Otto e Novecento. Carlo Francesco Ferraris e la scienza dell'amministrazione”, *Il Pensiero Politico*, 16 (1983), 2, pp. 215-240.

<sup>18</sup> Si veda il suo discorso commemorativo tenuto il 7 giugno 1948 su incarico della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma: *Santi Romano e la Scuola italiana di Diritto Pubblico*, in S. Romano, *Scritti minori, I, Diritto costituzionale*, a cura di G. Zanobini, Milano, Giuffrè, 1950, pp. V-XXIV. In precedenza: V.E. Orlando, “Ancora del metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all'opera di Santi Romano (1939)”, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, 1940, pp. 1-24.

<sup>19</sup> V.E. Orlando, “Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione”, *Archivio giuridico*, XXXVIII (1887), 5-6, pp. 360-97 (ma cito dalla ripubblicazione in *Diritto pubblico generale: scritti varii, 1881-1940, coordinati in sistema*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 127). Cfr., più in generale, sulle implicazioni politico-istituzionali di tali problematiche: M. Fotia, *Il liberalismo incompiuto: Gaetano Mosca, Vittorio Emanuele Orlando, Santi Romano tra pensiero europeo e cultura meridionale*, Milano, Guerini, 2001 (su Romano, in particolare, le pp. 137-141 e pp. 171-178); Id., “L'istituzionalismo in Santi Romano tra diritto e politica”, *Democrazia e diritto*, 48 (2011), 1-2, pp. 135-174.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> La consonanza tra il ‘primo’ Jhering e Savigny è perfettamente riassunta da M. Fioravanti, in “La scienza giuridica: il dibattito sul metodo e la costruzione della teoria giuridica dello Stato”, *Il pensiero politico*, 15 (1982), 1, pp. 92-126, p. 117: “[...] credo che lo storicismo di Savigny e la giurisprudenza dei concetti di Jhering non rappresentino altro che vie diverse convergenti verso un unico obiettivo: l'individuazione di un ordine giuridico positivo sovrastante la mera vigenza delle regole emanate da fonte autoritativa”.

il diritto è invece “l’insieme delle norme coercitive vigenti in uno Stato”<sup>22</sup>. Non si tratta di una mera conversione teorica, ma della drammatica consapevolezza di una radicale trasformazione. Lo Stato si era rapidamente imposto come il referente necessario della decisione politica. E in questo contesto l’amministrazione era emersa in tutta la sua forza. Il diritto era diventato lo strumento fondamentale dello Stato per conseguire i propri scopi: il governo della società passava necessariamente, nel bene o nel male, attraverso il diritto.

Riconoscere questo mutamento non significava aderirvi entusiasticamente. Non significava, in altre parole, votarsi al vorticoso statualismo di un Paul Laband. E, come Jhering, molti furono consapevoli del successo dello Stato, senza per questo rimanere ciechi di fronte ai problemi che il monopolio giuridico statualista comportava.

A confermare la consapevolezza dell’ambiguità insita nel positivismo giuridico tardo-ottocentesco, basti ricordare le parole con cui Georg Jellinek — una delle influenze maggiori per Romano sin dai suoi anni giovanili<sup>23</sup> — denunciava il pericolo di uno Stato che, occupandosi di tutto (“dal medicinale di Stato al teatro di Stato”), divenisse “strumento di sopraffazione sociale per gli uni, stimolo di solidarietà umana per gli altri, ora speranza ora terrore, ora giogo che opprime, or leva che innalza, con tanta ansia invocata, con altrettanta repugnanza temuta”<sup>24</sup>.

Lo Stato non poteva non essere sovrano. Ma la sua sovranità, a chi decideva di rimanere, per così dire, con gli occhi aperti e tuttavia non rimaneva abbagliato dallo splendore del Leviatano, non poteva non suscitare timori.

In ogni caso, si erano ormai spalancate le porte di quel processo che nel giro di pochi anni avrebbe portato all’affermazione del positivismo giuridico e alla conseguente crisi del rapporto tra i cultori del ‘nuovo’ diritto positivo di produzione statale e i filosofi del diritto, che — almeno in Italia —, dopo una breve e incerta fase di avvicinamento (spesso superficiale) al positivismo, rimasero ancorati ai canoni del vecchio giusnaturalismo di ispirazione vichiana o tomista, oppure — più spesso

---

<sup>22</sup> R. v. Jhering, *Der Zweck im Recht*, vol. I, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1877 (trad. it. *Lo scopo nel diritto*, a cura di M.G. Losano, Torino, Einaudi, 1972, p. 232).

<sup>23</sup> Lo ricordano opportunamente, nei loro contributi, Trifone e De Vanna. Quest’ultimo segnala come “la scuola di Vittorio Emanuele Orlando, nella quale Romano si era formato, aveva adottato la teoria dell’“autolimitazione” prospettata a questo proposito da Jellinek nel *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (1892) ma, mentre per lo studio tedesco la genesi dello Stato è un processo esclusivamente fattuale, per Romano l’instaurazione di un ordinamento comporta necessariamente il riconoscimento di limiti e principi (giuridicamente) dati”. Più in generale, per quanto riguarda altre fonti dell’elaborazione di Romano, si veda S. Pellegrini, “Le fonti della teoria delle istituzioni di Santi Romano nell’opera di Eugen Ehrlich”, in B. Pieri, A. Rotolo (a cura di), *La filosofia del diritto dei giuristi*, Bologna, Gedit, 2003, pp. 331-36.

<sup>24</sup> Cfr. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, vol. I: *Das Recht des modernen Staates*, Berlin, Häring, 1900 (trad. it. *La dottrina generale dello Stato, traduzione italiana sulla 2a ed. tedesca di Modestino Petrozziello; con introduzione e capitoli aggiunti di Vittorio Emanuele Orlando*, Milano, Società editrice libraria, 1921, pp. 16-17).

— si asserragliarono in una strenua riformulazione del diritto naturale su base idealista<sup>25</sup> o neokantiana<sup>26</sup>.

In entrambi i casi, il solco che già divideva i giuristi di diritto positivo dai filosofi del diritto andò facendosi sempre più profondo. Scienza giuridica e filosofia del diritto divennero sempre più distanti, e, nonostante alcuni tentativi esperiti da alcuni sul piano della “teoria generale”<sup>27</sup>, si dovrà attendere la fine degli anni Trenta per ritrovare i segnali di un riavvicinamento<sup>28</sup>.

Da tutto questo non si può tuttavia saltare alla conclusione che un “ponte” tra filosofia del diritto e diritto amministrativo sia rimasto impercorribile. Esso fu percorso, ma in direzione opposta rispetto a quella che sarebbe stato intuitivo immaginare.

### **3. Una “doppia teoria” dalle rilevanti implicazioni pratiche: (un certo modo di intendere) istituzionalismo e pluralismo giuridico**

Il più originale orientamento giusfilosofico elaborato in Italia nella prima metà del Novecento è opera di un amministrativista: la “doppia teoria” dell'*istituzionalismo*<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> Ma occorre ricordare che nella congerie dei filosofi idealisti, prima e al di là di Benedetto Croce e Giovanni Gentile, vanno annoverati personaggi assai diversi tra loro: dall'idealismo ‘neo-hegeliano’ (con accenti vichiani) di Francesco Filomusi Guelfi all'idealismo ‘critico’ di Igino Petrone, dall'idealismo ‘sociale’ di Gioele Solari all'idealismo ‘storico’ di Benvenuto Donati.

<sup>26</sup> Basti qui ricordare i nomi di Giorgio Del Vecchio e di Adolfo Ravà.

<sup>27</sup> Pensiamo in particolare agli scritti degli anni Venti di autori come Alessandro Levi, Francesco Bernardino Cicala e Widar Cesarini Sforza. A quest'ultimo si deve, come è noto, un'altra importante opera in cui viene spezzata l'identificazione tra diritto e Stato: *Il diritto dei privati*, del 1929 (ristampato nel 1963), anch'esso ripubblicato, contemporaneamente a *L'ordinamento giuridico*, da Quodlibet (a cura e con una postfazione di Michele Spanò). Per una discussione sul rilievo delle argomentazioni di Cesarini Sforza nel contesto del più recente dibattito teorico-giuridico si vedano le recensioni di G. Milani (“Diritto senza stato”, *Internazionale*, 18 ottobre 2018), G. Alpa (“Potere normativo della collettività”, *Il sole 24 ore*, 25 novembre 2018), T. Negri (“Nelle autonome aperture al comune”, *il manifesto*, 12 dicembre 2018).

<sup>28</sup> Riavvicinamento, se non riconciliazione, il cui punto iniziale può essere considerata la pubblicazione dell'opera di Giuseppe Capograssi *Il problema della scienza del diritto*, Roma, Foro Italiano, 1937, il quale l'anno prima aveva pubblicato uno studio su Santi Romano: “Nota sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici”, *Studi sassaresi*, 14 (1936), pp. 77-90 (poi ripubblicato in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XIX (1939), pp. 9-44 e in *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, vol. IV, pp. 181-221). Capograssi dedicherà poi un altro saggio a Santi Romano: “L'ultimo libro di Santi Romano”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1 (1951), 1, pp. 46-75 (poi raccolto in *Opere*, cit., vol. V, pp. 221-254).

<sup>29</sup> All'istituzionalismo classico di Santi Romano (affine, per alcuni versi, a quello di Hauriou) – che, come è noto, si inserisce entro quella rivolta contro il formalismo che si è sviluppata tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento sia in Europa sia in America – si è riallacciato il neoinstituzionalismo di Neil MacCormick e Ota Weinberger. “Tanto il vecchio quanto il nuovo istituzionalismo si presentano quindi come reazioni al positivismo giuridico: il primo al positivismo della “giurisprudenza dei concetti”, il secondo alla tradizione kelseniano-hartiana” (C. Faralli, *La filosofia del diritto contemporanea*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 33). Fu Guidò Fassò, richiamando la “vastissima eco” che ebbe *L'ordinamento giuridico*, a definire quella di Romano come “la più conseguente e coraggiosa fra le teorie del diritto antinormativistiche” (G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto* (1966-1970), ediz. aggiornata a cura di C. Faralli, 3 voll., Roma-Bari, Laterza, 2001, vol. III, p. 285).

e del *pluralismo giuridico* di Santi Romano che insieme alla nozione di “istituzione”<sup>30</sup> pone al centro del programma di ricerca, come sottolinea nel suo contributo Tommaso Gazzolo, la “coesistenza degli ordinamenti”<sup>31</sup>.

Un’analisi attenta del pensiero romaniano dimostra come non fu certo la filosofia giuridica — nelle sue diverse forme — a dare un contributo decisivo allo sviluppo del diritto amministrativo italiano, ma piuttosto il contrario.

Come ha sostenuto in maniera assai efficace Maurizio Fioravanti, “l’approccio di Santi Romano ai problemi dello Stato non fu in origine l’approccio della teoria generale, ma quello, in apparenza più circoscritto e modesto, ma in realtà fertilissimo, *del diritto amministrativo e della sua scienza*”<sup>32</sup>.

La teoria elaborata da Santi Romano può essere interpretata come il coerente approdo di una riflessione originata non da preoccupazioni meramente speculative, ma dall’esigenza concreta di sistemare quegli istituti di diritto positivo che egli riteneva alla base dello “Stato amministrativo”: i diritti pubblici soggettivi; il diritto pubblico patrimoniale; la potestà regolamentare della pubblica amministrazione; l’interpretazione di secondo grado; il bilancio come atto amministrativo; la determinazione della demanialità; la tutela giuridica dei diritti civili.

È a partire dall’esame rigoroso e originale di questi problemi che Santi Romano sviluppò i cardini del suo *programma di ricerca*: la critica dell’identificazione tra legge e diritto; la rivendicazione della pubblicità e pluralità degli ordinamenti giuridici; il

---

<sup>30</sup> Per un originale tentativo di definizione della “istituzione” romaniana come *meta-istituzione* cfr. M. Croce, *Che cos’è un’istituzione*, Roma, Carocci, 2010, in particolare le pp. 85-87. Utile per una ricostruzione in chiave comparatistica è anche la lettura di M. D’Alberti, “Santi Romano e l’istituzione”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 64 (2014), 3, pp. 579-592.

<sup>31</sup> Per una presentazione dei significati odierni di “pluralismo giuridico” si possono vedere, a titolo esemplificativo, M. La Torre, “Legal Pluralism as an Evolutionary Achievement of European Community Law”, *Ratio Juris*, 12 (1999), 2, pp. 182-195; R. Motta, “Approccio classico e approccio critico al pluralismo giuridico”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXIV (2004), 2, pp. 345-362; F. Viola, “Il *rule of law* e il pluralismo giuridico contemporaneo”, in M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 95-125; S. Bolognini, *Pluralismo giuridico e ordinamenti contra legem*, Roma, Edizioni Nuova Cultura, 2012. Cfr., anche, V. Oligati, “Il pluralismo giuridico come lotta per il diritto (e la follia teorico-metodologica di una recente proposta)”, *Sociologia del diritto*, 21 (1994), 1, pp. 97-127; K. Günther, *Pluralismo giuridico e codice universale della legalità*, trad. it. e cura di L. Ceppa, Torino, Trauben, 2010.

<sup>32</sup> M. Fioravanti, “Stato di diritto e Stato amministrativo nell’opera giuridica di Santi Romano”, in A. Mazzacane (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, Liguori, 1986, pp. 309-346, ma citiamo dalla pubblicazione in M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, Tomo I, pp. 405-451, p. 406. Del medesimo autore si veda anche “Per l’interpretazione dell’opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, X (1981), pp. 169-219 (raccolto anche, con il titolo “‘Stato giuridico’ e diritto costituzionale negli scritti giovanili di Santi Romano”, in *La scienza del diritto pubblico*, cit., pp. 277-326). Sulla specificità del contributo di Romano, si vedano anche A. Romano, *Santi Romano e la giuspubblicistica italiana: temi e tendenze*, in P.L. Ballini (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale: 1918-1925*, Venezia, Istituto veneto di scienze, lettere ed arti, 2005, pp. 103-130; F. Lanchester, “Santi Romano e le ideologie giuridiche italiane nella transizione allo Stato di massa”, *Rivista AIC*, 2011, 4 (consultabile all’indirizzo <https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/Lanchester.pdf>). Per un inquadramento più generale si vedano: V. Mura, “Pluralismo e neo-statalismo nella cultura giusfilosofica italiana del primo Novecento”, in A. Mazzacane (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, Liguori, 1986, pp. 379-441; F. Tessitore, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1988.

riconoscimento del potere disciplinare amministrativo come diritto pubblico subiettivo dello Stato; la costruzione della pubblica amministrazione come autonomo ordinamento giuridico.

Nella peculiare modalità di affrontare queste tematiche si rinvengono spunti di riflessione particolarmente rilevanti per la discussione odierna.

Innanzitutto, l'idea del diritto come *processualità*, su cui insiste Mariano Croce tirando le fila di un ragionamento condotto negli ultimi anni volto precipuamente a mostrare la fecondità della teorizzazione romaniana nelle sue implicazioni operative<sup>33</sup>; aspetti, questi, che richiamano il *principio dell'effettività*, non esplicitamente teorizzato ma inteso, fin dalle pagine iniziali dell'opera sull'ordinamento giuridico, come “motivo esistenziale dell'istituzione”, di cui Gian Paolo Trifone ricostruisce gli aspetti cruciali connettendolo con l'“impersonalità del potere pubblico” e il “valore della consuetudine” (a loro volta intimamente correlati), nonché con le questioni della “sovranità” e della “legge costituzionale”<sup>34</sup>.

Assai significativa è, poi, la questione dell'*unità dell'ordinamento*, analiticamente indagata da Tommaso Gazzolo nel suo duplice profilo di “unità della molteplicità delle norme” (“teoria dell'ordinamento”) e di “unità che ogni ordinamento è” (teoria del diritto *come* ordinamento), e inscindibilmente collegata con “la tesi della pluralità degli ordinamenti”, presa in esame — da angolazioni diverse — da Bernardo Sordi e da Francesco De Vanna. Mentre il primo ricostruisce l'accidentato percorso mediante il quale la storiografia giuridica, a lungo fortemente condizionata “dagli stilemi statualistici”, ha compreso le “potenzialità euristiche sottese al principio di pluralità degli ordinamenti”, il secondo ne saggia l'efficacia, prima di tutto epistemica “rispetto alla prospettiva normativistica di matrice kelseniana (ma anche hartiana)”, nel comprendere la ‘frammentazione’ che caratterizza il destino della regolazione giuridica, oltre la dimensione statualistica, e dunque nel fare i conti con fenomeni,

---

<sup>33</sup> Oltre alla già menzionata *Postfazione* all'edizione inglese (pp. 111-128) e alla *Postfazione (Per una storia futura de L'ordinamento giuridico)* alla nuova edizione italiana de *L'ordinamento giuridico* (pp. 187-206), si vedano: M. Croce, *Self-Sufficiency of Law: A Critical-institutional Theory of Social Order*, Dordrecht, Springer, 2012; Id., “Il diritto come morfologia del sociale. Il pluralismo giuridico di Santi Romano”, *Diritto pubblico*, 22 (2017), 3, pp. 841-860; Id., “Whither the state? On Santi Romano's *The legal order*”, *Ethics & Global Politics*, 11 (2018), pp. 1-11 (si tratta del primo contributo ad un *focus* a partire dalla traduzione inglese della principale opera di Santi Romano). Lungo la direttrice interpretativa di Croce si muove anche Andrea Salvatore, il quale nella sua bella recensione alla nuova edizione italiana de *L'ordinamento giuridico*, sottolinea anche un aspetto significativo sul piano filosofico-politico: “Contro ogni possibile sospetto di un irrealistico irenismo, va qui richiamato il carattere *costitutivamente agonale* del pluralismo giuridico di Romano: la comune natura giuridica di ogni stabile regolamentazione sociale è pensata non già al fine di un armonico e confluyente contributo da parte di ciascuna di esse alla formazione di un super-ordinamento che garantisca una pacifica coesistenza tra le differenti realtà istituzionali a esso facenti capo, quanto piuttosto alla consustanziale concorrenzialità tra forme di regolazione e modelli interazionali il più delle volte incompatibili. Lungi pertanto dal risultare estranee alla comprensione giuridica, le relazioni di potere finiscono, nell'ottica di Romano, per diventare parte integrante di essa, quale capitale simbolico e al contempo forza materiale in grado di disporre di sufficienti risorse per rendere vincolante un determinato ordinamento, accordando o negando riconoscimento giuridico a realtà istituzionali altre da sé” (A. Salvatore, “Il diritto oltre lo Stato”, *Doppiozero*, 18 dicembre 2018: <https://www.doppiozero.com/materiali/il-diritto-oltre-lo-stato>).

<sup>34</sup> Sulla collocazione eccentrica della nozione di Costituzione nella mappa di concetti disegnata da Santi Romano, cfr. C. Pinelli, “La costituzione di Santi Romano e i primi Maestri dell'età repubblicana”, *Rivista italiana per le Scienze giuridiche* (nuova serie), 3 (2012), pp. 179-225.

come, ad esempio, l'emersione di *global regulators* che, nella maggior parte dei casi corrispondono a *non-State actors* (i quali, più precisamente, “esprimono un nuovo potere normativo, in aree generali o specializzate dell’attività umana, tagliando trasversalmente ordinamenti e barriere”).

La fecondità nell’*utilizzare* alcuni elementi del pensiero di Romano è mostrata anche da Federico Pedrini e Mauro Barberis.

Il primo ne fa uno strumento di lettura (anche in senso critico) di alcune posizioni contemporanee sul diritto costituzionale e sulla questione dell’*interpretazione*. Il percorso argomentativo — scandito in quattro passaggi-chiave<sup>35</sup> — conduce ad un approdo nell’ambito del quale “si può ben essere istituzionalisti, o per lo meno condividere l’assunto proprio dell’istituzionalismo secondo cui il diritto va molto al di là delle norme espresse dai documenti legislativi, senza però per questo dover rinunciare ad un atteggiamento linguisticamente e giuridicamente rigoroso nei processi di significazione del materiale legislativo scritto”.

Dal canto suo, Barberis sviluppando alcune acquisizioni raggiunte in altri lavori (“l’imprescindibilità dell’istituzionalismo di Romano per una teoria del diritto positivista e realista; i suoi limiti [ontologismo, pangiuridicismo, formalismo...]; i suoi pregi [pluralismo]; la tendenza del [neo-]istituzionalismo a de-materializzarsi in teoria del ragionamento giuridico”), intende mostrare come un “istituzionalismo diverso, meno formalista e più realista”, consenta di elaborare un modello dell’emergenza (*emergence*) delle istituzioni in genere e di definire i loro rapporti con la razionalità, nonché di porre a vaglio critico una specifica modalità di funzionamento delle istituzioni democratiche quale è il “populismo (digitale)”.

#### **4. Da una crisi all’altra: l’opportunità di un dialogo**

*L’ordinamento giuridico* del 1917 non è, pertanto, l’opera di un filosofo del diritto che schiude ai giuristi di diritto positivo nuove opportunità di sviluppo della propria disciplina, e neppure è lo scritto d’occasione di un giurista ormai affermato che si diletta, per una volta, a vestire i panni del filosofo<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Così riepilogati dall’autore: “1) l’istituzionalismo, nonostante la sua apertura al meta-normativo, non implichi di per sé una teoria antiformalista *dell’interpretazione*; 2) l’istituzionalismo implichi invece una certa teoria *delle fonti*, nella quale riveste un ruolo importante il c.d. “diritto involontario”; 3) la teoria delle fonti, per quanto connessa con la teoria dell’interpretazione, concettualmente può (e analiticamente dovrebbe) essere mantenuta distinta da quest’ultima; 4) la teoria delle fonti dell’istituzionalismo ponga problemi metodologici importanti, non ancora pienamente risolti, soprattutto per quanto riguarda le modalità del suo accertamento e la verifica della correttezza dei relativi procedimenti epistemologici di “scoperta” o “invenzione””.

<sup>36</sup> Panni che Romano — il quale, dopo l’abilitazione all’Univ. di Palermo in Diritto amministrativo (1898), ha insegnato Diritto amministrativo e Diritto costituzionale nelle università di Modena (1902-1908), Pisa (1908-1924), Milano (1925-1928) e Roma (1928-1943), oltre che Scienze dell’amministrazione, Diritto ecclesiastico e Diritto internazionale — aveva peraltro formalmente vestito nell’anno accademico 1901-02, quando aveva tenuto, oltre a Diritto amministrativo, per incarico il corso di “Filosofia del diritto” presso l’Università di Camerino (dove insegnò per quattro anni dal 1898 al 1902: cfr. A. Romano, *Nota bio-bibliografica*, in S. Romano, *L’“ultimo” Santi Romano*, a cura di A. Romano, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 843-885). L’anno successivo il corso

È, invece, il coerente esito di una *prospettiva* di lungo periodo che, sulla scorta dei risultati di un esame originale e aperto di concreti problemi di diritto positivo, sfocia, infine, in una coerente sistematizzazione sul piano teorico, in una costruzione dal sapore quasi “geometrico” (come evidenziano nel testo – a definire una sorta di *dottrina pura del diritto come istituzione* — termini quali teorema, principio, corollario, postulato, assioma)<sup>37</sup>.

Al di là delle molte e diverse valutazioni — anche radicalmente critiche — espresse nell’arco di un secolo a proposito dell’opera romaniana<sup>38</sup>, un dato sembra innegabile: Romano ha aperto la strada a una “diversa concezione del diritto”<sup>39</sup>.

Intorno all’opera di Santi Romano si sono confrontati amministrativisti, costituzionalisti, storici, romanisti e — non ultimi — i filosofi del diritto (anche a partire da itinerari teorici assai diversi da quello romaniano e, anche, tra loro): da Giovanni Tarello<sup>40</sup> a Vittorio Frosini<sup>41</sup>, da Giacomo Gavazzi<sup>42</sup> ad Antonio

---

fu affidato al civilista Francesco Ferrara. Nella prima metà del Novecento, del resto, non era raro che a tenere corsi di “Filosofia del diritto” fossero penalisti, costituzionalisti, civilisti, processualisti. Nel lungo elenco degli “incaricati” non mancano neppure i nomi di due ordinari di Diritto amministrativo: Carmine Soro-Delitala (che tenne il corso all’Università di Sassari per più di vent’anni, fino al 1904) e Raffaele Resta (Università di Urbino, a.a. 1933-34).

<sup>37</sup> Insiste su questo aspetto, parlando di uno “storicismo perduto” da parte del giurista siciliano rispetto alla prolusione pisana dedicata a *Lo Stato moderno e la sua crisi* del 1909, Eugenio Ripepe: “Introduzione. Su Paolo Grossi filosofo del diritto”, *Rivista di filosofia del diritto*, V (2016), 1, pp. 7-22, in part. pp. 11-19.

<sup>38</sup> Per la storia dell’interpretazione dell’opera *L’ordinamento giuridico* resta fondamentale M. Fioravanti, “Per l’interpretazione dell’opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive di ricerca”, cit. È bene non dimenticare che nelle valutazioni della sua opera hanno inciso anche considerazioni di tipo ideologico-politico: Romano, infatti, in pieno regime fascista, ha occupato il ruolo di Presidente del Consiglio di Stato dal 1929 al 1943. Nominato Senatore del Regno (1934) e Accademico dei Lincei (1939), egli non aderì nel 1944 alla Repubblica Sociale Italiana ma ciò non gli evitò, a guerra finita, di essere accusato di aver appoggiato il fascismo e di essere radiato dall’Accademia dei Lincei.

<sup>39</sup> Così Aldo Sandulli in *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia, 1800-1945*, cit., p. 156. Dello stesso autore si veda *Romano, Santi* (voce), in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, vol. II, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 1728-1731.

<sup>40</sup> Il rinvio è a G. Tarello, “La dottrina dell’ordinamento e la figura pubblica di Santi Romano”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 245-256. Si vedano anche G. Tarello, “Prospetto per la voce “ordinamento giuridico” di una enciclopedia”, in *Politica del diritto*, VI (1975), 1, pp. 73-102, e Id., “Il diritto come ordinamento”, in *Atti del X Congresso nazionale di Filosofia giuridica e politica (Bari, 3-5 ottobre 1974)*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 49-80.

<sup>41</sup> V. Frosini, “L’attualità di Santi Romano”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 211-214. Dello stesso autore si veda anche “Santi Romano e l’interpretazione giuridica della realtà sociale”, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, 4 voll., Milano, Giuffrè, 1991, vol. I, pp. 321-330 (in precedenza pubblicato in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXVI (1989), pp. 706-712).

<sup>42</sup> G. Gavazzi, “Santi Romano e la teoria generale del diritto”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 67-84.

Tarantino<sup>43</sup>, da Norberto Bobbio<sup>44</sup> a Uberto Scarpelli<sup>45</sup>, sino ad Alfonso Catania<sup>46</sup>, nonché, in tempi più recenti, da Mauro Barberis<sup>47</sup> a Eugenio Ripepe<sup>48</sup>, da Massimo La Torre<sup>49</sup> a Gianluigi Palombella<sup>50</sup>.

Esiste oggi la possibilità — forse addirittura la necessità — che la filosofia del diritto e il diritto amministrativo, insieme alla ‘nuova’ scienza dell’amministrazione, instaurino una rinnovata discussione<sup>51</sup>, così come pare imprescindibile, per altri versi, una ritessitura dei legami tra la riflessione giusfilosofica e le molteplici forme del potere (ossia l’indagine filosofico-politica)<sup>52</sup>.

Non si fraintenda: non si tratta certo di fondare una “filosofia del diritto amministrativo” o una qualche inedita “filosofia giuridico-politica”, di riesumere il

---

<sup>43</sup> A. Tarantino, *La teoria della necessità nell’ordinamento giuridico* (1976), Milano, Giuffrè, 1980<sup>2</sup>; Id., “Brevi riflessioni sui precedenti dottrinali di Santi Romano”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LIV (1977), pp. 682-704; Id., “La necessità come fondamento della dottrina romaniana”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 239-243; Id., “Dell’istituzionalismo. Ancora sui precedenti dottrinali di Santi Romano”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XI (1981), pp. 169-190.

<sup>44</sup> N. Bobbio, “Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano”, *Amministrare*, 5 (1975), 1, pp. 447-466 (ripubblicato in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 25-33, e poi in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 165-186).

<sup>45</sup> U. Scarpelli, “Santi Romano, teorico conservatore, teorico progressista”, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 45-63 (raccolto anche in *Etica senza verità*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 315-336). Si veda, inoltre, “Il diritto pubblico di Santi Romano”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XIX (1989), 1, pp. 143-149.

<sup>46</sup> Oltre allo studio sulle affinità e differenze con Schmitt, precedentemente menzionato, si vedano A. Catania, *Argomenti per una teoria dell’ordinamento giuridico*, Napoli, Jovene, 1976, in part. pp. 149-152; Id., “Formalismo e realismo nella metodologia giuridica. Riflessioni sul pensiero di Santi Romano”, in S. Cassese (a cura di), *L’unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 401-411; Id., *Manuale di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 20-27 (“Ordinamento e organizzazione: l’istituzionalismo”). Si veda, per un raffronto, G.P. Trifone, “Alfonso Catania interprete di Santi Romano”, in F. Mancuso, G. Preterossi, A. Tucci (a cura di), *Le metamorfosi del diritto. Studi in memoria di Alfonso Catania*, Milano-Udine, Mimesis, 2013, pp. 83-90.

<sup>47</sup> M. Barberis, “Santi Romano, il neoistituzionalismo e il pluralismo giuridico”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLI (2011), 2, pp. 349-360; Id., “Santi Romano e le metamorfosi dell’istituzionalismo”, *Lo Stato*, 5 (2017), 9, pp. 243-270.

<sup>48</sup> E. Ripepe, *La teoria dell’ordinamento giuridico: Santi Romano*, in *L’Età liberale. Scienze sociali. Diritto*, Enciclopedia Treccani, Roma, 2012, pp. 475-484, consultabile on line: [http://www.treccani.it/enciclopedia/la-teoria-dell-ordinamento-giuridico-santi-romano\\_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/la-teoria-dell-ordinamento-giuridico-santi-romano_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero-Diritto)/). Dello stesso Ripepe, curatore del volume *Ricordando Santi Romano, in occasione dell’inaugurazione dei corsi dell’a.a. 2010-2011 nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Pisa*, cit., si veda anche “Introduzione. Su Paolo Grossi filosofo del diritto”, cit.

<sup>49</sup> M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalista del diritto*, Roma-Bari, Laterza, pp. 128-132, ove si sottolinea che “il pluralismo giuridico, usato da Romano in maniera abbastanza estrema, finisce per sfociare nel pangiuridicismo, cioè nella tesi (tipicamente romaniana) per cui ogni gruppo sociale costituisce un ordinamento giuridico” (p. 132). Cfr., anche, Id., “Institutionalism Old and New”, *Ratio Juris*, 6 (1993), 2, pp. 190-201.

<sup>50</sup> G. Palombella, “L’istituzione del diritto. Una prospettiva di ricerca”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XX (1990), 2, pp. 367-401.

<sup>51</sup> È quanto si suggerisce in S. Pietropaoli, “Diritto amministrativo e filosofia del diritto. A proposito di un vecchio debito e della possibilità di un nuovo dialogo”, cit.

<sup>52</sup> È quanto si suggerisce in Th. Casadei, “Le teorie critiche del diritto. Tra filosofia giuridica e filosofia politica”, *Postfazione* in M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, cit., pp. 379-410.

“diritto pubblico universale” di Gian Domenico Romagnosi, e neppure di invocare un “ritorno a Santi Romano”<sup>53</sup>.

La *crisi dello Stato* di cui trattava Romano un secolo fa – su cui è tornato in anni recenti, tra gli altri, anche Paolo Grossi<sup>54</sup> – non è la crisi dello Stato di cui parliamo oggi<sup>55</sup>. È, questa, una considerazione che può apparire ovvia, ma che è bene ribadire in tempi segnati da una complessità che rende sovente allettante la prospettiva di recuperare vecchi schemi e ricostruzioni consolidate, nell’illusoria convinzione che possano spiegare il tempo presente nello stesso modo in cui avevano colto lo spirito del tempo in cui erano stati pensati.

Assistiamo a uno “sviluppo del mondo giuridico che sollecita cambiamenti di paradigmi e che richiede tutto l’acume di filosofi del diritto, di costituzionalisti e di storici per la verifica della resistenza dei vecchi concetti e delle impostazioni tradizionali”<sup>56</sup>.

Se una delle frontiere del pensiero giuridico odierne è quella del “diritto amministrativo globale”, un diritto che ha a che vedere con i diritti umani e la pace internazionale, l’ambiente, la salute, il lavoro, il commercio, il terrorismo

---

<sup>53</sup> Sul tema della ‘attualità’ del pensiero di Romano si vedano però le interessanti considerazioni formulate da Andrea Morrone in “Per il metodo del costituzionalista: riflettendo su “Lo Stato moderno e la sua crisi” di Santi Romano”, *Quaderni costituzionali*, XXXII (2012), 2, pp. 369-387.

<sup>54</sup> Numerosissimi sono i riferimenti dello storico del diritto fiorentino al giurista siciliano: “Santi Romano: un messaggio da ripensare nell’odierna crisi delle fonti”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, LX (2006), 2, pp. 377-395; “Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 61 (2011), pp. 1-22 (riedito in P. Grossi, A. Romano, *Ricordando Santi Romano, in occasione dell’inaugurazione dei corsi dell’a.a. 2010-2011 nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Pisa*, a cura di E. Ripepe, Pisa, Pisa University Press, 2013, pp. 19-37; ora raccolto anche in *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 41 e ss.). Al riguardo, per una panoramica delle interpretazioni dello storico del diritto fiorentino rispetto alle tesi di Romano, si rinvia a G.P. Trifone, “Pluralismo e fattualità. Il contributo di Paolo Grossi”, in A. Tucci (a cura di), *Disaggregazioni. Forme e spazi di governance*, Milano-Udine, Mimesis, 2013, pp. 109-120.

<sup>55</sup> Sul punto si veda, a titolo esemplificativo, D. Nocilla, “La crisi della forma-Stato a partire dal pensiero di Santi Romano”, in *Scritti in onore di A. D’Atena*, 4 voll., Milano, Giuffrè, 2015, vol. III, pp. 2195-2220. Roberto Esposito ha rimarcato la “formidabile attualità” dell’opera di Romano: “Egli colse, con quasi cento anni di anticipo, non soltanto l’indebolimento dello Stato nei confronti di istituzioni e ordinamenti che sempre più ne sfidano le prerogative esclusive. Ma anche il ruolo creativo di nuovi ordini normativi che i linguaggi del diritto possono esercitare in una situazione di transizione dall’antico monopolio degli Stati sovrani a una nuova trama di relazioni sociali nazionali e internazionali” (R. Esposito, “Perché la parola istituzione non fa più rima con Stato”, cit.). Spunti interessanti si rinvenivano anche in R. Ruffilli, “Santi Romano e la “crisi dello Stato” agli inizi dell’età contemporanea”, *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 27 (1977), pp. 311-325; M. Montanari, “Santi Romano. La crisi dello stato liberale nella teoria istituzionalista del diritto”, *Lavoro critico*, 24, 1981, pp. 61-101. Si veda anche dello stesso autore “La politica tra ‘spazio’ e ‘immaginario’”, in A. Mazzacane (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, cit., pp. 363-378.

<sup>56</sup> Così Sabino Cassese in “Una furiosa espansione della legge? Spazio giuridico globale e *rule of law*”, *Rivista di filosofia del diritto*, III (2014), 1, pp. 109-122, p. 112. Cassese è un altro studioso che, così come Grossi, si è in diverse occasioni cimentato con la prospettiva di Romano: oltre agli scritti citati in precedenza, si vedano “Ipotesi sulla formazione de ‘L’ordinamento giuridico’ di Santi Romano”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I (1972), pp. 243-83 (pubblicato anche in *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 21-61); “A proposito della pubblicazione de *Il diritto pubblico italiano* di Santi Romano”, *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 39 (1989), 2, pp. 474-508; “La prolusione romaniana sulla crisi dello Stato moderno e il suo tempo”, *Le Carte e la Storia*, XVIII (2012), 1, pp. 5-8.

internazionale<sup>57</sup>, crediamo che la filosofia del diritto dovrebbe avere qualcosa da dire e da proporre *costruttivamente*, oltre che *criticamente*, riguardo l'agire dei consociati, l'uso attivo e costante del diritto e dei diritti, le dinamiche di riconoscimento, le relazioni di conferimento di potere<sup>58</sup> in un assetto giuridico e politico segnato dalla pervasività e dalla potenza dell'economia globale.

La confusione e sovrapposizione tra diritto nazionale, transnazionale e internazionale (quando non anche regionale); i problemi di un nuovo "universalismo giuridico", da una parte, e dello sfrenato "individualismo particolaristico", dall'altra; l'apparente scollamento tra Stato e diritto; il superamento del primato della legge attraverso la definizione degli *standard*; la crescente tensione tra giurisdizione e regolazione, nonché la controversa questione della regolazione giuridica delle relazioni tra entità normative<sup>59</sup>; la sempre più accentuata erosione del pubblico e la sua commistione con il privato e con i poteri privati; la crisi della sovranità statale e le promesse della *governance* internazionale e della *global polity*<sup>60</sup> ma anche, come reazione, il prepotente ritorno di prospettive politiche che mirano ad una supremazia sovranista declinandola in chiave populista<sup>61</sup>: sono, questi, soltanto alcuni dei temi che richiedono urgentemente un dialogo, al quale *Jura Gentium* ha voluto contribuire con il presente numero della rivista, prendendo le mosse da una riflessione a più voci sull'opera di Santi Romano e mirando a istruire possibili percorsi e strumenti per, appunto, "ricucire" – prendendo sul serio le molteplici forme del pluralismo e i suoi effetti – prassi e teoria del diritto.

---

<sup>57</sup> Cfr. S. Cassese, "What is Global Administrative Law and why study it", in S. Cassese *et. al.*, *Global Administrative Law: An Italian Perspective*, paper dell'European University Institute, 2012, consultabile all'indirizzo [www.eui.eu/RSCAS/Publications/](http://www.eui.eu/RSCAS/Publications/).

<sup>58</sup> Cfr., sul punto, A. Catania, "Effettività e modelli di diritto", *Sociologia del diritto*, 30 (2003), 3, pp. 7-20. Più in generale, sulla necessità di una maggior presa "effettuale" da parte della riflessione giusfilosofica, si veda A. Catania, (2013), *Effettività e modelli normativi: studi di filosofia del diritto*, a cura di V. Giordano, Torino, Giappichelli, 2018<sup>2</sup>, pp. 39-43.

<sup>59</sup> È a quest'altezza che viene individuato uno dei tratti più originali e fecondi dell'elaborazione romaniana: si veda, oltre al contributo di Mariano Croce, L. Vinx, "Santi Romano against the State?", *Ethics & Global Politics*, 11 (2018), pp. 25-36.

<sup>60</sup> Cfr. S. Cassese, *The Global Polity: Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Sevilla, Global Law Press/Editorial Derecho Global, 2012. Per una possibile articolazione del problema in chiave pluralistica: P.S. Berman, *Global Legal Pluralism: a jurisprudence of law beyond borders*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012 e, con specifico riferimento alle tesi formulate da Romano, W. Mensky, "Law as a global entity through Italian eyes and minds", *Ethics & Global Politics*, 11 (2018), pp. 37-49.

<sup>61</sup> Come osserva puntualmente Trifone nel suo contributo, è bene ribadire il rifiuto, da parte del giurista palermitano, "insieme al legalismo volontaristico", "anche del concetto di sovranità popolare". "Quest'ultimo, in particolare, è astratto proprio perché non verificabile: 'ricorrere al concetto di sovranità, per spiegare i poteri di natura puramente interiore dello Stato, si dimostra ancora più improprio'" (p. 67).