

ATTUALITÀ E NECESSITÀ
DEL PENSIERO DI
SANTI ROMANO

Pisa 14-15 giugno 2018

a cura di

Roberto Cavallo Perin, Giovanna Colombini
Fabio Merusi, Aristide Police, Alberto Romano

EDITORIALE SCIENTIFICA

L'opera sarà stampata con il contributo finanziario del Dipartimento di scienze politiche e del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa.

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2019 Editoriale Scientifica s.r.l.
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com
ISBN 978-88-9391-651-6

INDICE

<i>Presentazione</i>	7
<i>Allocuzioni</i>	9
PAOLO M. MANCARELLA ALESSANDRO BALESTRINO EMANUELA NAVARRETTA	
<i>Statualità e pluralità nella teoria dell'ordinamento giuridico</i>	15
BERNARDO SORDI	
<i>Unione europea tra unità e pluralità degli ordinamenti giuridici</i>	25
BRUNO NASCIMBENE	
<i>Ordinamenti giuridici paralleli e necessità come fonte del diritto</i>	41
ROBERTO CAVALLO PERIN	
<i>Dialogo tra le Corti e tutela dei diritti nella crisi del pluralismo costituzionale: la teoria ordinamentale alla prova europea</i>	57
ALDO SANDULLI	
<i>Società e impresa tra contratto e "neoistituzionalismo"</i>	89
PAOLO MONTALENTI	
<i>Le autonomie pubbliche come ordinamenti giuridici</i>	101
ARISTIDE POLICE	
<i>Ordinamento giuridico e Diritto canonico: il contributo di Santi Romano alla teoria generale del Diritto canonico</i>	119
PAOLO GHERRI	
<i>La specialità degli ordinamenti derivati nei territori d'oltremare</i>	137
FILIPPO SATTA	

<i>Le autorità amministrative indipendenti e l'Ordinamento giuridico</i> ALBERTO MASSERA	143
<i>Santi Romano: la produzione giovanile e i Principii di diritto amministrativo</i> FRANCO GAETANO SCOCA	167
<i>Il diritto amministrativo e l'ordinamento giuridico di Santi Romano</i> ALDO TRAVI	199
<i>Ancora sugli ordinamenti di settore e su quello sportivo in particolare</i> LEONARDO FERRARA	215
<i>Il mercato dei lavori pubblici come ordinamento giuridico</i> ALFREDO FIORITTO	229
<i>Il pensiero di Santi Romano e la contabilità pubblica: da disciplina istituzionale delle pubbliche amministrazioni a principio costituzionale</i> GIOVANNA COLOMBINI	243
<i>Il diritto come tecnica operativa</i> MARIANO CROCE	279
<i>Osservazioni conclusive</i> FABIO MERUSI	293

ROBERTO CAVALLO PERIN

ORDINAMENTI GIURIDICI PARALLELI E NECESSITÀ
COME FONTE DEL DIRITTO

SOMMARIO: 1. L'organizzarsi dell'uomo a soddisfazione dei suoi bisogni sociali come essenza del diritto obiettivo. – 2. Teoria istituzionale e relatività dei rapporti tra ordinamenti giuridici. – 3. La relazione dell'ordinamento con se stesso e la necessità come fonte del diritto. – 4. Caso e necessità nell'innovazione scientifica. – 5. Le comunità in rete come ordinamenti paralleli.

1. L'organizzarsi dell'uomo a soddisfazione dei suoi bisogni sociali come essenza del diritto obiettivo

Con l'ordinamento giuridico di Santi Romano il diritto obiettivo s'identifica con l'istituzione, cioè con ogni organizzazione capace di soddisfare bisogni sociali. L'affermazione in sé essenziale ha alcune implicazioni che segnano il carattere profondamente innovativo che ha avuto cent'anni or sono il pensiero occidentale con la pubblicazione dell'Ordinamento giuridico di Santi Romano¹.

¹ Gli scritti sull'opera di Santi Romano e sull'ordinamento giuridico sono molti. Oltre alle note 4 e 16 *infra*; da ultimo e per tutti: A. ROMANO, *L'Ordinamento giuridico di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2011, 241; ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi e l'Ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 333 s.; ID., *Santi Romano e la giuspubblicistica italiana: temi e tendenze*, in *Diritto e società*, 2004, 7 s.; ID., *Presentazione* a S. ROMANO, *Gli scritti nel Trattato Orlando*, Milano, 2003, V s.; ID., *Presentazione* a S. ROMANO, *Il diritto pubblico*, Milano 1988, XVII s.; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, Milano, 2000, 200 s.; A. MASSERA, *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010 761; ID., *Santi Romano tra «diritto pubblico» e «ordinamento giuridico»*, in *Quad. fior.* n. 18 (1989), 617; M. CROCE, *Il diritto come morfologia del sociale. Il pluralismo giuridico di Santi Romano*, in *Dir. pubbl.* 2017; R. RUFFILLI, *Pagine regionalistiche di Santi Romano e Giuseppe Capograssi*, in *Istituzioni, Società, Stato*, Bologna, 1989, 397 e s., spec. 407; M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano, nuove prospettive della ricerca*, in *Quaderni fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno*, n. 10, 1981, 169 s.; ID., *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 tra otto e novecento*, Liguori, 1986, 311 s.; ID., poi in *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, 2001; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, 206 s.;

Anzitutto affermare che il diritto obiettivo è istituzione – cioè un'organizzazione capace di soddisfare bisogni sociali – significa ricondurre l'essenza del diritto obiettivo unicamente e semplicemente all'uomo, al suo organizzarsi per la soddisfazione dei suoi bisogni sociali.

Si tratta di un diritto obiettivo che non è rivelato all'uomo come la legge di Dio, che non è né volontario, né previo, né astratto (la legge o la costituzione scritta), non è diritto naturale o di ragione, ma è diritto positivo istituzionale, sia come organizzazione in sé considerata (istituzione), nel suo rapportarsi ad altre istituzioni (relazioni tra ordinamenti o relatività) e al loro divenire nel tempo (necessità). Un diritto obiettivo dunque che s'identifica con l'organizzazione dell'uomo a soddisfazione dei propri bisogni sociali, al suo definirsi in istituzioni.

Perciò il diritto non è solo norma e non s'identifica sempre nello Stato, non è inevitabilmente un atto di volontà, non sempre è definito *ex ante*, ma come – teoria pura del diritto – è anzitutto istituzione, ove il vincolo è essenzialmente l'appartenenza alla medesima, che di per sé definisce il comportamento giuridico; più esattamente il precetto giuridico non discrimina più tra essere e dover essere, ma l'essere parte dell'ordinamento è giuridicamente rilevante sia nel costituirlo, sia nell'innovarlo; in genere nel contribuire a definirlo oggettivamente.

Appartenenza all'ordinamento che pone dunque sin da subito la rilevanza sia della relazione con gli altri appartenenti al medesimo ordinamento, sia della relazione dell'istituzione d'appartenenza con altri ordinamenti, sia infine della relazione nel tempo di quell'ordinamento con se stesso (rivoluzione, colpo di Stato, *debellatio*, ecc.).

Un nuovo ordine che scaturisce, seppure, con e nonostante, i vincoli del preesistente ordinamento da cui si è differenziato², ove tale modo di intendere significa delineare come precettivo non ciò che è previsto (in norma generale e astratta), ma ciò che è possibile sia generato da un'istituzione, più esattamente dalla sua necessità di innovarsi per saper rispondere ai bisogni sociali, ove il contesto preesistente è limite

E. RIPEPE, *La teoria dell'ordinamento giuridico: Santi Romano. Il contributo italiano alla storia del pensiero – Diritto* (2012), http://www.treccani.it/enciclopedia/la-teoria-dell-ordinamento-giuridico-santi-romano_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/; per una ricostruzione dell'istituzionalismo e del c.d. successivo neoinstituzionalismo giuridico, per tutti: F. PALLANTE, *Il neoinstituzionalismo nel pensiero giuridico contemporaneo*, Napoli, 2008, 185 s.

² S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione*, *Archivio giur.*, 1901, poi in *Scritti minori*, Milano, 1990, 132 s.

dell'innovazione in ragione delle scelte che sono assunte, delle forze a favore che una determinata soluzione riesce a liberare, oppure delle forze che riesce a sommare per contrapposizione ad altri³.

2. Teoria istituzionale e relatività dei rapporti tra ordinamenti giuridici

L'*Ordinamento giuridico* ci spiega che il diritto obiettivo è struttura che caratterizza l'essenziale identità di ciascuna istituzione, ma al tempo stesso che ogni istituzione ha caratteri propri che la strutturano nel tempo, secondo dinamiche che sono con se stesse e con le altre istituzioni. Si tratta di dinamiche proprie di ciascuna istituzione che è necessario capire per governarle, sicché le leggi di riforma dell'amministrazione sono un ossimoro proprio perché astratte e esterne all'istituzione che intendono riformare, potendo la legge unicamente favorire o proteggere l'azione di riforma e non porla essa stessa, poiché riformare una istituzione è azione concreta.

Alcuni corollari dell'*Ordinamento giuridico* sono diventati opinioni dominanti: basti pensare alla pluralità degli ordinamenti giuridici e alla negazione del monismo legislativo⁴, oppure alla riconosciuta differente natura giuridica degli ordinamenti che non possono più dirsi forgiati a immagine e somiglianza dello Stato.

Di maggiore interesse attuale per la sua carica innovativa è invece lo studio delle *relazioni tra ordinamenti*. Al di là dell'ovvia distinzione tra pari-ordinazione o sub-ordinazione, l'analisi e l'articolazione della seconda parte dell'*Ordinamento giuridico* si rivela sin da subito più ricca, poiché asserisce che la relazione tra ordinamenti si risolve anzitutto nella *rilevanza* che l'uno di essi può avere per l'altro (...) poiché – ma su questo ritorneremo – “se un ordinamento è, rispetto ad un secondo, irrilevante, ciò vuol dire che non c'è fra di essi alcuna relazione.”

Si ha rilevanza giuridica quando *l'esistenza, il contenuto o l'efficacia*

³ Basti pensare per le scienze dure a Jacques Monod (*Il Caso e la necessità*) e a Ilya Prigogine (*La nuova alleanza*), oppure per quelle umane diverse dal diritto a César Hidalgo (*L'evoluzione dell'ordine*), ma *infra* § 5.

⁴ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995 (rist. 2013); ID. *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, ora in G. ALPA (a cura di), *Maestri del diritto. Paolo Grossi*, Roma-Bari, 2011, cit., 19; ID., *Il diritto in Italia, oggi, tra modernità e pos-modernità*, in *Lectio Magistralis ai Lincei* 2018, http://www.lincci.it/files/documenti/LectioBrevis_Grossi.pdf.

di un ordinamento sia “condizionata” rispetto a un altro in base ad un titolo giuridico, di cui la descrizione più nota è la contrapposizione tra ordinamento *originario e derivato*⁵.

L’idea è quella di un caleidoscopio di relazioni, ove ciascun ordinamento o istituzione – non solo statale – definisce le proprie relazioni con qualsiasi altro, almeno tante quante sono gli altri ordinamenti, di ciascuno verso tutti. Lo Stato tra le istituzioni è talora indicato come ordinamento d’istituzioni che lo compongono (governo, parlamento), talaltra come ordinamento sovrastale (federale), di cui si deve descrivere le relazioni che Santi Romano definisce “interne” a quel punto di vista. Nelle relazioni tra ordinamenti, il punto di vista dello Stato non è che uno degli infiniti punti di vista da cui diramano le relazioni e si è detto che le relazioni medesime non hanno tutte una stessa natura giuridica, cioè non sono tutte a immagine e somiglianza dello Stato.

Le relazioni che ciascuno ordinamento instaura con gli altri sono relazioni giuridiche, non sono eguali e neppure reciprocamente uguali, sicché possono spingersi sino a definire modi diversi di intendere la relazione di ciascuno verso l’altro, configurando differenze anche notevoli che possono convivere, sino a quando in concreto insorga un conflitto che impone di avere una nuova relazione.

Tipi di relazione che sono state sintetizzate negli estremi teorici della relazione di protezione o contrasto: tra il *minimum* del riconoscimento (diritto dei privati) o della promozione (ordinamenti particolari delle pubbliche amministrazioni), oppure all’opposto del contrasto – integrale (rivoluzione) o parziale (criminalità organizzata) – con l’ordinamento di riferimento (Stato)⁶.

⁵ S. ROMANO, *L’Ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, 141-142, poi in *L’ultimo Santi Romano*, Milano, 2013, 100 e nt. 94 *quater*. Le istituzioni originarie sono quelle in cui si concreta un ordinamento giuridico che non è posto da altre e che è quindi, quanto alla sua fonte, indipendente. Ci sono viceversa istituzioni derivate il cui ordinamento è cioè stabilito da altra istituzione, la quale afferma così, a questo riguardo, la sua superiorità sulla prima, che le rimane quindi subordinata. Superiorità o subordinazione che deve essere affermata da entrambi gli ordinamenti, se invece ciò avviene solo ad opera del superiore la relazione è di efficacia e non di esistenza; ma inferiore (Stati membri) presupposto del superiore (Federale). La tesi è poi stata ripresa nell’idea di un ordinamento particolare della pubblica amministrazione da A. ROMANO, «L’ordinamento giuridico» di Santi Romano, *il diritto dei privati e il diritto dell’amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2011, 253.

⁶ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico, Rivoluzione e diritto*, Milano, 1947, 226-227, poi in *L’ultimo Santi Romano*, Milano, 2013, 819.

Non sempre emerge con chiarezza invece che ai diversi tipi di relazione appena indicati – in cui l'ordinamento prende posizione rispetto ad un altro (protezione o contrasto) – concettualmente si contrappone l'indifferenza per *irrilevanza* di un ordinamento verso un altro; perché relazione neutra o *non relazione* rispetto a quest'ultimo o verso parte di esso, poiché sul piano teorico l'irrilevanza è la vera alternativa al coinvolgimento di un ordinamento in una relazione di protezione o di contrasto.

In Santi Romano vi sono passi in cui l'irrilevanza (o l'indifferenza) tra ordinamenti è assunta come totale⁷, sicché nulla si oppone all'idea che la sua teoria includa l'ipotesi estrema di veri e propri *ordinamenti paralleli*⁸, ove appunto la relazione è definita totalmente o largamente come una relazione d'indifferenza o d'irrilevanza di un ordinamento verso l'altro, sino all'insorgere del conflitto.

L'irrilevanza è una relazione d'indifferenza – o non relazione – che consente la convivenza di ordinamenti in parallelo⁹, proprio perché un ordinamento esiste in sé senza prendere posizione o coinvolgere l'altro (né ti contrasto, né ti aiuto), senza condizionamenti.

Il capovolgimento del paradigma degli statisti a giuristi di diritto pubblico della prima Unità d'Italia è evidente. Di fronte al persistere o all'emergere rispettivamente di un pensiero potenzialmente antisistema, cattolico o marxista, la scelta è arretrare i vincoli, abbandonando l'uniformità come paradigma preferenziale di uno Stato unitario, concettualizzando l'area dell'irrilevanza giuridica, che in Santi Romano supera più che contraddire le teorie sulla completezza dell'ordinamento, non a caso proprio quelle che erano servite a definire l'autosufficienza dell'ordinamento fondato sulla legge¹⁰ rispetto al diritto naturale¹¹.

⁷ S. ROMANO, *L'Ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, 145, poi in *L'ultimo Santi Romano*, Milano, 2013, 103.

⁸ R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, vol. I, Firenze, 2016, 22.

⁹ L'idea di vite o entità in parallelo non è certo nuova: PLUTARCO, *Vite parallele*, Torino, 1958; F.A. WOLF, *Universi paralleli*, Geo, 1991; D. DEUTSCH, *La trama della realtà*, Torino, 1997; B. GREENE, *La realtà nascosta. Universi paralleli e leggi profonde del cosmo*, Torino, 2016; ID., *La trama del cosmo. Spazio, tempo, realtà*, Torino, 2017; F.E. DODSON, *Parallel Universes of Self*, 2007, tr. it. *Universi paralleli del sé. Come cambiare la realtà nel multiverso*, Roma, 2016.

¹⁰ D. DONATI, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, 223, poi rist. anastatica in *Scritti di Diritto Pubblico*, vol. I, Padova, Cedam, 1966; i seguenti memorabili sono gli scritti di V. CRISAFULLI, *A proposito dei principî generali del diritto*

La pluralità non può essere compresa appieno se non si fonda sull'idea che l'ordinamento dello Stato può esprimere una relazione d'indifferenza verso altri ordinamenti, un'idea che è l'opposto del totalitarismo e dell'uniformità. L'ipotesi normale in Santi Romano è l'irrilevanza parziale che può dirsi propria per tutti gli ordinamenti. "L'ordinamento considera certe esplicazioni di attività come rilevanti giuridicamente, ma sino a un certo punto: cioè circoscrivendo una sfera ... un diritto, uno status, un potere; da tale sfera non si può esorbitare senza abuso, sempre giuridicamente rilevante; ma entro di essa l'ordinamento (ndr statale) si astiene dal penetrare, in modo che il suo interno è giuridicamente indifferente"¹².

Indifferenza verso gli ordinamenti di varie chiese, organizzazioni etniche, partiti politici¹³, in genere il diritto delle associazioni – oggi come vedremo delle reti – che Romano sviluppa dalla teoria delle obbligazioni naturali.

3. *La relazione dell'ordinamento con se stesso e la necessità come fonte del diritto*

3.1. L'unica relazione che è necessariamente rilevante è quella che l'ordinamento ha con se stesso. È la tesi di Romano sulla necessità fonte del diritto¹⁴ enunciata la prima volta nel *Saggio di una teoria sulle leggi di*

to e di una loro enunciazione legislativa, in *Jus*, 1940, 193 s.; ID., *Per la determinazione del concetto di principi generali del diritto*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1941, 177 s.

¹¹ B. BRUGI, *L'analogia di diritto e il giudice legislatore*, in *Dir. commerciale*, 1916, 261.

¹² S. ROMANO, *L'Ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, 211, poi in *L'ultimo Santi Romano*, Milano, 2013, 148.

¹³ Sanzione d'irrilevanza è per lo Stato l'espulsione da un partito, salve le questioni connesse agli effetti civili: S. ROMANO, *L'Ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, 216-217, poi in *L'ultimo Santi Romano*, Milano, 2013, 152.

¹⁴ P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, V ed., Padova, 1987, 431, ove afferma che verso la necessità fonte – non prevista in alcun modo dall'ordinamento (costituito) – "l'interprete è costretto o a constatare che si è di fronte all'espressione della funzione costituente". C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 715, 860, 862; A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, II ed., Milano, 1980, (I ed. 1976); G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale*, 1984, cit., 36 s., 62 s., 259 s.; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986, 96 s.; F. TESSITORE, *Crisi e trasformazione dello Stato*, III ed., Milano, 1988, 200 s.; già C. ESPOSITO, voce *Decreto legge*, dell'*Enciclopedia del*

approvazione (1898)¹⁵, resa famosa con lo scritto sul terremoto calabro siculo del 1909, che tuttavia è successivo all'instaurazione di fatto di un ordinamento giuridico del 1901.

Si afferma l'assoluta impossibilità di applicare, in certe condizioni, le norme che regolano la vita normale dello Stato e il bisogno non già di applicarne altre esistenti, ma di emanarne di nuove, con "sostituzione, sia pur provvisoria e limitata, di un nuovo diritto obbiettivo al diritto obbiettivo già esistente ..."¹⁶. Ci sono norme che o non possono scriversi o non è opportuno che si scrivano; ce ne sono altre, che non possono determinarsi se non quando si verifica la evenienza cui debbono servire."

Perno centrale dell'esplicazione del concetto di necessità è dunque l'istituzione¹⁷, nell'idea che il diritto si pone prima come organizzazione poi come norma. Certo la necessità si esprime a seconda dell'istituzione (governo in carica- governo rivoluzionario) a difesa dell'ordinamento esistente (decreto legge e stato di assedio) o a sovvertimento di esso (rivoluzione): l'una parrebbe diritto sin da subito ma destinata a decadere *ex tunc* se non convertita nell'atto fonte definito dall'ordine costituito (nuovo o vecchio), l'altra si afferma come tale solo in un momento posteriore, ma con effetto legittimante retroattivo¹⁸.

diritto, vol. XI, Milano, 1962, 865 e nota 12 a 866 e in C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975-76, (vol. I) 317 s., (vol. II) 702 s.

¹⁵ S. ROMANO, *Saggio per una teorica delle leggi di approvazione*, in *Scritti minori*, Milano, 1990, 84-85, 103-104.

¹⁶ S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo Stato di Assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, 251 s., poi in *Scritti Minori*, 1990, 357. "Se la libertà individuale – prosegue l'autore nel trattare del fondamento del decreto legge e dello stato di assedio – resta diminuita, sospesa, non protetta, ciò non è la conseguenza immediata di alcun diritto subiettivo dello Stato, ma del nuovo ed eccezionale ordinamento giuridico che pone e che determina in modo diverso i confini rispettivi della potestà dello Stato e dell'attività dei singoli. Quel che dunque bisogna spiegare e giustificare non è altro che il potere dello Stato di porre con un procedimento che non è il consueto delle norme nuove".

¹⁷ A. TARANTINO, *La teoria...* cit., 28 s. per il quale è proprio la necessità a distinguere la tesi istituzionale di Hauriou da quella di Romano.

¹⁸ In particolare S. ROMANO, *Sui decreti legge...* cit., 1909, cit., in *Scritti Minori*, 1990, 363: "la necessità comincia col manifestarsi come una forza che tende ad abbattere un intero ordinamento, per esempio con una rivoluzione, e dalla quale non possono evidentemente scaturire norme giuridiche se non quando essa sarà riuscita a instaurare un nuovo assetto politico"; ID., *L'instaurazione di fatto...* cit., 1901, cit., 153; cfr. P.G. GRASSO, *I problemi giuridici dello stato di assedio*, cit., 259. Sulla rivoluzione, ordine politico e diritto cfr. S.P. HUNTINGTON, *Political Order and Changing Societies*, Yale University, 1968, II ed. 2006, tr. it., *Ordine politico e cambiamento sociale*, Rubettino, 2012, "La

L'affermazione non offusca la tripartizione fra legalità (legge), diritto oggettivo illegale (fra cui la necessità) e il fatto antiggiuridico (*contra legem et contra jus*), poiché la capacità di trasformarsi in istituti giuridici non può non riconoscersi se non a quelle forze che in sé abbiano l'idoneità di imporsi e di farsi valere, non con sopraffazioni momentanee, ma con la potenza regolata e continuata del diritto¹⁹.

La necessità fonte del diritto è tuttavia una categoria unitaria che identifica un determinato diritto obiettivo (non scritto), seppur esso possa poi presentarsi con diverse manifestazioni che la caratterizzano ulteriormente in modo particolare (instaurazione di fatto di un ordinamento giuridico, decreto legge non previsto in norma scritta). Competenza dell'ordine costituito (parlamento) ad accertare con effetto retroattivo "sia la necessità di pervenire alla legittimazione straordinaria del governo ad emanare norme con forza di legge, sia a conoscere se i provvedimenti emanati siano per il loro contenuto intrinsecamente giusti e necessari"²⁰.

Tutto ciò poi è stato previsto in una norma scritta sulla produzione solo con la l. n. 100 del 1926, che ha alterato la teoria sulla necessità fonte del diritto prevedendo che la mancata ratifica facesse decadere il decreto solo *ex nunc*. Solo con la successiva entrata in vigore della Costituzione repubblicana la teoria della necessità forte è accolta in una norma costituzionale scritta, senza alterazioni o fraintendimenti (art. 77, Cost.)

3.2. Tuttavia la portata generale della necessità come fonte del diritto si coglie appieno solo ove la s'intenda come intimamente connessa con la

rivoluzione è il caso estremo di esplosione di una partecipazione politica: senza quest'esplosione non c'è rivoluzione. Tuttavia una rivoluzione completa comporta anche una seconda fase: la creazione e l'istituzionalizzazione di un ordine politico nuovo. La rivoluzione che ha successo congiunge la rapidità della mobilitazione politica con la rapidità dell'istituzionalizzazione. Non tutte le rivoluzioni generano un ordine politico nuovo (... la) misura del successo di una rivoluzione sono l'autorità e stabilità delle istituzioni che essa ha costruito. *ivi*, 337-338:

¹⁹ S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto...* (1901), in *Scritti minori*, 1990, 186.

²⁰ Si anticipa così la scelta della Costituzione repubblicana: per il decreto legge la retroattività è affermata sin dal *Saggio di una teoria...*, 1898, cit., in *Scritti minori*, 1990, cit., § 32, 99. Solo con il *Corso di diritto costituzionale*, anno acc. 1925-26, cit., 250 si ha l'affermazione opposta della caducazione *ex nunc*, ma era già vigente la l. 31 gennaio 1926, n. 100 (art. 3) e così rimane sino alla V ed. del *Corso di diritto costituzionale* del 1940. Con i *Principi di diritto costituzionale*, I ed., 1945 e II ed. 1946: "Il diniego di conversione da parte di una Camera importa che il decreto (legge) perda il suo vigore: logicamente dovrebbe perderlo *ex tunc* ma talvolta si è stabilito per ragioni di opportunità che lo perda *ex nunc*": in *L'ultimo Santi Romano*, cit., 520.

teoria istituzionale, come fenomenologia dell'istituzione, che è essenza prima del diritto obiettivo, cioè quella capacità di un'organizzazione di soddisfare bisogni sociali. "L'ordinamento non consta soltanto di norme e quindi non si fa valere soltanto con le sue norme (...) ma anche con la sua *consistenza* complessiva, come istituzione (*ndr* in concreto), che pel semplice fatto che è, ha una rilevanza giuridica per quelli che ne fanno parte"²¹ siano essi individui o, per quel che qui interessa, *istituzioni* interne all'ordinamento statale, come il governo, il parlamento, lo stesso popolo organizzato, tutti intesi ad agire nell'area dell'irrilevante giuridico (*extra legem*) oppure dovendo soddisfare bisogni sociali anche ponendosi provvisoriamente *contra legem*, cioè in una relazione di conflitto con l'ordinamento esistente.

Si tratta di un conflitto che è dunque tra istituzioni di uno stesso ordinamento più generale, un conflitto che può trovare composizione nell'innovazione dell'ordine costituito oppure in una definitiva sanzione come fatto *contra legem et contra ius*.

Ed è qui che s'inserisce la necessità come fonte del diritto. Il confronto con l'ordinamento statale – qui la novità – non è solo l'ordine costituito così come definito da leggi e costituzioni, ma quest'ordinamento comprensivo delle sue possibilità d'evoluzione, sicché ciò che è *contra legem* può essere generatore di un nuovo diritto obiettivo, in cui quelle istituzioni che si erano contrapposte all'ordine esistente contribuiscono a generare un ordine nuovo.

Nulla di più distante dalla distinzione tra essere e dover essere: con la necessità fonte del diritto l'ordinamento è inteso in ciò che è, ma anche in ciò che può divenire e che è già in potenza, anche a seguito dell'insorgere e poi della composizione di un conflitto tra istituzioni, seppure tutte costitutive dell'ordinamento statale, che a questo si contrappongono in tutto (rivoluzione) o in parte (decreto legge, stato d'assedio).

Anche per la rivoluzione e lo stato d'assedio si afferma un conflitto tra istituzioni che in primo tempo generano un diritto *contra legem*, rispettivamente "per innovare o conservare" – dice Romano – l'ordine esistente.

La necessità come fonte del diritto evidenzia la relazione nel tempo di un ordinamento, la sua evoluzione in tutto o in parte *extra constitutionem*, negando che la semplice relazione di conformità all'ordine costituito chiuda la vicenda giuridica, ponendo invece in evidenza la com-

²¹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 182 s.

plexità del divenire altro di un ordinamento, di quell'ordine costituito, come esito di un conflitto tra ordinamenti cui si partecipa. Un conflitto che non è risolto in ragione di una conformità all'ordinamento preesistente, ma – di necessità – attraverso la sua capacità di accogliere l'illegalità, innovando se stesso in tutto o in parte.

La soluzione teorica di Romano non può stupire nella descrizione del procedimento: è quella oggi adottata dalla nostra costituzione all'art. 77, co. 2 e s. Può forse stupire definire la necessità come fonte del diritto in un tempo (1917) in cui mancava la norma (costituzionale) previa sulla produzione che la prevedesse²²; ma se la critica è la tipicità delle fonti, la questione si dissolve se – come in Santi Romano – la necessità è fondata come essenza prima del fenomeno giuridico istituzionale.

4. Caso e necessità nell'innovazione scientifica

Il diritto obiettivo generato dal conflitto tra istituzioni che appartengono ad un tutto (es. ordinamento statale; o ordinamento internazionale), un conflitto all'esito del quale si genera innovazione nell'ordine costituito, è la descrizione di un sapere diffuso nelle altre scienze, con toni che sono forse di minore ottimismo di quelli di Santi Romano.

Perciò il modo di ragionare che nella scienza giuridica ha assunto il nome di istituzionalismo, parrebbe quello più idoneo a interloquire utilmente con quanto è stato contemporaneamente elaborato da altre scienze²³, ove è normale vedere affermato che le reti “evolvono fino a uno stato naturale situato fra l'ordine e il caos, e che l'autorganizzazione

²² È la critica avanzata da T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità nella teoria dogmatica della produzione giuridica*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, I, 271 s.

²³ Che sono confluite – al di là delle denominazioni – nelle teoria della complessità e dei sistemi complessi, per tutti: M. C. TAYLOR, *The Moment of Complexity. Emerging Network Culture*, Chicago, 2001, tr. it. *L'emergere di una cultura a rete*, Codice Edizioni, Torino 2005; F. HEYLIGHEN, *Complexity and self-organizing*, in *Enciclopedia of Library and Information Sciences*, Taylor e Francis, 2008; V. I. YUKALOV & D. SORNETTE, *Self-organization in complex systems as decision making*, 2014; C. HIDALGO, *Why Information Grows: The Evolution of Order, From Atoms to Economies*, 2015, tr. it. *L'evoluzione dell'ordine. La crescita dell'informazione dagli atomi alle economie*, Torino, 2016; J. MONOD, *Le hazard et la nécessité*, 1970, tr. it. *Il caso e la necessità*, Milano, II ed., 2017, ove l'abbinata indica la crescita del nuovo ordine possibile. A. PRASAD, *Like e Virgin. How Science is Redesigning the Rules of Sex*, 2014, tr. it. *Storia naturale del concepimento. Come la scienza può cambiare le regole del sesso*, Torino, 2014.

emerge fra il troppo e il troppo poco ordine, un luogo di emergenza ove, passato il limite critico, *il di più diventa diverso*²⁴.

Si è chiarito che nei sistemi complessi l'ordine emerge in modo spontaneo, selezionando entità che sono già moduli autorganizzati o che sono in procinto di organizzarsi spontaneamente, secondo livelli ancora più alti di autorganizzazione. Quando si osservano le reti più eterogenee e interconnesse si nota che le stesse cominciano a comportarsi come un tutto organizzato, secondo modalità sorprendenti²⁵, ove l'emergere spontaneo dell'ordine è rivelato dai flussi che sospingono i sistemi lontano dall'equilibrio²⁶. L'innovazione non è data solo dal caso, ma è selezionata dal grado di compatibilità con l'ordine esistente che perciò s'innova. Il conflitto, che è all'origine di ogni mutamento, si chiude con il superamento dell'ordine esistente – in tutto o in parte – ad opera di quell'innovazione che definisce un ordine nuovo; ogni altra spinta all'innovazione cessa di esistere o non è mai esistita, perché non ogni conflitto è destinato a creare innovazione, ma solo l'innovazione che si afferma come necessaria²⁷.

Le teorie economico-organizzative²⁸ di *nuova economia istituzionale* hanno posto in luce che al crescere di specifiche attività di produzione o commercializzazione i *costi di transazione* aumentano con lo sviluppo di relazioni specifiche e ricorrenti tra le imprese, che determinano la progressiva insufficienza del contratto a prestazioni corrispettive, con necessità di una affermazione di organizzazioni capaci di condizionare ogget-

²⁴ M.C. TAYLOR, *Il momento della complessità*, cit., 240-241, ove cita S. KAUFFMAN, *At Home in the Universe, The Search for the Laws of Self-Organization and Complexity*, Oxford University Press, 1995, 166, ove si afferma che il genoma è fatto di “reti di geni e di loro prodotti che interagiscono reciprocamente in enormi reti di circuiti di regolazione”.

²⁵ M.C. TAYLOR, *Il momento della complessità*, cit., 245, 247, 249.

²⁶ Per la nozione di irreversibilità: I. PRIGOGINE, *La nuova alleanza, Uomo e natura e in una scienza unificata*, Milano, 1979, II ed 1981, 254, 277-279

²⁷ J. MONOD, *Il caso e la necessità*, cit., 115-117, 123.

²⁸ D.C. NORTH, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, Bologna, 1997; ID., *Capire il processo di cambiamento economico*, Bologna, 2006; per la “nuova economia istituzionale”: H. A. SHELANSKY e P. G. KLEIN, *Empirical Research in Transaction Cost Economics: A Review and Assessment*, in *Journal of Law, Economics and Organization*, II, n. 2 (1995), 335 s.; ma per una economia istituzionale già: R. COASE, *The Nature of the Firm*, *Economica*, 4, n. 16 (1937), 386 s.; J.R. COMMON, *Institutional Economics*, in *American Review*, n. 21 (1931), 648 s.

tivamente il comportamento di un numero elevato di partecipi²⁹. La rete è la forma organizzativa ritenuta indispensabile ove si voglia raggiungere un elevato *know how*³⁰, ove il legame di lungo periodo è assicurato dall'appartenenza all'organizzazione complessa (*bit coin; block chaine*, ecc.), che garantisce al tempo stesso l'accesso non elitario e la successiva gestione delle relazioni (flussi), che sono determinati dalla rete ma che al tempo stesso condizionano lo sviluppo e l'innovazione della rete medesima.

La scienza tutta si è venuta dunque ricomponendo proprio a partire dall'idea che è talora superficiale la contrapposizione tra uomo e natura, tra norma e realtà, tra essere e dover essere, tra esatto e incerto, senza perciò rinunciare ad una capacità predittiva. Quest'ultima è ritrovata nell'idea che *ex ante* più soluzioni sono oggetto di asseverazione, che equivale a dire che il paradigma scientifico assume come indifferente che l'una o l'altra si avveri *ex post*; certo più di una, talora molte, ma non tutte le soluzioni sono assunte come possibili. Ciò consente di distinguere la casualità dal caos, la scienza dai ciarlatani, il diritto istituzionale dalla forza bruta.

Assente è stato per lungo tempo il contributo della scienza giuridica, quantomeno sino al 1917, ma in realtà sino ad ora per l'oblio sinora frapposto all'*Ordinamento giuridico* di Santi Romano, oblio che ha negato l'occasione di un precursore, nonostante la nitidezza dei concetti proposti e l'idoneità delle teorie offerte dall'*Ordinamento giuridico* ad un confronto con le altre scienze.

5. *Le comunità in rete come ordinamenti paralleli*

Particolari sono gli studi su *smart city*, metropolitane, metropoli, che parrebbero indicare luoghi – anche immateriali – in cui convivono una

²⁹ Riconosciuta la limitata capacità di accumulazione di *know how* individuale o d'impresa, sono studiate le condizioni e le modalità di realizzare relazioni stabili più complesse, che superano di gran lunga la teoria dei gruppi; ma su ciò cfr. P. MONTALENTI, *L'organizzazione d'impresa come istituzione*, *infra*.

³⁰ La facilità di creare grandi reti dipende dal costo delle relazioni (costituirle; mantenerle) il costo sale passando da tipi di relazione: a) ricorrenti non specifica (caffè al bar ogni giorno); b) a occasionale specifica (acquisto casa); c) a ricorrente ma specifica (rapporti con l'indotto). Il mercato è marginale rispetto alle reti sociali: nel trovare lavoro o una buona casa, reti sociali che segnano appartenenza. Reti sociali creano reti professionali, quest'ultime influiscono sulle prime e in tutti è evidente il legame istituzionale.

pluralità di reti (di professionisti o d'impresе, di consumatori) che si auto-organizzano per soddisfare bisogni sociali individuali o collettivi, per la produzione o l'autoproduzione di beni e servizi oppure attraverso l'acquisto o la cessione dei medesimi.

“I sistemi economici sono immersi in reti sociali e professionali che risalgono a prima della comparsa dell'attività economica e che costituiscono un vincolo”. Queste “reti sono importanti perché sono le uniche strutture di cui disponiamo per accumulare grandi volumi di conoscenza e di *know how*”, così formiamo reti che ci consentono di racchiudere e di avere a disposizione quando necessario sempre più elevati livelli di conoscenza e di saper fare³¹.

Ciò che qui assume interesse è che le reti sono ordinamenti che vivono normalmente in parallelo, cioè senza relazioni significative tra esse. Ad esempio la città o metropoli è un nodo o punto rete di una pluralità di reti, ove ciascuna rete definisce le relazioni con individui o organizzazioni più piccole (*ad minus*) o più grandi, siano esse nazionali o internazionali (*ad major*).

Il carattere peculiare della città o metropoli è l'essere un'istituzione che consente a tutte le altre di esistere e di svilupparsi, cioè un ordinamento di ordinamenti ove si definiscono le condizioni materiali e culturali per la vita delle altre istituzioni, di cui la città di necessità tiene conto perché esistono al suo interno, definendo una relazione con le medesime che eccezionalmente è reciproca.

Gli studi sulle norme di fruizione periodica della città a ben vedere riguardano tempi e modalità di ogni flusso di rete³², ove la città organizza il comportamento di individui, non in sé considerati, ma come insieme oggettivamente definito e non a caso denominato *communities*, che ha una periodicità non casuale e oggettivamente determinata³³.

La novità rispetto al 1917 è che lo sviluppo delle tecnologie digitali

³¹ C. HIDALGO, *L'evoluzione dell'ordine...*, cit., 211-212; in genere i fenomeni di *share economy*, *bla, bla car*, oppure dal lato consumatori i *G.A.S.* gruppi d'acquisto solidale, su cui per tutti: S. SILVINI, *Intrecciare reti*, Rubettino, 2008;. A ben vedere in molti casi si tratta di autoproduzione di servizi collettivi, secondo una prospettiva che nega in radice la definizione di mercato poiché viene meno la distinzione tra domanda e offerta economica di servizi o di beni.

³² Reti in sé considerate o pluralità di reti compresenti - di lavoro, di studio, del turismo, della cultura, dello sport ecc. In città si può passare da una rete all'altra, anche ove le interconnessioni siano limitate e lascino gli appartenenti a ciascuna rete normalmente del tutto estranei.

³³ C. HIDALGO, *L'evoluzione dell'ordine*, cit., 207; A-L. BARABÀSI, *Lampi*, cit. 13.

consente ora di raccogliere enormi banche dati, di avere avanzate capacità di analizzarli come mai nella storia umana³⁴. I primi risultati dei laboratori di ricerca – dotati di potenti *computers* e d'intelligenza artificiale – hanno cominciato a rivelare che i comportamenti delle persone non sono occasionali e il loro modo di organizzarsi assume un carattere istituzionale ogniqualvolta si afferma come soluzione stabile di soddisfazione dei bisogni sociali.

Tempi e modalità diversi segnano i flussi di comportamento degli appartenenti alle *communities*³⁵, rivelando un ordine profondo che le caratterizza, una periodicità che non è affatto casuale, ma “che in quanto a riproducibilità e capacità predittiva uguagliano quelli delle scienze naturali”³⁶.

Con l'intelligenza artificiale si è ora in grado di rivelare con grande precisione l'ordinamento minuzioso di molte di queste istituzioni, sia di quelle di cui siamo partecipi consapevoli, per adesione volontaria o per *facta concludentia*, sia di quelle istituzioni che determiniamo oggettivamente con i nostri comportamenti collettivi.

Ai laboratori di ricerca sui *data analysis* hanno partecipato “informatici, fisici, matematici, sociologi psicologi ed economisti”³⁷, ma nessun giurista potrà mai sentire il bisogno di entrarvi e di collaborare se nelle *communities* non pensiamo di riconoscere quegli ordinamenti giuridici, quelle istituzioni, definite come ordinamenti giuridici, da Santi Romano, di cui sapremo finalmente rivelare i più intimi caratteri, cominciando a

³⁴ R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, vol. I, Firenze, 2016, 20, 22; F. COSTANTINO, *Lampi. Nuove frontiere delle decisioni amministrative tra open e big data*, in *Dir. amm.* 2017, 799 s.; M. FALCONE, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 601 s; F. DI PORTO (a cura di), *Big data e concorrenza*, Milano, 2016; A. MANTELETO, *Big data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, n. 1, 135-144.

³⁵ Cfr. J.B. AUBY, *Droit de la Ville...*, cit. 173 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Beyond the Municipality...* cit., 311.

³⁶ A-L. BARABÀSI, *Bursts: The Hidden Pattern Behind Everything We Do*, Penguin, 2010, tr. it. *Lampi – La trama nascosta che guida la nostra vita*, 2010 “la maggior parte delle nostre azioni è guidata da leggi, schemi e meccanismi che in quanto a riproducibilità e capacità predittiva uguagliano quelli individuati nelle scienze naturali, 13; per la topologia o forma delle reti: A-L. BARABÀSI, *Linkend. The new Science of Networks*, 2002, tr. it. *Link. La scienza delle reti*, Torino, 2004, 85, 112, 156, 160-163, 183-185.

³⁷ A-L. BARABÀSI, *Lampi*. cit., 13.

intravedere e poi verificare le possibili dinamiche di evoluzione, dunque di governo delle medesime.

Ordinamenti verso i quali lo Stato e le altre istituzioni pubbliche o private definiscono inevitabilmente la propria posizione di relazione – unilaterale e asimmetrica, oppure bilaterale e simmetrica – di riconoscimento e protezione o di contrasto, oppure d'irrelevanza, con soluzione quest'ultima che lascia così evolvere gli ordinamenti in parallelo, sperando, con Santi Romano, che la forza ordinante del diritto, con la scienza che noi coltiviamo, sappia ogni qualvolta superare i conflitti possibili tra ordinamenti, analizzandoli come normale condizione d'innovazione, secondo i caratteri propri di ciascuno di essi, con soluzioni che rifuggono il caos e la pura casualità, ma sospingono verso la creazione di un ordine nuovo dotato di principi capaci di consentire a ciascuna istituzione di soddisfare i bisogni sociali cui sono preposte: direttamente con la propria capacità d'organizzazione o attraverso altre istituzioni cui partecipano o che hanno promosso.

Forza ordinante del diritto obiettivo che – come essenza propria di ogni istituzione – ripone al centro la scienza giuridica, offrendone rilievo ma anche imponendoci di assumere una grande responsabilità verso le altre scienze, che non possiamo più lasciare sole, poiché è ormai chiaro che si tratta di un dibattito che non distingue più tra settori del sapere scientifico.

