

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

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 SATTÀ	

<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

PRESENTAZIONE DEL VOLUME

Questo volume raccoglie gli Atti del convegno che si è svolto a Pisa il 14 e 15 giugno 2018, in occasione del centenario dalla pubblicazione de *L'ordinamento giuridico* di Santi Romano. La scelta dell'Università di Pisa e del tema del convegno, da parte di Alberto Romano, non è stata casuale ma trova fondamento nel fatto che Santi Romano durante il percorso della sua brillante carriera accademica che lo ha visto presente in molti Atenei italiani, ha insegnato anche nella facoltà giuridica pisana ricoprendo dal 1923 al 1924 la carica di preside e pubblicando nel 1918 *L'ordinamento giuridico*, l'opera che più di altre è ritenuta l'espressione del suo pensiero giuridico. L'opera, edita a Pisa da Spoerri, con il sottotitolo *Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, in realtà era apparsa in due puntate negli Annali delle Università toscane, ed era stata preceduta da numerosi scritti così detti preparatori dell'Ordinamento, tra cui, sempre nella regia Università di Pisa, la Prolusione per l'inaugurazione dell'anno accademico su *Lo Stato moderno e la sua crisi*, che Santi Romano fece il 4 novembre del 1909. Prolusione nella quale già emerge la concezione romaniana del fenomeno giuridico ove lo Stato, concepito esso stesso come persona immateriale “*ma pur reale; una entità fittizia e immaginaria, ma che, pur avendo corpo riesce per mezzo di delicati e meravigliosi congegni giuridici, a formarsi, manifestare e imporre una propria volontà; non ombra o spettro, ma vero principio di vita, operante, se non per mezzo di un organismo, nel senso vero e stretto della parola, col sussidio di un insieme di istituzioni ateggiate ed armonizzate a questo scopo. Stupenda creazione del diritto, che ad una facile critica è sembrato che non abbia altra consistenza che quella di una fantasia poetica, ma che invece, frutto di un lungo e sicuro processo storico, ha dato vita ad una grandezza sociale, per esprimerci alla meno peggio, maggiore di ogni altra e più di ogni altra attiva e potente*”.

La Prolusione su *Lo Stato moderno e la sua crisi* e *L'ordinamento giuridico* sono dunque due passaggi fondamentali del pensiero romaniano che hanno segnato la sua permanenza pisana e che manifestano come, sin dagli scritti giovanili, Santi Romano rappresenti, come sottolinea Paolo Grossi, la “*più straordinaria avventura intellettuale che giurista italiano del Novecento abbia mai vissuto, quella di Santi Romano, del Romano che si interroga sulle ragioni prime del diritto e delle sue radici, oltre lo stato. Nel tessuto più riposto della società*”.

Ed è proprio per questa straordinarietà che la comunità scientifica presente in questo volume, cogliendo l'occasione della celebrazione per il centenario de *L'ordinamento giuridico*, ha inteso ripercorrere il pensiero giuridico di Santi Romano nella sua interezza, muovendo da quella che lui stesso definiva teoria istituzionistica dell'ordinamento giuridico, vale a dire il rapporto inscindibile tra diritto ed istituzione in contrapposizione al diritto imperante dell'epoca, e che Santi Romano sostanzia nel riconoscimento di una molteplicità di organizzazioni sociali che non risolvono la loro ragion d'essere nel diritto dello Stato ma nella loro stessa ragion d'essere. "*Ogni ordinamento giuridico è un'istituzione e ogni istituzione è un ordinamento giuridico*". Affermazione questa che, lungi dal risolversi in una teoria sociologica del diritto, segna, viceversa, la lucida consapevolezza della natura dell'ordinamento giuridico, le ragioni del suo farsi, e la sua storicità e dunque l'influenza dei fattori politici, ideologici e socioeconomici che ne condizionano i concreti assetti, dimostrando, quindi, la straordinaria attualità e globalità del suo pensiero.

Ebbene la consapevolezza dell'"eternità teorica del pensiero romaniano" ha suggerito agli autori di questo volume di coniugare passato e presente attraverso la lente del pensiero romaniano che spazia dall'ordinamento statale, agli ordinamenti delle autonomie pubbliche, all'ordinamento internazionale, agli ordinamenti derivati nei territori d'oltremare, al diritto canonico, al diritto amministrativo ... sino a toccare la contabilità pubblica.

L'auspicio è che questo sforzo sia almeno riuscito a far emergere come il pensiero di Santi Romano, così come fissato nelle sue opere, si sia affermato come massima espressione del metodo giuridico di analisi della realtà ove è mirabile la giuridicizzazione della società: un pensiero che consente di interpretare, a distanza di oltre cent'anni, i recenti nuovi fenomeni giuridico-istituzionali del nostro tempo. Un pensiero, dunque, che, come suggerisce il titolo di questo volume, è *necessario ed attuale*.

Pisa, 30 novembre 2019

ALLOCUZIONI

Buon pomeriggio. Un ringraziamento particolare va al Comitato Scientifico che ha avuto la felice idea di organizzare questo convegno a Pisa. Ringrazio inoltre il Dipartimento di Scienze Politiche e il Dipartimento di Giurisprudenza per aver collaborato alla buona riuscita di questo incontro di studio e saluto e ringrazio tutti gli illustri relatori che interverranno in queste due giornate.

Per l'Università di Pisa è un onore poter ricordare e celebrare il centenario de *L'Ordinamento giuridico*, pubblicato a Pisa nel 1918, sicuramente l'opera più importante di Santi Romano, che insieme alla Prolusione pisana del 1909 su *Lo Stato moderno e la sua crisi*, è entrata a far parte della storia di questo Ateneo. Santi Romano ha infatti insegnato a Pisa dal 1908 al 1924 e la sua presenza è stata così determinante per l'evoluzione del pensiero giuridico, che tutti i giovani che hanno frequentato i corsi di Giurisprudenza nelle aule del Palazzo della Sapienza, hanno avuto modo di studiare nell'Istituto intitolato al grande giurista di origine siciliana.

Negli anni del fascismo fu nominato Presidente del Consiglio di Stato e questo per un certo periodo ha contribuito a offuscare, anche in modo ingiustificato, la sua fama di grande giurista.

La mia formazione informatica, pur essendo lontana dai temi giuridici, non mi impedisce di apprezzare gli studi di Santi Romano, allievo di Vittorio Emanuele Orlando, per la capacità di cogliere le trasformazioni sociali facendo prevalere, in un'epoca in cui dominavano le dottrine puramente normativistiche, la concezione del diritto come istituzione, cioè come ordinamento basilare della società.

Senza addentrarmi in questi argomenti, che saranno affrontati dagli altri relatori, mi limito a rilevare che l'attualità del pensiero di Santi Romano è testimoniata dalla pluralità dei temi che sono stati oggetto delle sue riflessioni e che saranno trattati in questo convegno, a riprova, se ancora ce ne fosse bisogno, che nessun altro giurista e nessuna altra opera di giuristi contemporanei hanno suscitato uguale attenzione da parte della comunità accademica. Tutti gli studiosi italiani della prima metà del XX secolo e buona parte di quelli della seconda metà si sono infatti confrontati con *L'Ordinamento giuridico*, e tutti hanno letto la sua Prolusione pisana.

Non vado oltre e nel ringraziarvi per la vostra presenza all'Università di Pisa, vi auguro un proficuo lavoro, con la speranza che il ricordo di Santi Romano nel contesto accademico pisano, e le riflessioni che scaturiranno da questo incontro, possano essere di stimolo e di esempio per i giovani che si affacciano agli studi giuridici.

Buon lavoro a tutti.

Il rettore
Paolo M. Mancarella

ALESSANDRO BALESTRINO

È con molto piacere che ho accettato l'invito degli organizzatori a fare un cenno di saluto, come Direttore del Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di Pisa, in occasione di questo convegno dedicato alla figura di Santi Romano.

Personalmente ho una formazione da economista per cui non entrerò nel dettaglio delle questioni giuridiche che verranno discusse. Nel mio ruolo di direttore di un Dipartimento intrinsecamente multidisciplinare come quello di Scienze Politiche, ho avuto in più di una occasione il grato compito di introdurre i lavori di conferenze e seminari su materie non necessariamente vicine alle mie competenze. L'ho definito e lo ritengo un "grato" compito perché è sempre molto stimolante essere posti di fronte, sia pure in maniera fuggitiva e solamente ai fini della preparazione delle parole di saluto, alle tematiche affrontate nelle discipline "sorelle" e cercare di capire attraverso quali lenti gli studiosi di quelle discipline guardano il mondo.

In questo caso ho avuto modo di apprezzare l'atteggiamento di riscoperta e rivalutazione del pensiero di un autore influente, e di capire come il sapere giuridico sappia guardare nel proprio passato e ritrovare le proprie radici. Questa consapevolezza mi pare spesso manchi alla mia disciplina che trovo alle volte pericolosamente protesa verso il futuro, un po' ignara di quali siano le sue fondamenta. Direi, se mi perdonate l'allitterazione, che il confronto mi conforta nella mia opinione, precedentemente espressa, che sia esperienza tanto gradevole quanto utile essere costretti dalle circostanze a misurarsi, anche se velocemente, con le posizioni delle discipline diverse dalla propria. E mi conforta in un'altra opinione, che non manco davvero mai di ribadire in occasioni pubbliche, che l'interdisciplinarietà sia ormai imprescindibile per lo scienziato sociale e per il docente universitario, sia nel ruolo di ricercatore che in quello di insegnante.

Concludo con un ringraziamento per gli organizzatori, che mi hanno dato una ulteriore opportunità di portare i saluti del Dipartimento di Scienze Politiche, i relatori presenti in queste giornate che daranno il loro contributo al dibattito, e il pubblico che spero possa in questa meravigliosa sede godere al meglio i lavori del convegno.

EMANUELA NAVARRETTA

Sono molto grata al Comitato scientifico per aver organizzato a Pisa un convegno in ricordo di Santi Romano a cento anni dalla pubblicazione del volume “L’ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto”.

A Pisa è stato pubblicato nel 1918 dall’editore Spoerri “L’ordinamento giuridico”, che invero aveva già visto la luce nel 1917 grazie alla tipografia Mariotti, che aveva sede proprio qui in Piazza dei Cavalieri, 5.

E a Pisa Santi Romano è stato docente di diritto amministrativo nonché Preside della Facoltà di Giurisprudenza fra il 1923 e il 1925.

“Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano” è il titolo dell’incontro prescelto dagli organizzatori. Ed è un titolo che riflette con la massima efficacia la capacità quasi divinatoria e l’intuizione scientifica di Santi Romano nel disegnare un’identità del diritto così fedele al volto odierno: all’attuale pluralismo ordinamentale e all’evidente distinzione fra normativismo legalistico statuale e diritto.

Captando una realtà che in bianco e nero offriva indizi di un pluralismo ordinamentale – il diritto internazionale, l’istituzione della Chiesa, le organizzazioni illecite, gli enti e le organizzazioni lecite –, Santi Romano elabora la sua concezione istituzionalistica, anticipando, con una straordinaria capacità premonitrice, la vivacità di colori con cui il panorama odierno attesta la complessità e il pluralismo.

È, dunque, irresistibile la sollecitazione a immaginare gli stimoli che la realtà odierna avrebbe offerto a quella riflessione. Si sarebbe confrontata non solo con il diritto internazionale, ma con il complesso incastro ordinamentale edificato dall’Unione europea: dove all’involucro della validità subentra l’impulso dell’effettività; dove il rilievo già assegnato da Santi Romano alla sanzione si tramuta in un’assoluta centralità della prospettiva rimediale; dove l’idea che “il diritto rappresent[i] non solo una quantità di morale, ma anche di economia [e] di tecnica” si è materializzata in un diritto al servizio dell’economia e della tecnica. E ancora quel pensiero si sarebbe confrontato non solo con il fenomeno delle organizzazioni e associazioni private, ma anche con le standardizzazioni di fonte privata aventi efficacia *erga omnes*, con i codici etici, con la *lex mercatoria*.

Ma non sono unicamente il pluralismo ordinamentale e la concezione istituzionalista a trovare evidenti conferme nel presente, lo sono altre-

sì l'intuizione di una pluralità di fonti all'interno del medesimo ordinamento nonché le sue riflessioni in tema di interpretazione.

Immaginando di proiettare il suo pensiero nel presente Santi Romano avrebbe constatato che per trovare un diritto che non emana da una legge statutale ma anche dalla giurisprudenza non è imprescindibile volgere lo sguardo verso la sola Inghilterra. Avrebbe constatato che il suo invito a non racchiudere tutta la realtà dentro l'involucro del legalismo statualista e, dunque, l'invito a confutare la presunta norma generale conclusiva secondo cui deve essere concesso tutto quello che non è vietato, ha prodotto una molteplicità di frutti: in campo civilistico, la rilettura in chiave costituzionale dell'art. 2043 c.c. che ha negato la tutela della generica libertà d'agire; in un contesto più lato la spinta verso un'ermeneutica guidata dai principi e la consapevolezza degli stessi imprescindibili limiti del potere regolativo di ciascun ordinamento, che fortemente riecheggiano la riflessione di Stefano Rodotà su "La vita e le regole fra diritto e non diritto".

Ma nel quadro di questo impulso quasi naturale, non solo per i pubblicisti, ma anche per i privatisti, a rinvenire nel pensiero di Santi Romano le radici del presente e del pensiero presente, è doveroso contestualmente astenersi dalla tentazione di riferire a quella riflessione un antiformalismo che non gli appartiene.

Santi Romano crede in una giuridicità che nasce da un'organizzazione capace di generare norme, ma nel richiamo all'*ubi societas ibi ius, ubi ius ibi societas* il *prius* non è genericamente la società, bensì l'istituzione, l'organizzazione che genera norme. Credo, dunque, che si travisi il suo pensiero cercando di legittimare per il suo tramite l'attività di un giudice che cerca la norma facendosi meramente *inventore* della norma medesima dentro quello che la società parrebbe esprimere. Santi Romano non è un antiformalista, semmai è stato fra i primi a riflettere sulla sostanza del diritto e su un modo diverso rispetto all'approccio kantiano e kelseniano di intendere la forma che – scrive – "è parola di quelle che si prestano ad essere variamente intese".

Ed è proprio in questa attenzione per la sostanza del diritto senza cedere al puro antiformalismo che mi pare di poter ravvisare nel pensiero di Santi Romano una vera e propria paternità della metodologia e dell'identità pisana che attraversa tutto il novecento sino agli albori del nuovo millennio.

Anche per questo rinnovo calorosamente il mio plauso per l'iniziativa e il mio ringraziamento per la scelta della sede pisana.

BERNARDO SORDI

STATUALITÀ E PLURALITÀ
NELLA TEORIA DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO

SOMMARIO: 1. Contrastanti letture. – 2. La statura del giurista. – 3. Diritto pubblico positivo; diritto pubblico generale. – 4. Monismo e pluralismo.

1. *Contrastanti letture*

Il nostro convegno, sin dalla sua intitolazione, muove da una precisa consapevolezza: che la teoria ordinamentale, sviluppata qui a Pisa, un secolo fa, possa essere – ancora oggi – una decisiva chiave di volta per comprendere la complessità del giuridico e l'attuale situazione degli ordinamenti.

Non per caso, nel ben progettato disegno degli organizzatori, ad introdurre i lavori e a presiedere questa prima sezione del convegno era stato invitato il mio maestro, Paolo Grossi, che più volte, anche recentemente, ha attribuito, senza incertezze, ai due celeberrimi testi pisani di Santi Romano, la prolusione del 1909 e *L'ordinamento giuridico*, di poco meno di dieci anni più tardi, il valore di “un messaggio da ripensare nell'odierna crisi delle fonti”¹.

Un Santi Romano, dunque, da prendere sul serio, non solo per il posto di assoluto proscenio che storicamente gli compete nella scienza giuridica italiana ed europea del XX secolo, ma anche e soprattutto per la capacità – ancora attualissima – degli schemi teorici da lui elaborati – di tracciare e seguire anche alcune linee evolutive del presente.

Tesi non unanime, beninteso. Pochi mesi fa, al convegno di Palermo², Sabino Cassese ha espresso una posizione opposta, invitando, al contrario, a prendere le distanze da Romano. Un Romano da “studiare in termini storici”. Un Romano – riprendo i miei appunti – che ha ormai

¹ P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nell'odierna crisi delle fonti*, 'Lectio doctoralis' pronunciata il 24 ottobre 2005 all'Università di Bologna, ora in ID., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, 2008, 669-688.

² *Santi Romano. L'ordinamento giuridico 1917-2017. La fortuna della teoria romana dell'ordinamento dalla sua pubblicazione ai tempi nostri nelle varie aree disciplinari*, Palermo, Steri, 24-25 novembre 2017, i cui *Atti*, a cura di M. MAZZAMUTO, sono in corso di stampa.

‘cessato di essere utile’. Troppo lungo, troppo denso di trasformazioni e mutamenti, il secolo che ci separa dalle sue opere.

In quest’ottica, Romano resta un giurista intimamente legato alla realtà del primo Novecento, al passaggio dallo Stato monoclasse allo Stato pluriclasse: un passaggio interamente acquisito e troppo lontano dalle sfide dell’oggi, perché la teoria che tanto lucidamente ne aveva intercettato il processo di trasformazione, possa ancora offrire, per lo Stato costituzionale del presente, dei validi schemi ordinanti.

La puntuale inventariazione del convegno, su strategici punti di verifica, ci darà una risposta, più calibrata e meno impressionistica, sulla misura di questa contestata e discussa attualità.

Io vorrei provare a scegliere una diversa angolatura.

Perché questa forbice così ampia e divaricata? Perché questa ambivalenza, apparentemente irriducibile, tra una storicità rilevante, certo, ma definitivamente acquisita e trascorsa; ed, invece, una storicità che si fa persistente attualità: addirittura, vivente attualità?

Perché ai nostri maestri, Santi Romano appare, ora come un giurista tardo ottocentesco – era nato a Palermo nel 1875, quando la poesia risorgimentale era passata da un pezzo -, da studiare solo in termini storici; ora, invece, come un personaggio di rottura del riduzionismo ottocentesco, autore di una rivoluzione copernicana che supera l’ipostasi dello Stato moderno e scopre un pluralismo ordinamentale che gli attuali assetti multilivello hanno addirittura enfatizzato?

Ovviamente, il problema non è stabilire chi ha ragione tra Grossi e Cassese, le cui posizioni ho deliberatamente estremizzato e contrapposto, in due loro interventi di estrema sintesi e non dalle ragionate analisi del pensiero romaniano che entrambi ci hanno più volte regalato, al solo scopo – e me ne scuso – di rendere intelligibile, nel corso di un breve intervento, uno sguardo che richiederebbe ben altra complessità di visione.

Il problema, a mio avviso, è un altro; viene da lontano; è più radicale; più risalente: queste diverse posizioni interpretative sono semplicemente l’emersione di una profonda dualità problematica, ben presente nello stesso pensiero di Santi Romano. Un contrappunto tra statualità e pluralità che, tutte le volte che si ha l’occasione di avvicinarsi alla grande bibliografia romaniana, puntualmente riemerge e torna a galla.

Ed è proprio questa dualità tra statualismo e pluralismo che vorrei provare a spiegare.

Provo a formulare tre tipi di risposte.

2. *La statura del giurista*

La prima, possibile, risposta è la più semplice e dipende dall'oggettiva grandezza del nostro personaggio. Romano non è mai stato – né è mai apparso ai suoi contemporanei od ai suoi postumi osservatori – un giurista ad una sola dimensione.

Necessariamente statualista, come ogni giurista di diritto pubblico chiamato ad interrogarsi sul sistema di una disciplina in consolidamento proprio a cavaliere tra Ottocento e Novecento, nel momento del suo massimo, personale, impegno scientifico, era successivamente approdato ad opere di teoria generale (da *L'ordinamento* ai *Frammenti di un dizionario giuridico*) che quello statualismo relativizzavano e rendevano incredibilmente più complesso ed articolato.

Un esito, tutto peculiare, che non era stato proprio del suo maestro, Vittorio Emanuele Orlando, rimasto sempre legato ad un *continuum* tra Stato e popolo, nel solco dell'organicismo di marca savigniana, tanto unitario nella sua rappresentazione, da impedire, sia una qualsiasi articolazione del polo sociale di partenza, assunto al contrario nell'unità non scomponibile del popolo; sia del soggetto statale di arrivo.

Un esito che non era stato proprio neppure di altri suoi coetanei. Penso ad Oreste Ranalletti, nato pochi anni prima di Romano, nel 1868: interprete di un monolitismo pubblicizzante talmente privo di incrinature – “tutto il concetto di pubblico... si appunta e concentra nello Stato”; “è pubblico tutto ciò, che direttamente o indirettamente è di Stato”; “Lo Stato è la sintesi della cosa pubblica”³ – da renderlo davvero un giurista ottocentesco asserragliato in una cittadella statale vissuta come una vera e propria Fortezza Bastiani, in preoccupata attesa dell'arrivo dei Tartari.

Paure, rigidità, chiusure, monolitismi da cui Romano – ecco la sua grandezza – rimaneva distante.

Lo spettro – amplissimo – delle discipline dal Nostro direttamente coltivate, dall'internazionale al costituzionale, dall'amministrativo all'ecclesiastico, sino ad arrivare al diritto coloniale, per un verso; la scelta di affrontare ancora giovanissimo, temi posti ai massimi confini di fondazione e di legittimazione dell'ordine giuridico (*L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale*, nel 1901; *I limiti della funzione legislativa*, nel 1903; *La correttezza costituzionale* nel 1909), per l'altro verso, lo avevano condotto addirittura oltre il livello del diritto pubblico

³ O. RANELLETTI, *Il concetto di 'pubblico' nel diritto*, 1905, ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, a cura di E. FERRARI e B. SORDI, vol. I, *Lo Stato*, Napoli, 1992, 265.

generale, coltivato da Orlando sulle orme di Georg Jellinek, per abbracciare il piano della pura teoria generale del diritto: quel piano, sul quale, esattamente un secolo fa, al culmine di un processo di comprensione del reale, avviato con la prolusione del 1909, la teoria della pluralità degli ordinamenti poteva essere finalmente formulata.

3. *Diritto pubblico positivo; diritto pubblico generale*

Proprio la pluralità dei piani di indagine così attentamente presidiati da Romano, può spiegare – e vengo ad una seconda, possibile, risposta -, il dualismo sotteso alla sua dialettica tra statualità e pluralità.

Romano non era solo un teorico generale. Alla teoria generale Romano arrivava nel pieno della sua maturità scientifica, dopo esser stato costituzionalista, internazionalista, amministrativista, di primaria grandezza.

Soprattutto, Romano era il giurista che, nella messa a sistema del diritto pubblico positivo, aveva raccolto sino in fondo il nuovo indirizzo metodologico orlandiano, contribuendo in prima persona ed in misura estremamente rilevante, ad elaborare e a racchiudere, in un solido ordito sistematico, un nucleo di principi giuridici eminentemente pubblicistici.

Quindi, se ambivalenza c'era, questa era in *re ipsa*, nell'intrinseca, necessaria, articolazione delle soluzioni, ora di diritto positivo; ora di diritto pubblico generale; ora infine di teoria generale.

Così, per il cultore delle discipline pubblicistiche positive, Romano era, prima di tutto, il teorico dell'autarchia, di quell'amministrazione indiretta dello Stato in grado di assimilare al proprio interno l'intera tradizione del *Selfgovernment*. Con l'autarchia – come Romano aveva lapidariamente concluso nel 1897 in una celebre voce enciclopedica, che letteralmente chiudeva una intera stagione di dibattiti sulle relazioni tra centro e periferia e sui modi di costruzione dello Stato unitario -, il *Selfgovernment* cessava di costituire un “edificio intermedio tra lo Stato e la società”⁴. Veniva interamente assorbito nei meandri della persona giuridica dello Stato.

Romano era poi il precoce lettore del *System* di Georg Jellinek; era il teorico italiano dei diritti pubblici soggettivi, il tema della sua tesi di laurea, poi confluita nell'ampia monografia pubblicata nel primo volume

⁴ S. ROMANO, *Decentramento amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. IV, pt. I, Napoli, 1897, ora in ID., *Scritti minori*, raccolti e pubblicati a cura di G. ZANOBINI, Milano, 1950, vol. II, *Diritto amministrativo*, 50.

del *Trattato di diritto amministrativo italiano* diretto da Orlando, i cui fascicoli avevano iniziato ad uscire nel 1897: facoltà molto lontane dalla sfera privatistica del *licere*, che con non poche contraddizioni cercavano di metter radici in un universo oscurato dalla ingombrante presenza dello Stato. Un universo dove, perché “un rapporto di diritto pubblico si istituisca, è necessario che lo Stato v'intervenga come sovrano”⁵, secondo un postulato che, nel diritto pubblico ottocentesco, vedeva invariabilmente la volontà del cittadino come frutto di una concessione statuale.

Una statualità, tuttavia, che proprio in queste pagine non si risolveva più esclusivamente nell'*imperium* ed iniziava ad interrogarsi sugli immensi poteri di “crescente sostituzione dello Stato alla società”, assunti da uno Stato ormai sempre di più “associazione formidabile che della sovranità si serve per fini economici e sociali”⁶.

Romano, ancora, era il teorico di una interpretazione delle leggi di diritto pubblico, oggetto di una brillante prolusione palermitana del 1899⁷, che prendeva seccamente le distanze dai modelli codicistici. Il diritto pubblico, proprio perché terra senza codice, universo costellato di estesi poteri discrezionali, doveva costruire una propria ermeneutica; doveva seguire propri canoni e propri principi, necessariamente distinti da quelli che il polo civilistico trovava, allora, nell'art.3 delle disposizioni preliminari al codice civile Pisanelli.

Romano, soprattutto, era il padre delle nove teorie fondamentali del diritto amministrativo, elaborate nei *Principii*⁸, a partire dalla “teoria generale dei rapporti di diritto amministrativo”⁹, come teorie eminentemente pubblicistiche, perché compito del giurista era quello di elaborare il sistema e i principi pubblicistici – diversi e speciali rispetto a quelli propri del diritto comune civilistico – che ne dovevano sorreggere l'impalcatura.

Nella messa a sistema del diritto pubblico positivo (un obiettivo cui Romano aveva dedicato grandi energie), la statualità non conosceva in-

⁵ ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, ora in ID., *Gli Scritti nel Trattato Orlando*, Milano, 2003, 24.

⁶ *Ibid.*, 126.

⁷ ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, in *Il Filangieri*, 1899, 241 ss.

⁸ ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1906².

⁹ Cui seguono la teoria dell'organizzazione; della protezione giuridica; delle limitazioni amministrative all'attività privata; delle prestazioni agli enti amministrati; delle prestazioni degli enti amministrativi; della proprietà pubblica; del regime amministrativo della proprietà privata; dei rapporti di diritto privato degli enti pubblici.

crinature di sorta. Qui, lo Stato era e rimaneva saldamente l'alfa e l'omega dell'intera costruzione sistematica; marchiava, in una inconfondibile specialità pubblicistica, principi, teorie, istituti giuridici.

Come aveva scritto nel 1908, nella grande monografia del *Trattato* di Orlando dedicata a *Il Comune*, “pubblico significa statale e per diritto moderno non può significare altro”¹⁰. Risultava, così, netta ed invalicabile la distinzione tra pubblico e privato; altrettanto netta quella tra giustizia e amministrazione; limitato lo spazio dei diritti e delle soggettività individuali.

La pluralità era predicabile *Oltre lo Stato*: altro titolo, bellissimo, di una prolusione pronunciata al Cesare Alfieri di Firenze, il 18 novembre 1917, a neppur dieci giorni dalla conclusione della battaglia di Caporetto e dall'attestazione del fronte sulla linea del Piave. La pluralità era predicabile nella comunità organizzata degli Stati, strettamente eretta sul principio di parità tra gli Stati sovrani, ma già avviata alla fine della guerra a ricercare una propria organizzazione sovranazionale (Romano parlava di “maggiori organizzazioni non propriamente statuali”¹¹).

Soprattutto, la pluralità era predicabile sul piano della teoria generale, nella capacità – tutta peculiare – di Romano di leggere i nuovi fatti sociali; di classificare lo Stato come istituzione tra le istituzioni; di scindere la necessaria ed esclusiva corrispondenza biunivoca tra ordinamento e Stato; di ricostruire la vicenda dello Stato moderno nella lunga, lunghissima, durata delle diverse esperienze giuridiche, di cui lo Stato non poteva rappresentare l'invariante indefettibile ed onnipresente. Nella capacità, tutta romaniana, di avventurarsi sul confine tra il mondo ribollente dei fatti e l'universo formalizzato del giuridico, nelle terre di confine della fattualità e della necessità.

Con esiti teorici assolutamente originali, a lungo avvertiti come dissonanti – come Giuseppe Bottai non mancherà di rilevare nella Prefazione agli *Scritti in onore* del 1940¹² –, a partire dalla negazione della corrispondenza biunivoca e necessaria tra diritto e Stato.

Nella teoria generale, si ribaltava il consueto punto di osservazione:

¹⁰ S. ROMANO, *Il Comune. Parte generale*, ora in ID., *Gli Scritti nel Trattato Orlando*, cit., 450.

¹¹ S. ROMANO, *Oltre lo Stato*, 1918, ora in ID., *Scritti minori*, cit., vol. I, *Diritto costituzionale*, 347.

¹² G. BOTTAI, *Santi Romano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. I, *Filosofia e teoria generale del diritto. Diritto costituzionale*, Padova, 1940, XVIII, rigidissimo nell'escludere la possibile applicazione della teoria pluralistica, il cui “esame” non occorreva “tentare”, allo Stato corporativo fascista.

era il diritto ad essere concetto antecedente a quello di Stato; non lo Stato a precedere il diritto.

L'originalissimo pluralismo del teorico generale continuava a convivere con il rigido statualismo del giurista sistematore del diritto pubblico positivo.

4. *Monismo e pluralismo*

Statualità e pluralità continuavano comunque a fronteggiarsi anche ne *L'ordinamento giuridico*, a conferma di un dualismo – ed è la terza possibile risposta che vi offro – racchiuso all'interno dello stesso schema teorico, quasi consustanziale ad esso.

È stato, tra i primi¹³, Norberto Bobbio, sia pur da una posizione normativistica non troppo consentanea con la teoria istituzionistica ed anzi portata a sottolineare una certa estraneità, tra la prima e la seconda parte de *L'ordinamento giuridico*, tra la teoria dell'ordinamento come istituzione e la teoria della pluralità degli ordinamenti¹⁴, ad avallare, autorevolmente, la tesi che il pensiero giuridico di Santi Romano nascondesse una irrisolta tensione tra teoria ed ideologia.

È Bobbio a parlare di Romano come di un “pluralista moderato”: “meglio ancora, egli è teoricamente un pluralista, ma ideologicamente un monista”¹⁵. Legge e valuta positivamente il complicarsi del polo sociale e la sua articolazione in una pluralità di centri e formazioni sociali; interpreta con estrema lucidità la “tendenza – come scriverà ne *L'ordinamento* – di una serie grandissima di gruppi sociali a costituirsi ciascuno una cerchia giuridica indipendente”¹⁶; ma non ha alcuna esita-

¹³ Ancora imprescindibile la problematica rassegna di 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*, 10(1981), 169 ss.

¹⁴ Una posizione, questa di Bobbio, non del tutto aderente all'impianto dell'opera in cui “la descrizione registra una pluralità di istituzioni, e dunque, per la equazione asserita dal Romano, una pluralità di ordinamenti giuridici”. Così, efficacemente, N. IRTI, *Per una lettura critica di Santi Romano. Note introduttive*, in *Diritto pubblico*, 2018, 19, che da un ribadito vaglio normativistico, vede però quella che considera “l'indole fenomenologica” de *L'ordinamento* e la “fatticità” del pluralismo istituzionistico aprirsi, con i *Frammenti di un dizionario giuridico*, ad una più consapevole doverosità normativa.

¹⁵ N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, ora in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, 183.

¹⁶ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, seconda edizione con aggiunte, Firenze, 1946, 93.

zione ad affidarsi, per il loro indispensabile controllo unificante, ad una “organizzazione – come aveva scritto nella prolusione pisana –, che unica, contemperata e armonizzata le organizzazioni minori in cui la prima va specificandosi”¹⁷.

Tesi, questa di Bobbio, che ha lasciato una traccia interpretativa più volte ripresa ed approfondita, specialmente quando si è cercato di ripercorrere l’influenza del pensiero romaniano su alcune declinazioni del corporativismo tra le due guerre, cui qualche sponda Romano aveva offerto, specialmente con un saggio significativo ed importante del 1930, quando era ormai insediato alla presidenza del Consiglio di Stato, dal titolo *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato*: un saggio che sigillava il lungo dibattito degli anni precedenti sullo *Stato sindacale* e salutava l’ingresso – e l’imbalsamazione – degli interessi sindacali all’interno dell’armatura statale¹⁸.

E, del resto, che il modello stato-centrico romaniano potesse prestarsi ad una utilizzazione socio-centrica, lo ha rivelato anche l’indagine semiotica di Pietro Costa, che ha millimetricamente ricostruito, in un suo libro capitale, *Lo Stato immaginario*, le diverse strategie argomentative seguite dai giuristi dell’Italia liberale per elaborare gli enunciati che dovevano costituire e fondare il campo teorico pubblicistico.

È Costa a parlare del “carattere essenzialmente bifronte del modello romaniano”¹⁹, una rappresentazione, da un lato fondata su una comprensione ravvicinata della complessità, dell’articolazione, della pluralità del polo sociale, tanto da condividere alcune posizioni con le teorie socio-centriche; dall’altra, portata invece a sottolineare, nel tradizionale solco stato-centrico, l’unicità e rilevanza del polo statale.

Allo Stato dunque, necessariamente, anche la teoria della pluralità degli ordinamenti arrivava, non più, però, attraverso la meccanica e presupposta contiguità popolo-Stato del modello orlandiano, ma attraverso un percorso complesso, che muoveva dalla pluralità dei gruppi sociali; passava per la loro intrinseca capacità di essere istituzione giuridica, e quindi di attivare una intrinseca pluralità degli ordinamenti, per approdare infine allo Stato come il tipo più perfezionato e complesso di ordi-

¹⁷ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Discorso inaugurale dell’anno accademico 1909-1910 nella Regia Università di Pisa, ora in ID., *Scritti minori*, vol. I, cit., 324.

¹⁸ Edito originariamente negli *Studi in onore di Oreste Ranalletti*, si può leggere ora in ROMANO, *Scritti minori*, vol. II, cit., 299 ss.

¹⁹ P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1986, 131.

namento giuridico e come “centro ordinante” dell'intero modello²⁰: lo Stato “vero principio di vita”, “stupenda creazione del diritto”, “compiuta sintesi delle varie forze sociali”, delle ben note immagini della prolusione pisana su *Lo Stato moderno e la sua crisi*.

Modello bifronte, che proprio sul piano della teoria generale si volgeva, ora, verso la complessità del polo sociale ed il suo inesauribile pluralismo; ora, verso la monolitica centralità del polo statale.

Al teorico generale, Romano non si presentava tanto come il più determinato e conseguente artefice della pubblicizzazione dei rapporti Stato-cittadino, quanto come il teorico del diritto come istituzione e della pluralità degli ordinamenti. Di una teoria generale, che non diversamente da quanto si stava sperimentando in Francia, in Germania, in Austria, con Duguit, Jellinek, Kelsen, sino poi, a Schmitt o a Laski, maturava per la prima volta dal polo pubblicistico della dicotomia e non nel solco delle consuete fonti romanistiche o codicistiche.

Una teoria generale essa stessa a base pubblicistica, perché come scriveva Romano, in una delle prime pagine de *L'ordinamento*, “il diritto, in ciò che ha di culminante, quasi, si direbbe di più essenziale, è principalmente pubblico”²¹.

Con la sua spiccata individualità, Romano entra così a pieno titolo nel ristretto numero dei giuristi che riscrivono la *Staatslehre*, in presa diretta con l'incidenza delle trasformazioni ed il drastico mutamento del quadro socio-politico di riferimento, segnato dall'avvento dello Stato pluriclasse.

La forza teorica del modello ricostruttivo di Romano stava proprio nella sua capacità di rappresentare il venir meno della semplicità presupposta dal modello rivoluzionario-napoleonico: un punto su cui il contributo interpretativo di Paolo Grossi mi appare determinante.

Un esito compiutamente raggiunto sul piano della teoria generale. Neppure avviato, al contrario, sul piano della costruzione del sistema pubblicistico, presto gelato dall'imporsi del regime fascista e divenuto solo formalisticamente attingibile da un personaggio che dal 1928 al 1944 siederà sullo scranno più alto del Consiglio di Stato.

Il dualismo non era dunque destinato a comporsi. Teoria generale e piano sistematico non riuscivano ad allinearsi.

Da un lato, un polo sociale animato, ribollente, lontano dalla metafora giusnaturalistica dell'uomo di natura, di un astratto ed isolato soggetto unico di diritto, e composto, al contrario, di gruppi, di formazioni so-

²⁰ *Ibid.*

²¹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 7.

ciali, di associazioni, partiti, sindacati, che pretendevano di esprimere una propria diretta politicità, mettendo in discussione il modello della rappresentanza politica e la stessa identità tra politico e statuale alla base dell'intera giuspubblicistica ottocentesca.

Dall'altro lato, un polo statale mai così perfezionato, compatto, organizzato, così monoliticamente pubblicistico, da creare "l'illusione" che "la teoria che vede nello Stato il signore e l'arbitro non soltanto del suo diritto, ma di tutto il diritto" non fosse poi in "una troppo palese e stridente contraddizione con la realtà"²².

Il dualismo non riusciva a comporsi e la declinazione romaniana dell'istituzione ed il pluralismo degli ordinamenti non avrebbero mai assunto quei toni antistatualisti²³ che, in diverso modo, era dato di leggere, negli stessi anni, nelle pagine di un Duguit o dello stesso Kelsen. Solo nella voce *Mitologie giuridiche* dei *Frammenti di un dizionario giuridico*, ormai *in limine vitae*, ci sarà un piccolo sussulto, quando riconoscerà che "mito può anche essere la personalità dello Stato"²⁴.

Non voglio venir meno all'impegno che mi son dato di non misurare i tassi di attualità. Tuttavia, se anche un giurista inglese come Martin Loughlin, proprio di fronte alle sfide della globalizzazione, ci ha ricordato, in un saggio pubblicato su *Der Staat* e significativamente intitolato *In defense of Staatslehre* che "State-based concepts" restano indispensabili per mappare il presente²⁵, per rispondere alle sfide della contemporaneità, allora, forse, non tutto lo statualismo è da buttare ed un rinnovato confronto con Santi Romano (privilegiando, certo, il Romano teorico dell'istituzione e della pluralità degli ordinamenti), non potrà che farci fare qualche passo in avanti.

²² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 89.

²³ Così anche nel Romano della seconda edizione dei *Principii di diritto costituzionale generale*, edita nel 1946 dopo la parentesi del fascismo e del nazionalsocialismo – entrambi giudicati regimi di "breve durata" (ora in *L'ultimo Santi Romano*, Milano, 2013, 226) – l'analisi resta tutta imperniata sullo Stato e con un ridotto spazio riservato alle libertà costituzionali (*ibid.*, 319-34).

²⁴ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1947, ora in *L'ultimo Santi Romano*, cit., 724.

²⁵ M. LOUGHLIN, *In Defense of Staatslehre*, in *Der Staat*, 48(2009), 1-27.

BRUNO NASCIMBENE

UNIONE EUROPEA TRA UNITÀ E PLURALITÀ
DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI

SOMMARIO: I. 1. Premessa. – 2. Santi Romano e il diritto internazionale. – 3. Il dinamismo, l'ordinamento e la comunità internazionale. – 4. Le unioni internazionali. Ordinamenti particolari e pluralismo. – II. 5. La costruzione europea. L'unità nella diversità. Il dinamismo. – 6. L'Unione europea e la riserva di sovranità degli Stati. La giurisprudenza della Corte di giustizia. – III. 7. L'“attualità” e “necessità” del pensiero di S. Romano. – 8. L'evoluzione in corso e l'incertezza del futuro.

I

1. *Premessa*

Nei miei studi, ormai datati, di diritto internazionale, ho avuto occasione di leggere molte pagine di Santi Romano, principalmente quelle del suo *Corso di diritto internazionale* (pubblicato in ben quattro edizioni fra il 1926 e il 1939). Volevo comprendere non solo quale fosse il pensiero di un autorevole giurista e teorico del diritto, ma anche quale fosse il suo approccio, nei primi decenni del '900, verso un mondo in evoluzione e che vedeva, in particolare, la comunità internazionale rimodellarsi e riformarsi dopo gli eventi bellici del primo, nonché del secondo conflitto mondiale.

Era, invero, in corso un processo di istituzionalizzazione della comunità internazionale ed era giustificato chiedersi se venisse assunto come modello organizzativo lo Stato o la federazione o confederazione di Stati. Così come è giustificato chiedersi, oggi, se la teoria di S. Romano sia ancora attuale a fronte di quel fenomeno organizzativo più recente, pure di rilievo internazionale, rappresentato dalle “Comunità europee” ovvero da quell'ordinamento di carattere regionale-europeo sorto con la CECA, prima, e la CEE e l'Euratom, poi.

Si tratta di un fenomeno che ha origine, come è noto, negli anni cinquanta (la CECA essendo stata creata nel 1951), ma le idee che vi diedero origine appartengono agli anni quaranta. Le idee federaliste europee espresse nel Manifesto di Ventotene risalgono, precisamente, al 1941

(ben prima, dunque, della scomparsa di S. Romano; una versione riveduta è del 1944); il Movimento federalista europeo nasce, in Italia, nel 1943 e di qualche anno dopo (1950) è la Dichiarazione Schumann, che afferma in modo solenne l'ideale di un'Europa unita, organizzata, ma anche la necessità di una pace durevole, già espressa pochi anni prima (1945) nella Carta delle N.U.

Cambiavano, in quegli anni (quaranta-cinquanta), le relazioni tra gli Stati, cambiava il diritto internazionale, nasceva un diritto europeo: non solo di base economica, sovranazionale, ma di ambiziosa aspirazione politica¹.

2. Santi Romano e il diritto internazionale

S. Romano scompare nel novembre 1947, in un'epoca di fermento post-bellico di grande rilevanza per la formazione di una nuova comunità internazionale.

S. Romano era anche uno studioso del diritto internazionale. Il suo *Corso di diritto internazionale* ha avuto, come si è accennato, quattro edizioni che si collocano (1926-1939) fra le due edizioni de *L'ordinamento giuridico* (1917/18 e 1946). Il diritto internazionale è stata una materia insegnata da S. Romano nell'Università degli Studi di Milano per incarico, quando era titolare della cattedra di diritto costituzionale, dal 1924 al 1928, anno in cui assunse le funzioni di presidente del Consiglio di Stato. Ma già nel 1902 era stato chiamato a Modena come professore straordinario di diritto internazionale. I suoi studi influenzano la dottrina internazionale dell'epoca².

¹ Per alcuni rilievi su questo fenomeno si veda il par. 5 e i riferimenti alla nota 20.

² Cfr. *L'ordinamento giuridico*, (edizione 1946), 48 s., nota 45 ter (le citazioni sono riferite al testo ripubblicato in *L'ultimo Santi Romano*, Milano, 2013), ove vengono ricordati gli autori che si sono ispirati al suo pensiero (ricordando, fra gli altri, quelli che aderirono al suo pensiero, quali Fedozzi, Monaco, Zanobini, Biscaretti di Ruffia). Sulla diffusione del pensiero di S. Romano nella dottrina internazionalistica italiana, P. ZICCARDI, *Il diritto internazionale*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, 147 ss.; L.M. BENTIVOGLIO, *Santi Romano e la dottrina italiana di diritto internazionale: un esempio di "convergenze parallele"*, *ibidem*, 191 ss.; più recentemente F. SALERNO, *L'influenza di Santi Romano sulla dottrina e la prassi italiana di diritto internazionale*, in *Riv.dir.int.*, 2018, 357 ss.; dello stesso A. cfr. pure *La Rivista e gli studi di diritto internazionale nel periodo 1906-1943*, *ibidem*, 2007, 336 ss.

S. Romano peraltro condivideva l'indirizzo positivista di Dionisio Anzilotti, pur differenziandosene per alcuni profili: esaltava, invero, tale indirizzo "come una definitiva conquista" della scienza del diritto internazionale, che in tal modo veniva "messa a livello delle altre discipline giuridiche". Una scienza che "a differenza di quelle che concernono i diritti particolari dei vari Stati, ha carattere universale, nel senso che vi hanno contribuito giuristi di molti paesi".³

Il diritto internazionale, secondo la teoria istituzionalistica di S. Romano, rappresenta il banco di prova o "la pietra di paragone" per ogni definizione del diritto. Criticando le definizioni che negavano l'esistenza e l'autonomia del diritto internazionale "in quanto lo si consideri come l'estrinsecazione del diritto interno dei vari Stati", il diritto internazionale rappresenta la conferma del pluralismo ovvero della pluralità di espressioni del diritto. La società internazionale è diversa da quella propria degli Stati, non ha una dimensione o un ordine verticale, ma ha anch'essa una dimensione istituzionale, è un'istituzione, così rispondendo, in senso affermativo, alla domanda posta in *L'ordinamento giuridico*: "Il problema [...] per noi si pone tutto nella domanda: l'ordine giuridico internazionale è un'istituzione?"⁴ Come scrive Alberto Romano nella *Nota bio-bibliografica*, pubblicata in un volume del 2013,⁵ vi sono rami del diritto nei quali la pluralità degli ordinamenti è componente addirittura essenziale, come nel diritto internazionale o anche nel diritto dell'Unione europea. Dopo aver affrontato, nel primo capitolo de *L'ordinamento giuridico*, il tema della definizione o concetto di ordinamento giuridico (e aver quindi esposto le ragioni per le quali vi è una equazione fra ordinamento e istituzione, l'istituzione essendo la concretizzazione dell'ordinamento), nel secondo capitolo viene affrontato il tema della pluralità degli ordinamenti giuridici e delle loro relazioni. Le

³ Cfr. *Corso di diritto internazionale* 4° ed., Padova, 1939 (viene citata, in prosieguo, sempre la 4° edizione del 1939), 23, 26. Per qualche rilievo sull'orientamento di S. Romano espresso nel *Corso* rispetto alla dottrina internazionalistica dell'epoca, che peraltro (come si è detto) si ispirava a Anzilotti, cfr. R. LUZZATTO, *Gli internazionalisti*, in R. CLERICI (a cura di), *Gli 80 anni della Facoltà di giurisprudenza*, Milano, 2006, 104 s.; per alcuni rilievi cfr. anche G. BOGNETTI, *La cultura giuridica e la facoltà di giurisprudenza a Milano nel secolo ventesimo*, Milano, 1991, 52 ss. Sulla "comunanza ideale" con Anzilotti, che tuttavia "non portò i due autori a ritrovarsi su posizioni totalmente condivise", F. SALERNO, *L'influenza* cit., 359 s. Cfr. anche la nota precedente.

⁴ Cfr. *L'ordinamento* cit., 39 ss. (il riferimento, come si è detto, è alla pagina del volume *L'ultimo* Santi Romano cit.).

⁵ A. ROMANO, *Nota bio-bibliografica*, in *L'ultimo* Santi Romano cit., 858-860.

istituzioni sono tante, tendenzialmente infinite, e tanti sono gli ordinamenti giuridici. Ciascun ordinamento può essere considerato come “matrice di una qualificazione di ciascuno di tutti gli altri”⁶.

La sua concezione del diritto, che collegava la giuridicità non alla pura norma coattiva, ma all’“organizzazione” di cui le norme sono il prodotto e, insieme, un elemento coesivo, può ben essere estesa a diritti diversi da quello nazionale e, quindi, a quello internazionale: dell’epoca, ma anche a quello odierno, compreso il diritto europeo.

3. Il dinamismo, l’ordinamento e la comunità internazionale

Coerenza, effettività e dinamismo sono elementi essenziali della teoria che si fonda sull’istituzionalismo e sul pluralismo. Le norme si fondono e uniscono l’una con l’altra, tutte insieme si coordinano con gli altri elementi dell’istituzione. L’ordinamento giuridico si sviluppa in divenire e l’istituzionalismo può essere ritenuto il fondamento dell’unità e della dinamicità dell’ordinamento.

Perché il diritto sia dinamico bisogna che sia organizzato, consolidato, istituzionalizzato. Un ordinamento è solido se ha la possibilità di adattarsi alle esigenze sociali. Ed è proprio l’ente sociale ovvero l’istituzione, che svolge il ruolo di conferire coerenza ed effettività all’ordinamento giuridico.⁷

La dottrina istituzionalista si applica alla società internazionale, che è essa stessa organizzazione. L’istituzione, anche in tale contesto, svolge un ruolo ordinante ed è possibile verificare l’equazione, per l’appunto anche in questo contesto, quella che S. Romano chiama “l’equazione fra il concetto di istituzione e quello di ordinamento giuridico”. In questi termini, precisamente, si esprimeva: “Ogni ordinamento giuridico è una istituzione e, viceversa, ogni istituzione è un ordinamento giuridico. L’equazione tra i due concetti è necessaria e assoluta”. Ed è a questa equazione che è connessa l’apertura al pluralismo giuridico: “Ogni forza che sia effettivamente sociale e venga quindi organizzata, si trasforma per ciò stesso in diritto”. La regola giuridica, insomma, prima di essere norma, di riguardare un semplice rapporto o una serie di rapporti socia-

⁶ A. ROMANO, *Nota cit.*, 858.

⁷ Cfr. S. ROMANO, *Norme giuridiche [destinatari delle]*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1947, pubblicato in *L’“ultimo” Santi Romano cit.*, 734; *L’ordinamento cit.*, 45 (ed. 1946, 101, nota 62 bis).

li, è considerata “organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge”.⁸ Sono affermazioni, queste, che valgono non solo per il diritto nazionale, ma per quello internazionale ed europeo.

La società internazionale è dotata di propri elementi di organizzazione, anche se sono diversi da quelli propri degli Stati: la comunità internazionale viene definita come un “ordinamento che presuppone quelli dei singoli Stati”, una comunità o società che è “istituzione delle istituzioni”⁹.

Lo Stato è una istituzione di istituzioni, cioè un’istituzione complessa perché composta di una pluralità di ordinamenti. È un’istituzione a sua volta compresa in una istituzione più ampia: la comunità internazionale che, come si è detto, è una “istituzione delle istituzioni”¹⁰. Questa può, per così dire, ospitare organizzazioni, internazionali appunto, che costituiscono ordinamenti particolari o comunità minori¹¹: la Comunità o Unione europea, per esempio.

4. *Le unioni internazionali. Ordinamenti particolari e pluralismo*

Nel capitolo I del *Corso di diritto internazionale* S. Romano affronta il tema della definizione del diritto internazionale; nei capitoli VIII e IX affronta il tema dei soggetti e delle unioni dei soggetti.

Il diritto internazionale viene definito avendo riguardo all’ente sociale, cioè all’istituzione in cui prende corpo: tale ente è la comunità internazio-

⁸ Cfr. S. ROMANO, *Diritto (funzione del)*, in *Frammenti cit., loc. cit.*, 671 e *Diritto e morale, ibidem*, 657 s.; *L’ordinamento cit.*, 47, 49. Sembra opportuno ricordare il pensiero dell’A. su “diritto” e “ordinamento”, espresso in *L’ordinamento cit.*, 15, 23 e in *Interpretazione evolutiva*, in *Frammenti cit., loc. cit.*, 713 s.: il diritto non si esaurisce nelle norme, non è soltanto un insieme di norme o di rapporti giuridici o sociali. È organizzazione, struttura, è composto da “i numerosi meccanismi o ingranaggi, i collegamenti di autorità e di forze che producono, modificano, applicano, garantiscono le norme giuridiche, ma non si modificano con esse”. Quanto all’ordinamento, esso è un corpo sociale che ha una sua individualità e unitarietà, è organizzazione, ente sociale, istituzione, composto anche di uomini e di persone “che lo reggono e lo governano”. È dunque (ed è evidente, qui, l’elemento dinamico di cui si è detto, ma si veda anche oltre, par. 6 e 8) “per definizione qualcosa di vivo, che appunto perché vivo, continuamente si modifica, si rinnova, si evolve, pur rimanendo fermo nella sua identità continuativa e durevole”.

⁹ S. ROMANO, *L’ordinamento cit.*, 76 s., ma anche, sulla posizione degli Stati rispetto alla comunità internazionale, *Corso cit.*, 7.

¹⁰ S. ROMANO, *L’ordinamento cit.*, 29, 32, 36 ss. 76 s.; *Corso cit.*, 18.

¹¹ S. ROMANO, *Corso cit.*, 2, 79 ss.

le o società degli Stati, di cui fanno parte “principalmente”, anche se “non tutti” gli Stati e “non soltanto gli Stati”. L’istituzione è formata da altre istituzioni minori, non dagli individui; è caratterizzata “dal bisogno che esse hanno di vivere in continui e permanenti rapporti, cioè di organizzarsi in una società, che va sempre più estendendosi, ed anzi è il maggiore degli enti sociali”. In questo ente, cioè la società o comunità internazionale, “si concreta”, appunto, “quell’ordinamento giuridico che si dice diritto internazionale”¹².

Accanto agli Stati esistono, dunque, le unioni di Stati che sono espressione di una forma di organizzazione, che è diversa da quella dello Stato ma è pur sempre una “struttura stabile e permanente di un ente”, che ha un suo “corpo” e non è “un semplice aggregato di individui o altri enti”¹³.

Le unioni istituzionali sono, fra le varie forme in cui gli Stati possono agire anziché singolarmente, in “unione” con altri Stati, le più interessanti per il tema qui in esame, perché sono “enti unitari diversi dai singoli soggetti che ne fanno parte”, sono “comunità a sé stanti”, munite, o non, di propria personalità internazionale¹⁴.

Distinte le unioni particolari o chiuse (alle quali appartengono soggetti determinati ad esclusione di altri) dalle unioni generali o aperte (alle quali appartengono tutti i soggetti di diritto internazionale o almeno quelli che possono trovarsi in determinate condizioni), la nostra attenzione si rivolge a queste ultime. L’esempio di maggior rilievo, all’epoca, era la Società delle Nazioni, sulla cui personalità giuridica viene espresso qualche dubbio da S. Romano anche se riconosce che l’orientamento della dottrina prevalente è a favore della tesi affermativa. Del fenomeno organizzativo o unionistico S. Romano prende atto, le unioni rispondendo a necessità di cooperazione, al fine di soddisfare interessi comuni alle popolazioni degli Stati. Vengono costituite mediante trattati internazionali e si muniscono di propri organi ed istituti¹⁵.

¹² S. ROMANO, *Corso cit.*, 1.

¹³ S. ROMANO, *Corso cit.*, 6 s.

¹⁴ S. ROMANO, *Corso cit.*, 80 s. Esistono unioni che hanno una personalità giuridica distinta, che danno vita a un diritto proprio, distinto dal diritto internazionale e da quello statale. Un’organizzazione può godere di autonomia normativa e decisionale. L’autonomia è la caratteristica principale dei soggetti di diritto internazionale, è la pietra angolare nel sistema giuridico internazionale, così come l’autorità lo è in altri ordinamenti: sono ammesse gradazioni diverse dell’autonomia, non dovendo necessariamente essere assoluta, ma potendo essere anche relativa; in tal senso si vedano i rilievi nel *Corso cit.*, 131 e sul concetto di autonomia, dello stesso A., *Autonomia*, in *Frammenti cit.*, 602 s.; *L’ordinamento cit.*, 29.

¹⁵ S. ROMANO, *Corso cit.*, 93, 212 ss. Per alcuni rilievi sul contributo della dottrina

Ben si comprendono, dunque, le ragioni per cui vengono create istituzioni minori, pur sempre di diritto internazionale, e per cui è pure possibile fare riferimento a un “diritto internazionale europeo” o “americano, e persino asiatico e africano”, dovendosi tenere conto “di speciali tendenze politiche e di speciali interessi”. Anche se, con prudenza, S. Romano ricorda che “non bisogna esagerare” nel ritenere esistenti tanti, corrispondenti ordinamenti particolari¹⁶.

Per l'illustre giurista la Società delle Nazioni era una novità, riconducibile al fenomeno dell'organizzazione internazionale come entità distinta dagli Stati, considerate le finalità che si proponeva e gli organi creati.

Avendo riguardo al fenomeno della cooperazione e integrazione europea che si sarebbe sviluppata alcuni decenni dopo, importa sottolineare la definizione che della Società delle Nazioni dà S. Romano: “è un nuovo tipo di unione internazionale che non rientra in nessuna delle forme precedenti”; non è una confederazione né uno Stato federale; non è una semplice unione amministrativa perché ha una varietà di funzioni, anche *lato sensu* politiche, imponendo agli Stati che ne sono membri “nuovi obblighi internazionali” al fine di garantire la pace e la sicurezza internazionale. Alla domanda se la Società delle Nazioni abbia una personalità internazionale, distinta da quella degli Stati e da quella che essa ha all'interno della propria organizzazione, S. Romano risponde, come si è accennato, in modo non pienamente affermativo, ma la giustificazione, che ci ricorda i dubbi sorti nel passato, circa la personalità delle Comunità europee, la loro definizione e il carattere “sovranaazionale” delle stesse¹⁷, è sicuramente rinvenibile nella novità dell'organizzazione. Ebbe vita breve, avendo cessato le proprie funzioni, formalmente, nel 1946 (fu sciolta dall'Assemblea il 19 aprile 1946), anche se aveva smesso di svolgere attività politica fin dal 1939. E anche

istituzionista a riconoscere la personalità internazionale delle unioni, F. SALERNO, *L'influenza cit.*, 370.

¹⁶ S. ROMANO, *Corso cit.*, 8 s. Sul fenomeno del “regionalismo” cfr. P. ZICCARDI, *Federalismo, societarismo e regionalismo nella comunità internazionale*, in *Com. int.*, 1949, 59 ss.; R. MONACO, *Regionalismo internazionale contemporaneo. Considerazioni*, *ibidem*, 1971, 6 ss.; per alcuni rilievi cfr. il nostro *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984, 115, 284 ss. (*ivi* riferimenti).

¹⁷ Per alcuni rilievi sulla personalità internazionale dell'Unione europea cfr., in epoca più recente, R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, 2° ed., Torino, 2017, 31 ss., 807; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2018, 48, 225 ss.; cfr. pure la nota 32.

tale limitazione di attività e ruolo nella comunità internazionale non poteva non suscitare dubbi¹⁸.

II

5. *La costruzione europea. L'unità nella diversità. Il dinamismo*

Nelle considerazioni fin qui svolte si è ricordato che la comunità internazionale è stata, ed è, composta da soggetti che sono principalmente gli Stati; che gli Stati possono unirsi e organizzarsi in “unioni”; che unità e pluralismo possono coesistere nella comunità internazionale. Abbiamo assistito e assistiamo a un processo dinamico nello Stato e nei rapporti fra gli Stati¹⁹.

Le Comunità europee si inseriscono in questo processo e la Dichiarazione Schuman (del 9.5.1950), prima ricordata, rappresenta ancor oggi il testo fondamentale per comprendere sia le ragioni per le quali sono state costituite le Comunità, sia gli obiettivi delle stesse (prima) e dell'Unione (poi). Il Manifesto di Ventotene (agosto 1941) già ricordato, era molto probabilmente noto a S. Romano. Esso si esprimeva in questi termini, indicando il principale obiettivo del dopoguerra: “Un'Europa libera e unita è premessa necessaria del potenziamento della civiltà moderna”. La Dichiarazione Schuman riafferma i valori della pace, già posti a fondamento di un testo che S. Romano certamente conosceva, la Carta delle Nazioni Unite (26.5.1945, prima ricordata) che avrebbe regolato i rapporti internazionali fra gli Stati sostituendosi al Patto della Società delle Nazioni (che si proponeva, preambolo, di “promuovere la cooperazione internazionale, realizzare la pace e la sicurezza degli Stati”; l'art. 1 Carta delle Nazioni Unite indica i fini, e fra questi il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, lo sviluppo di relazioni amichevoli, la cooperazione internazionale).

¹⁸ Per alcuni rilievi sulla Società delle Nazioni cfr. G. CONETTI, *Società delle Nazioni*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 1167 ss., e sulla nascita delle Nazioni Unite, B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, 11° ed., Padova, 2017, 1, 7 ss.; sul tema cfr. anche il successivo par. 5.

¹⁹ Sulla teoria dei soggetti nella comunità internazionale cfr., nella manualistica italiana più recente, S.M. CARBONE, *I soggetti e gli attori nella comunità internazionale*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, 5° ed., Torino, 2016, 1 ss.; B. CONFORTI (a cura di M. IOVANE), *Diritto internazionale*, XI ed., Napoli, 2018, 13 ss.

La pace, dunque, gli sforzi comuni per realizzarla e per mantenerla sono presenti nella Dichiarazione, prima, nel Trattato CECA, poi, e quindi nel Trattato CEE e, oggi, nel Trattato sull'Unione²⁰.

Vi è una continuità in questa diversità di fonti e di tempi.

Afferma la Dichiarazione che “La pace mondiale non potrà essere salvaguardata se non con sforzi creativi, proporzionali ai pericoli che la minacciano” e che “Il contributo che un'Europa organizzata e vitale può apportare alla civiltà è indispensabile per il mantenimento di relazioni pacifiche”. Il preambolo della Carta delle Nazioni Unite e l'art. 1 affermano tali principi, richiamando la necessità del rispetto degli obblighi derivanti dai trattati e dalle altre fonti di diritto internazionale, ma richiamando anche (art. 52) la piena compatibilità di accordi e di organizzazioni regionali che perseguano le medesime finalità.

È ancora nella Dichiarazione Schuman che si trova un altro elemento caratterizzante la costruzione dinamica (e certo complessa) del sistema comunitario: vi si afferma, precisamente, che “L'Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto”.

L'Europa organizzata, solidale, progressiva nella realizzazione degli obiettivi è ben presente nel Trattato CECA (preambolo, art. 1), nei Trattati istitutivi delle Comunità europee e dell'Unione europea. Il Trattato UE, nella versione modificata dal Trattato di Lisbona (13.12.2007), non solo riafferma “l'importanza storica della fine della divisione del continente europeo e la necessità di creare solide basi per l'edificazione dell'Europa futura”, ma proclama la volontà, la “decisione” degli Stati fondatori di voler “segnare una nuova tappa nel processo di integrazione europea intrapreso con l'istituzione delle Comunità europee”, prevedendo “degli ulteriori passi da compiere” al fine dello “sviluppo” di questa integrazione (preambolo). Il Trattato UE, precisa l'art. 1, secondo comma, rappresenta, appunto, una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione più stretta tra “i popoli dell'Europa”: gli Stati istituiscono una “unione” alla quale “attribuiscono competenze per conseguire i loro obiettivi comuni” (art. 1, primo comma)²¹.

²⁰ Per alcuni rilievi, di carattere storico, J.B. DUROSELLE, *L'idea di Europa nella storia*, Milano, 1964, spec. 445 s.; cfr. pure U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, 5° ed., Bari, 2017, 1 ss.; F. FABBRINI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Bologna, 2018, 18 ss. Cfr. anche i riferimenti nella nota successiva.

²¹ Per un commento all'art. 1 TUE, L. FUMAGALLI, in A. TIZZANO (a cura di), *Trat-*

Il tema dell'“unità nella diversità” avrebbe dovuto rappresentare il motto dell'Unione secondo l'art. I-8 della Costituzione (del 29.10.2004, mai entrata in vigore)²². Il motto, pur essendo riferito ai valori, al patrimonio culturale, religioso, umanistico, va tenuto presente, per quanto riguarda i profili giuridici, ogniqualvolta si distinguono le competenze degli Stati rispetto a quelle dell'Unione: questa, dotata di una personalità internazionale propria, rimane distinta rispetto agli Stati.

Esistono valori comuni agli Stati membri (art. 2 TUE), ma, come afferma la Carta dei diritti fondamentali UE (preambolo, terzo cpv.), essi vanno salvaguardati e sviluppati “nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa, nonché dell'identità nazionale degli Stati membri e dell'ordinamento dei loro pubblici poteri a livello nazionale, regionale e locale”²³. E alla “identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale” si riferisce l'art. 4, par. 2 TUE quando, dopo aver affermato, a proposito della distinzione delle competenze, che quelle non attribuite all'Unione (competenze esclusive *ex art. 5 TUE*) appartengono agli Stati membri, precisa che l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati e, appunto, “la loro identità nazionale”.²⁴

tati dell'Unione europea, 2° ed., Milano, 2014, 8 ss.; F. POCAR, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, 2° ed., Padova, 2014, 4 ss.

²² Sul motto “unità nella diversità” (locuzione riferita all'Unione europea) cfr. i rilievi di C. CURTI GIALDINO, *Unità nella diversità*, in *Il Diritto dell'Unione Eur.*, 2004, 653 ss. e dello stesso *I simboli dell'Unione europea*, Roma, 2005, 129 ss.; inoltre J.-M. FAVRET, *L'Union européenne: “l'unité dans la diversité”. Signification et pertinence d'une devise*, in *Rev.trim.droit eur.*, 2003, 657 ss. Sull'art. I-8 i rilievi di C.-E. GUDIN, *Commentaire*, in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (sous la direction de), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, I, Bruxelles, 2007, 124 ss. e i rilievi di M. CONDINANZI, *L'Unione europea tra integrazione e differenziazione*, in *Federalismi*, 2015, n. 5, 5. Cfr. anche i riferimenti nella nota successiva.

²³ Cfr. il commento all'art. 2 TUE di L. FUMAGALLI, *loc. cit.*, 11 ss.; il commento al preambolo della Carta di F. PAPPALARDO, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, 3 ss.

²⁴ Sui valori comuni ci si permette di rinviare al nostro *Valori comuni nell'Unione europea*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (dir.), *Dialoghi con Ugo Villani*, I, Bari, 2017, 631 ss. Sulla definizione dell'identità nazionale e i problemi posti dall'art. 4, par. 2, più recentemente G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2017, 9 ss. Si vedano anche, sul rispetto delle identità nazionali e costituzionali, M. CARTABIA, “Unità nella diversità”: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in *Il Diritto dell'Unione Eur.*, 2005, 583 ss.

Il processo comunitario, ovvero di integrazione, è un processo in costante evoluzione, che si realizza per “tappe”, l’Unione potendo evolvere in forme sempre più integrate. Alla base vi è un accordo internazionale fra Stati che si propongono obiettivi comuni²⁵. Non si è creato un nuovo Stato o uno Stato federale; gli Stati membri conservano sovranità e competenze, ben definiti dalla Corte costituzionale tedesca nel *Lissabon Urteil* (2009) e, prima, nel *Maastricht Urteil* (2003). Per quanto di natura innovativa o *sui generis* le Comunità prima, e l’Unione poi, restano uno *Staatenverbund*, cioè un’unione stretta e duratura fra Stati che restano sovrani²⁶.

S. Romano avrebbe probabilmente osservato che il fenomeno europeo corrisponde all’evoluzione dinamica dello Stato e della comunità internazionale, confermando comunque il ruolo rilevante mantenuto dallo Stato malgrado le limitazioni della sovranità nazionale previste nei Trattati: ma non avrebbe messo in dubbio (diversamente, come si è detto, dalla Società delle Nazioni) la personalità internazionale dell’Unione.

6. L’Unione europea e la riserva di sovranità degli Stati. La giurisprudenza della Corte di giustizia

Vorrei ritornare sulla definizione di unione e, quindi, sugli elementi differenziali dell’Unione europea sia rispetto ad altre unioni o organizzazioni internazionali, sia rispetto agli Stati.

La giurisprudenza “storica” in proposito è rappresentata dalle sentenze della Corte di giustizia *Van Gend & Loos* (1963) e *Costa c. Enel* (1964), peraltro richiamata in epoca più recente (per esempio nel parere 2/13 sulla possibile adesione dell’Unione alla Cedu).²⁷ Il Trattato CEE è

²⁵ Sul processo di integrazione che si realizza per tappe, ovvero che è in costruzione o divenire, si vedano i nostri rilievi in *Il diritto comunitario nel futuro*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, 857 ss.; sul processo di integrazione giuridica, K. LENAERTS, *L’évolution du cadre juridique-institutionnel de l’Union européenne*, in A. TIZZANO (a cura di), *Verso i 60 anni dei Trattati di Roma*, Torino, 2016, 5 ss.

²⁶ In questi termini il *Lissabon Urteil* del 30.6.2009, BVerfGE 123, parr. 228-229; il *Maastricht Urteil* è del 2.10.2003, in *NJW*, 1993, 3047. Sull’orientamento della Corte costituzionale tedesca cfr. L. DANIELE, *Diritto* cit., 49 ss., 355; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale* cit., 918.

²⁷ Cfr. le sentenze 5.2.1963, *Van Gend & Loos*, EU:C:1963:1; 15.7.1964 *Costa/Enel*, EU:C:1964:66 e il parere 18.12.2013, 2/13, EU:C:2014:2454. Per alcuni rilievi sulla giurisprudenza “storica” K. LENAERTS, *L’évolution* cit., *loc. cit.* Sulla prima sentenza cfr. i vari

un accordo di particolare carattere che “va al di là” di un comune accordo che si limiti a “creare degli obblighi reciproci fra gli Stati contraenti”: esso si riferisce non solo ai Governi, ma ai popoli e ai cittadini, ai quali è riconosciuta una partecipazione democratica esercitata attraverso istituzioni ed organi *ad hoc* e un accesso ai giudici avanti ai quali far valere il diritto comunitario. La Comunità, dunque, “costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani: ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini”²⁸. La Corte ribadisce la differenza del Trattato CEE dagli altri Trattati²⁹ e, appunto, in epoca più recente così precisa: “i Trattati fondativi dell’Unione hanno dato vita, diversamente dai trattati internazionali ordinari, ad un ordinamento giuridico nuovo, dotato di proprie istituzioni, a favore del quale gli Stati che ne sono membri hanno limitato, in settori sempre più ampi, i propri poteri sovrani”³⁰. Ne sono soggetti, come si è detto, non soltanto gli Stati ma anche i loro cittadini.

La Comunità prima, e l’Unione poi, è dotata di organi, di capacità giuridica e di rappresentanza autonoma rispetto agli Stati; ha “un quadro costituzionale e principi fondativi che sono suoi propri, una struttura istituzionale particolarmente elaborata, nonché un insieme completo di norme giuridiche che ne garantiscono il funzionamento”³¹. L’autonomia ovvero la personalità giuridica internazionale dell’Unione è stata poi formalmente riconosciuta nel Trattato UE, art. 47, mentre altra norma (art. 335 TFUE) ne afferma la personalità giuridica nel diritto interno degli Stati membri³². È questa giurisprudenza sulla specialità

contributi in COUR DE JUSTICE DE L’UNION EUROPÉENNE – COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION, *50ème anniversaire de l’arrêt – 50th anniversary of the judgment in Van Gend en Loos – 1963-2013*, Actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013 – Conference proceedings, Luxembourg, 13 May 2013; sulla seconda i vari contributi in B. NASCIBENE (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant’anni dopo*, Milano, 2015. Per alcuni rilievi sul parere cfr., fra i molti contributi, I. ANRÒ, *L’adesione dell’Unione europea alla CEDU*, Milano, 2015, 273 ss. Per un espresso richiamo alla sentenza *Costa/Enel*, con particolare riferimento al primato del diritto UE, cfr. la dichiarazione n. 17 cit. alla nota 33.

²⁸ Cfr. la sentenza *Van Gend & Loos* cit.

²⁹ Cfr. la sentenza *Costa/Enel* cit.

³⁰ Cfr. il parere 2/13, par. 157.

³¹ Cfr. il parere 2/13, par. 158.

³² Per un commento all’art. 47 TUE cfr. B.I. BONAFÈ, *Commento*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati* cit., 322 ss.; G. VENTURINI, *Commento*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a

dell'ordinamento comunitario che afferma, pure, il "corollario" del primato del diritto comunitario sul diritto interno. Pur non contenuto nei Trattati vigenti, il primato è principio fondamentale dell'ordinamento. "Il diritto nato dal Trattato", sottolinea la Corte, "non potrebbe, in ragione proprio della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità"³³.

La limitazione dei poteri, delle competenze degli Stati e l'attribuzione delle stesse ad un ordinamento rappresentano, da un lato, il riconoscimento di una nuova entità nella comunità internazionale; dall'altro lato un "arretramento" della sovranità dello Stato a favore di detta entità. L'espressione "arretramento", mi piace ricordarlo, è usata da S. Romano con riferimento ad una limitazione della sfera legislativa dello Stato, e quindi della sua sovranità rispetto al diritto straniero richiamato nel diritto nazionale. Si verifica, insomma, una delimitazione della sovranità normativa, così venendo assicurata quella "coerenza" fra ordinamenti³⁴ che ha fatto ritenere ad alcuni come i capisaldi del pluralismo giuridico di S. Romano fossero ben presenti alla mente dei redattori della nostra Costituzione, per quanto riguarda in particolare l'art. 11 che prevede le "limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni"³⁵.

Il tema della legittimazione democratica dell'Unione e del deficit che, malgrado le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, ancora è presente nel processo di formazione delle norme, ha un significativo rilievo per distinguere l'Unione dallo Stato o dalla federazione o confederazione di Stati. È vero, l'integrazione non è solo economica, è sociale e

cura di), *Commentario* cit., 139 ss. Per un commento all'art. 335 TFUE cfr. R. BARATTA, *Commento*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati* cit., 2432 ss.; G. VENTURINI, *Commento*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario* cit., 1500 ss. Sul primato del diritto UE cfr. la nota successiva.

³³ Cfr. la sentenza *Costa/Enel* cit.; cfr. pure la Dichiarazione n. 17 (allegata all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007) relativa al primato, che riconosce tale prevalenza, ricordando espressamente la sentenza cit.

³⁴ Per questo riferimento all'"arretramento" cfr. *L'ordinamento* cit., 121; sulla coerenza *Corso* cit., 47 s., e i rilievi di F. SALERNO, *L'influenza* cit., 381.

³⁵ Cfr. i rilievi di P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Il diritto costituzionale*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine* cit., 108, anche con riferimento all'art. 7 sui rapporti fra Stato e Chiesa cattolica.

tendenzialmente politica; i Trattati sono “la carta costituzionale di base”³⁶, vincolando quindi istituzioni e Stati membri al controllo di conformità dei propri atti, svolto dalla Corte di giustizia. In questa comunità di diritto, tuttavia, l’Unione esercita un potere pubblico derivato in base al principio delle competenze di attribuzione. Come afferma la Corte costituzionale tedesca nelle sentenze prima ricordate, diversamente dallo Stato l’Unione non gode della c.d. *Kompetenz Kompetenz*, poiché ricava ed esercita i propri poteri nelle forme e nei limiti stabiliti dagli Stati membri nei Trattati, e per quanto vi siano valori comuni a tutti gli Stati (art. 2 TUE), la legittimità democratica soffre di quella pienezza che è invece propria dello Stato³⁷.

Insomma, l’Unione non è uno Stato, non è una federazione: S. Romano, oggi, quale giudizio avrebbe potuto esprimere? È un fenomeno in evoluzione, è certamente un’unione internazionale, ma con caratteri ibridi. Forse ne avrebbe riconosciuto la specialità, la peculiarità, avrebbe riconosciuto i limiti di sovranità che gli Stati hanno previsto nei Trattati per loro volontà, ma probabilmente non avrebbe riconosciuto la nascita, nella comunità internazionale, di un soggetto del tutto nuovo rispetto alle altre organizzazioni internazionali. Rileva sottolineare che il metodo dell’“integrazione” o “comunitario” comunque convive, malgrado le più recenti modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, con il metodo intergovernativo: esistono forme di cooperazione differenziata o rafforzata (art. 20 TUE) cui si ricorre quando si ritiene preferibile adottare norme comuni a un limitato numero di Stati piuttosto che non adottarle del tutto a causa dell’opposizione di uno o più Stati. Clausole di *opting-in* e *opting-out* sono previste nella materia propria del c.d. *acquis* di Schengen (si veda il Protocollo n. 19); in materia economica e monetaria (si vedano il Protocollo n. 16 e n. 17); in materia di spazio di libertà, sicurezza e giustizia (si vedano il Protocollo n. 20 e n. 21), ma anche in materia di applicazione della Carta dei diritti fondamentali (si veda il Protocollo n. 30, sui limiti di applicazione della Carta a favore della Polonia e del Regno Unito)³⁸.

³⁶ Corte di giustizia, 24.4.1986, C-294/83, *Les Verts*, punto 23, EU:C:1986:166.

³⁷ Cfr. *Lissabon Urteil*, 30.6.2009 cit., parr. 150, 228, 271, 272 e prima il *Maastricht Urteil*, 12.10.1993 cit.: gli Stati, secondo una affermazione ben nota, rimangono *Herren der Verträge*, ovvero Stati sovrani che hanno concluso i Trattati istitutivi, ma possono modificarli. Prova ne è, in epoca più recente, il diritto di recesso previsto dall’art. 50 TUE.

³⁸ Per un commento all’art. 20 cfr. L.S. ROSSI, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati*

III

7. L'“attualità” e “necessità” del pensiero di S. Romano

I rilievi svolti sono certamente modesti a confronto con il tema oggetto di esame.

Il pensiero di S. Romano rimane “attuale” e “necessario” anche in un contesto, quello dell'Unione europea, che sembra estraneo al tema in esame. Credo invece che non sia estraneo, perché è proprio quando si manifesta una pluralità di tendenze e di orientamenti, che fanno capo a sovranità diverse, che occorre pensare all'evoluzione dello Stato, dell'ordinamento e degli ordinamenti, all'organizzazione e unione fra Stati e ordinamenti.

Nel discorso inaugurale dell'anno accademico 1909-1910 nell'Università di Pisa, intitolato “*Lo Stato moderno e la sua crisi*”³⁹, è presente una varietà di elementi che sono espressione di sorprendente modernità.

La crisi dello Stato è colta nell'andamento dei contrasti sociali, della formazione di organizzazioni, raggruppamenti, associazioni, strutture nuove che sono caratterizzate dalla coordinazione di particolari interessi, specie di natura economica. Vi erano entità nuove che si aggiungevano allo Stato: l'assetto giuridico si conformava, dunque, a quello sociale, alla sua evoluzione. Un'evoluzione o trasformazione che lo Stato non può, non riesce a impedire.

Come lo Stato abbandona la struttura monolitica per divenire istituzione di istituzioni, armonizzando, in quanto organizzazione superiore, le varie organizzazioni minori, così nella comunità internazionale, ma anche in quella più ristretta europea, si realizza una “apertura” dello Stato verso gli altri Stati, nella prospettiva di una organizzazione che tiene conto di un pluralismo non soltanto nazionale. La modernità di S. Romano si apprezza nel voler assicurare un dialogo fra ordinamenti giuridici, fra istituzioni, conformemente al pluralismo istituzionale che è caratteristica della sua dottrina. Grazie al coordinamento e alla coerenza, si

cit., 216 ss.; M. FRANCHI FIOCCHI, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario* cit., 99 ss. Sulla cooperazione differenziata e su quella rafforzata cfr. L. DANIELE, *Diritto* cit., 27 ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale* cit., 49 ss.; U. VILLANI, *Istituzioni* cit., 19, 112 ss.; si vedano pure i rilievi di M. CONDINANZI, *L'Unione europea* cit., 11 ss.

³⁹ Cfr. il testo in E. RIPEPE (a cura di), *Ricordando Santi Romano*, Pisa, 2013, 89 ss.

possono ben bilanciare i valori nazionali con quelli provenienti dall'esterno.

8. *L'evoluzione in corso e l'incertezza del futuro*

Sono, queste, valutazioni che ben possono essere riproposte oggi esaminando il processo di integrazione europea. C'è un'evoluzione in corso, anche se di futuro incerto. Sempre nel discorso inaugurale ricordato, con riferimento a un futuro incerto, confidava comunque che “nei momenti in cui si potrebbe rimanere più perplessi, dinanzi all'addensarsi e lo schierarsi in lotta degli elementi contrari (i contrasti sociali di cui si è detto) può soccorrere la fiducia, che il buon seme riuscirà sempre e comunque, presto o tardi, ad essere fecondato dalla paziente opera umana, che, senza lasciarsi forviare da fallaci illusioni o da egoistici interessi, abbia la coscienza, o l'intuito, degli alti e puri ideali, cui essa è chiamata a dar vita”.

È una visione positiva o ottimistica, che può essere legata o collegata al dinamismo della comunità internazionale e, oggi si direbbe, al dinamismo, pur con molte contraddizioni, dell'integrazione europea.

In un altro discorso inaugurale di anno accademico, 1917/18, nel Regio Istituto di Scienze sociali “Cesare Alfieri” di Firenze, intitolato “*Oltre lo Stato*”⁴⁰ afferma: “non può escludersi che gli Stati o anche solo taluni di essi, che si trovino in determinate condizioni, non debbano col tempo, più che svolgersi, rimanere in un certo senso, compresi e forse assorbiti in maggiori organizzazioni non propriamente statuali. Quella che è stata detta la crisi dello Stato odierno potrebbe essere [...] anche un fenomeno concernente le relazioni interstatuali” e gli Stati potrebbero quindi organizzarsi dando vita ad una *civitas gentium* che trascenderebbe addirittura il comune diritto internazionale.⁴¹ Questa previsione di una *civitas gentium* potrebbe anche identificarsi con quella *civitas* o comunità che è nata con i Trattati di Roma del 1957 e si è poi sviluppata fino ad oggi.

⁴⁰ Pubblicato in *Scritti minori*, I, *Diritto costituzionale*, Milano, 1990, 419 ss.

⁴¹ Nel senso che in questo passaggio S. Romano sembra prefigurare l'istituzione delle Comunità europee, G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006, 720.

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 spingono 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.

ALDO SANDULLI

DIALOGO TRA LE CORTI E TUTELA DEI DIRITTI
NELLA CRISI DEL PLURALISMO COSTITUZIONALE:
LA TEORIA ORDINAMENTALE ALLA PROVA EUROPEA

SOMMARIO: 1. La teoria della pluralità degli ordinamenti. – 2. La teoria della pluralità ordinamentale all'abbrivio della complessità. – 3. I tornanti delle tesi romaniane e i riflessi teorici sull'epoca contemporanea. – 4. La seconda parte de *L'ordinamento giuridico*. – 5. La tutela dei diritti nella pluralità ordinamentale: il problema della diversità genetica e finalistica tra ordinamenti giuridici. – 6. Il dialogo competitivo tra le Corti e la tutela dei diritti fondamentali. – 7. Il ruolo della Corte costituzionale nazionale a salvaguardia dei diritti fondamentali nei rapporti con le Corti europee. – 8. L'attualità del pensiero di Santi Romano per le relazioni tra ordinamenti e per il dialogo tra le Corti.

1. *La teoria della pluralità degli ordinamenti*

Tre sono le principali tesi ricavabili da *L'ordinamento giuridico* di Santi Romano, strettamente connesse tra loro.

La prima è quella dell'equiparazione tra ordinamento giuridico e istituzione: tesi che differenzia la teoria istituzionale romaniana dalle altre elaborazioni istituzionali, prima tra tutte quella di Hauriou (oltre che, ovviamente, dalla tesi normativista di Kelsen). L'istituzione non è strumentale all'ordinamento, ma è essa stessa ordinamento: per cui ad ogni istituzione corrisponde un ordinamento (e ciò prelude alla pluralità ordinamentale) e ogni istituzione produce diritto.

La seconda tesi è quella del rapporto tra istituzione e struttura sociale. Essa si è tradotta, in campo giuridico, nella stretta correlazione tra diritto e società (*ubi societas ibi ius*: in ogni gruppo sociale organizzato è presente il diritto) e, con particolare riflesso per il diritto amministrativo, nel primigenio e fondamentale rilievo dell'organizzazione per gli studi amministrativi (il profilo organizzativo precede e si accompagna all'attività). Si tratta di una direzione che è stata intrapresa soprattutto nella seconda metà del Novecento da una parte della scienza giuridica e che dovrebbe essere oramai acquisita: ma essa, ancora oggi, fatica ad affermarsi con completezza. Il rilievo dell'organizzazione, proprio grazie

agli studi operati nel terzo quarto del Novecento, costituisce una caratteristica del diritto amministrativo italiano: ad esempio, la dottrina francese è rimasta ancora formalmente ancorata all'idea che il diritto amministrativo sia essenzialmente attività e tutela giurisdizionale; non a caso essa è dipendente, sul piano scientifico, dalle pronunce del *Conseil d'État*. Può darsi che tale mancata evoluzione sia ascrivibile al fatto che la Francia non abbia annoverato giuristi innovatori del calibro di Santi Romano nella prima metà del Novecento e Feliciano Benvenuti e Massimo Severo Giannini nella seconda metà del secolo. E nonostante questo si tende spesso a dimenticare e svalutare, anche da noi, il rilievo dell'organizzazione per gli studi amministrativi.

La terza tesi è quella maggiormente oggetto del presente contributo: la pluralità degli ordinamenti giuridici che, come è noto, Santi Romano configura prendendo a parametro di riferimento (sia pure con intento problematico) l'ordinamento giuridico statale. Pluralismo, quindi, che si sviluppa “dentro lo Stato” e “oltre lo Stato”, ma anche “al di là dello Stato”. Per la parte interna, esso si riconnette, da un lato, all'emersione dei corpi intermedi e alla elaborazione di un denso concetto di autonomia giuridica (che poi si rifletterà, nel secondo dopoguerra, in alcuni articoli della Costituzione repubblicana). Per la parte esterna, trova ispirazione certamente negli studi di diritto internazionale e di diritto ecclesiastico che Romano ha avuto occasione di sviluppare soprattutto nel periodo pisano. Vi è poi l'intuizione che ordinamenti di rilievo giuridico possano svilupparsi anche nello spazio dell'irrilevanza rispetto all'ordinamento statale.

È nella parte finale dell'opera che Romano analizza la questione della partizione interna dell'ordinamento dell'istituzione superiore e, accanto ad essa, della norma interna e del cd. potere di supremazia speciale. Si possono avere, in tal modo, ordinamenti interni che sono compresi in un ordinamento maggiore: i primi, anche perché, per alcuni versi, sono irrilevanti rispetto ai secondi, sono comunque degli ordinamenti giuridici a sé stanti. È una prospettiva della pluralità ordinamentale che è tornata di particolare attualità in tempi recenti, ad esempio con il dibattito sull'autodichia degli organi costituzionali, sul quale non ci si può però soffermare in questa sede¹.

¹ Su di esso sia consentito rinviare, tra gli altri, ad A. SANDULLI, *L'insostenibile leggerezza dell'autodichia degli organi costituzionali*, in *Dir. cost.*, 2018, 87 ss.

Ma sono soprattutto le implicazioni oltre lo Stato e, quindi, i rapporti tra gli ordinamenti giuridici nazionali e sovranazionali, che hanno avuto sviluppi di estremo rilievo e che interessano maggiormente in questa sede. Ciò pur tenendo conto di una serie di *caveat*: ad esempio, del diverso contesto storico-culturale in cui ha operato Santi Romano, il quale pensava all'epoca principalmente all'idea di Mitteleuropa, con l'Impero germanico al centro di un'unione doganale comprensiva di una serie di paesi europei.

Romano coglie, nelle due direzioni (interna ed esterna allo Stato), il disordine che inizia a prodursi a seguito del moltiplicarsi di fonti del diritto, per cui la complessità crescente di un mondo sempre più comunicante e privo di confini, grazie soprattutto alle innovazioni tecnologiche, disturba la tranquillizzante linearità del primato della legge e della sovranità statale derivante dalla Rivoluzione francese. Per la parte oltre lo Stato, il dibattito che poi condurrà, con il Trattato di Versailles, alla Società delle Nazioni consente a Romano di sviluppare ulteriormente l'idea "incrementale" del modello sociale, di influenza vichiana e groziana, che era già stata abbracciata in senso evoluzionista, in precedenza, da Vittorio Emanuele Orlando. Secondo tale costruzione la storia dell'umanità aveva gradualmente condotto verso assetti di organizzazione sociale più complessi e lo Stato non sarebbe altro che uno tra i tanti possibili modelli sociali. Santi Romano fa compiere a tale tesi un consistente ulteriore passaggio, perché, secondo il giurista palermitano, da un lato, si sviluppa una rete di rapporti istituzionali che costituisce il sostrato per la struttura normativa che connota la vita sociale e che si sostiene attraverso la forza sociale; dall'altro, nell'evoluzione dei rapporti tra Stato e ordinamento internazionale, la spinta evolutiva non può che condurre oltre lo Stato, «a giganteschi organismi oltre e sopra gli Stati», alla cooperazione e collaborazione tra Stati, anche attraverso forme di sovranità condivisa.

È evidente che la concezione romaniana della pluralità ordinamentale è assai distante dall'ottica monista e gerarchica kelseniana, la quale è costruita sulla priorità logica dell'unitarietà del diritto e, quindi, al massimo su rapporti tra ordinamento universale e ordinamenti parziali. Visione kelseniana che è messa all'angolo dalla preponderanza del fatto e dell'evidenza empirica. La concezione pluralista di Romano (il quale peraltro valorizza l'unità dell'ordinamento, perché quest'ultimo è *in primis* compattezza e coerenza della struttura) lascia intatta la possibilità di coesistenza, compenetrazione, cooperazione e condivisione tra ordinamenti. Se ciascun ordinamento è istituzione e se il diritto è espressione

della socialità umana, è nell'ordine delle cose il rapportarsi di ciascuna istituzione con le altre. Collegamenti che, nella seconda parte de *L'ordinamento giuridico*, Romano riconduce ai concetti di rilevanza e di titolo, per cui tali rapporti sono edificati sulle diverse combinazioni tra tipi di rilevanza e tipi di titoli. È una parte molto densa e interessante de *L'ordinamento giuridico*, dalla quale si può ricavare, al di là degli analitici possibili incroci classificatori, la notevole flessibilità che tale catalogo aperto di relazioni è suscettibile di riflettere in ordine al contemporaneo modello di rapporti tra ordinamenti e tra Corti dei diversi ordinamenti.

Ecco allora che, nell'ottica romaniana, la pluralità ordinamentale prende forma non soltanto all'interno dell'ordinamento giuridico statale, preso a punto di riferimento in un'ottica plurale, ma è suscettibile di svilupparsi, altresì, in entità sovrastatali nell'ambito delle quali gli Stati si impegnano a cogestire spazi di sovranità.

È un assetto ordinamentale, quello oltre lo Stato, che Santi Romano immagina comunque comporsi attraverso il fondamentale ruolo rivestito dagli Stati: «Dio o demonio, realtà vera o idolo falso, salvezza o perdizione, lo Stato è diventato il primo, se non l'unico attore nella scienza del mondo», per cui non può «escludersi che gli Stati o anche solo taluni tra essi, che si trovino in determinate condizioni, non debbano, col tempo, più che svolgersi, rimanere, in un certo senso, compresi e forse assorbiti in maggiori organizzazioni non propriamente statuali»².

Nella concezione romaniana, peraltro, lo Stato non si scioglie nell'ordinamento superiore, ma opera all'interno di esso in collaborazione con altri: il pluralismo oltre lo Stato poggia, per Romano, sullo Stato stesso, non prelude al suo superamento.

2. La teoria della pluralità ordinamentale all'abbrivio della complessità

È ovvio che la tesi romaniana non poteva all'epoca andare oltre, perché non era immaginabile uno sviluppo quale quello dell'ordinamento sovranazionale europeo, ma neppure delle implicazioni globali che si sarebbero affiancate a quelle internazionali: addirittura, non erano state introdotte gran parte delle attuali Costituzioni rigide. Era un mondo giuridico all'abbrivio della complessità, ma ancora molto semplificato

² S. ROMANO, *Oltre lo Stato*, 1919, in ID., *Scritti minori*, vol. I, Milano, 1990, 421.

rispetto al “caos calmo” dell’epoca contemporanea e all’effettiva corrispondenza reciproca tra ordinamenti. Sempre più spesso oggi ci si trova alle prese con il corto circuito della prevalenza del primato del diritto dell’Unione europea vs. il primato della tutela dei diritti fondamentali e inviolabili previsti dalla Costituzione nazionale; conflitto letto anche alla luce delle norme della CEDU sui diritti fondamentali³.

E tuttavia, ciò che si tratta di comprendere è se, al di là della distanza temporale e, quindi, dell’impossibilità per un giurista del primo Novecento di percepire i complessi tratti evolutivi dell’epoca post-moderna, la tesi della pluralità degli ordinamenti possa risultare tuttora di attualità, soprattutto in ordine all’evoluzione sovranazionale che si è determinata nel continente europeo. Ciò, in particolare, a seguito della crisi economico-finanziaria dell’ultimo decennio, che ha creato difficoltà alle tesi del *constitutional pluralism*, le quali per lungo tempo hanno precognizzato il superamento delle teorie romaniane.

All’epoca di Romano, l’assetto che vedeva quale punto di riferimento lo Stato era il solo concepibile. Oggi, anche se tale assetto sta vivendo un’ondata di riflusso, occorre tenere conto della circostanza per la quale si è dovuto muovere oltre la dicotomia tra monismo e dualismo⁴, in direzione di un nuovo equilibrio.

Ciò posto, il pluralismo romaniano attualizzato (e, cioè, rimosse le coordinate dualistiche che erano naturali per l’epoca) può essere ancora di ausilio per prefigurare una sorta di terza via, mediana, rispetto ai due modelli estremi. Si prenda il contesto europeo, su cui si concentrerà maggiormente l’attenzione: per un verso, vi è la tesi della sostituzione di Stati con lo Stato e, quindi, dell’ipotesi federalista degli Stati Uniti d’Europa, che è volta a traslare in sede sovranazionale i caratteri tipici

³ *Mutatis mutandis*, è una sorta di versione giuridica dell’irrisolvibile trilemma del mondo economico di Rodrik, per cui possono essere soddisfatti, di volta in volta, soltanto due risultati su tre, ma mai tutti e tre insieme, tra i seguenti: più profonda integrazione economica, tutela dei diritti e delle garanzie democratiche di un ordinamento, sovranità dello Stato nazionale.

⁴ Va segnalato, peraltro, che vi sono tuttora elaborazioni di tipo dualistico, volte ad adattare i rapporti tra diritto internazionale e diritti nazionali alle mutate condizioni derivanti dalla globalizzazione e dall’emersione di ordinamenti sovranazionali. Si v., tra gli altri, G. ARANGIO-RUIZ, *Dualism Revisited. International Law and Interindividual Law*, in *Riv. dir. internaz.*, 2003, 909 ss.

Per un’analisi delle tradizionali tesi dualistiche di Triepel e di Anzilotti, si v., *ex multis*, G. GAJA, *Positivism and Dualism in Dionisio Anzilotti*, in *EJIL*, 1992, 123 ss.

dell'ordinamento giuridico statale; per l'altro, si sostiene il dissolvimento dell'esperienza statale nel nuovo paradigma della *governance* diffusa, cd. multilivello, nella quale i piani si confondono e si mischiano in assenza di riferimento a un modello sociale dotato quanto meno di primazia.

L'approccio romaniano può consentire di aprire la strada a una terza via, quella che vede l'attuale fase "liquida" come una porzione di una fattispecie complessa a formazione progressiva, la quale, attraverso proprio le caratteristiche proprie dell'ordinamento giuridico e dei rapporti tra ordinamenti possa gradualmente condurre, in seno all'ordinamento europeo, verso il passaggio a un assetto più politicamente coeso e meno fondato su dinamiche intergovernative⁵.

Vi è poi un altro elemento che Santi Romano non poteva certamente tenere in adeguata considerazione all'epoca della stesura de *L'ordinamento giuridico*: quello dell'enorme rilievo assunto dalle Corti in seno all'assetto costituzionale plurale derivante dall'emersione di ordinamenti sovranazionali, internazionali e globali. Non era percepibile, allora, né l'importanza rivestita dalle Corti costituzionali nazionali, né quella delle Corti sovranazionali e internazionali, né tantomeno degli organismi di tutela globali.

La pluralità e la commistione tra ordinamenti, la molteplicità delle fonti e l'indefinitezza che ne è derivata, le esigenze crescenti di armonizzazione e normalizzazione hanno finito per rendere più confusi e incerti i paradigmi e gli architravi dello Stato di diritto: ciò con particolare riferimento all'identificazione e al modo di tutela dei diritti fondamentali.

Lo Stato di diritto, come è noto, aveva avuto origine per garantire legalità ed eguaglianza nel godimento dei diritti e delle libertà, a fronte del predominio cetuale delle età precedenti: quale frangiflutti a tutela dei più deboli contro il dominio dei forti poteri privati. Nel corso della prima parte del Novecento, lo Stato ha seguito strade che hanno deviato dagli obiettivi originari e che hanno condotto a due guerre mondiali: la devastazione che ne è scaturita, unita agli sviluppi tecnologici ed economici della seconda parte del Novecento, ha determinato l'emersione di ordinamenti oltre lo Stato. Il fenomeno della globalizzazione di fine No-

⁵ Si noti la tendenza di sistemi federali a diritto costituzionale avanzato, quale ad esempio quello statunitense, a resistere all'influenza derivante dal diritto internazionale, in quanto il diritto che ne scaturisce sarebbe estraneo al corpo sociale nazionale: si v., sul punto, A. BIANCHI, *International Law e US Courts: The Myth of Lobengrin Revisited*, in *EJIL*, 2004, 731 ss.

vecento e avvio di nuovo millennio ha ulteriormente contribuito a mutare l'assetto dei rapporti tra ordinamenti e ha anche condotto a interrogarsi, sul piano teorico, in particolare da parte degli esponenti del costituzionalismo cosmopolitico, se possa ancora essere utile la teoria della pluralità degli ordinamenti. Interrogativo che si è nuovamente ribaltato negli ultimi anni, con la crisi economica, a seguito della messa in dubbio delle costruzioni fondate sul pluralismo costituzionale.

Uno tra i problemi che si pongono, ad esempio, è il seguente: per Santi Romano, l'istituzione è volta a "istituire" e, cioè, ad assestare le norme e a ricomporre l'ordine giuridico. Se lo Stato è l'istituzione dotata di primazia, ciò può funzionare anche nell'ipotesi della pluralità degli ordinamenti. Ma nell'assetto odierno, globalizzato, asistemico, frammentato qual è l'istituzione che identifica i diritti e qual è l'istituzione che tiene conto della dinamica evoluzione dei diritti nel tempo?

Con la globalizzazione economica, gli ordinamenti giuridici non sono più in grado di affrontare in modo isolato una serie di questioni, ma hanno necessità di articolarsi a loro volta in forme pluralistiche, pluricentriche, cooperative. Il baricentro deve necessariamente spostarsi in direzione dell'individuazione e applicazione di principi comuni, dell'attività di interpretazione in seno a una molteplicità di fonti, del ruolo delle Corti dei diversi ordinamenti, in dialogo, in competizione e spesso in conflitto tra loro, al fine di garantire la convivenza e di evitare la collisione tra diversi ordini giuridici.

3. I tornanti delle tesi romane e i riflessi teorici sull'epoca contemporanea

Può essere utile, prima di compiere un carotaggio sul tema specifico (il dialogo tra le Corti e la tutela dei diritti fondamentali), ricostruire sinteticamente il percorso evolutivo intervenuto nell'arco degli ultimi decenni e poi passare in rassegna la seconda parte de *L'ordinamento giuridico*, al fine di verificare quali tornanti dell'opera romana siano utili per rinvenire le chiavi di lettura della contemporaneità.

Quest'ultima operazione, si avverte, è certamente discutibile sul piano ermeneutico, perché profondamente diverso era l'assetto storico, sociale e giuridico sul quale operava Santi Romano. Ma può comunque fornire un'idea circa la capacità di disseminazione e di adattamento del pensiero romano rispetto al nuovo ordinamento giuridico europeo (né Stato né società di Stati) sorto nel secondo dopoguerra.

La teoria della pluralità degli ordinamenti poggia su due capisaldi, volti al superamento delle costruzioni hegeliane, giusnaturalistiche, kelseniane: lo Stato moderno è una specie del genere diritto, che esiste anche al di là di esso, non essendo un suo prodotto; lo Stato è soltanto una tra le forme di organizzazione della società umana, potendo i gruppi sociali costituirsi anche in modo indipendente dallo Stato.

Quali sono le caratteristiche dello Stato moderno inteso quale ordinamento giuridico originario, per come sviluppatosi in epoca preromana? Lo Stato è ordinamento sovrano, autonomo, chiuso, completo, coerente, esclusivo, privo di lacune, capace di garantire legalità e certezza. L'ordinamento dello Stato sovrano e originario non ammette antinomie esterne e, cioè, non ammette che il suo diritto possa entrare in conflitto con quello straniero: o, meglio, tali conflitti, se esistono, sono insolubili o irrilevanti, perché, ad esempio, l'ordinamento internazionale e quelli statali si muovono su direzioni indipendenti e autonome, di tipo dualistico.

Nell'ultimo quarto del Novecento, con il consolidarsi dell'ordinamento comunitario, il primato del diritto europeo e la sua immediata applicabilità e l'affermazione di tale ordinamento come autonomo e insuscettibile al conflitto con quelli degli Stati membri, si è ritenuto possibile da taluni traslare a livello europeo una logica abbastanza simile a quella concernente lo Stato moderno, per cui, in una chiave dualista, la norma statale incompatibile con il diritto comunitario andrebbe considerata un fatto giuridicamente irrilevante per l'ordinamento europeo. Ma, sempre in un'ottica dualista, la vicenda potrebbe essere vista in modo opposto dal lato dello Stato membro, nel senso che l'ordinamento comunitario ha una produzione normativa autonoma soltanto grazie alla delega di autorità formulata dall'ordinamento statale.

Tutto ciò in base a un principio chiave della struttura dualista, quello di incommensurabilità o relatività dei valori giuridici, per cui una medesima condotta può essere valutata in modo differente dai diversi ordinamenti interferenti l'uno con l'altro.

Qui interviene la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici interconnessi, per la quale la sovranità nazionale e quella comunitaria non sono indipendenti tra loro, ma concorrono e danno luogo a un diritto indeterminabile, nel senso che la pluralità di punti di vista differenti entra in concorrenza, interagendo tra loro, potendo risolvere le questioni in maniera diversa a seconda della prospettiva dalla quale si guarda ad esse. In tale contesto, più che la sovranità e la gerarchia, conta la qualità

delle argomentazioni giuridiche, la forza dei contenuti sostanziali del diritto, la ragionevolezza, la proporzionalità, la mitezza, per il tramite dell'emersione dei principi generali, delle tradizioni comuni, dell'interpretazione adeguatrice, dando luogo ad una *ad hoc* crazia. Si passa, pertanto, al principio della commisurabilità e del bilanciamento dei principi e degli interessi sostanziali.

In tale contesto, «non ha più molto senso pensare alla coerenza dell'ordinamento giuridico se non come un equilibrio precario, sul bordo del vuoto, fra autorità momentaneamente convergenti; oppure la coerenza è proiettata fuori dagli ordinamenti giuridici, nei "principi etico-politici", nei "valori comuni", sorta di cielo bizantino che non riesce comunque più a nascondere il fatto (se di fatto si tratta) che il diritto dell'integrazione *non disciplina più la propria trasformazione*. Fra i giuristi inizia a diffondersi l'espressione spazio giuridico per indicare questo diritto non determinato dall'interno, al cui (dis)ordinamento concorrono norme e autorità distinte. Si inizia a parlare di concorrenza fra ordinamenti giuridici: concorrenza che secondo alcuni è volta alla massimizzazione dell'efficienza, secondo altri è volta al ribasso delle garanzie, ma che comunque implica uno scioglimento dell'esclusività statale e il continuo ricorso a valutazioni comparative da parte degli attori privati ma anche dei pubblici poteri. Per supplire alla carenza della teoria dell'ordinamento giuridico, i giuristi riprendono dalla scienza politica e dalla teoria dell'organizzazione il concetto di *governance* multilivello: una struttura decisionale in cui operano istituzioni autonome fra cui non intercorrono relazioni gerarchiche; una *governance* che si distingue dal governo dello Stato nazionale perché priva di un'istanza sovrana. Secondo una concezione pluralista del diritto, quando viene meno il fenomeno dell'autorità, una pluralità di istituzioni dotate di varia autorevolezza e di diversa legittimazione (rappresentanza politica, *expertise* tecnica, influenza economica, etc.) cooperano ed eventualmente entrano in conflitto all'interno di uno spazio giuridico non ordinamentale, perché pluralista (anziché unitario), antinomico (anziché coerente), insaturo (anziché completo)»⁶.

Oggi, come segnalato, la costruzione a-gerarchica della *multilevel governance* sembra conoscere un periodo di difficoltà, perché gli strin-

⁶ G. ITZCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in DPCE, 2009, 34 ss., cui si rinvia, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, per l'intera ricostruzione operata in questo paragrafo.

genti vincoli economico-finanziari scaturiti dalla crisi hanno messo a nudo le questioni irrisolte di tali assetti “liquidi”: l’indecisione sovrana, la rimozione della questione del *deficit* democratico, l’affondamento dei corpi intermedi volti alla mediazione politica e l’affermazione delle *élite* tecniche «hanno contribuito ad oscurare una delle funzioni fondamentali dell’ordinamento giuridico, vale a dire la soluzione del conflitto e la ricostruzione dell’unità»⁷.

4. *La seconda parte de L’ordinamento giuridico*

Se questo è il quadro sintetico delle diverse prospettive dei rapporti tra ordinamenti nell’evoluzione intercorsa tra Novecento e primi decenni del nuovo millennio, occorre verificare quali fossero le posizioni di Santi Romano in ordine alla pluralità e in che modo esse possano tuttora svolgere un ruolo.

C’è un passaggio della seconda parte de *L’ordinamento giuridico*, che è emblematico del ruolo di punto di passaggio cruciale svolto da Romano in un’età in cui l’idea dell’apertura ordinamentale era tutt’affatto scontata: «Che in un dato ordinamento originario le norme di un secondo ordinamento non possano aver valore se non in base a norme del primo, è esatto, ma, secondo noi, è viceversa inesatto ritenere che ogni ordinamento consideri giuridiche soltanto le sue norme e irrilevanti tutte le altre in quanto tali: ciò è, non soltanto arbitrario, ma in contrasto con la realtà. Il principio che ogni ordinamento originario è sempre esclusivo, deve intendersi nel senso che esso può, non che debba necessariamente negare il valore giuridico di ogni altro: donde mai deriverebbe questa necessità e, quindi, questa limitazione, che sarebbe poi incompatibile col carattere stesso degli ordinamenti originari, che, perché tali, sono sovrani e non conoscono altre limitazioni se non quelle poste o riconosciute da essi stessi? (...) In altri termini, un ordinamento può ignorare o anche negare un altro ordinamento; può prenderlo in considerazione attribuendogli un carattere diverso da quello che esso si attribuisce da sé e quindi, se crede, può considerarlo come un mero fatto; ma non si vede perché non possa riconoscerlo come ordinamento giuridico, sia pu-

⁷ R. BIFULCO, *Europe and Constitutional Pluralism: Prospects and Limitations*, in *IJPL*, 2018, 167 ss.

re in certa misura e per certi effetti, nonché con le qualifiche che potrebbe ritenere opportuno conferirgli. Anzi, si deve osservare che, per conferirgli tali qualifiche, che l'ordinamento di cui è parola eventualmente non si attribuisce, è talvolta necessario riconoscerlo come ordinamento giuridico e non come un semplice fatto: così, per es., quando un ordinamento che si afferma originario è considerato da un altro come derivato, osservazione questa che riteniamo debba essere tenuta presente per il problema del diritto internazionale privato»⁸.

Non si nega l'esclusività e l'unità dell'ordinamento originario, ma si incrina fortemente l'idea dell'ordinamento chiuso e privo di lacune, aprendo alla pluralità e alla porosità tra ordinamenti.

Attraverso l'esempio del diritto internazionale, Romano analizza le relazioni tra ordinamenti fondate su un titolo giuridico di subordinazione, di presupposizione, di indipendenza, mettendone in discussione l'unilateralità dall'angolazione statalistica: l'ordinamento statale è accerchiato da quello più vasto sovranazionale, ma quest'ultimo non può sopprimerlo o dichiararlo invalido, anche perché il primo presuppone il secondo, pur dipendendo da esso assieme agli altri Stati membri (che sono, per l'appunto, tutti sovrastati dall'ordinamento sovranazionale).

Si conserva l'idea della separazione tra ordinamento sovranazionale e statale, potendo al più dall'ordinamento superiore dipendere momenti di efficacia non di esistenza: ad esempio, un ordinamento statale può fare volontariamente posto, al suo interno, all'ordinamento sovranazionale. La concentrazione dell'attenzione sugli effetti implica che un ordinamento nazionale possa incidere sull'ordinamento sovranazionale apparentemente "superiore", ma anche che l'ordinamento sovranazionale funga da tramite e da collegamento tra i diritti degli ordinamenti statali.

Si apre la strada, in tal modo, ad ipotesi di coordinamento e di collaborazione tra ordinamenti giuridici originari, che è alla base delle teorie della pluralità degli ordinamenti. In questa direzione le tesi romane hanno funzionato da apripista e antesignane.

In tale contesto, le lacune ordinamentali sono possibili (dunque, si nega la chiusura e la completezza ordinamentale), ma sono colmabili attraverso le relazioni tra ordinamenti, in un'ottica plurale.

Infine, vi è un brano della seconda parte de *L'ordinamento giuridico* nel quale la pluralità ordinamentale è concepita come un costante braccio di

⁸ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 119-120.

ferro tra l'ordinamento distinto da quello statale e quest'ultimo. Un contrasto che può vivere su momenti di debolezza o di forza all'uno o all'altro e che potrebbe anche giungere a minare l'esistenza dell'ordinamento statale.

Emerge la concezione del conflitto tra ordinamenti, che è altra idea forte alla base del pluralismo giuridico.

Ecco, quindi, in conclusione di questa prima disamina, che, nella seconda parte de *L'ordinamento giuridico*, non si produce un radicale iato rispetto alla tradizionale visione dualista che avrebbe ancora a lungo caratterizzato la riflessione giuridica, ma vi sono certamente, sparse qui e là, significative aperture alla pluralità ordinamentale che hanno consentito di avviare una esplorazione di nuove strade in tempi ancora poco adusi a tali tipi di approcci.

Fatto sta che la pluralità ordinamentale di Santi Romano apre alle relazioni tra ordinamenti, ma non rompe il legame con la tenuta e con l'aurea di certezza dell'ordinamento giuridico statale. Non si espone, in tal modo, al problema di maggior consistenza del (dis)ordinamento giuridico determinato dall'ottica pluralista, che consiste proprio nei rapporti a-gerarchici del cd. dialogo tra le Corti, virtù e difetto del disegno pluralista: «il conflitto può ripresentarsi e, quando ciò accade, si può dire solo che la soluzione del conflitto è frutto di una scelta arbitraria del decisore pretese di autorità incompatibili. Nei termini della teoria dell'ordinamento giuridico, ciò significa che non c'è certezza, non c'è legalità (chi decide sull'autorità di chi decide il conflitto? In base a quali criteri?) e non c'è ordinamento giuridico. Ma se non c'è né legalità, né certezza, né ordinamento, che non ci sia forse nemmeno più diritto? Non c'è da stupirsi se questa situazione, riconducibile alla crisi dell'autorità statale, abbia prodotto fra i giuristi alcune cupe riflessioni sul "nichilismo giuridico"»⁹.

Il pluralismo costituzionale contemporaneo, più che uno stabile punto di arrivo, rappresenta dunque una mera fase di un processo in corso. E allora anche il fenomeno, di carattere necessariamente contingente e suppletivo del dialogo tra le Corti va inquadrato in questa fattispecie a formazione progressiva.

⁹ G. ITZCOVICH, *Ordinamento giuridico*, cit.

5. *La tutela dei diritti nella pluralità ordinamentale: il problema della diversità genetica e finalistica tra ordinamenti giuridici*

Tutto ciò premesso, si può pervenire finalmente al tema assegnato, consistente nella tutela dei diritti, per il tramite del dialogo tra le Corti, nella pluralità ordinamentale.

In ordine a tale tutela, occorre preliminarmente rilevare che si pone un problema di asimmetria tra assetti e tra ordinamenti. All'interno dello Stato, la Corte costituzionale si inserisce nel tradizionale equilibrio democratico tra poteri derivante dal circuito di rappresentanza politica; nell'ordinamento sovranazionale europeo, la Corte di giustizia si inquadra in un diverso equilibrio e molto si è discusso in ordine al deficit democratico che connota tale assetto; in seno al contesto internazionale la situazione è fluida, perché, se prendiamo il peculiare caso della Convenzione EDU, che è stato definito un *cosmopolitan legal order*, è direttamente la Corte EDU a pronunciarsi in via astratta sul bilanciamento dei diritti al di là di un diretto radicamento alle concrete dinamiche dei diritti stessi, ma con la possibilità per i singoli di accedervi; ancora più complesso è il caso dello spazio giuridico globale, perché, da un lato, gli organismi globali afferiscono a specifici settori e le amministrazioni e i giudici sovranazionali e nazionali intessono relazioni direttamente con tali organismi, "perforando" e bypassando gli Stati, e, dall'altro, anche qui il paradigma duale viene superato anche dalla circostanza che gli organismi di tutela a livello globale possono essere aditi anche da singoli.

Il carattere che vorrei mettere in luce, prima di passare al cd. dialogo tra le Corti – altrimenti si rischia di non comprendere adeguatamente il fenomeno e di semplificare e fraintendere i rapporti tra i giudici dei diversi ordinamenti – consiste nella difficoltà di articolazione delle relazioni che sussistono tra i diversi ordinamenti e le loro Corti. Difficoltà che non sono soltanto date dalla circostanza che si tratta di ordinamenti di taglia diversa e di livello di governo diverso, quanto dal fatto che il patrimonio genetico degli stessi è differente e vi è una distinta attitudine funzionale che connota gli ordinamenti in questione: tale distinzione risona nel modo in cui l'ordinamento – e, di conseguenza, le Corti che ne fanno parte – guardano a determinati diritti fondamentali e ne garantiscono la tutela. È il problema che è stato definito in diversi modi: della

coassialità tra ordinamenti¹⁰ oppure della sostenibile diversità tra gli stessi.

L'esempio che più chiaramente illustra tale situazione è quello del rapporto tra ordinamento statale e ordinamento europeo.

Come si è nel dettaglio argomentato in altra sede¹¹, lo Stato moderno è nato sotto l'egida del diritto e della tutela dei diritti dei suoi cittadini. Nel momento della sua massima affermazione, nel corso dell'Ottocento, il diritto è stato formato dallo Stato quale potere sovrano di comando nei riguardi dei sudditi, ma si è espanso anche nell'altro versante, fondamentale, delle garanzie individuali riconosciute dallo Stato di diritto; tale espansione è proseguita nel corso del Novecento, sotto forma di garanzie sociali e prestazioni rese ai cittadini. È chiaro che, in tale assetto ordinamentale, chiuso, edificato sulla legge e costruito essenzialmente sul diritto, la tutela dei diritti fondamentali ha assunto un rilievo centrale e fondante, cristallizzato nelle Carte costituzionali democratiche.

Diverse sono state le vicende dell'ordinamento sovranazionale europeo, nel secondo dopoguerra e nel corso della seconda metà del Novecento. Un percorso che, per certi versi, è stato sviluppato nell'ottica istituzionale romaniana: quella di cittadini, corpi intermedi e imprese che si sono fatti istituzione oltre gli Stati. Ma che, per altri versi, ha visto, accanto al diritto, maturare quali scienze autonome altre scienze: l'economia, la sociologia, la scienza politica, la statistica. Il fenomeno giuridico, assieme alla secolarizzazione della società europea, è divenuto concausa e parte di un modello più complesso, frammisto ad elementi politici, sociali ed economici. Ma, soprattutto, l'ordinamento europeo si è sviluppato funzionalmente attorno al mercato e a obiettivi economico-finanziari, che ne hanno connotato l'evoluzione normativa.

Questo andamento si è accentuato ulteriormente a partire dagli anni Novanta, con l'emersione della tendenza neoliberista. È stato rilevato di recente da Matthias Goldmann¹² che il paradigma del mercato ha iniziato verso la metà degli anni Settanta ad affermarsi anche a livello giurisprudenziale, con i casi *Dassonville* e *Cassis de Dijon*: *l'integration through law*, anziché *through politics*, ha contribuito a orientare in direzione del merca-

¹⁰ R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018.

¹¹ A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, 2018.

¹² M. GOLDMANN, *The Great Recurrence. Karl Polanyi and the Crisis of the European Union*, in *European Law Journal*, 2017, 270.

to (e la Corte di giustizia, a suo avviso, anche successivamente, nelle occasioni di maggior rilievo, si sarebbe dimostrata più sensibile alla difesa del mercato e della concorrenza che alla tutela dei diritti fondamentali). La successiva liberalizzazione dei mercati tra fine anni Settanta e soprattutto primi anni Ottanta, con le politiche anglo-americane di *deregulation*, ha accelerato il processo. Si tratta di una visione eccessivamente radicale e unilaterale (perché la Corte di giustizia è stata anche ben altro, per l'evoluzione del diritto e dei diritti in Europa, in particolare in determinate epoche; e si pensi anche al ruolo di elevazione del livello medio di democrazia in paesi a basso tasso, quali quelli dell'Est europeo).

Secondo Dieter Grimm, «The asymmetry also accounts for the liberalizing tendency of the ECJ's jurisprudence. This is not to say that the ECJ pursues an agenda of economic liberalism. It rather pursues the treaty goal to establish and maintain the single market. Yet, since the vast majority of requests for a preliminary ruling – which reach the ECJ – has its origin in actions by economic actors who see their interests threatened by national legislation, and since the ECJ can contribute to the establishment of the single market only negatively, the result is a structural bias in favour of liberalization. This, in turn, affects social policy. Although reserved for Member States, social policy comes under pressure because of the liberalizing effects of the ECJ's jurisprudence, combined with the effects of globalization, while the national social policy comes under pressure because upholding a high standard of social security tends to weaken the competitiveness of national economy»¹³.

E Roberto Bin¹⁴ ha recentemente evidenziato come la giurisprudenza della Corte di giustizia europea (ad esempio, *Viking*, *Laval*, *Rüffert*, *Asklepios Kliniken*, *Polbud*, *Abercrombie*) abbia operato con una presbiopia che è un portato del fattore genetico, per cui essa non ha custodito in via prioritaria i diritti fondamentali, come è avvenuto ad esempio per la Corte costituzionale italiana, ma le quattro libertà degli operatori del mercato, per cui la tutela assicurata ai diritti sociali è riflessa, derivata ed episodica.

Ancora più accentuato è tale processo se si guarda ad organizzazioni internazionali, quali ad esempio il WTO.

Vi è, quindi, una diversità che può essere anche profonda sia quanto

¹³ D. GRIMM, *The Constitution of European Democracy*, OUP, Oxford, 2017, 98-99.

¹⁴ R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit.

a spinta originaria della nascita e dello sviluppo di un ordinamento giuridico, ma anche delle finalità e degli obiettivi che un ordinamento giuridico è chiamato a perseguire sulla base degli atti normativi fondamentali che ne costituiscono la base.

Va anche tenuto conto che questi profili di diversità che connotano gli ordinamenti sovranazionali spesso finiscono per trascinare negli ordinamenti degli Stati, per cui vi è un processo di naturale condizionamento e avvicinamento degli ordinamenti di taglio inferiore nei riguardi di quelli di taglio superiore; ma resta sempre, di fondo, il diverso genoma e la resistenza degli Stati costituzionali e delle loro Corti di fronte alla “colonizzazione giudiziale” attraverso gli orientamenti dei giudici.

Di qui il complesso tema, in epoca contemporanea, del dialogo tra le Corti e delle asimmetrie tra ordinamenti nel grado di tutela dei diritti fondamentali: ci si chiede, al proposito, se sia possibile rinvenire una piattaforma comune di principi che possa essere condivisa e su cui possa svilupparsi un dialogo costruttivo tra ordinamenti. Anche qui i problemi non sono pochi, perché una serie di principi sono stati oramai enucleati dalle Corti; nonostante questo, l'applicazione che di questi principi viene fatta è spesso condizionata proprio dai caratteri genomici, dai fini, dalla struttura del sistema giustiziale di quel dato ordinamento, sicché il principio è comune ma ciascun ordinamento rischia di applicarlo a suo modo.

Non necessariamente ciò significa che il rapporto tra le Corti di diversi ordinamenti debba essere conflittuale. Tentativi di avvicinamento e di collaborazione sono stati operati, anche di recente. Si pensi, ad esempio, al Protocollo di cooperazione che la Corte di giustizia europea ha stipulato con le Corti Supreme degli Stati membri e, ad esempio, per quanto riguarda il nostro ordinamento, con il Consiglio di Stato nel 2017. Il tentativo è proprio quello di porre le premesse per la costruzione di una comune cultura giudiziaria europea, la quale, operando in uno spazio europeo in ambito giudiziario, sviluppi una rete di formazione giudiziaria europea. Ciò potrebbe consentire la collaborazione reciproca tra le Corti, soprattutto in ordine a temi comuni e che non possono essere affrontati in modo parcellizzato, quali quelli dell'immigrazione e della sicurezza e ordine pubblico: è necessaria una rete informativa, un'attività di cooperazione e di integrazione reciproca, una convergenza degli orientamenti derivanti dalle diverse Corti europee, al fine di pervenire, superando le prospettive particolaristiche e pur salvaguardando il pluralismo e la diversità, a una tutela integrata ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive di carattere fondamentale.

Si tratta di iniziative utili e certamente produttive di risultati, nel lungo periodo. Ma vi è anche da rilevare, da un lato, che le distanze restano significative e quindi ci vorrà tempo e, dall'altro, che va anche compreso se alla fine riuscirà a prevalere la tendenza dell'ordinamento che garantisce maggiore tutela ai diritti fondamentali (la propensione al *maximum standard*) oppure se sarà accolto l'indirizzo dell'ordinamento che opta per un livellamento della tutela stessa (l'accomodamento sul minimo comune denominatore): ciò tenendo anche conto dei fattori di contesto, che risultano però importanti ai fini della tutela dei diritti fondamentali, quali quelli delle contingenti condizioni economico-finanziarie dell'ordinamento nel quale la Corte si trova ad operare.

Sotto quest'ultimo profilo, si vedrà, le ragioni di frizione si sono accentuate negli ultimi anni, in particolare tra Corti costituzionali nazionali e Corte di giustizia europea. Vi sarebbe pertanto da interrogarsi sulle ragioni che hanno indotto la Corte di giustizia a tentare di sviluppare relazioni collaborative (dopo diversi decenni di atteggiamento monista) e sul perché la Corte costituzionale italiana abbia conservato un approccio prudente rispetto a tale apertura, mantenendosi, come si vedrà, su posizioni critiche, di stampo dualistico.

Ecco quindi che, se questo è il quadro, può passarsi ad analizzare il cd. dialogo tra le Corti in un contesto di pluralità ordinamentale. Dialogo che, va ribadito, è forse un modo non corretto per descrivere il fenomeno, perché si tratta spesso di concorrenza e talvolta di vero e proprio conflitto tra le Corti di ordinamenti diversi o, quantomeno, come si avuto modo di argomentare in altra sede, di un "dialogo competitivo"¹⁵, alla conquista dell'ultimo e definitivo spazio di interpretazione.

6. *Il dialogo competitivo tra le Corti e la tutela dei diritti fondamentali*

Conviene forse avviare il discorso, per così dire, dall'alto, perché l'approccio panoramico consente di apprezzare meglio i consistenti problemi che derivano dallo spostamento del baricentro decisionale dalla tradizionale forma della rappresentanza politica a soggetti tecnici e organismi giurisdizionali. Per poi invece virare l'attenzione sulle vicende

¹⁵ A. SANDULLI, *La Corte di giustizia europea e il dialogo competitivo tra le Corti*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 189 ss.

“regionali” del continente europeo, che pure sollevano delicate questioni di fondo.

Il punto di partenza è noto: la globalizzazione giuridica ha dato luogo alla proliferazione di una complessa ed articolata rete di sistemi regolatori, sviluppatasi secondo criteri di specialità, per via funzionale, in un sostanziale vuoto politico e poggianti per lo più su meccanismi negoziali e di *soft law*.

Questi sistemi regolatori interagiscono con sempre maggiore frequenza ed incidenza tra loro e con gli ordinamenti sovranazionali e nazionali, attraverso dinamiche verticali e orizzontali, in alcuni casi sviluppando principi ed istituti comuni, in altri evidenziando sovrapposizioni (e, talvolta, conflitti). Tutto ciò, molto spesso, in assenza di regole prefissate, volte a definire con compiutezza i rapporti giuridici tra tali ordinamenti. Insomma, nell’ottica romaniana, non un corpo unico, ma una pluralità di ordinamenti distinti, ma aperti, comunicanti e “porosi”, alla perenne ricerca di una *concordia discors*.

In tale contesto, il compito di riempire i vuoti e le lacune nello spazio giuridico globale è stato demandato al crescente novero di organismi giudiziali e para-giudiziali dei sistemi regolatori, che, oltre ad assolvere ad un compito veicolare di circolazione del diritto e di “traboccamento” tra diversi ordini giuridici, sono divenuti interpreti di un ruolo di riduzione della complessità attraverso l’elaborazione di un intrico, gradualmente più articolato, di principi e valori comuni ai diversi sistemi, sì da creare, nel tempo, una parvenza di tessuto connettivo unitario attraverso le pronunce dei diversi organismi di tutela. Ciò ha consentito l’emersione di una sorta di *global community of Courts*, con un crescente ruolo dei giudici nel conflitto verticale tra ordinamenti, in particolare per ciò che attiene agli effetti sostanziali delle decisioni ed ai rapporti tra le Corti.

L’assolvimento di tale ruolo di riassetto “politico” dei rapporti per via giudiziaria, peraltro, può comportare il manifestarsi di sovrapposizioni e di frizioni tra organismi giurisdizionali di diversi ordinamenti, soprattutto in virtù della circostanza che gli ordini di nuova costituzione, di livello globale, tendono ad incidere con sempre maggior grado di penetrazione in seno agli ordini di più antica formazione, di livello domestico, che non soltanto oppongono resistenza ai tentativi di influenza, ma danno vita a un processo di vera e propria “alfabetizzazione” costituzionale del regime internazionale, cercando di elevarne verso l’alto il grado di civiltà giuridica.

Questo andamento lo possiamo apprezzare con particolare evidenza nel celebre caso *Kadi*, questione che ha interessato la Corte di giustizia europea e l'ordinamento delle Nazioni Unite e che riguarda il delicato tema del bilanciamento tra la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e la sicurezza internazionale e la lotta al terrorismo.

La vicenda da cui si è dipanato il caso *Kadi* è piuttosto complessa, anche perché è collegata ad una ricca giurisprudenza della Corte di prima istanza e della Corte di giustizia (si vedano, al proposito, i casi *Yusuf, Hassan, Ayadi, OMPI, Ocalan, Gestoras, Segi, Sison, Al-Aqsa*). Come è noto, il Consiglio di sicurezza dell'ONU aveva individuato, quale efficace strumento per combattere il terrorismo internazionale, il congelamento dei beni dei soggetti sospettati di finanziare attività terroristiche.

Poiché le risoluzioni e le sanzioni irrogate dall'ONU erano state recepite, con appositi provvedimenti, dall'Unione europea, il signor *Kadi* aveva impugnato presso la Corte di prima istanza i provvedimenti comunitari che lo avevano colpito, sostenendone l'illegittimità, dal momento che la *smart sanction* dell'ONU era stata adottata nei suoi confronti in violazione dei principi del giusto procedimento, di proporzionalità e del diritto di difesa innanzi ad un giudice indipendente ed imparziale. La Corte di prima istanza sosteneva che «gli obblighi degli Stati membri dell'Onu ai sensi della Carta delle Nazioni Unite prevalgono incontestabilmente su qualsiasi altro obbligo di diritto interno o di diritto internazionale pattizio, ivi compreso, per quelli tra di essi che sono membri del Consiglio d'Europa, sugli obblighi derivanti dalla CEDU e, per quelli che tra di essi sono anche membri della Comunità, sui loro obblighi derivanti dal trattato CE». Da ciò conseguiva l'obbligo di sottrarre le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza al sindacato giurisdizionale del Tribunale di I istanza, con l'eccezione della possibilità di valutare, in via incidentale, la legittimità delle stesse alla luce dello *jus cogens*, «inteso come un ordinamento pubblico internazionale, che s'impone nei confronti di tutti i soggetti del diritto internazionale, compresi gli organi dell'ONU, e al quale non è possibile derogare».

La Corte di giustizia, in sede di appello, ha seguito, sulla falsariga delle conclusioni dell'Avvocato generale, una diversa via, volta a stabilire, a seguito della netta separazione tra ordinamento giuridico internazionale e quello europeo, la piena giurisdizione del giudice comunitario e la necessità del rispetto dei principi generali dell'ordinamento europeo da parte di qualsiasi atto comunitario, pur se attuativo di un atto di un ordinamento internazionale.

I passaggi maggiormente rilevanti della sentenza sono i seguenti: l'ordinamento giuridico comunitario è un ordinamento autonomo, che si avvale di un sistema completo di rimedi giuridici; gli atti comunitari, la cui legittimità è verificata dalla Corte di giustizia, non possono essere contrari ai principi generali del diritto dell'ordinamento europeo; un atto comunitario contrastante con il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali non può godere di immunità giurisdizionale; gli obblighi di un accordo internazionale non possono compromettere i principi generali del Trattato CE; la sentenza della Corte di giustizia che dichiara l'atto comunitario contrario ad una norma superiore dell'ordinamento europeo non incide sulla prevalenza di tale risoluzione sul piano internazionale; pur prevalendo gli accordi internazionali sul diritto comunitario derivato, essi non possono prevalere sul diritto primario e, in particolare, sui principi generali. Ciò posto, la Corte rilevava nel merito l'illegittimità dell'atto comunitario di attuazione di risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'ONU, poiché adottate a seguito di procedure non rispettose di fondamentali diritti dell'uomo.

La costruzione della Corte di giustizia rammenta da vicino il caso *Solange* del 1974 (relativo ai rapporti tra ordinamento tedesco e diritto europeo) e la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana relativa alle norme interposte ed alla teoria dei controlimiti. In tal modo, la Corte ha riconosciuto la primazia dell'ordinamento internazionale, ma ha salvaguardato l'autonomia dell'ordinamento europeo ed il costante rispetto, al suo interno, dei principi e dei valori fondanti tale ordinamento.

Sotto il profilo sostanziale, sono particolarmente importanti le considerazioni formulate dall'Avvocato Poiars Maduro sulla violazione del diritto di difesa in sede ONU: «Qualora vi fosse un autentico ed efficace meccanismo di controllo giudiziale esercitato da un tribunale indipendente in seno alle Nazioni Unite, la Comunità sarebbe stata sollevata dall'onere di provvedere al controllo giudiziale di tali provvedimenti, che trovano applicazione in seno al suo ordinamento. Peraltro, il suddetto meccanismo non esiste, allo stato attuale. Come la Commissione ed il Consiglio hanno rilevato nelle loro memorie, la decisione relativa alla cancellazione di un individuo dalla lista delle sanzioni irrogate dalle Nazioni Unite resta nella totale discrezionalità del Comitato delle Sanzioni – un organismo diplomatico. In queste circostanze, si deve ritenere che il diritto ad un giusto processo da parte di un tribunale indipendente non sia stato assicurato al livello delle Nazioni Unite. Di conseguenza, le istituzioni comunitarie non possono essere esentate dall'avviare i propri

meccanismi processuali, al fine di verificare se le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza possano trovare legittima attuazione in seno all'ordinamento comunitario».

La pronuncia della Corte di giustizia, dunque, è volta a costruire un duplice meccanismo. Il primo mira ad affermare che, in ambiente comunitario, il giudice europeo è tenuto a sindacare l'atto di un ordinamento globale sotto il profilo della coerenza con le basi costituzionali dell'ordinamento europeo: dunque, non può porsi un problema di prevalenza del diritto globale nel caso in cui siano posti a rischio i fondamenti costituzionali dell'ordinamento domestico. Il secondo ha ad oggetto una sorta di "potere sostitutivo" (ma con inversione di senso, dal livello "inferiore" a quello "superiore") dell'ordinamento domestico nei confronti di quello globale, laddove quest'ultimo difetti sotto il profilo dei principi costituzionalmente garantiti dall'ordinamento europeo. Il ragionamento è tutto orientato verso la ricomposizione della coerenza interna del sistema, piuttosto che di individuazione di meccanismi di armonizzazione tra ordinamenti.

Si tratta di una posizione dualista, di netta separazione tra spazio giuridico globale ed ordine europeo e, semmai, di apertura al primo soltanto nella piena salvaguardia delle prerogative del secondo, con possibilità di incidenza, per così dire, anche dal basso verso l'alto e non soltanto viceversa.

Si esaminino, in particolare, i modelli di collaborazione, in cui gli ordinamenti sono chiamati a dialogare, in posizione di equiordinazione, al fine di rinvenire una soluzione negoziata al possibile contrasto. Un primo esempio di conflitto collaborativo o di dialogo competitivo è fornito dalla *dialectical review* (rinvenibile, ad esempio, nel caso *Loewen*): in essa convivono elementi del dialogo e dell'*appellate review*, della *comity* orizzontale e della gerarchia verticale, al fine di condurre ordinamento "superiore" ed "inferiore" verso una comune applicazione di principi e valori. Una seconda possibile forma consiste nella teoria dei controlimiti, con la quale l'ordinamento "inferiore" riconosce la disciplina di quello "superiore", ma soltanto ove esso risulti compatibile con l'assetto costituzionale di quest'ultimo. In entrambi i casi segnalati, la caratteristica precipua consiste nell'indurre le parti in conflitto al rinvenimento di una soluzione condivisa alla situazione di stallo.

La teoria dei controlimiti è una minaccia, un espediente giuridico per costringere la controparte riottosa a tornare sui suoi passi o per fissare dei paletti sulla linea di confine che non deve essere varcato

dall'altro ordinamento (un meccanismo più raffinato rispetto alla teoria dei controlimiti, ma che conduce alle medesime conseguenze, è quello del controllo di identità, elaborato alcuni anni fa dal *Bundesverfassungsgericht* nella sentenza sul Trattato di Lisbona). L'immagine con cui viene solitamente effigiata la teoria dei controlimiti è quella di una pistola carica puntata alla tempia: si tratta di una più o meno velata minaccia con la quale un primo ordinamento (di ambito "regionale": statale o sovranazionale) paventa la rottura dell'equilibrio derivante dall'accordo tra stati per indurre un secondo ordinamento (sovranazionale o internazionale) a tener conto di un valore costituzionale fondamentale per il primo.

Si tratta di una tecnica di carattere dualista che si insinua in un modello plurale, una tecnica di articolazione della decisione giudiziale adottata con frequenza dalle Corti, per far emergere pienamente i motivi di disagio e di divergenza di un ordinamento rispetto all'altro, evitando, al contempo, di entrare in collisione frontale: si instaura, in tal modo, una sorta di "guerra fredda" tra ordinamenti, in un gioco di forza che resta sempre latente e non si traduce in scontro. Ciò conduce il giudice ad emettere un dispositivo che non reca danni concreti all'altro ordinamento, anzi, finisce per favorirne lo sviluppo, ma nella medesima pronuncia si adotta una motivazione che "informa" tale ordinamento circa la linea di confine che non deve essere superata qualora non si intenda pervenire allo scontro aperto: in campo europeo, un esempio di tale meccanismo si è avuto proprio con la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sul Trattato di Lisbona, che non ha prodotto effetti negativi sulla ratifica del Trattato, ma nella motivazione ha ribadito con decisione le prerogative del *Grundgesetz* e del Tribunale costituzionale tedesco.

Il caso *Kadi*, in tal senso, è paradigmatico: si annulla un provvedimento con il quale le istituzioni europee hanno recepito una direttiva del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, al fine di ristabilire l'ordine costituzionale dell'ordinamento interno. E, al contempo, si lancia un monito all'ordinamento internazionale affinché adegui il suo tessuto normativo, dando cittadinanza a principi procedurali e ad adeguate modalità di tutela. Si tratta, si è appena detto, di una tecnica indubbiamente dualista, ma nella quale il conflitto può essere anche indirizzato verso un'ottica plurale, quella del contributo alla crescita dell'ordinamento meno sviluppato sul piano delle garanzie e del livello di democrazia.

Sul carattere intangibile dei controlimiti molto si è discusso e si discute, essendovi anche chi ritiene possibile bilanciare secondo valore norme interne e norme esterne al fine di una riconduzione a sistema.

Strada diversa è stata invece seguita dalla Corte costituzionale italiana, con la sentenza n. 238/2014, nella quale il giudice delle leggi ha spinto all'estremo limite la teoria dei controlimiti. Si trattava di perseguire una causa giusta (l'annosa vicenda del risarcimento dei danni causati a militari italiani, dopo l'8 settembre 1943, in assenza dello *status* di prigioniero di guerra, a seguito della deportazione e dell'internamento in campi di concentramento nazisti), ma la Corte ha finito per seguire una soluzione contraddittoria sul piano della coerenza giuridica; al fine di marcare un processo evolutivo nella direzione della globalizzazione giuridica, la Corte è stata indotta a prospettare una soluzione non compatibile con il quadro del sistema del diritto internazionale. Vicenda su cui erano intervenute, tra l'altro, una pronuncia della Corte di cassazione italiana e soprattutto una della Corte internazionale di giustizia. Quest'ultima aveva chiarito che l'immunità degli Stati per atti *iure imperii* dinanzi alle Corti di altri Stati è principio fondamentale dell'ordine legale internazionale, inderogabile nelle ipotesi di violazione del diritto internazionale umanitario, ha rinviato ad una eventuale nuova negoziazione tra i due Stati l'unica possibilità per il risarcimento dei danni subiti dalle vittime dei crimini di guerra nazisti. Il Tribunale di Firenze sollevava la questione di legittimità, in via incidentale, alla Corte costituzionale, sostenendo che, ai sensi degli artt. 2 e 24 Cost., le violazioni gravi del diritto internazionale umanitario e dei diritti fondamentali non possono essere ricomprese nella salvaguardia posta dalla disposizione di adattamento interno (art. 10 Cost.) alla norma consuetudinaria del diritto internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati, né in quella posta dalla disposizione di adattamento dell'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite (laddove obbliga gli Stati aderenti ad adeguarsi alle pronunce della CIG), con la conseguente illegittimità dell'art. 3 della legge n. 5/2013.

La sentenza della Corte costituzionale ha posto il problema della sempre più fragile capacità di tenuta del tradizionale assetto duale dell'ordinamento internazionale, sotto la duplice spinta della globalizzazione giuridica, da un lato, e del costituzionalismo cosmopolitico, dall'altro. L'ordine legale internazionale, cioè, rimasto legato alla elaborazione del diritto inter-statale, è ormai inadeguato a confrontarsi con l'odierna porosità e universalità del diritto.

Sotto questo versante, il riferimento alla sentenza *Kadi* è evocativo, perché ha posto nuovamente l'ordinamento delle Nazioni Unite di fronte all'esigenza, ormai non più declinabile per il tradizionale ordine legale internazionale, di trasformare la propria struttura e di dotarsi di Corti che possano garantire, in particolare ai fini della tutela dei diritti fonda-

mentali, un giudice indipendente e imparziale agli individui. Ciò dovrebbe significare, pertanto, l'abbandono dell'ottica inter-statale e del principio dualistico, per approdare a una *rule of law* globale per il tramite di un doppio canale: l'accesso diretto, da parte delle persone, a un giudice internazionale indipendente e imparziale ai fini della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali; la determinazione, attraverso l'elaborazione di una stratificazione giurisprudenziale, di un corpo di principi "costituzionali" a valenza universale.

Nella sentenza della Corte, poi, pare evidenziarsi il preponderante rilievo dei principi costituzionali. Non è dato comprendere se, in un'ottica latamente giusnaturalistica, per il tramite della necessaria connessione tra diritto positivo e criteri morali; oppure, sotto altro versante, più propriamente giuspositivistico, attraverso un mutamento di paradigma del diritto internazionale in senso appunto costituzionale e tendenzialmente federale, fondato sul riconoscimento universale dei diritti umani.

Si tratta di tendenze determinate dalla globalizzazione giuridica, in grande espansione, ma tutt'affatto scontate e acclamate; e, anzi, oggetto di acceso dibattito da parte della scienza giuridica in tutto il globo.

La sentenza della Corte, pur discutibile nel metodo e nell'occasione, ha peraltro consentito alla stessa di esaltare il principio del «diritto al giudice con portata generale, tale da influire sui possibili sviluppi della giurisprudenza in tema di limiti al diritto internazionale consuetudinario e pattizio, nonché al diritto europeo e di organizzazioni internazionali cui l'Italia aderisce, al fine di precluderne effetti incostituzionali nell'ordinamento italiano»¹⁶.

7. Il ruolo della Corte costituzionale nazionale a salvaguardia dei diritti fondamentali nei rapporti con le Corti europee

Il cd. dialogo tra le Corti ha un campo di azione particolarmente vasto nei rapporti tra Corti supreme nazionali e Corti europee (Corte di giustizia europea e Corte EDU).

In particolare, a seguito della crisi economico-finanziaria degli ultimi anni si sono soprattutto accentuate le occasioni di attrito tra le Corti co-

¹⁶ R. DICKMANN, *Il "Diritto al giudice" di cui all'art. 24 Cost. come principio supremo e limite al diritto internazionale generalmente riconosciuto (Nota a Corte cost. sent. n. 238 del 22 ottobre 2014)*, in *Federalismi.it*, 2014.

stituzionali nazionali e la Corte di giustizia europea. Sono sempre più numerosi i casi del genere, a testimonianza del crescente “contatto” tra Corti Supreme. Un’area che si presta particolarmente alle frizioni tra ordinamenti è certamente quella della tutela dei diritti fondamentali degli individui in ambito punitivo¹⁷. Si pensi, ad esempio, al caso *Melloni* sul Mandato di Arresto Europeo¹⁸, che ha visto la Corte di giustizia confrontarsi con il Tribunale costituzionale spagnolo.

Ma il caso di maggior rilievo ha visto fronteggiarsi, nel corso dell’ultimo triennio, proprio la nostra Corte costituzionale con la Corte di giustizia europea: si tratta ovviamente del celebre caso *Taricco*.

Bisogna tenere conto, peraltro, che la direzione della maggiore tutela dei diritti fondamentali non è necessariamente unidirezionale (dal basso verso l’alto), ma è bidirezionale (altro carattere per il quale è possibile considerare attuale la tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi Romano) e può seguire anche l’altra direzione: si pensi alla sentenza CEDU sul caso *Grande Stevens* o alla sentenza CGUE sul caso *Mascolo*, ben noti e ovviamente di grande interesse ai fini del tema di indagine; si pensi alla circostanza che la stessa Costituzione italiana ha subito modifiche, soprattutto su impulso della giurisprudenza CEDU, per rendere più stringenti talune garanzie fondamentali degli individui (su tutti, la modifica dell’art. 111 Cost.).

Tuttavia, il caso *Taricco*, proprio per la dinamica dal basso, pare più evocativo per il ragionamento che si vuole sviluppare.

I termini della questione sono noti: la Corte di giustizia (8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco*) ha richiesto al giudice nazionale di disapplicare, nell’ambito dei reati fiscali aventi ad oggetto frodi gravi, le norme penali italiane sulla prescrizione per garantire il rispetto degli obblighi imposti dall’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE (che impegna gli Stati membri «lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell’Unione con misure dissuasive ed effettive»).

La Corte costituzionale ha reagito in modo fermo a questa sentenza con l’ord. n. 24/2017, di rinvio interpretativo alla stessa Corte di giusti-

¹⁷ Su cui, tra gli altri, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

¹⁸ Per un’acuta riflessione sul caso Melloni nella prospettiva delle relazioni tra ordinamenti giuridici si v., in particolare, G. CARLIZZI, *Per una sistematica del discorso sui rapporti tra gli ordinamenti giuridici. Riflessioni a partire dalla “sentenza Melloni”*, in *Criminalia*, 2013, 301 ss.

zia, con la quale è stato chiesto alla CGUE di reinterpretare le norme europee tenendo conto della Costituzione e dell'ordinamento italiano. All'ordinanza della Corte costituzionale ha fatto seguito la Corte di giustizia con la c.d. *Taricco-bis* (5 dicembre 2017, C-42/17, Mas), nella quale la CGUE ha invero stemperato i contenuti della prima pronuncia. È infine intervenuta la recente sentenza della Corte costituzionale 31 maggio 2018, n. 115, con quale la Corte, pur ripristinando rapporti formali di "buon vicinato" con la Corte di Lussemburgo, ha tuttavia ribadito, nella sostanza, che le garanzie fondamentali dell'individuo in ambito punitivo non possono essere oggetto di erosione al fine di tutelare interessi finanziari dell'Unione europea scaturenti dal TFUE. Si sarebbe trattato, invero, della prima volta nella quale l'applicazione della dottrina dell'effetto diretto sarebbe andata a restringere la sfera giuridica di un individuo anziché ad ampliarla, con conseguenze assai pesanti sul principio di legalità penale e sul principio della certezza del diritto: la sentenza originaria della Corte di Lussemburgo, difatti, finiva per contrastare con il principio di irretroattività (estendendo il tempo di prescrizione *post factum*); con i principi di tassatività e di determinatezza (potendo il giudice disapplicare la disciplina della prescrizione laddove questa fosse stata causa di impunità in un notevole novero di casi di frode grave); con la riserva di legge e, ancor su per li rami, con il principio di sottoposizione del giudice alla legge e addirittura con la separazione tra poteri. Principi che costituiscono le fondamenta dell'ordinamento costituzionale nazionale. La Corte costituzionale, con quest'ultima pronuncia, nel chiarire che la prescrizione è sostanza della legalità penale e non semplice morte del processo, ha ribadito la necessità primaria della certezza del diritto, con particolare riferimento alle misure punitive, perché, se la punibilità dovesse dipendere dall'interpretazione del giudice o comunque da disposizioni non di livello legislativo, si avrebbe un contrasto insanabile con «l'imprescindibile imperativo che simili scelte si incarnino in testi legislativi offerti alla conoscenza dei consociati».

Dalla complessa vicenda *Taricco* derivano una serie di conseguenze importanti in relazione al cd. dialogo tra le Corti. La pluralità tra ordinamenti rifiuta l'ottica monista, non implica affatto che sia l'ordinamento "superiore" a prevalere. Neppure il principio dell'effetto diretto, che è espressione della prevalenza del diritto dell'Unione europea su quello degli Stati membri, può prevalere sulle garanzie fondamentali in ambito punitivo e, quindi, sui capisaldi dello Stato di diritto. La legalità e la certezza del diritto, ma, più in generale, i contenuti fonda-

mentali e imprescindibili della Carta costituzionale prevalgono sulle esigenze di armonizzazione dell'ordinamento superiore.

Si tratta di un principio che la Corte costituzionale italiana ha ribadito in più circostanze nel corso dei tempi recenti.

In particolare, un ulteriore riferimento importante è alla sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017. Sentenza di inammissibilità, in materia tributaria, per difetto di rilevanza (prevalenza automatica di diritto UE direttamente applicabile) e, in parte, di infondatezza.

Vi è un passaggio della sentenza, nel punto 5.2. della parte in diritto, in cui la Corte ritiene che, se del caso, dovrebbe comunque sollevarsi una questione di legittimità costituzionale anche in caso di diritto dell'Unione europea direttamente applicabile se andassero a rischio diritti tutelati dalla Costituzione e/o dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in virtù della prioritaria rilevanza di tali diritti. In particolare, sostiene il giudice costituzionale, «laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE». La Corte costituzionale, pertanto, si è ritagliata uno spazio di giudice dei diritti fondamentali in relazione all'assetto costituzionale disegnato dalla Costituzione del 1948, in linea con la condizione negativa già posta con chiarezza nella sentenza *Granital* (Corte cost. n. 170/1984), per la quale il diritto europeo prevale su quello nazionale, purché non violi «i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana».

Se si sposta l'attenzione dagli effetti sul giudicato penale a quelli sul giudicato non penale, poi, non manca certo la materia di studio. Si pensi, per tutte, alla recentissima sentenza della Corte costituzionale n. 6/2018, che ha fissato paletti importanti in tema non soltanto di giurisdizione (ordinaria e amministrativa), ma anche di relazioni tra giudici nazionali e Corte EDU, intervenendo in un dibattito pluridecennale concernente i rapporti tra Corte di cassazione, Consiglio di Stato, Corte di giustizia europea e Corte EDU. Al di là delle questioni specifiche in tema di rapporti tra giurisdizione ordinaria e amministrativa, su cui molto si è scritto in

questi mesi¹⁹, qui è importante segnalare la posizione di difesa degli equilibri emergenti dalla Corte costituzionale, in chiave (pseudo)originalista, da parte della Corte costituzionale, al di là di una possibile (anche se, per certi versi, forzata) interpretazione dinamica determinata dall'influenza del processo di integrazione europea.

Se si è rafforzata, in tal modo, la tenuta dell'ordinamento giuridico statale, il quale, come si è detto, è stato "perforato" su diversi fronti negli ultimi decenni, vi è da interrogarsi invece circa la tenuta dell'ordinamento sovranazionale a seguito della concorrenza, per così dire, delle Corti costituzionali degli Stati membri. E, più precisamente, se gli interventi delle Corti nazionali possano finire per indebolire non soltanto l'autorevolezza dell'organismo giurisdizionale, ma anche la forza del principio dell'effetto diretto e della supremazia del diritto europeo. Forse, anche su questo punto, per la ricerca di una risposta può essere utile far riferimento alla tesi della pluralità ordinamentale di Santi Romano, dal momento che priva di forza sociale sarebbe la struttura normativa poggiante su rapporti istituzionali incoerenti o, per dirla con il *Bundesverfassungsgericht*, su basi costituzionali, formali o materiali, contrastanti con l'identità costituzionale dell'ordinamento al quale la norma viene ad applicarsi.

Insomma, l'ambiguità che si tratta di chiarire è se strumenti di stampo sostanzialmente dualista, quale ad esempio quello dei controlimiti, possano essere utilmente plasmati e adattati a un quadro pluralista ovvero se essi adempiano meramente a un ruolo "destabilizzante" dell'assetto plurale e dell'ordinamento sovranazionale. Certamente questi interventi delle Corti costituzionali nazionali, comprese le numerose prese di posizione relative all'assetto economico-finanziario dell'Unione europea, evidenziano un malessere nei riguardi degli attuali equilibri ordinamentali e la necessità di dar voce a un processo di cambiamento.

Il tema è certamente delicato e l'uso di tali strumenti può condurre a risultati produttivi, di crescita reciproca, ovvero a un indebolimento della legittimazione dell'ordinamento sovranazionale. D'altra parte, pare atteggiarsi perfettamente a tale relazione bidirezionale, in chiave funzionale, il seguente brano de *L'ordinamento giuridico*: «L'efficacia di tale ordinamento sarà quella che sarà, quella che risulterà dalla sua costitu-

¹⁹ Per una riflessione sulla pronuncia della Corte costituzionale, si v., tra gli altri, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. SANDULLI, *Giudicato amministrativo nazionale e sentenza sovranazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 1169 ss.

zione, dai suoi fini, dai suoi mezzi, dalle sue norme e dalle sanzioni di cui potrà disporre: sarà infatti debole, se forte sarà lo Stato; potrà talvolta essere anche così potente da minare l'esistenza dello Stato medesimo; ma ciò non ha alcuna importanza per la valutazione giuridica dell'ordinamento»²⁰.

8. *L'attualità del pensiero di Santi Romano per le relazioni tra ordinamenti e per il dialogo tra le Corti*

Giunti al termine del tragitto, ci si può fermare sui motivi per i quali possa essere tuttora utile, a distanza di un secolo, annoverare, in una sorta di aggiornata "cassetta degli attrezzi", l'armamentario teorico e ricostruttivo derivante dalle tesi di Santi Romano, sempre con la consueta avvertenza: utilizzare questi studi classici tenendo conto che essi sono stati elaborati con il pensiero a tutt'altro assetto e in ambiente sensibilmente diverso.

Si è mostrato, in precedenza, quali siano state le principali trasformazioni tra l'ultimo decennio dello scorso secolo e il primo del nuovo millennio: in particolare, come il criterio gerarchico si sia rivelato inadeguato a rappresentare i rapporti verticali tra ordinamenti e tra Corti. Più che una relazione gerarchica, tra Corti dell'ordinamento "superiore" e dell'ordinamento "inferiore", si è instaurato, infatti, un rapporto di tipo reticolare, fondato sulla condivisione e, talvolta, sul conflitto. Ciò consente di spiegare la ragione per cui, in assenza di specifiche regole scritte, l'appartenenza del giudice all'ordinamento di livello "superiore" od "inferiore" non abbia costituito, di per sé, elemento dirimente al fine di valutarne la giurisdizione, dovendosi invece guardare alla consistenza degli interessi in gioco e al rilievo "costituzionale" degli stessi.

Di qui, da un lato, la bidirezionalità del rapporto tra ordinamenti, la "porosità" degli stessi e la flessibilità delle relazioni e soprattutto la circostanza che l'equilibrio tra ordinamenti asimmetrici sia stato demandato alla sostanza costituzionale dell'assetto degli interessi.

La costruzione di relazioni plurali e incrociate tra Corti di diversi ordinamenti ha implicato l'erosione dell'approccio dualistico tra ordinamenti sovranazionali e domestici, con la conseguente presenza di altrettanto significative sovrapposizioni, che, in assenza di regole procedurali

²⁰ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 106 s.

specifiche, hanno condotto ad esiti plasmati, nel merito, sulla dinamica armonizzazione degli interessi.

Il bilanciamento degli interessi ha comportato che si sia guardato ad essi a prescindere dall'afferenza dei medesimi ad ordini asimmetrici, valutandoli nella loro essenza e, cioè, nella consistenza costituzionale. E che dopo aver compiuto tale operazione si sia considerata la proporzionalità delle misure adottate ai fini della loro protezione ovvero, in assenza di possibile bilanciamento, si sia optato per la soluzione di maggiore garanzia per la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

Ciò ha consentito, da un lato, di superare il modello monista e sovranazionale tendenzialmente sposato dalla Corte di giustizia europea (salvo poi, per la stessa, scegliere l'approccio dei controlimiti nella difesa dell'assetto costituzionale dell'Unione europea da violazioni esterne); dall'altro, rigettando certamente anche la prospettiva dualista, di individuare una corretta mistura tra istanze pluraliste e universaliste, ragionando per principi e valori costituzionali condivisi e, quindi, per forme di cooperazione tra le Corti all'edificazione di una sorta di *common core* di principi, per così dire, a valenza universale.

La tendenza universalistica, va segnalato, non è ad appannaggio esclusivo delle teorie kelseniane (volto ad auspicare il primato del diritto internazionale e di un ordinamento universale con intento pacifista), ma è rinvenibile, sotto altra declinazione, nelle teorie romaniane, anche se più flessibile, meno definita e più sfumata. In conclusione del saggio *Oltre lo Stato*, Romano, pur confermando quale punto di riferimento l'istituzione-Stato, sostiene che «la storia ci dimostra essere legge universale, che va diventando sempre più attiva, che ogni Stato, per mantenersi, deve espandere la propria vita anche oltre sé stesso. (...) Forse con ciò la natura tende ad una maggiore cospirazione e cooperazione dei vari Stati nei comuni intenti di civiltà e quindi a rendere più saldo e meno fragile di quanto adesso pur troppo non sia il loro consorzio. Certo è che (...) ogni Stato (...) deve mostrare al di là dei suoi termini materiali, che esso ha da compiere una missione storica, non solo per i suoi particolari interessi, ma anche per quelli dell'intera umanità. E per questo fine occorre che esso dia continuamente e manifestamente segni della propria energia: specialmente di quell'energia morale, di cui non mai come adesso sentiamo tutti l'altissimo valore per potere, completamente restituiti a noi stessi, proseguire sulla via del nostro destino. Anche noi potremo al-

lora, intendendolo nel senso più civile e più umano, far nostro il motto: oltre lo Stato»²¹.

Se è vero che la crisi dello Stato si risolve, per Romano, con un'evoluzione dello Stato stesso, è anche vero che la soluzione romaniana si attaglia maggiormente a rapportarsi con la complessità reticolare dell'epoca post-moderna, che è connotata dall'ambivalente e contestuale antinomia tra l'assetto sociale dell'uomo-istituzione²² e quello dello spazio giuridico globale governato dai Tribunali di Babele²³.

Difatti, se il meccanismo fondante è, invece di quello gerarchico, quello della rete di relazioni, ne scaturisce che i modelli di relazione tra Corti non sono previamente configurati, ma sono determinati, in modo elastico e flessibile, da atteggiamenti di carattere volontaristico, spesso frutto di strategie di "politica giudiziaria".

L'assenza di rigide regole procedurali sposta necessariamente il baricentro delle decisioni verso l'elemento sostanziale, la ponderazione, il conflitto.

Si instaura, dunque, un rapporto di scambio tra le Corti, che si avvia, dapprima, in modo periglioso (a causa delle peculiarità dei diversi ordini, per cui anche i concetti apparentemente comuni assumono connotati differenti a seconda di come tali concetti risultano condizionati dall'ambiente che li circonda), per poi, gradualmente, passare ad un rapporto più maturo, in cui i linguaggi vanno, molto lentamente, ma gradualmente, avvicinandosi, pur conservando talune peculiarità di fondo. Questo, almeno, è quanto accaduto in seno allo spazio giuridico europeo, nei rapporti tra Corti europee e nazionali.

In tale contesto, tra l'altro, va sottolineato come, in ordine ai rapporti verticali tra Corti e tra diritto internazionale e globale e diritto europeo, sia proprio il diritto pubblico, con i suoi principi ed i suoi meccanismi procedurali, a rivestire un ruolo cruciale ai fini del rinvenimento di un equilibrato assetto, fondato, per l'appunto, laddove possibile, sul bilanciamento costituzionale degli interessi.

Ma vi è un'altra ragione, cruciale, per la quale la teoria romaniana non va semplicemente messa in una teca, tra i prestigiosi ricordi dei

²¹ S. ROMANO, *Oltre lo Stato*, in ID., *Scritti minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, Milano, 1990, 432.

²² G. GUARINO, *L'uomo-istituzione*, Roma-Bari, 2005.

²³ S. CASSESE, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009.

tempi che furono. Si è detto che il quadro sin qui tracciato in questo paragrafo conclusivo ha conosciuto una consistente revisione a seguito della crisi economico-finanziaria.

Ciò ha condotto, da un lato, a relativizzare l'ambizione di stampo universalistico del *constitutional pluralism*, la cui costruzione mirava a delineare uno stabile assetto delle istituzioni europee e dei rapporti tra ordinamenti europeo e nazionali.

E ha spinto anche in direzione della temporalità dell'attuale assetto e della incidentalità della soluzione derivante dal dialogo/conflitto tra le Corti. Se ne ricava, infatti, che l'attuale fase, lungi dall'essere uno stabile impianto, potrebbe costituire un momento di abbrivio di una formazione a fattispecie progressiva, con un moto dinamico verso un diverso assetto istituzionale.

E qui può essere ancora di utilità la rilettura dell'opera di Santi Romano, perché, come è stato rilevato, della teoria ordinamentale nel corso di questa prima porzione del secolo si è valorizzato soprattutto il pluralismo ordinamentale, non facendo altrettanto con l'altra intuizione nell'opera romaniana, quella che, con gergo odierno, si potrebbe definire dell'unità nella differenziazione, attraverso i caratteri unitari dell'ordinamento e delle dimensioni dell'autonomia. In tal senso, pur nella salvaguardia della differenziazione, il pluralismo ordinamentale può essere produttivo di risultati se consente di contribuire al processo volto alla costruzione di una unità ordinamentale superiore, nel caso di specie a livello europeo.

Ma la lezione romaniana è tuttora utile anche per altro carattere: la giuridicità quale elemento guida ai fini della costruzione dell'assetto istituzionale, inteso in senso unilateralistico, non formalistico, ordinante e stabilizzante, aperto alle relazioni con altre scienze.

Questo porterebbe in una diversa direzione, che è quella della funzione del diritto e del ruolo del giurista e, in particolare, del giuspubblicista. Pure su questi temi Santi Romano ha scritto pagine formidabili nei *Frammenti di un dizionario giuridico* e tuttora attuali. Pagine che, per un verso, riconducono ai rilievi iniziali su diritto e istituzione e che, per l'altro, richiederebbero di aprire un versante di approfondimento che bisognerebbe di ulteriore, indisponibile, spazio: *Glissez, mortels, n'appuyez pas*.²⁴

²⁴ S. ROMANO, *Glissez, mortels, n'appuyez pas*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 117.

PAOLO MONTALENTI

SOCIETÀ E IMPRESA TRA CONTRATTO
E “NEOISTITUZIONALISMO”

SOMMARIO: 1. Diritto dell'impresa e diritto societario. – 2. La disciplina dell'organizzazione dell'impresa nella società per azioni. – 3. Il sistema di controllo interno. – 4. Il dovere di vigilanza sull'organizzazione dell'impresa sociale. – 5. L'impresa è un'istituzione? – 6. L'interesse sociale. – 7. Contrattualismo e istituzionalismo. – 8. L'interesse sociale: composizione di plurimi interessi, prospettiva *long term*, efficienza dell'impresa. – 9. L'interesse sociale come composizione di plurimi interessi: il diritto positivo. – 10. Il quadro europeo. La Direttiva sull'impegno degli azionisti *long term*: conferme neo-istituzionalistiche. – 11. Ultimi sviluppi: attivismo degli investitori istituzionali. – 12. *Corporate Social Responsibility* e bilancio sociale. – 13. La società *benefit*. – 14. Quasi una conclusione.

1. *Diritto dell'impresa e diritto societario*

L'ampia riflessione dedicata nel Convegno al pensiero di Santi Romano mi offre lo spunto per svolgere alcune considerazioni in merito al dibattito sull'istituzionalismo, nelle sue più diverse e polimorfe accezioni, intervenuto nella dottrina commercialistica. Limitandomi, per “dovere storico”, al mero ricordo di studi lontani, ma sempre ricchi di spunti, di studiosi illustri, da Gierke a Rathenau, da Asquini a Paolo Greco, da Mossa a Bigiavi e ad Ascarelli, intendo qui concentrare l'attenzione sullo “stato dell'arte”¹.

¹ Per ragioni di brevità circoscrivo radicalmente i riferimenti bibliografici in relazione a tutti i diversi temi trattati in questo intervento rinviando, per più analitiche indicazioni, ad un mio recente scritto, P. MONTALENTI, *L'interesse sociale: una sintesi*, in *Riv. soc.*, 2018, 303 ss., ove anche riferimenti ai miei studi precedenti in argomento. In merito al dibattito attuale sull'interesse sociale si vedano: C. ANGELICI, *Intervento*, Tavola Rotonda su *L'interesse sociale tra contrattualismo e istituzionalismo*, V Convegno dell'Associazione italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale – “Orizzonti del diritto commerciale”, 21-22 febbraio 2014, in www.orizzontideldirittocommerciale.it; ID., *Note minime sull'interesse sociale*, in *Banca borsa*, 2014, I, 255 ss. e, ampiamente, ID., *La società per azioni. I. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012, 90 ss. e 345 ss. e ora su temi affini

La prima area tematica consiste nell'ingresso, nel nostro ordinamento, di una articolata disciplina – primaria e secondaria – relativa alla *struttura dell'organizzazione dell'impresa societaria* che segna una vera e propria svolta sistematica, perché supera la tradizionale e risalente separazione tra *diritto dell'impresa* e *diritto societario*, il primo concentrato sulla definizione delle fattispecie, con una sola regola, minimale, sulle «misure ... necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro» (art. 2087 c.c.); il secondo focalizzato sui rapporti soci-società, società-terzi, società-creditori, ma *completamente* silente sull'esercizio dell'attività.

La seconda area tematica consiste nel dibattito su *contrattualismo e istituzionalismo nella teoria dell'interesse sociale*, dibattito recentemente rifuorito in Italia con plurimi interventi.

I due temi sono strettamente collegati perché il problema di vertice consiste nel chiarire quale rapporto intercorra tra interesse sociale e interesse dell'impresa.

2. La disciplina dell'organizzazione dell'impresa nella società per azioni

La disciplina novellata in materia di amministrazione della società per azioni contiene nuove disposizioni che segnano *l'ingresso nel diritto societario di regole attinenti all'esercizio dell'impresa*: una profonda novità sistematica che traccia un rapporto tra due segmenti ordinamentali – società e impresa – tradizionalmente separati.

ID., *Divagazioni sulla "responsabilità sociale" d'impresa*, in *Riv. soc.*, 2018, 3 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Funzione amministrativa e interesse sociale*, in AA. VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2010, 101 ss.; F. DENOZZA, *Logica dello scambio e "contrattualità": la società per azioni di fronte alla crisi*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 5 ss.; ID., *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 13 ss.; ID., *Quattro variazioni sul tema: "contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici"*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 480 ss.; M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello "istituzionalismo debole"* in www.orizzontideldirittocommerciale.it e in *Giur. comm.*, 2014, I, 669 ss. Si veda anche, recentemente, G. GUIZZI, *Appunti in tema di interesse sociale e governance nelle società bancarie*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, 241 ss.

Per un'acuta ricostruzione e tesi ampiamente condivisibili si veda ora U. TOMBARI, *"Potere" e "interessi" nella grande impresa azionaria*, Milano, 2019, anche per l'accurata bibliografia.

In particolare la riforma introduce *specifici poteri-doveri degli amministratori*, che, si pongono, come innovativa regolamentazione del ruolo dei gestori, articolato nel contenuto e procedimentalizzato nelle tecniche, coerentemente con gli sviluppi e le complessità dell'attività: in altri termini *norme sull'organizzazione dell'impresa*. Si pensi alla disciplina degli *assetti organizzativi*, al dovere di disamina dei piani strategici, industriali e finanziari, al contenuto dei *report* dovuti al consiglio (art. 2381, 3° co.), agli obblighi di compensazione nel perseguimento delle politiche di gruppo (cfr. art. 2497, 1° co., ult. parte e art. 2634 cod. civ.).

L'*adeguatezza degli assetti organizzativi*, curati dagli organi delegati, valutati dal consiglio di amministrazione, vigilati dall'organo di controllo, ivi compreso il sistema di controllo interno, – e quindi la normativa generale di disciplina dell'organizzazione dell'impresa – costituisce elemento qualificante dei principi di corretta gestione [cfr. art. 2381, 5° co.; art. 2403, 1° co.; art. 149, 1° co., lett. c) TUF]².

3. Il sistema di controllo interno

Il *sistema di controllo interno* è infatti elemento essenziale dell'assetto organizzativo adeguato.

I controlli interni nelle società di capitali rappresentano uno dei pilastri fondamentali della struttura della *corporate governance* negli ordinamenti dei paesi industriali avanzati.

In Italia la materia è stata oggetto di plurimi interventi con il Testo Unico della Finanza e la riforma del diritto societario, a cui si sono aggiunte la disciplina della c.d. responsabilità penale della persona giuridica – il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231 e s.m., la disciplina antiriciclaggio (d. lgs. 21 novembre 2007, n. 231 e s.m.), l'intervento sul comitato per il controllo interno e la revisione contabile, di cui all'art. 19, d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 e le modifiche in materia di organismo di vigilanza 231.

E un significativo contributo è fornito dalla normativa regolamentare dei settori vigilati, dal settore bancario al settore assicurativo, nonché dal Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana.

² Si veda per tutti, in un ampio panorama bibliografico, anche per i riferimenti, il lavoro collettaneo AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2016. Sia consentito anche il rinvio a P. MONTALENTI, *Impresa. Società di capitali. Mercati finanziari*, Torino, 2017, 185 ss. e 253 ss.

Il *controllo* si emancipa dall'accezione tradizionale di "verifica *ex post*" (derivato del diritto amministrativo) e si evolve in *elemento coesenziale dell'esercizio dell'impresa e del potere gestorio*.

In altri termini il controllo non è estrinseco ma *intrinseco all'amministrazione societaria*; in chiave assiologica la nozione dovrebbe evolvere da *una concezione del controllo come "costo" all'idea del controllo come "opportunità"*.

4. *Il dovere di vigilanza sull'organizzazione dell'impresa sociale*

Con la riforma del diritto societario è venuto meno il *dovere generale di vigilanza* sulla gestione di cui al testo previgente dell'art. 2392 cod. civ., fonte di indebita attribuzione di responsabilità oggettive agli amministratori.

Il dovere di vigilanza non è tuttavia scomparso: ha assunto *declinazioni diverse* adeguatamente circoscritte nell'*oggetto*, appropriatamente disciplinate nella *forma*, opportunamente *coordinate* nell'attuazione.

La disposizione specificamente dettata in materia stabilisce infatti, in primo luogo, che il consiglio di amministrazione "*sulla base delle informazioni ricevute*" valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società (art. 2381, comma 3).

La valutazione *dell'adeguatezza del sistema organizzativo* sulla base delle informazioni ricevute non esclude però che gli amministratori debbano richiedere informazioni ulteriori e/o proporre in deliberazione ulteriori indagini e verifiche (al fine, se del caso, di proporre e deliberare i provvedimenti correttivi che è ragionevole esigere da un buon amministratore).

5. *L'impresa è un'istituzione?*

Vi è allora da domandarsi: l'impresa è oggi un'istituzione?

Sotto un primo profilo la complessità, la analiticità, la struttura sistematica della disciplina dell'organizzazione di impresa consente – ragionevolmente – di attribuire a quest'ultima un carattere ordinamentale.

Ma per non correre il rischio di porre la questione su di un piano prevalentemente definitorio o quasi "metaforico", pare più proficuo approfondire il tema dell'impresa – e dell'organizzazione di impresa – nella prospettiva del rapporto dialettico e funzionale con il tema dell'interesse sociale e del dibattito in materia tra contrattualismo e istituzionalismo.

6. *L'interesse sociale*

Oggi, per ragioni teoriche e di diritto positivo, come ho in altra sede sostenuto e argomentato³, è improponibile una concezione dell'interesse sociale come mero interesse dei soci attuali alla divisione degli utili; è più appropriato definire l'interesse sociale come interesse contrattuale dei soci alla valorizzazione della partecipazione sotto il profilo sia reddituale sia patrimoniale in una prospettiva di lungo termine circoscritta da (i) limiti interni di ordine tipologico, (ii) limiti esterni di ordine legislativo, contrattuale e sociale, (iii) limiti di ordine negoziale e quindi coordinato dagli amministratori – come meglio precisato in seguito – con gli interessi-altri, convenzionalmente definiti come interessi degli *stakeholders*. Per le seguenti ragioni.

7. *Contrattualismo e istituzionalismo*

Nel pluridecennale dibattito sull'interesse sociale il contrasto tra contrattualismo e istituzionalismo, non già nei termini attuali bensì nella sua declinazione tradizionale, può ritenersi superato⁴.

In primo luogo tra limiti interni di ordine tipologico, cioè connessi alla concreta articolazione dell'impresa societaria nella sua dimensione di grande, e medio-grande, impresa azionaria, e limiti esterni, di ordine legislativo e contrattuale all'interesse sociale vi è un'osmosi e una interrelazione dialettica più che una contrapposizione.

In secondo luogo perché è sempre più netto sul piano normativo il rapporto di interconnessione tra interessi diversi, e tra disciplina dell'impresa e disciplina del contratto (di società azionaria), per cui gli interessi plurali ed eterogenei, cioè gli interessi degli *stakeholders*, reagiscono direttamente sulla configurazione dell'interesse degli azionisti.

In terzo luogo perché gli interessi degli azionisti sono obiettivati nella persona giuridica-società per azioni che solo un approccio eccessivamente affezionato alla teoria dei diritti individuali impedisce di concepire nella sua “realità” socio-istituzionale.

In quarto luogo si deve ancora osservare che nelle diverse fattispecie

³ Cfr. nota 1.

⁴ Ancora attuali le riflessioni di G. COTTINO, *Contrattualismo e istituzionalismo*, (Variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo), in *Riv. soc.*, 2005, 695 ss.

normative in cui rileva la nozione di interesse sociale lo scrutinio preventivo degli amministratori, così come l'eventuale scrutinio successivo del giudice, si configurano in termini di valutazione della "razionalità economica" dell'operazione in relazione alle strategie gestionali dell'impresa in cui il fine ultimo, ma perciò mediato, è pur sempre lo scopo di profitto delimitato dai limiti interni ed esterni: in altri termini *l'interesse all'efficienza dell'impresa*.

E la frammentazione tra diversi *interessi degli azionisti* scompone, ulteriormente, la nozione non più unitaria dell'interesse sociale.

8. *L'interesse sociale: composizione di plurimi interessi, prospettiva long term, efficienza dell'impresa*

Il concetto di interesse sociale come interesse degli azionisti alla realizzazione dell'utile in una prospettiva *long term*, compositiva delle diverse categorie di interessi in cui si segmenta l'azionariato – azionisti di controllo, azionisti-imprenditori minoritari, azionisti minimi e, soprattutto, investitori istituzionali –, in ogni caso riconducibile, pur nelle diverse declinazioni, all'interesse al profitto e cioè alla valorizzazione della partecipazione e alla percezione del dividendo, pur temperato dagli interessi-altri, assume rilevanza teorica e pratica in particolare nella prospettiva degli amministratori.

L'interesse dei soci è infatti integrato dagli interessi degli *stakeholders* – dipendenti, finanziatori, consumatori, comunità di riferimento, – interessi che operano o come *limite* o come "*dovere di funzionalizzazione compositiva*" degli stessi allo scopo di lucro o per disposizione legge o per contratto o in via di autodisciplina o in base ad una valutazione di *costs and benefits*.

Gli amministratori devono cioè perseguire lo scopo di lucro nei confini loro imposti o da limiti *legislativi* (tutela ambientale, sicurezza sul lavoro, ecc.) oppure da vincoli *contrattuali* (contrattazione aziendale, partecipazione lavoratori, ecc.) oppure in ottemperanza di *self-restraint* dovuto ad atti di autonomia negoziale (adesione a codici etici, rispetto degli interessi degli *stakeholders* ecc.) oppure ancora in ragione di volontaria adesione a principi di *Corporate Social Responsibility*, se funzionali all'*efficienza dell'impresa* e perciò, in ultima istanza, allo scopo di lucro.

9. *L'interesse sociale come composizione di plurimi interessi: il diritto positivo*

La rilevanza di interessi-altri nel concetto di interesse sociale è confermata dal diritto positivo.

La norma in tema di *conflitto di interessi degli amministratori* – l'art. 2391 c.c., novellato – qualifica, per così dire “per differenza”, l'interesse sociale, in quanto l'interesse in conflitto deve, oggi, essere precisato nella sua natura, termini, origine e portata e in quanto la “convenienza” per la società dell'operazione deve essere adeguatamente motivata.

In materia di *operazioni straordinarie*, il rispetto dell'interesse sociale si colora di più puntuali riferimenti a concetti aziendalistici che superano la visione ristretta della divisione degli utili. Si pensi all'obbligo di giustificazione del progetto di fusione «sotto il profilo... economico» (art. 2501-*quinquies*, comma 1, c.c.); si pensi, ancor più, alle operazioni di *leveraged buyout*, in cui il progetto deve indicare «le ragioni che giustificano l'operazione» con la predisposizione di un «piano economico e finanziario», contenente l'esplicitazione degli «obiettivi» (imprenditoriali, dunque) «che si intendono raggiungere», con specifica attenzione agli interessi dei creditori, dovendosi «indicare le risorse finanziarie previste per il soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dalla fusione» (art. 2501-*bis*, commi 3 e 2, c.c.).

Ancora, in materia di *operazioni sulle proprie azioni* si contempla lo «specifico interesse che l'operazione presenta per la società» collegato agli «obiettivi imprenditoriali che la giustificano» (art. 2358, co. 3, c.c.) e si dà espresso rilievo agli «interessi dei dipendenti della società o di quelli di società controllanti o controllate» (art. 2358, co. 8, c.c.).

Di portata sistematica generale è, poi, la disciplina della *direzione e coordinamento* (artt. 2497 ss. c.c.).

L'interesse di gruppo è riconosciuto nei limiti dei vantaggi compensativi (art. 2497, comma 1, ult. parte); l'interesse sociale è ricollegato alla redditività e al valore della partecipazione (ma anche all'integrità del patrimonio della società: art. 2497, comma 1).

La *deliberazione influenzata* dalla direzione unitaria deve dare conto degli «interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione» (art. 2497-*ter*): esplicito riconoscimento della legittimità del perseguimento di interessi plurali.

L'emersione di interessi-altri sul piano normativo si evince, inoltre, dalle disposizioni in materia di *relazione sulla gestione* da cui devono

emergere «gli indicatori di risultato finanziari e, se del caso, quelli non finanziari pertinenti all'attività specifica della società, comprese le informazioni attinenti all'ambiente e al personale» (art. 2428, comma 2, c.c.): interessi tipicamente ascrivibili alla categoria degli *stakeholders*, nonché informazioni sulla «evoluzione prevedibile della gestione» (art. 2428, comma 3, n. 6): la prospettiva *long term* assume una rilevanza che può, a mio parere, essere trasposta, sistematicamente, dal piano dell'impresa al piano del contratto.

In materia di *offerte pubbliche di acquisto*, è previsto che il comunicato degli amministratori della società *target* contenga una «valutazione sugli effetti che l'eventuale successo dell'offerta avrà sugli interessi dell'impresa» – non della società, dunque, – «nonché sull'occupazione e la localizzazione dei siti produttivi» (art. 103, comma 3-*bis*, T.U.F.), interessi – dei lavoratori e delle comunità di riferimento – tipicamente esterni rispetto al mero interesse alla divisione dell'utile.

La dialettica partecipativa assurge a giuridica rilevanza: «il comunicato è trasmesso ai rappresentanti dei lavoratori, o, in loro mancanza, ai lavoratori direttamente» e, «se ricevuto in tempo utile, al comunicato è allegato il parere dei rappresentanti dei lavoratori quanto alle ripercussioni sull'occupazione» (art. 103, comma 3-*bis*, T.U.F., aggiunto dall'art. 23, lett. c, d.lgs. 19 novembre 2007, n. 229).

Puntuale, ed espressa, infine la tutela degli interessi degli *stakeholders* nelle *fusioni transfrontaliere*: interessi dei creditori, dell'occupazione, dei lavoratori e dei loro rappresentanti sono oggetto di specifiche disposizioni (d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108, art. 6, comma 1, lett. d, lett. e, art. 8, comma 1, comma 2, comma 3, art. 13, comma 1, lett. c, art. 19).

Il quadro comparatistico conferma che vi è una precisa convergenza neo-istituzionalistica nei principali ordinamenti angloamericani, dal *Companies Act* nel Regno Unito ai *non-shareholder constituency statutes* negli Stati Uniti.

10. Il quadro europeo. La Direttiva sull'impegno degli azionisti long term: conferme neo-istituzionalistiche

L'Unione Europea ha adottato la *Direttiva (UE) 2017/828* del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 maggio 2017 che modifica la direttiva 2007/36/CE per quanto riguarda l'incoraggiamento dell'impegno a lungo termine degli azionisti.

La politica di impegno – architrave della Direttiva – è ben illustrata nel *Considerando* n. 14 ove si legge che «un impegno efficace e sostenibile degli azionisti costituisce uno dei pilastri del modello di governo societario delle società quotate, basato su un sistema di *pesi e contrappesi tra i diversi organi e i diversi portatori di interesse*. Il maggiore coinvolgimento degli azionisti nel governo societario delle società rappresenta», quindi, «una delle leve che possono contribuire a migliorare i *risultati finanziari e non finanziari delle società*, anche per quanto riguarda i *fattori ambientali, sociali* e di governo, in particolare ai sensi dei *principi di investimento responsabile* sostenuti dalle Nazioni Unite», in quanto «il *maggior coinvolgimento di tutti i portatori di interesse, in particolare dei dipendenti*, nel governo societario è un fattore importante per garantire che le società quotate adottino un *approccio più a lungo termine*, che deve essere incoraggiato e preso in considerazione» (corsivo nostro).

Di particolare interesse le disposizioni in materia di «Politica di impegno», soprattutto in tema di *risultati non finanziari di impatto sociale e ambientale e di governo societario*, [cfr. art. 3 *octies*, comma 1, lett. a), corsivo nostro].

Il diritto europeo è dunque nettamente orientato non solo verso una prospettiva *long term* ma anche nel senso di una legittimazione di strategie *profit oriented* che tengono conto degli interessi degli *stakeholders*: una valorizzazione dell'interesse dell'impresa in chiave di “istituzionalismo debole”⁵.

11. *Ultimi sviluppi: attivismo degli investitori istituzionali*

Il quadro, internazionale, e anche italiano, è oggi arricchito dallo sviluppo dell'attivismo degli investitori istituzionali che impone agli amministratori – nella ricerca di un'ottimale composizione degli interessi “plurimi” che confluiscono in un'efficiente gestione dell'impresa – un'attenzione mirata agli interessi espressi dagli azionisti qualificati, cioè gli intermediari professionali, che, sia pure in forme parziali, ma comunque significative, hanno accentuato *(i)* politiche di investimento incentrate sulla valutazione delle strategie aziendali, *(ii)* conseguenti incrementi di investimenti quantitativamente qualificati *(iii)* forme di intervento attivo anche in sede assembleare.

⁵ È la formula efficace di M. LIBERTINI, (nt. 1).

Si vedano le Linee Guida SEC del 2014 sui *Proxy Advisors*, il *Code for External governance* dell'EFAMA del 2011, i *Principi italiani di stewardship* di Assogestioni del 2013.

Il fenomeno, dal punto di vista economico, registra profonde novità.

L'evoluzione della rilevanza quantitativa degli investimenti degli investitori istituzionali in termini assoluti e in termini percentuali rispetto al capitale sociale di grandi società quotate è impressionante.

Black Rock gestisce un patrimonio globale di 6 mila miliardi di dollari, quasi il triplo del debito pubblico italiano, ed è socio di grandi società quali Apple, Amazon, Alphanet. In Italia *Black Rock* detiene circa il 5% di primarie società quali Intesa SanPaolo, Unicredit, Mediobanca e Ubi. Di particolare rilievo è altresì la posizione di Norges Bank Investment Management, fondo sovrano socio, in Italia, di Eni, Saipem, Erg, Autogrill, Ansaldo, Leonardo, Fca, Poste, Juventus⁶.

12. *Corporate Social Responsibility e bilancio sociale*

L'evoluzione dell'interesse sociale nella società per azioni oggi si intreccia con il tema della *Corporate Social Responsibility*, su cui la letteratura è ormai amplissima e che è anche oggetto di Linee Guida dell'OCSE.

In estrema sintesi la responsabilità sociale dell'impresa oscilla tra (i) opzioni volontarie di *policy* delle grandi imprese, nella prospettiva di una positiva valutazione da parte del mercato del perseguimento di obiettivi socialmente e/o eticamente apprezzabili; (ii) vincoli autoassunti verso il mercato con l'adozione di codici etici; (iii) obblighi normativi.

Sotto quest'ultimo profilo, particolare interesse suscita, nel nostro ordinamento, il c.d. *bilancio sociale*, cioè la disciplina relativa alla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario introdotta con il d.lgs. 30 dicembre 2016, n. 254 (che ha dato attuazione alla Direttiva 2014/95/UE, recante modifica alla Direttiva 2013/34/UE) da parte di talune imprese e taluni gruppi di grandi dimensioni, in materia di «temi ambientali, sociali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani, alla lotta contro la corruzione attiva e passiva».

⁶ I dati sono tratti da E. DE BIASI, *I quattro cavalieri stranieri*, in *Corriere della Sera*, 21 maggio 2018, 14, a cui si rinvia per ulteriori informazioni.

Si richiede che siano descritti «a) il modello aziendale; b) le politiche praticate dall'impresa; c) i principali rischi» (art. 3, comma 1).

Di particolare interesse, oltre alle politiche energetiche, l'obbligo di trattare gli «aspetti sociali e attinenti alla gestione del personale» e «le modalità cui è realizzato il dialogo con le parti sociali» [art. 3, comma 2, lett. d)], nonché la metodologia di rendicontazione, soprattutto la previsione per cui le informazioni devono essere rese secondo «metodologie e principi previsti dallo standard di rendicontazione utilizzato» (art. 3, comma 3), articolato in specifici «indicatori fondamentali di prestazione» [*ivi*, comma 1, lett. b)], con l'obbligo di selezionare «gli indicatori più adatti allo scopo» (*ivi*, comma 5): in conclusione strumenti quantitativi, non mere descrizioni contenutistico-qualitative.

In conclusione le informazioni non finanziarie si traducono in informazioni al mercato che in caso di falsità idonea ad incidere sulle scelte di investimento oppure in caso di dichiarazioni negoziali integranti rapporti contrattuali – ad esempio contratti di lavoro o contratti di fornitura – possono essere fonte di responsabilità.

13. *La società benefit*

Interesse marginale presenta invece, a mio parere, quanto meno nel nostro ordinamento, l'introduzione della disciplina della *società benefit*, avvenuta con l'art. 1, commi 376-384, L. 28 dicembre 2015, n. 208.

Infatti le società *non benefit* ben potranno perseguire l'interesse sociale nei termini di “composizione” di interessi plurimi, e quindi anche – volontariamente – di interessi sociali, ambientali e culturali; la *società benefit*, dovrà invece perseguire espressamente «la finalità di beneficio comune» ma ravvisare una sorta di contrapposizione antinomica non pare corretto.

14. *Quasi una conclusione*

Il dibattito attuale tra i giuscommercialisti sull'interesse sociale registra una nuova impostazione dell'antico contrasto tra contrattualismo e istituzionalismo.

Si segnalano in particolare la focalizzazione sull'efficienza dell'impresa di Carlo Angelici, la visione contrattualistica di Francesco

Denozza, la riflessione di Mario Libertini sull'estendibilità della categoria amministrativistica dell'eccesso di potere, la tesi dell'interesse sociale come composizione di interessi plurimi sostenuta da chi scrive.

Più precisamente, a mio parere, in sintesi, l'*interesse sociale* è composizione di *interessi plurimi* – delle diverse categorie di azionisti –, nei *limiti degli interessi-altri* – dei lavoratori, dei consumatori, della comunità di riferimento, dell'ambiente, cioè degli *stakeholders* in generale – coordinati dagli amministratori in una sintesi in ultima istanza *profit-oriented* che converge nell'interesse all'*efficienza dell'impresa*.

L'organizzazione dell'*impresa* è disciplinata ora, con il Testo Unico della Finanza, con la riforma del 2003, con la legislazione speciale in modo articolato e analitico, ancorché meritevole di una razionalizzazione sistematica.

In conclusione ritengo che possa oggi affermarsi che impresa e società convergono verso l'"istituzionalismo debole".

ARISTIDE POLICE

LE AUTONOMIE PUBBLICHE
COME ORDINAMENTI GIURIDICI

SOMMARIO: 1. Una necessaria premessa sul tema, sulle fonti e sul metodo. – 2. Le Autonomie territoriali nella Costituzione come prova dell'attualità del pensiero Romano. – 3. Il significato delle Autonomie pubbliche nelle relazioni fra Ordinamenti ed Istituzioni. – 4. Le relazioni fra Ordinamenti ed Istituzioni nel sistema de *L'ordinamento giuridico*. – 5. Le relazioni fra Autonomie pubbliche nel «diritto vivente». – 6. (Segue): le relazioni fra Autonomie pubbliche e i limiti di una ricostruzione solo teorica. – 7. Le relazioni fra Autonomie pubbliche descritte in ragione degli effetti ed i «fallimenti» delle Autonomie differenziate. – 8. Autonomie pubbliche tra esercizio delle funzioni e rivendicazioni di nuovi territori: qualche conclusione.

1. *Una necessaria premessa sul tema, sulle fonti e sul metodo*

Questo contributo, nel più ampio contesto di una riflessione condivisa, si propone di segnalare la persistente vitalità del pensiero di Santi Romano sul tema delle autonomie pubbliche e la necessità di restituire attualità al suo insegnamento nel disordinato contesto dell'oggi¹.

Temeraria sarebbe stata la scelta di un tema così complesso ed impegnativo² se non fosse stata il frutto di un cortese quanto pressante invi-

¹ Questo lavoro è una sintesi dell'intervento tenuto al Convegno i cui atti sono raccolti in questo volume; se ne è conservato il taglio e si è limitato al massimo l'appesantimento con note bibliografiche.

Sia consentito qui ringraziare Giovanna Colombini per aver reso possibile l'incontro congressuale proprio a Pisa, in occasione del centenario della pubblicazione de *L'ordinamento giuridico* in questa stessa città «sapiente» e finanche nella medesima piazza. La Tipografia Editrice Cav. Mariotti aveva sede (come indicato nel frontespizio del volume) alla Piazza dei Cavalieri n. 5 ed i lavori del Convegno sono stati ospitati nella Sala dell'Ordine dei Cavalieri di S. Stefano nel palazzo dei Dodici, al n. 1 della stessa Piazza.

Le citazioni che nel testo si faranno de *L'ordinamento giuridico*, sono per comodità di lettura quelle della seconda edizione, Firenze, 1946, nell'ultima ristampa disponibile, nel volume *L'«ultimo» Santi Romano*, Milano, 2013, 1 ss.

² Che si tratti di un tema impegnativo è stato segnalato anche dal Prof. Alberto Romano nell'introdurre i lavori della Sessione congressuale nella quale il presente intervento è stato presentato.

to³. È proprio perché il tema è molto impegnativo ed in ogni caso assolutamente sproporzionato alle spalle di chi scrive, si è ipotizzato di ricostruire questa riflessione come una rilettura del pensiero di Santi Romano a mezzo di un confronto continuo con i testi del Maestro, facendo sempre tesoro del suo monito «*Glissez, mortels, n'appuyez pas*»⁴.

Un confronto che non si limita soltanto alle pagine de *L'ordinamento giuridico*, ma anche ad altri due momenti di riflessione che hanno preceduto e preparato il terreno alla pubblicazione de *L'ordinamento giuridico*, lavori che per una singolare coincidenza vivono anch'essi un significativo anniversario: ricorrono infatti centodieci anni sia dalla pubblicazione de *Il Comune (parte generale)*⁵, sia dalla chiamata pisana di Santi Romano dell'1908 e dalle riflessioni su *Lo Stato moderno e la sua crisi* oggetto della sua prolusione all'anno accademico successivo⁶. Lavori, in particolare la monografia su *Il Comune*, che costituiscono se non un'anticipazione de *L'ordinamento giuridico* e della ricostruzione del tema della pluralità degli Ordinamenti, una prima intuizione da cui si sviluppò per progressiva maturazione l'opera maggiore⁷.

Il confronto con il pensiero di Santi Romano sul tema delle Autonomie pubbliche non potrà ignorare, infine, le rinnovate riflessioni che il Maestro farà nella nota voce *Autonomia* nei *Frammenti di un dizionario giuridico*⁸.

Si crede che il confronto con il testo scritto di Santi Romano costituisca una fondamentale necessità, e in questo il titolo del Convegno che

³ E ringrazio il Comitato Scientifico ed in particolare il Prof. Roberto Cavallo Perin per avermi sollecitato su questo tema.

⁴ È questo il titolo di una delle voci, datata marzo 1945, pubblicata nei *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Milano, 1947, 118 ss., ora nel citato volume *L'ultimo Santi Romano*, 705 ss.

Il Maestro ricordava, sin dal titolo, il «consiglio o l'ammonimento scherzevole che Pierre Charles Roy rivolgeva ai pattinatori, (e che) si potrebbe rivolgere sul serio ai giuristi o, meglio, a certi giuristi. Cioè a coloro, e non son pochi, che, quando sono alle prese con qualche concetto, che talvolta è un loro concettuzzo, insistono instancabilmente su di esso».

⁵ Monografia pubblicata nel volume II, parte I, del *Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo Italiano*, a cura di V.E. ORLANDO.

⁶ Pubblicata nel vol. I degli *Scritti minori*, I ed., Milano, 1950, 311, e nella II ed., Milano, 1990, 379 ss.

⁷ Così A. ROMANO, *Santi Romano nel Trattato Orlando*, *Presentazione* al volume S. ROMANO, *Gli scritti nel Trattato Orlando*, Milano, 2003, V ss., la citazione è a VI.

⁸ Voce che reca la data dell'aprile 1945, raccolta nel volume *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, cit., 14 ss., ora nel citato volume *L'ultimo Santi Romano*, 843 ss.

ha occasionato questo scritto oggettivamente è molto significativo. Del resto, l'invito a confrontarsi con il testo viene dallo stesso Maestro che, nella *Prefazione* alla seconda edizione dell'opera, concludeva con l'auspicio “*che oramai essendo agevole la lettura del libro non ci siano più molti che ne parlino – come spesso è avvenuto- senza conoscerlo*”.

Peraltro, tale auspicio sembra essere rimasto talvolta inascoltato, anche in recenti occasioni celebrative di questo grande studioso. Ed invece il rinnovato confronto con i testi è sempre fondamentale; tutti hanno letto e riletto – in diverse stagioni della propria esistenza – le pagine Romaniane, e tuttavia il confronto immediato e recente con i testi aiuta a non dimenticare e soprattutto ad evitare che la fragilità soggettiva della nostra memoria ci induca ad ipotizzare un oggettivo scolorirsi del pensiero di Santi Romano, che viceversa giganteggia per l'attualità e per la sua necessità nel ricostruire le Autonomie pubbliche in una stagione totalmente nuova e diversa.

Nessuno potrebbe ignorare l'ovvio, e cioè che sia appunto passato un secolo (ed anche più) da queste profonde riflessioni, ma ciò non oblitera né svilisce la centralità di quell'insegnamento per la ricostruzione critica del presente. Le radici nel nostro studio sono importanti⁹ e allo stesso modo lo sono i gesti di memoria, perché consentono all'attualità di essere viva e soprattutto consentono all'attualità di essere profonda, non superficiale, non riducibile alla mera ripetizione di luoghi e di immagini appartenenti ad una comune vulgata e che sono però sbiadite e talvolta illeggibili rispetto alla originale matrice¹⁰.

⁹ A proposito di radici, non ci si può non rammaricare del fatto che in Piazza dei Cavalieri, accanto alla porta di ingresso del Dipartimento giuridico della Sapienza pisana sia stata rimossa la targa cui era intitolato in antico l'Istituto Guido Zanobini dell'Ateneo. Non tanto per la targa in sé, una targa di pietra grigia esattamente simile a quella che anonima indica oggi il Dipartimento, ma perché il ricordo di Guido Zanobini, primo e grande allievo di Santi Romano qui a Pisa e maestro indiretto di noi tutti, per essere il padre accademico di Miele e poi di Giannini e poi di altri Maestri siciliani della Scuola Romana, ovviamente è un segnale, un segnale importante di memoria.

¹⁰ Perché, altrimenti, si fa la fine del coloratissimo pappagallo che figura nell'affresco sul fondo della Sala che ha ospitato i lavori del Convegno che ha occasionato questo scritto: un pappagallo ridente appollaiato sulla balaustra in *trompe l'oeil*, a non voler evocare la non meno divertente scimmietta dispettosa (che appare sull'altra balaustra). Si fa riferimento all'affresco che copre interamente le pareti della Sala dell'Ordine dei Cavalieri di S. Stefano nel palazzo dei Dodici, opera di Pietro Paolo Lippi e Antonio Giusti (1681-1683) con temi marineschi.

Non suoni irrispettoso l'accostamento, proprio con riguardo al *L'ordinamento giuridico* è quanto è accaduto già in passato anche ad illustri studiosi. Richiesto della sua opi-

Ritorniamo quindi ai testi del Maestro anche per la riflessione sulle Autonomie pubbliche.

2. *Le Autonomie territoriali nella Costituzione come prova dell'attualità del pensiero Romano*

Il tema dell'autonomia, o meglio delle Autonomie al plurale, è un tema complesso nella rilettura attuale del pensiero di Santi Romano perché si intreccia con l'evoluzione che in questo ultimo secolo ha caratterizzato le Istituzioni pubbliche (volendo limitarci ad esse), anche nel quadro costituzionale ed in particolare nella rilettura che del tema delle Autonomie avevano dato i padri costituenti nella Carta ed il più recente legislatore nelle riforme della Costituzione repubblicana.

Il pensiero corre in primo luogo alle Autonomie territoriali e alle disposizioni del secondo comma dell'articolo 114 Cost., unitamente a quelle del riformato primo comma del medesimo articolo¹¹.

L'approfondimento è giusto che parta dalle riflessioni che proprio rileggendo Santi Romano, sono state di recente autorevolmente sottoposte all'attenzione della Comunità degli studiosi¹². In particolare quel passaggio dello studio su *Il Comune* nel quale il Maestro -dopo aver segnalato la impossibilità di indagare su quale Istituzione (se lo Stato o il Comune) sia logicamente anteriore rispetto all'altra- enuncia come «*principio*» che «*il diritto di impero del Comune non è una derivazione del diritto subbiettivo di impero dello Stato, ma è attribuito, come un diritto da questo distinto dell'ordinamento giuridico statale*»¹³.

nione sull'*Ordinamento giuridico* dal collega di ateneo Massimo Severo Giannini, Virgilio Andrioli, rispondeva, non senza una sfumatura di perfidia: «Quel libro?... È un romanzo!» (così ricorda E. RIPEPE, *La teoria dell'ordinamento giuridico: Santi Romano*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero – Diritto 2012*, Ist. Enc. Italiana G. Treccani, Roma, 2012).

¹¹ Non è questa certo la sede per soffermarsi sulla torrenziale produzione che dagli anni di Santi Romano ad oggi si è occupata del tema delle Autonomie territoriali e tantomeno sui commenti e sugli approfondimenti dei cultori del diritto pubblico a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione.

¹² Il riferimento è al pregevole saggio di A. ROMANO, troppo modestamente intitolato *Nota bio-bibliografica*, in appendice al volume *L'«ultimo» Santi Romano*, cit., 843 ss., la citazione è a 852.

¹³ Così S. ROMANO, *Il Comune*, in *Gli scritti nel Trattato Orlando*, cit., 477, che corrisponde alla p. 543 della edizione originale ivi riportata.

Ebbene, non può non condividersi l'impressione che in questo passo appaia una significativa emersione della teoria istituzionale che il Maestro elaborerà in modo compiuto un decennio dopo ne *L'ordinamento giuridico*, ma soprattutto che queste riflessioni costituiscono una sorprendente anticipazione della formulazione del secondo comma dell'art. 114 Cost., come riformato nel 2001¹⁴.

La nota previsione costituzionale secondo cui «*I Comuni, le Province, le Città Metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni, secondo i principi fissati dalla Costituzione*», fa risuonare immediatamente alla mente le parole del Maestro secondo cui il Comune (ma il discorso ben vale oggi per gli altri Enti territoriali) «*è in primo luogo presidio e garanzia di libertà, così forte che si è potuto affermare che nessun popolo può conservarsi a lungo politicamente libero, senza una salda organizzazione comunale*»¹⁵.

E questo discorso vale non soltanto con riguardo ai rapporti dello Stato con gli Enti territoriali, ma anche con una serie di altre Autonomie e soprattutto di altri Ordinamenti (e con le loro Istituzioni) che vanno al di là della Repubblica e si estendono nella sfera sovranazionale. Il discorso ci porterebbe troppo lontano¹⁶.

In questa sede pare sufficiente l'approfondimento del tema delle Autonomie territoriali della Repubblica per dimostrare come il pensiero Romano abbia un'attualità straordinaria nell'ordito della nostra Costituzione, della Costituzione vivente.

3. Il significato delle Autonomie pubbliche nelle relazioni fra Ordinamenti ed Istituzioni

Nell'approfondimento e nello studio delle Autonomie, e delle Autonomie pubbliche in rapporto con *L'ordinamento giuridico*, pare centrale in particolare l'insegnamento del Maestro nella seconda parte del volume, quella che peraltro è stata effettivamente pubblicata nel 1918 e che a giusto titolo festeggia il suo centenario.

¹⁴ Così ancora A. ROMANO, op. e loc. ult. cit.

¹⁵ Così S. ROMANO, *Il Comune*, in *Gli scritti nel Trattato Orlando*, cit., 425, che corrisponde alla p. 501 della edizione originale ivi riportata.

¹⁶ Ma su questi profili si rinvia alla riflessione e all'approfondimento che nel Convegno che ha occasionato questo scritto è stato affidato a B. NASCIBENE, *Unione Europea tra unità e pluralità degli ordinamenti giuridici*, *infra* nel volume.

È infatti dalla teorica su *La pluralità degli ordinamenti giuridici e le loro relazioni* che si può correttamente desumere la portata ed il significato delle Autonomie pubbliche, sia nel pensiero di Santi Romano, sia in termini più generali. E del rapporto tra le diverse Autonomie si crede che non si possa prescindere, ciò non solo nella visione del giurista cultore del diritto interno, ma anche nel rapporto con le altre Autonomie, quelle che vanno oltre lo Stato.

Questo approfondimento sarà essenziale anche per non accreditare una lettura dell'opera e delle riflessioni di Santi Romano, troppo incentrata sullo Stato (pur nella sua crisi) come principale lascito del suo insegnamento¹⁷. Approfondimento utile anche per comprendere l'attuale evoluzione costituzionale e quella che ci starà dinanzi nel prossimo futuro¹⁸.

La stessa nozione di autonomia pubblica infatti non può prescindere dalla lettura Romaniana che la declina nel rapporto tra Ordinamenti, e quindi fra Istituzioni, ciascuna portatrice di una sua diversa sfera di autonomia. E in questo, il rapporto tra l'autonomia comunale e l'autonomia statale costituisce il modello più significativo nell'epoca storica in cui Santi Romano scriveva ed anche un modello che conserva il suo significato e la sua portata ancor oggi, e che consente di misurare l'attualità del discorso Romaniano con un certo grado di precisione.

Ebbene, questo approfondimento, deve partire inevitabilmente dalle riflessioni sull'ente Comune che è l'unico ente territoriale che, nell'epoca in cui Santi Romano scriveva, poteva in qualche modo confrontarsi con lo Stato. Ed è anche per questa ragione che, accanto alla seconda parte de *L'ordinamento giuridico*, la nostra riflessione si gioverà degli spunti in qualche modo anticipatori nella monografia *Il Comune*.

In quest'ultimo scritto, come peraltro si è accennato, la riflessione di Santi Romano rispetto al Comune giungeva ad una conclusione che ri-

¹⁷ Per una lettura non totalizzante di quella riflessione si vedano, soprattutto, A. ROMANO, *Santi Romano, lo Stato moderno e la sua crisi e l'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 333 ss. ed *ivi*, P. GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, 1 ss.

Si vedano anche di S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de «L'ordinamento giuridico» di S. Romano*, in *Quad. fiorentini*, 1972, 243 ss.; ID., *Ipotesi sulla fortuna all'estero de «L'ordinamento giuridico» di S. Romano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 177 ss. Ipotesi che lo stesso Autore, ha ripreso, da ultimo, nella Relazione al Convegno *Santi Romano. L'ordinamento giuridico 1917-2017* (Palermo, novembre 2017).

¹⁸ Acute le riflessioni sul punto di F.G. SCOCA, *Santi Romano: la produzione giovanile ed i principi*, in *Dir. Amm.*, 2018, 249 ss.

conosceva al Comune una centralità e una posizione di autonomia molto significativa che non poteva affatto ricostruirsi in termini di subordinazione o di inferiorità rispetto a una posizione di dominanza dello Stato¹⁹. Leggendo quella ricostruzione, ci si rende ben conto di quanto possano essere fuorvianti talune (ri)letture della seconda parte de *L'ordinamento giuridico*, e di quanto esse non siano esattamente corrispondenti al reale pensiero del suo Autore.

E analogo convincimento si può trarre anche quando si legge la voce *Autonomia*²⁰, laddove in generale si offre una definizione precisa di che cosa debba intendersi per autonomia e di che cosa siano, meglio, le Autonomie pubbliche. Per usare le parole del Maestro «*nel significato più specifico, che corrisponde alla sua etimologia ... indica soggettivamente, la potestà di darsi un ordinamento giuridico e, oggettivamente, ... che individui o enti si costituiscono da sé, in contrapposto al carattere degli ordinamenti che per essi sono costituiti da altri*»²¹. Andando ad una ricostruzione per gradi, ci viene rappresentata la necessità di prospettiva ma non la diversità sostanziale e intima tra autonomia privata e autonomia pubblica.

La ricostruzione delle Autonomie pubbliche, anche ed anzi soprattutto nella prospettiva della attualità, può fare utile e prezioso impiego del pensiero Romaniano, in particolare con riguardo alle riflessioni che il Maestro consolidò sulle «*relazioni fra ordinamenti*», ma si potrebbe dire anche sulla relazione fra Istituzioni o anche, sulla relazione fra diverse Autonomie pubbliche.

E del resto, la definizione delle Autonomie pubbliche sulla base della reciproca relazione o autolimitazione è presente non soltanto nella parte seconda de *L'ordinamento giuridico*, ma già ne *Il Comune*, laddove con assoluta chiarezza si legge che il Comune «*si presenta come un vero limite dell'azione statale*», tanto da considerare questo ente come «*garantigia di libertà*»²² e poi nella voce dei *Frammenti*, dove si ricostruisce l'autonomia sulla base dei «*rapporti ... di fronte ad altri organi o istituti*»,

¹⁹ Così S. ROMANO, *Il Comune*, cit., 477, che corrisponde alla p. 543 della edizione originale.

²⁰ La citata voce in *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, cit., 14 ss.

²¹ Così sempre nella voce *Autonomia*, cit., 15 e, nella ripubblicazione nel volume *L'«ultimo» Santi Romano*, cit., 601.

²² Così S. ROMANO, *Il Comune*, cit., 425, che corrisponde alla p. 500 della edizione originale ivi riportata.

cosicché «appaiono dotati di particolari autonomie»²³. Una relazione fra Ordinamenti o Istituzioni che non vale soltanto con riguardo alle Istituzioni «originarie».

4. *Le relazioni fra Ordinamenti ed Istituzioni nel sistema de L'ordinamento giuridico*

E questa riflessione sulle relazioni fra Ordinamenti ed Istituzioni come fondamento della definizione stessa delle Autonomie pubbliche si può svolgere seguendo esattamente lo schema che Santi Romano proponeva nella seconda parte de *L'ordinamento giuridico*

Pare utile in proposito prendere le mosse, ad esempio, dalla stessa definizione di che cosa debba intendersi per relazione e come possano declinarsi le diverse relazioni fra Ordinamenti ed Istituzioni, o Autonomie, compito cui il Maestro si dedica, dopo aver offerto una definizione delle diverse Istituzioni (originarie o derivate, con fini generali o con fini particolari, semplici o complesse, perfette o imperfette)²⁴. L'analisi delle relazioni fra i diversi Ordinamenti, e quindi fra le diverse Autonomie, «*si risolve necessariamente in quella della rilevanza che uno di essi può avere per l'altro*», in termini giuridici «*che o l'esistenza, o il contenuto o l'efficacia di un ordinamento sia condizionata rispetto ad un altro ordinamento e ciò in base ad un titolo giuridico*»²⁵:

E seguendo la traccia di Santi Romano, la individuazione o la specificazione di queste relazioni può avvenire in termini di natura²⁶, in termini di contenuto²⁷, in termini di effetti²⁸.

²³ Così ancora nella voce *Autonomia*, cit., 15, e, nella ripubblicazione nel volume *L'ultimo* Santi Romano, cit., 602.

²⁴ Così S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 101 ss., che corrispondono alle p. 100 ss. dell'edizione originale ivi riportata.

²⁵ Così S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 103 ss., che corrispondono alle p. 145 ss. dell'edizione originale ivi riportata.

²⁶ Così i §§ 35 ss., de *L'ordinamento giuridico*, cit., 104 ss., che corrispondono alle p. 147 ss. dell'edizione originale ivi riportata. Si parlerà quindi di relazioni di a) supremazia o subordinazione, b) di presupposizione; c) di dipendenza; d) di subordinazione spontanea (o volontaria); e) di irrilevanza.

²⁷ Così i §§ 38 ss., de *L'ordinamento giuridico*, cit., 115 ss., che corrispondono alle p. 163 ss. dell'edizione originale ivi riportata.

²⁸ Così i §§ 42 ss., de *L'ordinamento giuridico*, cit., 129 ss., che corrispondono alle p. 184 ss. dell'edizione originale ivi riportata.

Si deve riconoscere che la seconda parte de *L'ordinamento giuridico* è meno studiata e, anche nel ricordo di chi scrive, era piuttosto appannata; riprenderla, studiarla e approfondirla nuovamente – pur se a costo di ripetute letture – è stata una vera riscoperta. Lo schema logico che il Maestro segue è uno schema di estrema semplicità (lo schema, si badi, non le riflessioni che da esso scaturiscono), uno schema che risulta di un'utilità straordinaria per le riflessioni che possiamo svolgere oggi sul tema delle Autonomie pubbliche e sulla diversità molto significativa fra queste Autonomie; come ogni elaborazione di vera teoria generale, l'impianto Romaniano è del tutto inossidabile allo scorrere del tempo»²⁹.

C'è un dato che pure va significativamente messo in luce: che le consistenze di questi rapporti e di queste relazioni fra Autonomie pubbliche, essendo vissute come relazioni vive fra Istituzioni, vanno sempre declinate nella attualità dell'essere e dell'operare delle Istituzioni medesime, sganciando le relazioni fra le Autonomie pubbliche (o, se si vuole, tra gli Ordinamenti) dalle norme e ricostruendo tali relazioni sul diritto vivente. Diventa centrale l'essere delle Istituzioni, il modo in cui esse «vivono» rispetto all'oggi, rispetto al momento in cui le si considerano³⁰.

²⁹ Sul punto si veda, da ultimo, lo studio monografico di A. OLIVARI, *Santi Romano ontologo del diritto*, Milano, 2016.

³⁰ E, nel parlare di diritto vivente, tra i moltissimi contributi sul tema, oltre al saggio coevo alla riflessione Romaniana, R. POUND, *Law in Books and Law in Action*, in *Amer. Law Rev.*, 44, 1910, 12, si vedano, nella amplissima produzione italiana: G. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente» – Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in *Sociologia dir.*, 2008, 47; A. ANZON, *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a costituzione e dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1998, 1082; ID., *La Corte costituzionale e il «diritto vivente»*, *ivi*, 1984, I, 300; T. ASCARELLI, *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 352; C. ESPOSITO, *Diritto costituzionale vivente*, a cura di D. NOCILLA, Milano, 1992; ID., *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 1962, I, 605; V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Napoli, 2008; L. MENGONI, *Diritto vivente*, voce in *Digesto civ.*, Torino, 1990; C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, 149; C. MESSNER, «Diritto vivente» – *Performativo, non discorsivo*, in *Politica del diritto*, 2011, 413; M.R. MORELLI, *Il «diritto vivente» nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1995, II, 169; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, Milano, 1994; ID., *Il riferimento al diritto vivente*, in *Foro it.*, 1998, V, 366; E. RESTA, *Diritto vivente*, Bari, 2008; G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1986, I, 1148.

5. *Le relazioni fra Autonomie pubbliche nel «diritto vivente»*

Se questo è vero, è chiaro che queste relazioni non sono tutte uguali nel senso che l'autonomia riconosciuta a un Comune è un'autonomia non necessariamente identica a quella che può essere riconosciuta nei fatti e pur nello stesso tempo storico ad altro ente comunale perché se il quadro giuridico è inevitabilmente il medesimo³¹, la vita di ciascuna Istituzione nella quotidianità delle relazioni giuridiche con altre Istituzioni, con i cittadini amministrati, con il sistema produttivo ed il sistema sociale potrà ben essere diverso da realtà a realtà.

Questo significa, che anche il rapporto fra Autonomie e l'indagine sulle diverse sfere di autonomia e sui rapporti tra le diverse sfere: per natura, contenuto ed effetti possa mutare proprio in relazione alle situazioni di fatto non declinabili in astratto.

Certo, Santi Romano nella sua trattazione di teoria generale, non svolge un'analisi casistica o storica dei singoli possibili effetti delle relazioni tra Ordinamenti. Nella disamina di queste relazioni nell'attualità, tuttavia, si crede che non si possa prescindere dall'elemento della effettività³². Ebbene, l'effettività inevitabilmente significa la vita delle Istituzioni nel tempo, ed è per questo che pare poco utile, nello studio e nell'approfondimento della relazione tra Autonomie, soffermarsi sull'ambito e sulle sfere di Autonomia che le norme consegnano al nostro Ordinamento³³.

Le norme sono certamente essenziali, ma le norme, evidentemente, non sono sufficienti a darci il senso e la portata degli effetti e soprattutto a consentire una valutazione di tipo omogeneo sugli effetti per tipologie di Autonomie.

In questo, è molto giusta la riflessione che Alberto Romano fa con riguardo all'articolo 114 della Costituzione³⁴. Il richiamo alla previsione

³¹ Per una attenta e puntuale riflessione sul quadro normativo in materia di Autonomie locali si rinvia al prezioso *Commentario breve al Testo Unico sulle Autonomie locali* a cura di R. CAVALLO PERIN e A. ROMANO, Padova, 2006.

³² Si ricordano sul tema le lezioni monografiche che il prof. Sergio Fois svolse nella Facoltà giuridica romana nei suoi corsi di Diritto Costituzionale: il tema della effettività come fondamento della legalità già illustrato nella voce S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, 1973, 659 ss.

³³ Peraltro questo importante sforzo sistematico ricostruttivo è stato già svolto con grande fortuna da R. CAVALLO PERIN e A. ROMANO, sin dal *Commento all'art. 1 Oggetto*, nel *Commentario breve al Testo Unico sulle Autonomie locali*, cit., 1 ss.

³⁴ Così A. ROMANO, *Nota*, cit., 852.

costituzionale in discorso è fatto, si badi, costruendo questa sua riflessione dal secondo comma e non soltanto perché il secondo comma per nostra fortuna, nessun legislatore lo ha modificato e quindi gode della saggezza della visione (e anche delle capacità espressive, linguistiche e grammaticali) dei Padri della Costituente, ma anche per il fatto che, rispetto al senso e alla portata della previsione costituzionale, il secondo comma è molto più significativo del primo, come oggi lo conosciamo nella sua mera elencazione di Autonomie territoriali con un ordine chiaramente ispirato alle mode e non ad una seria riflessione giuridica³⁵.

I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri, funzioni, secondo i principi fissati dalla Costituzione. E questa idea, viene ancora sottolineato da Alberto Romano (certo con una punta di orgoglio giustificatissima)³⁶, è esattamente l'idea che Santi Romano versava molti decenni prima nelle pagine de *L'ordinamento giuridico*, proprio in quella seconda parte del volume, per poi essere ripreso nella voce *Autonomia* nei *Frammenti*.

L'insegnamento Romaniano del 1918 viene trasposto, a trent'anni di distanza, nel secondo comma della Carta costituzionale: statuti, poteri e funzioni, quindi autonomia ma anche autarchia nella visione e nella ricostruzione romaniana.

E del resto ben nota è la definizione che Santi Romano ci offre di un'«*autonomia funzionale, nel senso che serve per il regolamento di interessi propri ma anche per il regolamento di interessi superiori che si ricollegano strettamente ai primi che ad essi rimangono subordinati*»³⁷. Certamente, autonomia rispetto alla capacità di dettare norme (Statuti) ma anche autarchia rispetto al modo di esercizio di poteri e funzioni³⁸. Sem-

³⁵ Sul punto A. ROMANO (*Nota*, cit., 853) addirittura prova ad ipotizzare come Santi Romano avrebbe considerato questa formulazione e ritiene che ci si potrebbe azzardare a dire «che avrebbe trovato del tutto antistorica e irrealistica questa prospettiva di formazione progressiva dal basso dello Stato», posizione questa che si desume dalle riflessioni di S. ROMANO, *I caratteri giuridici della formazione del Regno d'Italia*, in *Riv. dir. internazionale*, 1912, ora in *Scritti minori*, vol. I, 397 ss.

³⁶ Il riferimento è ad A. ROMANO, *Nota*, cit., 852.

³⁷ Così S. ROMANO, *Autonomia*, cit., 22.

³⁸ Sul punto era molto chiaro proprio S. ROMANO, *Autonomia*, cit., 29, laddove nel concludere la Voce metteva in evidenza come «un'ultima osservazione su questo punto (fosse necessaria). Fin dal principio di queste note si è voluto di proposito mettere in rilievo che un ordinamento autonomo si si può riscontrare oltre che negli atti con i quali si esplica la potestà di autonomia, anche nelle consuetudini di una collettività il cui ordinamento giuridico sia da esse costituito».

pre nelle parole del Maestro «*autonomia e autarchia sono due poteri diversi per il loro contenuto ma che, per quanto riguarda gli interessi per i quali si esercitano, si integrano a vicenda e spesso, come è noto, ciascuna delle due parole che li designano è stata adoperata in senso largo, comprensivo di entrambi questi poteri*»³⁹.

Nel definire il rapporto fra Autonomie pubbliche potremmo, pertanto, iniziare a esaminare di tempo in tempo come le Autonomie degli enti territoriali si siano relazionate.

6. (Segue): le relazioni fra Autonomie pubbliche e i limiti di una ricostruzione solo teorica

La Carta costituzionale si occupa in prevalenza delle Autonomie territoriali, ma il discorso può essere declinato allo stesso modo per gli altri enti pubblici non territoriali ed in particolare per gli enti a base associativa. Per ciascuna di queste realtà, l'autonomia si declina in termini di autonomia statutaria e normativa ma anche in termini di autonomia nel quotidiano esercizio dei poteri e delle funzioni.

Nella stesura di questo lavoro, si era preso avvio – con una prospettiva totalmente diversa e se si vuole più scolastica ed elementare – ipotizzando di poter ricostruire, quale potesse essere la relazione fra l'autonomia di questi enti e lo Stato o quali potessero essere le relazioni fra gli stessi enti infra-statali (Comuni, Città metropolitane, Province e Regioni); l'ipotesi di partenza era quella di poter ricostruire in termini omogenei ed astratti, con l'ausilio di indicatori e *standard*, il margine dell'autonomia proprio in termini di natura, di contenuto e di effetti. La stessa teorizzazione Romana, ad una prima lettura, sembrerebbe un modello più che efficace per procedere -sulla base del dato positivo di tempo in tempo vigente- alla classificazione astratta delle relazioni fra le Autonomie o, se si vuole, delle relazioni fra le Istituzioni o tra gli Ordinamenti giuridici⁴⁰.

Ci si è però resi conto, anche e soprattutto grazie alla attenta (ri)lettura delle pagine di Santi Romano, che questa operazione, avrebbe sofferto di due significativi limiti in termini scientifici e in termini di riflessione giuridica.

³⁹ Così S. ROMANO, *Autonomia*, cit., 22, ma anche ID., *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato*, in *Studi per O. Ranalletti*, II, 433 ss., 438 ss.

⁴⁰ Ed infatti ad essa fanno giustamente ricorso R. CAVALLO PERIN ed A. ROMANO, nel *Commento all'art. 1 Oggetto*, del *Commentario breve*, cit., 2.

In primo luogo, perché un'opera di tal genere è già stata ampiamente e ripetutamente svolta non soltanto dagli studiosi del diritto amministrativo⁴¹ ma soprattutto dagli studiosi del diritto costituzionale⁴².

In secondo luogo, e soprattutto, perché ipotizzare che le relazioni tra Autonomie pubbliche siano riconducibili a determinati *standard* è forse non corrispondente al vero. È sicuramente vero che ci sono dei limiti posti dalle norme attributive dei poteri e delle competenze alle Autonomie, ma stanti i limiti la realtà della relazione tra Autonomie pubbliche o fra Istituzioni autonome o tra Ordinamenti non è suscettibile di un'utile ricostruzione in termini astratti sulla base dei soli limiti giuridici, come si è in precedenza accennato la ricostruzione dovrebbe avvenire in termini positivi sulla base dell'esercizio dei poteri e delle funzioni all'interno degli ambiti di competenza attribuiti in astratto dalla legge.

Questo del resto era un preciso ammonimento del Maestro che nel concludere la voce *Autonomia* ricordava appunto che «*il carattere specifico dell'autonomia deve ricercarsi non tanto nell'elemento della volontà con cui questa può esplicarsi, quanto nel fatto oggettivo della formazione di un ordinamento*»⁴³.

E per convincersi di quanto si dice è sufficiente porre a confronto due Istituzioni di natura e dimensioni omogenee⁴⁴, pensando al Comune (Istituzione così centrale nella ricostruzione Romaniana) si passi in rassegna l'esercizio (o il mancato esercizio) dei poteri di amministrazione e delle funzioni del Comune di Roma in raffronto con il Comune di Milano. Nonostante si tratti di realtà identiche dal punto di vista giuridico e normativo ed omogenee dal punto di vista dimensionale e quantitativo, non occorrerà particolare sforzo di indagine per riscontrare come queste due Istituzioni, disegnino relazioni di autonomia profondamente diverse.

⁴¹ Per tutti si vedano il volume a cura di A. PIOGGIA e L. VANDELLI, *La Repubblica delle Autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, Bologna, 2007; sempre di L. VANDELLI, *Il sistema delle Autonomie locali*, Bologna, 2011; da ultimo, il volume a cura di L. VANDELLI, G. GARDINI e C. TUBERTINI, *Le Autonomie locali dopo la crisi*, Rimini, 2017.

⁴² Sia consentito per tutti citare A. POGGI ed I. MASSA PINTO, nel *Commento all'art. 3 Autonomia dei Comuni e delle Province*, del *Commentario breve*, cit., 12 ss. e far rinvio agli ampi richiami di dottrina ivi citata. Si veda anche T. GROPPi e M. OLIVETTI, *La Repubblica delle Autonomie. Regioni ed Enti locali nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Torino, 2011.

⁴³ Così S. ROMANO, *Autonomia*, cit., 29.

⁴⁴ Una omogeneità si badi assai relativa, per rendersene conto si veda S. MONNI, K. LEO e F. TOMASSI, *Diseguaglianze metropolitane: Roma, Milano e Napoli*, Menabò n. 79 di *Etica ed economia*, 2018.

Si badi, non si sta qui parlando dell'efficacia dell'attività amministrativa, né del buon (o cattivo) governo di questi Comuni, ma delle loro relazioni di autonomia con lo Stato o con le Regioni. Una relazione sicuramente diversa indipendentemente dai limiti delle rispettive attribuzioni in astratto identici nella previsione costituzionale.

7. Le relazioni fra Autonomie pubbliche descritte in ragione degli effetti ed i «fallimenti» delle Autonomie differenziate

La relazione di autonomia fra Istituzioni è una relazione che vive singolarmente negli effetti e questo è esattamente quello che viene raccontato nelle pagine de *L'ordinamento giuridico*⁴⁵ e, si deve riconoscere, in modo straordinario se si pone mente al fatto che la pluralità degli Ordinamenti in quell'epoca, declinata verso le Amministrazioni pubbliche, era molto più circoscritta rispetto alla pluralità delle Istituzioni ed Autonomie di cui noi oggi siamo testimoni. Durante tutto l'arco del secolo trascorso dalla pubblicazione delle pagine Romaniane, sia nel periodo corporativo, sia in quello repubblicano, abbiamo assistito ad una straordinaria moltiplicazione degli enti pubblici, sia territoriali sia non territoriali⁴⁶.

Ma Santi Romano scriveva prima, e quindi la sua capacità di costruire un modello astratto di relazioni si fondava su un dato di esperienza molto più povero. E in questo si crede davvero straordinaria la sua capacità di teorizzare modelli relazionali di Autonomie in un quadro, in un panorama di soggetti e istituzioni molto meno frammentato. Si potrà dire, forse, che era più semplice ricostruirlo proprio perché era minore il numero ed i tipi di Istituzioni e di Autonomie e quindi più facile comprendere le relazioni, non distratti dalla pluralità di limiti alle reciproche relazioni autonomistiche, più facile comprendere il modello e lo schema dei reciproci rapporti.

Questo può esser vero, in ogni caso è una fortuna che sia accaduto perché ci consente ancor oggi di utilizzare quel lucido modello nel ricostruire le relazioni di autonomia ed anche, si badi, di porre una luce critica su quelle ricostruzioni delle Autonomie pubbliche che vengono svolte in termini di rivendicazione di attribuzioni e di competenze ulteriori rispetto ad altri Ordinamenti e, per lo più, all'Ordinamento statale.

⁴⁵ Sul punto in particolare i §§. 42 ss., de *L'ordinamento giuridico*, cit., 129 ss., che corrispondono alle p. 184 ss. dell'edizione originale ivi riportata.

⁴⁶ Sul fenomeno, per tutti, G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 2001.

Lo stesso discorso può svolgersi anche nelle relazioni tra Ordinamento Statale e Ordinamento dell'Unione Europea, così sentito oggi nella rivendicazione della centralità «sovrana» dello Stato rispetto alle Autonomie pubbliche sovranazionali.

La rivendicazione di margini, e cioè l'innalzamento o la rimozione dei limiti all'autonomia, ovvero la riduzione dei limiti di autonomia negli Ordinamenti che si pongono in una posizione di dominanza o di supremazia – si pensi all'Ordinamento Europeo nell'ambito delle competenze o dei fini specifici e limitati che quell'Ordinamento possiede – sono rivendicazioni che in realtà ignorano⁴⁷ un significativo dato di fatto: per poter rivendicare spazi aggiuntivi di autonomia nelle reciproche relazioni fra Ordinamenti⁴⁸ è necessario che il margine di autonomia esistente sia completamente esercitato, che siano appieno esercitati quei poteri e quelle funzioni già proprie della sfera di autonomia già riconosciuta,

In conclusione, ci si può allora domandare se questo sia il caso delle nostre Istituzioni di autonomia; di quelle statali, di quelle regionali, di quelle comunali. E la risposta non può essere netta, ciò proprio per le ragioni che si sono appena illustrate. La risposta positiva o negativa dipende esattamente da come in concreto e sul piano degli effetti le singole Istituzioni abbiano (o meno) esercitato con pienezza i poteri e le funzioni ad esse già attribuiti. Occorrerà quindi distinguere tra le diverse Istituzioni stante la riconosciuta disomogeneità delle diverse relazioni di autonomia.

In realtà, ed anche questo è un lascito dell'insegnamento Romano, non sono mancati in dottrina studi sulla differenziazione nelle Autonomie⁴⁹ ed anche nelle riforme costituzionali si è infine riconosciuto uno spazio ad un'autonomia differenziata: a livello regionale come è ben noto essa è stata prevista dal terzo comma dell'art. 116 Cost.⁵⁰.

⁴⁷ Volutamente o semplicemente per mancanza di profondità nella riflessione o per difetto fondamentale di comprensione delle relazioni istituzionali.

⁴⁸ Spazi diversi di relazione che Santi Romano nei suoi scritti -non solo ne *L'ordinamento giuridico* – radica in relazione al corpo sociale; non si dimentichi mai la rilevanza del ruolo e della rilevanza del corpo sociale nella costruzione e nell'attribuzione dei margini di autonomia e nell'apposizione di eventuali limiti.

⁴⁹ Si pensi soprattutto a quelli fondati sulla specialità dello Statuto di alcune regioni italiane. Nella vasta letteratura per tutti ci piace citare lo studio di A. AZZENA, *Espansione delle autonomie locali e specialità dell'ordinamento sardo*, Pisa, 1979.

⁵⁰ L'espressione "regionalismo differenziato" è di L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, Milano, 2000.

Tra gli autori che hanno trattato l'argomento, ancora L. ANTONINI, *Verso un regionalismo a due velocità o verso un circolo virtuoso dell'autonomia?*, in *Problemi del federa-*

E tuttavia, da un lato tale regionalismo differenziato non ha mai trovato significativa concreta attuazione⁵¹; dall'altro lato, alla mera generale enunciazione di un principio di differenziazione nella organizzazione di tutte le pubbliche Amministrazioni⁵², non si è accompagnato un concreto riconoscimento di tale differenziazione per le altre Autonomie pubbliche territoriali, che più ne necessiterebbero.

lismo, Milano, 2001; N. ZANON, *Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del Titolo V*, in AA.VV., *Problemi del federalismo*, Milano, 2001, 57; F. PALERMO, *Il regionalismo differenziato*, in *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, cit., 53; D. GALLIANI, *Brevi osservazioni su due concetti apparentemente opposti ma probabilmente speculari: specialità e regionalismo differenziato*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 2/2003; AA.VV. *Atti del Convegno Il regionalismo differenziato: il caso italiano e spagnolo*, Messina, ottobre 2002; A. RUGGERI e C. SALAZAR, *La specialità regionale dopo la riforma del Titolo V. Ovvero: dal "lungo addio" al regionalismo del passato verso il "grande sonno" del regionalismo "asimmetrico"?*, in *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive*, Pavia, 2002; M. CECCHETTI, *Attuazione della riforma costituzionale del Titolo V e differenziazione delle Regioni di diritto comune*, in *Federalismi*; A. CARIOLA e F. LEOTTA, *Art. 116*, nel *Commentario alla Costituzione* a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI, vol. III, Torino, 2006, 2195; A. MORRONE, *Il federalismo differenziato, Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, 1/2007; A. ZANARDI, *Il federalismo differenziato nell'art. 116 della Costituzione: una breve nota*, in *Federalismi*, 2006; L. VIOLINI, *Le proposte di attuazione dell'art. 116, III comma*, in *Le Regioni*, 2007, 200; R. BIN, *"Regionalismo differenziato" e utilizzazione dell'art. 116, terzo comma*, *Cost. Alcune tesi per aprire un dibattito*, in *Ist. del federalismo*, 2008, 9; P. CIARLO e M. BETZU, *Dal regionalismo differenziato al regionalismo pasticciato*, in *Ist. del federalismo*, 2008, 87; L. ANTONINI, *Metodo della differenziazione versus metodo dell'uniformità*, nel volume a cura di A. MASTROMARINO e J.M. CASTELLÀ ANDREU, *Esperienze di regionalismo differenziato. Il caso italiano e quello spagnolo a confronto*, Milano, 2009; E. GIANFRANCESCO, *L'attuazione dell'articolo 116, comma 3 e il riequilibrio del regionalismo italiano*, in *Italianieuropei*, 1/2010.

⁵¹ Sul punto si vedano i rilievi critici di S. MANGIAMELI, *L'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, con particolare riferimento alle recenti iniziative delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna*, Audizione del 29 novembre 2017, nell'ambito della Indagine conoscitiva della Commissione parlamentare per le questioni regionali, ed ora anche agli atti dell'ISSIRFA del C.N.R. Si veda anche O. CHESSA, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, agli Atti del Convegno ASTRID CRANEC, Roma, giugno 2017.

⁵² Sul principio di differenziazione si veda per tutti M. RENNA, *Principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione*, nel volume a cura del medesimo Autore e di F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 283 ss.

8. *Autonomie pubbliche tra esercizio delle funzioni e rivendicazioni di nuovi territori: qualche conclusione*

Ciò che è però singolare è che paradossalmente le Istituzioni che pienamente esercitano il loro margine di autonomia, sono tanto impegnate a farne esercizio che raramente rivendicano lo spostamento o l'innalzamento dei propri margini di attribuzione, e, per converso, le Istituzioni che meno le esercitano si impegnano in battaglie di principio.

Non è certo questa la sede per discorrere delle ragioni, delle idee (e talvolta delle ideologie) che giustificano l'innalzamento di quei limiti, quello che in questa sede preme sottolineare è il come si ignori completamente il significato e la forza degli effetti e soprattutto l'esigenza di effettività nell'esercizio di poteri e funzioni.

Le Istituzioni operano in modo diversificato pur ponendosi tutte con gli stessi limiti ma evidentemente questa disomogeneità negli stessi ambiti autonomistici, e quindi negli stessi Ordinamenti, deve indurre a fare una riflessione sulla relazione fra Ordinamenti che non concentri l'attenzione sulla rivendicazione di nuovi spazi competenziali o sul conflitto tra Ordinamenti. Il conflitto, in realtà, sarebbe giustificato, soltanto laddove i Corpi sociali di riferimento di queste Istituzioni li alimentassero sulla base di domande reali, sulla base di bisogni reali. E ciò raramente accade.

E questo è forse il vero limite della riflessione sulle Autonomie pubbliche oggi, la rincorsa verso l'ampliamento dei confini ed il contestuale abbandono della cura dell'orto e dell'appezzamento di terreno che già si si possiede, delle coltivazioni che si è chiamati curare e a portare a frutto; questa la conclusione che ci suggerisce la (ri)lettura, de *L'ordinamento giuridico* di Santi Romano. E ciò vale sia con riguardo alle relazioni fra le diverse Autonomie territoriali repubblicane, sia per quanto riguarda le relazioni soprattutto con l'Unione Europea⁵³. Anche in questo caso, infatti, la esasperazione del conflitto nelle relazioni tra Ordinamenti è una esasperazione che non corrisponde al senso profondo della autonomia e della sovranità dello Stato.

Santi Romano certo non poteva antivedere quanto l'evoluzione dell'Ordinamento avrebbe portato in termini di scarsa capacità di esercizio della funzione, di scarsa capacità di esercizio dei poteri rispetto alle competenze attribuite per legge; in questo, forse, la visione Romaniana

⁵³ Su cui B. NASCIBENE, *Unione Europea tra unità e pluralità degli ordinamenti giuridici*, cit.

non può giungere all'oggi, che il Maestro avrebbe forse declinato in una nuova prolusione *Oltre le Autonomie*⁵⁴.

⁵⁴ Forse facendosi paladino di quei poteri sostitutivi che restituiscono allo Stato, ove fosse in grado di esercitarli, quella funzione di garanzia ultima degli interessi della Collettività nelle ipotesi di fallimento dell'autonomia e dell'autarchia di altre istituzioni pubbliche. Sul punto sia consentito rinviare al mio *Unresponsive Administration e rimedi: una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P. A.*, in *Annuario AIPDA 2016. Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, Napoli, 2017, 331 ss.

PAOLO GHERRI

ORDINAMENTO GIURIDICO E DIRITTO CANONICO:
IL CONTRIBUTO DI SANTI ROMANO
ALLA TEORIA GENERALE DEL DIRITTO CANONICO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il Diritto come legittimazione. – 3. La corrispondenza tra istituzione e Ordinamento. – 4. La terzietà del Diritto. – 5. La non-necessarietà del Legislatore affinché si abbia vero Diritto. – 6. Per concludere.

1. *Premessa*

Proponendo un approccio canonistico all'opera "L'Ordinamento giuridico" di Santi Romano nel centenario della sua pubblicazione, si può tranquillamente affermare che il docente pisano è stato l'autore del Novecento che (al di là di ogni sua intenzione in merito¹) ha giovato maggiormente alla *Teoria generale del Diritto canonico*².

Regalando alla *Teoria generale del Diritto* la sua "Teoria ordinamentale", Santi Romano ha infatti tolto dalle spalle dei canonisti post-codiciali [a] sia il giogo della *divinizzazione* del Diritto canonico [b] che quello della sua *ontologizzazione*, rendendo di fatto inutili gli approcci fondazionali al Diritto della Chiesa che, pure, hanno angustiato per oltre cinquant'anni la Canonistica tedesca, italiana e spagnola del secondo dopoguerra nonostante fossero già passati trent'anni dalla pubblicazione di tale opera (1918-1948³).

¹ Non è a tema in queste note il rapporto tra l'autore e la Chiesa: un rapporto che nulla incide sui riferimenti, sempre tecnici, al Diritto canonico che costituiscono un elemento portante della sua riflessione e Teoria ordinamentale.

² Una Disciplina canonistica purtroppo ancor oggi gravemente disattesa e scarsamente elaborata, soprattutto a causa degli equivoci epistemologici che hanno gravato sugli approcci sistematici allo studio del Diritto canonico nella seconda metà del Novecento, primo tra tutti la *Kirchenrechtstheologie* di origine tedesca che ha sviato la maggior parte delle risorse teoretiche generali (e dogmatiche di fondo) verso la ricerca di una "fondazione teologica" del Diritto canonico, trascurandone un'adeguata sistematizzazione scientifica e spingendo i canonisti ad utilizzare «la *Teologia del Diritto canonico* invece della *Teoria generale del Diritto*» (P. ERDÖ, *Storia della Scienza del Diritto canonico. Una introduzione*, Roma, 1999, 184).

³ L'attività di Klaus Mörsdorf, capostipite della *Kirchenrechtstheologie* cattolica, inizia infatti nell'immediato dopoguerra: la fondazione dell'Istituto di Diritto canonico a Monaco risale al 1947 (cfr. URL: http://www.kaththeol.uni-muenchen.de/lehre/stud_for_einh/kanonistik/index.html, al 10/06/2018).

Se il Diritto non è “qualcosa” (in sé e per sé) ma una *dinamica relazionale* – ciò che Paolo Grossi chiamerà poi “Ordinamento osservato”⁴ – il suo “esserci” non dipende più da “qualcuno” che in qualche modo lo ponga nell’essere (= il Legislatore, sia divino, che umano, o qualche altro super-soggetto come lo Stato moderno di matrice hegeliana⁵) ma: laddove si realizzino determinate condizioni, il Diritto “avviene”⁶. È di tutto interesse a questo proposito, che proprio tale prospettiva sia stata assunta ed espressa da Giovanni Paolo II nella presentazione ufficiale del CIC del 1983: «se la Chiesa-corpo di Cristo è *compagine organizzata*, se comprende in sé detta diversità di membra e di funzioni, se “si riproduce” nella molteplicità delle Chiese particolari, allora tanto fitta è in essa la trama delle relazioni che *il Diritto c’è già, non può non esserci*. Parlo del Diritto inteso nella sua globalità ed essenzialità, prima ancora delle specificazioni, derivazioni o applicazioni di ordine propriamente canonico»⁷.

Se l’“auto-generarsi” del Diritto risulta fondamentale per il Diritto in sé – per ogni Diritto – la cosa diventa addirittura *rivoluzionaria* per il Diritto canonico. In tale ottica, sono due le *acquisizioni irreversibili* che “L’Ordinamento giuridico” di Santi Romano porta al Diritto della Chiesa cattolica:

1) prima di tutto con “L’Ordinamento giuridico” finisce l’epoca dello *Ius publicum ecclesiasticum* teoretico-filosofico⁸: la Chiesa cattolica fi-

⁴ Cfr. P. GROSSI, *Prima lezione di Diritto*, 5 ed., Roma-Bari, 2005, 19.

⁵ Come ha ben chiaro l’autore quando rimanda a «quella concezione dello Stato, di cui l’Hegel fu il più logico e il più suggestivo difensore. Se con tale filosofo si ammette che lo Stato è la totalità etica, che esso rappresenta l’ingresso di Dio nel mondo, che si deve onorare come un che di mondano-divino, e che anzi è un Dio reale allora si è dinanzi ad un sistema, che non si può scalzare senza contrapporgliene un altro» (S. ROMANO, *L’Ordinamento giuridico*, 2 ed., Firenze, 1945, 90). Per lo studio e le citazioni dell’Opera si utilizza l’edizione del 1945 poiché essa, pur lasciando intatto il testo originario (cfr. *Premessa alla seconda edizione*), offre già l’integrazione critica degli apporti e delle divergenze dottrinali manifestatesi nei circa 30 anni dalla prima edizione. Il fatto è rilevante per il Diritto canonico in modo speciale poiché solo dopo il *Codex* del 1917 e il Concordato del 1929 il Diritto canonico ha acquisito un rilievo giuridico generale nella dottrina italiana. Da questo punto di vista risalta in modo specifico la collocazione delle citazioni che riguardano la Chiesa e il suo Diritto, con una differenza sostanziale tra le moltissime poste in nota come elementi bibliografici (quasi sempre posteriori al 1918) e quelle, con significato e valore strutturante, attraverso cui si svolge la trattazione vera e propria.

⁶ Cfr. P. GHERRI, *Persone, accoglienza e Diritto*, in *Apollinaris*, LXXXIX (2016), 180-181.

⁷ IOANNES PAULUS PP. II, *Allocutio a summo Pontifice in aula supra porticum vaticanae Basilicae habita, ad novum Codicem Iuris Canonici, paucis ante diebus promulgatum, publice exhibendum*, in *AAS*, LXXV (1983), I, 461, n. 8 (corsivi non originari).

⁸ Non tuttavia quello “pratico”, visto che un ambito del Diritto inter-ordinamentale

nalmente non ha più necessità di presentarsi (e pensarsi, *sic!*) come “*societas iuridice perfecta*”, secondo il presupposto filosofico degli Stati moderni sette-ottocenteschi coi quali voleva o dialogare o contrapporsi “alla pari”, almeno dal punto di vista ontologico;

2) con “L’Ordinamento giuridico”, il Diritto canonico, per poter “esistere” come vero Diritto, non ha più bisogno (come, in realtà, mai lo ebbe nei secoli) dei Legislatori formali alla Sarto-Gasparri-Della Chiesa coi loro *Codices*⁹.

Si tratta di due fattori che permettono al Diritto canonico di ricuperare anche sotto il profilo scientifico *piena consistenza autonoma*, senza doversi per forza ‘teoretica’ analogare ad altre forme di Diritto¹⁰, almeno ontologicamente “esemplari”, se non proprio (subite/idealizzate come) “superiori”¹¹.

Occorre tuttavia osservare che nella maggior parte dei casi i canonisti del dopo Concilio che si ritenevano insoddisfatti dello *Ius publicum ecclesiasticum* teoretico (rinnegato di fatto dal Vaticano II¹²) si sono però accontentati di assumere dall’insegnamento di Romano la sola formula lessicale “Ordinamento primario” per affidarle poi – in modo generico e superficiale – la stessa ricollocazione del Diritto canonico al fianco dei diversi Ordinamenti nazionali e di quello internazionale¹³: un semplice

ed internazionale che comprende Norme e gestisce relazioni giuridiche della Chiesa cattolica col resto degli Ordinamenti giuridici, detto “Diritto pubblico ecclesiastico”, esiste ancor oggi e gode di discreta salute (cfr. M. NACCI, *Chiesa e Stato dalla potestà contesa alla «sana cooperatio»*, Città del Vaticano, 2015).

⁹ Né dell’esistenza – per mera “completezza” formale – di un Diritto penale, come si realizzò in tutta fretta per il *Codex* gasparriano, di cui costituisce un’evidente appendice. Una frettolosità di cui la Chiesa cattolica continua a pagare oggi gli ingenti costi, anche materiali.

¹⁰ Classica e replicata era in merito la questione sulla natura analogica del Diritto canonico; esemplificativamente: V. DE PAOLIS, *Jus, notio univoca an analoga?* in *Periodica de Re Canonica*, LXIX (1980), 127-161.

¹¹ È la *vexata quæstio* dei “modelli” che ha inficiato la Canonistica dell’ultimo secolo (cfr. P. GHERRI, *Metodo e modelli nel Diritto amministrativo canonico*, in *Prawo Kanoniczne*, LVI [2013], n. 4, 49; 57-58; anche in: G. DALLA TORRE - C. MIRABELLI [a cura di], *Verità e metodo in Giurisprudenza*. Scritti dedicati al Cardinale Agostino Vallini in occasione del 25 anniversario della consacrazione episcopale, Città del Vaticano, 2014, 304-305; 311-312).

¹² Le “dimissioni” del Card. Ottaviani dalla guida del Sant’Uffizio a fine Concilio sono un sintomo palese di tale mutamento di corso (erano sue le “*Institutiones Iuris publici ecclesiastici*” riedite fino all’inizio dell’Assise conciliare).

¹³ Prospettiva introdotta in prima istanza dagli ecclesiasticisti (laici) italiani: V. DEL GIUDICE, *Contributi di Santi Romano nello studio di problemi di Diritto canonico e di Diritto ecclesiastico*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, LVIII (1947), 277-291; F. FINOCCHIARO, *San-*

scambio terminologico – alla pari – tra “*societas iuridice perfecta*” e “Ordinamento giuridico primario”, senza cogliere le conseguenze più profonde che, in realtà, derivano da tale radicale cambio di paradigma.

- In effetti l’apporto della Teoria ordinamentale al Diritto canonico risulta oggi decisivo per illustrarne e tutelarne le singolarità, senza metterle a rischio né la *giuridicità intrinseca*, né le maggiori peculiarità, per nulla riducibili a semplici “correttivi”¹⁴ della giuridicità “tipica” del Diritto statutale comunque assunta come “*princeps analogatum*” e, pertanto, sostanziale “modello” ontologico-formale (= *Gestalt*) del Diritto *quo tale*.

- L’apporto di Romano alla concezione del Diritto canonico risulta ancora maggiore se si considera la sua proposta non solo in termini ordinamentali ma, più radicalmente, “istituzionali”, permettendo al Diritto canonico di leggersi e pensarsi a partire dalla *concreta evoluzione storica* della Chiesa come tale, in gran parte autonoma – cioè non-derivata – rispetto alle forme politico-statali progressivamente coeve (Principato, Dominato, imperialità bizantina, Regni romano-barbarici, Sacro Romano Impero, ecc.)¹⁵.

Il tema rileva in modo specifico per la Teologia del Diritto canonico¹⁶, chiamata a gestire in modo scientifico – dall’interno della stessa Scienza canonistica – i rapporti tra la complessa esperienza giuridica ecclesiale e gli elementi e fattori teologici che la rendono possibile o anche necessaria¹⁷.

ti Romano e il Diritto ecclesiastico, in *Il Diritto Ecclesiastico*, LXXXVI (1975), 183; P.A. D’AVACK, *Corso di Diritto canonico. I. Introduzione sistematica al Diritto della Chiesa*, Milano, 1956, 130; per un approccio più ampio si veda: L. MÜLLER, *Fede e Diritto. Questioni fondamentali del Diritto canonico*, Lugano, 2006, 117-118.

¹⁴ Come, di fatto, li intesero un certo numero di canonisti della c.d. Scuola laica italiana (esemplificativamente: P. FEDELE, *Discorso generale sull’Ordinamento canonico*, Padova, 1941, 13-14).

¹⁵ «Si possono, in primo luogo, avere istituzioni originarie, che sono quelle in cui si concreta un Ordinamento giuridico che non è posto da altre istituzioni e che è quindi, quanto alla sua fonte, indipendente» (p. 115). «Da un punto di vista simile, si possono distinguere (§ 12 sub 3) le istituzioni perfette, che sono sempre originarie e che possono essere o semplici o complesse, dalle imperfette, che cioè si appoggiano ad altre istituzioni rispetto alle quali sono, non soltanto presupposte, ma coordinate o subordinate» (117).

¹⁶ Cfr. P. GHERRI, *Lezioni di Teologia del Diritto canonico*, Roma, 2004; P. GHERRI, *Teologia del Diritto canonico: elementi per una fondazione epistemologica*, in *Apollinaris*, LXXVII (2004), 679-696; P. GHERRI, *Teologia del Diritto canonico: note per individuare la nuova Disciplina accademica*, in *Ius Canonicum*, XLV (2005), 693-754; P. GHERRI, *Teologia del Diritto canonico: identità, missione e statuto epistemologico*, in *Apollinaris*, LXXX (2007), 333-380; P. GHERRI, *Primi appunti per una storia delle origini della Teologia del Diritto (canonico)*, in *Ius Canonicum*, L (2010), 229-261.

¹⁷ Cfr. P. ERDÖ, *Teologia del Diritto canonico. Un approccio storico-istituzionale*, Torino, 1996; P. ERDÖ, *Le sacré dans la logique interne d’un système juridique*, Parigi, 2009 [traduzione francese dello stesso testo].

All'interno di quest'ampia prospettiva, sono quattro gli apporti sostanziali che "L'Ordinamento giuridico" offre alla vera e propria comprensione sistematica e alla stessa "dogmatica" del Diritto canonico, in un approccio integrale ed integrato al fenomeno giuridico com'è quello dell'*Utrumque Ius*: 1) il Diritto come legittimazione, 2) la corrispondenza tra istituzione e Ordinamento, 3) la terzietà del Diritto, 4) la non-necessarietà del Legislatore affinché si abbia vero Diritto.

Non si esaminerà in questa occasione che cosa, invece, l'autore dica/pensi circa l'Ordinamento della Chiesa come tale nei suoi numerosi riferimenti lungo lo scorrere dell'Opera che si celebra in questa occasione¹⁸.

2. Il Diritto come legittimazione

2.1 Potestà e legittimazione

Sebbene quello della "legittimazione" non sia uno degli elementi più espliciti della Teoria ordinamentale di Romano¹⁹, tanto da poterlo considerare poco più che un suo "corollario", la possibilità di concepire il *Diritto come* (mera) *legittimazione* intra-ordinamentale²⁰ risulta però l'apporto probabilmente più significativo dell'autore alla comprensione e teorizzazione del Diritto canonico.

Si tratta, in altri termini, di offrire piena consistenza giuridica a un Ordinamento, com'è quello della Chiesa cattolica, del tutto privo di *imperium*, oltre che di "potere" (e conseguente coercizione fisica)... ma interamente centrato sulla sola *potestas*. Una *potestas* che, per parte propria, non può operare nulla di diverso dalla "legittimazione" o "delegittimazione" sociale/comunitaria di specifiche condotte da parte dei

¹⁸ Solo globalmente si evidenziano le ricorrenze semantiche: "Chiesa" (49 ricorrenze nel corpo del testo; 14 in nota); "canonico" (solo 3 ricorrenze nel testo; 6 in nota); "ecclesiastico" (25 ricorrenze nel testo; 20 in nota), dovendosi altresì osservare che: 1) le ricorrenze in nota corrispondono quasi esclusivamente a titoli di libri o saggi citati; 2) il termine "ecclesiastico" rimane ambiguo poiché spesso risulta sinonimo di "canonico".

¹⁹ La radice "legittim" compare solo 6 volte: 42, nota 37: legittimazione; 97: legittimamente; 103: legittimi; 105: illegittimo; legittimi; 133: legittimo.

²⁰ Si vedano i riferimenti dell'autore agli Ordinamenti/istituzioni non riconosciuti dall'esterno: «ci sono istituzioni che si affermano in una posizione antitetica con altre, che possono alla loro volta considerarle anche illecite, come sarebbero gli enti che si propongono uno scopo contrario alle Leggi statuali, o le Chiese scismatiche di fronte a quelle da cui si sono separate» (34).

fedeli all'interno della Chiesa²¹, secondo le logiche ben illustrate da Max Weber proprio sulla c.d. dominazione religiosa²². Di fatto, ciò che negli Ordinamenti di *hard Law* (come quelli codiciali) risulta vero "potere", diventa ad ogni effetto mera legittimazione negli Ordinamenti di *soft Law*: prassi istituzionali pre-formalizzate – o concordate *in itinere* – ritenute adeguate poiché rispettose di tutto quanto, genericamente, non invade lo spazio esistenziale di alcuno (= *due Procedure*, intesa non come "giusta" ma come "corretta", "adeguata").

Basta poco per rendersi conto che, lungi dall'imporre alcunché alle persone dei fedeli, l'esercizio di potestà ecclesiale non fa altro che *sancire definitivamente* la natura e portata dei rapporti giuridici tra i fedeli e la Chiesa nel suo complesso, consegnando alla Comunità stessa il risultato – e le conseguenze – delle decisioni assunte a vantaggio di tutti²³. Decisioni che andranno accolte ed eseguite prima di tutto ed essenzialmente "in coscienza"²⁴ da parte dei fedeli (sia individualmente che comunitariamente), vista la *natura volontaria* che contraddistingue la partecipazione alla vita ecclesiale²⁵. Ne deriverà il dovuto comportamento della medesima Comunità verso i destinatari di tali decisioni/provvedimenti. Appartengono a questa dimensione: a) le decisioni circa l'assegnazione degli Uffici ecclesiastici (= chi sia il Vescovo o il Parroco o il Giudice,

²¹ Anche poggiando «soltanto sulle sanzioni spirituali e interne, che, secondo noi, restano sempre, per la loro stessa natura e in quanto hanno carattere istituzionale, vere sanzioni giuridiche, anche quando ad esse non si aggiungono quelle civili (§ 14)» (99).

²² Cfr. M. WEBER, *Intermezzo. Teoria dei gradi e delle direzioni di rifiuto religioso del mondo*, in M. WEBER, *Sociologia della religione. II. L'etica economica delle Religioni universali. Confucianesimo e Taoismo*, P. ROSSI (a cura di), Milano, 2002, 315-352 (orig.: 1920).

²³ Cfr. P. GHERRI, *Bilancio canonistico*, in P. GHERRI (ed.), *Decidere e giudicare nella Chiesa*. Atti della VI Giornata canonistica interdisciplinare, Città del Vaticano, 2012, 407-411.

²⁴ «La sottomissione alla giurisdizione ecclesiastica ha un carattere di "obbedienza libera" superiore di molto a quello riscontrabile negli Ordinamenti civili. Infatti, le decisioni dei titolari della potestà ecclesiale incidono su materie prevalentemente spirituali e la forza coercitiva dei loro Provvedimenti ha natura primariamente morale, pur riconoscendo la sua essenziale giuridicità». J. LLOBELL, *La diaconia funzionale della potestà giudiziaria della Segnatura Apostolica con gli altri Organismi della Curia Romana: l'ecclesialità dei principi processuali, il Contenzioso amministrativo e le competenze giudiziali nei confronti della Rota Romana*, in P.A. BONNET - C. GULLO (a cura di), *La Lex propria del S.T. della Segnatura Apostolica*, Coll. *Studi giuridici*, n. LXXXIX, Città del Vaticano, 2010, 158.

²⁵ Alla Chiesa, infatti, si aderisce volontariamente e non si appartiene estrinsecamente (cfr. P. VALDRINI, *Comunità, persone, governo. Lezioni sui libri I e II del CIC 1983*, Città del Vaticano, 2013, 19; P. GHERRI, *Introduzione al Diritto amministrativo canonico. Fondamenti*, Milano, 2015, 81-83).

ecc.), b) le Sentenze circa lo stato delle persone (= la dichiarazione di validità o nullità dell'Ordinazione o del Matrimonio, così come dei Voti religiosi), c) i Provvedimenti penali che dichiarino la condizione gravemente difforme dalle Norme ecclesiali – e dal Vangelo stesso – in cui qualche fedele può venirsi a trovare per aver assunto comportamenti qualificati come “delitti” in corrispondenza di condotte particolarmente gravi (cfr. Can. 1321) e, in ragione di tale difformità, ne limitino o sospendano del tutto l'esercizio dell'attività ecclesiale (Interdetto, Sospensione, Scomunica...).

Concepire la *potestas* ecclesiale in termini di *legittimazione* comporta, di conseguenza, la possibilità di comprendere, ed accettare, l'Ordinamento canonico nell'alveo degli Ordinamenti di *soft Law* in cui la c.d. *potestas* non è altro che un misto di *accountability* e *moral suasion* che legittima innanzi alla Comunità quanto deciso e realizzato da chi possiede “funzioni” di governo e spinge, al tempo stesso, alla sua responsabile assunzione da parte dei destinatari (individuali) di tali attività (= esecuzione). Una prospettiva significativamente proposta e custodita dallo stesso vocabolario canonico che, tra tutte le possibili espressioni lessicali dell'ambito gerarchico, privilegia quella di “Pastore” o di “Superiore” proprio per indicare relazioni “certe”, sebbene non invasive come quelle generalmente utilizzate in ambito politico generale²⁶.

Fondato sui medesimi presupposti dell'esistenza della Chiesa stessa, e pertanto di “istituzione divina” (cfr. Can. 129), l'esercizio di questa potestà agisce – ad ogni buon conto – *legittimando* o *delegittimando* dal punto di vista della corretta (e salutare) vita ecclesiale *condotte* – e loro *conseguenze* – messe in atto dai fedeli. In tal senso la *dichiarazione potestativa* di *conformità* o *difformità* rispetto alla fede (= ortodossia) e/o alla sua corretta concretizzazione in ambito etico e morale (= ortoprassi) attraverso una specifica condotta può incrementare o decrementare (in modo più o meno radicale) la comunione e/o l'operatività, anche giuridica, dei fedeli, sia ampliando che riducendo il patrimonio giuridico individuale (= diritti, facoltà, doveri, obblighi, divieti...).

²⁶ Si permetta segnalare in proposito come Michel Foucault abbia recuperato proprio questa specifica tipologia comportamentale autorevole come peculiare “modello” o comunque “tipo” da utilizzare anche in ambito socio-politico attraverso l'adozione del termine “pastorato” (o “pastoralato”); si veda in merito: M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, in M. FOUCAULT, *Résumé des cours, 1970-1982*, Parigi, 1989 (D. SÉGLARD, *Foucault et le problème du gouvernement*, in CH. LAZZERI - D. RYNIÉ [a cura di], *La Raison d'État: politique et rationalité*, Parigi, 1992, 124-125).

2.2 Sanzione come inabilitazione

Tra le ricadute immediate dell'assenza di *imperium* nella Chiesa, e della conseguente concezione della *potestas* come – mera – legittimazione, si colloca la peculiare concezione della sanzione sviluppata nell'Ordinamento canonico come sostanziale negazione della *potestas* stessa, o anche soltanto di abilità o facoltà ordinariamente riconosciute ai fedeli. È infatti palese che nel Diritto canonico la sanzione – ordinariamente intesa come “pena” – assume le caratteristiche sostanziali della “privazione” di una operatività (diretta o indiretta, come sono le *libertates*) o di un bene (anche solo spirituale, come sono i Sacramenti) espressamente ecclesiali²⁷. Di fatto – al di là dell'errata comune percezione – la *Scomunica* (cfr. Can. 1331)²⁸ e l'*Interdetto* (cfr. Can. 1332) sono soltanto due forme di *inabilitazione* (totale o parziale) all'esercizio delle principali attribuzioni operative dei fedeli, Sacramenti *in primis*²⁹; la *Sospensione*, per parte propria, riguarda i chierici in quanto dotati di specifiche abilitazioni, soprattutto quelle connesse alla c.d. potestà d'Ordine (cfr. Can. 1333).

Sebbene una tal prospettiva possa apparire non immediata dal punto di vista ‘civilistico’, non di meno essa risponde perfettamente al presupposto su cui si regge l'Ordinamento ecclesiale: la pre-esistenza, cioè, della Chiesa rispetto ai fedeli e la loro partecipazione sempre “recettiva” a risorse ed opportunità originariamente e costitutivamente “offerte” al fedele e mai poste nella sua piena ed esclusiva disponibilità³⁰; lo Stato, al

²⁷ Significativamente nel *CIC* vigente la Privazione ricorre in diciassette Canoni proprio come espressa pena volta a sanzionare le condotte più gravi: Cann. 84; 143; 182; 184; 196; 292; 416; 1184; 1336; 1338; 1381; 1387; 1389; 1394; 1396; 1397; 1457 (i Canoni dal 1336 al 1397 appartengono al c.d. Diritto penale canonico, Libro VI del *CIC*).

²⁸ In nulla assimilabile alla messa al bando o alla estromissione dalla Comunità ecclesiale (cfr. L. GEROSA, *La Scomunica è una pena? Saggio per una fondazione teologica del Diritto penale canonico*, Friburgo, 1984).

²⁹ Non fanno testo a livello di definizione teoretica delle sanzioni/pene canoniche le loro – eventuali – conseguenze *anche* civili o sociali, come avvenne spesso durante il Medio Evo... Enrico IV *docet*.

³⁰ «È necessario considerare che, mentre lo Stato rispetto alla persona è una sovrastruttura non necessaria a definire la persona come tale – ed il costituirlo “cittadino” non cambia nulla della persona in sé e per sé – la Chiesa rispetto al fedele risulta, invece, costitutiva offrendo alla persona stessa “qualcosa” di qualitativamente nuovo. [...] Poiché la persona senza la Chiesa non è come la persona senza lo Stato. Non-fedele e non-cittadino non sono condizioni equiparabili. Mentre, infatti, ciò che lo Stato può offrire alla persona/cittadino è una facilitazione [...] del vivere quotidiano (principalmente in termini di sicurezza e stabilità), ciò che la Chiesa offre alla persona/fedele è l'accesso a “risorse”

contrario, risulta sempre successivo rispetto alle persone e proprio da esse stesse ‘riceve’ ciò di cui dispone³¹.

Tale concetto di sanzione, non di meno, corrisponde in pieno all’idea di «garanzia, diretta o indiretta, immediata o mediata, preventiva o repressiva, sicura o soltanto probabile» (p. 18) in cui si concretizza per Romano la sostanza stessa della sanzione, senza che sia necessario agguingere null’altro³².

Tal genere di dinamica, non di meno, risponde pienamente a quella “osservanza” che Paolo Grossi individua tra gli elementi costitutivi del Diritto.

3. *La corrispondenza tra istituzione e Ordinamento*

Il secondo apporto sostanziale che la Teoria istituzionale porta in dote permanente all’attuale concezione del Diritto canonico sta nella caduta della necessità di ricorrere al paradigma *societario* (il solo “paradigma”, si badi bene!) e nella sua efficace sostituzione con quello *istituzionale*, molto più consono alla natura della Comunità cristiana³³. Scriveva Romano: «Crediamo che fra il concetto di istituzione e quello di Ordinamento giuridico, unitariamente e complessivamente considerato, ci sia perfetta identità» (p. 28); «ogni Ordinamento giuridico è un’istituzione, e viceversa ogni istituzione è un Ordinamento giuridico: l’equazione fra i due concetti è necessaria ed assoluta» (p. 23).

Il tema costituisce il nucleo stesso della proposta dell’autore: qualunque “organizzazione” – pratica, concreta ed efficace – è per ciò stesso “istituzione” (in sé e per sé) e come tale dà corpo alla giuridicità in senso proprio, nella *impersonalità* e *permanenza* che realizza, al di là dei propri partecipanti/membri³⁴ (ciò che non accade, p.es., nella famiglia, o tra

(= salvezza escatologica, santificazione, Parola di Dio, Sacramenti, ecc.) non disponibili come tali fuori da essa». P. GHERRI, *Introduzione*, 104.

³¹ È per questo motivo che deve dotarsi di *imperium* per poter prendere posizione, anche con la forza, “contro” i singoli dissenzienti limitandone la libertà o la disponibilità di beni.

³² «Quel che preme rilevare è che, quando si dice che il Diritto è Norma fornita di sanzione, comunque intesa, ciò, sebbene sembri che generalmente si creda il contrario, non può significare che il Diritto sia una Norma più un’altra Norma che minacci la sanzione» (19).

³³ Cfr. P. GHERRI, *Introduzione. Fondamenti*, 106-108; 111-114.

³⁴ Per una recente e più ampia riflessione in merito si veda: P. GHERRI, *Diritti e dignità tra persona e istituzioni*, in F. FELICE - G. TAIANI (a cura di), *Bene comune, dignità e libertà tra ragioni e regole. A cinquant’anni dalla Dignitatis Humanæ e nel decennale dalla morte di san Giovanni Paolo II*, Città del Vaticano, 2017, 193-196.

amici). Che la Comunità dei discepoli di Gesù Cristo sia stata “questo” fin dalle prime settimane dopo la Pasqua non è dubitabile da nessun punto di vista: tanto basta per affermare che tale Comunità è originariamente “giuridica” in sé e per sé³⁵, prima ed al di là di qualsiasi modalità abbia utilizzato per concretizzare tale propria caratteristica e per raggiungere le finalità proprie di tale organizzazione³⁶. La cosa è tanto radicale dal punto di vista teoretico da non rendere neppure necessario parlare in modo proprio di una “scelta” ecclesiale “per il Diritto”³⁷... quasi che tale Diritto possa essere concepito come “qualcosa là fuori” che la Chiesa abbia scelto di adottare, “introducendolo” al proprio interno in un momento/tempo comunque ‘altro’ rispetto alla propria origine.

Secondo il paradigma dell'autore, per di più, lo stesso esistere della Chiesa in quanto istituzione la rende realtà *originariamente e pienamente giuridica*, prescindendo da qualsiasi “apporto” estrinseco: divinità inclusa³⁸. Il fatto stesso di utilizzare l'istituzione/Ordinamento ecclesiale come “prova” della Teoria ordinamentale – insieme e subito dopo l'Ordinamento internazionale, allora solo incipiente – lo testimonia inequivocabilmente (cfr. §§ 29-30, pp. 94-102). In tale prospettiva cade anche la lunga *querelle* filosofica³⁹ – assunta in modo strutturale dalla Teoria dello *Ius publicum ecclesiasticum* – circa la differenza ontologica tra le “società moralmente necessarie” e quelle non tali⁴⁰: una tematica che

³⁵ Si legga in questa prospettiva l'affermazione di Paolo riportata in *Gal 2,6* circa le “persone più autorevoli” della Chiesa (di Gerusalemme): «Quali fossero allora non m'interessa, perché Dio non guarda in faccia ad alcuno»; persone autorevoli che egli chiama anche “le colonne” (cfr. *Gal 2,9*). Lo stesso passo biblico supporta anche la predetta dinamica di legittimazione poiché, in realtà, Paolo non afferma che Pietro, Giacomo e Giovanni “fossero” le colonne, ma tali “erano ritenuti” (= legittimazione).

³⁶ Non fa alcuna differenza, infatti, che le prime regole comportamentali fossero state assunte dalla vita della sinagoga giudaica e dall'organizzazione del sistema sinagogale nella diaspora giudaica; così come non fa alcuna differenza che progressivamente si sia dato spazio ed assunto il *modus operandi* della società romana.

³⁷ Espressione utilizzata in: P. GROSSI, *Società, Diritto, Stato: un recupero per il Diritto*, Milano, 2006, 129.

³⁸ L'elemento rileva tanto maggiormente per il fatto che blasonati canonisti ecclesiastici del Novecento continuarono anche nel secondo dopoguerra a presentare l'*autorità divina* quale elemento fondante la giuridicità ecclesiale (cfr. K. MÖRS DORF, *Fondamenti del Diritto canonico*, [S. TESTA BAPPENHEIM, tr.] Venezia, 2008, 63).

³⁹ Visto che la tradizionale “Teologia politica” non rientrava affatto nella Teologia propriamente detta ma costituiva semplicemente una Metafisica dello Stato (moderno); si veda in merito: C. DOTOLÒ, *Teologia politica*, in L. PACOMIO - V. MANCUSO (a cura di), *Lexicon*. Dizionario teologico enciclopedico, Casale Monferrato (Alessandria), 1993, 1054.

⁴⁰ Solo per offrire un assaggio della posizione cattolica tradizionale e coeva si veda: F.M. CAPPELLO, *Summa Iuris publici ecclesiastici*, 3 ed., Romæ, 1932, 120: «*Ecclesia est*

l'autore affronta direttamente in quanto ancora disputata a livello teoretico generale, dissolvendola in sole quattro pagine (pp. 109-111).

Si è già accennato come la consapevolezza espressa e tenacemente dimostrata, argomentata e difesa dal giuspubblicista siciliano un secolo fa abbia completamente liberato la Scienza canonistica dalla necessità di assoggettarsi a qualsiasi tipologia di “fondazione” del Diritto canonico come tale⁴¹. Il delicato momento in cui tale consapevolezza fu offerta alla dottrina giuridica generale non permise tuttavia che i suoi maggiori destinatari in ambito espressamente canonistico potessero interessarsene: 1) il Prussiano R. Sohm (1841-1917) era morto qualche mese prima⁴²; 2) il teologo cattolico K. Mörsdorf (1909-1989)⁴³ era nato da poco e non sarebbe stato in grado per troppo tempo ancora di incontrare gli scritti della dottrina giuspubblicistica statutale italiana, né mai mostrò di averne contezza alcuna; 3) la c.d. Scuola canonistica laica italiana era già troppo impegnata a sistematizzare il Codice canonico appena promulgato da Benedetto XV e di lì a dieci anni avrebbe dovuto impegnarsi nel recepimento del Concordato del 1929 che delineava in modo radicalmente nuovo l'intero ambito dei rapporti giuridici tra Chiesa cattolica e Stato italiano; 4) i canonisti “curiali”, per parte loro, stavano assaporando i primi frutti del nuovo corso dello *Ius publicum ecclesiasticum*, prima *internum* (= il *Codex*) e poi *externum* (= la chiusura della c.d. Questione Romana). Non di meno: quando, nel secondo dopoguerra, s'impose la questione fondazionale del Diritto canonico – essenzialmente a partire dalla Germania⁴⁴ – nessuno dei teologi (*sic!*) protagonisti di tale vicenda, Mörsdorf *in primis*, era ormai – moralmente e tecnicamente – in grado di accedere all'Opera di Romano, nonostante la sua seconda edizione accresciuta e consolidata nel 1945.

necessaria tum necessitate præcepti, tum necessitate medii. Necessarium necessitate medii generatim illud est, quod per se ipsum necessarium est, illud nempe, quo animæ aliquid confertur, sine quo salus obtineri nequit».

⁴¹ Tema radicalmente diverso da quello dei “fondamenti”...

⁴² Famoso nel secolo scorso per aver affermato l'incompatibilità di principio tra il *Kirchenrecht* e la Chiesa (cfr. R. SOHM, *Kirchenrecht. I. Die geschichtlichen Grundlagen*, Lipsia, 1892, 1; 700).

⁴³ Il quale, nonostante tutto, non studiò mai Diritto canonico ma ne divenne propugnatore e “maestro” attraverso una propria personalissima sintesi tra Teologia e Diritto civile tedesco, come ben evidenzia il suo *curriculum* accademico: 1928-1931: studi di Filosofia, Diritto e Teologia nelle Università di Monaco, Berlino, Colonia; 21/11/1931: Laurea in Giurisprudenza (a Colonia); 1932-1936: studi di Teologia in varie sedi; 28/05/1938: Dottorato in Teologia a Monaco; 1/09/1938: Assistente universitario per Giurisprudenza; 15/11/1939: libera Docenza in Diritto canonico presso la Facoltà di Teologia cattolica dell'Università di Münster (cfr. K. MÖRSDORF, *Fondamenti*, 301).

⁴⁴ Cfr. P. GHERRI, *Primi appunti*, 247-250.

4. La terzietà del Diritto

Altro apporto dell'insegnamento di Romano che risulta fondamentale per la Teoria generale del Diritto canonico è la lucida affermazione della strutturale differenza tra *rapporto inter-soggettivo* e *rapporto istituzionale* e, pertanto, *giuridico*.

Avverso le tendenze – ancor oggi molto forti in ambito canonistico – che vogliono identificare il Diritto con la semplice presenza dell'altro (soggetto)⁴⁵, la Teoria istituzionale afferma che le relazioni inter-soggettive (primariamente quelle interpersonali) diventano giuridiche soltanto a determinate condizioni, differenti dalla semplice “alterità” e rapporto con essa, offrendo un grande apporto al Diritto canonico dal punto di vista della individuazione della sua sede generativa (= il “*locus*”), individuata non nella semplice relazione inter-soggettiva ma in quella “in terza persona” (*Ius est in tertium*⁴⁶) o, se lo si vuole, nella relazione “sociale”⁴⁷. Un apporto che, insieme a quello de-sacralizzante – trasversale – già menzionato⁴⁸, sottrae terreno al secondo approccio fondazionale che dalla metà del Novecento grava sul Diritto canonico in chiave surrettiziamente giuridica: il c.d. realismo giuridico classico che vuol vedere il Diritto nel semplice “esserci” di un altro cui attribuire il (meramente) “*suum*”⁴⁹. La questione non è di poco conto per l'Ordinamento giuridico della Chiesa cattolica la quale non è stata ancora definitivamente capace di distinguere la Morale dal Diritto⁵⁰ e si trova ciclicamente nella necessità di capire e fissare quali siano i reali confini

⁴⁵ Esemplicativamente: C. ERRÁZURIZ, *Corso fondamentale sul Diritto nella Chiesa. I. Introduzione. I soggetti ecclesiali di Diritto*, Milano, 2009.

⁴⁶ Cfr. P. GHERRI, *Persone, accoglienza e Diritto*, in *Apollinaris*, LXXXIX (2016), 178.

⁴⁷ «§ 10. Il concetto del Diritto deve [...] ricondursi al concetto di società» (21).

⁴⁸ Emergente principalmente in termini di non etero-legittimazione dell'attività ecclesiale, come giustifica e fonda *Lumen Gentium* n. 8 (cfr. CONCILIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, *Constitutio dogmatica de Ecclesia: Lumen Gentium*, in *AAS*, LVII [1965], 11-12) adottando anche per la Chiesa il principio dell'Incarnazione (cfr. P. GHERRI, *Lezioni*, 231-235) come attività immanente di Dio stesso all'interno della storia, a differenza delle prospettive estrinsecistiche tipiche della Teologia (e Filosofia) protestante di cui si alimentò – *de facto* – la Canonistica tedesca del secondo dopoguerra (cfr. P. GHERRI, *Recensione a: K. MÖRSDORF, I fondamenti del Diritto canonico*, (Edizione e traduzione a cura di S. Testa Bappenheim), Venezia, 2008, in *Ius Canonicum*, XLIX [2009], 680-681).

⁴⁹ Solo indicativamente: J. HERVADA, *Introduzione critica al Diritto naturale*, Milano, 1990, ed i molti autori che dipendono più o meno direttamente da lui.

⁵⁰ Cfr. E. FOGLIASSO, *Circa la rettificazione dei confini tra la Teologia morale e il Diritto canonico*, in *Salesianum*, XIII (1951), 381-382.

che delimitano le due aree normative della comportamentalità dei discepoli di Cristo⁵¹.

Per parte propria Romano è chiaro: «per società deve intendersi non un semplice rapporto fra gli individui, come sarebbe, per esempio, il rapporto di amicizia, al quale è estraneo ogni elemento del Diritto» (p. 21). Infatti: «non basta, perché sorga un'istituzione, l'esistenza di persone collegate fra loro da semplici rapporti, ma occorr[e] che fra esse si stabilisca un legame più stretto e più organico: è necessario che si formi una superstruttura sociale da cui, non solo i loro rapporti singoli, ma prima la loro stessa posizione generica, dipendano o siano dominati» (pp. 55-56).

Non basta, cioè, la doverosità di una condotta inter-soggettiva a farne una Norma giuridica: affinché si possa parlare di Diritto, infatti, occorre una strutturale *terzietà-multipla* tra i soggetti che si relazionano, la presenza cioè dei “loro/essi” coi quali ci si rapporta in *terza persona* in modo *non occasionale* ma strutturale: come accade per l'organizzazione del vivere sociale, rispetto, p. es., alla semplice attività contrattuale dei singoli.

Di fatto per Romano la tematica è centrale: il modello privatistico del “rapporto giuridico” (ancora dominante ad inizio Novecento) non è in grado di sostenere la complessità del fenomeno giuridico che già alle soglie del nuovo secolo andava palesandosi nei suoi amplissimi sviluppi ultra individualistici. La prospettiva del giuspubblicista è decisiva in questo campo: la maggior parte del Diritto pubblico è organizzazione, così come i rapporti tra cittadini e Stato... In tale prospettiva: se, da un lato, la Teoria ordinamentale riesce a contenere e gestire l'ampio spazio del Diritto privato, al contrario i paradigmi privatistici non riescono a dare ragione alcuna dell'ampiezza del Diritto pubblico, ormai strutturato in Europa continentale secondo proporzioni completamente estranee all'epoca delle codificazioni civili europee, di un secolo più vecchie.

Il punto d'osservazione di Romano risulta pregiudiziale per la Teoria generale del Diritto canonico: la prevalenza teoretica – e fondativa – del pubblico sul privato, infatti, è irrinunciabile per una corretta e realistica concezione del Diritto della Chiesa cattolica⁵², soprattutto per il fatto

⁵¹ Le svariate questioni relative al principio della *ratio peccati vitandi* sono emblematiche in merito; si veda, ultimamente: S. PARINI VINCENTI, *Æquitas canonica e periculum animæ nello svolgimento del patto nudo in Diritto canonico*, in *Apollinaris*, LXXIX (2016), 629-648; per il passato basti qui: P. FEDELE, *Discorso*, 13-14.

⁵² Sebbene non si possa ignorare la permanenza di prospettive contrarie: «Un'Amministrazione corpora, estesa e onnivale, non assurge ancora alla dimensione

che al suo interno lo spazio effettivamente ‘occupato’ dal rapporto giuridico tra singoli *inter pares* risulta di una esiguità totale mentre, al contrario, la quasi totalità della Normativa canonica si occupa di istituzioni e rapporti e funzionalità istituzionali⁵³. Non si dimentichi a questo proposito come lo *status* matrimoniale dei fedeli dal punto di vista canonico non sia *quæstio privata* (come in campo civile) ma *quæstio publici boni*, cosicché la sua eventuale dichiarazione di nullità non rientri nelle *facultates* dei singoli ma nel bene pubblico.

5. La non-necessarietà del Legislatore affinché si abbia vero Diritto

L’ultimo elemento della Teoria ordinamentale che impatta in modo costitutivo sul Diritto canonico e la sua sistematizzazione dogmatica è il rapporto del Diritto con il Legislatore: un rapporto meramente *formale* e *non costitutivo* poiché il Diritto – in senso lato, ma sostanziale – è insito nella nozione stessa di organizzazione/istituzione, al punto che «è possibile concepire un Ordinamento, che non faccia posto alla figura del Legislatore» (p. 17), visto che «il Diritto, prima di essere Norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura» (p. 22). «La legge [...] non è mai, come comunemente si crede, il cominciamento del Diritto: è, invece, un’aggiunta al Diritto preesistente (nell’ipotesi che esso abbia lacune) o una modificazione di esso. Il Legislatore non è, così, il creatore del Diritto, nel senso pieno ed assoluto della parola, cioè il primo creatore; donde la mancanza in lui del potere di annullarlo completamente» (p. 68).

Tanto dicasi, a maggior ragione, per il Diritto canonico, al cui interno la questione del Legislatore propriamente detto non risulta affatto costitutiva, vista [a] sia la sua scarsa consistenza a livello di effettività storica prima della codificazione del 1917⁵⁴, fattore che rende

della giuridicità se essa vuol essere, o è, “tutto” nella società; [...] alla fin fine, le sorti della dimensione pubblica (amministrativa) della Chiesa, e, dunque, di un Diritto amministrativo nella Chiesa, sono paradossalmente legate alle sorti della dimensione privata, dei diritti soggettivi in essa; che là dove vi è solo “pubblico” non vi è, né vi può essere, “giustizia della cosa pubblica”» (G. LO CASTRO, *Presentazione*, in E. LABANDEIRA, *Trattato di Diritto amministrativo canonico*, Milano, 1994, VIII).

⁵³ Questi, d’altra parte, sono in concreto i c.d. *tria munera Ecclesiæ* (insegnare, santificare, reggere) che l’Ordinamento giuridico canonico regola nel loro corretto esercizio.

⁵⁴ Basti qui ricordare come la maggior parte del Diritto canonico del secondo millennio cristiano, pur di origine pontificia, avesse di fatto natura “amministrativa”: tali

tale figura piuttosto marginale proprio dal punto di vista della Teoria generale;

[b] sia per l'uso espressamente teologico che si è fatto del termine in riferimento a Gesù Cristo soprattutto dall'epoca costantiniana, in una prospettiva di per sé non propriamente tecnica⁵⁵, sebbene spesso equivocata e strumentalizzata a livello ecclesiale per esigere una vera obbedienza e sottomissione più alla *Lex* che non al suo 'autore'.

Ormai al declino del secolo dei Codici, e più ancora delle fondazioni filosofiche idealistiche che li avevano sostenuti ponendo l'accento sulla specificità della potestà legislativa, la proposta di Romano non poteva non mettere scompiglio nel sentire giuridico comune del primo dopoguerra. Tanto più che l'attività più tipica delle nascenti democrazie era proprio quella di "eleggere" i Parlamenti, cioè i Legislatori. Un Diritto senza Legislatore pareva inaccettabile a chi proprio della Legge aveva fatto lo strumento tipico ed emblematico del riscatto dei "cittadini" dall'Assolutismo rinascimentale e moderno: l'illuministica Legge "uguale per tutti" contro il dominante *arbitrium* medievale e rinascimentale⁵⁶. Lo scorporo dell'attività legislativa dal "pacchetto" del potere regio aveva fatto della Legge la chiave del Diritto contro lo strapotere del Governo e dell'Amministrazione statale: la rivincita dei cittadini divenuti finalmente *conditores Legum*.

Rescindere i sottili fili che permettevano al Legislatore di 'animare' la marionetta del Diritto statale costituiva un'operazione di una gravità

erano, infatti, le *Litteræ decretales* attraverso cui si recavano risposte vincolanti alle questioni che, soprattutto gli Ordinari, ponevano al Pontefice romano. Nondimeno: le pubblicazioni delle principali Raccolte di Decretali pontificie che confluirono (estrinsecamente) nel *Corpus Iuris Canonici* furono attuate per garantirne la – semplice – "autenticità", a tutela del loro corretto utilizzo da parte di studiosi, studenti, Giudici ed Officiali di Curia.

⁵⁵ Un uso che ne ha fatto una figura emblematica dal punto di vista principalmente assiologico «per comprendere la formazione del patrimonio giuridico della Chiesa, d'Occidente e d'Oriente, che attraverso e sulla base del pensiero del Nazareno, contribuisce alla formazione del patrimonio giuridico della società civile, d'Oriente e d'Occidente, facendo da legame per entrambi questi due poli (geografici e storici) e, all'interno della cultura giuridica occidentale, motivo propulsore dei mille rivoli per affermare i principi di libertà, eguaglianza, fraternità ma anche dei principi di solidarietà e sussidiarietà che sono principi umani che trovano la loro pienezza e giustificazione nella storia cristiana» (V. DE PAOLIS, *Saggio introduttivo*, in O. BUCCI, *Gesù il Legislatore. Un contributo alla formazione del patrimonio storico-giuridico della Chiesa nel I millennio cristiano*, Città del Vaticano, 2011, 13).

⁵⁶ Su tema, in via generale, si veda: M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli Ordinamenti giuridici in età di Diritto comune*, Milano, 1998.

inaudita, più dal punto di vista filosofico-teoretico che pratico, profilando futuri inammissibili... salvo per chi aveva già intuito che cosa il secolo da poco iniziato stava portando in grembo, come ben dimostra il suo discorso del 1910 sulla “crisi dello Stato moderno”⁵⁷. Il principio evidenziato dal grande giuspubblicista, per altro, palesava già l'intrinseca debolezza dello stesso Costituzionalismo che in quel primo dopoguerra stava delineandosi nei Paesi sconfitti (in particolare: la Germania della Repubblica di Weimar e l'Austria di Kelsen). Le questioni sul giuridico e pre-giuridico che Romano affronta in modo esplicito e puntuale veicolano, in fondo, proprio quelle sull'identità ed il ruolo del Legislatore rispetto al Diritto ed alla sua consistenza⁵⁸. Al contrario di Kelsen (col suo “*kein Imperativ ohne Imperator*”⁵⁹), Romano afferma con chiarezza che *il Diritto precede il Legislatore*.

Dal punto di vista canonistico, offrire prospettive di questo genere nel 1918, a pochi mesi dalla promulgazione del *Codex Iuris Canonici* quale “prova” pratica della piena ed indiscutibile *perfezione giuridica della società ecclesiastica*, non poteva certo suscitare plauso da parte dei canonisti cattolici del tempo, finalmente appagati dall'esercizio più alto della “vera” supremazia pontificia riaffermata dal Concilio Vaticano I, prima di tutto *ad intra Ecclesiae*. Un esercizio pieno e definitivo, com'era intesa al tempo la promulgazione di un Codice giuridico completo ed universale. Un esercizio che, ormai ad un secolo di distanza, è apparso più volte in tutte le proprie insufficienze, soprattutto teoretiche⁶⁰.

Canonicamente non di meno, una volta superata l'ebbrezza della codificazione, si tratta soltanto di riprendere la consapevolezza storica della

⁵⁷ Cfr. S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, II (1910), 97-114 (Discorso per l'inaugurazione dell'Anno Accademico 1909-1910 nella Regia Università di Pisa, letto il 4 novembre 1909).

⁵⁸ «Stato e Ordinamento giuridico statale non sono, come si è detto, due diversi fenomeni, e neppure diverse manifestazioni di un medesimo fenomeno, ma viceversa sono l'identica cosa, e, quindi, ciò significa che un attributo essenziale dello Stato, qual è la sua potestà, non è mai extra o pregiuridico, ma nasce con esso e col suo Ordinamento, che sempre la disciplina e la regola. Che essa poi sia potestà di porre un nuovo Diritto, non vuol dire che precede il Diritto» (p. 67).

⁵⁹ H. KELSEN, *Rechtswissenschaft oder Rechtstheologie?*, in *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 16 (1966), 242. Da notare come lo stesso Kelsen nel 1966 parli di “*Rechtstheologie*”!

⁶⁰ Si veda in merito, sebbene solo indicativamente, la monumentale ricerca di Fantappiè sulla codificazione pio-benedettina (cfr. C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e Modernità giuridica*. II. *Il “Codex Iuris Canonici” [1917]*, Milano, 2008), insieme a qualche contrappunto metodologico e di Teoria generale (cfr. P. GHERRI, *Codificazione canonica tra tecnica e sistema*, in *Eastern Canon Law*, II [2013], I, 19-130).

reale configurazione ed evoluzione della pratica giuridica ecclesiale lungo quasi due millenni: una pratica che ha costantemente visto impegnata l'Autorità nell'assumere decisioni, molto spesso in sede giusdicente, senza però farne delle vere "Leggi" formali. Lo strutturarsi (fin dal VI sec.⁶¹) delle Decretali pontificie a fianco dei Canoni conciliari ed il loro utilizzo integrato proposto da Ivo di Chartres⁶² e Graziano⁶³ ne sono la testimonianza più efficace ed inequivocabile: uno *Ius* concreto e tanto ampio da risultare pressoché inattuabile⁶⁴, a fianco di pochissime *Leges*, quasi mai generali, poiché principalmente di portata costitutiva (= *Constitutiones*) di qualche nuova istituzione o materia giuridica.

6. *Per concludere*

Le presenti, pur sommarie, riflessioni sono state proposte con l'intento esplicito di mettere in rilievo quattro *vere e proprie acquisizioni* del pensiero di Santi Romano che risultano particolarmente significative per impostare un'attuale Teoria generale del Diritto canonico, in un tempo in cui la riflessione canonistica "fondamentale" appare piuttosto rilassata, avendo ormai perso i suoi maggiori protagonisti del dopo Concilio, mentre la maggior parte dei loro aspiranti eredi ha subito le "diluzioni" dell'attuale "liquidità".

Per contro: gli inizi del nuovo millennio, caratterizzati [a] dalla sostanziale attenuazione della prospettiva "fondazionale" e [b] dalla progressiva perdita di reale credibilità delle soluzioni prospettate in tali ambiti dottrinali, si presentano più facilmente ricettivi degli elementi offerti dalla Teoria ordinamentale come "basi" concrete su cui costruire una *nuova sintassi* dell'Ordinamento giuridico della Chiesa cattolica. Una nuova sintassi in grado di parlare correttamente con gli altri Ordinamenti giuridici attualmente vigenti⁶⁵, offrendo al Diritto canonico innovativi

⁶¹ Il riferimento è alla c.d. *Collectio dionysiana* (cfr. A. STREWE [ed.], *Die Canonesammlung des Dionysius Exiguus in der ersten Redaktion – Collectio dionysiana*, Coll. *Arbeiten zur Kirchen Geschichte*, n. 16, Berlino-Lipsia, 1931).

⁶² Cfr. IVO CARNOTENSIS EP., *Decretum*, in J.P. MIGNE (ed.), *Patrologiæ cursus completus, Series Latina*, CLXI, Paris, 1855, coll. 47-1022.

⁶³ Cfr. GRATIANUS, *Concordia discordantium Canonum*, in Æ. FRIEDBERG (cur.), *Corpus Iuris canonici*, I, editio lipsiensis secunda, (rist. anast.) Graz, 1959.

⁶⁴ Emblematico in merito il m.p. con cui Papa Sarto indisse la redazione del Codice di Diritto Canonico: PIUS PP. X, *Motu proprio de Ecclesiæ Legibus in unum redigendis: Arduum Sane Munus*, in *ASS*, XXXVI (1903-1904), 549-551.

⁶⁵ Come scrive, programmaticamente, il "*Commentarius Instituti Utriusque Iuris*"

elementi di solidità ed autonomia, senza nulla perdere neppure sotto il profilo più strettamente tecnico, come efficacemente dimostrano alcune pubblicazioni di questi ultimi anni in tema di Diritto amministrativo canonico espressamente concepite e strutturate a partire dalle prospettive qui illustrate⁶⁶.

nella sua quarta di copertina: «L'unità del fenomeno giuridico costituisce per la Chiesa una preziosa occasione d'incontro e scambio con la cultura umana di ogni tempo e luogo (come già avvenne per lo *Ius commune*) in una reciprocità di apporti, anche tecnici, consapevole di dover sempre porre la persona al centro della vita sociale ed istituzionale.

L'attenzione sia ai fondamenti, sia alla prassi, del vivere giuridico mantiene aperto il dialogo con tutti coloro che nella pratica del Diritto vedono un'irrinunciabile conquista ed una via concreta per il futuro dell'umanità» (*Apollinaris*).

⁶⁶ Il riferimento è ai due volumi: P. GHERRI, *Introduzione al Diritto amministrativo canonico. Fondamenti*, Milano, 2015 e P. GHERRI, *Introduzione al Diritto amministrativo canonico. Metodo*, Milano, 2018.

FILIPPO SATTA

LA SPECIALITÀ DEGLI ORDINAMENTI DERIVATI
NEI TERRITORI D'OLTREMARE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il *Diritto Coloniale* di Santi Romano. – 3. Il *Diritto Coloniale* e l'*Ordinamento giuridico*. – 4. Conclusioni.

1. *Premessa*

Ringrazio anzitutto gli organizzatori di questo convegno su Santi Romano, che mi hanno invitato a parlare su un suo scritto, poco conosciuto, ma ricco di un fascino straordinario.

Prima di affrontare questo difficile e irresistibile tema, consentitemi un ricordo, che non mi ha mai abbandonato, dal mio primo anno di Università, novembre 1958 ad oggi. Questo ricordo è Santi Romano. Il mio primo passo verso il diritto nella Facoltà di Genova fu la lezione di Luigi Bagolini, che per il corso di filosofia del diritto ci propose *L'ordinamento giuridico* di Santi Romano, e un libro di Kelsen, di cui non ricordo il nome. Ricordo però ancora oggi, 60 anni or sono, il disinteresse che generò in me Kelsen; ma altrettanto bene ho in mente e nel cuore la passione per il difficilissimo *Ordinamento*, che non mi ha mai abbandonato. Se la vita ha una storia – è un ordinamento – devo a Luigi Bagolini e all'Università di Genova il mio assetto mentale che ha le sue radici in Santi Romano, e, in altri tempi, altri luoghi, mio Padre.

2. *Il Diritto Coloniale di Santi Romano*

Fermare oggi l'attenzione sul "*Diritto Coloniale*" come volume che tratta giuridicamente le colonie alla stregua ad es. della proprietà pubblica o di qualsivoglia altro sistema giuridico di tal genere, sarebbe un'iniziativa un po' fuori tempo, si potrebbe dire. Delle nostre colonie tutto è morto, tranne, ovviamente, la storia.

Immortali nel *Diritto Coloniale* di Santi Romano sembrano essere due componenti strutturali del libro. Il primo aspetto che il lettore rileva è costituito dall'eleganza della scrittura, per un verso, dall'estremo rigore dall'altro. Ma chi apra il volume e cominci a leggerlo, accanto ad una

continua scioltezza di pensiero e di “narrativa”, incontra un pensiero penetrante, che sembra non aver perso l’attualità.

La sua attualità è di due ordini. Il diritto è sempre diritto, è il caso di dire. E il pensiero di questo libro è di straordinario rilievo. La colonia non è la maledizione, la totale spoliazione delle singole persone, la loro frequente schiavitù, come accadeva quando, ad es., le armate romane conquistavano qualche territorio, distruggendo e uccidendo. Santi Romano evoca quei terribili, inumani eventi di schiavitù, ricordando anche la colonia, quale era stata nell’ottocento. Non credo di sbagliare, dicendo che la concezione ideale della colonia di Santi Romano è quella di uno Stato che ha conquistato un territorio con una propria popolazione arretrata. Territorio e popolazione vengono incondizionatamente assoggettati da questo Stato, a favore del quale tutto deve essere fatto – a titolo di esempio dalla partecipazione alla guerra ai lavori pesanti. La colonia è così un territorio con la sua popolazione, totalmente sottoposta allo Stato di riferimento. Santi Romano sottolinea l’autonomia delle gestioni rigorosamente riferite a necessità solo locali, senza interferenze con lo Stato.

“Qual è dunque il carattere del diritto che lo Stato protettore ha riguardo al territorio protetto? Per concorde opinione degli scrittori, dal protettorato coloniale nasce a favore dello Stato protettore l’“ius excludendi alios”: gli altri stati debbono astenersi dall’occupare quel territorio. A nostro avviso questo diritto, a differenza di quel che crede l’opinione comune, non ha carattere di diritto assoluto cioè erga omnes: infatti, di fronte a chi lo Stato protettore ha tale diritto? Evidentemente è un diritto nella convenzione di Berlino; non può perciò avere altra efficacia che verso gli Stati firmatari. Se così è, non può essere un diritto assoluto; è invece un diritto d’obbligazione, cioè un diritto relativo. Viene così a mancare qualsiasi ragione di pensare alla figura del diritto reale, che è sempre un diritto assoluto; è un diritto di obbligazione, non sul territorio, ma propter territorium”.

È ragionevole pensare che il giurista abbia vissuto con occhio attento una realtà umana – quindi civile e politica – sottoposta ad un regime complessissimo, in un certo senso anomalo, ma altrettanto civile. Certo, questa “realtà” della colonia è profondamente sentita da Santi Romano. Egli non mette in discussione da un lato l’assoluta preminenza dello Stato dominante, come, dall’altro, la dignità del complesso delle persone, che popolano la colonia. Il dominio, infatti, non significa servitù. È preminenza. È, si può ben dire, un sistema di diritto pubblico, sotto il quale non si cela un potere di soggezione *ad personam* – in altre parole: di schiavitù – come accadeva a Roma, e come Santi Romano ricorda, ma un’obbligazione collettiva, propria dello *status* coloniale.

3. *Il Diritto Coloniale e l'Ordinamento giuridico*

Ma qui è in gioco il pensiero “essenziale”, vorrei dire, di Santi Romano. Come tutti sanno, nello stesso 1918, Santi Romano pubblicò l'*Ordinamento giuridico*. In ordine a questo libro si è detto e si può dire di tutto. A me pare che il punto cruciale sia il posizionamento della legge in un assetto giuridico ordinato. Nel pensiero di Santi Romano la legge *si* fonda su questo assetto di ordine sociale, ma non *lo* fonda. La legge *non* è diritto; può governare, ma non è diritto.

Il fondamento del diritto è la società, che si vuole dare un ordinamento, che si vuole comportare secondo regole. E' quindi la società che si dà il diritto.

L'ordine ha le sue origini, i suoi fondamenti e le sue strutture. A seconda delle situazioni politiche e sociali, queste strutture possono valersi anche della legge affinché l'ordinamento sia fatto, esattamente come può essere raggiunto attraverso tradizioni e consuetudini.

Mi sembra che si possa ben dire che nel *Diritto Coloniale* Santi Romano raggiunge il vertice del suo pensiero sull'*Ordinamento giuridico*. Lo Stato dominante assoggetta a sé tutte le popolazioni originarie delle terre conquistate. Il punto cruciale è che esse sono sì sottoposte al regime dello Stato dominante ma, ciononostante, conservano le loro tradizioni, che vivono solo e soltanto per queste popolazioni. Nasce di qui l'ordinamento giuridico; gli assetti giuridici nelle forme tradizionali sono il fondamento del diritto di ogni popolazione che, chiamata a qualsiasi incombenza dal potere assoluto dello Stato, deve accorrere e accorre.

In altri termini: è incontrovertibile che il *dominus* della scena sia lo Stato, grazie al proprio potere sui propri possedimenti coloniali – vale a dire su territori di sua pubblica proprietà, internazionalmente riconosciuta. Ma nelle colonie continua ad avere vigore l'“antico ordinamento”, quello che precede la colonizzazione, il quale, pur rimanendo lo stesso, si innova alla fonte, perché lo Stato gli consente di esprimere la propria efficacia.

La potestà che lo stato esercita sulle sue colonie va considerata come potestà diretta, perché la colonia comprende territorio e sudditi. “*La potestà statale sulle colonie va considerata come potestà sovrana, nello stesso senso in cui è intesa la sovranità che lo Stato esercita entro i limiti del proprio territorio*”.

Segue qui il punto cruciale. Il fondamento dell'ordine giuridico delle colonie è soltanto la potestà dello Stato. Come l'ordinamento metropolitano dipende dalla potestà statale, così l'ordinamento coloniale ha la

sua fonte formale nella potestà dello Stato, diretta e sovrana. Nelle colonie, tuttavia, continua ad avere vigore l'antico ordinamento; ma esso, pur rimanendo il medesimo, si innova nella sua fonte, che diventa lo Stato, il quale gli consente di esplicare ancora la propria efficacia.

Merita riportare le parole di Santi Romano:

La potestà che lo Stato esercita sulle sue colonie "propriamente dette" (i suoi possedimenti coloniali) va considerata come potestà diretta, perché la colonia comprende territorio e sudditi. *"La potestà statale sulle colonie va considerata come potestà sovrana, nello stesso senso in cui è intesa la sovranità che lo Stato esercita entro i limiti del proprio territorio"*.

"Da quanto detto deriva, come corollario, che il fondamento dell'ordine giuridico delle colonie – analogamente a quello dell'ordinamento metropolitano – è soltanto la potestà dello Stato. Come l'ordinamento metropolitano dipende ... dalla potestà statale, così, nel medesimo senso, l'ordinamento coloniale ha la sua fonte formale nella potestà dello Stato diretta e sovrana. Ciò è importante rilevare quando si pensi che ... nelle colonie continua di solito ad avere vigore l'antico ordinamento, ossia quello precedente all'acquisto da parte della metropoli; ma esso, pur rimanendo sostanzialmente il medesimo si innova nella sua fonte, che non è quella precedente, ma è lo Stato che gli consente di esplicare ancora la propria efficacia".

"Il principio che la potestà statale è sempre la base dell'ordinamento giuridico delle colonie, che a quello Stato appartengono, è anche vero nell'ipotesi che l'ordinamento coloniale si ispiri al principio dell'autonomia, cioè quando alla colonia è riconosciuta una determinata sfera entro la quale può governarsi sé, e, per conseguenza, emanare leggi che possono considerarsi proprie della colonia. L'autonomia coloniale si risolve necessariamente in una posizione giuridica della colonia, che viene stabilita dall'ordinamento dello Stato a cui la colonia appartiene. In altri termini, può darsi che la colonia abbia una propria potestà distinta, sotto certi punti di vista, dalla potestà della metropoli; però anche in tal caso essa non è una potestà originaria, ma deriva da quella dello Stato, che è la sola originaria".

4. Conclusioni

Un ultimo cenno. Come osservavo sopra, il *Diritto Coloniale* esalta la portata de l'*Ordinamento giuridico*. Ordinamento giuridico è lo Stato dominante, ma ordinamento giuridico originario è anche il complesso di

persone conquistate, che, pur dominate, conservano il loro Ordinamento.

Questo libro e questo pensiero hanno una coerenza che deve essere meditata, ripetuta, studiata, perché hanno una straordinaria modernità e sono messaggio di civiltà. Questo pensare di Santi Romano, concentrato sulla dignità delle persone, di tutte le persone, dovrebbe essere ascoltato, rimeditato, e fatto proprio. Da tutti.

ALBERTO MASSERA

LE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI
E L'ORDINAMENTO GIURIDICO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *L'Ordinamento giuridico* e il suo tempo. – 3. Le Autorità amministrative indipendenti e l'ipotesi ordinamentale: elementi di una lettura per problemi – 4. Le Autorità amministrative indipendenti come figure compatibili con la complessità della modernità statale come raffigurata da Santi Romano.

1. *Premessa*

Quello che viene richiesto in questa occasione sembra essere un invito a compiere una sorta di riflessione controfattuale avente per oggetto come Santi Romano, e in particolare il Santi Romano autore de *L'ordinamento giuridico*, avrebbe trattato il tema delle Autorità amministrative indipendenti, ove questa categoria del diritto amministrativo contemporaneo fosse stata presente al suo tempo.

Ogni operazione che ponga in comparazione periodi storici diversi presenta di per sé, come è a tutti noto, inevitabili elementi di ambiguità. Ma nel nostro caso viene in almeno parziale soccorso, onde pensare che l'operazione stessa possa non risultare velleitaria, un dato di conoscenza che appartiene allo “stile” del giurista siciliano, così come ci è stato descritto da uno dei suoi allievi, Giovanni Miele, nel recensire una delle opere manualistiche di Santi Romano, il *Corso di diritto costituzionale*: “Romano ha il gusto della scoperta e del nuovo: quando tocca un argomento, non v'è lato di esso che gli rimanga ignoto, [sicché] i suoi scritti.. denotano una rara facoltà di osservazione e di intuizione”; e ancora, “la sua acuta penetrazione della realtà gli è sempre presente quando espone il diritto positivo ... [ed] egli possiede una profonda percezione nel ritrarre i movimenti del diritto che si agitano nell'involucro della complessa e indefinita realtà sociale. Ha il dono della seconda vista, il più alto dono riservato a un giurista”¹.

Certo, riportare anche il discorso sulle Autorità amministrative in-

¹ G. MIELE, *Stile e metodo nell'opera di Santi Romano*, (1941), ora in G. MIELE, *Scritti giuridici*, Milano, 1987, I, 339-341.

dipendenti alle teorie esposte da Santi Romano nel volume pisano del 1918 fa subito venire in mente l'ammonimento che proveniva da un altro dei più eminenti allievi del giurista siciliano, Massimo Severo Giannini, quando aveva evidenziato il rischio del "rinvenimento di ordinamenti giuridici ad ogni angolo di strada"². Ma con valenza adiuvante per il nostro tentativo può essere richiamata la circostanza che è stato lo stesso Giannini³ a costruire in modo originale la teoria dell'organizzazione amministrativa, della quale è a tutti evidente come le Autorità amministrative indipendenti oggi siano parte essenziale, sull'ipotesi del fondamento istituzionistico del diritto e della pluralità degli ordinamenti giuridici⁴.

Altra avvertenza concerne il fatto che il discorso che qui si cercherà di svolgere non avrà in realtà riguardo solo al volume del 1918, ma anche a scritti precedenti e successivi di Romano. Peraltro senza che questo implichi una presa di posizione sulla questione assai dibattuta nella letteratura in materia circa la presenza o meno di determinati fattori di continuità nell'evoluzione del pensiero dell'Autore all'interno del flusso delle sue opere.

2. *L'Ordinamento giuridico e il suo tempo*

Un elemento comune di contesto è comunque presente sia per *l'Ordinamento giuridico* del 1918 che per un precedente testo, pure esso pisano, del 1909, la prolusione su *lo Stato moderno e la sua crisi*: la progrediente crisi dello Stato liberale borghese e l'incipiente affermazione di

² M.S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 219 ss., 221. L'ammonimento di Giannini è stato ripreso più di recente da S. MARTIN – RETORTILLO, *La doctrina de l'Ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del derecho administrativo*, in S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Politicos, 1963, 39 ss., 45. D'altronde, per il vero, già lo stesso Romano aveva risposto a una critica in tal senso mossagli da V.E. ORLANDO in una delle note aggiunte (la n. 29-ter) a *L'ordinamento giuridico* nella edizione del 1945 (35).

³ V. *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, I, spec. 92 ss.

⁴ Si segue qui infatti, più in generale, l'impostazione che vede come necessario lo sbocco della teoria istituzionistica nel pluralismo giuridico, per la quale v. di recente A. ROMANO, *Santi Romano, Lo Stato moderno e la sua crisi e L'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 333 ss., 348. Del resto, è stato lo stesso Santi Romano a presentare la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici come "corollario" del proprio concetto di ordinamento giuridico (*L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977, 3° ed., 106).

quello che, con fortunato neologismo, è stato poi chiamato lo Stato pluriclasse⁵. Crisi dello Stato liberale che era sociale e politica insieme: crisi sociale, connessa con le modificazioni in senso ampliativo del substrato sociale dello Stato, crisi politica, connessa con le debolezze e le aporie dei meccanismi della rappresentanza; ma crisi che era anche più prettamente crisi dei fondamenti della modernità giuridica, che poneva il “problema di una revisione dell’ordinamento dei pubblici poteri, almeno da quando, di fronte agli effetti della industrializzazione e all’insorgere della questione sociale, iniziarono a sciogliersi le illusioni sull’esercizio garantito della sovranità statale sulla società”⁶ entrata in tensione con la pluralità degli interessi in quest’ultima costituiti, e da quando, di fronte alla “eclissi dello Stato” rispetto alle “molteplici e svariate energie” presenti nella società, si era manifestata l’incapacità dello Stato stesso di “governare o ordinare” il mutamento sociale e tecnico, a sua volta recante con sé l’affievolimento della capacità ordinativa della legge⁷. Secondo le parole di Romano nel 1909, “la crisi dunque dello Stato attuale si può ritenere sia caratterizzata dalla convergenza di questi due fenomeni, l’uno dei quali aggrava necessariamente l’altro: il progressivo organizzarsi sulla base di particolari interessi della società che va sempre più perdendo il suo carattere atomistico, e la deficienza dei mezzi giuridici e istituzionali, che la società possiede per far rispecchiare e valere la sua struttura in seno a quella dello Stato”⁸.

È stato detto che l’opera di Romano del 1918 rappresenta la “prefigurazione del superamento della crisi” e che nel contempo costituisce “se non l’unica, la prima e più coerente risposta alle esigenze delle istitu-

⁵ Osservazione analoga è stata da ultimo formulata anche da S. CASSESE, *Le alterne fortune de ‘L’ordinamento giuridico’ di Santi Romano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 433 ss., 436. È peraltro noto – anche se qui non rileva – che la crisi dello Stato per Santi Romano era legata anche a fenomeni concernenti le relazioni interstatuali (v. *Oltre lo Stato*, (1918), in S. ROMANO, *Scritti minori*, Milano, 1950, I, 345 ss.).

⁶ N. ANTONETTI, *Unità dello Stato e pluralità degli interessi dopo la Grande Guerra*, in *Scienza e Politica*, 2005, n. 33, 7-8.

⁷ V. P. GROSSI, “*Lo Stato moderno e la sua crisi*” (a cent’anni dalla prolusione pisana di Santi Romano), in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 1 ss., 12-13, e già in precedenza ID., *Santi Romano: un messaggio da ripensare nell’odierna crisi delle fonti*, in *Riv. it. dir. proc. civ.*, 2006, 377 ss., 379-380.

⁸ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, (1909), in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969, 3 ss., 23. Se la considerazione di Romano era in particolare rivolta soprattutto all’avvento del sindacalismo, egli più in generale guardava a tutte le forme di “aggruppamento” di individui basate su di un interesse economico sottostante.

zioni nuove”⁹. Tale superamento, che si presenta innanzitutto come superamento della separazione tra il diritto, di cui lo Stato era considerato l’unico dominus, e la società, e tale risposta passano attraverso la “demitizzazione” della legge, che “non è più alle radici e al centro del diritto”, e la “relativizzazione” dello Stato, “all’interno del pluralismo istituzionale”¹⁰. Ma questa sorta di processo di dequotazione dei due termini di riferimento del discorso giuridico tradizionale non investe entrambi nello stesso identico modo.

Se l’istituzionalismo di Santi Romano, invero, è la matura presa d’atto nei modi di uno schema finemente giuridico dei fenomeni con i quali la società si auto-organizza e, come è stato sottolineato di recente, vale nel contempo a “dotare i giuristi di uno strumentario [atto a] mediare i conflitti” secondo criteri di compatibilità interordinamentale, il pluralismo “non serve certo a Santi Romano per annunciare il superamento dello Stato”, che egli ritiene necessario, ma “per re-integrare nello Stato i corpi intermedi che ne erano stati espulsi dalla Rivoluzione francese facendo dello Stato stesso una istituzione di istituzioni integrata nell’ordinamento internazionale”¹¹. Lo Stato rimane, nelle parole di Santi Romano, “la forma più evoluta della società umana”, “la più importante delle istituzioni”¹², ma è soprattutto nella seconda parte del volume che si rende manifesto come il processo stesso di costruzione delle relazioni tra i diversi ordinamenti giuridici attraverso la determinazione dei modi della “rilevanza” che uno di essi può avere per l’altro – che pure costituisce indubbiamente una delle

⁹ V., rispettivamente, A. SANDULLI, *Statalismo e antistatalismo in Santi Romano*, in *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, Napoli, 2017, 61 ss., 72, e S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de ‘l’ordinamento giuridico’ di Santi Romano*, in ID., *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974, 21 ss., 24. Per un’analisi comparata dell’opera di Romano nel contesto culturale del suo tempo cfr. da ultimo M. CROCE, *Il diritto come morfologia del sociale. Il pluralismo giuridico di Santi Romano*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 841 ss. (e in specie la prima parte).

¹⁰ M. D’ALBERTI, *Santi Romano e l’istituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 579 ss., 583-584.

¹¹ M. BARBERIS, *Santi Romano e la metamorfosi dell’istituzionalismo*, in *Lo Stato*, 2017, n. 9, 243 ss., 248-249. Già S. CASSESE, *Istituzione, un concetto ormai inutile*, in *Pol. dir.*, 1979, 53 ss., 58, aveva rilevato, con riguardo alla teoria dell’istituzione, che con essa Santi Romano è “al pullulare della vita della società civile che svolge lo sguardo, alla ricerca di una spiegazione che altri non aveva dato”, osservando “da una parte il potere politico che si frammenta articolandosi in più sedi e organi e cedendo una parte della sua sovranità e dall’altra la società civile che si articola in organizzazioni riconosciute come portatori di interessi collettivi”.

¹² S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, cit., 42 e 111.

parti più originali della dottrina del giurista siciliano – finisce inevitabilmente per dare il senso della collocazione dell'ordinamento originario per eccellenza – vale a dire appunto quello statale – su di un piano che non è paritario rispetto agli altri ordinamenti¹³.

Diverso è il discorso per quanto riguarda la legge, discorso sul quale peraltro si tornerà anche successivamente. Qui basti ricordare che le leggi e prima ancora le norme, secondo la celeberrima immagine formulata da Santi Romano nel 1918, vanno viste come “pedine in uno scacchiere”, che “rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo dell'attività” dell'ordinamento giuridico, come comprensivamente inteso nella sua equazione con la istituzione, “che non un elemento della sua struttura”¹⁴, volendo con ciò significare che è il ruolo dinamico esercitato dai poteri più che dalle norme il fattore fondamentale per l'integrità dell'ordinamento stesso¹⁵. Vero è che della legge “poco se ne parla ne *L'ordinamento*”¹⁶; se poi si guarda alle opere successive, quanto alla posizione tra le fonti, ampio è lo spazio riconosciuto al potere regolamentare (ché “la facoltà regolamentare non si scompagna mai dal fine di fissare il diritto”¹⁷) e finanche allo jus involuntarium (tra cui in evidenza i principi istituzionali)¹⁸; e quanto ai contenuti, la legge non è solo comando: “è un errore molto diffuso credere che tutto il diritto pubblico sia cogente: esso, in parte, è soltanto dispositivo o suppletivo”¹⁹.

Se in definitiva “lo Stato come soggetto istituzionale continua a pre-

¹³ Del resto, ha osservato M. D'ALBERTI, *op. cit.*, 583, “lo Stato è il protagonista assoluto del diritto amministrativo romaniano, già da prima e poi anche dopo *L'ordinamento giuridico* del 1917: nei *Principii di diritto amministrativo* del 1901 e nel *Corso di diritto amministrativo*, che conosce tre edizioni dal 1930 al 1937. Tutt'altro che infelice è, dunque, la sorte dello Stato nella concezione romaniana del diritto”. E da ultimo di “singolare paradosso” del pluralismo, per cui, “nel transito dal descrivere al decidere”, “l'unicità esclusiva della prospettiva, per il prevalere della forza e della ‘concreta efficacia’ [nelle relazioni tra ordinamenti]”, segna, o può segnare, l'inconfessato ritorno allo statalismo”, ha parlato N. IRTI, *Per una lettura critica di Santi Romano. Note introduttive*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 14 ss., 20.

¹⁴ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 15-16.

¹⁵ In questo senso v. M. LOUGHLIN, *Foreword*, in S. ROMANO, *The Legal Order*, London, 2017, X ss., XVIII.

¹⁶ Così ancora M. D'ALBERTI, *op. cit.*, 583.

¹⁷ S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Milano, 1912, 3° ed., 22.

¹⁸ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1947, ora in *L'ultimo Santi Romano*, Milano, 2013, 587 ss., 655.

¹⁹ S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, (1946, 2° ed.), ora in *L'ultimo Santi Romano*, cit., 171 ss., 277.

valere, ma i suoi strumenti legislativi si ridimensionano”²⁰, e conseguentemente per un verso si affievolisce il mito della “onnipotenza parlamentare”²¹, per altro verso emerge il protagonismo amministrativo, ben si può comprendere come da vari Autori sia stata sottolineata la centralità dello Stato amministrativo nel pensiero di Santi Romano²² e quindi si sia potuto affermare che per Santi Romano “lo Stato andava progressivamente identificandosi con l’amministrazione e che quest’ultima assumeva la funzione di un potere pubblico autonomo da condizionamenti politici, la cui autorità si esplicitava nell’organizzare e perfezionare sul piano giuridico gli assetti della società”²³. Evidente, dunque, è la rilevanza per Santi Romano degli svolgimenti del diritto amministrativo: e qui, a partire dalle nove Teorie giuridiche che innervano i *Principi di diritto amministrativo* c’è un distacco, “il salto da un diritto amministrativo inteso come mero terreno di completamento della configurazione tradizionale dello Stato giuridico” – come era in Vittorio Emanuele Orlando – “ad un diritto amministrativo che vuole essere *la struttura formale del nuovo Stato amministrativo*, di quello Stato attento, non più solo alla definizione costituzionale del rapporto Stato-cittadino, ma anche soprattutto a rinvenire e organizzare il contenuto economico di quel rapporto, ad *organizzare interessi*, e non più solo a definire *status*” – come è divenuto in Santi Romano²⁴.

Ma guardando alla questione da un punto di vista più interno ci sono altri momenti di distacco da segnalare, tra l’impostazione seguita da Santi Romano e quella che si può chiamare la “normalità dogmatica” del suo tempo. In un saggio di qualche anno fa un autorevole giurista tedesco²⁵ ha rievocato il sistema tradizionale del “diritto amministrativo ben

²⁰ M. D’ALBERTI, *op. cit.*, 587.

²¹ V. significativamente, di S. ROMANO, già il saggio del 1902 intitolato *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, ora in *Lo Stato e la sua crisi*, cit., 117 ss.

²² Oltre al citato M. D’Alberti, si vedano A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, 166, e in precedenza soprattutto M. Fioravanti, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell’opera giuridica di Santi Romano*, in A. MAZZACANE, *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Ottocento e Novecento*, Napoli, 1986, 311 ss.

²³ N. ANTONETTI, *op. cit.*, 15.

²⁴ M. FIORAVANTI, *op. cit.*, 320. Per una nuova sottolineatura del distacco di impostazione tra i volumi di *Principii* dei due Autori si veda da ultimo F.G. COCA, *Santi Romano: la produzione giovanile e i Principii di diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2018, 249 ss., spec. 260 ss.

²⁵ E. SCHMIDT-ASSMANN, *Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría ge-*

ordinato” à la *Otto Mayer* come consegnato al futuro dallo Stato liberale, individuandone i tre elementi costitutivi nell’unità dell’amministrazione nel quadro della separazione dei poteri, la formalizzazione della sua azione e l’applicazione del diritto come semplice esecuzione: ebbene gli svolgimenti di Romano in specie sul primo e sul terzo elemento risultano almeno in parte diversificati.

Prendiamo ad esempio l’esposizione che Santi Romano fa, significativamente, nel suo solo postumo (ma del 1914) *Italienisches Staatsrecht*²⁶ circa i temi concernenti l’amministrazione. Certo, egli muove dalla sistematica tradizionale della separazione dei poteri, ma questa è criticata con motivazioni che sono direttamente indirizzate a sottolineare le insufficienze della dinamica stessa, colte nel fatto che la differenziazione di tali poteri “non è completa e assoluta”, che la loro somma “non esaurisce l’intero contenuto della potestà statale”, soprattutto (per quel che in questa sede rileva) che ciascuno di essi “può a sua volta comprendere diversi poteri più ristretti”. Qui viene altresì ripetuto quanto già affermato nei *Principi di diritto amministrativo*, che “l’amministrazione non si esplica sempre in obbedienza a norme legislative, e quindi non è a riguardarsi come una pura esecuzione di queste: l’ordinamento giuridico le impone soltanto dei limiti, entro i quali la lascia comunemente libera, in modo che nell’effettiva e concreta volontà dello Stato, e non soltanto in generali precetti giuridici, hanno il loro fondamento gli atti relativi”²⁷. E ciò consente anche di rilevare la distanza di Romano dalla prospettiva più tipica dell’atto formale, se tale prospettiva porta ad assolutizzare l’idea che l’attività amministrativa sia attività di mera esecuzione della legge²⁸.

3. Le Autorità amministrative indipendenti e l’ipotesi ordinamentale: elementi di una lettura per problemi

È in questo contesto costruttivo, dunque, che va calata l’ipotetica

neral del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos, in J. BARNÉS (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, Siviglia, 2006, 15 ss., spec. 28-37 (il saggio, in una versione più ridotta, è stato pubblicato con il titolo *Principes de base d’une réforme du droit administratif* anche in *RfDA*, 2008, 427 ss.).

²⁶ S. ROMANO, *Diritto pubblico italiano*, Milano, 1988, 52-54

²⁷ S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, cit., 2-3; per il *Diritto pubblico italiano*, seppure in modo leggermente diverso, v. 277.

²⁸ Cfr. già M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 76, ove rilevava in proposito lo scambio del vincolo dell’autorità con una funzione di essa.

presa in considerazione del fenomeno delle Autorità amministrative indipendenti. In merito è bene subito precisare che, se costituisce notazione alquanto diffusa quella per cui le Autorità amministrative indipendenti non formano una categoria omogenea²⁹, nondimeno esigenze di scorrevolezza dell'analisi suggeriscono di muovere da alcuni tratti comuni, sebbene ormai ben conosciuti, che pure sono rinvenibili al riguardo.

Si può pertanto dire che esse sono autorità³⁰, perché sono dotate di un potere autonomo di determinazione in un settore circoscritto attraverso l'esercizio di competenze a carattere anche immediatamente autoritativo-impositivo, ovvero di forme dirette o indirette di *moral suasion*, secondo il tipo di equilibrio voluto dalla legge istitutiva; sono entità amministrative perché sono rette dal diritto pubblico e provvedono ai compiti pubblicistici definiti dalla legge, operando in una area che ha elementi di prossimità rispetto al potere esecutivo³¹ ma in posizione estranea all'amministrazione tradizionale; sono soggetti indipendenti perché sono sottratte a ogni forma di subordinazione o anche solo di controllo da parte di poteri pubblici come anche da ogni pressione da parte di poteri privati.

Ai caratteri che da questa prima definizione rimangono impressi sulle Autorità amministrative indipendenti ne vanno aggiunti altri due, che per larga parte le distinguono dalle amministrazioni "ordinarie": la tecnicità, inerente alla titolarità di saperi specialistici non giuridici, e la neutralità, come distinta dalla imparzialità in quanto inerente alla loro posizione in principio di indifferenza rispetto agli interessi in gioco³². Quan-

²⁹ Questo implica che solo in modo puntiforme le notazioni che verranno svolte nel corso della presente analisi potrebbero essere applicate, ad esempio, ad una Autorità come il Garante per la protezione dei dati personali (anche se per il vero è sempre più avanzato il processo per il quale tali dati sono considerati come merce oggetto di scambio sul mercato): ma in relazione a ciò che si dirà dopo merita di essere anticipata al riguardo una affermazione generale fatta da altri, quella per la quale elemento comune è che le Autorità amministrative indipendenti "garantiscono diritti di libertà secondo la logica intrinseca proveniente dalle libertà stesse" (F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003, 67).

³⁰ Seguo per questa parte, adattandola al contesto nazionale, una delle prime illustrazioni in materia, quella di F. GAZIER, Y. CANNAC, *Etude sur les autorités administratives indépendantes*, in *Et. et doc. CE*, 1983/1984, 13 ss.

³¹ Nell'ordinamento italiano le Autorità indipendenti sono espressamente definite come amministrazioni pubbliche dall'art. 5, c. 7, del d.l. 23.2012, n. 16, conv. in l. 26.4.2012, n. 44.

³² Cfr. in merito V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società*

to alle funzioni, la combinazione a vasto raggio, seppure di nuovo in misura differenziata tra le varie fattispecie, di poteri di *rule-making* e di *ad-judication*, di autorizzazione e di controllo, fa delle autorità amministrative indipendenti organismi di regolazione in settori sensibili, in settori cioè nei quali particolarmente complesso si presenta il confronto tra diritti privati connessi alle iniziative economiche e libertà fondamentali o comunque interessi ritenuti meritevoli di tutela dall'ordinamento generale; dove quindi per regolazione si intende un'attività che "rappresenta più semplicemente un diverso modo di amministrare, garantendo il 'controllo' (attraverso l'emanazione di regolamenti, ordini, raccomandazioni, autorizzazioni, sanzioni sia amministrative sia pecuniarie) di un determinato settore in conformità dei valori e dei principi (economici e non) che di volta in volta vengono espressi e consacrati nelle leggi istitutive delle singole attività"³³.

A questo punto del discorso la prima domanda che va posta e analizzata, nella prospettiva qui seguita, è la seguente: dando per scontato, sulla base di quanto all'inizio premesso, che Santi Romano avrebbe osservato con attenzione il tema in questione, avrebbe egli ragionato su (ciascuna del)le Autorità amministrative indipendenti nei termini concettuali dell'ordinamento giuridico, seppure particolare? Una risposta immediata potrebbe essere positiva, sulla base di quanto si è ricordato finora, ove

civile, in *Foro amm.*, 1997, 342 ss., spec. 353 ss. Distinzione, quella indicata nel testo, la cui applicazione alle Autorità amministrative indipendenti è stata però almeno parzialmente sottoposta a revisione da taluni, anche in relazione a quella che pure sarebbe il prototipo di Autorità neutrale, vale a dire l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato (v. per tutti, da ultimo, G. PORTALURI, *Il principio di imparzialità e i modelli organizzativi. Le autorità amministrative indipendenti*, in R. CAVALLO PERIN ET AL. (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Collana A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana, Firenze U.P., I, 2016, 301 s., spec. 304 ss.; P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, Bari, 2017, spec. 239 ss.). Peraltro ancora di recente, proprio il carattere della neutralità è indicato come quello che consente di affermare che l'Autorità amministrativa indipendente (nella specie la Consob) "non è una Amministrazione dello Stato" (Cons. Stato, A.G., 16.3.2011, n. 1721); ma v. in proposito anche *infra*.

³³ F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir. Agg.*, Milano, 2002, VI, 82, nota 33. In questo senso si ritiene di poter qui accantonare la distinzione tra autorità di regolazione e autorità di garanzia, che pure in altro contesto argomentativo potrebbe risultare ineludibile (su tale distinzione v. per tutti G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 645 ss.; v. peraltro anche la (parziale) confutazione portata al riguardo da F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. Dir. Agg.*, Milano, 2002, VI, 143 ss., spec. 165 ss.).

si consideri, come è stato osservato al tempo attuale, che “chi continua a utilizzare il concetto di ordinamento giuridico in relazione ai fenomeni in esame lo fa in riferimento al modello, non autoritario, del gruppo professionale che si auto-organizza o che comunque non ha più dinanzi a sé un potere calato dall’alto, ma un interlocutore competente e imparziale”³⁴, e che le Autorità amministrative indipendenti sono da intendersi come “nuova concezione della amministrazione ancorata alla società e al rispetto dei diritto individuali”³⁵, ovvero che le autorità indipendenti sono un tipo di amministrazione “che ha un rapporto diretto con la comunità come realtà socio-economica, senza mediazione di apparati rappresentativi del circuito [elettorale-partitico] o da esso dipendenti come il governo”, “nel quadro di una società che vede il potere pubblico legittimato non dalla rappresentanza ma dalla efficienza, dalla capacità di garantire diritti”³⁶.

Del resto, al tempo della pubblicazione del volumetto pisano “parlare di ordinamento spostava di parecchio i confini dell’orizzonte e allargava notevolmente il paesaggio giuridico fino a ricomprendervi la realtà da ordinare”, vista come “complesso vivente di bisogni, di interessi”³⁷. E quindi il punto di vista istituzionistico avrebbe potuto facilitare la prefigurazione di sistemi giuridici aventi la capacità di soddisfare bisogni creando diritto mediante l’organizzazione ordinata e ordinante di poteri sociali e collegamenti di forza, la determinazione di regole del gioco e di criteri di comportamento e la vigilanza sulla loro osservanza.

Non può peraltro essere eluso un punto problematico evidente: la sistematica ordinamentale sembra presupporre la comunanza o almeno la omogeneità degli interessi del gruppo che si organizza dando corpo all’istituzione. Le Autorità amministrative indipendenti nei loro svolgimenti regolatori danno in realtà vita a relazioni triangolari con il privato sottoposto al controllo e con il privato beneficiario del controllo, con l’operatore economico da un lato, con il consumatore o il risparmiatore dall’altro³⁸, che sono da ritenere in linea di principio portatori di interes-

³⁴ M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, 29.

³⁵ Così, citando N. LONGOBARDI, F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009, 2° ed., 295 ss., 298.

³⁶ A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, rispettivamente 88 e 94.

³⁷ P. GROSSI, *Santi Romano*, cit., 385.

³⁸ In questo senso cfr. L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 55 ss., 61.

si (individuali, ma anche collettivi) contrapposti. Vero è, però, che presupposto sufficiente per la configurazione ordinamentale può essere visto, oltre che nella determinabilità del perimetro di riferimento, nella circostanza che sia comune tra gli appartenenti al gruppo e quindi elemento ineludibile di coesione almeno l'interesse finale (che è poi l'interesse oggettivamente pubblico perseguito) e comunque lo scopo particolare cui si mira: in questi casi, tale sarebbe il buon funzionamento dei mercati (in particolare, con riferimento a libertà delle scelte e parità di opportunità per gli attori e correttezza degli scambi) come condizione (o punto di arrivo, dinamicamente conformato) per la garanzia di una ragionevole ed equilibrata composizione tra gli interessi individuali e collettivi, in quanto in grado, direbbe un economista, di massimizzare il benessere economico congiunto, nonché, ritornando al punto di vista istituzionistico, di dar forma alla necessaria, per esso, "superstruttura sociale"³⁹. E quindi si sarebbe potuto considerare le Autorità amministrative indipendenti, in ragione della loro capacità di creare regole, procedure e finanche un linguaggio comune, come forma e nello stesso tempo struttura di organizzazione della società economica (o meglio di suoi settori), in relazione alla quale avrebbe altresì trovato migliore spiegazione la stessa funzione giustiziale di risoluzione di controversie (tra operatori economici, tra questi e gli utenti finali) intestata alle Autorità amministrative indipendenti in quanto preposte allo svolgimento giuridicamente corretto delle attività di un ordinamento particolare⁴⁰.

Ci si può peraltro chiedere se Santi Romano avrebbe piuttosto preferito di ripiegare su quella variante dell'ipotesi ordinamentale che nella storia del diritto amministrativo a partire dalla fine degli anni Trenta è

³⁹ Secondo la formulazione di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 67. D'altronde, per lo stesso S. ROMANO "l'istituzione è una unità ferma e permanente, che cioè non perde la sua identità ... pel mutarsi di singoli suoi elementi" (ancora in *L'ordinamento giuridico*, cit., 39).

⁴⁰ Definisce questa funzione indefettibile per l'Autorità, in quanto "ente esponenziale massimo" dell'ordinamento particolare G.P. CIRILLO, *Le autorità amministrative indipendenti tra ordinamento generale e ordinamenti settoriali*, in G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, 31 ss., 46. Circa la rilevanza del "regolare giudicando" per il buon funzionamento di settori economici sensibili, come "tecnica che si avvantaggia del contatto ravvicinato con la dimensione concreta delle vicende fattuali su cui interviene", pur non costituendo la sola prospettiva in cui opera "la giustizia dei regolatori", si veda S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013 (il passo citato è a 226; sul tema si vedano anche, più recentemente, i contributi di M. CLARICH e M. GIOVANNINI in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi?*, Napoli, 2015, 125 ss. e 133 ss.).

stata rappresentata dalla figura del c.d. ordinamento sezionale, come quello per cui un determinato settore economico veniva affidato al potere normativo e amministrativo di un organo dello Stato con l'effetto di separarlo dalla disciplina dell'ordinamento generale; figura che Romano aveva avuto modo di conoscere e di apprezzare nella prima formulazione, secondo la testimonianza del suo stesso autore, Massimo Severo Giannini⁴¹, e che in questa occasione (almeno per le Autorità amministrative indipendenti di regolazione in senso stretto) avrebbe anche presentato quelle caratteristiche di minore ampiezza che il giurista siciliano aveva affermato come necessarie rispetto alla formulazione originaria⁴².

Ma va subito detto che tale possibilità dovrebbe ai nostri fini essere accantonata, ove si voglia dare una qualche utilità al tipo di analisi qui tentata, perché nonostante non siano mancati esperimenti di riconduzione del fenomeno delle Autorità amministrative indipendenti alla figura degli ordinamenti sezionali⁴³, non si può non rilevare al riguardo per un verso la sua inattualità derivante dal cambiamento del modello economico-istituzionale, in quanto se “negli ordinamenti sezionali l'organo preposto al settore era un organo governativo idoneo a trasmettere al settore l'indirizzo politico, o politico-economico, governativo”, oggi “nel caso dei mercati concorrenziali l'organo statale deve essere autoreferenziale, cioè vincolato soltanto alla logica delle cose della concorrenzialità in quel determinato mercato”⁴⁴; ovvero, detto diversamente, il fatto che

⁴¹ Come risulta dalla testimonianza dello stesso GIANNINI: v. *Gli ordinamenti sezionali rivisitati (traendo spunto dall'ordinamento creditizio)*, in S. AMOROSINO (a cura di), *La ristrutturazione delle banche pubbliche*, Milano, 1991, 9 ss., 10.

⁴² Esposta nello studio di M.S. GIANNINI *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia* del 1939 (in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Padova, III, 707 ss.) poi ripresa e sistematizzata dallo stesso Autore con lo studio del 1949 *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico* (ora in M.S. GIANNINI, *Scritti 1949-1954*, Milano, 2003, III, 59 ss.).

⁴³ Si veda per tutti C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., 37 ss. Ed in effetti ciò che può sembrare almeno talvolta condiviso con quella esperienza è la circostanza per la quale la disciplina del settore pare avere le sue basi nella regolazione posta dall'Autorità piuttosto che nelle (alquanto) generiche disposizioni della normazione generale.

⁴⁴ F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, 23, il quale in altra occasione ha anche specificato che “il punto è che compito della regolazione amministrativa è ‘simulare’ o ‘determinare’ giuridicamente la concorrenza, non imporre una disciplina amministrativa dell'economia” (ID., *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, 313 ss., 324). In merito v. anche S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002, 35 ss.; e del resto

la posizione delle Autorità amministrative indipendenti si caratterizza piuttosto per un rapporto diretto con la società razionalizzato dalla “osservazione del settore” e dalla “partecipazione dialogica degli interessati” che consente nuove forme di concretizzazione dell’interesse pubblico diverse dal precedente dirigismo dall’alto attraverso il bilanciamento dei valori indicati dalle leggi⁴⁵. D’altronde, non si può non rilevare, per altro verso, che lo stesso Romano avrebbe preso atto con facilità della mancanza nella fattispecie di quei poteri di supremazia speciale aventi le caratteristiche da lui indicate per poter essere correlati a un ordinamento minore e deputato a non fare corpo con l’ordinamento generale⁴⁶, essendo i poteri attribuiti alle Autorità amministrative indipendenti pur sempre definiti dalle norme dell’ordinamento generale medesimo (sebbene nei modi che tra poco si vedranno) e sulla base di quelle destinati a incidere su rapporti interprivati.

Piuttosto vale dunque la pena di guardare a come Santi Romano avrebbe potuto prendere in considerazione quelli che normalmente risultano essere i punti particolarmente problematici esposti nell’attuale pensiero critico dell’esperienza delle Autorità amministrative indipendenti⁴⁷: la contrarietà del cumulo di funzioni assegnate alle Autorità amministrative indipendenti al principio (o criterio) della separazione dei poteri; il deficit di legittimazione democratica delle autorità stesse; l’eccessiva ampiezza o meglio indeterminatezza della funzione normativa, tanto da essere imputata di venire talvolta a configurare una sorta di delega in bianco, con evidente pericolo di compromissione del principio di legalità (almeno sostanziale).

Per il primo punto non sembra necessario dover spendere molte parole. Si è già anticipato come Santi Romano avesse presenti – almeno con riguardo all’ordinamento italiano – insufficienze e aporie dell’assetto istituzionale vigente rispetto al principio in questione. Ed ancora, ag-

già M.S. GIANNINI, *Consob*, in G.M. FLICK (a cura di), *Consob. L’istituzione e la legge penale*, Milano, 1987, 53 ss., 56-57, aveva negato per questa specifica figura la caratterizzazione come ordinamento sezionale, optando piuttosto per quella, concettualmente distinta, dell’ente reggente di settore.

⁴⁵ In questo senso v. M. MANETTI, *Poteri neutrali*, cit., 183-190.

⁴⁶ Secondo la diversa ricostruzione delle relazioni tra i due concetti fatta ne *L’ordinamento giuridico*, cit., 218 ss.

⁴⁷ Per un sintetico riepilogo in materia cfr., da ultimo, N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti (dir. amm.)*, 2014, in *www.treccani.it*; R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in *Nomos*, 2017, n. 1, 1 ss.

giungeva Romano, “non è neppure possibile distinguere in modo preciso gli atti dello Stato, facendo rientrare ciascuno di essi in uno dei tre singoli poteri ad esclusione degli altri”⁴⁸.

In secondo luogo, tutti sappiamo che il principio della responsabilità ministeriale, cui la posizione delle Autorità amministrative indipendenti viene a derogare, ha rappresentato storicamente lo strumento attraverso il quale l'amministrazione è stata assicurata al circuito istituzionale della democrazia politica e ricondotta alle radici stesse del nuovo titolare della sovranità, il popolo. Nondimeno tale questione può essere considerata, pur senza accedere alle tentazioni della tendenza *à la Schmitt* alla neutralizzazione di alcune funzioni amministrative per sottrarle alla influenza della politica⁴⁹, per un verso storicizzando l'assolutismo della concezione monista, di matrice giacobina, di derivazione del potere e per altro guardando alla necessità degli stessi ordinamenti democratici di una articolazione maggiore del potere, in un gioco di bilanciamenti, anche per rispondere alle esigenze di una esecuzione della legge diversa da quella amministrativa tradizionale⁵⁰: ed è in questa chiave, invero, che si può ritenere di pervenire al superamento di quella contraddizione che è stata rilevata in materia, “tra il riconoscimento della distinzione tra diritto e legge” – che è proprio uno dei portati della teoria dell'ordinamento giuridico – e l'incapacità di “riconoscimento di autorità sottoposte al diritto ma non ai ‘padroni della legge’ (Parlamento e Governo)”⁵¹. D'altronde chi si è occupato da ultimo del pensiero di Santi Romano in materia muovendo dalla Prolusione pisana del 1909 ha rilevato che in realtà egli “rinuncia ad occuparsi della rappresentanza, in quanto trovandosi nella necessità di dover rianimare uno stato ormai fiaccato dal

⁴⁸ S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, cit., 52-53.

⁴⁹ Si veda C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, (1931), trad. it., Milano, 1981, spec. 162 ss. Sul tema è ritornato di recente G. MONTEDORO, *La crisi dello Stato in Santi Romano e Carl Schmitt*, in *Dir. amm.*, 2012, 105 ss., che sottolinea come la teoria dell'ordinamento giuridico costituisca il contributo di Santi Romano alla crisi dello Stato in termini di risposta giuridica e non politica come appunto il giurista tedesco (128).

⁵⁰ In questo senso v. G. AMATO, *Le autorità indipendenti nella costituzione economica*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997, 3 ss., spec. 10-11.

⁵¹ S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., 217 ss., 221. Va altresì ricordata la notazione di M.S. GIANNINI, *Le organizzazioni, elementi degli ordinamenti giuridici*, (1994), ora in *Scritti 1991-1996*, Milano, 2006, IX, 355 ss., per la quale “nuovi tipi di ordinamenti possono comportare nuovi tipi di organizzazione” (365).

suo stesso isolamento, e di fronte al bisogno di dover agire direttamente nel sociale, rinviene nell'amministrazione e nella sua organizzazione – e non più nelle Camere tra breve ridotte ad inutile simulacro di se stesse – lo strumento per convogliare al suo interno il sistema degli interessi che si affollano nel seno della società”⁵²; e sarà lo stesso Romano ancora nel 1946 a sostenere che “la cura di interessi pubblici per rappresentanza viene a costituire una figura particolare di quella più ampia e più comprensiva della cura degli interessi pubblici per mezzo di una pubblica funzione” e che “la figura delle istituzioni governative con carattere rappresentativo è una figura speciale che assumono solo alcune delle istituzioni governative”⁵³.

In terzo luogo, già in precedenza si è riportata la proposizione di Santi Romano con la quale fin dal 1912 aveva affermato che “la facoltà regolamentare non si scompagna mai dal fine di fissare il diritto”; e in quella occasione il giurista siciliano aveva altresì aggiunto che “nel suo esercizio perciò gli enti pubblici appaiono dotati di sovranità specifica”. Ciò – è da pensare – non significa nell'impostazione di Romano assenza di limiti, di ordine positivo e negativo, al potere normativo proprio dell'amministrazione, ma necessità di uno spazio garantito a tale potere nella sua autonomia con capacità di effetto di innovazione e di integrazione dell'ordinamento generale⁵⁴ sulla base dell'attribuzione che, secondo la prospettiva tipicamente ordinamentale di distinzione tra legge e diritto, può provenire anche da norma non legislativa⁵⁵.

⁵² Così, rifacendosi espressamente alla già vista ricostruzione di M. FIORAVANTI, A. MUSUMECI, *Santi Romano, un giurista tra due secoli*, in I. BIROCCHI, L. LO SCHIAVO (a cura di), *Il giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma, 2015, 325 ss., 344, che parla altresì di “scetticismo” circa l'approccio di Romano al tema della rappresentanza politica (340, nota 46). In termini in larga parte analoghi a quelli riportati nel testo si era espresso in precedenza anche A. MANGIA, *La rappresentanza politica e la sua crisi. Un secolo dopo la prolusione pisana di Santi Romano*, in *Dir. Soc.*, 2012, 461 ss., il quale peraltro proprio citando come caso esemplare la proliferazione delle Autorità amministrative indipendenti e dei modi dei loro interventi ha sottolineato la differenza di contesto generale, rispetto al tempo di Romano, rilevante per il discorso sui meccanismi rappresentativi.

⁵³ S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, loc. cit., 376-377.

⁵⁴ Come ad es. riconosciuto oggi, con riferimento al potere regolamentare della Consob, da Cass., I, 26.5.2009, n. 12138.

⁵⁵ In questo senso, seppure con qualche differenza quanto al punto specifico del fondamento della potestà regolamentare, v. i *Principii di diritto amministrativo* del 1912, 20 ss., e i *Principii di diritto costituzionale* del 1946, 522 ss. Al riguardo, per la particolare sottolineatura della diversità di visione di Romano circa il rapporto legge-regolamento rispetto a quella di V.E. Orlando, cfr. M. FIORAVANTI, *op. cit.*, 322-323.

Non sorprende allora che, una volta riconosciuta l'applicazione del principio di competenza nella dialettica tra le fonti e pur riaffermata la necessità dell'*interpositio legislatoris*, oggi il rapporto legge-regolamento possa essere ritenuto destinato ad atteggiarsi in modo differente a seconda della posizione istituzionale del soggetto dotato di potestà regolamentare, nella specie appunto l'Autorità amministrativa indipendente, essendo venuto a crearsi "un vincolo in positivo al legislatore, che non può giungere a comprimere del tutto" lo spazio di potere normativo attribuito a quest'ultimo, in quanto titolare di autonomia in forza della separazione tra politica e amministrazione⁵⁶. Impostazione che trova conforto nella giurisprudenza laddove afferma che "come è noto, il principio di legalità impone non solo la indicazione dello scopo che l'autorità amministrativa deve perseguire ma anche la predeterminazione, in funzione di garanzia, del contenuto e delle condizioni dell'esercizio dell'attività. Nel caso degli atti regolamentari la legge, però, normalmente non indica nei dettagli il loro contenuto. La parziale deroga al principio di legalità sostanziale si giustifica in ragione dell'esigenza di assicurare il perseguimento di fini che la stessa legge predetermina: il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema. Una predeterminazione legislativa rigida sarebbe di ostacolo al perseguimento di tali scopi: da qui la conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori in esame, dei poteri impliciti"⁵⁷.

Detto in altri termini, allusivi all'argomentazione propria di altro sapere, si può affermare che nel momento in cui il Parlamento ha assunto la decisione della istituzione di una Autorità indipendente, ritenendo che un certo settore sensibile di relazioni economiche e sociali vada affidato alle valutazioni di discrezionalità tecnica di una Autorità, ha a sua

⁵⁶ In questo senso v. F. POLITI, *op. cit.*, 308. D'altronde, più in generale, nella prospettiva ordinamentale, ha ribadito S. Romano la dimensione relazionale dell'autonomia, affermando che "l'autonomia è istituto che, non solo deve riferirsi anche agli ordinamenti non originari, ma, in un certo senso, riguarda principalmente, se non esclusivamente, tali ordinamenti" (*Autonomia*, in *Frammenti*, *loc. cit.*, 604)

⁵⁷ Cons. Stato, VI, 2.5.2012, n. 2521. In dottrina, circa la utilizzabilità della teoria dei poteri impliciti a proposito della definizione del potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti e dei suoi limiti, si veda, per tutti, G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del 53° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna, Milano, 2008, 193 ss., spec. 202 ss., e *Poteri impliciti*, 2013, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/Studiecontributi.

volta compiuto una consapevole valutazione, ispirata a criteri di razionalità ed efficienza, circa l'allocazione del rischio che per la "gestione" del principio di legalità sottostava a tale decisione⁵⁸. Fermo restando, riprendendo il ragionamento del Consiglio di Stato, che "la dequotazione del principio di legalità sostanziale – giustificata, come detto, dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori – impone, inoltre, il rafforzamento del principio di legalità procedimentale che si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari"⁵⁹; ovvero che il principio della responsabilità politica trova un surrogato nel principio del giusto procedimento⁶⁰, quasi a intendere di rimediare per questa via, per ritornare al pensiero di Santi Romano, a quella "deficienza dei mezzi giuridici e istituzionali, che la società possiede per far valere la sua struttura in seno a quella dello Stato", che il giurista siciliano lucidamente e più ampiamente osservava nella prolusione del 1909⁶¹.

Già da alcuni anni, peraltro, si è osservato – e sembra un'osservazione dal sapore tipicamente romaniano – che è a un concetto ampio di potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti che bisogna guardare, perché occorre prendere in considerazione anche "una ingente serie di attività per un verso non decisionali, per altro verso

⁵⁸ Del resto già in epoca precedente a questa – sebbene a fronte di un contesto diverso e a prescindere ora dalla valutazione di singoli punti pure qui rilevanti – era stato ritenuto che al mutamento della struttura dell'economia debba corrispondere una interpretazione del principio di legalità diversa da quella tradizionale: v. F. SATTÀ, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, spec. 32 ss.

⁵⁹ Ancora Cons. Stato, VI, n. 2521/2012; v. pure, più recentemente, Cons. Stato, VI, 24.5.2016, n. 2182, richiamata anche da C. Cost. 7.4.2017, n. 69. In dottrina sulla tematica di cui al testo si vedano, per tutti, gli scritti raccolti nel volume a cura di F. LUCIANI, *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Milano, 2011, cui adde O. PINI, *Garanzie procedimentali e regolazione partecipata come possibili canoni di democrazia delle Autorità indipendenti: l'esempio dell'AEEGSI*, in M. MIDIRI, S. ANTONIAZZI (a cura di), *Servizi pubblici locali e regolazione*, Napoli, 2015, 199 ss., nonché, da ultimo, P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici di legalità*, Napoli, 2018.

⁶⁰ Cfr. R. CHIEPPA, *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, 2006, in www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/Studiecontributi; ma in precedenza già S. CASSESE, *Negoiazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, 37 ss., 42, aveva affermato che la legittimazione di tali Autorità "non discende dalla democrazia politica, ma dalla democrazia procedimentale".

⁶¹ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, loc. cit., 23.

non formali, che al contrario rilevano per la individuazione e valutazione dell'apporto degli organismi in esame alla costruzione della disciplina normativa di un determinato ambito di attività"⁶². Si tratta di attività che si traducono in atti che, come è stato detto di recente con riguardo alla categoria degli atti di *soft law*, hanno la specificità di inserirsi all'interno di un settore oggetto di regolazione, come strumenti che consentono un continuo e tempestivo adeguamento alle evoluzioni tecnologiche, sociali ed economiche in conformità alla dinamicità della materia, con struttura sintattica tra loro diversificata, puntuale e categorica o esplicitiva e interpretativa⁶³.

Sono due le problematiche più generali che con queste proposizioni vengono evocate: per un verso la questione della coattività come caratteristica della norma, per altro verso la possibile esistenza di una normatività "graduata"⁶⁴. Problematiche, queste, in larga misura storiche, alle quali già a suo tempo Santi Romano aveva fornito un principio anche articolato di risposta, laddove in particolare aveva individuato, tra le altre, la categoria delle *leggi direttive*, come quelle che "contengono massime, consigli, istruzioni, ammonimenti, promesse, programmi; in altri termini, norme che non sono in sé e per sé obbligatorie, sebbene ad esse si ac-

⁶² N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., 87 ss., 88.

⁶³ In questi termini G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Riv. regolaz. mercati*, 2016, n. 2, 1 ss., 3-4. Cfr. anche, con riguardo a una fattispecie specifica, N. PECCHIOLO, *Consob e poteri commendatori di conformazione e unificazione del mercato*, in M. CAFAGNO ET AL. (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Collana *A 150 anni*, cit., V, 2016, 525 ss., che rileva come tali atti, anche in virtù della modalità procedurale di adozione, sono idonei a creare "una comunicazione virtuosa, una 'rete di scambio'" tra Autorità e gli operatori del mercato (540), nonché, da ultimo, con riguardo ai casi di AGCM, ANAC e Commissione di garanzia per il diritto di sciopero, M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, Torino, 2018..

⁶⁴ Cfr., con riferimento al diritto attuale, rispettivamente, M. BARBERIS, *Santi Romano*, cit., 5, e CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple, Rapport 2013*, Collana *Le rapports de le Conseil d'État*, Paris, spec. 65 ss. (si veda anche p. 9 di questo *Rapport* per una articolata definizione del *droit souple*, specificamente indicato altresì come manifestazione rilevante dell'attività regolatoria delle *autorités administratives indépendantes*). Altra questione, qui non trattata, è quella della giustiziabilità degli atti di *droit souple*: per il recente orientamento "interventista" del giudice francese nei confronti di atti come comunicati stampa o prese di posizione di una Autorità (proprio in quanto tale), v. le decisioni n. 368082 e n. 390023 del 21.3.2016 dello stesso *Conseil d'Etat*, mentre nell'ordinamento nazionale l'art. 213, c. 2, del codice dei contratti pubblici ha espressamente stabilito l'impugnabilità davanti ai giudici amministrativi dei vari tipi di atti di "regolazione flessibile" adottati dall'A.N.AC.

compagni, come elemento aggiunto, l'obbligo, non di osservarle, ma di tenerle presenti e di non discostarsene senza un motivo plausibile⁶⁵.

Del resto, se per Santi Romano il diritto è innanzitutto posizione, organizzazione di un ente sociale, che esso costituisce come unità⁶⁶, bisogna dare applicazione a quanto affermato a suo tempo da Flavio Lopez de Oñate, secondo il quale "approfondire la natura dell'istituzione significa ritrovare in essa quella struttura giuridica che fa l'organizzazione"⁶⁷; e di quella struttura in quanto riferita come ipotesi alle Autorità amministrative indipendenti si dovrebbe allora essere indotti a riconoscere che sono parte appunto anche gli atti di *soft law* che da esse promanano, in quanto manifestazioni dell'emersione di una dimensione della normatività ancorata piuttosto al canone della effettività e insieme al portato dell'esperienza, come regole che prefigurano comportamenti ragionevolmente coerenti più che comportamenti necessariamente conformi⁶⁸, ma che comunque appaiono in grado (anche in ragione dell'adesione degli attori interessati) di concorrere alla realizzazione delle finalità dell'ordinamento. Sicché oltre che dalla struttura e formulazione degli atti, la questione degli effetti degli atti stessi verrebbe a dipendere, per un verso dalla forza del legame organizzativo del "sistema ordinamentale" che collega i destinatari degli atti alla autorità⁶⁹, ovvero, per dirlo con le parole di Santi Romano, da "gli ingranaggi e i congegni" dell'istituzione⁷⁰, dall'altro dalla forza espressa dalla volontà di coloro che agiscono nell'ambito di esso⁷¹. E non sorprende allora che molto di recente sia stato sostenuto che la prospettiva ordinamentale "è il vero

⁶⁵ S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, loc. cit., 276, il quale aveva anzi aggiunto che "è un errore molto diffuso che tutto il diritto pubblico sia cogente" (277).

⁶⁶ V. *L'ordinamento giuridico*, cit., 27.

⁶⁷ In *Certezza del diritto*, (1942), Milano, 1968, 103.

⁶⁸ Sulle questioni di cui al testo cfr. G.F. LICATA, *Determinazione amministrativa, precedente amministrativo e Soft Law*, in corso di pubblicazione su *Persona e Amministrazione*, e B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Riv. regolaz. mercati*, 2016, n. 2. Fermo restando che gli scostamenti rispetto a tali atti nell'ordinamento generale, laddove superino la soglia dell'indifferenza per quello, possono valere come indici di violazioni della buona fede e dell'affidamento nei contratti tra privati.

⁶⁹ Formulazione utilizzata, seppure in un contesto argomentativo in parte diverso, da G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 273 ss., 308.

⁷⁰ Parole formulate ne *L'ordinamento giuridico*, cit., 15, e ripetute anche nei *Principii di diritto costituzionale*, loc. cit., 242.

⁷¹ Così V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, (1958), ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, I, 1992, 91 ss., 94-95.

orizzonte di senso della *soft law*⁷², nella specie come complesso di norme unificato dall'organizzazione dell'ente sociale cui danno corpo le Autorità amministrative indipendenti, che proprio nella dimensione istituzionalistica, in quanto "elementi integranti di una istituzione", si potrebbe dire concorrono alla "funzione stabilizzatrice" del diritto⁷³. E del resto, come è stato da ultimo sottolineato, per Romano, "i caratteri di una fonte non dipendono dalla sua collocazione in una costruzione astratta e teorica, bensì, coerentemente con la concezione istituzionista, dal suo rapporto con la dimensione del reale e del concreto"⁷⁴, che, vale la pena di non dimenticarlo, nel caso in discussione è prevalentemente un ordito tecnico-specialistico⁷⁵.

Ma anche dal punto di vista dell'esercizio da parte delle Autorità amministrative indipendenti dei poteri pubblicistici a carattere più prettamente autoritativo-impositivo la connotazione delle Autorità stesse

⁷² M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 147 ss., 161 (della stessa Autrice v. anche *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Riv. regolaz. mercati*, 2016, n. 2, e qui in particolare la distinzione degli atti di *soft law* come autolimiti all'esercizio del potere regolatorio puntuale e come atti produttivi di effetti diretti nella sfera giuridica altrui). Ha individuato altresì nel pluralismo giuridico teorizzato da Romano una delle possibili matrici concettuali della *soft law* A. DI ROBILANT, *Genealogies of soft law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2006, vol. 54, 499 ss. Mentre per una valutazione critica dell'esperienza della *soft law* come "fonte terziaria potenziale" v. M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *AIPDA. Le fonti del diritto amministrativo. Annuario 2015*, Napoli, 2016, 193 ss., spec. 235 ss.

⁷³ Formulazioni entrambe dello stesso S. ROMANO, rispettivamente in *Principii di diritto costituzionale generale*, loc. cit., 273, e in *Frammenti di un dizionario giuridico*, loc. cit., 671. Per una evidenziazione dei momenti di ripresa della teoria istituzionistica in quest'ultima opera v. A. SANDULLI, *Santi Romano and the Perception of the Public Law Complexity*, in *IJPL*, 2009, n. 1, 21 ss., 67-68.

⁷⁴ C. MARTINELLI, *Lo Stato e le fonti del diritto: spunti di riflessione sul pensiero di Santi Romano*, in *Dir. amm.*, 2015, 149 ss., 165. Vale del resto la pena ricordare l'affermazione di M.S. GIANNINI, *Gli elementi*, cit., 236, per la quale, pur data per acquisita l'essenzialità dell'elemento dell'organizzazione per la costituzione stessa dell'ordinamento giuridico, "sul piano non della teoresi, ma della storia sono la normazione propria e la sistematicità della normazione i due punti solari degli ordinamenti giuridici".

⁷⁵ E, ragionando attraverso il riferimento all'argomentazione più generale del giurista contemporaneo (A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, 559 ss.), se è possibile ritenere che le Autorità amministrative indipendenti abbiano anche un elemento di legittimazione soggettiva che deriva dalla posizione a presidio di un settore di interessi sensibili, ciò può concorrere a spiegare la rilevanza anche dei precetti "altri" da loro posti rispetto ai regolamenti veri e propri.

come snodo di collegamento tra ordinamento particolare e ordinamento generale⁷⁶ potrebbe riuscire a dare una prospettiva coerente alla questione sensibile degli effetti delle delibere delle Autorità (in particolare quelle precettive in punto di condizioni e obblighi) sui contratti di diritto privato⁷⁷, ponendosi altresì gli atti delle Autorità come la modalità che dinamicamente vale a rappresentare il presupposto preclusivo al dispiegamento dell'efficacia dei suddetti contratti (o di singole clausole di essi) nella sfera dell'ordinamento generale (o, per converso, l'elemento determinativo della integrazione del contenuto contrattuale)⁷⁸, fermo restando che lo svolgimento di tali poteri pubblicistici è comunque da concepire come inquadrato nella cornice unitaria dell'ordinamento generale (a cominciare dal rispetto della congruenza con l'ambito di definizione legale dei poteri stessi) e dei suoi principi⁷⁹.

⁷⁶ “Punto di contatto” sono definite le Autorità amministrative indipendenti da G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA, *Introduzione*, in ID., *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 3 ss., 11, che pure richiamano la tesi di chi ha sostenuto l'ipotesi dell'ordinamento sezionale. Ma sembra di dover sottolineare che la eventuale configurazione di un ordinamento particolare non può voler dire separatezza, che anzi nella specie è stata individuata una trama istituzionale formata da ben otto rapporti verticali e orizzontali (e quindi una sorta di “canali di comunicazione”) secondo la quale le Autorità amministrative indipendenti sono chiamate ad operare: cfr. M. CLARICH, *Le autorità indipendenti nello spazio regolatorio: l'ascesa e il declino del modello*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1035 ss., 1049 ss. Del resto, nella logica della teoria romaniana l'ordinamento particolare, in quanto costituito dallo Stato, comporta sempre elementi di derivazione dall'ordinamento generale; per una (parziale) rivisitazione dell'approccio di Santi Romano al tema, v. A. ROMANO TASSONE, *Considerazioni sul tema degli 'ordinamenti particolari' (in margine al dibattito sul c.d. 'ordinamento sportivo')*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, 815 ss.

⁷⁷ Questione che ha inevitabilmente stimolato la dottrina gius-civilista a riflettere sulla crescente complessità delle fonti di regolamentazione del contratto e sulla distanza del concetto dell'autonomia privata dalle formulazioni tradizionali: v., per tutti, il volume collettaneo a cura di G. GITTI, *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006 (e qui in specie i contributi, pur distintamente orientati, di M. ORLANDI e di G. AMADIO, rispettivamente 65 ss. e 217 ss.), nonché V. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti*, Napoli, 2013, M. ZARRO, *Poteri indipendenti e rapporti civili*, Napoli, 2016 e C. SOLINAS, *Il contratto amministrato*, Napoli, 2018. In giurisprudenza v. Cass., III, 27.7.2011, n. 16401.

⁷⁸ Per un dictum in questa direzione, v. Cons. Stato, VI, 24.5.2016, n. 2182

⁷⁹ In questo senso si veda A. ROMANO, “L'ordinamento giuridico” di Santi Romano, *il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2011, 241 ss., spec. 252 e 266 (che a tale ultimo proposito porta l'esempio della Consob condannata per violazione nell'esercizio dei suoi poteri pubblicistici del principio del *neminem ledere*, a sua volta inquadrato nei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buona amministrazione, come da Cass., III, 23.3.2011, n. 6681).

4. *Le Autorità amministrative indipendenti come figure compatibili con la complessità della modernità statale come raffigurata da Santi Romano*

In definitiva, sembra inevitabile chiedersi quale sarebbe stata la riflessione ultima cui Santi Romano, forte della sua capacità di “osserva[re] realisticamente ... e di trasformare questa sua osservazione realistica in un concetto sistematicamente coordinato”⁸⁰, sarebbe stato indotto a fronte dell’“erompere” delle Autorità amministrative indipendenti nella prospettiva dello Stato “stupenda creazione del diritto”. Sarebbero state percepite come un vulnus apportato con la frantumazione del potere esecutivo e in quanto ennesima espressione di una crisi di rappresentanza alla configurazione dello Stato come costruzione complessa ma perfetta in quanto “istituzione di istituzioni”⁸¹?; ovvero come manifestazioni più mature di quel processo di amministrativizzazione dell’ordinamento generale che veniva conducendo le entità sociali a organizzarsi intorno a una pluralità di centri di interessi amministrativi?⁸².

Forse la soluzione è più semplice: l’approccio al tema delle Autorità amministrative indipendenti avrebbe portato a conclusione il processo di acquisizione della consapevolezza della complessità e anche della conflittualità degli interessi pubblici (conseguente e correlata alla complessità e alla conflittualità degli interessi nello Stato pluriclasse a fronte della molteplicità delle nuove funzioni sul piano economico e sociale), che pure costituiva uno degli esiti della “invenzione” della teoria istituzionistica, fornendo sostegno alla convinzione circa l’impossibilità di costruire la amministrazione pubblica come corpo unitario e monolitico e al definitivo superamento della identificazione del potere pubblico con lo statale pur dominante nella coeva dottrina amministrativistica⁸³, convin-

⁸⁰ Secondo il giudizio espresso da V.E. ORLANDO, *Ancora del metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all’opera di Santi Romano*, (1939), in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1940, 40 ss., 64.

⁸¹ S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, cit., 219.

⁸² Processo che lo stesso Romano, secondo l’approccio istituzionistico, era venuto disegnando attraverso la configurazione di una *suità*, giuridicamente significativa, degli organi amministrativi statali capace di trasformare la dialettica sociale in dialettica istituzionale all’interno del corpo dello Stato-persona: in merito agli svolgimenti del pensiero di Romano nei vari studi rilevanti per il tema sia consentito il rinvio al mio *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo. I. Stato persona e organo amministrativo*, Milano, 1986, 263-269.

⁸³ Il riferimento è in primis, naturalmente, a O. RANELLETTI, in specie a *Il concetto di pubblico nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1905, 337 ss. Identificazione cui pure lo stesso

zione che il giurista siciliano avrebbe esposto in uno scritto dell'inizio degli anni '30 sul tema della pluralità degli interessi pubblici⁸⁴. Alle Autorità amministrative indipendenti, come manifestazione estrema di quel "bisogno di organizzazioni nuove" che era stato rilevato già nel 1909 con riguardo alla coeva organizzazione statale⁸⁵ e nel contempo di integrazione giuridica dei mutamenti intercorsi nella società economica sottostante, Santi Romano, in virtù della sua capacità di continua attenzione al "nuovo" e dello stato di "perfetta serenità"⁸⁶ che contraddistingueva il suo lavoro scientifico nonché della sua vigile attitudine a stigmatizzare le semplificazioni artificiose, sarebbe stato probabilmente indotto a guardare, pur mantenendo ferma l'idea della primazia dello Stato nel riconoscimento e nella protezione degli interessi generali, come componenti singolarmente dotate di un grado particolare di autonomia, chiamate non a fondersi ma a collegarsi, per dirlo con le sue parole, in una "specie di ordinamento di famiglia"⁸⁷ ormai definitivamente destinato, nella realtà storica, a vivere in una dimensione plurale.

ROMANO aveva inizialmente acceduto: v. *Il Comune*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di V.E. ORLANDO, Milano, 1908, II, I, 497 ss., 529, ma del cui superamento il giurista siciliano aveva definitivamente dato atto in uno dei suoi ultimi studi segnalando l'abbandono della formulazione che configurava come "organi indiretti dello Stato" gli enti pubblici diversi dallo Stato stesso (*Autonomia, loc. cit.*, 610).

⁸⁴ Con riferimento a S. ROMANO, *Gli interessi degli enti autarchici e gli interessi dello Stato*, in *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranelletti*, Padova, 1931, II, 431 ss., v. già, analogamente, S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, 44. In quello scritto Romano anzi affermava che "talvolta il contrasto di interessi fra più soggetti di autarchia è, non casuale e di fatto, ma, in un certo senso, istituzionale e necessario" (356).

⁸⁵ S. ROMANO, *Lo Stato e la sua crisi*, cit., 13.

⁸⁶ L'osservazione è ancora di V.E. ORLANDO, *op. loc. cit.*, 65.

⁸⁷ S. ROMANO, *Gli interessi degli enti autarchici*, cit., 441. Già ne *L'ordinamento giuridico*, 113, ROMANO aveva rilevato che se fosse stato il caso di "abbandonarsi a profezie, sia pure facili", si sarebbe potuto mettere in evidenza la possibilità che alla "concentrazione" nel sistema statale avrebbe fatto seguito "in un futuro non lontano, un procedimento proprio inverso"; e in questo senso può essere letta l'ampia configurazione della categoria degli "enti ausiliari" che si può trovare nel *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930, 83 ss. Peraltro, vero è che verso le trasformazioni interne alla società organizzata e alla sua dialettica con i pubblici poteri Romano continuava a guardare prevalentemente nell'ottica delle istituzioni dello Stato-persona, come traspare anche da questi scritti degli anni '30, sebbene alla fine del suo percorso scientifico riformulò con forza, anche se con riguardo diretto alla questione dell'autonomia privata ma in realtà con affermazione a portata più generale, la critica a chi faceva dello Stato "il principio e la fine di tutta la vita giuridica e sociale" (*Autonomia, loc. cit.*, 615).

Non è dunque forse azzardato dire che Santi Romano avrebbe colto l'occasione dell'“erompere” delle Autorità amministrative indipendenti per più adeguatamente comprendere e sistematizzare quel duplice fenomeno, di “amministrativizzazione” della società e di “socializzazione” della amministrazione, nonché di “pluralizzazione” dello Stato come amministrazione, che, dando valenza giuridica alla dialettica e al confronto tra poteri e interessi, ha caratterizzato come un leitmotiv, sebbene con ritmi e tonalità non costanti, le vicende istituzionali del Novecento.

FRANCO GAETANO SCOCA

SANTI ROMANO: LA PRODUZIONE GIOVANILE
E I PRINCIPII DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Sui *Diritti pubblici soggettivi*. – 2. L'ulteriore, vasta, produzione giovanile anteriore ai *Principii*. – 3. I *Principii di diritto amministrativo*: il metodo. – 4. Il diritto amministrativo e le sue partizioni secondo Orlando e Romano. – 5. Su alcuni argomenti specifici trattati nei *Principii*. – 6. Recensioni e valutazione dell'opera giovanile di Santi Romano.

1. *Sui Diritti pubblici soggettivi*

Santi Romano già nell'anno successivo alla laurea¹, utilizzandone la tesi discussa, è in grado di firmare un lavoro di grosso impegno: *I diritti pubblici soggettivi*, pubblicato nel primo volume del *Trattato* di Orlando; che, seppure privo di data, viene cronologicamente situato nel 1897.

La scelta dell'argomento, all'epoca molto studiato in Germania e assai poco in Italia (ove era stato pubblicato il solo articolo di Longo sull'*Archivio di diritto pubblico*, la rivista fondata da Orlando, nel 1891), si rapporta direttamente agli interessi scientifici del suo Maestro; e d'altronde era all'epoca un tema della massima importanza e di forte attualità, ove si consideri che, da un lato, lo Statuto Albertino era assai carente nella elencazione «dei diritti e dei doveri dei cittadini», e, dall'altro lato, che l'allargamento del suffragio elettorale, a seguito della legge del 1882, aveva messo in crisi lo Stato liberale borghese, favorendo rivendicazioni di strati della popolazione per l'innanzi esclusi dalla vita politica del Paese.

La ricerca sui diritti pubblici soggettivi rispondeva a questi interrogativi²: è ipotizzabile che il cittadino possa vantare diritti nei confronti dello Stato sovrano? Quali sono questi diritti e come è opportuno classificarli? Si può parlare di diritti dello Stato nei confronti dei cittadini?

¹ Santi Romano nasce nel 1875; si laurea nel 1896; ottiene la cattedra di diritto costituzionale al volgere del secolo.

² «Nella sfera del diritto pubblico – si chiede Romano all'inizio del suo lavoro – è possibile che esistano dei diritti subbiettivi, pertinenti ad altre persone che non siano lo Stato?» (*La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, vol. I, Milano s.d. (ma 1897), 113.

L'ampio studio del giovanissimo Romano, seppure condotto sul piano strettamente giuridico, in omaggio al rigoroso metodo che Orlando seguiva e insegnava, ha tuttavia un evidente valore politico. Per rendersene conto è sufficiente confrontare l'elenco dei diritti contenuto negli articoli dal 24 al 32 dello Statuto Albertino (libertà individuale, inviolabilità del domicilio, libertà di stampa, inviolabilità della proprietà, diritto di adunarsi pacificamente) con la ricca panoramica di diritti pubblici soggettivi, che risulta dal lavoro di Romano, sulle orme, riviste ed ampliate, di Jellinek: diritti di libertà, diritti civili, diritti politici, diritti pubblici patrimoniali. Allo Stato spettano, in questo ampio quadro, i diritti di supremazia.

Lo studio dei diritti pubblici soggettivi, in particolare di quelli spettanti ai cittadini nei confronti dello Stato, si colloca sul piano del costituzionalismo teorico, in quanto costituisce la specificazione, l'ampliamento e l'approfondimento dei «diritti civili e politici», elencati, in modo generico e ridotto, nello Statuto Albertino. Ha un eminente valore di politica costituzionale.

In questa prospettiva l'opera di Romano si colloca, secondo una autorevole distinzione, tra il primo e il secondo costituzionalismo, inteso il primo come movimento per un testo costituzionale che, riducendo il potere assoluto del Sovrano, portasse in vigore una più o meno ampia «carta dei diritti» del cittadino (o, forse meglio, del suddito), e inteso il secondo come aspirazione a testi costituzionali che, ponendo al centro dell'attenzione il cittadino, e non lo Stato, lo considerassero sia come persona sia come membro della società, non trascurando i suoi interessi generali in tema «di religione, di arte, di cultura, di economia, di educazione, di paesaggio, di salute»³.

La ricerca sui diritti pubblici dei cittadini non è solo una ampia, articolata, giustificata carta dei diritti, ma è la costruzione, attraverso l'approfondita indagine sui rapporti tra cittadino e Stato, con la determinazione precisa e realistica dei diritti che reciprocamente vantano l'uno verso l'altro, la definitiva trasformazione del cittadino, di tutti i cittadini, in membri attivi della comunità organizzata⁴.

³ P. GROSSI, *La legalità costituzionale nella storia della legalità moderna e post-moderna*, ora in *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017, 15.

⁴ Romano, «che, per un verso, da un punto di vista rigorosamente giuridico, non aveva mancato di sottoporre a severa critica le conquiste ultime e definitive della civiltà moderna denunciando la astrattezza di quella sorta di «catechismi» rappresentati dalle 'carte dei diritti', per un altro verso si fa osservatore attento del mutamento sociale e, senza stracciarsi le vesti e senza inibizioni conservatrici, sottolinea i caratteri del nuovo

La prima opera di Romano segna l'inizio di un percorso di ricerca che, attraverso successivi contributi⁷, conduce alla prolusione pisana del 1909⁶, e culmina con *L'ordinamento giuridico* nel 1918.

La crisi dello Stato moderno, osserva Romano, ha causa nella sua struttura «eccessivamente semplice»⁷, inadeguata rispetto alle nuove esigenze della società, nella quale «si moltiplicano e fioriscono con vita rigogliosa ed effettiva potenza, una serie di organizzazioni ed associazioni, che, alla loro volta, tendono ad unirsi e collegarsi fra loro»⁸.

Ne deriva – osserva Romano – che «i rapporti sociali che direttamente interessano il diritto pubblico, non si esauriscono in quelli che hanno per termini l'individuo, da una parte, lo Stato e le comunità territoriali minori, dall'altra»: «appare esigenza elementare e fondamentale tener conto anche delle organizzazioni sociali derivanti da vincoli diversi da quelli territoriali»⁹. Lo Stato, quindi, deve proporsi come «un'organizzazione superiore che unisca, contemperi e armonizzi le organizzazioni minori in cui la prima va specificandosi»¹⁰.

Si tratta di una critica costruttiva: lo Stato, nella sua struttura organizzativa, ma, ancor prima, nella sua stessa concezione, deve adeguarsi alle nuove esigenze della società, in modo da riassumere in sé tutti i fermenti in essa presenti.

paesaggio e la conseguente messa in crisi della struttura statale costruita per perpetuare – magari all'infinito – l'ordine socio-giuridico coniato dalla rivoluzione e che, ai primi del Novecento, appare per quel che effettivamente è, una compressione delle forze plurali della società» (P. GROSSI, *La legalità costituzionale*, cit., 31-32).

⁵ Ad esempio, la voce *Costituente*, nel *Digesto Italiano*, vol. VIII, parte 4, Torino 1899-1903, datata 12 gennaio 1900, contiene questa affermazione: «il giurista deve considerare come legittimo quello stato e quel Governo, che, sia perché corrisponde alla coscienza giuridica generale, sia perché trova la sua base in ineluttabili necessità che non siano passeggere, ha la forza di farsi riconoscere e perpetuarsi per un tempo indefinito» (p. 352). Si veda anche il lungo lavoro su *Il diritto pubblico italiano*, scritto nel 1914 (ma pubblicato nel 1988), in part. 83 ss.

⁶ *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Annuario della R. Università di Pisa per l'a. a. 1909-1910*, Pisa, 1910, 11 ss.: lo Stato, «stupenda creazione del diritto» (p. 16), si caratterizza per «quei principi e quegli istituti, che sono un'immediata e diretta emanazione delle nuove forme di struttura sociale, che, se si manifestarono e s'imposero con le vie rivoluzionarie, non è, ciò nondimeno, dubbio, che vennero maturandosi con un lento e secolare processo, di cui la rivoluzione non fu che il momento culminante e decisivo» (p. 14)

⁷ *Lo Stato moderno*, cit., 23.

⁸ *Lo Stato moderno*, cit., 21.

⁹ *Lo Stato moderno*, cit., 30.

¹⁰ *Lo Stato moderno*, cit., 38.

Risulta, pertanto, evidente la visione realistica dell'evolversi e del modificarsi della società; e, riconducendo la nozione di diritto al concetto di società, si perviene alla qualificazione dell'ordinamento come istituzione¹¹. Questa attenzione per il sostrato sociale del fenomeno giuridico si trova fin dall'opera giovanile sui diritti pubblici soggettivi: anche lì, nonostante il carattere prettamente giuridico e teorico della ricerca, l'elencazione e la classificazione dei diritti, e, ancor prima, l'affermazione della loro esistenza, si fonda sull'attenta considerazione della realtà sociale del momento, caratterizzata dall'insorgenza, allora tumultuosa, del movimento sindacale.

Anche dal punto di vista della qualità dell'argomentazione il lavoro sui diritti pubblici soggettivi è degno di ogni rispetto. Basta richiamare il passaggio in cui viene esaminata la teoria di Gerber, che, nell'opinione comune, era considerato decisamente contrario alla predicabilità dei diritti pubblici soggettivi. Ebbene Romano, esaminando con estrema attenzione le prese di posizione dell'illustre studioso tedesco, giunge ad affermare che l'opinione comune degli studiosi successivi (personalità del calibro di Schuppe, Kohler, Göppert, Bornhak) dovevano considerarsi inesatte¹².

A fronte dell'argomento principale utilizzato per sostenere la inconfigurabilità di veri diritti nei confronti dello Stato, che veniva fondato sulla sua sovranità¹³, Romano, seguendo Longo, ritiene che, per superare la *contradictio*, occorre far leva sulla divisione dei poteri; e ritiene che diritti possano vantarsi (non contro «lo Stato *intero*, concepito nella sua totalità, nel complesso dei suoi poteri sovrani»¹⁴, ma) di fronte al potere esecutivo, e, superando Longo, anche «verso il cosiddetto potere giudi-

¹¹ Il concetto di diritto deve, secondo Romano, anzitutto «ricondursi al concetto di società. Ciò in due sensi reciproci, che si completano a vicenda: quel che non esce dalla sfera puramente individuale, che non supera la vita del singolo come tale non è diritto (*ubi ius ibi societas*) e inoltre non c'è società, nel senso vero della parola, senza che in essa si manifesti il fenomeno giuridico (*ubi societas ibi ius*)» (*L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1951, 25-26).

¹² Sulla chiarezza con cui Romano ricostruisce la teoria di Gerber, v. M. FIORAVANTI, 'Stato giuridico' e diritto costituzionale negli scritti giovanili di Santi Romano (1897-1909), in M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico*, Milano, 2001, I, 304.

¹³ Secondo i corifei delle dottrine negazioniste, «ripugna che il cittadino possa vantare dei diritti appunto verso quello Stato che del diritto è fonte, che è sovrano e che, in quanto s'afferma come tale esclude necessariamente qualsivoglia volontà, interesse, potere individuale. Uno Stato, essi continuano, contro cui si possono vantare dei diritti, ha per ciò stesso una sovranità limitata, vera *contradictio in adiecto*, che porta alla conseguenza che esso non è più sovrano» (*La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, cit., 118).

¹⁴ *La teoria*, cit., 118.

ziario»¹⁵. Anzi, precisa, «è più esatto dire che questi [diritti] si esercitano verso questo o quel funzionario, verso questa o quella amministrazione o ufficio pubblico»¹⁶. Viene in tal modo salvata la sovranità dello Stato, che per Romano resterà una idea mitica ed irrinunciabile, «stupenda creazione del diritto»¹⁷, nonostante la presa di coscienza della sua crisi; crisi, va sottolineato, di un certo tipo di Stato.

Naturalmente, l'esistenza dei diritti pubblici soggettivi comporta, anzi presuppone, la nozione di diritto soggettivo. Romano non si sottrae al problema: esamina le teorie allora dominanti, considera «insufficiente» la teorica di Windscheid, accoglie la tesi di Jhering, che lo fa consistere in un «interesse giuridicamente protetto», e la integra definendo il diritto soggettivo come un «*interesse protetto mediante il riconoscimento della volontà individuale*»¹⁸.

Cos'è che consente di qualificare come pubblico un diritto soggettivo?

Romano esamina e respinge tutte le tesi fin'allora elaborate: quella che si richiamava alla diversità della sede della tutela giurisdizionale¹⁹, quella, sostenuta da Meucci, basata sul carattere pubblico della norma attributiva, quella fondata sulla garanzia costituzionale, quella secondo cui il diritto pubblico «sarebbe anche un dovere pubblico»²⁰; infine la teoria di Jellinek, secondo cui il criterio sostanziale «consisterebbe in ciò, che il diritto subbiettivo privato vien conferito *prevalentemente* nell'interesse individuale, laddove il pubblico vien concesso *prevalentemente* nell'interesse generale»²¹.

¹⁵ *La teoria*, cit., 119.

¹⁶ *La teoria*, cit., 119-120: «la divisione dei poteri (...) costituisce sì, in un certo senso, una condizione essenziale per l'esistenza dei diritti pubblici, ma è un'inesattezza che conduce a fatali conseguenze affermare che tali diritti si rivolgono contro questo o quel potere. Il potere è nozione perfettamente astratta come quella di Stato: né verso l'uno né verso l'altro possono sorgere dei diritti individuali».

¹⁷ V. prec. nota 6.

¹⁸ Nell'esame della tesi di Jhering, Romano fa alcune osservazioni interessanti (*La teoria*, cit., 122). L'una, «non tutti gli interessi giuridicamente protetti arrivano a formare diritti soggettivi», pienamente condivisibile e anticipatrice di teorie più tarde; l'altra, «nell'attuale ordinamento degli stati a molti diritti pubblici subbiettivi, cui non può in alcun modo negarsi tale qualità, non corrisponde né può corrispondere un'azione di qualsivoglia genere e innanzi a qualsivoglia magistrato», si erge contro una solida e diffusissima convinzione della dottrina del tempo, e dimostra la capacità dell'Autore di enunciare tesi nuove, senza soverchia preoccupazione per la loro eterodossia.

¹⁹ Si rammenti che Romano aderiva alla tesi della natura non giurisdizionale della Quarta Sezione del Consiglio di Stato.

²⁰ *La teoria*, cit., 125.

²¹ *La teoria*, cit., 128. Romano osserva acutamente che «basta questo «prevalentemente» (...) per distruggere il criterio che si propone».

Secondo Romano, «perché un rapporto di diritto pubblico s'istituisca, è necessario che lo Stato v'intervenga come sovrano»²². La conclusione è limpida e, ove si accolga la nozione di diritto pubblico soggettivo, pienamente convincente.

Sembra del tutto inutile prendere posizione, oggi, sulle tesi esposte da Romano a proposito dei diritti soggettivi pubblici, dato che la dottrina italiana ha totalmente accantonato tale figura²³, scegliendo altre ricostruzioni teoriche per la definizione e la classificazione delle situazioni giuridiche soggettive. Varrà meglio sottolineare che già in quest'opera giovanile, la prima da lui elaborata e pubblicata, risaltano la sua ampia conoscenza della letteratura italiana e straniera (soprattutto tedesca, dato l'argomento trattato) e il suo modo rigoroso di critica delle tesi altrui e di sostegno delle tesi da lui accolte. Si evidenzia già il suo interesse per la teoria generale del diritto e la piena idoneità a farne l'oggetto dei suoi approfondimenti.

2. *L'ulteriore, vasta, produzione giovanile anteriore ai Principii*

La produzione di Romano continua molto intensa e su temi di grande spessore, centrata soprattutto su argomenti di diritto costituzionale o aperti a considerazioni di diritto costituzionale: *Il Comune. Parte generale*, inserito nel secondo volume del Trattato dell'Orlando; *Le giurisdizioni speciali amministrative* e *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, inseriti nel terzo volume. E poi, tra gli altri, prima della pubblicazione dei *Principii di diritto amministrativo italiano*, la cui prima edizione risale al 1901: *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato* (1898); *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, prolusione di Palermo del 1899; *Sui cosiddetti «Staatfragmente»* (1898); *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimità* (1901).

²² *La teoria*, cit., 129. Ciò è vero anche per la cosiddetta attività sociale dello Stato, nonostante che essa non sia "implicita nel concetto di Stato", dato che anche "nell'esercizio di tale attività lo Stato non si spoglia interamente della sua sovranità" (p. 130).

²³ Nei suoi *Frammenti di un dizionario giuridico*, apparsi nel 1947, ROMANO, pur dedicando attenzione ai diritti, non fa neppure un accenno ai diritti pubblici soggettivi. Invece, nel *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Padova, 1937³, 145, i diritti pubblici vengono definiti come «potestà di agire in un rapporto giuridico connesso (...) con una pubblica funzione». Non si fa più riferimento alla sovranità, ma il nucleo della definizione non sembra diverso da quello esposto ne *La teoria*.

Ritengo opportuno sottolineare fin d'ora che la produzione giovanile di Santi Romano è stata trascurata dalla dottrina successiva, la quale si è dedicata agli studi che partono dalla prolusione pisana del 1909, e si è concentrata, in particolare, sull'*Ordinamento giuridico*; eppure nella produzione giovanile si rintracciano facilmente i primi segni di quella che sarà la teoria istituzionistica e pluralistica dell'ordinamento giuridico.

Si tratta, come è stato detto²⁴, di «una stagione particolarmente intensa e fertile (...) sia nel campo del diritto costituzionale, che in quello del diritto amministrativo».

Sono lavori che consentono l'approfondimento di nozioni basilari del diritto amministrativo; e, come tali, contribuiscono alla costruzione del sistema che sarà organicamente esposto nei *Principii di diritto amministrativo italiano*.

La ricerca sul *Comune* consente a Romano di prendere posizione sul concetto di autarchia. Egli aderisce all'idea, allora generalmente condivisa, che qualificava gli enti territoriali minori e gli altri enti pubblici come amministrazione indiretta dello Stato²⁵, ma vi apporta un contributo originale, stabilendo che l'autarchia costituisce «una capacità *sui generis*, che deriva dalla rinuncia dello Stato all'esercizio di un'attività, che pur rientrerebbe nella naturale sua sfera di funzioni, a vantaggio di enti che impersonano e considerano come di proprio interesse l'attività medesima»²⁶. Per cui l'ente autarchico «non fa parte immediata dell'organizzazione statale, ma su di essa influisce, nel senso che

²⁴ M. FIORAVANTI, '*Stato giuridico*', cit., 298. F. è convinto – a me sembra con ragione – che in questo periodo Romano abbia «già ideato le linee fondamentali di un nuovo sistema di diritto pubblico: nuovo perché pensato nella sua intima capacità – sconosciuta alla tradizionale dogmatica giuspubblicistica di più rigida formazione pandettistica – di assorbire nell'ambito dello 'Stato giuridico' gran parte della realtà sociale in movimento» (300).

²⁵ T. MARCHI, *Gli uffici locali dell'amministrazione generale dello Stato*, in *Trattato dell'Orlando*, vol. II, parte prima, Milano, s.d., 7: «distinta assolutamente dalla diretta o governativa, vi ha un'altra branca di amministrazione pubblica, gerita da minori aggregati dello Stato, germi essi stessi di vita statale, costituenti non organi semplicemente, ma subbietti attivi e passivi di diritti e, come tali, aventi una personalità assolutamente da quella dello Stato distinta, dotati cioè di interessi propri, di propria attività vitale, di volontà propria: lo studio della vita di rapporto, intercedente fra lo Stato, la persona giuridica per eccellenza nel diritto pubblico, da un lato e le minori persone amministrative dall'altro, Comuni, provincie, corporazioni, istituzioni e fondazioni autarchiche, dà luogo alla nozione di amministrazione *indiretta* o *delegata* o *autarchica*».

²⁶ *Il Comune*, cit., 577.

l'organizzazione medesima sarebbe diversa in mancanza dell'ente; le sue funzioni non sono immediatamente funzioni dello Stato, ma lo sarebbero se non fossero in vece sua esercitate da altri».

Ne viene che l'autarchia, complessivamente considerata, è «un'amministrazione che tiene luogo di quella dello Stato, è un suo supplemento e può, per conseguenza, in questo senso, designarsi come un'amministrazione statale indiretta»²⁷. Contrariamente al convincimento allora diffuso, tuttavia, Romano nega che gli enti autarchici siano organi dello Stato²⁸, e che l'amministrazione autarchica possa essere considerata amministrazione delegata²⁹.

Dato che l'amministrazione autarchica è anch'essa amministrazione statale, l'aggettivo «pubblico» e l'aggettivo «statale» hanno significati perfettamente coincidenti³⁰.

Una circostanza da porre in rilievo, e che avrà sviluppi nell'opera successiva di Romano, è che egli accoglie la tesi secondo cui il Comune va «compreso nella categoria delle comunità politiche»; ma, «adottando una terminologia che dà luogo a minori dubbi ed è generalmente accettata», ritiene preferibile far riferimento alla categoria, che valuta «equivalente» alla prima, dei «corpi territoriali»³¹.

Questa precisazione gli dà modo di sottolineare le differenze tra Comune e Stato, che molti teorici tedeschi collocavano nella medesima categoria delle comunità politiche: «lo Stato è il centro intorno a cui gravita tutto il diritto pubblico, è un ente che non può mettersi assieme con tutti gli altri che hanno una struttura, che può parere analoga, ma è unico nella sua specie, ed è esso, che, in certo senso, comunica il proprio tipo, se così è lecito esprimersi, alle altre comunità politiche, le quali gli stanno quindi, non accanto, ma in un rapporto che si direbbe di sottordine»³². Appare chiara la concezione detta «monistica», ma che a me sembra addirittura «mitica» dello Stato; la quale, tuttavia, non contrasta, come spesso è stato detto, parlandosi perfino di profili contraddittori

²⁷ *Il Comune*, cit., 598.

²⁸ *Il Comune*, cit., 595: «siffatta qualifica non si conviene certamente agli enti autarchici, la cui nozione riposa precisamente sulla loro distinta personalità, sul diritto che essi hanno di essere considerati subbietti a sé».

²⁹ *Il Comune*, cit., 597: la ragione è che «le attribuzioni esercitate dal Comune, come da ogni altro ente autarchico, non appartengono allo Stato, che le disimpegna per loro mezzo, ma sono di tali enti, anche per la spettanza».

³⁰ *Il Comune*, cit., 594: il significato «da attribuirsi alla parola 'pubblico' [è] in tutto equivalente alla parola 'statale'».

³¹ *Il Comune*, cit., 517.

³² *Il Comune*, cit., 515

nella visione complessiva di Romano, con la sensibilità per le mutazioni sociali in corso, e con la loro interpretazione giuridica.

Nei *Principii di diritto amministrativo italiano* vengono richiamate e in qualche modo aggiornate le nozioni già esposte nel lavoro sul *Comune*: l'amministrazione dello Stato si diparte in diretta e indiretta, e questa seconda è propria degli enti autarchici³³; per cui si distingue tra l'amministrazione diretta decentrata dello Stato (prefetture, sottoprefetture, sindaco come ufficiali del governo)³⁴ e l'amministrazione autarchica; e si precisa che l'ente autarchico, esercitando funzioni pubbliche, «amministrerà anzitutto i propri affari, ed apparirà quindi rivestito (...) di una personalità distinta da quella dello Stato; secondariamente e indirettamente, potrà considerarsi come un organo di quest'ultimo che, appunto perciò, lo sottoporrà ad uno speciale regime ben diverso da quello delle persone private, specialmente trasferendogli dei diritti di supremazia»³⁵.

Va sottolineato che, contrariamente a quanto sostenuto nel lavoro sul *Comune*, Romano non trova più disdicevole che gli enti autarchici siano considerati organi dello Stato; ma, soprattutto, nei *Principii*, egli non ripete le considerazioni sulle comunità politiche, anche se considera il territorio e la popolazione elementi essenziali degli enti territoriali³⁶.

Nel successivo lavoro su *Le giurisdizioni speciali amministrative*, Romano segue ed integra l'insegnamento del suo Maestro, affermando che, «per diritto italiano, tutte quante le giurisdizioni amministrative sono, relativamente al giudice, speciali»; e ciò perché il giudice, o, meglio, l'organo giudicante, «non può appartenere all'ordine giudiziario. E volendo a questo criterio puramente negativo sostituirne un altro positivo, si può affermare che, sempre per diritto italiano, le giurisdizioni speciali amministrative sono esercitate da un'autorità amministrativa»³⁷.

Critica, pertanto, Mortara, che aveva sostenuto la natura giurisdizionale delle «funzioni della giustizia amministrativa», ritenendo che ciò fosse vero soltanto nel senso che esse «debbono avere molte delle garan-

³³ *Principii di diritto amministrativo italiano*, Seconda edizione riveduta ed ampliata, Milano, 1906, 74. Faccio riferimento alla seconda edizione, perché ivi si tiene conto, come vedremo, di alcuni suggerimenti espressi da Ranalletti nella recensione alla prima edizione. La terza edizione è apparsa nel 1912. Per una quarta edizione, mai pubblicata, Romano aveva preparato le *Prime pagine*, poi incluse negli *Scritti minori*, Milano, 1990, vol. II, 425 ss.

³⁴ *Principii*, cit., 128 ss.

³⁵ *Principii*, cit., 133-134.

³⁶ *Principii*, cit., 138.

³⁷ *Le giurisdizioni*, cit., 531.

zie che hanno i veri e propri giudizi, come, ad es., il contraddittorio, la pubblicità ed altri particolari del procedimento. Ma (...) sembra – aggiunge Romano – che da tutt'altri punti di vista sia proprio il contrario, in quanto che considerare la giustizia amministrativa come una vera e propria giurisdizione ha per necessario risultato una limitazione della sua competenza, incompatibile con la missione di uno Stato libero, e l'esclusione dei veri rimedi giurisdizionali, pel principio *electa una via non datur recursus ad alteram*, che deve osservarsi necessariamente tutte le volte che è possibile scegliere tra due giurisdizioni. Egli è che le funzioni che comunemente si designano sotto l'espressione tecnicamente felice ed esatta di giustizia amministrativa sono qualche cosa di più fine, di più elevato, di più efficace che non siano funzioni semplicemente giurisdizionali; o il compararle a queste ultime non è un nobilitarle, come generalmente si crede, ma un rinvilirne la natura»³⁸.

È questo un tratto assolutamente originale del pensiero di Romano; il quale, nel negare la natura giurisdizionale della giustizia amministrativa, non pensa affatto di «rinvilirla», ma anzi di nobilitarla, e di rendere più efficace la tutela dei cittadini verso l'amministrazione pubblica, affermando che, dopo i rimedi giustiziali, possono essere esperiti i rimedi effettivamente giurisdizionali. Insomma, si è tentati di dire che, al fine di negare la natura giurisdizionale degli organi e delle funzioni di giustizia amministrativa, Romano è disposto a ritenerle di grado più elevato di quelle puramente giurisdizionali³⁹.

Tesi, queste, che saranno ribadite nei *Principii di diritto amministrativo* in forma più semplice e più netta: le giurisdizioni speciali amministrative sono «affidate ad autorità dell'ordine amministrativo»⁴⁰; la «giustizia amministrativa contenziosa», erogata dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato e dalle Giunte provinciali amministrative, non costituisce una giurisdizione, il che risulta sia «dal fatto che essa protegge anche interessi che non costituiscono diritti», sia «dalla natura delle sue decisioni, che debbono considerarsi come atti amministrativi»⁴¹.

Tra le due, risulta interessante soprattutto la prima ragione: Romano aderisce all'idea, allora unanimemente condivisa, che soltanto i diritti soggettivi avevano possibilità, sul piano logico prima che su quello giuridico, di avere una tutela realmente giurisdizionale.

³⁸ *Le giurisdizioni*, cit., 538, nt. 2.

³⁹ Se ne dovrebbe dedurre che l'attività amministrativa, o almeno l'attività amministrativa decisoria, è giuridicamente di valore superiore all'attività giurisdizionale.

⁴⁰ *Principii*, cit., 198.

⁴¹ *Principii*, cit., 215.

3. I Principii di diritto amministrativo: *il metodo*

I *Principii* vedono la luce nel 1901⁴², e seguono di alcuni anni l'opera con lo stesso titolo dovuta a Vittorio Emanuele Orlando⁴³.

Le due opere sono peraltro differenti, anche se su molti argomenti il pensiero è comune. In primo luogo è diversa la dimensione, intesa non solo come numero di pagine ma anche, e soprattutto, come materia esposta. Orlando si occupa quasi esclusivamente della c.d. attività giuridica della pubblica amministrazione, per essa intendendo sostanzialmente l'attività di polizia e l'espropriazione «per causa di utilità pubblica», e fornisce solo alcune nozioni preliminari sulla c.d. attività sociale; Romano, pur condividendo la distinzione tra le due forme di attività⁴⁴, espone «la materia del diritto amministrativo» secondo teorie giuridiche⁴⁵, seguendo un criterio che egli denomina «costruttivo», così superando il metodo «descrittivo», allora comunemente seguito nei trattati di diritto amministrativo⁴⁶.

In tal modo, l'opera di Romano si differenzia non soltanto da quella di Orlando, ma, in modo più accentuato, almeno quanto al metodo di esposizione, da tutte le precedenti opere aventi lo stesso oggetto⁴⁷.

⁴² Rammento che le citazioni sono fatte sulla seconda edizione, del 1906.

⁴³ La prima edizione dei *Principii di diritto amministrativo* di V.E. ORLANDO risale al 1891.

⁴⁴ L'attività giuridica è diretta «alla tutela ed alla conservazione del diritto»; l'attività sociale «è diretta alla cura dei bisogni fisici, economici ed intellettuali della società» (*Principii*, cit., 3),

⁴⁵ Le teorie sono le seguenti: tre di carattere generale, teoria generale dei rapporti di diritto amministrativo, teoria dell'organizzazione amministrativa, teoria della protezione giuridica verso le pubbliche amministrazioni; sei di carattere speciale, teoria delle limitazioni amministrative all'attività privata, teoria delle prestazioni agli enti amministrativi, teoria delle prestazioni degli enti amministrativi, teoria della proprietà pubblica, teoria del regime amministrativo della proprietà privata, teoria amministrativa dei rapporti di diritto privato degli enti pubblici.

⁴⁶ «Secondo la tendenza dominante, ogni partizione del diritto amministrativo corrisponderebbe ad un ramo dell'attività amministrativa, distinta e qualificata specialmente pel suo scopo: la pubblica beneficenza, la istruzione, l'agricoltura, le industrie e così via» (*Principii*, cit., 30).

⁴⁷ Una elencazione dei metodi espositivi allora in auge si trova in L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1905, 20 ss.: secondo «gli elementi dell'azione sociale: soggetto, oggetto, forme»; secondo «il campo in cui l'azione amministrativa si esercita», ossia secondo il territorio, la popolazione e lo scopo; secondo il «concetto di gerarchia»; secondo il criterio stesso del diritto privato; secondo un sistema misto, ossia «sulla base degli elementi, della territorialità e degli scopi». Meucci predilige il primo metodo; De Gioannis Gianquinto, secondo Meucci, l'ultimo.

Quanto alle due opere di Romano e di Orlando è da condividere l'opinione di Maurizio Fioravanti, secondo cui «un confronto tra i *Principii di diritto amministrativo* di Orlando del 1891, e dello stesso Romano, del 1901, è addirittura improponibile, tanta è la distanza che li separa, a conferma del fatto che in questi anni si vanno maturando scelte decisive, ed in brevi periodi di tempo, sul terreno dell'amministrazione»; donde la conclusione: «mentre la lettura dei *Principii* orlandiani è per il giurista di oggi una lettura storica, descrittiva del ben ordinato mondo dell'amministrazione dello Stato liberale, nel quale era ancora non problematica la distinzione tra pubblico e privato, tra Stato e società, tra attività giuridica ed attività sociale dello Stato, tra esplicazione della sovranità e sfera degli interessi e dei bisogni, con il Romano del 1901 siamo già entrati in un mondo che è all'inizio del nostro, che è il mondo del conflitto tra diritto e amministrazione, tra amministrazione e interessi, individuali e collettivi»⁴⁸.

Considerando che i *Principii* di Romano compaiono dopo le prolusioni orlandiane sul c.d. metodo giuridico (metodo inteso non come metodo espositivo, ma come metodo ricostruttivo della materia), viene naturale chiedersi se Romano accetta e segue il metodo sostenuto dal suo Maestro⁴⁹.

A seguire Giovanni Miele, si direbbe di no, dato che, occupandosi dello stile e del metodo di Santi Romano, il preclaro allievo di Guido Zanobini sostiene che l'«acuta penetrazione della realtà gli è sempre presente quando espone il diritto positivo: non si lascia afferrare da schemi, teorie, né il miscuglio torbido della realtà gli prende la mano quando espone e descrive gl'istituti giuridici. V'è in lui la consapevolezza della sostanza sociale che si cela dietro questi, ma essa si equilibra con la conoscenza del diritto: armonia fra l'una e l'altra, non assorbimento dell'una a danno dell'altra, né, tanto meno, separazione, che potrebbe equivalere a reciproca ignoranza, fra entrambe»⁵⁰.

⁴⁸ M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico*, Firenze, 2001, 415

⁴⁹ Nei secondi anni ottanta del secolo XIX Orlando, con le prolusioni di Modena, Messina e Palermo, ha elaborato la cosiddetta rivoluzione metodologica della scienza del diritto amministrativo: reagendo contro il metodo troppo (o soltanto) «esegetico», attribuito alla dottrina francese, nonché contro il metodo troppo «filosofico», proprio, in particolare, della dottrina tedesca, Orlando ritenne indispensabile che si affermasse un criterio metodologico prettamente giuridico. La reazione riguardava solo le esagerazioni, l'eccessivo spazio lasciato nelle trattazioni allora correnti, da un lato, al commento esegetico, e, dall'altro, alle considerazioni di ordine «filosofico», inteso il termine in senso comprensivo di più discipline extra-giuridiche.

⁵⁰ G. MIELE, *Stile e metodo nell'opera di Santi Romano*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987, 340.

Diverso giudizio esprime Fulco Lanchester, il quale sostiene che, nel primo quindicennio della sua attività scientifica, Romano «aveva cercato di perfezionare le premesse» del metodo orlandiano, salvo poi, nel decennio successivo, denunciarne la crisi⁵¹.

Occorre ricordare che, accanto ai fautori del c.d. metodo giuridico, erano numerosi, anche dopo le prolusioni orlandiane, i seguaci del metodo c.d. storico-politico, prediletto da un altro grande studioso palermitano, Gaetano Mosca⁵².

Sono convinto che, per prendere posizione sul problema, occorre intendere quale fosse in effetti, o come fosse praticamente recepito, il metodo propugnato da Orlando, dato che se ne potevano (e se ne possono) dare letture diverse: da un canto può essere inteso come divieto assoluto di inserire nelle trattazioni giuridiche osservazioni che giuridiche non siano; dall'altro può intendersi come un suggerimento a non esagerare con trattazioni storiche, sociologiche o di cultura generale nell'illustrazione degli istituti giuridici.

Si consideri che tale metodo non tendeva, come si legge nella prolusione di Palermo, a «circondare il diritto di una specie di muraglia della China che escluda gelosamente e permalosamente la comunicazione con altri elementi di ordine scientifico diverso»⁵³, ma costituiva una giustificata reazione contro «l'esagerazione del metodo filosofico» e «l'esagerazione del metodo esegetico»⁵⁴.

Basta leggere le opere di taglio generale sul diritto amministrativo, che allora andavano per la maggiore, per rendersi conto che la reazione di Orlando era pienamente giustificata.

Qualche esempio: nel suo voluminoso *Corso di diritto pubblico amministrativo*, Giovanni De Gioannis Gianquinto dedica oltre centocinquanta pagine al *Proemio*, nel quale indaga sulle «cause che corrompono e viziano il diritto amministrativo di uno Stato»⁵⁵; Federico Persico, nei

⁵¹ F. LANCHESTER, *Santi Romano e le ideologie giuridiche italiane nella transizione allo Stato di massa*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011, 2.

⁵² Nei suoi *Appunti di diritto costituzionale*, Milano, 1921, 7, G. MOSCA elenca, tra coloro che non avevano abbandonato il metodo storico-politico, Arcoleo, Brunialti, Minguzzi, Majorana, Zanichelli, Morelli, Pierantoni, Arangio Ruiz, Vacchelli, Miceli, Chimienti, Solazzi, Caristia.

⁵³ V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (Palermo, 1889), Modena, 1925, 16. La censura della «subordinazione del criterio giuridico al filosofico, al politico, all'esegetico» non comporta «la proscrizione assoluta» di tali criteri (p. 15).

⁵⁴ V.E. ORLANDO, *I criteri*, cit., 12.

⁵⁵ G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, vol. I, Firenze, 1877, I-CLVI.

Principii di diritto amministrativo, espone lunghi *Preliminari* alla trattazione vera e propria che coprono circa sessanta pagine, che aumentano ancora nella edizione successiva⁵⁶. Giusto Emanuele Garelli da inizio alle sue *Lezioni* con le *Prenozioni generali*, contenenti osservazioni di filosofia del diritto seguite da considerazioni storiche⁵⁷. Saverio Scolari, nel suo volume *Del diritto amministrativo*, dedica l'intera prima parte ai *Prolegomeni*, ove inserisce, come egli stesso avverte, «considerazioni generali sopra la importanza, l'oggetto e la trattazione del diritto amministrativo»⁵⁸. Senza contare le molte considerazioni metagiuridiche che in tutte queste opere vengono inserite nella esposizione degli istituti giuridici⁵⁹.

D'altronde, se il richiamo metodologico di Orlando non fosse stato diretto ad eliminare soltanto le esagerazioni nello spazio riservato, nelle opere di diritto amministrativo, alle discipline extra-giuridiche, il primo a non aver rispettato i suoi «criteri tecnici» dovrebbe essere considerato lo stesso Orlando; che, nei suoi numerosi contributi, sia coevi sia successivi, ha circondato le tesi giuridiche di osservazioni tratte da diverse discipline, soprattutto storiche, utili per illustrarne meglio gli aspetti giuridici.

Sia per espressa dichiarazione⁶⁰, sia con la strutturazione della esposizione per «teorie»⁶¹, sia esaminando il contenuto del volume⁶², risulta

⁵⁶ F. PERSICO, *Principii di diritto amministrativo*, I², Napoli, 1872, 1-60; nella quarta edizione, del 1890, le pagine dedicate ai *Preliminari* si accrescono, anche se di poco.

⁵⁷ G.E. GARELLI, *Il diritto amministrativo italiano. Lezioni*, Torino, 1872, 5-18.

⁵⁸ S. SCOLARI, *Del diritto amministrativo*, Pisa, 1866, 1.

⁵⁹ La scelta di questi lavori, e non di altri, deriva dal fatto che essi sono tutti e soli i manuali, cui lo stesso Romano fa riferimento nelle *Prime pagine*, cit., 443.

⁶⁰ S. ROMANO, *Principii*, cit., *Prefazione alla seconda edizione*, XII: «se finora il diritto amministrativo è ritenuto comunemente una selva così intricata che nemmeno al provetto sarebbe dato di conoscere in tutti i suoi laberinti, ciò si deve al fatto, che compito dell'amministrativista si crede lo studio non solo dei principii di diritto, ma anche degli infiniti casi in cui questi ricorrono: il che è impossibile e inutile» (p. XIII).

⁶¹ S. ROMANO, *Principii*, cit., 6: l'attività amministrativa dello Stato «può studiarsi dal punto di vista giuridico. Lo studio così inteso dell'amministrazione ha per oggetto i diritti e gli obblighi che spettano agli enti pubblici in quanto amministrano ed alle persone che con questi vengono in contatto». Il diritto amministrativo «può definirsi il sistema dei principii di diritto pubblico che regolano l'attività concreta con cui lo Stato persegue i propri interessi» (6-7). Ancora: «la scienza del diritto amministrativo ha scopo non *descrittivo*, ma *costruttivo* di teorie giuridiche» (31). In effetti la materia viene divisa in nove «teorie», di cui tre «generali», la teoria dei rapporti di diritto amministrativo, la teoria dell'organizzazione amministrativa e la teoria della protezione giuridica verso le pubbliche amministrazioni (31 ss.).

⁶² Scorrendo il volume si notano qua e là osservazioni di carattere storico, o «filosofi-

chiaro che Romano, senza citarlo, segue perfettamente e convintamente i criteri voluti dal suo Maestro.

Nemmeno nei *Principii* di Romano mancano considerazioni storiche, finanziarie, economiche; che anzi sovente accompagnano ed integrano le argomentazioni giuridiche, senza toglier loro la giusta evidenza, ed anzi rendendole più chiare e più facilmente comprensibili. Ed anche queste considerazioni sono da ritenersi in piena armonia col metodo «giuridico» proposto da Orlando.

Metodo, si badi, che non fu universalmente condiviso da parte della dottrina dell'epoca immediatamente successiva: ci fu chi, nei primi anni del XX secolo, continuò a ritenere che «la filosofia, la storia, la critica» contribuissero «a sollevare questa dottrina [il diritto amministrativo] alla vera dignità di scienza»⁶³; anche se ritenne «desiderabile» l'aumento «nelle applicazioni e negli svolgimenti di stretto ordine giuridico»⁶⁴.

Se il metodo orlandiano lo si accoglie nel suo significato effettivo, esso, da un lato, valutando la produzione amministrativistica anteriore alla «grida» orlandiana, appare pienamente giustificato, e, dall'altro lato, risulta pienamente seguito da Romano; il quale, tuttavia ne accoglie soprattutto l'invito ad ispirarsi, nella trattazione del diritto amministrativo, alle costruzioni del diritto civile. Ma Romano, va sottolineato, non rinuncia a chiarire la sostanza sociologica degli istituti giuridici.

Nei suoi *Principii*, Romano intende «dar la prova» che la scienza amministrativistica aveva «oltrepassato lo stadio in cui non si trovava modo di esporla che seguendo ad una ad una le singole attività degli enti amministrativi e descrivendo tali attività così come nel fatto esse si esplicano»; e che, invece, era possibile, «anzi necessario, organizzare tale esposizione avendo riguardo a quei nessi delicati, ma sostanziali, che l'indagine scientifica è venuta man mano scoprendo e che permettono una classificazione dei vari rapporti di diritto cui la pubblica amministrazione dà luogo»⁶⁵.

co», o economico, o finanziario, ma senza le esagerazioni censurate da Orlando, e con aderenza all'idea che il diritto amministrativo non va chiuso entro «la muraglia della China».

⁶³ L. MEUCCI, *Instituzioni*, cit., 17. Egli ritiene, quindi, «commendevoli» le opere della «schiera eletta di professori e autori», tra i quali rammenta «a Torino il Garelli, a Genova il Boccardo, a Pisa e Pavia il De Gioannis Gianquinto, il Ferraris, a Roma il Saredo, a Napoli il Persico, a Pisa lo Scolari, a Palermo l'Orlando»; opere edite dopo l'unificazione e dense di sconfinamenti, talvolta davvero esagerati, dal contesto giuridico. D'altronde lo stesso Meucci, accennando alla storia del diritto amministrativo, e distinguendo tra legislazione e scienza, risale, quanto al primo aspetto, fino all'epoca romana (10 ss.).

⁶⁴ L. MEUCCI, *Instituzioni*, cit., 17.

⁶⁵ *Principii*, cit., XII.

Compito del giurista, avverte Romano, è «lo studio (...) dei principii di diritto», non anche «degli infiniti casi in cui questi ricorrono»: egli sembra rimproverare agli amministrativisti del passato, anche recente, di non aver compreso quale fosse il compito del giurista, per cui, finallora, il diritto amministrativo veniva «ritenuto comunemente una selva così intricata che nemmeno al provetto sarebbe dato di conoscere tutti i suoi laberinti»⁶⁶.

In effetti, l'esposizione della materia nell'opera di Romano si segnala per la chiarezza e la organicità della esposizione: la selva e i «laberinti» risultano superati. Tuttavia la sistemazione della materia secondo costruzioni teoriche, anziché secondo i rami dell'attività amministrativa (la beneficenza, l'istruzione, l'agricoltura, l'industria, e così via) comporta evidenti forzature.

Nulla v'è da eccepire sulle tre «teorie generali», dei rapporti amministrativi, della organizzazione amministrativa, della protezione giuridica verso le pubbliche amministrazioni: in esse si espone quella che potremmo chiamare la teoria generale del diritto amministrativo, secondo partizioni che ancora oggi sono considerate valide, l'organizzazione, l'attività, la giustizia amministrativa.

Perplessità nascono intorno alle altre sei «teorie», nelle quali viene raggruppata tutta la parte speciale della materia: si hanno accostamenti tra istituti o discipline diverse, che risultano di difficile comprensione. Ad esempio, nella «Teoria delle limitazioni amministrative all'attività privata», vengono esposte materie disparate, dalla polizia di sicurezza ai monopoli, alle dichiarazioni obbligatorie, anche di stato civile (atti di nascita, di morte, di matrimonio, ecc.). Nella »Teoria delle prestazioni agli enti amministrativi» prendono posto sia le imposte sia il servizio militare. E così via.

Sembra, in definitiva, che la esposizione per teorie generali non sia migliore di quella per rami di attività, e tale metodo espositivo non sarà condiviso da alcun autore successivo; ma non è dubbio che il metodo proposto e seguito nei *Principii* sia originale e teoricamente apprezzabile. Romano lo sosterrà anche nelle *Prime pagine*⁶⁷.

4. *Il diritto amministrativo e le sue partizioni secondo Orlando e Romano*

Nonostante l'originalità del metodo da lui seguito, Romano non può fare a meno di affrontare problemi che allora erano di scottante attualità,

⁶⁶ *Principii*, cit., XIII.

⁶⁷ *Prime pagine*, cit., 444.

primo fra tutti la definizione e la delimitazione della materia del diritto amministrativo, la determinazione dei suoi contenuti, rispetto, da un lato, al diritto costituzionale, e, dall'altro, alla scienza dell'amministrazione⁶⁸.

Lo stesso Orlando, citando Stein, aveva affermato che mancava (allora) «il concetto del diritto amministrativo»; e che, sul tema, esistevano »divergenze gravissime, così formali che materiali, relative cioè tanto alla mera posizione logica degli argomenti, quanto allo studio intrinseco di essi»⁶⁹.

Va rammentato che Orlando, superando le tesi correnti e disparate⁷⁰ sulla soluzione di questi problemi, era giunto a disegnare la nozione di diritto amministrativo, partendo dalla nozione di Stato⁷¹, proseguendo con quella di diritto pubblico⁷², distinguendo nel suo ambito il diritto costituzionale⁷³ dal diritto amministrativo⁷⁴. Diritto amministrativo è,

⁶⁸ Tutti manuali dell'epoca affrontavano con impegno tali problemi, anzi ampliavano la ricerca, occupandosi delle differenze e dei rapporti tra il diritto amministrativo e il diritto giudiziario, il diritto internazionale, con la scienza politica e con l'economia politica: esemplare in questo senso è la trattazione di L. MEUCCI nelle *Istituzioni*, cit., 2 ss.

⁶⁹ V.E. ORLANDO, *Principii*, cit., 9.

⁷⁰ «Fra gli scrittori di diritto amministrativo manca precisamente un accordo, anche approssimativo, sul contenuto effettivo della scienza» (V.E. ORLANDO, *Introduzione*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, s.d., 59). Nella *Prefazione*, XI, aveva scritto: «in Italia, non solo sono difettosi il concetto, il sistema, il metodo del diritto amministrativo (acuendo l'analogo difetto già lamentato nelle letterature straniere), ma si può anche dire che, soprattutto, mancano i principii. Manca poi una scienza del Diritto amministrativo». Tuttavia ricorda «con rispetto» le opere di Scolari, di Garelly, di Persico, di De Gioannis Gianquinto e di Meucci. A queste opere si farà riferimento per verificare la differenza tra esse, precedenti agli interventi di Orlando, e le opere a questi successive, e, in particolare, i *Principii* di Romano.

⁷¹ «Lo Stato non è altro se non la società stessa giuridicamente ordinata e rivestita di una personalità che la renda capace di volere e di agire» (*ivi*, 60).

⁷² «Il diritto pubblico è la scienza che studia il diritto dello Stato» (*ivi*, 60).

⁷³ «Il diritto costituzionale studia lo Stato nella sua giuridica organizzazione, considera la sovranità attuata effettivamente nell'esercizio dei vari pubblici poteri, affidati a molteplici organi» (*ivi*, 62-63). Ancora: «nel diritto costituzionale lo Stato è considerato in sé stesso come giuridica personalità, con le sue leggi, i suoi organi, il modo in cui questi si formano ed agiscono, nelle istituzioni che assicurano la partecipazione dei sudditi alla cosa pubblica e le garanzie giuridiche che tali facoltà sanciscono» (*ivi*, 63).

⁷⁴ «Lo Stato considerato nel suo ordinamento ci dà il concetto di costituzione, lo Stato considerato nel suo fine ci dà il concetto di amministrazione. E quando noi diciamo fine e lo attribuiamo ad una persona cosciente e volente, ciò val quanto dire che questa applichi un'attività diretta al conseguimento di quel fine. Ed in quanto questa attività dello Stato è regolata dal diritto, lo studio scientifico di esso costituisce precisamente l'obbietto del diritto amministrativo» (*ivi*, 63).

quindi, la scienza che studia «l'attività dello Stato, connessa coi fini di esso»⁷⁵.

Si trattava allora di determinare quali fossero i fini dello Stato. Orlando distingue il fine essenziale, consistente nel «mantenimento del diritto fra i consociati»⁷⁶, da un fine non essenziale, e tuttavia esistente in fatto, del miglioramento dei rapporti sociali⁷⁷.

In relazione al fine essenziale, «il diritto amministrativo studia tutto quel complesso di istituti giuridici per mezzo dei quali lo Stato, esercitando il suo potere sovrano, si procaccia la forza necessaria per la conservazione del diritto e della stessa compagine sociale, e questa conservazione, nel fatto, assicura»⁷⁸. Questa è l'*attività giuridica*.

Questa forma di attività, «eminentemente giuridica, si dinota col nome di *polizia*»⁷⁹.

Tale traguardo è da sottolineare, perché, secondo Orlando, la prima ed essenziale attività dell'amministrazione si riduce all'attività di polizia, inteso il termine in senso stretto, come attività diretta a garantire l'ordine pubblico e la pace sociale⁸⁰.

Al secondo fine, non essenziale, è diretta, invece, l'*attività sociale*,

⁷⁵ *Introduzione*, cit., 64.

⁷⁶ *Introduzione*, cit., 66, 71.

⁷⁷ *Introduzione*, cit., 74: «lo Stato, e soprattutto il moderno, non crede di contentarsi della pura protezione giuridica dei consociati, assicurando (...) la conservazione del diritto: esso considera pure come sua missione quella di intervenire nei rapporti sociali mettendo la forza di cui dispone al servizio di uno sperato miglioramento di quelli». Lo Stato interviene «nei rapporti sociali, non già per regolarli giuridicamente, ma bensì perché crede che ciò convenga di più ad essi, e per promuovere il benessere, la ricchezza, la cultura del popolo, l'equilibrio e la pace fra le classi sociali» (*Principii di diritto amministrativo*, 2 ed., Firenze, 1892, 29)

⁷⁸ «Più analiticamente – prosegue Orlando – spiegando questo concetto, noi diremo che rientra in questa materia innanzi tutto l'*organizzazione dell'amministrazione* mediante la quale essa diffonde per tutto il territorio dello Stato quei rappresentanti dell'autorità pubblica che possano, dovunque, sorvegliare all'esecuzione delle leggi ed al mantenimento della pubblica tranquillità. Vi si comprende pure l'attività diretta a provvedere i mezzi *materiali*, consistenti nel denaro e nella forza pubblica, donde le parti speciali dell'amministrazione finanziaria e militare. Inoltre, come contenuto effettivo di questa forma di attività (...) resta al diritto amministrativo lo studio giuridico di quella funzione che tende a prevenire il danno sociale e ad assicurare la pace e l'ordine pubblico, ed esercita un'influenza sui diritti individuali limitandone la sfera di azione in maniera che si mantenga l'armonia fra essi e fra l'utilità singola e quella collettiva» (*Introduzione*, cit., 71-72).

⁷⁹ *Introduzione*, cit., 72.

⁸⁰ «Spetta al diritto amministrativo tutta l'attività giuridica dello Stato (meno la giurisdizione civile e penale), comprendendovi l'organizzazione dell'amministrazione e la teoria dei mezzi generali di cui l'amministrazione dispone» (*Principii*, cit., 41).

che fa parte del diritto amministrativo solo in quanto sussiste «un'amministrazione pubblica ad essa relativa, che si traduce in istituti giuridici ed è sottoposta al regolamento organico di principi giuridici»⁸¹.

L'attività sociale è oggetto anche della scienza dell'amministrazione per «tutto ciò che costituisce il contenuto economico e sociale». Siccome «l'ingerenza sociale assume poi, sia pure derivatamente, forme giuridiche, è naturale ed è conforme ad una buona logica sistematica che essa rientri nel campo di una scienza giuridica la quale non può esser che il diritto amministrativo»⁸².

Il diritto amministrativo viene così delimitato rispetto al diritto costituzionale e alla scienza dell'amministrazione⁸³.

Va osservato che nessuno degli studiosi precedenti, e in particolare nessuna delle opere valutate «con rispetto» da Orlando, aveva ristretto l'oggetto, per così dire proprio, o autentico, del diritto amministrativo all'azione diretta alla conservazione del diritto e della compagine sociale, ossia alla polizia⁸⁴. È degno di nota che Meucci non abbia mutato il suo modo di intendere l'oggetto del diritto amministrativo nelle edizioni delle sue *Istituzioni* successive alla presa di posizione di Orlando⁸⁵.

Ho ritenuto di soffermarmi sul pensiero di Orlando su un tema preliminare ma centrale, per evidenziare la diversa posizione che Romano

⁸¹ *Introduzione*, cit., 93.

⁸² *Principii*, cit., 41.

⁸³ La distinzione tra diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione era oggetto di un assiduo dibattito, che Orlando riassume egregiamente.

⁸⁴ Secondo Saverio SCOLARI, *Del diritto amministrativo*, cit., 22, il diritto amministrativo studia «i rapporti dell'uomo con la sua società», anzi con lo Stato, ossia «l'operare degli uomini (...) in quanto influisca sopra l'interesse pubblico e richieda il concorso dello Stato». S. pone «fra i principali interessi ed obblighi dello Stato» la promozione della prosperità della nazione. Secondo Giusto Emanuele GARELLI, *Il diritto amministrativo italiano. Lezioni*, cit., 48-49, è «l'amministrazione nel suo fondamento e nei suoi caratteri razionali» l'oggetto del diritto amministrativo: essa «forma lo scopo di uno studio speculativo insieme e pratico, quando si contemplanò i rapporti tra l'amministrazione e gli amministrati, ossia i diritti e i doveri reciproci dell'una e degli altri, in conformità delle leggi esistenti, interpretate colla scorta dei principii generali di ragione che debbono regolare l'amministrazione pubblica».

⁸⁵ Cfr. L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1905⁵, 2, che, anche in questa edizione, continua a fornire un quadro molto più ampio, rispetto alla ricostruzione di Orlando, dell'oggetto del diritto amministrativo: «l'azione dello Stato per raggiungere gli scopi di pubblica utilità, o, più semplicemente, la cura degli interessi pubblici». In altri termini il diritto amministrativo è «quel ramo di diritto pubblico che detta le norme regolatrici degli istituti sociali e degli atti del potere esecutivo per l'effettuazione degli scopi di pubblica utilità» (p. 3).

espone nei suoi *Principii di diritto amministrativo italiano*, di pochi anni successivi alle prese di posizione del suo Maestro⁸⁶.

Apparentemente Romano si colloca nella scia di Orlando: definisce il diritto amministrativo come «il sistema dei principi di diritto pubblico che regolano l'attività concreta con cui lo Stato persegue i propri interessi»⁸⁷; individua, quindi, anch'egli, l'oggetto del diritto amministrativo «nell'attività concreta con cui lo Stato persegue i propri interessi, in obbedienza o nei limiti del diritto precedentemente o contemporaneamente stabilito»; e distingue, anch'egli, l'attività giuridica (diretta «alla conservazione del diritto») dall'attività sociale («diretta alla cura dei bisogni fisici, economici ed intellettuali della società»).

Tuttavia non accoglie il diverso modo di rilevare giuridicamente della prima rispetto alla seconda: tutta l'attività diretta concretamente a qualsiasi fine che lo Stato concretamente si dia costituisce oggetto proprio del diritto amministrativo, e lo è nello stesso modo: cade la distinzione tra fine essenziale e fini non essenziali⁸⁸.

In tal modo, l'esposizione della materia non è più limitata, come in Orlando, alla attività di pubblica sicurezza; questa forma l'oggetto di una sola delle nove «teorie» in cui l'esposizione romaniana si articola, e nemmeno delle tre che «potrebbero anche dirsi generali»⁸⁹. Tutta l'attività amministrativa dello Stato «può studiarsi dal punto di vista giuridico»⁹⁰: non si distingue più tra rapporti giuridici e rapporti sociali; sparisce l'antitesi tra attività giuridica e attività sociale.

⁸⁶ Ho presente la seconda edizione, del 1906, in quanto «riveduta ed ampliata, rispetto alla prima, del 1901», e dotata di un sia pur ridotto apparato bibliografico. Giovanni DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, vol. I, cit., 5, ritiene che «campo» del diritto amministrativo siano i «rapporti fra l'azione del Potere Sovrano esecutivo ed i cittadini intorno ai generali e collettivi interessi della società».

⁸⁷ *Principii*, cit., 6-7. ORLANDO usa una formula pressoché identica: il diritto amministrativo «è il sistema di quei principi giuridici che regolano l'attività dello Stato pel raggiungimento dei suoi fini» (*Principii*, cit., 17). La formula di Romano è, forse, più precisa, dato che si riferisce ai principi «di diritto pubblico», lasciando fuori dai confini della materia i rapporti di diritto comune (privato) che possono far capo alle amministrazioni pubbliche.

⁸⁸ Anzi è l'attività diretta alla conservazione del diritto che sembra contrastare con la definizione di attività di perseguimento di interessi statali; tanto che Romano ritiene necessario spiegare che, anche mediante questa attività, «lo Stato, più che assicurare l'osservanza delle norme giuridiche, si propone di raggiungere fini che presuppongono tale osservanza e ad essa strettamente si ricollegano, ma la trascendono alquanto» (*Principii*, cit., 3).

⁸⁹ *Principii*, cit., 31-32.

⁹⁰ *Principii*, cit., 6.

Ne discende che l'attività sociale, considerata giuridicamente nello stesso modo dell'attività giuridica⁹¹, non è oggetto preminente di altra disciplina, ossia della scienza dell'amministrazione; alla quale scienza, anzi, «non pare possa assegnarsi un contenuto proprio ed esclusivo»⁹².

L'esposizione assume un criterio assai più moderno, e più razionale, divisa tra «teorie» generali, riguardanti rispettivamente i rapporti, l'organizzazione e la protezione, e «teorie speciali», attinenti a materie o ad istituti particolari⁹³; ed è assai più ampia.

La polizia, che esauriva in Orlando la trattazione relativa all'attività *giuridica*, diventa soltanto una parte della «teoria» delle limitazioni amministrative all'attività privata⁹⁴; l'attività sociale non viene considerata solo sotto il profilo dell'esegesi delle leggi che la riguardano o dei rapporti tra i diversi enti che vi provvedono, come ritenuto da Orlando⁹⁵, ma viene esposta in modo totalizzante, nei suoi profili tanto organizzativi quanto funzionali.

Ponendo a confronto l'impostazione di Orlando e quella di Romano si coglie una differenza molto profonda, tale da fare apparire le loro opere istituzionali come rappresentative di due epoche diverse nella evoluzione della scienza del diritto amministrativo⁹⁶.

Si può affermare che, con l'opera di Orlando, i problemi della individuazione della materia oggetto della scienza del diritto amministrativo siano stati in gran parte risolti (in un modo o nell'altro) e, di conseguenza, tranne che per un aspetto (che subito indico), siano stati abbandonati, in una con la distinzione, cui Orlando dava grande rilievo, tra attività giuridica e attività sociale dell'amministrazione pubblica. Romano, oltre ad un vago accenno alle soluzioni del suo Maestro, più per omaggio che

⁹¹ Alla quale Romano preferisce assegnare la qualificazione di «attività autoritativa» (*Principii*, cit., 3, nt. 1), identificandone un aspetto differenziale, entro certi limiti, rispetto all'attività sociale.

⁹² *Principii*, cit., 13.

⁹³ Le limitazioni amministrative all'attività privata, le prestazioni degli enti amministrativi, le prestazioni agli enti amministrativi, la proprietà pubblica, il regime amministrativo della proprietà privata e i rapporti di diritto privato degli enti pubblici (*Principii*, cit., 32-33).

⁹⁴ *Principii*, cit., 225 ss.

⁹⁵ V.E. ORLANDO, *Principii*, cit., 276.

⁹⁶ In effetti Romano riprende, in termini più aggiornati, e salva la diversa impostazione teorica, le tesi degli autori preorlandiani circa l'oggetto del diritto amministrativo; cosicché si può dire che la posizione decisamente restrittiva proposta da Orlando sia stata una tesi personale, da considerare niente più che una parentesi nell'evolversi della dottrina sul punto.

per convinzione, imposta in modo diverso, e ben più moderno, l'esposizione della materia⁹⁷.

Resta in piedi un solo problema: l'attività di diritto privato dell'amministrazione pubblica è anch'essa oggetto (della scienza) del diritto amministrativo? Romano risponde positivamente, perché, nel trattare dei «rapporti privati degli enti pubblici», egli avrà «riguardo non ai principi di diritto privato che li regolano, ma a quelli di diritto pubblico che su di essi influiscono, sia nella loro parte sostanziale, ora rendendoli possibili, ora vietandoli, sia nella parte formale, dettando cioè le norme che per la loro estrinseca validità debbono essere osservate»⁹⁸.

In termini concreti, il problema riguarda l'attinenza al diritto amministrativo degli atti (che allora venivano designati come) di gestione, che Romano propone di denominare negozi giuridici privati, lasciando ad indicare gli atti (allora indicati come) d'impero la locuzione atti amministrativi.

Il problema sarà poi affrontato con decisione da Cammeo, nel suo Corso, risalente agli anni 1911-1914.

Le «teorie» generali di Romano corrispondono con precisione alla parte generale del diritto amministrativo (organizzazione, attività, giustizia), come esposta tuttora nella massima parte delle opere istituzionali.

Se nella definizione del diritto amministrativo Romano non si discosta da Orlando, originale è, viceversa, la definizione del diritto costituzionale: esso, per Romano, «non è un ramo del diritto pubblico, ma il suo stesso tronco, ed unirlo al diritto amministrativo non è in nulla più giustificato (...) di quel che sarebbe di unirlo al diritto giudiziario o al penale»⁹⁹. Per meglio illustrare questa idea, Romano aggiunge che, con

⁹⁷ Tutta la problematica verrà comunque riesaminata *funditus* da Federico CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo* (risalente agli anni 1911-1914), ristampa del 1960, 1 ss.

⁹⁸ S. ROMANO, *Principii*, cit., 568.

⁹⁹ La «celebre immagine del diritto costituzionale come tronco principale, dal quale si dipartono i singoli rami di tutte le altre discipline giuridiche», non si trova enunciata per la prima volta nel lavoro su *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche*, risalente al 1903, come ritiene M. FIORAVANTI, *Stato giuridico*, cit., 301, ma viene chiaramente esposta nei *Principii* di un paio d'anni precedenti. Va anche rilevato che la metafora del tronco viene ripresa nel *Corso di diritto costituzionale* Padova, 1931³, 12: «il diritto costituzionale è quella parte dell'ordinamento dello Stato, che è in maggiore, continua e generale connessione con tutte le altre, nessuna esclusa, e in un certo senso le coordina, il che, lungi dall'attenuare, rinvigorisce e conferma la sua autonomia. A tutte queste altre parti, esso, infatti, sovrasta e, per questa ragione, se ne differenzia: più che un ramo dell'ordinamento statale, è il suo stesso tronco, al quale si attaccano, ma dal quale anche si dipartono i vari rami dell'ordinamento medesimo». Viene ripresa anche nel *Diritto pubblico italiano*, Milano, 1988, 5 (opera risalente al 1914, ma pubblicata solo nel 1988).

l'immagine del tronco, «vien messo in luce quel che c'è di vero nella frase di Pellegrino Rossi, divenuta comune, secondo la quale il diritto amministrativo avrebbe in esso [ossia, \nel diritto costituzionale] 'ses têtes de chapitres'. Tale frase – prosegue Romano – può riferirsi esattamente anche alle altre scienze del diritto pubblico, senza attentare (...) alla loro autonomia»¹⁰⁰.

Altrettanto originale è l'idea che Romano ha della scienza dell'amministrazione: contrariamente alla opinione dominante, anche in Germania, anzi generale, egli nega che essa abbia un oggetto diverso da quelli studiati dal diritto amministrativo, dall'economia, dalla scienza delle finanze, dalla politica, dalla filosofia e dalla sociologia. Per cui «essa può soltanto concepirsi come l'insieme delle varie scienze che toccano l'amministrazione pubblica e che talvolta conviene designare con un'espressione comprensiva»¹⁰¹.

In definitiva, Romano chiarisce definitivamente quale sia l'oggetto del diritto amministrativo, e quale la sua collocazione tra le scienze, non solo giuridiche, che attengono all'attività amministrativa; attività che, peraltro, riferisce complessivamente (solo) allo Stato.

5. Su alcuni argomenti specifici trattati nei Principii

Non essendo possibile, né forse utile, illustrare l'intero contenuto del volume, né sottolineare per intero il contributo di originalità che in esso è insito, provo a soffermarmi su alcuni argomenti specifici.

Il primo di essi riguarda la nozione di atto amministrativo: l'interesse per l'argomento deriva dalla circostanza che tale nozione non si trova nei *Principii* di Orlando, e, come elaborata da Romano, risulta tecnicamente più precisa di quella reperibile nelle opere degli studiosi a lui contemporanei.

Secondo Romano, per atto amministrativo deve intendersi «una pronuncia speciale di un'autorità nell'esercizio di una funzione amministrativa», così escludendo dalla nozione, contrariamente ad opinioni allora diffuse, sia gli atti normativi di organi amministrativi (ad esempio, i

¹⁰⁰ *Principii*, cit., 7-8.

¹⁰¹ *Principii*, cit., 13. Egli respinge l'opinione generale, esposta in particolare da C.F. Ferraris, secondo cui oggetto della scienza dell'amministrazione sarebbe «l'intera attività sociale dello Stato, quella cioè diretta alla cura dei bisogni fisici, economici ed intellettuali della società, studiata così dal lato della convenienza, specialmente economica, come da quello del diritto positivo, da cui il suo esercizio è regolato» (12).

regolamenti)¹⁰², sia i negozi di diritto privato, «che le amministrazioni pubbliche possono compiere», sia ancora i meri fatti giuridici¹⁰³.

Aderendo alla concezione allora dominante¹⁰⁴, e facendo tesoro delle indicazioni del suo Maestro circa l'impiego delle categorie civilistiche, Romano afferma che gli atti amministrativi sono «dichiarazioni di volontà che abbiano per effetto la nascita, la modificazione o l'estinzione di un diritto», come i negozi giuridici privati: possono denominarsi «*negozi di diritto pubblico*». Hanno «analogie» con i negozi di diritto privato, ma se ne differenziano «profondamente, in quanto sono manifestazioni di una volontà superiore»¹⁰⁵. Se sono bilaterali, o, più esattamente, se la loro efficacia dipende dalla volontà della controparte privata, essi non sono comunque atti contrattuali, e ciò a causa della «natura giuridica dei due subbietti» (l'ente pubblico e il soggetto privato), che, «anche quando l'uno appare non soggetto all'altro in virtù del suo *status libertatis*, è troppo diversa perché si possa concepire il loro armonico ed *equivalente* concorso nella formazione di un medesimo atto»¹⁰⁶: la volontà del privato va considerata come «una condizione o un presupposto dell'atto»¹⁰⁷.

Sono posizioni che resteranno per decenni nella dottrina: anticipano in particolare le ricostruzioni di Raggi, Pacinotti, Cammeo, Ranalletti, Trentin, Borsi, Forti ed altri, fino almeno a Guido Zanobini, che, com'è noto, di Romano fu allievo a Pisa¹⁰⁸.

¹⁰² La pronuncia deve essere speciale, «nel senso che non deve, almeno direttamente, contenere norme giuridiche. Tale requisito distingue l'atto amministrativo vero e proprio dal regolamento, che invece ha i caratteri dell'astrattezza e della generalità» (*Principii*, cit., 50).

¹⁰³ Per ROMANO, «l'istituzione di una scuola, la costruzione di una strada possono ricollegarsi e dar luogo ad atti amministrativi, ma in sé stesse non sono tali, appunto perché non sono pronunce» (*Principii*, cit., 49): sono «fatti leciti». La distinzione tra gli atti e gli effetti che vi si ricollegano è resa con evidenza.

¹⁰⁴ Cfr. M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), ora in *Quaderni fiorentini*, 2 (1973), 256: «quasi insensibilmente la dottrina è stata portata a riprendere l'atto amministrativo sul negozio privato, il soggetto amministrativo sul soggetto privato, la responsabilità amministrativa sulla responsabilità privata, e così via».

¹⁰⁵ *Principii*, cit., 51.

¹⁰⁶ *Principii*, cit., 54-55. «Ne viene che – aggiunge Romano – l'atto amministrativo (...) è perfetto solo che l'autorità lo abbia emanato: la volontà individuale non ha che una parte negativa, nel senso che, col suo rifiuto, può impedirne gli effetti».

¹⁰⁷ *Principii*, cit., loc. ult. cit. In tal modo Romano esclude che possa configurarsi il contratto di diritto pubblico, tranne che nelle relazioni fra gli enti pubblici (53).

¹⁰⁸ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I. *Principi generali*, Milano, 1958⁸, 242, riporta la definizione di Romano, sottolineando che essa non precisa il contenuto dell'atto amministrativo. Egli la integra definendo, com'è noto, l'atto amministrativo co-

L'emersione del provvedimento amministrativo come fattispecie tipica, fondamentalmente diversa dal negozio privato, avverrà solo intorno alla metà del Novecento¹⁰⁹; e va ricordato che, nei *Frammenti di un dizionario giuridico*, pubblicato nel 1947, Romano nota con decisione che la figura del negozio «non si rinviene negli atti le cui conseguenze giuridiche si producono soltanto in forza dell'autorità di chi li emana»¹¹⁰.

Al delicato tema della discrezionalità non viene dedicata che una frase: sono discrezionali quei poteri «che importano (...) delle facoltà non perfettamente determinate nel loro contenuto, ma solo nei loro limiti, entro i quali possono esplicarsi in molteplici modi e indirizzi»¹¹¹. Della discrezionalità Romano si era già occupato nel lavoro, di poco precedente, sulla interpretazione delle leggi di diritto pubblico, ove l'aveva considerata come un problema relativo, appunto, alla interpretazione, inserendosi in un indirizzo che, partendo da Tezner, arriverà fino a Mortati¹¹².

Anche alle situazioni giuridiche soggettive, vantate dai privati nei confronti delle amministrazioni pubbliche, non viene dato largo spazio¹¹³. Egli intende come interessi legittimi ciò che Ranelletti designa come diritti compressi o affievoliti¹¹⁴, e li tiene distinti dagli interessi oc-

me «qualunque dichiarazione di volontà, di desiderio, di conoscenza, di giudizio compiuta da un soggetto della pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa» (243).

¹⁰⁹ Mi permetto di rinviare al mio *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1995, 1 ss.

¹¹⁰ *Frammenti*, cit., 7. Tuttavia, nel *Corso di diritto amministrativo*, cit., 230, si ammette che una categoria di atti amministrativi, «ma soltanto una categoria, potrebbe, se si vuole, designarsi col nome di negozi giuridici, o negozi amministrativi»; ma si ricava dalla formulazione della frase che si tratta semplicemente di formale adesione alla opinione comune.

¹¹¹ *Principii*, cit., 41-42.

¹¹² Anche nei lavori successivi ROMANO non ha dato molto spazio al tema della discrezionalità. Nel *Corso di diritto amministrativo*, cit., 143, distingue le funzioni (intese come potestà «che debbono tener conto degli interessi (...) delle collettività, considerate nel loro insieme, cui questi appartengono») in «libere e vincolate». Le prime «implicano sempre (...) una certa sfera nella quale la volontà del soggetto deve determinarsi da sé»; e precisa che «la libertà massima consentita alle funzioni non è mai l'arbitrio, ma la c.d. 'potestà discrezionale', che permette al suo titolare di valutare gli interessi per cui dovrà esercitarla, ma vieta che da tale valutazione si possa prescindere».

¹¹³ È sintomatico che nei *Principii* non siano rammentati i diritti pubblici soggettivi, se non per affermare che la loro nascita, modificazione o estinzione non possono essere l'oggetto di contratti che le amministrazioni hanno generale capacità a stipulare (582).

¹¹⁴ *Principii*, cit., 44.

casionalmente protetti, caratterizzati da un rapporto «puramente casuale» tra l'interesse e la norma che lo protegge¹¹⁵. La classificazione degli interessi «giuridici e legittimi» diverrà chiara nelle opere successive: essi vengono suddivisi in interessi semplici, interessi occasionalmente protetti e interessi direttamente protetti; a parte restano i diritti soggettivi¹¹⁶. La distinzione degli interessi «giuridici» si fonda sui mezzi di tutela: gli interessi semplici trovano tutela con i ricorsi amministrativi, gli interessi occasionalmente protetti con i ricorsi di legittimità al giudice amministrativo, gli interessi direttamente protetti con i ricorsi estesi al merito, sempre dinanzi al giudice amministrativo.

Questa classificazione non sarà più abbandonata dal nostro Autore.

Si può passare, quindi, alla breve illustrazione dell'ultimo degli argomenti che intendo prendere in considerazione, quello che Romano chiama «teoria della protezione giuridica verso le pubbliche amministrazioni».

La seconda edizione dei *Principii*, essendo apparsa nel 1906, vede la luce prima della legge del 1907, che rese indiscutibile la natura giurisdizionale della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, ma dopo le note sentenze della Cassazione romana che tale natura avevano chiaramente affermato e, soprattutto, dopo l'uscita dei lavori di Mortara, di Cammeo e di Salandra. Eppure Romano non si allontana minimamente dalle conclusioni cui era pervenuto nel lavoro su *Le giurisdizioni speciali amministrative*: in queste «il giudice è un'autorità amministrativa»¹¹⁷; caratteristica della giustizia amministrativa è che essa si esplica «per mezzo di atti che, nemmeno se riguardano diritti subbiettivi, possono definirsi come sentenze, ma che invece costituiscono provvedimenti amministrativi»¹¹⁸.

Da ciò Romano ricava che «la difesa dei diritti subbiettivi col ricorso contenzioso» dinanzi agli organi di giustizia amministrativa, «non esclude l'azione giudiziaria, appunto perché non può considerarsi né dà luogo all'esercizio di una giurisdizione»¹¹⁹. Risulta quindi chiaro che Romano aderisce alla tesi della doppia tutela, ma in modo e per ragioni del tutto proprie: non si tratta di due tutele entrambe giurisdizionali, comprendenti l'una l'azione di annullamento, l'altra l'azione risarcitoria, ma si tratta, da un lato di una tutela sostanzialmente giurisdizionale ma formalmente amministrativa e, dall'altro, di un'altra tutela di carattere pienamente giurisdizionale, entrambe limitate all'azione di annullamento.

¹¹⁵ *Principii*, cit., 43. Risulta evidente l'accoglimento della tesi di Meucci.

¹¹⁶ S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 151 ss.

¹¹⁷ *Principii*, cit. 189; v. anche 198.

¹¹⁸ *Principii*, cit., 189-190.

¹¹⁹ *Principii*, cit., 213.

Questo approccio non trova alcuna corrispondenza nel pensiero di Orlando, in particolare nella trattazione dell'argomento inclusa nei suoi *Principii di diritto amministrativo*, ove egli afferma decisamente che «una giurisdizione appartenente al potere esecutivo come tale non può esistere»¹²⁰; e si schiera a favore dell'unità della giurisdizione, che considera conseguenza necessaria della divisione dei poteri¹²¹.

In definitiva i *Principii* di Romano costituiscono la prima trattazione che possiamo ritenere moderna del diritto amministrativo, molto diversa non solo dalle opere precedenti e coeve dello stesso genere, ma anche dall'opera dello stesso titolo dovuta ad Orlando.

Ciò che colpisce è la larghissima conoscenza di ogni branca del diritto amministrativo, con l'esposizione, sia pure succinta, di una serie enorme di discipline di settore; anche di discipline totalmente ignorate perfino in trattati di dimensioni molto superiori ai *Principii*: ad esempio, per la prima volta (per quanto mi risulta) viene affrontato il tema dell'esercizio privato di funzioni pubbliche¹²².

6. *Recensioni e valutazione dell'opera giovanile di Santi Romano*

Santi Romano faceva parte di un nucleo di studiosi, nati negli anni settanta del diciannovesimo secolo, che, subentrati al gruppo risalente al decennio precedente, avrebbero dato un contributo fondamentale alla sistemazione della disciplina del diritto amministrativo, facendola evolvere dallo stadio in cui veniva considerata «un labirinto o ginepraio inestricabile»¹²³.

La prima edizione dei *Principii*, apparsa, come si è detto, nel 1901, ha

¹²⁰ *Principii*, cit., 288.

¹²¹ *Principii*, cit., 298 ss.

¹²² *Principii*, cit., 182 ss. Il rilievo è di O. RANELLETTI, *Recensione a S. Romano, Principii di diritto amministrativo italiano* (1902), ora in *Scritti giuridici scelti*, vol. I, *Lo Stato*, Napoli, 1992, 240-241.

¹²³ O. RANELLETTI, *Recensione*, cit., 239.

Tra gli studiosi che possono considerarsi coetanei di Romano vanno ricordati Errico Presutti, Federico Cammeo, Luigi Raggi, Cino Vitta, Luigi Raggi, Ugo Forti, Umberto Borsi, tutti nati tra il 1870 e il 1878. Ranelletti è leggermente più anziano, essendo nato nel 1868. Nel decennio precedente troviamo, fra gli altri, oltre Vittorio Emanuele Orlando, Luigi Rava, Alfredo Codacci Pisanelli, Antonio Longo, Giovanni Vacchelli, Vittorio Brondi; a questi si possono aggiungere, benché nati negli anni cinquanta, Antonio Salandra, Lodovico Mortara, Giuseppe Menotti De Francesco; e, da ultimo, Lorenzo Meucci, anche se la sua nascita risale al 1835.

avuto due autorevoli recensioni, l'una dovuta a Oreste Ranelletti, l'altra a Errico Presutti, entrambi appartenenti alla stessa generazione di studiosi.

Nelle due recensioni il tema maggiormente trattato è quello del metodo seguito da Romano nella ricostruzione e nella esposizione della materia; e ciò si spiega perché proprio il metodo costituisce l'aspetto di maggiore diversità rispetto ai canoni tradizionali.

Ranelletti afferma in primo luogo che il volume di Romano risponde alla esigenza, allora generalmente avvertita, della necessità di contribuire «alla formazione di una scienza nostra del diritto amministrativo e alla posizione dei principi generali del medesimo»¹²⁴.

Dà conto riassuntivamente del contenuto del volume e delle tesi ivi sostenute, ma non ne approva affatto la sistematica. Prendendo in esame il metodo seguito da Romano, articolato per «teorie giuridiche», e definito «ricostruttivo», in contrapposto a quello tradizionale, ritenuto «espositivo», non lo trova adatto ad un manuale, pur avendo cura di avvertire di essere «un caldo sostenitore dell'indirizzo giuridico nello studio del diritto pubblico». Un manuale, che ha scopi didattici, «non deve costruire teorie, ma esporle; epperò tutti i principi giuridici generali e comuni dovranno essere esposti in una parte generale e preliminare, e i singoli istituti dovranno essere esposti separatamente nel luogo, in cui li vogliono la loro natura e la funzione amministrativa, a cui essi si riferiscono, senza che questo debba importare invasione nei campi di scienze non giuridiche, o adozione di criteri ad esse propri»¹²⁵.

In questa prospettiva, vengono segnalate numerose forzature alle quali il metodo c.d. ricostruttivo, in base al quale si trascurano «gli elementi di contenuto» a favore di «un elemento formale ed estrinseco»¹²⁶: materie disparate trattate nella medesima «teoria», la stessa materia trattata in più «teorie». Per fare un esempio, Ranelletti non condivide che siano collocate in parti diverse la teoria della proprietà pubblica e la teoria del regime amministrativo della proprietà privata¹²⁷.

In definitiva, Ranelletti critica a fondo il metodo seguito da Romano, ritenendolo fonte di confusione, anziché di semplificazione¹²⁸; e rileva

¹²⁴ O. RANELLETTI, *Recensione*, cit., 239.

¹²⁵ O. RANELLETTI, *Recensione*, cit., 246-247. Sembra di poter affermare che Ranelletti si riferisca al metodo prescelto da Lorenzo MEUCCI (*Instituzioni*, cit., 23-24).

¹²⁶ O. RANELLETTI, *Recensione*, cit., 245.

¹²⁷ O. RANELLETTI, *Recensione*, cit., 246.

¹²⁸ O. RANELLETTI, *Recensione*, cit., 244: «il suo intento è certo lodevolissimo; ma non mi pare possa dirsi raggiunto, né mi sembra che il sistema, da lui seguito, possa essere adottato».

inoltre che, se con esso si è voluto seguire l'indirizzo giuridico, si è andati inutilmente oltre il necessario, dato che il sistema tradizionale, c.d. «espositivo», può ben essere rispettoso di tale indirizzo; concludendo con l'affermazione che «la tendenza dominante può essere seguita»¹²⁹.

Sviluppa, inoltre, «qualche osservazione amichevole».

Nella prima edizione Romano aveva programmaticamente evitato di «aggiungere ai singoli argomenti indicazioni bibliografiche», per non accrescere la mole del libro e per non alterarne il disegno, che aveva cercato di «rendere semplice al possibile»¹³⁰. Ranelletti ne fa l'oggetto di una garbata critica: «l'autore espone l'opinione, che egli crede di accettare o di sostenere e non cura di accennare anche almeno a quelle, che nella nostra vita giuridica sono le comuni o almeno le dominanti». Si tratta di una lacuna grave per i fini didattici cui l'opera è diretta¹³¹. Quanto alle citazioni, Ranelletti non crede che «sia un bene l'averle omesse in modo assoluto»; e che sia «necessario indicare quei lavori, a cui l'A. abbia attinguto»¹³².

La recensione di Presutti si concentra sul metodo, che egli intende come «ordinamento da dare alla materia», o anche come «ordine sistematico da seguire»¹³³. Ritiene che Romano abbia preso come «criterio di sistemazione la natura del rapporto giuridico e le sue modalità», allontanandosi in tal modo decisamente dal criterio tradizionale basato «sui differenti scopi di pubblico interesse»¹³⁴.

Il metodo seguito da Romano non lo persuade, perché sembra inadatto alla destinazione didattica¹³⁵, disarmonico rispetto alla legislazione

¹²⁹ O. RANELLETTI, *Recensione*, cit., 247.

¹³⁰ *Principii*, cit., IX.

¹³¹ O. RANELLETTI, *Recensione*, cit., 243. La mancata esposizione delle altre opinioni «espone i giovani, che incominciano questi studi, ai quali soprattutto il manuale è diretto, e che naturalmente si affidano a quanto in esso hanno imparato, a disillusioni scientifiche, a non capire molta parte della nostra giurisprudenza e della nostra vita amministrativa e a non essere capiti a loro volta da quelli, a cui si dirigano nella loro vita pratica. Essi non hanno che una opinione, quella del manuale, senza sospettare l'esistenza delle altre».

¹³² O. RANELLETTI, *Recensione*, cit., 244.

¹³³ E. PRESUTTI, *L'ordine sistematico nei trattati di diritto amministrativo*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1902, 309 ss.

¹³⁴ E. PRESUTTI, *L'ordine*, cit., 310. Il criterio degli scopi di pubblico interesse, secondo Presutti, era seguito dagli amministrativisti tedeschi, che vengono considerati «i sistematizzatori per eccellenza».

¹³⁵ E. PRESUTTI, *L'ordine*, cit., 513-514: viene per prima sollevata «un'obiezione d'indole generale»: «se il trattato deve servire per chi vuole apprendere, non per colui, che già conosce la materia, è evidente che chi legge deve trovare nel trattato, un esame

positiva¹³⁶, inidoneo da solo alla esposizione integrale della materia¹³⁷, insufficiente per raggiungere «lo scopo di raggruppare ed esporre nel loro ordine logico i principi comuni regolanti i vari istituti»¹³⁸.

Presutti è convinto che la elaborazione scientifica del diritto conduca logicamente «alla conseguenza, che ogni trattazione sistematica di una disciplina giuridica è [sia] un coordinamento di norme generali, che si tenta di subordinare a norme sempre più generali, finché si giunge ad un principio generalissimo»¹³⁹. Sulla base di queste considerazioni, Presutti giunge a formulare un suo schema di trattazione complessiva, distinta in una parte generale ed in parti speciali, soffermandosi a dettagliare il contenuto della prima¹⁴⁰. A mio avviso, Presutti riprende da vicino le tesi di Meucci¹⁴¹, sia pure portandole ad ulteriore perfezionamento.

Le valutazioni critiche sul metodo ricostruttivo seguito dal Romano

completo di ciascun servizio amministrativo. Sarebbe strano che chi vuol conoscere qualche cosa sull'amministrazione sanitaria, chi, per es., volesse sapere quali obblighi a colui che è nominato medico condotto da un Comune, dovesse trovare in un punto del libro l'obbligo di depositare nell'ufficio comunale la laurea ed in un altro quello di curare gli infermi poveri, sol perché nell'un caso siamo nel campo della polizia e nell'altro in quello delle prestazioni degli enti pubblici».

¹³⁶ E. PRESUTTI, *L'ordine*, cit., 315: «a mio avviso – osserva Presutti – la stessa legislazione positiva c'interdice di seguire, in una trattazione scientifica di diritto amministrativo, l'ordine adottato dal Romano. La determinazione dello scopo di pubblico interesse, che l'Amministrazione persegue, non ha soltanto importanza in riguardo a scienze sociali non giuridiche, ma ha anche importanza giuridica grandissima».

¹³⁷ E. PRESUTTI, *L'ordine*, cit., 316: Romano, ad esempio, «è costretto a spezzare in più parti la materia delle autorizzazioni».

¹³⁸ E. PRESUTTI, *L'ordine*, cit., 317: «in altre parole, quella stessa menda, che il Romano trova, e giustamente, nel criterio di partizione comunemente seguito, inficia anche il criterio nuovo che ed esso e l'Otto Mayer e il Batbie patrocinano. Ed è logico, ripeto, che questa menda l'infici; esso ha il vizio fondamentale di non distinguere quelli, che sono principi comuni e generali regolanti l'attività amministrativa, qualunque fine di pubblico interesse essa persegua, e quelle che sono norme particolari, speciali, regolanti l'attività amministrativa, solo in quanto essa persegua un determinato scopo di pubblico interesse».

¹³⁹ E. PRESUTTI, *L'ordine*, cit., 318. Prosegue: «così noi abbiamo un principio fondamentale, che domina e governa ogni attività amministrativa, dei principi meno generali che governano e regolano l'attività amministrativa, ogni qual volta questa ha un determinato carattere giuridico ed infine abbiamo delle norme ancor meno generali, che governano e regolano l'attività amministrativa, solo in quanto questa si indirizza al raggiungimento di determinati scopi di pubblico interesse».

¹⁴⁰ E. PRESUTTI, *L'ordine*, cit., 320 ss.

¹⁴¹ L. MEUCCI, *Instituzioni*, cit., 22 ss.

devono aver fatto breccia, non solo sugli studiosi che si sono dedicati nei tempi successivi, ma anche sullo stesso Santi Romano; il quale, nell'opera più matura, ossia nel *Corso di diritto amministrativo*, non ha seguito, egli stesso, il metodo proposto con i *Principii*.

Come si è già accennato, la dottrina successiva, affascinata dalle opere sulla crisi dello Stato e, in particolare, sull'ordinamento giuridico, non si è soffermata granché sulla produzione giovanile di Santi Romano: fanno eccezione Massimo Severo Giannini e Maurizio Fioravanti.

Il primo, che scriveva nel 1940, rileva che, all'inizio del ventesimo secolo, «la tendenza più importante per l'elaborazione di una problematica del diritto amministrativo fu senza dubbio quella del Romano. I *Principii di diritto amministrativo* di quest'autore, scritti appena agli inizi del secolo, formarono il più notevole tentativo della nostra scienza a costruirsi una problematica propria». Ed osserva che, se essi «non ebbero molto seguito», fu «perché sopravanzarono lo stato in cui era allora la dottrina: occorre un'esperienza scientifica e un vasto reiterato esame del diritto positivo; questo poteva farsi solo per mezzo della tendenza contenutistica, che infatti fu prevalente»¹⁴².

Altrove Giannini ribadisce che «l'indirizzo del Romano» era «in posizione di superiorità rispetto a quella di altri indirizzi»; tuttavia Giannini non ritiene che «ci si debba riportare al Romano, e riprendere le teorie che allora egli espose nei *Principii*»; donde il giudizio finale: «in fondo, per quanto geniale, quest'opera costituì un primo tentativo, anch'esso problematicamente incompleto. Ciò che si deve riprendere è la sostanza costruttiva di quell'indirizzo con quella maggior coscienza critica che può dare, oggi [siamo nel 1940], una vasta conoscenza del tanto più progredito campo delle scienze giuridiche italiane»¹⁴³.

Il giudizio di Giannini riveste un particolare valore, perché egli, benché formalmente allievo di Guido Zanobini, riconosceva in Santi Romano il suo vero Maestro. E va segnalato che le osservazioni che egli svolge sui *Principii* di Romano, benché diverse per tono e per presupposti, hanno punti di convergenza con le più risalenti osservazioni di Ranalletti.

Maggiormente analitica è la valutazione di Fioravanti, la quale riguarda, oltre i *Principii*, l'intera produzione giovanile di Santi Romano.

Nella «lucidissima sintesi» dei *Principii* egli riconosce «la più rilevan-

¹⁴² M.S. GIANNINI, *Profili storici*, cit., 255-256.

¹⁴³ M.S. GIANNINI, *Profili storici*, cit., 259.

te opera manualistica del tempo»¹⁴⁴; e sottolinea che, con essi, «balza in primo piano l'amministrazione diretta, in senso autonomo, e dunque lo Stato che eroga servizi pubblici, che contratta, che possiede beni e detta regole per il loro sfruttamento». Sicché ci si trova di fronte ad «un nuovo mondo di istituti giuridici, che troviamo assente nel discorso di Orlando, tutto imperniato nella definizione del soggetto amministrativo, delle difese giurisdizionali contro l'azione amministrativa, e mai analiticamente attento alle strutture formali ed ai contenuti dell'azione medesima»¹⁴⁵.

Con visione allargata all'intera opera giovanile di Santi Romano, Fioravanti pone in rilievo che essa risponde «in positivo alla 'crisi' dello Stato liberale»; e contribuisce a «costruire lo Stato amministrativo, con una piena accettazione di tutte le implicazioni connesse, di ordine teorico, pratico-giuridico, e pratico-politico»¹⁴⁶.

Aderendo a questi giudizi, ritengo opportuno soltanto aggiungere che Santi Romano, fin da giovanissimo, nonostante che i suoi interessi erano prevalentemente orientati sul diritto costituzionale, anzi alla teoria generale del diritto, ha impresso alla elaborazione scientifica del diritto amministrativo una notevole spinta accelerativa, conferendole una impronta originale e personalissima.

¹⁴⁴ M. FIORAVANTI, *Stato di diritto*, cit., 410.

¹⁴⁵ M. FIORAVANTI, *Stato di diritto*, cit., 417.

¹⁴⁶ M. FIORAVANTI, *Stato di diritto*, cit., 408. Chiarisce F. che «assetto dei vertici istituzionali dello stato, rapporto centro-periferia, rapporto tra giustizia e amministrazione: sono i tre momenti emergenti nella costruzione dello Stato amministrativo, e sono anche, in concreto, i tre principali problemi dello Stato liberale tra Otto e Novecento. Sono infine, nello stesso tempo, i tre problemi di Santi Romano, dalla fine del secolo scorso [ossia dell'Ottocento], fin dentro il ventennio fascista, quando il nostro giurista assumerà la presidenza del Consiglio di Stato» (409).

ALDO TRAVI

IL DIRITTO AMMINISTRATIVO
E L'ORDINAMENTO GIURIDICO DI SANTI ROMANO

SOMMARIO: 1. Il contributo dell'“Ordinamento giuridico” al diritto amministrativo attuale. – 2. L'estensione della dimensione ‘giuridica’ e le ragioni della specialità. – 3. Il dibattito sulle legalità ‘attenuate’ e le asserite contraddizioni del pensiero romaniano. – 4. Per un fondamento giuridico della scienza del diritto amministrativo.

1. Il contributo dell'“Ordinamento giuridico” al diritto amministrativo attuale

L'“Ordinamento giuridico” è da un secolo una componente primaria della cultura del nostro diritto amministrativo¹ e più in generale della nostra cultura giuridica, e, anche per chi non condivide l'impostazione romaniana e si sente legato piuttosto a concezioni neostatalistiche del diritto amministrativo, o più in generale al normativismo, rappresenta per lo meno un termine di confronto essenziale². Nel diritto amministrativo, accanto ad alcuni autori che in passato hanno posto al centro la concezione istituzionista in quanto tale³, emerge più frequentemente e anche di recente la valorizzazione di spunti specifici, e ciò può sostenere la convinzione che nell'“Ordinamento giuridico” fosse dissociabile un profilo essenzialmente speculativo rappresentato da una tesi di fondo, di teoria generale, ed un profilo rappresentato dall'adozione di quella tesi come strumento per affrontare questioni più concrete. A me pare però, per le ragioni cui farò cenno più avanti, che questi due profili non siano

¹ Sul punto cfr. A. MASSERA, *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in *Dir. amm.* 2010, 761 ss.

² Cfr., per tutti, N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, 10 ss.

³ Sul punto S. CASSESE, *Le alterne fortune de “L'ordinamento giuridico” di Santi Romano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2018, 433 ss., che richiama in particolare la recezione delle tesi istituzioniste nelle opere di Silvestri e di Ottaviano e, in termini più circoscritti, di Bachelet e di F. Bassi. In questo modo, e cioè prendendo in considerazione la dottrina, specie amministrativistica, che ha esplicitamente fatto propria (in tutto o in gran parte) la teoria romaniana degli ordinamenti giuridici, Cassese rileva come l'opera di Romano nella cultura giuridica italiana abbia goduto di una “fortuna oscillante”.

pienamente dissociabili in un discorso giuridico. Di conseguenza anche l'utilizzo della tesi istituzionista come chiave di lettura di una vicenda giuridica⁴ ne dimostra la vitalità, e questa considerazione acquista un valore particolare, alla luce della ripresa del normativismo riscontrabile a partire dalla seconda metà del secolo scorso nel nostro Paese, non solo in termini generali soprattutto ad opera dei filosofi del diritto della scuola torinese⁵, ma anche in contesti amministrativistici.

Nel diritto amministrativo sono temi di fondo quelli che concernono i profili di specialità e i motivi di pluralismo⁶: rispetto ad essi è insufficiente ogni posizione descrittivistica, non solo per un'aspirazione culturale che ambisca a una coerenza formale, ma anche per un'esigenza propriamente giuridica, che è ricerca di un senso. Ogni elemento differenziale, nel diritto, sollecita una 'giustificazione': non può essere accettato passivamente, come se la diversità di trattamento giuridico fosse semplicemente un dato fisiologico o il risultato di contingenze naturali⁷. Questa esigenza è sostenuta oggi dall'importanza riconosciuta ai principi di uguaglianza e di ragionevolezza e perciò dalla necessità di vagliare qualsiasi diversità di soluzione anche alla luce di essi. Il peso assegnato a questi due principi non era probabilmente prevedibile un secolo fa, ma ciò non smentisce il valore di una prospettiva istituzionista, che non si accontentava di stabilire una relazione fra le norme e proclamava una dimensione più profonda, rappresentata dalla varietà degli ordinamenti, ponendo così in primo piano anche l'esigenza di scandagliare le loro ragioni giuridiche e le loro specificità e di porre in luce il quadro complesso dei loro rapporti.

⁴ Non necessariamente come 'principale' chiave di lettura, come invece si riscontra nei contributi di Silvestri e di Ottaviano richiamati anche da Cassese (cfr. nota precedente) che della teoria romaniana avevano inteso fare più puntuale applicazione.

⁵ La posizione critica di questa scuola si coglie bene in N. BOBBIO, *Dalla norma alla funzione*, Milano, 1977, 165 ss.; ID., *Teoria della norma giuridica* cit., 10 ss. Cfr. anche U. SCARPELLI, *Istituzione*, in *Gli strumenti del sapere contemporaneo*, vol. II, *I concetti*, Torino, 1985, 434 ss.; M. JORI e A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1988, 61 ss.

⁶ Ai fini che rilevano in questa sede, queste nozioni sono richiamate in senso generico, per designare ogni forma di deviazione rispetto a un sistema più generale. Pertanto non si contrappone qui 'specialità' a 'pluralismo' (nel linguaggio comune, 'specialità' richiama la presenza di ambiti del diritto che, pur riconducibili a una matrice comune, sono assoggettati a principi differenti da quelli più generali; 'pluralismo' invece richiama la coesistenza di diritti che sono espressione di matrici diverse), né si propone di ricercare una linea di confine fra le due situazioni.

⁷ O come se fosse accettato perché risultato naturale di una decisione politica.

A ben vedere, anzi, l'utilità della concezione istituzionista si percepisce, a maggior ragione, proprio oggi: più che in passato si coglie infatti l'insufficienza di una concezione che ambienti uguaglianza e ragionevolezza solo nel versante infra-ordinamentale e sembri dimenticare così che i più gravi interrogativi giuridici, nell'attualità, attengono soprattutto al versante diverso, che è quello del rapporto fra ordini diversi. Proprio con riferimento alle vicende dei rapporti fra ordini diversi (basti pensare ai momenti di confronto fra ordinamento nazionale e ordinamenti europei) uguaglianza e ragionevolezza assumono oggi un rilievo specifico. L'ordinamento giuridico di Santi Romano offre spunti preziosi, a questi fini, in particolare dimostrando i limiti di una logica gerarchica e introducendo modelli più adeguati a rappresentare la complessità delle vicende giuridiche. Ed è significativo che al tema del rapporto fra ordinamenti Santi Romano avesse dedicato la parte più estesa del suo volume⁸, come è stato più volte sottolineato anche in ambiti lontani da quello pubblicistico, da studiosi di chiara formazione istituzionista⁹. Certamente, in queste pagine dell'opera romaniana è fallace ricercare risposte a problemi puntuali, perché l'attenzione dell'autore era concentrata soprattutto sulla dimostrazione della varietà dei modelli di ordinamento; alla varietà dei modelli si correla, però, anche la varietà delle relazioni fra ordinamenti diversi e questo è un contributo decisivo¹⁰.

⁸ L'intera parte seconda: S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2° ed., Firenze, 1946, 85 ss.

⁹ Così, per esempio, A. PIGLIARU, *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Milano, 1959, 24 ss., 33 ss., 41 ss.

¹⁰ Sono emblematiche, in particolare, le considerazioni svolte da Santi Romano per dimostrare che il carattere 'originario' di un ordinamento non esclude in alcun modo la sua rilevanza in un altro ordinamento, secondo criteri stabiliti da quest'ultimo: la concezione istituzionista non negava questa rilevanza. Santi Romano lo affermò a chiare lettere in più punti dell'*Ordinamento giuridico*, ma lo avrebbe ripetuto, quasi in forma più didascalica, nelle voci 'Autonomia' e 'Realtà giuridica', dei "Frammenti per un dizionario giuridico": cfr. S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, *Autonomia*, 14 ss. (specialmente 17 ss.), *Realtà giuridica*, 204 ss. (spec. 210 ss.), oggi in *L'ultimo Santi Romano*, Milano 2013, 601 ss. e 797 ss.

Come è noto, la concezione istituzionista escludeva invece che la dimensione della rilevanza in un certo ordinamento potesse costituire una prospettiva privilegiata, o addirittura la chiave di lettura esaustiva, rispetto ad un altro ordinamento, e questa affermazione rappresenta un punto di partenza importante per ristabilire un rapporto corretto fra ordinamenti diversi. Si tratta di un punto di partenza che mi pare, in ampia misura, utile anche per chi accolga nozioni meno 'pregnanti' (ossia, meno 'romaniane') di 'ordinamento giuridico'.

E, ancora, nel diritto amministrativo il principio di legalità, inteso come criterio direttivo dell'azione amministrativa e accolto (magari nei termini tratteggiati in passato nella nota monografia di Nigro¹¹) anche alla base dell'organizzazione amministrativa, può sembrare a qualcuno come il riconoscimento finale di un postulato normativista. La norma, infatti, è assunta come criterio decisivo di verifica giuridica dell'atto, nei termini rappresentati dalla sua validità.

Si può prescindere qui da tutte le considerazioni che hanno portato a riconoscere anche nel diritto amministrativo la rilevanza, in termini giuridici, di profili dell'atto ulteriori rispetto alla validità e si può prescindere qui anche da quelle posizioni, meno diffuse, ma comunque sempre stimolanti (penso fra tutte a quella di Giorgio Berti¹²), che hanno opposto nel diritto amministrativo alla centralità di una legalità stabilita 'dall'alto' l'importanza di riconoscere una giuridicità già nelle relazioni concrete, nei 'fatti' e nella loro necessità. Resta però fermo che, quando si supera il piano del ragionamento per assiomi e si passa ad esaminare il principio di legalità nei suoi caratteri concreti e nei suoi contenuti reali, emergono difficoltà sostanziali. Una volta oltrepassata, come d'altronde è imposto anche dal nostro modello costituzionale, qualsiasi assimilazione diretta o indiretta alla riserva di legge, diventa impossibile identificare una misura comune. Il principio di legalità si presenta come necessità di una 'base' per l'azione amministrativa puntuale, ma quale dimensione sia richiesta per questa base è stabilito solo in casi limitati. Negli altri casi il normativismo tace, o, il che è poco diverso, si ferma al profilo descrittivo. E fermarsi al profilo descrittivo non equivale forse a rinunciare a ricercare una ragione 'giuridica' di un quadro che, nella realtà, risulta più articolato di quanto il modello consenta?

Nella ricerca di una risposta per questi ed altri interrogativi, l'Ordinamento giuridico di Santi Romano ha accompagnato da vicino tutti gli sviluppi più importanti del diritto amministrativo nell'ultimo secolo. Mi limiterò qui a richiamare alcuni esempi, tralasciando peraltro le vicende rispetto alle quali il modello romaniano costituisce da sempre un termine di riferimento più evidente, come è per la lettura di vicende quali il pluralismo amministrativo e il sistema delle autonomie¹³.

¹¹ N. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.

¹² Cfr., p. es., G. BERTI, *Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 3 ss.

¹³ Cfr. in questo stesso incontro di studi, A. POLICE, *Le autonomie pubbliche come ordinamenti giuridici*.

2. *L'estensione della dimensione 'giuridica' e le ragioni della specialità*

Il primo punto che mi sembra meritevole di attenzione è rappresentato dalla estensione della dimensione giuridica, rispetto alle vicende amministrative. È però opportuno, in proposito, un chiarimento preliminare.

Uno dei profili critici che accompagnano costantemente le vicende del diritto amministrativo è rappresentato dalla individuazione dell'ambito di rilievo giuridico in queste vicende. Faccio tuttora fatica a ritenere, per esempio, che certe valutazioni di ordine economico sull'organizzazione e sull'operato dell'amministrazione debbano di per sé avere necessariamente anche valore giuridico. Il diritto dell'amministrazione (uso una terminologia che a parere di alcuni autori dovrebbe progressivamente imporsi al termine più tradizionale¹⁴) non si identifica con tutto ciò che riguarda il mondo dell'amministrazione. Le vicende del diritto amministrativo sono rappresentate però da una progressiva, anche se lenta e talvolta inconsapevole, acquisizione di spazi e di significati per una prospettiva giuridica, con tutto ciò che in termini di rappresentazione ideale, culturale e pratica accompagna questa prospettiva.

Prima ancora di discutere sulla statualità o meno del diritto, si pone dunque l'esigenza di individuare modelli adeguati per identificare i 'margini del diritto'. Inevitabilmente l'esclusione o l'inclusione di un campo rispetto a questi margini determina conseguenze di rilievo, non solo sul piano della disciplina, ma anche ai fini della costruzione del fenomeno giuridico. Il fenomeno giuridico infatti ha caratteri non indifferenti rispetto al perimetro dell'ambito che rappresenta.

In questo contesto uno dei profili critici è rappresentato, direi da sempre, dalla c.d. attività interna dell'amministrazione. Una concezione della giuridicità incentrata sulle relazioni soggettive finiva con l'emarginare l'attività interna dal diritto amministrativo ed è ovvio che un diritto amministrativo amputato dell'attività interna finisce col fornire una rappresentazione banale delle proprie dinamiche, e cioè una rappresentazione ridotta alla dimensione superficiale del 'come' e non aperta anche a quella più intensa del 'perché'.

Il tema dell'attività interna dell'amministrazione era oggetto di un

¹⁴ Si consideri in particolare la riflessione meditata sull'ambito del diritto amministrativo sottesa da D. SORACE, *Il diritto delle amministrazioni pubbliche*, 9° ed., Bologna, 2018.

dibattito vivace, negli anni precedenti alla pubblicazione dell'Ordinamento giuridico, ed in questo dibattito si era lasciato trascinare anche lo stesso Santi Romano, che si era espresso in termini non molto dissimili da altri autori dell'epoca. Il dibattito si era incentrato soprattutto su due profili diversi, che però, a ben vedere, sfociavano entrambi anche nella dimensione della giuridicità cui facevo cenno. Il primo profilo, infatti, era rappresentato dallo spazio che assumeva in questo contesto la c.d. nozione della supremazia speciale, intesa come modalità di un potere pubblico separato però da quello generale e sprovvisto delle garanzie ad esso associate: una sorta di giuridicità attenuata, a tutto concedere. Le relazioni più strette con l'amministrazione sembravano riconducibili a questo modello, che aveva già trovato ampio sviluppo, come è noto, in alcuni testi classici della dottrina tedesca, ai quali Santi Romano si era mostrato in passato molto attento¹⁵. Il secondo profilo era rappresentato dalla tematica dei vizi dell'atto amministrativo: si discuteva se la violazione degli atti interni potesse tradursi in un vizio del provvedimento. Il dibattito, al quale proprio negli anni immediatamente precedenti alla pubblicazione dell'Ordinamento giuridico erano intervenuti amministrativisti di rilievo, come Ranelletti, Salemi, Presutti e lo stesso Zanobini¹⁶, ma anche costituzionalisti, come Gaetano Arangio Ruiz¹⁷, vide prevalere la tesi secondo cui la violazione degli atti interni avrebbe potuto, a certe condizioni, determinare l'illegittimità degli atti, ma non nella forma della violazione di legge, bensì in quella diversa dell'eccesso di potere. Questa conclusione sarebbe rimasta ferma anche successivamente, trovando più di recente sostegno in autori del calibro di Feliciano Benvenuti¹⁸.

Il tema dell'attività interna fu affrontato da Santi Romano nelle pagine finali dell'Ordinamento giuridico¹⁹, che sono dedicate appunto agli ordinamenti 'interni'. Sono pagine molto dense²⁰, che anche alcuni auto-

¹⁵ Cfr. soprattutto S. ROMANO, *Poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. it.*, 1898, oggi in *Scritti minori*, vol. II, Milano, 1950 (ristampa Milano, 1980), 83 ss.

¹⁶ G. ZANOBINI, *Le norme interne nel diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1915, II, 321.

¹⁷ Questo dibattito viene richiamato da S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2° ediz., cit., spec. 177.

¹⁸ F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, 5° ed., Padova, 1959, 112; ID., *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, 1997, 202.

¹⁹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* cit., 176 ss.

²⁰ Per un riscontro della loro influenza sulle riflessioni successive in argomento fino alla metà del secolo, cfr. E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1950, soprattutto 109 ss.

ri di impronta romaniana hanno riconosciuto non essere del tutto univoche²¹ e che fra l'altro si concludono un po' bruscamente, sollevando vari interrogativi, legati anche agli sviluppi che in origine avrebbe dovuto ricevere ulteriormente l'opera²². In queste pagine Santi Romano si confrontava con la teoria della supremazia speciale, che da molti è stata strettamente collegata a quella degli ordinamenti, ma che l'autore, pur riconoscendo di aver lui stesso in precedenza sostenuto opinioni diverse, dichiarava almeno a questi fini di respingere, e nei fatti prospettava una sistematica realmente alternativa. Santi Romano riconosceva innanzi tutto che col termine 'ordinamenti interni' non era possibile rappresentare una situazione omogenea e proponeva una sistematica coerente con la concezione dell'ordinamento giuridico, introducendo nello stesso tempo una componente di flessibilità. In particolare sarebbero state identificabili due tipologie distinte: quella dell'istituzione c.d. 'minore', alla quale l'istituzione più 'comprensiva' si riferisce in modo specifico (un esempio è l'ordinamento disciplinare), e quella dell'istituzione 'minore', capace però di porre un ordinamento da sé stessa (erano richiamati, come esempio, gli ordinamenti delle Camere del Parlamento)²³. La discussione allora in corso aveva riguardato anche il secondo caso e Santi Romano si interrogava se fosse fondata la posizione prevalente che escludeva per essi la qualificazione alla stregua di un ordinamento giuridico.

Leggendo oggi queste pagine si comprende che l'interrogativo affrontato da Santi Romano fosse in realtà più radicale di quanto rappresentato testualmente: in discussione non era tanto la collocazione degli 'ordinamenti interni', ma era soprattutto il carattere 'giuridico' di questi ordinamenti (Santi Romano scriverà a chiare lettere, nell'ultima pagina dell'Ordinamento giuridico, che a ben vedere in questo modo in gioco è il "concetto del diritto"). La conclusione dell'autore riconduceva alla nozione di giuridicità illustrata nelle celebri prime pagine della monografia, e quindi rivendicava il valore pienamente 'giuridico' degli ordinamenti interni. Nello stesso tempo, però, poneva in evidenza come la

²¹ V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 833 ss., oggi in *Scritti giuridici*, Milano 1992, vol. I, 91 ss. (soprattutto 92).

²² Di ciò si ha traccia anche nella *Prefazione* dell'autore che precede la seconda edizione del volume.

²³ Nel primo caso di ordinamento 'interno' si può parlare per ragioni di 'efficacia' (per la "sfera per cui valgono"), nel secondo caso si può parlare anche per ragioni legate alla fonte dell'ordinamento (*L'ordinamento giuridico* cit., 179).

loro riconduzione a una istituzione più 'comprensiva' non potesse significare necessariamente anche una rilevanza di tipo generale dei loro atti. L' 'impasse' che si configurava rispetto a impostazioni monistiche, come erano quelle in cui si ambientavano i dibattiti che ho già ricordato, veniva quindi superata, senza però sacrificare i margini della giuridicità rispetto all'attività interna; anzi recuperandoli a pieno titolo.

Non è possibile dimenticare che proprio queste pagine dell'Ordinamento giuridico sarebbero state oggetto, dopo quasi un cinquantennio dalla prima pubblicazione dell'opera, di una nuova ripresa del dibattito. Mi riferisco non tanto alle tesi, sostenute con passione da Ottaviano, dirette a dimostrare la configurabilità di un 'ordinamento amministrativo', distinto da quello generale²⁴, ma soprattutto alle obiezioni a queste tesi. Veniva segnalato (e già Ottaviano aveva in qualche modo prefigurato la critica²⁵) che anche il tema degli ordinamenti interni, riferito all'amministrazione, avrebbe dovuto essere ricondotto a parametri nuovi, per effetto dei principi costituzionali, in particolare dell'art. 97 Cost. per tutto quanto concerneva l'organizzazione amministrativa, e che rispetto al tema della tutela l'art. 24 Cost. ha introdotto una regola che non ammette deroghe o attenuazioni di sorta²⁶. Se la Costituzione impone un confronto pieno e diretto con l'ordinamento generale, quale spazio rimane per un concezione 'separata' dell'ordinamento amministrativo ?

L'obiezione è forte, ma in qualche modo già Santi Romano, seppur in termini ben diversi, aveva già proposto una soluzione. La soluzione era nei termini di una 'distinzione': non di una separatezza, che oggi a maggior ragione sarebbe certamente incompatibile con il sistema delle garanzie costituzionali, ma di una distinzione, che fosse innanzi tutto l'espressione di una 'specialità giustificata', perché riconducibile a una

²⁴ Cfr. V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo* cit. Alcuni di questi tentativi si risolvono in un'operazione quasi disperata, perché condotta sul piano di quegli ordinamenti che Santi Romano aveva definito come 'ordinamenti originari' e per i quali, con ancora maggiore chiarezza nei *Frammenti* (voce *Autonomia*, 18), sosteneva che gli elementi caratteristici fossero "la legislazione, l'esecuzione e la giurisdizione".

²⁵ V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo* cit., in *Scritti* cit., 110 ss., riconosceva pienamente come la struttura dell'amministrazione dovesse confrontarsi con l'art. 97 Cost.: la norma costituzionale, però, non avrebbe precluso la possibilità di configurare un 'ordinamento' amministrativo, ma ne avrebbe piuttosto sancito la posizione subordinata rispetto all'ordinamento generale.

²⁶ Cfr. per tutti E. CANNADA BARTOLI, *Illecito (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano 1970, 112 ss. (soprattutto 114 ss.)

istituzione. La 'giustificazione' (anche se non espressamente ricercata da Santi Romano) emergeva soprattutto nei casi più significativi esaminati nel volume, ossia quelli corrispondenti alla figura più 'comprensiva'²⁷, rispetto ai quali il riferimento all'istituzione era evidente.

Se si giungesse a negare una specialità di questo genere, non vi sarebbe neppure alcuno spazio per un'autonomia. Nello stesso tempo, in questo modo, un contributo utile viene reso anche rispetto al profilo nodale, segnalato all'inizio, della specialità. La specialità, in questi casi, risponde a una ragione non casuale, né contingente; proprio a questa condizione, con riferimento al tema degli ordinamenti interni, viene assunta come elemento fisiologico (e cioè non di per sé eccentrico) di una rappresentazione del fenomeno giuridico, non solo nei rapporti fra ordinamenti omogenei, ma anche nelle articolazioni di un unico ordinamento 'originario'.

3. *Il dibattito sulle legalità 'attenuate' e le asserite contraddizioni del pensiero romaniano*

Ad alcuni motivi del tema degli ordinamenti 'interni' riconduce anche un celebre dibattito che ha impegnato la dottrina della seconda metà del Novecento, soprattutto sulla base di alcuni spunti di M. S. Giannini che avevano tratto origine dal pensiero romaniano: mi riferisco alla controversa teoria degli ordinamenti sezionali. A partire dal 1939²⁸ e soprattutto dal 1949-1950, con riferimento specifico all'ordinamento del credito, Giannini aveva proposto di sviluppare la teoria degli ordinamenti derivati, identificando un complesso caratterizzato da un gruppo di figure soggettive ben determinabili, dall'esistenza di un'organizzazione del gruppo, dalla capacità di un'autorità – la Banca d'Italia, soprattutto, ma non solo – di elaborare e di imporre una normativa di settore, di carattere principalmente tecnico, con effetti vincolanti per gli operatori che compongono il gruppo²⁹.

Come è noto, questa teoria fu oggetto di un dibattito vivace, con in-

²⁷ *L'ordinamento giuridico* cit., 179-180.

²⁸ Cfr. *infra*, per i riferimenti dello stesso Giannini alla maturazione della sua riflessione in quegli anni.

²⁹ M.S. GIANNINI, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito* 1949, oggi in *Scritti*, vol. III, Milano, 2003, 57 ss.

terventi critici negli anni '60 di Merusi³⁰ e poi di Nigro³¹. Uno degli argomenti di critica fu rappresentato dalla difficoltà di riconoscere agli organi di governo dell'ordinamento sezionale (nel caso del credito, in particolare alla Banca d'Italia) una capacità effettiva di autonormazione, da intendersi come "potestà normativa derogatoria nei confronti dell'ordinamento statale"³². Questa capacità derogatoria non sembrava contemplata nella disciplina vigente, ma ancora di più sembrava incompatibile con il principio di legalità, che è basilare nell'ordinamento generale e al quale pertanto è soggetto anche l'organo di vertice dell'ordinamento sezionale. Giannini restò fedele alla sua concezione, tanto da riproporla ('rivisitata', però) in uno dei suoi ultimi scritti, del 1991-92, nel quale fra l'altro rivelò che la prima elaborazione della teoria degli ordinamenti sezionali era stata da lui discussa, oltre che con Zanobini, con lo stesso Santi Romano³³. Giannini ribadì in quell'occasione che essenziale per identificare un ordinamento sarebbe stata la titolarità di una "normazione propria", precisando tuttavia che questa normazione avrebbe ben potuto essere esercitata "in base a leggi dello Stato" e pertanto avrebbe dovuto essere esercitata nel rispetto dei parametri di legittimità stabiliti dall'ordinamento generale. Nello stesso tempo, così capovolgendo ulteriormente la prospettiva genuinamente romaniana, Giannini concludeva (riferendosi questa volta particolarmente agli ordini professionali) che se fosse mancata l'attribuzione del potere da parte dello Stato, non si sarebbe potuto riconoscere alcun valore normativo agli atti dell'autorità del gruppo. Tutt'al più avrebbe potuto ammettersi il valore di atto amministrativo, in base alla qualificazione di tale autorità come ente pubblico³⁴.

Si fatica oggi a rievocare questo dibattito senza considerare che ormai era avviata l'epoca delle amministrazioni indipendenti³⁵. Progressi-

³⁰ F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1964, 137 ss.; ID, *Servizio pubblico*, in *Novissimo Dig. It.*, vol. XII, Torino, 1966, 215 ss.

³¹ M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Padova, 1968, 68.

³² F. MERUSI, *Servizio pubblico* cit., 219.

³³ M.S. GIANNINI, *Gli ordinamenti sezionali rivisitati*, in *Studi in onore di Vignocchi*, Modena, 1992, oggi in *Scritti*, vol. IX, Milano, 2006, 125, sostiene infatti di aver elaborato questa tesi già nel 1939.

³⁴ Per alcuni spunti in questo senso, cfr. già M.S. GIANNINI, *Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1990, 997 ss. poi in *Scritti*, vol. IX, 132.

³⁵ Dopo pochi anni sarebbe stata approvata la l. 14 novembre 1995, n. 481, che istituiva le autorità di regolazione nei settori dei pubblici servizi.

vamente anche la stessa Banca d'Italia sarebbe stata associata in questa concezione e naturalmente il tema degli ordinamenti giuridici, soprattutto attraverso il prisma degli ordinamenti 'sezionali', ha acquistato ulteriore attualità³⁶.

Si può prescindere qui dal profilo della rilevanza della normazione 'propria', intesa come normazione capace di interventi 'derogatori': a me sembra che questo aspetto sia importante nella concezione dell'Ordinamento giuridico, ma non sia sempre imprescindibile (si pensi al caso già considerato di quegli ordinamenti 'interni' che Santi Romano nel suo volume qualificava come 'non comprensivi', rispetto ai quali l'autonormazione era marginale). Inoltre va raccolta senz'altro l'esigenza di qualificare gli atti sulla base (anche) dell'ordinamento generale, riconoscendo però nel contempo che questa soluzione, che è imposta dall'assetto costituzionale, non è assolutamente incompatibile con la struttura del ragionamento romaniano. La soglia di rilevanza di un altro ordinamento rispetto all'ordinamento che viene preso a riferimento (nel nostro caso, l'ordinamento generale) può essere variamente modulata.

Ciò premesso, mi pare che la teoria romaniana offra nell'ambito delle autorità di regolazione di settore una notevole capacità di rappresentazione della complessità giuridica concreta. Il gruppo, l'autorità preposta al gruppo con una potestà normativa, un modello organizzato secondo criteri analoghi a quelli di un'istituzione. Le corrispondenze sono notevoli e tutt'altro che epidermiche.

Le corrispondenze sono significative, tanto che a mio parere contribuiscono, forse anche sulla base di una rappresentazione imprecisa dell'opera di Santi Romano, ad essere invocate per giustificare alcune anomalie che in realtà sono e restano tali. Si pensi al riconoscimento alle autorità di regolazione di settore di poteri normativi ancorché non fondati su alcuna legge e più in generale ai c.d. poteri impliciti, che non valgono soltanto in ambito tecnico³⁷; si pensi al 'ritrarsi' del giudice, nell'esercizio del suo potere di verifica degli atti, sulla falsariga del c.d. sindacato debole o delle altre formule, spesso non proclamate ma

³⁶ Cfr. S. AMOROSINO, *Il processo di costruzione dell'Autorità e del mercato regolato dell'energia*, in *Attività regolatoria e autorità indipendenti*, Milano, 1996, 131 ss.

³⁷ Si tratta del fenomeno analizzato da N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, con conclusioni critiche rispetto alla possibilità di ricondurre l'assetto dei poteri delle autorità indipendenti, così come attualmente configurato nella prassi, al modello del principio di legalità. In argomento cfr. anche G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.* 2007, 703 ss.

ugualmente praticate, che ne sono seguite³⁸; si pensi alla ricerca, dichiarata anche nella giurisprudenza amministrativa, di una 'legittimazione' sostanziale sempre più ancorata al dato procedimentale, della consultazione con gli operatori del 'gruppo', invece che sul piano istituzionale³⁹; si pensi infine al rafforzamento di logiche incompatibili con un rapporto esclusivo con l'ordinamento generale, come è testimoniato dall'introduzione di legami stretti e diretti con organismi sovranazionali⁴⁰. La conclusione che si intravede all'esito di questi svolgimenti sembra la configurazione di ordinamenti non solo in senso proprio, ma anche sempre più eccentrici rispetto all'ordinamento generale di riferimento, e ciò, se forse in astratto potrebbe ammettersi sulla base di adozione generica della teoria romaniana, in concreto conduce a risultati inaccettabili anche sul piano costituzionale⁴¹.

Il dibattito, ancora una volta, dimostra comunque l'attualità della riflessione sul modello romaniano⁴². Nello stesso tempo in alcune rappresentazioni recenti delle Autorità indipendenti (accolte nella dottrina, ma soprattutto nella giurisprudenza) si coglie una sorta di deriva, rispetto alla prudenza di Santi Romano, che pur nella fedeltà al modello pluralistico degli ordinamenti giuridici non sacrificava ad esso l'attenzione per i rapporti reciproci e, per esempio, nel diritto amministrativo, per i provvedimenti, non introduceva deroghe al principio di legalità⁴³. Sono consapevole che per molti studiosi d'oggi questo profilo sembra destinato a sfociare nel nodo più generale di una asserita contraddizione nell'autore,

³⁸ La letteratura in argomento è amplissima. Con riferimento ai provvedimenti di Banca d'Italia, risulta tuttora emblematica Tar Lazio, sez. I, 9 agosto 2005, n. 6157, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 304 ss.

³⁹ Cfr., con riferimento alle autorità di regolazione nei settori dei servizi, Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182, in *Foro amm.*, 2016, 120; Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532, in *Foro amm.*, 2015, 760; Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4874, in *Foro amm.*, 2014, 2565 (queste pronunce riguardano tutte procedimenti di competenza dell'Autorità dell'energia, ma affermano principi più generali).

⁴⁰ Questo fenomeno oggi è particolarmente vistoso con riferimento alle Autorità nazionali competenti in materia antitrust, in materia di energia, in materia di credito.

⁴¹ In questo senso mi sembra che vadano valorizzate le critiche all'utilizzo della teoria degli ordinamenti giuridici (o degli ordinamenti sezionali) per l'analisi del fenomeno delle autorità indipendenti, da parte di F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti - Un romanzo quasi giallo*, Bologna, 2000, 24 ss., e da parte di M. CLARICH, *Le autorità indipendenti nello spazio regolatorio*, in *Diritto pubblico* 2004, 1035 ss.

⁴² Per l'analisi di queste tematiche si rinvia a A. MASSERA, *Le autorità indipendenti e l'Ordinamento giuridico*, in questo stesso incontro di studi.

⁴³ Cfr. S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, 2° ed., Padova, 1932, 234.

quasi una contraddizione esistenziale prima ancora che logica (si è scritto di recente di un 'enigma' romaniano): essa sarebbe rappresentata dalla diversità di spunti e di valori culturali che emergono negli scritti, prima e dopo il volume del 1917, ma sarebbe evidente anche alla luce degli elementi biografici, nell'autore di "L'ordinamento giuridico" che divenne poi Presidente del Consiglio di Stato.

Questa conclusione, però, non mi pare convincente.

La riflessione giuridica ha sempre una componente dualista, perché associa la considerazione complessiva del fenomeno giuridico, che è oggetto di indagine speculativa, con la rappresentazione del diritto nella sua attuazione concreta, che è oggetto di indagine pratica. Entrambi questi piani sono essenziali per il diritto e la concezione del fenomeno giuridico non può prescindere dall'uno per risolversi nell'altro. Nello stesso tempo la distinzione fra i due piani non introduce una contraddizione⁴⁴, ma è l'espressione di una modalità dell'analisi giuridica, che è perciò sempre 'relativa', perché è sempre ancorata ad un contesto di riferimento.

Semmai va riconosciuto che di questo dualismo, a differenza di tanti scrittori d'oggi, Santi Romano fu consapevole, cercando anche di registrarlo e di affrontarlo con cura, per esempio valorizzando gli elementi di continuità fra i due piani, attraverso l'analisi dei profili di rilevanza reciproca di ordinamenti diversi.

4. *Per un fondamento giuridico della scienza del diritto amministrativo*

Il riferimento a Giannini è di attualità, a mio parere, anche per un altro aspetto. In un intervento del 1950, tenuto peraltro avanti a un congresso di sociologi⁴⁵, Giannini affrontò uno dei punti notoriamente più dibattuti della teoria di Santi Romano, quello rappresentato dal concetto di 'istituzione'. Il concetto di 'ordinamento' o di 'istituzione', secondo

⁴⁴ Mi sembra perciò condivisibile, per questo profilo, la conclusione di Paolo Grossi che, con riferimento soprattutto ai contributi dottrinali di Santi Romano, esclude che emerga una contraddittorietà di fondo, e riscontra piuttosto un 'affiancamento' fra due dimensioni ugualmente rilevanti per l'esperienza giuridica. Così P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana - Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, 110.

⁴⁵ M.S. GIANNINI, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Atti del XIV Congresso internazionale di sociologia* (Roma 30 agosto - 3 settembre 1950), oggi in *Scritti*, vol. III, Milano, 2003, 403 ss.

una critica riportata anche da Giannini nel suo intervento, sarebbe definito da Santi Romano soltanto attraverso il rinvio alla nozione di gruppo o di corpo sociale; in questo modo, però, non sarebbe assolutamente precisato e sarebbe sostenuta l'obiezione di indeterminatezza o addirittura di tautologia.

A questa critica Giannini replicava solo in parte, esponendo un argomento molto interessante. Il concetto di istituzione, nell'Ordinamento giuridico di Santi Romano, scriveva allora Giannini, rappresenta un termine "liminale", ossia 'di confine': la sua analisi va pertanto cercata in altri contesti. Il concetto di istituzione, e pertanto quello di ordinamento giuridico, aveva un valore "squisitamente" sociologico e avrebbe dovuto essere approfondito nella prospettiva della sociologia dei gruppi, analizzata da Simmel e von Wiese, ma soprattutto da Ferdinand Tönnies⁴⁶. La conclusione di Giannini era che alla luce delle riflessioni sociologiche "il problema della pluralità degli ordinamenti giuridici può dirsi inesistente. Nella scienza sociologica la pluralità dei gruppi organizzati (e quindi degli ordinamenti giuridici) non si pone come teorema, e neppure come un interrogativo: si pone dunque come un dato di immediata e diretta rilevabilità".

A me pare che l'intervento di Giannini abbia un rilievo assolutamente centrale, non solo per l'analisi della concezione romaniana, ma anche più in generale per la cultura del nostro diritto amministrativo oggi. Si può prescindere, a questi fini, dalle interpretazioni proposte in vari decenni per il controverso concetto di istituzione e da ultimo dalla tesi che richiama per esso analogie di fondo anche con il profilo dell'effettività⁴⁷.

⁴⁶ Giannini di Ferdinand Tönnies richiamava essenzialmente *Gemeinschaft und Gesellschaft* (opera di cui l'autore pubblicò varie edizioni, dal 1887 fino al 1935): Tönnies proponeva la tesi sulla evoluzione di una collettività in 'comunità' e in 'società', in base all'affermazione di una volontà condivisa. Il riferimento a Tönnies doveva suscitare un'emozione particolare, in un convegno di sociologi nell'immediato secondo dopoguerra, per la dignità e la fermezza dimostrate dello studioso tedesco nei confronti del regime nazista.

Sull'attualità dell'opera di Tönnies, cfr. N. SCHNEIDERREIT: *Die Dialektik von Gemeinschaft und Gesellschaft. Grundbegriffe einer kritischen Sozialphilosophie*, Berlino, 2010.

⁴⁷ Cfr. U. SCARPELLI, *Santi Romano, teorico conservatore teorico progressista*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, a cura di P. BISCARETTI DI RUFFIA, Milano, 1977, 45 ss. Per ampi riferimenti a questo contributo di Scarpelli su Santi Romano, cfr. M. DOGLIANI, *La fortuna della teoria romaniana dell'ordinamento nelle varie aree disciplinari. Diritto costituzionale*, Relazione al convegno *Santi Romano. L'ordinamento giuridico 1917-2017*, Palermo 24-25 novembre 2017, in *Diritto pubblico*, n. 3/2018.

Certo è che, come riconosceva anche Giannini, Santi Romano considerava il fenomeno giuridico 'da un punto di vista esterno'⁴⁸, e quando si adotta questo punto di vista può risultare più ovvio cercare un fondamento traendo spunto da nozioni di altre scienze. A me pare, però, che nella riflessione giuridica di Santi Romano l'istituzione rappresentasse, più ancora che un termine 'liminale' (che è proprio di una relazione con altre scienze), un termine 'primo'. Santi Romano, nell'Ordinamento giuridico, non cerca fondamenti in altre scienze: ciò probabilmente avrebbe anche avuto un significato di dipendenza concettuale e scientifica. Cerca invece, pur restando 'da un punto di vista esterno' rispetto al fenomeno giuridico, di elaborare una teoria compiutamente giuridica, affrontando la sfida di elaborare un modello che sia tutto (anche nei suoi 'punti di partenza') interno al diritto. D'altra parte vi sono vari concetti base del diritto (penso al concetto di interesse, di valore, ecc.) che hanno il carattere del termine 'primo', che non richiede una definizione giuridica, perché si basa piuttosto sull'evidenza, e rappresenta esso stesso il punto di partenza del ragionamento. Icasticamente, si può dire che un termine di tal genere può essere rappresentato in senso giuridico (e in questa prospettiva la discussione è sempre aperta), ma non può essere definito in forza di altri termini giuridici⁴⁹.

Ho fatto riferimento alla pagina densa di Giannini non solo per il rilievo che essa ha ricevuto in alcune riflessioni critiche maturate rispetto alla concezione istituzionista, specie fra i filosofi del diritto⁵⁰, ma anche per introdurre una posizione che oggi sembra accompagnare più spesso, in termini almeno velatamente critici, i riferimenti di una parte della dot-

⁴⁸ Cfr. per tutti M. DOGLIANI, *La fortuna della teoria romaniana dell'ordinamento nelle varie aree disciplinari. Diritto costituzionale* cit.

⁴⁹ Si noti che anche altre costruzioni introducono un punto di partenza che non è di per sé dimostrabile col ricorso alle categorie elaborate dalla stessa scienza giuridica: nel caso della costruzione kelseniana, questa circostanza emerge con evidenza nel postulato di una norma fondamentale.

⁵⁰ L'intervento di Giannini del 1950 non è rimasto inosservato, fuori dell'ambito amministrativistico. In particolare è espressamente richiamato da N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica* cit., 21 ss., come argomento della critica che il filosofo del diritto torinese svolge nei confronti del pensiero di Santi Romano: Bobbio concludeva che la teoria istituzionista è accettabile solo nella misura in cui l'ordinamento giuridico venga identificato con un "insieme coordinato di norme". Una posizione critica è sviluppata da Bobbio anche in *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano* cit., 25 ss. (ove fra l'altro si afferma che Santi Romano sarebbe stato "teoricamente un pluralista, ma ideologicamente un monista").

trina amministrativistica rispetto all'Ordinamento giuridico. Emerge una certa insoddisfazione per il fatto che Santi Romano nel suo volume fosse rimasto a ragionare sul piano giuridico, senza rendersi conto che le basi del suo lavoro avrebbero ben potuto e dovuto collocarsi su un altro piano. L'auspicio di Giannini, per una riflessione più stretta di giuristi e sociologi insieme, si trasforma oggi in una critica, sempre meno larvata, quasi che dall'Ordinamento giuridico di Santi Romano trasparisse una insensibilità o un deficit culturale, una sorta di tributo alle ragioni dei tempi, che solo in epoche recenti sarebbe stato felicemente superato nel diritto amministrativo⁵¹.

Non riesco però a condividere questa critica. A mio parere Santi Romano, nell'Ordinamento giuridico, dimostra in modo straordinario l'esigenza e la dignità di un'indagine che sia propriamente giuridica⁵². Gli orientamenti divergenti, sempre più diffusi nella dottrina amministrativistica, confermano, paradossalmente, che il volume costituisce un insegnamento di straordinaria attualità. La confusione con temi diversi non arricchisce l'indagine giuridica, ma forse testimonia soltanto una incapacità di coglierne appieno il significato.

⁵¹ La critica sottintende anche una delusione, alla luce delle prospettive che sembravano invece emergere nella prolusione pisana del 1909 sullo *Stato moderno e la sua crisi*.

⁵² Cfr. M. DOGLIANI, *La fortuna della teoria romaniana dell'ordinamento nelle varie aree disciplinari. Diritto costituzionale* cit., che evidenzia come Santi Romano, pur collocandosi "da un punto di vista esterno" rispetto al fenomeno giuridico avesse ricercato una "qualificazione della definizione del concetto di diritto come una definizione giuridica e non sociologica" (per un'analoga distinzione cfr. anche N. IRTI, *Per una lettura critica di Santi Romano*, in *Diritto pubblico*, 2018, 16, con riferimenti anche al contributo di Giovanni Gentile). Mi sembra che analoghe siano anche le conclusioni di M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive di ricerca*, in *Quaderni fiorentini*, X, Milano, 1981, 169 ss., pur soprattutto alla luce degli scritti 'giovani'. Nel senso che *L'ordinamento giuridico* rappresentasse un'operazione di "antisociologismo", diretta ad assicurare l'autonomia della scienza giuridica, cfr. anche G. TARELLO, *La dottrina dell'ordinamento giuridico e la figura di Santi Romano*, in *Le dottrine giuridiche* cit., 245 ss. (soprattutto 249).

LEONARDO FERRARA

ANCORA SUGLI ORDINAMENTI DI SETTORE
E SU QUELLO SPORTIVO IN PARTICOLARE¹

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Il punto di vista. – 3. Le perplessità generate dalla costruzione pluri-ordinamentale. – 4. Dimensione etica e dimensione economica. – 5. Le formazioni sociali tra il piano deontico e quello assiologico. – 6. Tra essere e dover essere: il vincolo di giustizia. – 7. I condizionamenti.

1. *Il problema*

“L’ordinamento sportivo è la migliore conferma della pluralità degli ordinamenti”: esattamente con questa frase Natalino Irti ha chiuso il convegno sul centenario di “L’ordinamento giuridico” tenutosi a Napoli nel marzo di questo anno per l’iniziativa e nella sede dell’Istituto Italiano per gli Studi Storici.

Ecco, vorrei iniziare da qui, tentando di aggiungere qualche riflessione sulla tenuta della costruzione ordinamentale delle organizzazioni di settore e dello sport in particolare, che, come è noto, è stata oggetto di dibattito negli ultimi due decenni, a partire, potremmo dire, dalla sentenza Bosman².

Poiché mi sono espresso altre volte sul punto, anche in termini ampi e sempre critici³, in questa occasione mi propongo, più limitatamente, di fare qualche precisazione; di analizzare alcune recenti argomentazioni avanzate in dottrina a sostegno dell’anzidetta costruzione; di fornire qualche esempio concreto che va in direzione opposta.

¹ Relazione al convegno “Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano” (Pisa, 14-15 giugno 2018).

² M. CLARICH, *La sentenza Bosman: verso il tramonto degli ordinamenti giuridici sportivi?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 613 ss., nonché in *Riv. dir. sport.*, 1996, 393 ss.

³ La prima volta con un saggio uscito su *Diritto pubblico* nel 2007, dal titolo *L’ordinamento sportivo: meno e più della libertà privata*.

2. *Il punto di vista*

Riassumo la mia posizione in questa affermazione: si può sostenere l'esistenza dell'ordinamento sportivo o negarla, secondo che si adotti rispettivamente il punto di vista esterno oppure interno all'ordinamento dello Stato repubblicano⁴; se preferite, citando Scarpelli, anziché Hart, secondo che si assuma l'atteggiamento proprio delle scienze sociali, attento ai fenomeni presenti nella società, alla loro realtà ed effettività, oppure l'atteggiamento che è di pertinenza della dogmatica⁵.

Quanto detto mi consente, intanto, di condividere la conclusione di Irti di cui sopra, se è vero che egli attribuisce alla fondamentale opera di Santi Romano "carattere fenomenologico": "le istituzioni-ordinamenti giuridici sono fatti, esistono perché esistono, e, come tali, vengono studiati e descritti nella loro statica identità"; "la teoria della pluralità non dice, né può dire, a quale diritto prestare obbedienza, o quale diritto applicare nel caso concreto"⁶.

Naturalmente, anche questa interpretazione del pensiero romaniano non è pacifica⁷: lo stesso Romano "rifiuta con energia la qualifica di sociologo"⁸; si

⁴ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), Torino, 2006, 68 ss., nonché 105 ss.; v. in proposito anche F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, in *Legge-Ordinamento giuridico-Pluralità degli ordinamenti*, Milano, 1985.

Nota A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1994, 33, che "la prospettiva del principio della pluralità degli ordinamenti giuridici [...] fa vedere i fenomeni giuridici a partire da un caleidoscopio di diversi punti di vista: almeno da uno per ogni ordinamento, e in riferimento ad ognuno degli altri, e in primo luogo in ordine a se stesso".

Circa il rapporto tra punto di vista interno e visione pluralista del diritto v. di recente A. ROMANO TASSONE, *Considerazioni sul tema degli "ordinamenti particolari" (in margine al dibattito sul c.d. "ordinamento sportivo")*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, vol. II, 815 ss.

⁵ 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*, Milano, 1977, 48.

⁶ N. IRTI, *Per una lettura critica di Santi Romano (note introduttive)*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 15 ss.

⁷ Di recente, M. CROCE, *Il diritto come morfologia del sociale. Il pluralismo giuridico di Santi Romano*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 841, ha affermato che "L'ordinamento giuridico di Romano rappresenta ad oggi una delle teorie pluraliste del diritto pubblico più robuste e innovative, che mai ha ceduto alla tentazione di disperdere il diritto nel sociale".

⁸ Come ricorda U. SCARPELLI, *Santi Romano*, cit., 57.

tratta, comunque, di un'interpretazione tutt'altro che isolata: penso, per fare qualche esempio (pur nella diversità degli accenti), a Renato Treves⁹, a Norberto Bobbio¹⁰, a Massimo Severo Giannini¹¹, a Eugenio Picozza¹².

Altrettanto ovvia è la circostanza che la scelta del punto di vista interno o di quello esterno rappresenta una scelta individuale di valore¹³.

Non è questa, però, la questione di cui intendo occuparmi, dove è chiaro che la questione ci porterebbe diretti alle caratteristiche dell'ideologia di Santi Romano, necessariamente da storicizzare.

Per non apparire agnostico, rilevo soltanto che, a mio avviso, Romano fa uso, seppure senza concettualizzarlo espressamente, del punto di vista esterno, ma questo uso nel momento in cui scrive svolge una funzione analoga a quella che avrà trenta anni dopo l'art. 2 della Costituzione¹⁴: il riconoscimento della preesistenza delle formazioni sociali e della loro autonomia¹⁵. Non è un caso se il figlio di Santi, Salvatore, che scrive

⁹ R. TREVES, *Considerazioni sulla teoria sociologica del diritto di Santi Romano*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche*, cit., 263.

¹⁰ N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche*, cit., 31 e 42.

¹¹ Rilevante non sembra tanto la nota affermazione per cui “il concetto di ordinamento giuridico è un concetto giuridico liminale, la cui essenza è di dominio della sociologia”, dal momento che attraverso tali concetti “si operano [...] qualificazioni giuridiche”, cosicché è “al di là dei quali [che] non vi è più scienza giuridica”; significativa appare piuttosto la consapevolezza che “alla scienza del diritto, che è scienza concreta, ciò che interessa è soprattutto l'aspetto relazionale della regolazione dell'azione e della risoluzione dei conflitti”: così M.S. GIANNINI, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Atti del XIV Congresso internazionale di sociologia*, vol. IV, Roma, 1950, 455 ss.; ma v. anche ID., *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sport.*, 1949, 10 ss.; ID., *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 219 ss.; ID., *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 671 ss.

¹² E. PICOZZA, *I rapporti generali tra ordinamenti*, in C. FRANCHINI (a cura di), *Gli effetti delle decisioni dei giudici sportivi*, Torino, 2004, 1 ss.

¹³ Ancora N. IRTI, *Per una lettura critica*, cit., 15.

¹⁴ V. in un ordine di idee non dissimile, per tutti, U. SCARPELLI, *Santi Romano*, cit., 62-63. Sia consentito rinviare anche a L. FERRARA, *Giustizia sportiva*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, 2009, 491 ss.

¹⁵ Osserva N. BOBBIO, *Teoria e ideologia*, cit., 31, che “il successo della teoria pluralistica fu infatti l'effetto dell'aver dato una rappresentazione della realtà sociale più soddisfacente, proprio nel momento in cui il ribollimento delle forze sociali, seguito alla pressione della «questione sociale», rischiava di far saltare – e in taluni paesi questo salto era già avvenuto – il coperchio dello Stato”.

in epoca repubblicana, compie il trapasso dalla pluralità degli ordinamenti all'ordinamento della pluralità¹⁶.

A me, tuttavia, preme chiarire perché *oggi* si debba escludere l'esistenza dell'ordinamento sportivo dal punto di vista dello Stato (di là dalle qualificazioni positive esistenti, assiologicamente e normativamente non decisive¹⁷) o, anche, dell'Unione europea.

3. *Le perplessità generate dalla costruzione pluri-ordinamentale*

Prima di riassumere le ragioni di problematicità della costruzione pluri-ordinamentale, devo, tuttavia, precisare che della nozione di ordinamento sembra potersi predicare solo la originarietà: affermarne il carattere derivato può rappresentare una contraddizione in termini.

È stato, infatti, sostenuto che “la giuridicità in sé non può che essere originaria”¹⁸: la teoria ordinamentale finisce per rinnegare se stessa, nella dimostrazione della non necessaria statualità del diritto, laddove voglia congiuntamente utilizzare il concetto di derivazione, riconducendo la giuridicità di un gruppo sociale allo Stato. Il diritto che deriva da un altro diritto non può fondare propriamente un diritto (un'essenza giuridica) distinto da quello da cui discende¹⁹.

Si è anche osservato che “la nozione di ordinamento giuridico, espressione di una costruzione autenticamente pluralistica del *giuridico*, implica il necessario riferimento alla vita di comunità autenticamente

¹⁶ V. in questo senso L. FERRARA, *Riflessioni brevi sulla teoria ordinamentale di Salvatore Romano*, in G. FURGIUELE (a cura di), *Salvatore Romano*, Napoli, 2015, 150.

¹⁷ Si veda L. FERRARA, *Giustizia sportiva*, cit.

¹⁸ V. F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, cit., 212, 219, 257 e *passim*; F.P. LUISO, *La giustizia sportiva*, Milano, 1975, 372 ss. (n. 49 per richiami dottrinali).

¹⁹ E' vero che Santi Romano si era fatto carico di smontare la critica secondo cui “se un ordinamento [...] deriva da una potestà attribuita da un sovrastante ordinamento, per esempio dallo Stato, esso non si distinguerebbe da quest'ultimo, ma ne farebbe parte integrante”, rilevando che “un ordinamento che si costituisce in base ad un ordinamento superiore, non si confonde e si amalgama, almeno sempre e necessariamente, con quest'ultimo, ma può restare ben distinto da esso” (S. ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 16), epperò simile esatta considerazione (che trovava conferma, prima della riforma del titolo V della Costituzione, nell'applicazione della nozione di cui si sta facendo questione agli enti territoriali: v. in tal senso A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1994, 33 ss.) non sembra potersi estendere al carattere della giuridicità.

originarie, nel senso di non-derivate”²⁰. Questa osservazione può senz’altro essere sposata, nella misura in cui postula la preesistenza rispetto alla Stato dei gruppi sociali: in conformità del resto al *riconoscimento* delle formazioni sociali ricavabile dall’art. 2 Cost. La stessa osservazione ci porta, però, diretti alla nostra questione, nel momento in cui fa delle formazioni sociali, o di alcune formazioni sociali, anche degli ordinamenti.

Vengo allora all’elenco sintetico dei motivi che mi inducono a mettere in dubbio la nozione di ordinamento particolare o di settore e, in specie, di ordinamento sportivo²¹.

1) L’ipostatizzazione di un ordinamento distinto e quindi separato da quello dello Stato²² legittima in modo automatico l’esistenza di un’area fenomenica sottratta a quest’ultimo e alle sue norme, a cominciare da quelle costituzionali.

“L’ordinamento giuridico è concetto speculativamente autonomo rispetto ad altre nozioni similari (gruppo sociale, insieme di norme, organizzazione, ecc.)”, è stato anche rilevato, “solo quando l’unità che esso rappresenta mantiene una immanente virtuale esclusività più o meno effettivamente realizzata”²³. Dal punto di vista dello Stato, dunque, il concetto giuridico (non solo sociologico) di ordinamento di settore espone al rischio di dare dignità giuridica a fenomeni in potenziale contrasto con il suo diritto: ammettendo l’antinomia (la sua persistenza), non risolvendola.

2) La nozione di ordinamento particolare introduce una disparità di trattamento tra gruppi sociali che hanno oppure non hanno conquistato valenza o qualificazione ordinamentale. L’inquadramento come ordinamento diventa così il mezzo di cui dispone una classe o una formazione sociale, che

²⁰ P. GROSSI, *Sui rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo*, in *Dir. amm.*, 2012, 9.

²¹ Per un’analisi più distesa si veda, oltre al saggio indicato in apertura, la voce *Giustizia sportiva*, citata.

²² Rileva che “l’idea di ordinamento presuppone la separatezza da qualsiasi altro sistema di norme” R. MORZENTI PELLEGRINI, *L’evoluzione dei rapporti tra fenomeno sportivo e ordinamento statale*, Milano, 2007, 147.

²³ “Così che la pluralità degli ordinamenti non è che una sintesi verbale per indicare ciascun ordinamento per sé in quanto rivolgendosi all’esterno, fuori di sé, esso mantenga la possibilità, più o meno effettivamente realizzata, di porsi in contrasto con gli altri ordinamenti e quindi pure con l’ordinamento o gli ordinamenti generali”: F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, cit., 229-230.

pur vive e opera nell'ordinamento generale, per mantenere un'area di privilegio, di stampo volta a volta separatista o neocorporativo²⁴.

3) La costruzione ordinamentale del pluralismo sociale è servita nel tempo a mantenere nel terreno dell'irrelevanza giuridica (statale) la posizione del singolo a fronte del potere del gruppo, segnatamente di quello disciplinare²⁵; l'accento sulla rilevanza meramente interna all'ordinamento di associazioni di vario genere e tipo si è così rilevato funzionale al disconoscimento dell'individuo e delle sue ragioni di tutela²⁶, con effetti che perdurano sino a oggi²⁷. Il che, se volete, è un altro modo in cui si manifesta quell'antinomia irrisolta di cui parlavo prima²⁸.

4) La contrapposizione tra cittadino (soggetto dell'ordinamento generale) e socio o membro del gruppo (soggetto dell'ordinamento particolare) spinge verso la parcellizzazione soggettiva tipica dell'esperienza medioevale²⁹.

²⁴ In proposito, ampiamente, G. MANFREDI, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Torino, 2007. Rileva che “un altro aspetto proprio della pluralità degli ordinamenti [è] la creazione di ordinamenti creati da una élite, da una classe, da un gruppo sociale che spesso vive nell'area del privilegio” P. RESCIGNO, in *Salvatore Romano. Giurista degli ordinamenti e delle azioni*, Milano, 2007, 72. Osservava, F.P. LUISO, *La giustizia sportiva*, cit., 587, che “l'ordinamento italiano [...] non può permettersi, a pena di incostituzionalità, di fare un trattamento di favore ad alcuni gruppi per il solo fatto che essi formano un ordinamento giuridico”.

²⁵ Di recente, S. STACCA, *Il potere disciplinare. Dalla protezione della comunità alla protezione dell'individuo*, Napoli, 2018.

²⁶ V., in riferimento rispettivamente alle associazioni senza personalità giuridica e con personalità giuridica, W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963, 61 (nota 1 in particolare) e 58 (“se un associato compie, come tale, un affare, ossia compie un affare sociale, la sua responsabilità può essere soltanto sociale”).

²⁷ Può essere letta in questa chiave anche la nuova ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 2 l. n. 280 del 2003 per opera di TAR Lazio - Roma, sez. I ter, 11 ottobre 2017, n. 10171.

²⁸ Addirittura, possono rivelare questa antinomia irrisolta le questioni tecniche, riservate all'ordinamento sportivo dal dalla l. n. 280 del 2003: qualora si condivida il filone dottrinale che qualifica i regolamenti di giuoco come norme o come contratti (v., per tutti, G. MANFREDI, *Pluralità degli ordinamenti*, cit.; F. GOISIS, *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa e arbitrato*, Milano, 2007) e, al tempo stesso, si sostenga che la riserva sia figlia, non della irrelevanza delle questioni, ma di una precisa scelta (“autodeterminazione”) che “comporta un'autolimitazione nella giurisdizione dello Stato” (M. CROCE, *Il diritto*, cit., 858).

²⁹ V. anche A. ROMANO TASSONE, *Considerazioni sul tema degli “ordinamenti particolari”*, cit., 820-821, il quale constata la “sistemazione deteriore degli interessi del soggetto persona umana”.

5) Considerando segnatamente l'ordinamento dello sport, poiché “gli enti esponenziali [di tale ordinamento] assumono una delle vesti giuridiche conformi alle regole dello Stato in cui ha sede l'organizzazione sportiva (come vale per gli enti dell'ordinamento sportivo mondiale) o il cui ambito territoriale costituisce la *circostrizione* di riferimento dell'attività dell'organizzazione stessa (come vale per gli enti dell'ordinamento sportivo nazionale)”³⁰, la sua separatezza dall'ordinamento generale è smentita in fatto e in diritto.

6) L'argomento appena enunciato si eleva, infine, all'ennesima potenza nella considerazione della qualificazione pubblica dell'ente esponenziale di vertice dell'ordinamento italiano: il CONI.

4. *Dimensione etica e dimensione economica*

È venuto finalmente il momento di analizzare le più recenti e più ispirate o comunque più significative pagine scritte in difesa dell'ordinamento sportivo.

Il pensiero corre, innanzitutto, a Paolo Grossi, il quale, in una relazione pubblicata nel 2012 da *Diritto amministrativo*³¹, che ho invero già citato poc'anzi, ha, innanzitutto, collegato la nozione di ordinamento giuridico all'esistenza “di una comunità, piccola o grande, che trova il suo fattore di coesione in valori assunti (e condivisi) da ciascuno dei suoi membri quale fondamento ineludibile, quel fondamento che giustifica interamente ogni regola comunitaria e la assolutizza nella coscienza dei socii, imponendone una inderogabile osservanza; quel fondamento che, nella sua tipicità e irripetibilità, identifica quel singolo ordinamento rispetto a ogni altro, lo rende in sé - cioè nel proprio ordine - completo ed autosufficiente”, aggiungendo che “il carattere originario di un ordinamento esprime l'idea che le ragioni o le giustificazioni fondative di questo corrispondano, nel profondo, alla vita della relativa comunità, per come questa, nel suo complesso ma peculiare strutturarsi, sia stata capace di individuare e salvaguardare gelosamente i propri caratteri e la propria specifica identità”.

Questi “tratti tipizzanti” sono poi rinvenuti da Grossi nello sport,

³⁰ A. MASSERA, *Lo sport e il principio della parità delle armi, tra politiche antidoping e diritto della concorrenza*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2007, 206-207.

³¹ P. GROSSI, *Sui rapporti tra ordinamento statale*, cit., 11 ss.

che avrebbe “una dimensione della persona attinente alla spiritualità” e “un’etica assolutamente specifica”, cosicché andrebbe fatta “attenzione a non confondere la patologia dello sport con la sua fisiologia” ed esecrata “la dimensione economica” che accompagna lo sport professionistico per il tramite della configurazione delle società calcistiche quali s.p.a. con fini di lucro e con quotazione in borsa, in quanto “fatto inquinante [dei] valori condivisi”.

Nota incidentalmente una consonanza tra queste pagine e quelle, vibranti e di qualche anno precedenti, di Massera, che vuole per l’appunto erigere l’ordinamento sportivo a “barrier[a]” dell’ordinamento dello Stato³².

Ebbene, non mi sembra, in linea generale, che la comunità immaginata (idealizzata, mi verrebbe voglia di dire) da Grossi rappresenti la cifra dell’epoca “pos-moderna”³³, della società “liquida”³⁴ e della globalizzazione³⁵.

Ma, senza voler entrare in questo terreno, e pur riconoscendo il puro agonismo e la lealtà come virtù sportive, rilevo che il c.d. ordinamento sportivo non consiste nelle sole competizioni e i suoi esponenti non sono soltanto gli atleti. Molti sono i soggetti di quell’ordinamento e ancor più sono i soggetti interessati, così come gli interessi rilevanti, privati e pubblici.

³² “Se il dato antropologico ci suggerisce che la degenerazione del gioco si produce a causa della «contaminazione con la vita normale» [citazione tratta da R. CALLOIS, *Gli uomini e i giochi. La maschera e la vertigine*, trad. it., Milano, 1981, 74], è proprio l’utilizzo della categoria giuridica (essa sì tale) di ordinamento giuridico che può consentire di costruire giuridicamente le barriere o comunque gli anticorpi necessari ed adeguati per proteggere le attività sportive e il loro principio-guida universale dagli effetti negativi o almeno perturbativi potenzialmente derivanti dall’applicazione diretta e immediata (di alcune) delle regole ordinarie degli ordinamenti generali e (di alcune) delle prassi comportamentali in questi ultimi vigenti”: A. MASSERA, *Lo sport e il principio*, cit., 197.

³³ Secondo P. GROSSI, *Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno*, Genova, 2015, 42-44, “il sigillo [...] della modernità [è] un enorme (e riuscito) tentativo di liberare ogni individuo dai condizionanti tessuti comunitari di ordine medievale, avvertiti ormai come una ingombrante e soffocante ragnatela”, cosicché “il singolo comincia ad essere pensato non più come essere relazionale, necessariamente incastonato in varie strutture comunitarie, bensì nella sua individualità, nella sua insularità, munito di innate energie che costituiscono il fondamento e la tutela della sua stessa libertà”.

³⁴ Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

³⁵ V. per esempio S. SASSEN, *Una sociologia della globalizzazione*, Torino, 2008, 191 ss.

L'osservazione intercetta una questione a forte connotazione politica, che in questa sede va lasciata sullo sfondo, epperò, nell'analisi intrapresa, serve a dimostrare non solo che lo sport non costituisce un ordinamento ma anche che non è confinabile in un ordinamento, e quindi non è neppure un settore, nel senso, per l'appunto, che non può essere gestito con politiche di settore.

Per quanto poi più specificatamente concerne la dimensione economica dello sport, aggiungo che il denaro non è il diavolo, semmai lo è, o lo può essere, l'uomo che ne fa uso. Lo dico per cercare di non essere mandato all'inferno, nel momento in cui ricordo che tra le oltre venti misure contenute nel pacchetto sport inserito nella legge di bilancio per il 2018 ve ne è una, concernente la modellistica organizzativa del dilettantismo, che introduce la "società sportiva dilettantistica lucrativa"³⁶.

Si è, infatti, ritenuto che questa figura organizzativa, costituita in una delle forme societarie di cui al titolo V del libro quinto del codice civile, possa fare da volano agli investimenti privati nello sport dilettantistico, producendo effetti positivi anche per i praticanti e per i lavoratori del settore. La perseguibilità del profitto, accompagnata, in particolare, dalla previsione di agevolazioni fiscali (in punto di IRES e di IVA), seppure di entità circoscritta, vuole, cioè, attrarre capitali, rappresentare per l'imprenditoria un incentivo a investire nello sport, per esempio nell'impiantistica, con risultati da leggere nondimeno sul fronte del benessere e della salute delle persone. Inoltre, a questo imprenditore e a queste società, in modo direi consequenziale, sono stati imposti degli oneri: concludere contratti di lavoro subordinato; iscriverne al fondo pensioni lavoratori dello spettacolo istituito presso l'INPS tutti coloro che prestano la propria attività di lavoro in loro favore; assumere all'interno delle proprie strutture almeno un direttore tecnico laureato in scienze motorie.

Attraverso la s.s.d.l. risulterà indirettamente valorizzato altresì il mondo *no profit*, che mantiene l'attuale regime, anche fiscale, decisamente più favorevole (altro fronte politico aperto e al tempo stesso questione costituzionalmente rilevante dal punto di vista del principio di eguaglianza precedentemente considerato³⁷ è il rapporto tra questo regime e la riforma *in itinere* del Terzo settore): all'interno dei soggetti ri-

³⁶ Art. 1, commi 353-361, l. 27 dicembre 2017, n. 205.

³⁷ Supra § 3 punto 2 dell'elenco.

conosciuti dal CONI si opera una distinzione, che determina di per sé un risultato di chiarezza. Non solo, si stacca da quel mondo una costola: quella che già oggi fa profitto e distribuisce utili “sotto traccia”. La valenza altruistica delle associazioni e delle società a responsabilità limitata disciplinate dalla l. n. 289 del 2002 può finalmente emergere senza infingimenti³⁸.

Del resto, la circostanza che la dimensione economica dello sport non fosse riducibile allo sport professionistico non era più eludibile, come segnatamente ha dimostrato la giurisprudenza unionale³⁹.

5. *Le formazioni sociali tra il piano deontico e quello assiologico*

Merita ora un po' di attenzione lo scritto di un giovane studioso che, pur partendo dal condivisibile⁴⁰ presupposto che “la ricerca di ordinamenti giuridici diversi da quello generale si connette strettamente al riconoscimento, o al mancato riconoscimento, dei diritti fondamentali della persona, poiché è proprio la mancata effettività dei diritti riconosciuti dalla Costituzione in un determinato contesto a costituire la «spia» della sussistenza di un ordinamento giuridico diverso da quello generale”, è pur sempre mosso dall'obiettivo di ricostruire le presunte molteplici applicazioni costituzionali della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici⁴¹.

Quella che a me al fondo sembra una contraddizione non si attenua neppure nel momento in cui si opera “una scissione tra il piano deontico e quello assiologico”: quest'ultimo, corrispondente all'elemento identita-

³⁸ Nel momento in cui si licenzia questa relazione per la pubblicazione negli Atti del convegno si segnala che la società sportiva dilettantistica lucrativa è stata soppressa dall'art. 13 del d.l. 12 luglio 2018, n. 87, recante disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese, convertito con legge 9 agosto 2018, n. 96.

³⁹ Ricordo le sentenze della CGUE Deliége e Meca-Medina.

⁴⁰ Anche M.S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, cit., 234, notava a proposito dei gruppi sociali minori che vi è un ordinamento “quando la normazione propria può essere effettivamente fatta osservare anche contro le statuizioni degli ordinamenti statali”: dove è, inoltre, evidente, riallacciandosi a quanto si diceva agli inizi, che di ordinamento si sta ragionando in chiave fenomenologica, senza porsi la questione di quale sia il diritto da doversi applicare.

⁴¹ D. MARTIRE, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e Costituzione repubblicana. Spunti di riflessione alla luce dell'esperienza costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 861 ss.

rio teorizzato da Grossi, rivelerebbe l'esistenza dell'ordinamento minore, "il piano del dover essere" ricadrebbe viceversa "sotto l'alveo dell'ordinamento costituzionale".

È vero che l'Autore ragiona di una "riqualifica[zione]" costituzionale della teoria della pluralità degli ordinamenti, ma dal punto di vista della Costituzione, che si muove per l'appunto sul piano deontico, o si sta dentro l'ordinamento costituzionale o si sta fuori di esso.

In radice, dovrebbe essere lo stesso anche dal punto di vista identitario: certo, sono uno sportivo, ma sono prima di tutto un cittadino italiano. E ancora prima sono un uomo (o una persona): questo, però, è un altro capitolo.

Se non si vuole rimanere invischianti nelle parole, va detto a chiare lettere che la Costituzione non opera una "riqualifica[zione]", e neppure una "graduazione degli ordinamenti" sulla base della maggiore o minore compatibilità con l'"assiologia costituzionale", ma piuttosto, come già osservato, la trasformazione della pluralità degli ordinamenti in ordinamento della pluralità.

Altra questione ancora è poi se la Carta costituzionale faccia un uso "piuttosto disinvolto" del concetto di ordinamento, per usare un'espressione di Giugni⁴², o rinvii invece a un diverso concetto.

Nel ragionamento dell'Autore suscita, infine, qualche dubbio la ricostruzione dell'art. 2 della Costituzione.

Già in sé e per sé, nella misura in cui viene sollevato un problema di gerarchia tra principio personalista e principio pluralista, trascurandosi quelle dottrine che hanno colto nella norma costituzionale una garanzia tripartita: dell'individuo di fronte allo Stato, dell'individuo nelle formazioni sociali, delle formazioni sociali davanti allo Stato.⁴³ Una questione di gerarchia, pertanto, non vi è, se non nel senso che la tutela delle formazioni sociali non può essere superiore a quella (e quindi contro quella) dell'individuo.

Ma non soddisfa neppure la derivazione della nozione di ordinamento (minore, particolare o di settore, che dir si voglia) da tale articolo, sul-

⁴² G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche*, cit., 183.

⁴³ A. ORSI BATTAGLINI, 'L'astratta e infeconda idea'. *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, in AA.VV., *La necessaria discontinuità*, Bologna, 1990, 11 ss.; P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, 317 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1983, 1 ss.

la base della originarietà delle formazioni sociali. Si finisce per confondere, infatti, la originarietà come “anteriorità” o preesistenza rispetto allo Stato (alla stregua di quel *riconoscimento* del quale già si è discusso) con la originarietà come sovranità o indipendenza o separatezza. Togliere alla nozione di ordinamento quest’ultima caratteristica diventa, ancora, un giuoco di parole. “Ordinamento originario e ordinamento sovrano sono espressioni sinonime”: scrive Santi Romano nei *Frammenti di un dizionario giuridico* (voce Autonomia)⁴⁴.

6. *Tra essere e dover essere: il vincolo di giustizia*

Vorrei portare a questo punto almeno un esempio della tensione ancora esistente tra l’essere e il dover essere dell’ordinamento sportivo.

Il contrasto tra l’effettività, e quindi la separatezza, dell’ordinamento sportivo, da una parte, e la contrarietà di tale ordinamento a quello costituzionale, dall’altra, è rappresentabile in modo simbolico attraverso il c.d. vincolo di giustizia⁴⁵.

Questo contrasto, invero, si è di gran lunga attenuato in tempi recenti, tanto che si è potuto ragionevolmente sostenere che il vincolo di giustizia si è ormai “trasformato”⁴⁶ nella (mera?) pregiudizialità sportiva⁴⁷. Per quanto non abbia fatto una verifica aggiornata sugli statuti, sui regolamenti e sui codici di tutte le Federazioni sportive, vi è, tuttavia, una spia di una integrazione dell’ordinamento sportivo in quello generale non ancora ultimata.

Il CONI ha sottoposto ad aprile all’approvazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri una deliberazione contenente una serie di mo-

⁴⁴ S. ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 17.

⁴⁵ Osservava W. CESARINI SFORZA, *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in *Riv. dir. sport.*, 1969, 397, che “se si ammette che a ciascuna comunità organizzata corrisponda un autonomo ordinamento giuridico, diventa comprensibile che gli statuti prescrivano agli associati, in caso di contrasto fra loro o con l’associazione in materie regolate dalla legge di quest’ultima, di non avvalersi della giurisdizione dello Stato”. Il vincolo di giustizia, come noto, corrisponde a questa prescrizione.

⁴⁶ A. MASSERA, *Sport e ordinamenti giuridici: tensioni e tendenze nel diritto vivente in una prospettiva multilaterale*, in L. BRUSAGLIA – R. ROMBOLI (a cura di), *Sport e ordinamenti giuridici*, Pisa, 2009, 56.

⁴⁷ V. art. 3, comma 1, l. n. 280 del 2003.

difiche al Codice di Giustizia Sportiva⁴⁸: tra queste modifiche vi è l'aggiunta di un (terzo) comma all'art. 6, che recita testualmente: "In nessun caso, l'esercizio del diritto di azione nelle forme disciplinate dal presente Codice e in quelle previste dall'ordinamento dello Stato una volta esauriti i gradi della giustizia sportiva può costituire illecito disciplinare". Integrazione terminata? Non proprio, perché la disciplina transitoria di cui al nuovo articolo 64, secondo comma, prevedendo che "fino al recepimento delle presenti disposizioni negli Statuti e nei regolamenti federali, i procedimenti davanti agli organi di giustizia presso la Federazione continuano a svolgersi in base a quelle previgenti", espone il sistema al rischio che vi siano Federazioni che perseverano nel deferire e sanzionare disciplinarmente i tesserati che si rivolgono alla giustizia statale, in patente dispregio dell'art. 24 della Costituzione.

L'approvazione, per notizia, è stata sospesa dall'Ufficio per lo Sport, incardinato nella Presidenza del Consiglio, e al momento non è pervenuta una nuova deliberazione.

7. I condizionamenti

L'ipostatizzazione dell'ordinamento sportivo e della sua specialità o alterità, che ha trovato nella Presidenza Onesti il momento della massima declamazione, ha esercitato anche un condizionamento, non patologico, ma comunque incongruo, rispetto alla produzione legislativa statale.

Potrebbe essere il caso della distinzione tra diletterantismo e professionismo, nata in seno al movimento olimpico e da questo tuttora derivata (nella legge sul professionismo sportivo, come noto, vi è un rinvio alla disciplina delle Federazioni e del CONI)⁴⁹, che appare inadeguata e obsoleta dal punto di vista (non tanto della partecipazione ai giochi olimpici, che qui non interessa, quanto) della normativa dello Stato in punto di modellistica societaria, di lavoro sportivo e di trattamento fiscale e contributivo.

Guardando per esempio al rapporto di lavoro degli atleti, è evidente che la distinzione tra sport ricchi e sport poveri (tra atleti dai guadagni

⁴⁸ Deliberazione n. 1590 del Consiglio Nazionale del CONI del 9 aprile 2018

⁴⁹ V. art. 2 l. n. 91 del 1981.

consistenti e atleti dai guadagni scarsi o assenti) non corrisponde alla distinzione corrente tra sport professionistici (calcio, ciclismo, golf, pugilato, motociclismo, pallacanestro) e sport dilettantistici; altrettanto evidente è che vi sono discipline sportive dilettantistiche in cui ricorre l'onerosità e la continuità della prestazione (es. volley, rugby, calcio dilettantistico), così come avviene nelle discipline professionistiche. La conseguenza è che l'esclusione dall'ambito di applicazione della l. n. 91 determina una ingiustificata disparità di trattamento (si parla non a caso a questi propositi di semiprofessionismo e di professionismo di fatto).

Si direbbe allora che la distinzione tra professionismo e dilettantismo deve essere trainata dalle dinamiche reali, così come disciplinate dagli Stati, anziché viceversa essere le norme dell'ordinamento generale a subire le scelte compiute dal movimento olimpico.

ALFREDO FIORITTO

IL MERCATO DEI LAVORI PUBBLICI
COME ORDINAMENTO GIURIDICO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'attualità dell'ordinamento giuridico e dei suoi elementi costitutivi. – 3. La natura e gli sviluppi dei mercati economici. – 4. Il mercato dei contatti pubblici come ordinamento giuridico. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

L'Ordinamento giuridico di Santi Romano appartiene a quel limitato gruppo di scritti che, grazie al geniale intuito dell'autore, aprono strade e prospettive nuove e diventano pietre miliari sulla strada della ricerca¹.

A distanza di un secolo emerge, non solo la modernità del saggio al momento della sua pubblicazione, ma anche la sua attualità, soprattutto se lo si considera insieme ad altri scritti di Santi Romano, in particolare quello sui "diritti pubblici subiettivi" e sulla "crisi dello stato" di cui l'Ordinamento giuridico sembra rappresentare lo sviluppo se non la conclusione di un cammino intellettuale².

Per evitare la mera celebrazione e per evidenziare, invece, l'attualità di un concetto così ampio come quello di ordinamento giuridico può risultare utile verificarne l'applicabilità partendo da una delle considerazioni che lo stesso Santo Romano sottolineava e cioè quella della pluralità degli ordinamenti giuridici. Esistono ordinamenti generali e ordinamenti speciali ma la pluralità non produce separazione quanto, invece, integrazione e comunicazione.

Non è nuova l'ipotesi di considerare il mercato dei contratti pubblici come un ordinamento giuridico (speciale ma, oggi, molto esteso); già in un breve scritto del 1995, di commento alla cosiddetta legge Merloni (L. 11 febbraio 1994, n. 109), tale ipotesi veniva avanzata³. In effetti, lo stes-

¹ Il testo riproduce, con poche modifiche, la relazione tenuta al Convegno sull'*Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*, Pisa, 14-15 giugno 2018.

² Sulla modernità di Santi Romano, M. D'ALBERTI, *Santi Romano e l'istituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 2014, 579 ss.

³ A. FIORITTO, *La riforma dei lavori pubblici: tra norme di principio e norme di dettaglio*, in A. FIORITTO (a cura di), *La normativa sui lavori pubblici*, Roma, 1995, 44.

so art. 3 della legge affermava che la legge e il successivo regolamento costituivano l'ordinamento dei lavori pubblici.

La legge rappresentava un primo tentativo di reazione alla situazione di degrado e confusione in cui versava il settore dei lavori pubblici così come era stato fotografato dall'Autorità antitrust (allora presieduta da Giuliano Amato).

Forse il risultato più atteso dalla legge n.109/1994 riguardava la razionalizzazione del settore e la sua semplificazione.

Con quell'affermazione, contenuta nell'art. 3, il legislatore intendeva, probabilmente, riferirsi al corpus normativo che avrebbe dovuto prendere il posto della ampia, variegata e caotica legislazione vigente all'epoca.

Al di là delle intenzioni del legislatore ci si chiedeva, allora, se effettivamente la legge Merloni prefigurasse un vero e proprio ordinamento giuridico dei lavori pubblici, costituito da un'organizzazione (al cui vertice erano posti il Ministero dei Lavori pubblici e l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, concepita come autorità indipendente con poteri di vigilanza, controllo e poteri sanzionatori), una normativa (in parte di origine regolamentare), una plurisoggettività (gli enti appaltanti e le imprese del settore).

La celebrazione del centenario dell'Ordinamento giuridico di Santi Romano è apparsa la giusta occasione per tornare sul tema alla luce degli sviluppi delle norme, della dottrina e della giurisprudenza in materia.

È evidente, però, che quell'ordinamento dei lavori pubblici (ammesso che sia mai esistito) oggi sarebbe molto diverso principalmente a causa di due ragioni: la prima è che, nel corso del tempo, le norme europee e statali hanno creato un mercato regolato dei contratti pubblici; la seconda e conseguente ragione sta nel fatto che su questo nuovo mercato i contratti diventano oggetto di contesa e scambio. Oggetto del mercato non sono più i lavori pubblici ma direttamente i contratti.

Sulla spinta del diritto europeo nel 2006, com'è noto, venne approvato il Codice dei contratti pubblici che, compattando in una stessa norma la disciplina dei lavori, delle forniture e dei servizi, ha direttamente disciplinato i contratti pubblici determinando, di conseguenza, la trasformazione dei contratti da rapporti giuridici in oggetti/beni che si contendono su uno specifico mercato a loro dedicato.

Prima di passare a verificare l'ipotesi che il mercato dei contratti pubblici possa essere considerato un ordinamento giuridico occorre fare tre premesse:

- la prima è di ordine linguistico. La parola "ordinamento" con-

tiene un forte richiamo al concetto di ordine, che, a sua volta, può essere interpretato sia come un comando sia come un sistema organizzato, appunto, ordinato. L'ordinamento giuridico rappresenta certamente un fattore di chiarezza nell'ambito di fenomeni giuridici complessi ma, allo stesso tempo, essendo dotato di una forza organizzatrice e normativa, ha il pregio di presentarsi nella realtà sociale e giuridica con una propria soggettività che lo rende in grado di entrare in relazione con altri soggetti e/o ordinamenti. Deve essere considerato non come un sistema chiuso e immutabile ma piuttosto aperto e flessibile, adattabile ai mutamenti della realtà sociale. Anche se stabile nel tempo l'ordinamento giuridico può evolversi in altre forme e può, evidentemente, cessare di esistere;

- la seconda premessa riguarda il fatto che non abbiamo utilizzato, ai nostri fini, la nozione di ordinamento sezionale, concepita dall'allievo Massimo Severo Giannini, ma abbiamo fatto costantemente riferimento all'opera originale di Santi Romano e alla sua concezione di ordinamento giuridico⁴;

- la terza è, più che altro, una giustificazione: è evidente il rischio, segnalato da Giannini, di cercare e trovare dovunque ordinamenti giuridici; ma proprio la rilettura dell'opera di Santi Romano mi ha convinto che vi siano molti indizi a favore di una interpretazione del cosiddetto mercato dei contratti pubblici come di un vero e proprio ordinamento giuridico.

Per sostenere l'ipotesi proverò a sviluppare il tema in tre parti: la prima dedicata all'attualità dell'ordinamento giuridico e dei suoi elementi costitutivi; la seconda, più breve, dedicata alla natura e agli sviluppi dei mercati economici; la terza, conclusiva, dedicata al mercato dei contratti pubblici come ordinamento giuridico.

2. *L'attualità dell'ordinamento giuridico e dei suoi elementi costitutivi*

Quando si celebra uno scritto risalente a un secolo fa, se ne può sottolineare la grandezza, ma è certo più interessante sottolinearne l'attualità e l'utilità per interpretare i fenomeni giuridici contemporanei.

Senza entrare in un'analisi dettagliata dello scritto di Santi Romano, se ne possono ricordare alcuni aspetti attuali e utili ai nostri fini.

In primo luogo, l'ordinamento giuridico viene concepito, allo stesso tempo, come uno strumento che serve a interpretare i fenomeni sociali

⁴ M.S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 1958, 219-240.

preesistenti al dato giuridico e come una nozione giuridica che, nel corso del tempo e anche grazie agli sviluppi scientifici degli allievi del Maestro, ci ha aiutato a fissare e riconoscere quelle realtà giuridiche, che, pur dotate di una loro individualità, non potrebbero esistere senza produrre un'interazione tra di loro.

L'ordinamento giuridico rappresenta un deciso passo avanti rispetto alle teorie normativistiche, che approda con la sicurezza del metodo scientifico alla complessità del diritto e dei fenomeni giuridici e alla centralità e pluralità delle organizzazioni sociali.

Ma qual è il metodo usato da Santi Romano? È quello dell'osservazione, prima, della realtà sociale ed economica, poi, degli effetti e degli assetti giuridici che la realtà ha determinato. Il punto di partenza dell'indagine è la realtà sociale preesistente al fenomeno giuridico.

L'ordinamento visto come "istituzione" non è il frutto di un intervento normativo ma una realtà che esiste a vari scopi inclusi quelli economici. La famiglia e la stessa impresa costituiscono un ordinamento giuridico.

Possiamo, a questo punto, chiederci quali siano gli elementi che, ancora oggi, determinano l'esistenza (o la nascita) di un ordinamento giuridico.

Santi Romano ne individua diversi; in seguito, dopo 40 anni dalla pubblicazione dell'Ordinamento Giuridico, l'allievo M.S. Giannini, che darà una lettura a fini pratici dell'ordinamento, li sintetizzerà nella pluri-soggettività (che per Santi Romano è la società), nella normazione (che all'origine invece è l'ordine sociale) e nella organizzazione (o l'istituzione nella versione originale).

Ma Santi Romano avvertiva che l'ordinamento giuridico è qualcosa di diverso dai singoli elementi materiali che lo compongono; ad esempio, a proposito dell'impresa commerciale, egli parla di "un mondo giuridico a sé", pur se composta di diversi fattori⁵. L'Ordinamento Giuridico è un sistema che si stabilizza in un'istituzione con una propria soggettività (che non implica necessariamente la personalità giuridica).

Quanto alla definizione dell'elemento della pluri-soggettività, Romano usa termini come società o comunità e riconosce che la comunità possa essere necessaria o volontaria. Anche il fine ha una rilevanza, ma è una rilevanza molto estesa: il fine può essere sociale, morale, religioso, educativo, economico (persino illegale, quando si pone il problema dell'esistenza di ordinamenti illeciti)⁶.

⁵ S. ROMANO, *L'Ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, 69.

⁶ S. ROMANO, *L'Ordinamento giuridico*, cit., 45.

Ma è l'organizzazione a rappresentare l'elemento essenziale; addirittura, si spinge ad affermare "che il diritto è, anzitutto, posizione, organizzazione di un ente sociale"⁷; ma, l'organizzazione non è certo una norma o un complesso di norme. Con riferimento all'ordinamento internazionale Santi Romano dice: "A noi, però, non sembra che il concetto di organizzazione implichi necessariamente un rapporto, così inteso, di superiorità e di correlativa subordinazione"⁸. L'organizzazione può essere paritaria e articolata e ciò comporta che l'ordinamento può non essere dotato di personalità giuridica e che la capacità di esprimere la volontà non deve essere necessariamente risiedere in una persona ma può essere condivisa tra più soggetti tra quelli che danno vita all'ordinamento. Quello che viene fuori da tali riflessioni è un pluralismo organizzativo non una organizzazione monolitica. Anche su questo punto il pensiero di Santi Romano è antesignano della moderna concezione di organizzazione, della sua frammentazione e della sua posizione multi-livello.

Plurisoggettività e organizzazione possono avere estensioni molto diverse e ciò implica necessariamente la pluralità degli ordinamenti, che possono tra loro stabilire diverse relazioni: un ordinamento può derivare da un altro o essere autonomo o indipendente rispetto a un altro⁹.

Questo incide anche sull'elemento della normazione: perché esista un ordinamento non è necessario che questo sia dotato di un potere normativo esclusivo e autosufficiente. Un ordinamento particolare può ben essere regolato da norme emanate da ordinamenti generali o superiori (nel quale è a sua volta inserito). L'attualità del pensiero romaniano appare evidente se pensiamo alle norme europee e anche alla pluralità delle fonti normative che includono sia la cosiddetta Soft-Law, che analizzeremo più avanti, sia le fonti di regolazione e auto regolazione.

In conclusione, possiamo provare a sintetizzare quali siano oggi gli elementi che costituiscono un ordinamento giuridico, tenendo conto degli insegnamenti di Santi Romano. Egli già un secolo fa aveva ben chiara, oltre alla storicità degli ordinamenti, la loro capacità di evolvere e adattarsi alle esigenze delle società.

Oltre agli elementi riassunti da Giannini nella plurisoggettività, organizzazione e normazione, ci sono almeno altri tre aspetti che sembrano attualmente caratterizzare gli ordinamenti: la loro specialità, la loro differenziazione, la loro capacità di relazione.

⁷ S. ROMANO, *L'Ordinamento giuridico*, cit., 48.

⁸ S. ROMANO, *L'Ordinamento giuridico*, cit., 50.

⁹ S. ROMANO, *L'Ordinamento giuridico*, cit., 120 ss.

La specialità è data dalla compresenza di soggetti, organizzazioni, norme e relazioni giuridiche proprie, diverse e separate da quelle dell'ordinamento generale; la differenziazione è data dalla pluralità dei fini che ciascun ordinamento può darsi e che definiscono gli ambiti soggettivi e oggettivi di esistenza e attività. Ma se la specialità e la differenziazione aiutano a individuare i singoli ordinamenti è la loro capacità di stare in relazione gli uni con gli altri che li rende non solo utili ma necessari.

C'è però un aspetto che racchiude tutti gli elementi appena considerati ed è la capacità degli ordinamenti di produrre diritto, cioè quell'insieme di principi, norme, organizzazione, relazioni che accompagnano ogni esperienza umana e sociale¹⁰.

3. La natura e gli sviluppi dei mercati economici

La seconda parte, più breve, costituisce la premessa alla terza e si propone di verificare se la nozione economica di mercato possa essere affiancata da una nozione giuridica di mercato inteso come ordinamento giuridico.

Anche se tale indagine richiederebbe maggiori approfondimenti risulta, comunque, utile constatare come l'evoluzione della nozione di mercato consenta di considerarlo un ordinamento giuridico.

Il mercato è tradizionalmente il luogo degli scambi economici e, com'è stato detto, il luogo della democrazia economica quasi in contrapposizione alle regole imposte dal diritto amministrativo¹¹. Senonché, il mercato, o meglio, i mercati, sono da oltre un secolo oggetto di molte e svariate discipline giuridiche che hanno riguardato i soggetti, i beni e le relazioni che operano al suo interno. Al libero mercato si sono sostituiti tanti mercati regolati.

Le regole del mercato sono dirette a disciplinare i requisiti soggettivi di chi sul mercato vuole operare (arrivando, per alcuni mercati, a richiedere un'autorizzazione per entrare sul mercato); esse disciplinano la qualità intrinseca dei prodotti che possono circolare sul mercato (sicurezza e qualità dei prodotti, provenienza, etichettatura); impongono una propria organizzazione che può assumere dimensioni molto estese e che può essere composta da soggetti privati e da soggetti pubblici (è ovvio il riferimento

¹⁰ Superando, attraverso una concezione pluralistica degli ordinamenti, la concezione normativistica in senso monistico di H. Kelsen espressa nei Lineamenti di dottrina pura del diritto (1934).

¹¹ A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa, 2012, 15.

alle autorità di regolazione). Le regole disciplinano anche i rapporti giuridici escludendone alcuni o imponendone altri (si pensi ai contratti tipici di alcuni mercati come quello creditizio e finanziario); le regole possono essere anche prodotte internamente al mercato direttamente dai soggetti, pubblici o privati, che vi operano (si pensi ai Codici di condotta e/o auto-disciplina). Infine, le regole possono introdurre forme speciali di risoluzione delle controversie che insorgono all'interno del mercato.

Già queste, sommarie, riflessioni sui mercati regolati ci portano a rilevare forti somiglianze tra questi e gli ordinamenti giuridici; si potrebbe, forse, concludere che, dal punto di vista giuridico, il mercato costituisca un'istituzione o, appunto, un ordinamento. Proprio la pluralità dei mercati e la loro estensione, certamente sopranazionale se non addirittura globale, può rendere utile per la comprensione del fenomeno l'applicazione, come dice Massera, degli "istituti realmente centrali della esperienza giuridica". E tra questi un posto centrale spetta all'ordinamento giuridico.

4. Il mercato dei contratti pubblici come ordinamento giuridico

Se vi sono indizi per ritenere che i mercati possano essere considerati, usando categorie e concetti giuridici, come ordinamenti giuridici, nel caso del cosiddetto mercato dei contratti pubblici gli indizi sono forse maggiori e la nozione di ordinamento giuridico può aiutarci a comprendere un fenomeno dai contorni non del tutto chiari e definiti.

L'espressione mercato dei contratti pubblici è utilizzata sia nel contesto economico sia in quello giuridico. Molti giuristi, però, notano come non si tratti di un vero e proprio mercato e questo perché tradizionalmente la materia contrattuale è stata disciplinata distinguendo le due fasi dell'evidenza pubblica e dell'esecuzione del contratto¹². La prima fase è oggetto di un procedimento amministrativo complesso che serve a selezionare il contraente nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento (nella specie, dell'economicità e dell'efficacia dell'azione amministrativa). La seconda fase è oggetto della disciplina privatistica in materia di obbligazioni e contratti.

In un recente scritto è stato osservato che "A differenza di altri setto-

¹² La ricostruzione tradizionale dell'evidenza pubblica e dell'esecuzione contrattuale, figlia del dualismo giuridico e giurisdizionale e accolta anche nelle recenti discipline dei Codici dei contratti pubblici, non impedisce di considerare quello dei contratti pubblici come un mercato. In tutti i mercati diritto pubblico e diritto privato si affiancano per realizzare una completa disciplina dei soggetti, dei beni e delle relazioni.

ri per i quali vale una esperienza ormai pluridecennale di attività delle autorità di regolazione – i mercati finanziari, il mercato dell'energia e del gas, il mercato delle comunicazioni elettroniche – i contratti pubblici sono stati considerati tradizionalmente una materia (di studio e di disciplina), ma non un settore e tantomeno un mercato¹³.

Anche se negli studi giuridici si usano definizioni diverse, come settore o materia, il termine mercato è entrato prepotentemente in campo anche solo per dare un contesto ai principi di concorrenzialità e di libertà di accesso che sono alla base delle norme europee che, nei fatti, questo mercato hanno creato artificialmente. Le vicende legislative sono note e non le analizzeremo in dettaglio. Basti solo ricordare come, a causa dell'enorme flusso di risorse economiche generato dai contratti delle amministrazioni pubbliche, le istituzioni europee con una serie di direttive, che a partire dagli anni '70 del Secolo scorso sono ora arrivate alla quarta generazione, abbiano disciplinato tutte le tipologie di contratti, destinati a vari scopi, principalmente lavori e acquisto di beni e servizi, creando le condizioni per un mercato di dimensione europea¹⁴.

Va pure ricordato come, a fianco dei veri e propri contratti, si è ampliato l'uso di strumenti di tipo contrattuale da parte delle amministrazioni. Uno degli effetti della crisi dello Stato di cui pure parlava Santi Romano oltre un secolo fa è stata la progressiva riduzione degli ambiti di esercizio del potere amministrativo a favore di strumenti e mezzi paritari, primi tra tutti la negoziazione e gli accordi. Si tratta di quel fenomeno che con termini anglosassoni viene definito "Contracting State" o "Government by contracts"¹⁵. Questo fenomeno può dar luogo a veri e pro-

¹³ L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 2, 2016, 73.

¹⁴ La dottrina in materia di contratti pubblici è vastissima ma si segnalano qui solo alcune opere recenti cui si è fatto riferimento per l'elaborazione della relazione: M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su "La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione", Varenna 17-19 settembre 2015, in *Astrid Rassegna*, n. 19, 2015. F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici: Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove direttive europee e del d.l. 90 del 2014*, Torino, 2014; R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA (a cura di), *I Contratti pubblici di lavori, Servizi e Forniture*, Padova, 2014; F. GARRI e F. GARRI, *Il mercato dei contratti pubblici, Caratteristiche e vigilanza*, in R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato sui Contratti Pubblici*, I, Milano, 2008; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004.

¹⁵ Si vedano, tra i molti, J. FREEMAN, *The Contracting State*, 28 Fla. St. U. L. Rev. 155, 2001; J. FREEMAN & M. L. MINOW (eds), *Government by Contract: Outsourcing and American Democracy*, Harvard, 2009.

pri contratti (si pensi, ad esempio, alle esternalizzazioni). Altre volte prende forme diverse come quella degli accordi o di altri strumenti di tipo contrattuale (contratti d'area, contratti di programma, di sviluppo ecc.). Non bisogna confondere, quindi, il contratto come forma dell'attività amministrativa, dal contratto come forma del rapporto giuridico che si instaura tra due soggetti (di cui uno pubblico).

Parallelamente alla creazione di un mercato europeo dei contratti, il legislatore italiano con il D.Lgs. 12 aprile 2006, n.163 ha formalizzato per la prima volta la nozione di contratto pubblico ponendo una disciplina unificante delle precedenti tipologie di contratti (che, prima, erano oggetto di normative differenziate). In questo modo, come già si diceva, il contratto pubblico da strumento di regolazione del rapporto giuridico diventa oggetto del mercato nel quale viene offerto, alla stregua di un bene, di un prodotto, e poi aggiudicato al migliore offerente.

Non è questa la sede per stabilire se quello dei contratti pubblici sia un vero e proprio mercato regolato o se mostri tali differenze con altri mercati (ad esempio il mercato finanziario e creditizio, il mercato elettrico o il mercato delle comunicazioni elettroniche) da far dubitare che lo sia.

In effetti ancora Luisa Torchia evidenzia significative differenze tra i mercati regolati e il presunto mercato dei contratti pubblici¹⁶. Una prima differenza è relativa ai destinatari della regolazione: prevalentemente soggetti privati sui mercati regolati tradizionali, prevalentemente amministrazioni pubbliche, nella loro qualità di stazioni appaltanti, nel caso del mercato dei contratti pubblici (e questo inciderebbe sulla stessa struttura del mercato).

Una seconda importante differenza rispetto ad altri mercati regolati starebbe nel rapporto tra atto di regolazione, soggetti regolati e soggetti che concorrono per l'acquisizione di un contratto pubblico. L'atto di regolazione potrà essere invocato, infatti, da questi ultimi soggetti contro la stazione appaltante che non abbia correttamente applicato la regola, facendo valere l'illegittimità dell'atto amministrativo in contrasto con l'atto di regolazione. Negli altri mercati regolati, invece di norma l'atto di regolazione si applica direttamente agli operatori, che possono eventualmente contestarne la legittimità in sede giurisdizionale¹⁷.

¹⁶ L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, cit., 78 s.

¹⁷ In proposito anche in riferimento al fenomeno del "private enforcement" nella disciplina antitrust, S. CORNELLA e S. PELLIZZARI, *La concorrenza: itinerari di una giuridificazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in B. MARCHETTI e M. RENNA (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana: La giuridificazione*, vol. III, Firenze, 2016, 381 s.

Una terza differenza riguarda il ruolo delle autorità indipendenti che, sui mercati regolati, di norma, intervengono direttamente a garanzia della concorrenza e la parità fra gli operatori (e la tutela degli utenti), mentre nel caso dei contratti pubblici la tutela della concorrenza è compito di ogni singola stazione appaltante. Infine, nota Torchia con particolare riferimento ai lavori pubblici, non esiste a livello normativo europeo la previsione di un'autorità di regolazione per il mercato contratti pubblici mentre esiste per gli altri mercati (sicuramente per i mercati finanziari, per il mercato dell'elettricità e del gas e per il mercato delle comunicazioni elettroniche).

Ma, se non si tratta di un vero mercato regolato, il fenomeno che stiamo analizzando in quale categoria/schema/nozione giuridica può essere inquadrato?

A nostro avviso, nonostante alcune differenze (che, peraltro, esistono anche all'interno degli altri mercati regolati, presentando ciascuno profili di specialità) sembra evidente che i contratti pubblici (o, meglio, i soggetti, i contratti/oggetti e le relazioni) possano costituire un mercato regolato. Ma sembra pure possibile considerare tale mercato come un ordinamento giuridico/istituzione; a tal fine è opportuno verificare se, e fino a che punto, sono rilevabili quegli elementi che Santi Romano riteneva necessari ai fini dell'individuazione di un ordinamento/istituzione.

Cominciando dalla plurisoggettività, che, come abbiamo visto, Santi Romano esprime nei diversi termini di società, comunità, gruppo sociale, è evidente come intorno al fenomeno dei contratti pubblici si sia formata un'ampia comunità fatta di soggetti pubblici (amministrazioni appaltanti) e privati (operatori economici). Tutti però devono dimostrare di possedere requisiti soggettivi e oggettivi per esser parte dell'ordinamento: gli operatori economici devono essere certificati; le stesse amministrazioni pubbliche, che sarebbero naturalmente dei componenti originari dell'ordinamento, quando sarà pienamente operativo il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, potrebbero essere escluse dall'indizione e gestione delle gare se non dimostreranno di possedere determinati requisiti. Sempre rispetto all'elemento della plurisoggettività, va ricordato come le norme europee abbiano contribuito a estendere molto la componente soggettiva dell'ordinamento sia creando la nozione di organismo di diritto pubblico sia, almeno per i contratti sopra soglia, estendendo la partecipazione a tutti gli operatori economici europei. Già l'analisi di questo primo elemento ci porta a considerare l'ordinamento dei contratti pubblici come un ordinamento sopranazionale; è vero che, sia le norme europee sia quelle nazionali, hanno previsto delle soglie

economiche a partire dalle quali le regole sono applicabili ma è altrettanto vero che le norme interne hanno unificato la disciplina introducendo solo ove necessario la distinzione tra sopra e sotto soglia.

Questo esteso gruppo sociale dà luogo a un'organizzazione complessa. Se volessimo analizzarla sulla base dei tipi e dei modelli organizzativi, potremmo configurarla come un'organizzazione in rete, composta cioè da numerosi soggetti collegati gli uni agli altri, non necessariamente in modo stabile e senza che si crei uno stabile rapporto gerarchico. Al centro della rete può essere collocata l'Autorità amministrativa indipendente, oggi ANAC, sulle cui funzioni torneremo più avanti. Ma nella rete troveremo i soggetti qualificati per legge (Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, compresi i Provveditorati regionali; la CONSIP Spa; INVITALIA Spa; i soggetti aggregatori regionali, art. 38 Codice dei Contratti Pubblici); le stazioni appaltanti qualificate; le Società di attestazione – SOA. Tutti questi soggetti sono dotati di una propria organizzazione e, allo stesso tempo, contribuiscono a definire l'organizzazione dell'ordinamento dei contratti pubblici.

Il nuovo Codice (approvato con il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50) dedica poi un intero titolo alla Governance (articoli 212-215) che comprende una Cabina di regia presso la Presidenza del Consiglio dei ministri che ha compiti di indirizzo e coordinamento, l'ANAC, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (al cui interno è istituita una struttura di missione) e il Consiglio superiore dei lavori pubblici.

L'elemento della normazione è forse quello più interessante dal punto di vista della ricerca giuridica, poiché è proprio in questo campo che si sono verificate le maggiori trasformazioni che rendono, forse, possibile considerare il settore/mercato dei contratti pubblici come un ordinamento.

Su questo fronte possiamo, anzitutto, notare come attualmente coesistono diversi livelli e forme di normazione: quello normativo europeo; quello legislativo statale; quello amministrativo nazionale. Qui si apre un problema; va chiarito, cioè, se ai fini dell'esistenza di un ordinamento sia necessario che questo sia dotato di un proprio potere normativo o se sia sufficiente l'esistenza di un corpo normativo che disciplina e regola l'ordinamento.

Secondo Santi Romano, la normazione può essere prodotta sia all'esterno dell'ordinamento sia al suo interno; è particolarmente interessante la riflessione sulle norme prodotte all'interno di ordinamenti privati che possono derivare dai contratti, ad esempio, quelli che costituiscono una società commerciale¹⁸.

¹⁸ S. ROMANO, *L'Ordinamento giuridico*, cit., 72.

Ma se osserviamo attentamente i poteri normativi dei soggetti che, potenzialmente, costituiscono l'ordinamento dei contratti pubblici, vediamo come soprattutto le norme più recenti abbiano ampliato i poteri normativi interni quelli che, per usare il termine più noto che li definisce, consentono di produrre una *Soft-Law*¹⁹.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici si è, infatti, allontanato dal precedente modello delle fonti basato sulla sequenza legge - regolamento per approdare a un modello più flessibile e adeguato al contesto. È, com'è noto, l'Autorità di vigilanza a essere dotata di questo potere normativo che, però, esercita in un modo tale da poter considerare le linee guida, le direttive, i documenti tipo come norme autoprodotte dall'ordinamento. In effetti, attraverso le procedure di consultazione questi testi sono assoggettati non solo ad un controllo preventivo ma possono essere modificati sulla base delle proposte di modifica e integrazione che tutti gli altri soggetti dell'ordinamento possono presentare.

Che si tratti di un potere normativo, equiparabile almeno a quello regolamentare, lo si evince dai pareri e dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che ormai in più occasioni ha qualificato questi strumenti di *Soft-Law* alla stregua di atti amministrativi generali che hanno un potere prescrittivo rispetto al quale possono essere attuate tutte le tutele per questi previste.

Anche se non si tratta di poteri normativi, va pure ricordato, a sostegno dell'ipotesi, che l'Autorità di vigilanza – ANAC ha acquisito anche poteri amministrativi diretti che esercita quando deve autorizzare gli organismi di attestazione – SOA le quali a loro volta dovranno attestare il possesso dei requisiti di legge in capo alle imprese che intendono partecipare a gare per l'esecuzione di lavori pubblici (così l'art. 84 del Codice dei Contratti Pubblici).

C'è infine un ultimo aspetto da considerare e che può costituire un ulteriore indizio a favore della nostra ipotesi: le norme europee e quelle interne hanno previsto specifiche forme di tutela per i soggetti che operano all'interno dell'ordinamento. Prima le direttive ricorsi, poi il Codice del Processo amministrativo e infine i Codici dei contratti pubblici hanno previsto sia specifiche procedure di risoluzione alternativa delle controversie sia specifiche norme processuali. Vanno, in proposito, ricordati anche i pareri di precontenzioso di competenza dell'ANAC (art. 211 CCP) che sia pure in modo embrionale prefigurano, insieme agli altri rimedi alternativi al contenzioso, una sorta di giustizia interna all'ordinamento.

¹⁹ Al riguardo, G. MORBIDELLI, *Linee-guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, n. 3, 2016.

Per avviarci ad una conclusione, sembra opportuno tornare ai tre aspetti che, in conclusione del secondo paragrafo, venivano considerati più significativi e caratterizzanti ai fini dell'individuazione di un ordinamento giuridico: la specialità, la differenziazione, la capacità di relazione.

Il carattere di specialità di quello che oggi chiamiamo settore o mercato dei contratti appare evidente. L'analisi sia pur brevemente condotta mostra una compresenza di soggetti, organizzazioni, norme e relazioni giuridiche che sono proprie, diverse e separate da quelle dell'ordinamento generale da cui pure quello dei contratti sembra essere derivato.

La differenziazione, rispetto all'ordinamento generale e agli altri ordinamenti giuridici, è data dalla chiusura in uno specifico, sia pur ampio, ambito d'intervento: quello dei contratti pubblici²⁰. Le norme e i rapporti non potrebbero essere usati in altri ambiti così come i soggetti non sarebbero dotati degli stessi poteri e delle stesse competenze.

È infine evidente che l'ordinamento dei contratti pubblici non rappresenta un'unità chiusa ma una istituzione capace di stare in relazione sia con gli ordinamenti generali (europeo e statale) sia con gli ordinamenti particolari o settoriali.

5. Conclusioni

Giunti alla fine del percorso, potremmo chiederci se attribuire al mercato dei contratti pubblici la natura di ordinamento giuridico abbia una qualche attualità e soprattutto utilità. Forse non ha utilità pratiche ma può essere utile ai fini teorici.

Anzitutto, se consideriamo il mercato regolato come un'istituzione non siamo costretti a utilizzare nozioni e categorie che, in origine, non appartengono al diritto.

In secondo luogo, potremmo considerare il diritto dei contratti pubblici non come un diritto misto, che prende in parte dal diritto amministrativo e in parte dal diritto privato, ma come il diritto proprio dell'ordinamento, un diritto speciale che non si applicherebbe in altri contesti. Certo, resta il dualismo della giurisdizione, ma tale separazione appare sempre più formale che sostanziale. Non è raro leggere sentenze

²⁰ Hauriou parlerebbe di "*cantonnement*", confinamento, nel francese del suo tempo, vedi A. HAURIOU, *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification*, in *Mélanges Carré de Malberg*, 1933, 238.

dei giudici amministrativi che interpretano le norme alla luce dei principi privatistici (si pensi alla buona fede o alla responsabilità pre ed extra contrattuale) così come si leggono sentenze dei giudici ordinari che usano categorie tipiche del diritto amministrativo (si pensi alla revoca/recesso e alla considerazione dell'interesse pubblico che emerge in questa sede).

L'ordinamento dei contratti pubblici produrrebbe, poi, una maggiore chiarezza sul piano dei rapporti giuridici che oggi, con la distinzione netta nelle due fasi dell'evidenza pubblica e dell'esecuzione contrattuale, rinviano a discipline esterne all'ordinamento (legge sul procedimento, Codice civile); in realtà l'attuale Codice dei contratti sembra porsi come una normativa autosufficiente per entrambe le fasi.

Lo stesso Santi Romano nel precedente lavoro sui diritti pubblici soggettivi, nel sostenere la legittimità e l'esistenza di contratti di diritto pubblico, citava V.E. Orlando il quale sosteneva che il diritto moderno avesse "rotto l'antico, rigoroso, limite fra l'*jus publicum* e l'*jus privatum*"²¹.

Stessa unicità e specialità avrebbe anche il complesso dell'organizzazione dell'ordinamento giuridico. In quest'ottica appare, però, criticabile la scelta del legislatore di aver unificato due funzioni diverse, quella di vigilanza dei contratti e quella del contrasto della corruzione, attribuendole a un'unica Autorità. Sarebbe più opportuno ridefinire in modo specializzato le due funzioni e ricreare un'Autorità di vigilanza sui contratti che svolga al pari delle altre autorità di settore funzioni di regolazione, vigilanza e sanzione.

²¹ S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in V.E. ORLANDO, *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, I, Milano, 1900, 220.

GIOVANNA COLOMBINI

IL PENSIERO DI SANTI ROMANO E LA CONTABILITÀ
PUBBLICA: DA DISCIPLINA ISTITUZIONALE
DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI
A PRINCIPIO COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. La contabilità pubblica come disciplina istituzionale delle pubbliche amministrazioni nel pensiero di Santi Romano. – 2. (segue) La contabilità pubblica come principio costituzionale: il diritto del bilancio. – 3. La contabilità pubblica dopo la riforma costituzionale del 2012: il nuovo diritto del bilancio. – 4. La Corte dei conti nel contesto dell'evoluzione della contabilità pubblica. – 5. Una breve riflessione sulla attualità e sulla necessità del pensiero di Santi Romano nella contabilità pubblica.

1. La contabilità pubblica come disciplina istituzionale delle pubbliche amministrazioni nel pensiero di Santi Romano

Muovendo dal titolo di questo convegno, mi sono chiesta quale impostazione dovevo dare al mio intervento, posto che partire dalla contabilità pubblica per arrivare al pensiero di Santi Romano e viceversa, non è né facile né scontato, e pur tuttavia rileggendo i suoi scritti ritengo che questi abbiano in qualche misura una relazione con il pensiero giuridico alla base della contabilità pubblica come disciplina istituzionale delle pubbliche amministrazioni e, per alcuni aspetti, anche con la sua evoluzione a principio costituzionale.

Per comprendere i termini di questa relazione pare essenziale partire dalle ragioni profonde che hanno caratterizzato il pensiero di Santi Romano, quando nello scrivere della crisi dello Stato moderno, definiva il principio del diritto pubblico moderno come “*una persona immateriale, ma pur reale, una entità non fittizia e immaginaria, ma che, pur non avendo corpo, riesce per mezzo di delicati e meravigliosi congegni giuridici a formarsi, non ombra o spettro, ma vero principio di vita operante, se non per mezzo di un organismo, nel senso vero e stretto della parola, con il sussidio di un insieme di istituzioni atteggiate ed armonizzate a questo scopo. Stupenda creazione del diritto, che ad una facile critica è sembrato che non abbia altra consistenza che quella di una fantasia poetica, ma che invece,*

frutto di un lungo e sicuro processo storico, ha dato vita ad una grandezza sociale”¹.

Al fondo del fenomeno giuridico, Santi Romano pone dunque una concezione tesa alla comprensione delle organizzazioni sociali da cui scaturiscono le istituzioni quali espressione della pluralità degli ordinamenti giuridici, nell’ambito comunque della centralità dell’ordinamento statale che si configura, in ultima analisi, come una Istituzione complessa², ed ove “...di fronte alle pressioni provenienti dalla sfera organizzata della politica, sia quella dei partiti nel parlamento dello stato tardo liberale o quella propria del governo di indirizzo sostenuto dal partito unico...”, riconosce l’integrità dello Stato nella amministrazione³.

I riferimenti alle organizzazioni sociali espressione della pluralità di interessi nel significato istituzionale loro attribuito da Santi Romano ed all’amministrazione quale elemento di *integrità* dello Stato, per quanto possano apparire aspetti contraddittori dell’istituzionalismo romaniano, costituiscono, invece, i passaggi concettuali fondamentali che, come vedremo, rilevano per una riflessione sul significato da dare alla contabilità quale disciplina istituzionale delle attività concrete di tutte le amministrazioni pubbliche⁴.

Senza dubbio l’idea dei giuristi della tradizione liberale ed in special modo di Santi Romano, che sia il governo del gabinetto, sia il governo

¹ Cfr. S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Discorso inaugurale per l’anno accademico 1909-1910*, Pisa in *Annuario Università di Pisa*, 1909. Cfr. anche S. CASSESE, *La prolusione romaniana sulla crisi dello Stato moderno e il suo tempo, conclusioni alla giornata di studio su “Lo Stato moderno e la sua crisi” a un secolo dalla prolusione pisana di Santi Romano*, Roma 30 novembre 2011. Per un quadro completo della «straordinarietà» del pensiero giuridico di Santi Romano, si rinvia per tutti a P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, 109 ss.

² Cfr. S. CASSESE, *Cultura e politica nel diritto amministrativo*, Bologna, 1971, 44-46. L’autore afferma che pur nella pluralistica teoria istituzionista di Santi Romano, rimane salda la centralità dello Stato. Cfr. anche A. MASSERA, *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 68.

³ Cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato cultura giuridica in Italia dall’Unità alla repubblica*, Roma-Bari, 1990, 40-43.

⁴ Sulla crescente complessità sociale che si ripercuote in una frammentazione giuridica e sulle contraddizioni che tali conflitti determinano sulla costruzione della amministrazione come corpo unitario e monolitico, si rinvia alle considerazioni di R. RUFFILLI, *Santi Romano e la “crisi dello Stato” agli inizi dell’età contemporanea*, nonché alle considerazioni di S. ROMANO, *Gli interessi dello Stato e gli interessi degli enti autarchici*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti*, Padova, 1930.

parlamentare, sia ancora il governo dei tardi anni venti, non fossero altro che varianti di un sistema politico che rimane di diritto nella misura in cui sappia difendere l'autonomia della componente amministrativa, se per un verso produceva “*l'effetto di anestetizzare i cambi di regime*”, per altro verso aveva il merito di preservare la primazia e la solidità della macchina amministrativa, essendo quest'ultima in grado di fornire “*le irrinunciabili prestazioni della stabilità, della continuità, della calcolabilità nell'esercizio dei poteri pubblici*”.⁵

Si perché Santi Romano, nel definire il concetto di diritto amministrativo, sottolinea come tale concetto presupponga l'altro di amministrazione dello Stato, compiuta da questo direttamente o per mezzo di enti pubblici minori o per mezzo dei c.d. corpi territoriali (categoria cui Santi Romano riconduce il Comune)⁶. E nel descrivere l'amministrazione, Santi Romano, mette in luce i vari elementi che concorrono a definirne il contenuto, vale a dire *l'attività concreta* con cui lo Stato “*prosegue*” i propri interessi in obbedienza e nei limiti del diritto precedentemente o contemporaneamente stabilito⁷, rilevando al contempo che l'amministrazione, potendo essere studiata da diversi punti di vista, può formare oggetto anche di studi non giuridici come accade per la *scienza dell'amministrazione*, nel senso che l'attività amministrativa può senza dubbio fornire argomento di indagini economiche, come nel caso “*dell'ingerenza dello Stato nella produzione della ricchezza*”, ma i rapporti e gli istituti giuridici che da tale ingerenza nascono, rientrano, precisa Santi Romano, pur sempre nel campo del diritto amministrativo, mentre la loro valutazione economica spetta all'economia politica. Rapporti ed istituti giuridici che invece, prosegue Santi Romano, per la “*scienza delle finanze*” sono chiaramente di diritto

⁵ Cfr. M. FIORAVANTI, op. cit., 44-45, nonché C. MARTINELLI, *La lettura delle transizioni di regime politico nel pensiero dell'ultimo Santi Romano*, in *Rivista AIC*, n. 1 del 2018, 1 ss.

⁶ Cfr. S. ROMANO, *Il Comune*, in *Gli scritti nel Trattato di Orlando*, Milano, 2003, 445 ss. In questa importantissima opera Santi Romano, evidenzia come l'*imperium* del Comune derivi dall'ordinamento giuridico dello Stato, dal diritto in senso obiettivo di quest'ultimo che è fonte di qualunque altro diritto subiettivo di qualunque altra persona fisica o giuridica, ma soggiunge anche che l'elemento di differenziazione del Comune dallo Stato non può essere ricondotto alla differenza dello *ius d'imperium* per cui quello dello Stato sarebbe originario e quello del Comune sarebbe derivato dal primo. Santi Romano conclude dicendo che: “*è Stato qualunque corpo territoriale il cui ordinamento giuridico è, in tutto o in parte, originario; il Comune invece è un corpo territoriale, il cui ordinamento giuridico è tutto, immediatamente o mediatamente, statale*”, 478.

⁷ Si rinvia sempre a S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1982, 2.

amministrativo, trattandosi della *attività amministrativa* con cui lo Stato “*si provvede*” di risorse patrimoniali e le eroga.

Ebbene il richiamo ai “nessi” tra l’attività amministrativa e la scienza delle finanze, non è irrilevante per il discorso che stiamo facendo, posto che nel dibattito che si era sviluppato sull’autonomia scientifica e sulla definizione del contenuto della contabilità di Stato⁸, l’orientamento che si era andato affermando, fra i tanti che riconducevano la contabilità anche alla ragioneria o alla scienza economica, era quello di ricondurre la materia proprio alla scienza delle finanze ed al diritto finanziario rivendicandone però l’autonomia dal diritto amministrativo in ragione del fatto che “... *in fondo la contabilità di Stato non è che l’esegesi... della legge e del regolamento per l’amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello stato, che contengono norme giuridiche volte a regolare atti e fatti finanziari*”⁹.

Sfuggiva a queste impostazioni che la legislazione contabile sin dalle origini¹⁰ si configurava senza dubbio come “*sistema giuridico di principi e di norme che regolavano l’attività concreta dell’amministrazione, riferita agli atti ed ai fatti finanziari, sia dello stato che degli enti pubblici che operano nell’ambito dello stato, dal bilancio alla sua esecuzione, alla conservazione e alla utilizzazione del patrimonio, all’attività contrattuale, alla rendicontazione, alla responsabilità patrimoniale di quanti partecipano alla gestione della cosa pubblica ed ai relativi controlli*”¹¹, ma tale sistema di norme non si esauriva nei soli aspetti finanziari, in quanto nel coinvolgere l’attività concreta delle amministrazioni pubbliche andava inevitabilmente ad interessare anche l’amministrazione e la sua organizzazione¹².

Ed infatti se si va a considerare le modifiche che di volta in volta sono intervenute sia in riferimento alla legge di contabilità generale dello Stato del 1923, rimasta vigente anche dopo l’entrata in vigore della costituzione, sia in riferimento alle leggi di contabilità riguardanti gli enti

⁸ Per un’ampia ricostruzione delle varie definizioni date della materia di contabilità di stato, cfr. A. BENNATI, *Manuale di contabilità di Stato*, Napoli, 1987; nonché in S. BUCCEMA, *Il bilancio*, vol. I, Milano, 1971, 86 ss.; ID., *La giurisdizione contabile*, Milano, 1969, 105 ss.

⁹ Cfr. A. BENNATI, *Manuale di contabilità di Stato*, cit., 6 ss.

¹⁰ Legge piemontese del 1853 n. 1483 (legge Cavour), legge del 1869 n. 506 (legge Cambray-Digny) cui fecero seguito il regolamento del 1870 n. 5852, e la legge del 1883 n. 1455.

¹¹ Cfr. F. ZACCARIA, *Diritto amministrativo e contabilità pubblica*, Roma, 1963.

¹² Sulla pluralizzazione dei poteri istituzionali cfr. A. MASSERA, *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 64 ss.

pubblici minori e gli enti autarchici territoriali, emerge che queste sono state determinate dalle accresciute e mutate esigenze delle rispettive amministrazioni pubbliche e delle loro organizzazioni, a riprova del nesso funzionale sussistente tra l'ordinamento contabile e l'amministrazione¹³.

Così il r.d. del 1923 n. 2440 per lo Stato, ma il discorso potrebbe estendersi anche agli ordinamenti contabili degli enti pubblici minori e degli enti autarchici territoriali, nel rubricare la materia contabile come *Legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato*, chiaramente fa emergere questo nesso. Infatti nel titolo I "*Del patrimonio dello Stato e dei contratti*", si disciplinano i procedimenti amministrativi diretti alla utilizzazione ed alla inventariazione dei beni immobili dello Stato, tanto pubblici quanto posseduti a titolo di privata proprietà, mentre nella parte dedicata ai contratti, si disciplinano i procedimenti dell'attività contrattuale delle amministrazioni dello Stato, distinti a seconda che si tratti di contratti attivi (che comportano una entrata) o contratti passivi (che comportano una spesa). Nel titolo II dedicato alla "*contabilità generale dello Stato*", vengono disciplinati i procedimenti tecnicamente finalizzati a regolare la formazione del bilancio dello Stato, nonché i procedimenti relativi, per le entrate, all'accertamento, alla riscossione ed al versamento, e per le spese, all'impegno, alla liquidazione, all'ordinazione ed al pagamento, ed ancora gli adempimenti degli agenti dell'amministrazione che maneggiano valori, materie o denaro dello Stato, le responsabilità erariali dei pubblici funzionari, cioè degli "ufficiali stipendiati" dallo Stato, che recano un danno patrimoniale all'amministrazione da cui dipendono. Non solo, nel disciplinare tutti questi aspetti dell'attività concreta dell'amministrazione, il regio decreto del 1923 coinvolge anche l'apparato della amministrazione finanziaria e i relativi poteri, il Consiglio di Stato ai fini dei pareri sui procedimenti contrattuali, la Corte dei conti per gli aspetti inerenti le funzioni di controllo e di giurisdizione, tracciando così un quadro normativo che seppur inidoneo a definire l'oggetto preciso della contabilità per i tratti interdisciplinari della materia, ha almeno il pregio di qualificarla come scienza giuridica

¹³ Merita al riguardo ricordare che per gli enti autarchici territoriali, le norme di contabilità e finanza erano disciplinate da norme specifiche. Cfr. regio decreto 1910 n. 639, regio decreto del 1911 n. 297 (regolamento), testo unico della legge comunale e provinciale del 1914 n. 148, regio decreto del 1923 n. 2839, legge n.1094 del 1925, e d.l. 1925 n. 2289 ecc. modificate riordinate nel testo unico della legge comunale e provinciale del 1934 n. 383.

sempre più riconducibile ad un ramo *specializzato* del diritto amministrativo¹⁴.

A completare il disegno normativo sui contenuti della “contabilità” concorre anche il testo unico sull’ordinamento della Corte dei conti del 1934 n.1214 che nel disciplinarne le funzioni le riconduce agli istituti contemplati dalle norme di contabilità generale dello Stato del regio decreto del 1923, conferendo in tal modo alla Corte dei conti il ruolo di controllore e di giudice nelle materie inerenti la contabilità dello Stato.

Santi Romano, pur non occupandosi direttamente della contabilità dello Stato, non ne trascura tuttavia alcuni aspetti rilevanti proprio per i nessi che questa ha con l’attività concreta dell’amministrazione (e dunque con il diritto amministrativo), tant’è che nel libro sui “Principi del diritto amministrativo italiano”, trattando dei controlli interni dell’amministrazione dello Stato dedica un intero capitolo al controllo “interno” svolto dalla Corte dei conti sull’amministrazione.

È evidente che il riferimento al “controllo interno” e la definizione della Corte dei conti come “*organo costituito da un ufficio collegiale, diviso in quattro sezioni, preposto, nella maggior parte dei casi, al controllo dell’amministrazione finanziaria*”, denota una visione tutta interna del controllo “finanziario” della Corte dei conti, visione che sembrerebbe lontana dalla collocazione che tale funzione avrà nella costituzione repubblicana, ma Santi Romano nel qualificare interno tale controllo intende riferirsi proprio alla attività concreta dell’amministrazione, avvertendo tuttavia, nel contempo, l’esigenza di precisare che accanto al carattere interno del controllo che riguarda “*prevalentemente*” l’amministrazione finanziaria, sussistono “*alcune importantissime competenze (della Corte dei conti) che si propongono fini diversi e più generali*” e che faranno dire successivamente a Santi Romano, negli scritti nel Trattato di Orlando sulle giurisdizioni speciali amministrative, che “*la Corte dei conti non è un semplice ufficio contabile che giudica in base alle regole di computisteria*”.

Ed infatti nel riferirsi al controllo preventivo di legittimità su tutti i decreti reali, e sui decreti ministeriali, Santi Romano puntualizza che la Corte esamina tali atti non soltanto dal punto di vista tecnico e contabile ma anche

¹⁴ Peraltro il termine “contabilità” recepito nel linguaggio pubblicistico all’inizio dell’800 dal francese *comptabilité*, che significava responsabilità per la gestione di cose pubbliche, è stato inteso da molti come *insieme di conti* soltanto per un equivoca ed erronea interpretazione del termine francese. Sul punto si rinvia alle considerazioni di F. ZACCARIA, *Diritto amministrativo e contabilità pubblica*, Roma, cit., 18 ss.

sotto il profilo della violazione di ogni altra legge o regolamento “*per modo che si tratta di un controllo finanziario riguardo alla sua estensione, di legittimità riguardo alla sua intensità e natura*”, anticipando in un certo senso quello che oggi viene chiamato controllo di legittimità e regolarità finanziaria non solo su determinati atti del governo ma anche sulle gestioni delle amministrazioni pubbliche. Ed ancora, nel descrivere anche la vigilanza speciale che la Corte dei conti svolge su tutte le riscossioni e i pagamenti effettuati dagli agenti del governo, sui conti delle casse dello Stato, sul conto di ciascun ministro e su quello dell’amministrazione generale delle finanze, ponendoli a riscontro con le leggi di bilancio, Santi Romano, svolge una serie di considerazioni su alcuni aspetti dell’attività concreta dell’amministrazione che, all’epoca, caratterizzano gli istituti fondamentali della contabilità dello Stato e che ne avrebbero segnato, con l’entrata in vigore della costituzione repubblicana (art. 100 e 103 cost.), il passaggio da disciplina istituzionale delle amministrazioni a principio costituzionale. Si tratta del sistema dei controlli svolti dalla Corte dei conti, del sistema delle responsabilità erariali rientranti nella giurisdizione della Corte dei conti, e degli istituti contabili relativi alla formazione ed approvazione del bilancio, in sostanza quello che oggi viene definito il diritto del bilancio.

Ebbene, quanto alla funzione di giurisdizione della Corte dei conti nei confronti dei pubblici funzionari, Santi Romano, collocandola nelle giurisdizioni speciali amministrative, non si sottrae dal rilevare come questa “*sia degna di nota per la sua configurazione tipica e per la sua indole alquanto controversa*”¹⁵.

Evidentemente Santi Romano nel riconoscerne la *tipicità*, intende riferirsi alla competenza della giurisdizione contabile in materia di responsabilità amministrativa e contabile per danni erariali arrecati allo Stato da funzionari pubblici, (quello che oggi viene indicato dall’art. 103 cost. come competenza nelle materie di contabilità pubblica), mentre nel riferirsi alla natura *controversa* della giurisdizione si riferisce in particolare al giudizio di conto cui sono sottoposti quei funzionari pubblici che rivestono la qualifica (di diritto o di fatto) di agenti contabili, (quelli cioè che hanno in consegna beni, valori, materie dello Stato)¹⁶, in quanto le modalità con cui tale giudizio è concepito, riconducibili per una parte della dottrina ad un mero controllo amministrativo sulla regolarità del

¹⁵ Cfr. S. ROMANO, *Gli scritti nel trattato di Orlando*, Milano, 2003, 200 ss.

¹⁶ Testo unico sulla contabilità generale dello Stato, r.d. 17 febbraio 1884 n. 2016 che all’art. 64 definiva agenti contabili coloro che hanno maneggio di pubblico denaro ovvero debito di materia.

conto¹⁷, vengono invece ricondotte da Santi Romano (che all'epoca interpretava anche la dottrina dominante) alla giurisdizione, seppur egli stesso sottolinei che alcune caratteristiche del giudizio, quali il suo esplicarsi in periodi di tempo determinati e necessariamente per disposizione di legge anche quando manchi la controversia effettiva, conferiscano a tale giudizio anche un carattere inquisitorio misto a quello giurisdizionale, in ragione del fatto che la "controversia" comunque sussiste per una *fictio iuris* introdotta dal legislatore, e che l'approvazione del conto da parte del giudice contabile assume tuttavia l'efficacia di una *res iudicata* che afferma o fa salva per sempre la responsabilità degli amministratori¹⁸.

Si tratta di argomentazioni che avevano colto il cuore del problema trattandosi di agenti contabili sui quali incombeva una obbligazione riconducibile al contratto di deposito, nel senso che la mancata restituzione del bene o del valore avuto in consegna, determinava a carico dell'agente contabile la presunzione di colpa (*iuris tantum*) e l'inversione dell'onere della prova (art. 194 del regolamento di contabilità generale del 1924). Configurazione giuridica praticamente rimasta inalterata anche dopo l'entrata in vigore della costituzione e nonostante le garanzie costituzionali sancite dagli artt. 24, 108, 111 della costituzione.

Ebbene, l'approvazione del recente codice della giustizia contabile (d.lgs. n. 174 del 2016), poteva costituire l'occasione per superare quella che Santi Romano, acutamente aveva definito " *indole controversa* ", ma il codice nel trattare (nella parte III) i conti giudiziali degli agenti contabili ha, in sostanza, confermato il precedente impianto, semmai con alcune mitigazioni come la rimessione dell'esame dei conti ad un decreto del

¹⁷ In tal senso cfr. V. TANGO, *La revocazione, saggio di commentario alla legge sulla Corte dei conti* , Archivio giuridico, XXVII, 4 ss.

¹⁸ Cfr. S. ROMANO, *Gli scritti nel trattato di Orlando* , cit., 201; G.B. UGO, *La Corte dei conti* , Torino, 1882, 112, ss.; A. DE CUPIS, *Commento alla legge sull'amministrazione del patrimonio dello Stato e sulla contabilità generale* , Torino, 1883, 422 ss. (commento all'art. 58 corrispondente all'art. 64 del testo unico del 17 febbraio 1884 n. 2016). Caratteri controversi che, seppur con alcuni correttivi, permangono anche nell'attuale giudizio di conto disciplinato dal recentissimo codice della giustizia contabile (d.lgs. n. 174 del 2016) sulla base di motivazioni analoghe a quelle all'epoca formulate da Santi Romano, seppur oggi un giudizio instaurato necessariamente anche in assenza di una controversia, presenti profili di dubbia costituzionalità a fronte delle garanzie del diritto alla difesa in ogni stato e grado del procedimento introdotte dall'art. 24 della costituzione, delle garanzie di indipendenza previste per le magistrature speciali dal secondo comma dell'art. 108 della costituzione e delle garanzie del giusto processo previste dall'art. 111 della costituzione. Garanzie che ragionevolmente avrebbero portato Santi Romano a valutare diversamente un procedimento del genere.

Presidente della sezione giurisdizionale che annualmente stabilisce, sulla base di criteri oggettivi e predeterminati, le *priorità* cui i magistrati relatori dovranno attenersi nella pianificazione dell'esame dei conti, lasciando, pertanto irrisolta la questione della compatibilità della necessarietà ed automaticità del giudizio, anche in assenza di una controversia, non solo con le norme costituzionali sopra richiamate ma anche con l'art. 3 della costituzione, atteso che il carattere necessario ed automatico del giudizio comporterebbe l'esame di tutti i conti degli agenti contabili e non soltanto di quelli rientranti nelle "priorità"¹⁹.

Quanto alla funzione di controllo della Corte dei conti, va premesso che al momento della creazione dello Stato unitario, l'influenza della teoria della separazione dei poteri del Montesquieu aveva posto la questione del mantenimento o meno in capo alla Corte dei conti di attribuzioni giurisdizionali e non giurisdizionali. Questione che, comunque, era stata risolta in relazione al nuovo contesto delle strutture istituzionali specie sotto il profilo finanziario, in ordine alle quali sembrava indispensabile l'esigenza di avere un soggetto neutrale come la Corte dei conti, che avrebbe assunto il ruolo di *diaframma tecnico* per dirimere le molteplici questioni finanziarie derivanti dalla limitazione delle rispettive sfere di influenza nei nuovi equilibri tra governi e parlamenti²⁰.

È evidente che in questa prospettiva di *diaframma tecnico* la funzione di controllo della Corte dei conti veniva indubbiamente a configurarsi sia come controllo interno all'amministrazione finanziaria, riconducibile a quella concezione della contabilità come disciplina riferita alla procedimentalizzazione della spesa pubblica, sia anche come controllo di rilevanza esterna se si considera che Santi Romano, nelle sue riflessioni sul controllo preventivo di legittimità sugli atti del governo e sulla vigilanza sulle gestioni, faceva rilevare che tale controllo era funzionale alla tutela degli interessi generali dello Stato, condividendo, dunque, la tesi della costituzionalità della "*cointestazione*" delle due funzioni in capo alla Corte dei conti, sostenuta anche dal suo maestro Orlando²¹, e avversata

¹⁹ Cfr. d.lgs. n. 174 del 2016, art. 145. La norma nel rimettere al Presidente la scelta sulle priorità cui i magistrati si dovranno attenere nella pianificazione dell'esame dei conti, ancorché tale scelta muova da criteri oggettivi e predeterminati, lascia comunque un margine di discrezionalità che sembrerebbe non compatibile con la necessarietà ed automaticità del giudizio.

²⁰ Cfr. A. CAROSI, *Linee evolutive delle funzioni della Corte dei conti alla luce della recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, Roma, 2014.

²¹ Cfr. V.E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, 1900, 23.

da altri giuristi come Cammeo e dalla stessa amministrazione finanziaria dell'epoca che riteneva il controllo sulle pubbliche spese una propria funzione esclusiva²². Avversione, quest'ultima, tanto forte che aveva portato, prima, alla istituzione, e poi, alla "implementazione" dei poteri della Ragioneria generale dello Stato²³. Implementazione che, in verità, non si è mai fermata e che ha determinato un dualismo tra controlli della Corte dei conti e controlli della Ragioneria generale, risolto sul piano costituzionale con l'attribuzione del controllo esterno alla Corte dei conti sia nella forma del controllo preventivo di legittimità sugli atti del governo, sia in quella del controllo successivo sulla gestione del bilancio dello Stato, sia, infine, nelle forme stabilite dalla legge, sulla gestione finanziaria degli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, e dei cui

²² E. CAMMEO, *La competenza della IV Sezione sugli atti amministrativi dell'autorità non amministrative e la posizione costituzionale della Corte dei conti*, in *Giur. it.*, IV, 1903, 182 ss. La critica più radicale alla cointestazione delle funzioni di controllo e di giurisdizione in capo alla Corte dei conti, fu fatta da Gianquinto De Gioannis, il quale ebbe ad affermare che "la natura delle cose e la filosofia del diritto debbono prevalere sulle tradizioni secolari delle antiche Corti e che la logica del diritto non consente il cumulo di attribuzioni disparate in uno stesso collegio o in una stessa magistratura". Cfr. G. DE GIOANNIS, in *Nuovo diritto amministrativo d'Italia*, Pavia, 1864.

²³ La Ragioneria generale dello Stato viene istituita con la legge del 22 aprile 1869 n. 5026, nota come legge Cambray-Digny, quale organo centrale della contabilità dello Stato alla dirette dipendenze del Ministro delle finanze. Nel tempo la Ragioneria generale è andata assumendo una crescente importanza grazie all'estensione dei compiti ad essa affidati, compiti che hanno segnato una penetrante "ingerenza" su tutta la gestione finanziaria e patrimoniale dello Stato, al punto che qualsiasi disegno di legge o atto del Governo che possa avere una qualche ripercussione (diretta o indiretta) sulla gestione economico-finanziaria dello Stato, è sottoposto al vaglio preventivo della Ragioneria generale (RGS). Ed infatti è sufficiente leggere l'art. 29 della legge di contabilità generale del 1923 n. 2440, per avere una riprova della centralità di questo ruolo: "I disegni di legge, che importino o riflettano spese a carico dello Stato, sono proposti dal Ministro da cui dipendono i servizi ai quali le spese si riferiscono, di concerto con il Ministro del tesoro (già Ministro delle finanze)..." Come pure gli artt. 24 e 25 nonché l'art. 160 del regolamento del 1924 n. 827, (tutte norme che individuano analiticamente tutte le competenze di controllo interno della Ragioneria generale dello Stato su tutti i provvedimenti che abbiano effetti finanziari o che riguardino gli ordinamenti contabili, ovvero di acquisizione di elementi di conoscenza per la compilazione dei conti riassuntivi delle entrate e delle spese nonché del patrimonio dello Stato...) per avere un quadro della pervasività del controllo della RGS. Infatti dopo che con il R.D. del 1923 n. 126 le Ragionerie centrali dei vari Ministeri, vengono sottoposte alle dipendenze della Ragioneria generale (RGS), la RGS ha modo di seguire e controllare tutta l'attività finanziaria e patrimoniale della pubblica amministrazione. Per un quadro ricostruttivo di questo processo si rinvia alle considerazioni di A. BENNATI, *Manuale di contabilità di Stato*, cit., 566 ss.

riscontri eseguiti la Corte dei conti deve riferire al parlamento (art. 100 cost.).

Che il controllo della Corte dei conti dovesse avere una rilevanza esterna, lo si ricavava anche dal modello di questa Istituzione nata immediatamente dopo l'Unità d'Italia, con caratteristiche omogenee a quelle degli analoghi organismi esistenti prima dell'Unità stessa, in linea, dunque, con le tradizioni secolari delle antiche Corti dei conti²⁴, tant'è che anche Santi Romano nell'esaminare le leggi di approvazione preventiva, afferma che l'effetto "è quello di creare un determinato controllo che assicuri l'osservanza dei limiti entro i quali l'autorizzazione è stata data, osservanza che, prosegue Santi Romano, è garantita per il bilancio dal controllo preventivo finanziario della Corte dei conti"²⁵.

Quanto al "diritto" del bilancio, Santi Romano se ne occupa sempre nel "Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione"²⁶, sostenendo che il bilancio annuale può considerarsi un atto amministrativo, e che la legge che approva il bilancio, in quanto atto del Parlamento, va *distinta* dal bilancio che è atto inizialmente compiuto dal governo e che resta tale nonostante l'approvazione parlamentare.

È evidente che questa lettura riflette pienamente quella impostazione che riconduce i *rapporti* e gli *istituti giuridici* della contabilità dello Stato all'attività amministrativa, e che vede nel governo-consiglio dei ministri, l'organo di coordinamento e di unificazione dell'attività politica ed amministrativa dello Stato (artt. 1 e 5 del regio decreto n. 466 del 1901), tant'è che Santi Romano nel sottolineare la *distinzione* tra il bilancio e la legge che lo approva, si pone anche la domanda sul come qualificare giuridicamente tale legge, se cioè come legge formale, priva cioè di vere

²⁴ Cfr. A. CAROSI, *La Corte dei conti nell'ordinamento italiano*, in *Diritto e Società*, 2013, n. 3, 501 ss.

²⁵ La conclusione cui perviene Santi Romano è interessante perché nel chiamare in causa il controllo della Corte dei conti, si pone anche il problema se "...la Corte dei conti sia rivestita di poteri delegati di modo che il controllo esercitato sia espressione del controllo parlamentare e per questo motivo debba essere da questo formata". E la risposta negativa cui perviene nell'evidenziare il vizio alla base di tale interpretazione cioè quello di ritenere che la legge di bilancio sia una legge di delegazione, rende coerente la conclusione di un controllo di legittimità che persegue non solo gli interessi finanziari dell'amministrazione ma anche gli interessi generali dello Stato. Tutti aspetti che, come vedremo, troveranno un riconoscimento formale e sostanziale negli artt. 100 e 103 della costituzione repubblicana.

²⁶ Sul punto si rinvia all'ampia analisi svolta da S. ROMANO, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, Milano, 1898, 12 ss.

e proprie norme giuridiche che creano *ex novo* o modificano rapporti giuridici, ovvero sostanziale, che contiene disposizioni che invece li creano o li modificano, pervenendo alla conclusione che non deve considerarsi né l'una né l'altra, in quanto, rientrando nel c.d. *diritto di iniziativa* del governo, il bilancio viene redatto dal governo stesso secondo una procedura che si riferisce ad una attività amministrativa che la legge (il riferimento è all'art.6 della legge di contabilità generale del 1883) scandisce anche temporalmente, e nella quale distingue l'attività relativa al bilancio di previsione dell'esercizio seguente, rispetto a quella relativa al progetto di legge di assestamento del bilancio preventivo dell'esercizio in corso e rispetto al rendiconto generale dell'esercizio scaduto il 30 giugno precedente.²⁷

Il riferimento che Santi Romano fa a queste tre distinte tipologie di documenti contabili-amministrativi (bilancio di previsione, bilancio di assestamento, rendiconto) approvati con legge, non è affatto casuale, in quanto è funzionale al ragionamento che lui stesso svolge per superare quella che poteva apparire una contraddizione, quando nel negare il carattere sostanziale alla legge di approvazione del bilancio riconosce invece tale carattere alla legge di approvazione del bilancio di assestamento.²⁸ Al riguardo Santi Romano sottolinea che, mentre l'approvazione del bilancio da parte del parlamento concerne un atto amministrativo di competenza esclusiva del governo, e l'approvazione del rendiconto è un vero e proprio giudizio di responsabilità (politica) nel caso in cui il governo abbia ecceduto nell'esercizio dei suoi poteri (nel qual caso, per Santi Romano non si tratterebbe più di approvazione ma di ratifica),

²⁷ Va tenuto presente che sino all'entrata in vigore della legge n. 62 del 1964, i singoli stati di previsione davano vita ad altrettanti disegni di legge. Il disegno di legge relativo allo stato di previsione della spesa del Ministero del tesoro comprendeva anche lo stato di previsione dell'entrata ed il riepilogo generale del bilancio preventivo. Cfr. art. 35 della legge di contabilità generale, regio decreto n. 2440 del 1923, come modificato dal regio decreto n. 596 del 1925, d.l. n. 202 del 1944. Per effetto della norma introdotta dall'art. 1, *sub* 35, della legge n. 62 del 1964, ripresa dall'art. 2, comma 7 della legge n. 468 del 1978, il bilancio annuale di previsione forma oggetto di un unico disegno di legge. Per un esame approfondito si rinvia a A. BENNATI, *Manuale di contabilità di Stato*, cit., 223 ss.

²⁸ Cfr. G. VITAGLIANO, *Il contenuto giuridico delle legge del bilancio*, Roma, 1910, nonché per gli atti di variazione C. ANELLI, *Natura giuridica dei provvedimenti di variazione al bilancio*, in Ministero del Tesoro-Ragioneria generale (a cura di), *Saggi in onore del centenario della Ragioneria generale dello Stato*, Roma, 1969, 116 ss. Sul punto per un esame ricostruttivo dei passaggi seguiti dalla dottrina sulla legge di bilancio cfr. anche A. BRANCASI, *Legge finanziaria e legge di bilancio*, cit., 201 ss.

l'approvazione dell'assestamento di bilancio ha, invece, i caratteri di una vera e propria legge sostanziale in quanto con essa si modifica una *approvazione già data dal parlamento, anzi se ne sostituisce una nuova*. In buona sostanza, Santi Romano, anticipando ancora una volta quello che sarebbe stato poi il dibattito su questi istituti contabili, intuisce, non soltanto la valenza politica dell'approvazione parlamentare del rendiconto, ma anche la diversa portata della legge di assestamento rispetto alla legge di bilancio, essendo la prima espressione di un nuovo bilancio di previsione redatto in base alle *“variazioni richieste o suggerite”* da presentare alle camere nel corso di ciascun esercizio²⁹. Non solo, ma anche se il c.d. bilancio di assestamento viene abolito subito dopo l'esercizio 1912-1913, (e sarà ripristinato soltanto nel 1978), Santi Romano, con i suoi *“distinguo”* fa emergere quello che in seguito diverrà il problema delle *variazioni* di bilancio e che porterà alla necessaria distinzione tra *variazioni amministrative* interne al bilancio e *variazioni per nuove e maggiori spese*, che richiedono una legge che comunque abbia una valenza modificativa delle previsioni della legge di bilancio, appunto una legge di assestamento³⁰. Si tratta dunque di una prospettazione di estremo rilievo se si considera il quadro normativo a cui necessariamente doveva fare riferimento Santi Romano, tant'è che soltanto a seguito della riforma co-

²⁹ Sino all'esercizio 1912-1913, era in uso nell'Amministrazione dello Stato il c.d. bilancio di assestamento che consisteva sostanzialmente in un nuovo bilancio di previsione redatto in base alle variazioni delle previsioni. Il bilancio di assestamento fu abolito con la legge n. 740 del 26 giugno 1913, ed è stato ripristinato con la legge n. 468 del 1978, proprio al fine di evidenziare, di fronte a nuove o maggiori spese, le variazioni amministrative, vale a dire le variazioni che derogano al principio *“nessuna spesa senza legge”*, rispetto a quelle che implicano invece un intervento legislativo e si concretizzano nella legge di assestamento. Sul punto si rinvia per tutti alla ricostruzione fatta da A. BENNATI, *Manuale di contabilità di Stato*, cit., 335 ss.

³⁰ Fermo restando il principio che (data la qualificazione formale della legge di approvazione del bilancio) le nuove o maggiori spese dovevano essere autorizzate per legge, la legge di contabilità generale del 1923 ed il relativo regolamento del 1924 prevedevano delle eccezioni a tale principio, per variazioni c.d. amministrative, che riguardassero :1) iscrizione in bilancio delle somme all'uopo occorrenti da disporsi mediante decreto del capo dello Stato o del Ministro del tesoro ai sensi dell'art. 41 legge di contabilità generale del 1923, 2) prelevamento da disporsi con decreto del Capo dello Stato dal Fondo di riserva per le spese imprevedute ai sensi dell'art. 42 legge di contabilità generale del 1923, 3) prelevamento dal Fondo di riserva per le spese obbligatorie e d'ordine da disporsi con decreto del ministro del tesoro ai sensi dell'art. 40 legge di contabilità generale del 1923. Fuori da questi casi tassativi le variazioni di bilancio rientravano nella legge di assestamento.

stituzionale del 2012 che ha attribuito carattere sostanziale alla legge di bilancio (art. 81), il legislatore ha definitivamente chiarito che la legge di assestamento pur consentendo le *variazioni* alle previsioni di bilancio per le nuove e maggiori spese, non può avere la stessa portata sostanziale e “*innovativa della legislazione vigente*” della legge di bilancio, ma può costituire soltanto uno strumento legislativo che aumenta i margini di *flessibilità* del bilancio stesso in termini di *variazioni compensative* tra le dotazioni finanziarie previste a legislazione vigente, ferma restando la preclusione all’utilizzo degli stanziamenti in conto capitale³¹.

Quanto alla legge di approvazione del bilancio, Santi Romano, non fermandosi alla mera distinzione formale/sostanziale, evidenzia che questa in definitiva si configura come una autorizzazione amministrativa del parlamento piuttosto che come legge formale³², tant’è che di

³¹ La legge n. 243 del 2012, nota come la legge rinforzata attuativa della riforma costituzionale del 2012, n. 1, e la sua successiva modifica con la legge n.163 del 2016, hanno profondamente influito sulla natura della legge di assestamento, in quanto, avendo attribuito alla legge di bilancio natura sostanziale, hanno finito con l’unificare le due fasi che precedentemente erano distinte (quella della legge di stabilità/legge finanziaria, avente natura sostanziale e quella della legge di bilancio avente natura formale). In particolare, prima della riforma costituzionale del 2012, la legge di bilancio era preceduta dalla legge di stabilità (prima ancora denominata legge finanziaria) che si configurava come legge sostanziale, idonea, cioè, a modificare il quadro normativo di riferimento del bilancio dello Stato. La soppressione della legge di stabilità e l’attribuzione alla legge di bilancio di una natura sostanziale, ha fatto sì che la legge di bilancio abbia visto ampliare il proprio ambito applicativo in sede di predisposizione del disegno di legge di bilancio. La legge n. 163 del 2016 ha infatti eliminato il vincolo di *compensatività* all’interno della stessa missione per le rimodulazioni che il Ministro può effettuare in sede di formulazione degli schemi degli stati di previsione, come pure ha consentito il *rifinanziamento, definanziamento* e la *riprogrammazione*, per un periodo anche pluriennale, delle dotazioni finanziarie di spesa di parte corrente e in conto capitale. Ebbene queste modifiche si riflettono anche sulla legge di assestamento nel senso che il legislatore ha disposto che seppur le modifiche alla legge di bilancio non possano essere apportate che con un’altra legge, appunto la legge di assestamento, quest’ultima però ha la funzione di adattare il bilancio alle sopravvenute esigenze di gestione, anche in conseguenza della consistenza dei residui attivi e passivi accertata in sede di rendiconto dell’esercizio precedente, risolvendosi pertanto in una legge che consente la rettifica dei limiti di pagamento derivanti dal bilancio di previsione. L’art. 5 della legge n. 163 del 2016 ha poi precisato che le previsioni di bilancio contenute nella legge di assestamento sono formulate a legislazione vigente al fine di ribadire che tale legge non può innovare la legislazione vigente. Semmai al fine di aumentare i margini di flessibilità in sede di assestamento, si è anche previsto che con la legge di assestamento possano essere proposte variazioni compensative anche tra unità di voto diverse con la preclusione però per le spese in conto capitale.

³² Santi Romano, afferma che la legge di approvazione del bilancio come tutte le

fronte agli emendamenti presentati durante il procedimento di approvazione parlamentare, Santi Romano precisa che questi non devono essere ritenuti come modificazioni ma come semplici proposte di emendamenti che il parlamento fa al governo (e che, se non vengono accettate da questo, potrebbero avere come conseguenza anche il rifiuto dell'approvazione)³³.

Ebbene senza scendere nelle sottili e complesse argomentazioni svolte da Santi Romano, sui distinguo tra legge di approvazione e legge di autorizzazione, distinguo affatto irrilevante e che ha occupato la dottrina anche dopo l'avvento della costituzione repubblicana³⁴, come pure sugli emendamenti di cui Santi Romano, con il riferimento al rifiuto di approvazione, ne intuisce la valenza politica, tant'è che il rifiuto che ebbe modo di verificarsi nel 1893 allorché la Camera respinse lo stato di previsione della spesa del Ministero della giustizia per l'esercizio 1893-1894, in realtà fu un modo per manifestare sfiducia al Ministro e provocarne le dimissioni³⁵, qui preme evidenziare che la concezione di Santi Romano del bilancio come strumento amministrativo più che rispecchiare la teoria dualistica delle leggi (quelle formali, di cui fa parte il bilancio e quelle sostanziali che contengono cioè norme giuridiche)³⁶, si avvicina, in verità, al pensiero di Gneist, che, nell'ambito della teoria dualistica della

leggi che si rivolgono ai funzionari, deve necessariamente appartenere o a leggi regolatrici di competenza, o a leggi di delegazione o a leggi di ratifica o a leggi di autorizzazione. Nel caso del bilancio, traendo questo la sua competenza da leggi già esistenti, non può che appartenere alla categoria delle leggi di autorizzazione amministrativa.

³³ La questione del rifiuto in realtà si pone come potere di emendamento del parlamento. Tale questione verrà affrontata da Oreste Ranelletti, a fronte dell'intervenuta approvazione della costituzione repubblicana, con la seguente motivazione: "*il rifiuto del bilancio effettuato allo scopo di provocare le dimissioni del governo, sarebbe attualmente un atto inutile perché privo di efficacia, date le forme speciali stabilite dalla vigente costituzione italiana per i voti di fiducia al governo, a garanzia della serietà e della ponderazione di quelle deliberazioni*". Cfr. O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, parti II-IV, Milano, 1954, 478.

³⁴ Cfr. per tutti A. BRANCASI, *Legge finanziaria e legge di bilancio*, cit., 207 ss., nonché M.S. GIANNINI, *Diritto*, vol. II, 1093 ss.

³⁵ Cfr. A. BENNATI, cit., 306 ss. Il rifiuto dell'approvazione del bilancio fu un mezzo per manifestare la sfiducia al Ministro della giustizia dell'epoca e provocarne le dimissioni. Infatti, subito dopo, mutato il Ministro, si procedette all'approvazione del bilancio. Va al riguardo puntualizzato che il bilancio era costituito da tanti disegni di legge relativi agli stati di previsione delle spese dei singoli ministeri e soltanto il disegno di legge del Ministero del tesoro riassumeva i dati della spesa e dell'entrata.

³⁶ Cfr. P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutchen Reichs*, Friburgo, 1901.

dottrina tedesca, sostiene che l'atto di approvazione del bilancio “*non rientra nella legislazione, né materiale, né formale, ma rappresenta semplicemente una funzione amministrativa, la quale ha per oggetto un'azione di controllo, non la creazione di leggi*”³⁷.

Tale impostazione, frutto del forte nesso tra contabilità e amministrazione, porta Santi Romano a porre le premesse per sostenere per un verso l'illegittimità del bilancio quando questo, come atto amministrativo contrasti con l'ordinamento esistente (bilancio *contra legem*), e per altro verso l'esistenza di un limite a questa possibilità, facendo discendere dalla approvazione legislativa la presunzione di legittimità del bilancio stesso e della sua inoppugnabilità garantita dal controllo preventivo di legittimità svolto dalla Corte dei conti³⁸. Infatti già la legge di contabilità del 1884 n. 2016 prevedeva all'art. 56 il divieto di registrazione di spese eccedenti gli stanziamenti di bilancio, o riferibili a capitoli diversi da quelli indicati o a capitoli esauriti, e all'art. 35 il divieto di trasporto o storno di fondi, essendo vietato fare spese oltre quelle previste ed autorizzate in bilancio, ovvero di eccedere il fondo assegnato a ciascun capitolo senza una legge speciale che lo prevedesse, o senza che tale modifica non fosse prevista nella legge di assestamento³⁹. Una visione dunque che si ricollega, per quanto possibile, al principio di legalità⁴⁰.

Sul piano politico è indubbio che la prospettazione del bilancio come atto amministrativo del governo e del ruolo amministrativo del parlamento nell'approvazione, rappresenta la conseguenza diretta dei mutamenti costituzionali che avevano interessato lo Stato italiano con l'affermarsi della centralità del governo del regime fascista e di un ruolo sempre più simbolico del parlamento⁴¹.

³⁷ Cfr. R. GNEIST, *Budget und gesetz nach dem constitutionellen Staatsbech englands*, Berlino, 1867, tradotto in italiano da R. BONGHI, *Il bilancio e la legge*, Firenze, 1869.

³⁸ S. ROMANO, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, Milano, 1898, 31. In sostanza per Santi Romano sia il bilancio che la relativa legge di approvazione vengono a configurarsi come atti amministrativi con la particolarità che mentre il bilancio è tale sia materialmente che formalmente, la legge che lo approva si qualifica sotto il profilo formale comunque come legge. Cfr. sul punto anche A. BRANCASI, *Legge finanziaria e legge di bilancio*, cit., 165.

³⁹ Cfr. C. CAGLI, *La specialità delle spese e i trasporti tra i capitoli nel bilancio dello stato*, Bologna, 1897 23 ss.

⁴⁰ Sulla funzione di conservazione delle strutture amministrative dello Stato e del principio di legalità si rinvia a A. ROMANO, S. Romano, *S. Romano. La giuspubblicistica italiana: temi e tendenze*, in *Diritto e società*, 2004, n. 1, 7 ss.

⁴¹ L'innovazione della presentazione della deliberazione sul rendiconto generale dello

La rilevanza di queste considerazioni per il discorso che stiamo facendo è evidente, per la ragione che le riflessioni svolte da Santi Romano su alcuni istituti della contabilità dello Stato da lui ricondotti nell'ambito del diritto amministrativo, rappresentano il *portato* di un dibattito dottrinale che si era sviluppato sui contenuti della contabilità nelle varie leggi che si erano susseguite sia per lo Stato, che per gli enti pubblici minori e per gli enti autarchici e che influenzeranno, come vedremo, anche le disposizioni costituzionali del 1948, riguardanti la contabilità pubblica.

Semmai, dovendo passare ad analizzare l'approdo della contabilità pubblica a principio costituzionale è necessario comprendere se i principi, in materia contabile, della costituzione repubblicana si pongano in *continuità* con la legislazione contabile dell'esperienza statutaria, ed ancora se le recenti modifiche apportate alla costituzione dalla riforma del 2012 (l.cost.n.1,2012), sotto l'influenza delle regole della nuova *governance* economica dell'Unione europea, disegnino una nuova dimensione della contabilità pubblica⁴².

2. (segue) *La contabilità da disciplina istituzionale delle amministrazioni pubbliche a principio costituzionale: il diritto del bilancio*

Le considerazioni su bilancio e Corte dei conti, ci hanno fornito un quadro delle ragioni che hanno messo in luce la pertinenza della qualificazione della contabilità come disciplina istituzionale delle pubbliche amministrazioni rivolta ai profili finanziari e patrimoniali dell'attività amministrativa, ed in questo quadro non si sono, volutamente, affrontate, se non marginalmente, le questioni dell'incidenza della contabilità pubblica nei rapporti governo-parlamento.

L'introduzione nella costituzione repubblicana dei principi codificati storicamente dalla legislazione contabile in materia di bilancio, di controllo e di giurisdizione della Corte dei conti, impongono tuttavia una riflessione anche sugli effetti nei rapporti governo-parlamento, per comprendere i passaggi non solo costituzionali che hanno caratterizzato l'evoluzione dei principi e dei contenuti della contabilità pubblica.

Stato (insieme con la relazione) al capo del governo per essere poi trasmessa al gran consiglio del fascismo e al parlamento, segno della centralità del governo nel bilancio, è la dimostrazione evidente del ruolo marginale ricoperto in quella fase storica dal parlamento.

⁴² Cfr. A. BRANCASI, *Legge finanziaria e legge di bilancio*, cit., 137.

Venendo al bilancio ed alla relativa legge di approvazione, merita ricordare che all'inizio della I° legislatura repubblicana (1948), il senatore Paratore e l'onorevole Petrilli, su mandato delle commissioni finanze della camera e del senato, furono incaricati di redigere una relazione sulle implicazioni politiche-legislative che sarebbero derivate dalla formulazione dell'art. 81 della costituzione. Tale articolo dopo aver attribuito alle camere la competenza ad approvare i bilanci ed i rendiconti (primo comma), ed aver fatto riferimento all'esercizio provvisorio nelle more della approvazione del bilancio (secondo comma), disponeva che con la legge di approvazione del bilancio non si potevano stabilire nuovi tributi e nuove spese (terzo comma), e che ogni altra legge, diversa dalla legge di bilancio, che avesse importato nuove o maggiori spese avrebbe dovuto indicare i mezzi per farvi fronte (quarto comma).

I due limiti, quello posto alla legge di approvazione del bilancio e quello alle leggi di spesa, costituiscono dunque i principi portanti di tutto il diritto del bilancio enunciato nell'art. 81 della costituzione che mirava, con queste regole, a garantire un bilancio in equilibrio (tendenzialmente in pareggio)⁴³.

La domanda da porsi a questo punto è se questi due principi enunciati dall'art. 81 cost., contengano elementi di novità rispetto alle leggi di contabilità generale, o se invece rappresentino una mera continuazione dell'esperienza statutaria.

È evidente che anche la semplice contestualizzazione storica ci fa comprendere che mentre nello statuto albertino, che era una costituzione flessibile, il riferimento al bilancio era finalizzato soltanto a stabilire,

⁴³ Cfr. L. EINAUDI, è stato il padre della formulazione dell'art. 81 della costituzione. In una conferenza tenuta a Torino il 9 novembre nel 1947 ebbe ad affermare che per conseguirlo "...era necessario che nessuna spesa nuova sarebbe stata fatta se non coperta da una corrispondente entrata". In realtà questo richiamo era il risultato della discussione che si era avuta in Assemblea Costituente da cui è originato il quarto comma dell'articolo 81 della costituzione, la cui paternità è generalmente attribuita ad Einaudi. Infatti in relazione al dibattito che si era svolto nella sottocommissione Finanza nel rapporto redatto per la Costituente, di cui facevano parte Ezio Vanoni e Sergio Steve, Luigi Einaudi, sosteneva la necessità di guardare all'equilibrio tra attività finanziaria ed attività economica per valutare l'opportunità della spesa pubblica, i cui effetti si dispiegavano in un intervallo di tempo che non poteva restringersi al singolo esercizio finanziario per cui appariva artificioso considerare il conseguimento dell'equilibrio di bilancio "*puntualmente in ciascun esercizio e non piuttosto in periodi più lunghi*". Così si esprime diffusamente il rapporto presentato all'Assemblea Costituente dalla Sottocommissione Finanza – composta da Nunzio Bario, Luigi V. Berliri, Giannantonio Micheli, Gaetano Stamatì, Sergio Steve e Ezio Vanoni – della Commissione Economica (1946).

proceduralmente, la priorità della Camera rappresentativa nell'esame e nella votazione di tale documento finanziario, nella costituzione repubblicana, il bilancio diviene oggetto di espresse disposizioni finanziarie da inquadarsi in un organico sistema basato sui principi tradizionali dei regimi parlamentari e modellato su quelli vigenti negli Stati a forma largamente rappresentativa. Ne consegue che il tenore dell'art. 81 seppur *ripropositivo* di formule presenti nelle varie leggi di contabilità generale⁴⁴, non può essere letto soltanto come mera continuazione del periodo statutario, non fosse altro perché inserito in una forma di governo parlamentare a debole razionalizzazione caratterizzato da un bicameralismo perfetto e collocato in una costituzione rigida.⁴⁵

Infatti se è indiscutibile che la formulazione del terzo comma dell'art. 81, rappresenta la subordinazione del bilancio alla legge e tende a conferire alla legge di approvazione del bilancio una connotazione meramente formale, è anche indiscutibile che, a differenza dello Statuto albertino, la riconduzione dei poteri del governo al contesto delle norme legislative già deliberate è espressione dell'idea prevalsa nel dibattito in Assemblea costituente, di un rafforzamento delle prerogative del parlamento quale organo di controllo e di freno delle proposte del governo⁴⁶.

In realtà almeno per una lunga fase, l'applicazione dell'art. 81 cost., è stata, invece, intesa "come un modo per privare il Parlamento di uno strumento che gli avrebbe consentito di ingerirsi nell'attività dell'amministrazione e gli avrebbe reso possibile indirizzare, nei tempi e nelle quantità, gli obiettivi di quest'ultima"⁴⁷. Anzi la formulazione del quarto comma dell'art. 81, sull'obbligo del parlamento di indicare la copertura finanziaria delle leggi di spesa, che nell'art. 43 della legge di contabilità generale si rivolgeva soltanto al governo⁴⁸, si pone in continuità con il terzo comma, quale ulteriore limite finanziario posto al parlamento, assegnando alla sfera di competenza del bilancio la funzione tipizzata di determinare l'equilibrio finanziario e la disciplina dell'attività

⁴⁴ Anche la Corte costituzionale ha riconosciuto che il contenuto del bilancio è desumibile dalla normativa contabile pre-repubblicana. Cfr. Corte cost., sentenza n. 165 del 1963.

⁴⁵ In materia la letteratura è amplissima si rinvia a mero titolo esemplificativo a R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, Torino, 2018, 110 ss.

⁴⁶ Cfr. M. RUINI, *Assemblea costituente*, seduta del 17 ottobre 1947. Sul punto si rinvia anche a P. DE IOANNA, *Copertura delle leggi di spesa*, in A. BARETTONI ARLERI, cit., 127 ss.

⁴⁷ A. BARANCASI, *Legge finanziaria e legge di bilancio*, cit., 173 ss.

⁴⁸ Cfr. A. BENNATI, *Manuale di contabilità di Stato*, cit., 326 ss.

dell'amministrazione esclusivamente in considerazione del profilo finanziario dell'amministrazione stessa⁴⁹.

Il discorso richiederebbe ulteriori approfondimenti sulle implicazioni derivanti dal carattere formale ovvero sostanziale della legge di bilancio e sul suo contenuto autorizzatorio, qui preme rilevare che anche tra i sostenitori della natura formale della legge di approvazione del bilancio, si è dovuto ammettere che in alcuni casi la legge di bilancio assumeva contenuti sostanziali per quelle leggi di autorizzazione di spesa che nel limitarsi a statuire la spesa nell'aspetto qualitativo, demandavano alla legge di bilancio o al bilancio stesso la determinazione degli stanziamenti necessari per attuare anno per anno determinate spese. Si trattava di spese "per la costruzione di opere pubbliche, per interventi a favore dell'industria, dell'agricoltura, dell'edilizia, di concessioni di contributi...", insomma di stanziamenti il cui onere presuntivo, e dunque la relativa copertura, non trovava attuazione in una preesistente legge materiale di autorizzazione bensì nella decisione di bilancio stesso che così assumeva la valenza di una scelta politica, rimessa di anno in anno a governo e parlamento, comprimendo o dilatando l'intervento statale nei diversi settori dell'amministrazione pubblica⁵⁰. A questo si aggiungeva che la gestione delle finanze pubbliche, anche a seguito dell'affermarsi della teoria economica keynesiana del *deficit spending*, non poteva rimanere ancorata entro i rigidi vincoli dell'art. 81 cost. e che un bilancio in disavanzo poteva servire anche attraverso ampi programmi di investimenti pubblici finanziati con l'indebitamento a rilanciare l'economia ed a creare nuovi posti di lavoro⁵¹.

⁴⁹ Cfr. C. CAGLI, *La specialità delle spese e dei trasporti tra i capitoli nel bilancio dello Stato*, Bologna, 1897, 23 ss. L'autore richiama gli artt. 35 e 56 della legge di contabilità del 1884, relativi ai casi di registrazione con riserva o rifiuto assoluto di registrazione sugli atti di spesa da parte della Corte dei conti. Si veda anche A. BRANCASI, *Legge finanziaria e legge di bilancio*, cit., 137 e 305 ss.

⁵⁰ Cfr. A. BENNATI, *Manuale di contabilità di Stato*, cit., 317.

⁵¹ La concezione keynesiana della finanza pubblica, viene enunciata sin dal 1933 in una famosa lettera aperta indirizzata al Presidente degli Stati Uniti e pubblicata sul *New York Times* del 31 dicembre del 1933, nella quale si propugnava come mezzo per uscire dalla crisi economica di quegli anni, "...l'esigenza di aumentare il potere di acquisto attraverso una spesa pubblica finanziata da prestiti, in modo da non dar luogo, attraverso l'imposizione fiscale, ad un mero trasferimento dei redditi esistenti". Si rinvia per un maggior approfondimento di quella che fu definita la politica del "*deficit spending*", a J.M. KEYNES, *An open letter*, riprodotta nei *Readings in fiscal policy*, a cura di *American Economic Association*, Homewood, 1955, Saggio n. 2, 31 ss. Si veda anche la traduzione italiana del 1947 di J.M. KEYNES, *The general theory of employment, interest and money*, Londra 1936. Per le considerazioni al riguardo del "tramonto" del feticcio del principio del pareggio di bilan-

Aspetti che rendevano evidente che la contabilità pubblica non poteva risolversi in una mera procedimentalizzazione della spesa pubblica e che il bilancio non poteva configurarsi più come un mero atto amministrativo del governo, ma comprendeva la complessiva gestione delle risorse prelevate nell'interesse della comunità amministrata (art. 53 cost.), e che i limiti dell'art.81,terzo comma, derivanti dal non poter modificare, in sede di approvazione del bilancio, la legislazione vigente sia sul versante della spesa che sul versante dell'entrata, determinavano un fattore di rigidità rispetto alla funzione che il bilancio veniva assumendo come strumento di politica economica.

Per adeguare il dettato costituzionale al processo evolutivo della finanza pubblica, c'erano due vie. Quella di una modifica dell'art.81, o quella di una legge sostanziale che affiancasse la legge di bilancio e che potesse incidere sulla legislazione vigente, al fine di adeguare le entrate e le spese del bilancio dello Stato, delle aziende autonome e degli enti pubblici che si ricollegano alla finanza statale, agli obiettivi di politica economica, che attraverso il bilancio si intendevano perseguire in una prospettiva di programmazione della spesa pubblica.

Si scelse questa seconda via, con l'introduzione della legge finanziaria che ai sensi dell'art. 11 della legge n. 468 del 1978 disponeva che *“al fine di adeguare le entrate e le uscite del bilancio dello Stato, delle aziende autonome, e degli enti pubblici che si ricollegano alla finanza statale, agli obiettivi di politica economica... il Ministro del tesoro di concerto con il Ministero delle finanze presenta al parlamento, contemporaneamente al disegno di legge di bilancio di previsione dello stato, un disegno di legge finanziaria con la quale si possono operare modifiche ed integrazioni a disposizioni legislative aventi riflessi sul bilancio”*⁵².

cio, si rinvia a C. COSCIANI, Istituzioni di scienza delle finanze, Torino, 1961, 113 ss., che pur sottolinea che si devono considerare le particolari condizioni economiche-finanziarie e sociali di un Paese in quanto se il disavanzo del bilancio può, in determinate circostanze, considerarsi un fattore positivo per i Paesi in progredito sviluppo economico, non altrettanto può dirsi in Paesi nei quali lo sviluppo economico è ostacolato dalla scarsità di taluni fattori (la mancanza, ad esempio, di manodopera qualificata). In questi paesi un disavanzo cronico porterebbe a spinte inflazionistiche in quanto il reddito non potrebbe svilupparsi proprio per la carenza dei fattori necessari. In tal senso cfr. anche Studi in occasione del primo centenario della Corte dei conti nell'Unità d'Italia, Milano, 1963, 181. Sulla necessaria cautela nei confronti della teoria del *“deficit spending”* si sono espressi all'epoca G.U. PAPI, *Dizionario di economia*, voce *Politica di stabilizzazione*, Torino, 1967, 1331 ss.; nonché F. MARZANO, *Gli effetti economici della spesa pubblica*, Bologna, 1961, 15.

⁵² Cfr. Legge n. 468 del 1978, riforma di alcune norme di contabilità generale dello

Il tendenziale equilibrio quale fine precipuo del bilancio che emergeva dal tenore dell'art. 81 terzo e quarto comma da un lato, a fronte dell'espansione degli interventi pubblici in campo economico e sociale dello Stato e dei soggetti pubblici erogatori di pubblico denaro (ivi compresi gli enti locali e le regioni la cui autonomia finanziaria esce rafforzata dal federalismo fiscale di cui alla riforma costituzionale del 2001) dall'altro, segnano l'avvio di un processo evolutivo dei principi contabili a presidio dell'art. 81, in quanto *“il bilancio e la sua contabilità non svolgono più la funzione di mero strumento amministrativo ma di documento fondamentale per la politica economica... non più nella forma e nella sua rilevanza contabile ma come strumento di lettura di documento economico capace di illustrare il ruolo esercitato dalla pubblica amministrazione nelle sue diverse configurazioni”*⁵³.

Questa evoluzione, non sfuggita ad una parte autorevole della dottrina contabilistica⁵⁴, portava a riconoscere che tale processo evolutivo

Stato, in materia di bilancio e successive modificazioni. La legge finanziaria, fu definita successivamente di “stabilità” dall'art. 7, c. 2, lett. c, della legge n. 196 del 2009, in quanto, dopo l'introduzione di elementi di federalismo fiscale nell'ordinamento degli enti territoriali a seguito della riforma costituzionale del 2001 (legge cost. n. 3 del 2001), si richiedeva che l'attività finanziaria statale dovesse essere coordinata con quella locale. Tale legge di stabilità è stata definitivamente soppressa con la riforma costituzionale n.1 del 2012 che nell'abolire il terzo comma dell'art. 81, ha conferito alla legge di bilancio un contenuto sostanziale ancorché tipizzato, sottoponendo anche tale legge al vincolo di copertura. Per un'ampia disamina delle problematiche che hanno portato prima alla legge di riforma del 1978 e poi alla legge n.196 del 2009 ed alla successiva riforma costituzionale del 2012, la letteratura è amplissima. Per tutti si rinvia ai molti scritti di P. DE IOANNA, di cui a titolo meramente esemplificativo si segnalano, *Governo e amministrazione nel processo di bilancio*, in *Politica ed economia*, 1986, n. 1; *Parlamento e spesa pubblica (Profili istituzionali del bilancio pubblico in Italia)*, Studi e ricerche, Bologna, 1993; *Il bilancio dello Stato (La finanza pubblica tra Governo e Parlamento)* (con D. DA EMPOLI, e G. VEGAS), Il Sole24Ore, (quattro edizioni 1998, 1999, 2000, 2005), *Fiscal compact tra istituzioni ed economia*, in *Riv. giur. del mezzogiorno*, anno XXVII, nn. 1, 2, 2013; LA VORAGINE, *Inghiottiti dal debito pubblico* (con M. DEGNI), Roma, 2012; *Efficienza e controllo della spesa pubblica*, in *Evoluzione e riforma dell'intervento pubblico*, in *Scritti in onore di G. Muraro*, Torino, 2013.

⁵³ Cfr. M.A. GRECO, *Contabilità finanziaria e conti economici*, in A. BARETTONI ARLERI (a cura di), *Dizionario di contabilità pubblica*, Milano, 1989, 35 ss.

⁵⁴ Cfr. S. BUSCEMA, *Il bilancio dello stato, delle regioni, dei comuni, delle province, degli enti pubblici istituzionali*, Milano, 1966, 449, 463, nonché ID., *Trattato di contabilità pubblica*, vol. I, II, Milano, 1979, e 1981; M. DEGNI, *La decisione di bilancio nel sistema maggioritario*, Roma, 2004; P. DE IOANNA, C. GORETTI, *La decisione di bilancio in Italia*, Bologna, 2008.

trovava riscontro sia nel contenuto della materia sempre più rivolto agli aspetti finanziari delle gestioni delle amministrazioni, sia nella crescita numerica dei soggetti giuridici erogatori di denaro pubblico per il perseguimento di fini pubblici (c.d. settore pubblico allargato⁵⁵), e che tali aspetti trovavano comunque un ancoraggio nei fondamenti costituzionali della contabilità presenti negli artt. 81, 100, 103, 117, 119 della costituzione.

Ebbene questa chiave di lettura dell'evoluzione della contabilità pubblica sia nei contenuti che nei soggetti, suggerisce una strada da percorrere che dà conto del perché in questa analisi si è ritenuto di focalizzare l'attenzione su alcuni aspetti che anche lo stesso Santi Romano aveva ritenuto qualificanti, quali il diritto del bilancio ed il controllo e la giurisdizione della Corte dei conti nella tutela degli interessi finanziari delle amministrazioni pubbliche, ed ancora del perché si è ritenuto di dover operare un distinguo non soltanto tra la contabilità quale disciplina istituzionale delle amministrazioni pubbliche del periodo statutario e la contabilità quale viene a configurarsi nella costituzione repubblicana, ma anche tra la contabilità della costituzione repubblicana e la contabilità quale è venuta a configurarsi oggi a seguito della modifica costituzionale del 2012 degli artt. 81, 97, 117, 119 cost.

⁵⁵ Il "settore pubblico allargato" è un concetto introdotto dalla legge n. 468 del 1978 per il controllo dei flussi della finanza pubblica, oggi del tutto superato da una concezione sovranazionale della finanza pubblica. Questo comprendeva l'insieme dei soggetti della pubblica amministrazione direttamente controllati dallo Stato; la nozione introdotta per la predisposizione del bilancio pubblico dall'art. 25 della legge n. 468, configurava il settore composto da due aggregati principali: la pubblica amministrazione (PA) in senso stretto e gli enti esterni alla PA, che ricadevano tuttavia sotto il controllo dello Stato. La PA comprendeva le amministrazioni pubbliche centrali, ovvero lo Stato, l'ANAS, gli enti di previdenza, gli altri enti dell'amministrazione centrale ed Equitalia, nonché le amministrazioni pubbliche locali, le Regioni e le Province autonome, gli enti dipendenti dalle Regioni, le ASL, gli ospedali e gli Istituti di Ricovero e Cura a carattere scientifico (IRCSS), le Province e le città metropolitane, le comunità montane e altre unioni di enti locali, le Camere di commercio, industria e artigianato, le università, gli enti dipendenti da amministrazioni locali, le autorità e gli enti portuali, i parchi nazionali. Gli enti esterni alla PA erano a loro volta classificabili in due gruppi: le imprese pubbliche nazionali (tra cui l'Azienda dei monopoli di Stato, la Cassa depositi e prestiti, L'ENEL, le Poste italiane S.p.a., le Ferrovie dello Stato, L'ENI, l'ACI, le aziende ex IRI, L'ENAV, il Gestore servizi elettrici, la Terna, rete elettrica nazionale, l'Italia lavoro, la Società gestione impianti idrici, la Società gestione impianti nucleari, l'Invitalia, la Società italiana per le imprese all'estero) e le imprese pubbliche locali, tra cui oltre 3000 enti costituiti da consorzi, aziende e società controllate da amministrazioni di livello locale.

Infatti se il contenuto della contabilità di Stato ha segnato, come si è visto, una continuità tra le disposizioni della legislazione contabile del 1923 e le norme costituzionali che riguardavano la materia, e la sua evoluzione a contabilità pubblica, è venuta ad affermarsi sia sul piano legislativo, con le riforme degli ordinamenti contabili e finanziari dello stato, delle regioni e degli enti locali, sia sul piano politico-istituzionale, con la trasformazione del bilancio in uno strumento di politica economica espressione del consenso della rappresentanza democratica, la contabilità quale emerge dalla riforma costituzionale del 2012, assume invece una dimensione nuova rispetto al passato, in quanto vengono elevati a principi costituzionali della contabilità pubblica, principi che sono espressione delle regole sovranazionali in materia di finanza pubblica, derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea e che portano a configurare i contenuti della contabilità pubblica in termini sempre più sovrapponibili a quelli della finanza pubblica⁵⁶.

Aspetti questi che avrebbero sicuramente costituito oggetto delle riflessioni di Santi Romano sia sotto il profilo della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici ponendo mente ad una contabilità pubblica espressione di una pluralità di enti rientranti nel c.d. settore pubblico allargato, sia sotto il profilo dei rapporti tra ordinamento dello Stato e diritto internazionale in materia di finanza pubblica.

3. La contabilità quale principio costituzionale dopo la riforma costituzionale del 2012: il nuovo diritto del bilancio

Infatti la riforma costituzionale del 2012 (l. cost. n. 1/2012) nel modificare gli artt. 81, 97, 117, 119 della costituzione, cambia in realtà il quadro di riferimento della contabilità e della finanza pubblica, in quanto è espressione di quel processo di riforme sovranazionali determinato da norme comunitarie e da trattati internazionali che muovendo

⁵⁶ La nozione di contabilità pubblica contiene in *nuce* l'oggetto della materia, nel senso che comprende tutte le attività dei soggetti che prelevano ed erogano risorse pubbliche. In questa prospettiva la contabilità pubblica tende a coincidere con la nozione di finanza pubblica, posto che quest'ultima è andata a caratterizzarsi come attività finanziaria dello stato e delle amministrazioni pubbliche, che si esplica nell'acquisizione, nell'amministrazione e nell'erogazione di mezzi finanziari. Questo nesso funzionale tra contabilità e finanza pubblica viene codificato anche dalla legge di riforma della contabilità generale (legge n. 196 del 2009) che non a caso è titolata "Legge di contabilità e finanza pubblica".

dall'*emergenzialità* della grande crisi economico-finanziaria del 2008, ha portato le Istituzioni dell'Unione europea a prevedere, in termini di "stabilizzazione permanente" per gli Stati membri, discipline più stringenti in ordine alla tenuta delle finanze pubbliche, sia attraverso l'irrigidimento delle procedure di bilancio, sia attraverso l'introduzione di meccanismi di contenimento e di controllo della spesa pubblica.

Senza scendere in una specifica analisi del complesso sistema di norme sovranazionali costituito da regolamenti e direttive dell'Unione europea e da trattati internazionali⁵⁷, si deve almeno ricordare che si tratta di un sistema di norme europee⁵⁸ che, muovendo dalle principali

⁵⁷ Il Patto *Europlus*, deliberato dal Consiglio europeo il 24-25 aprile 2011, costituisce un ulteriore segnale di evoluzione verso un'unione economica. Il valore politico di questo accordo è duplice: da un lato coinvolge insieme ai paesi dell'eurogruppo anche sei paesi non-euro come Lituania, Lettonia, Polonia, Bulgaria, Danimarca e Romania, dall'altro indica una serie di riforme che disegnano un mutamento del modello di *Welfare State* europeo, in crisi di competitività rispetto ai modelli di sviluppo propri dell'Asia orientale (riforma del mercato del lavoro, rimozione di distinzioni della concorrenza, semplificazione normativa, investimenti in ricerca e sviluppo, promozione della *flexicurity* ed innalzamento dell'età pensionabile).

Il *six pack* (2011) comporta modifiche al Patto di stabilità e crescita e delinea la nuova *governance* economica europea come espressione di diverse politiche interconnesse fra loro a favore della crescita sostenibile e dell'occupazione e che ponga l'accento sullo sviluppo e sul rafforzamento del mercato interno e promuova relazioni commerciali internazionali e la competitività. Inoltre si prevede un Semestre europeo per il coordinamento rafforzato delle politiche economiche e di bilancio, ed un quadro efficace per prevenire e correggere disavanzi eccessivi pubblici. Si prevedono requisiti minimi per i quadri di riferimento delle politiche di bilancio nazionali, nonché una rafforzata regolamentazione e vigilanza dei mercati finanziari, tra cui la vigilanza macroprudenziale ad opera del Comitato europeo per il rischio sistemico. All'interno del *six pack* viene introdotta la procedura per gli squilibri macroeconomici con il regolamento UE n. 1176/2011 (prevenzione e correzione degli squilibri macroeconomici, regolamento UE n. 1174/2011 sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nella zona euro).

Il *two pack*, introduce nel 2013, un monitoraggio rafforzato delle politiche di bilancio della zona euro e di garanzia di coerenza dei bilanci nazionali con gli indirizzi del PSC (Patto di stabilità e crescita) e del semestre europeo (regolamento n. 473/2013). Viene rafforzata anche la sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri nella zona euro che si trovano o rischiano di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la stabilità finanziaria (regolamento n. 472/2013).

⁵⁸ È evidente che questo *corpus* normativo giuridicamente eterogeneo sotto il profilo delle fonti (trattati internazionali, regolamenti dell'Unione europea, direttive, atti di *soft law*), ha coinvolto differenti destinatari incidendo anche sul sistema giurisdizionale dell'Unione risolto (almeno questo) con il dialogo tra Corti e con il ricorso al rinvio pre-

debolezze del trattato di Maastricht sui disavanzi eccessivi e del Patto di stabilità e crescita, e dall'esigenza di andare verso un'unione economica che coniugasse competitività, occupazione, sostenibilità delle finanze pubbliche e rafforzamento della stabilità finanziaria, ha cercato di porvi rimedio approntando, da un lato, procedure più adeguate al mutato contesto economico e finanziario, e introducendo, dall'altro, *parametri* di finanza pubblica che ciascuno Stato è obbligato a rispettare⁵⁹.

A parte questi aspetti per niente marginali in termini di limitazione della sovranità fiscale⁶⁰, si deve però precisare che formalmente tutte queste nuove regole non richiedevano in modo esplicito un intervento diretto sulla costituzione, tant'è che si limitavano ad invitare gli Stati a “*recepire nella legislazione nazionale le regole di bilancio dell'Unione fissate nel patto di stabilità e crescita...*”, rimettendo al singolo Stato la individuazione dello “*specifico strumento giuridico nazionale cui ricorrere purché questo abbia una natura vincolante e sostenibile sufficientemente*

giudiziale. Infatti il Patto *Europlus* (accordo) è stato sottoscritto da 24 Stati, più di quelli appartenenti all'eurozona, mentre il *fiscal compact* (trattato internazionale) non è stato sottoscritto né dal Regno Unito (peraltro in fase di uscita dall'UE a seguito della *Brexit*) né dalla Repubblica Ceca. Quanto al rapporto tra Corti va puntualizzato che la Corte di giustizia pur non avendo competenza per accertare eventuali infrazioni degli Stati membri in materia di bilancio, può comunque verificare il recepimento della regola di bilancio nell'ordinamento interno (art. 8 tscg) la qual cosa ha comportato nei paesi come l'Italia, ove la regola del pareggio di bilancio è stata recepita in costituzione, che la competenza ad accertare la legittimità delle leggi di bilancio statali e regionali in relazione agli obblighi internazionali disposti dal trattato sulla stabilità in tema di pareggio di bilancio (*fiscal compact*), sia della Corte costituzionale. Aspetto che avrebbe potuto creare contrasti in tema di accertamento del rispetto delle regole sovranazionali e nazionali in tema di diritto di bilancio, contrasti che tuttavia sono stati superati ricorrendo al principio di leale collaborazione che ha portato la Corte costituzionale a ricorrere allo strumento del rinvio pregiudiziale, offrendo così un ampio contributo alla c.d. teoria dei “contro limiti”.

⁵⁹ In realtà le procedure che vanno a caratterizzare la “nuova” *governance* europea si basano su precise regole di bilancio che si traducono in “precisi” vincoli permanenti alla politica di bilancio di ogni Stato membro tradotti in vincoli numerici relativi a specifici aggregati di bilancio. Sul punto si rinvia al dossier del Servizio del bilancio del Senato, giugno 2013, n. 3, nonché alle considerazioni svolte in M. ANZALONE, I. MACRÌ, S. SIRACUSA, *La nuova contabilità delle amministrazioni pubbliche*, 2015, L.E.G.O. S.p.A., Vicenza, 2015, 203 ss.

⁶⁰ Cfr. A. ZORZI GIUSTINIANI, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali nella Governance economica e finanziaria europea*, in A. ZORZI GIUSTINIANI, R. CASELLA, *Parlamenti nazionali nella governance economica europea*, Napoli, 2017, 17 ss.

forte..."⁶¹ e stabilendo, semmai, un vincolo procedurale attraverso l'imposizione della adozione di "disposizioni vincolanti e di natura permanente, il cui rispetto fedele sia in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio"⁶².

È evidente che questa scelta rimessa agli Stati nel riformare i processi di bilancio si è rivelata, quanto meno per l'Italia, obbligata per la ragione che l'elevato debito sovrano dello Stato italiano contrassegnato (all'epoca) nel mercato dei titoli di stato nazionali, dall'aumento incontrollato del differenziale (*spread*) rispetto ai titoli tedeschi, e soprattutto la debolezza politica del governo, hanno fatto sì che in una lettera "Draghi – Trichet" definita, giustamente da Massimo Luciani, espressione di *soft law* capace di improvvise rigidità vincolanti⁶³, si dettassero in sostanza al Governo, e non al Parlamento, le linee di riforma che l'Italia doveva attuare. Scelta ovviamente non casuale, atteso che in tal modo si suggeriva al Governo anche la fonte normativa con cui provvedere (decreto legge)⁶⁴.

Ed, infatti, i "suggerimenti" della lettera, recepiti dal Governo con l'approvazione del decreto legge n.138 del 2011 relativo alla adozione di "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo"⁶⁵, sono sfociati nel 2012 nella approvazione della riforma costituzio-

⁶¹ In tal senso si veda il *Patto Europlus*. È dunque evidente che né il *Patto Europlus*, né il *fiscal compact*, hanno previsto uno specifico obbligo, per gli Stati sottoscrittori, di introdurre, nelle proprie carte costituzionali specifici vincoli alla loro operatività in ordine alla gestione delle finanze pubbliche. Ed infatti, in questo senso il *Patto Europlus* (recepito poi nel *fiscal compact*) si limita ad avanzare una specifica ipotesi che è appunto quella del c.d. freno all'indebitamento, quale regola collegata al saldo primario, meglio nota come "regola di spesa", ma anche in questo caso in termini di regola indicativa e non prescrittiva.

⁶² In tal senso cfr. *fiscal compact*, nonché le considerazioni di M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, 58° Convegno di studi amministrativi, Varenna 20-22 settembre 2012.

⁶³ Cfr. M. LUCIANI, *Gli atti comunitari e i loro effetti sull'integrazione europea*, in AA.VV., *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*. Atti del XX Convegno Annuale. Catania, 14-14 ottobre 2005, Padova, 2007, 327 ss.; ID., *La riforma dell'art. 81 della Costituzione*, in *Riv. Corte dei conti*, 2016, n. 3-4, 459 ss.

⁶⁴ La lettera, rimasta segreta sino alla sua pubblicazione il 29 settembre 2011, e indirizzata al Governo, nonostante che fosse il Parlamento a dover concretizzare gli impegni "suggeriti", si articolava in tre punti: 1) misure per accrescere il potenziale di crescita, 2) assicurare la sostenibilità delle finanze pubbliche, 3) azioni da intraprendere per migliorare l'amministrazione pubblica.

⁶⁵ Il d.l. n.138/2011 viene convertito in l. n. 148/2011. Tale decreto ha ad oggetto la stabilizzazione finanziaria, le liberalizzazioni, le privatizzazioni ed altre misure per favorire

nale degli artt. 81, 97, 117, 119 cost. (l. cost. n. 1/2012), a seguito della quale si è costituzionalizzata per un verso la natura sostanziale della legge di bilancio con la soppressione del terzo comma dell'art. 81 cost. e per altro verso la primazia della tutela degli equilibri di finanza pubblica con l'introduzione del principio dell'equilibrio di bilancio nel rispetto dei parametri stabiliti dalle regole europee, riconducendo in tal modo in binari ben definiti e vigilati dalle Istituzioni europee tutto il ciclo di bilancio e di *governance* della finanza pubblica⁶⁶.

Sul versante della contabilità pubblica, l'attuazione di tali nuovi principi costituzionali, è stata rimessa ad una legge rinforzata (l. n. 243/2012) che, nel dare attuazione alla riforma, è stata chiamata ad individuare *“il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali ed i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra entrate e spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni... nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale”*, disponendo altresì che *“il tasso annuo programmato di crescita della spesa pubblica delle pubbliche amministrazioni non può essere superiore al tasso di riferimento calcolato in coerenza con la normativa dell'Unione europea”*.⁶⁷

lo sviluppo, le misure a sostegno dell'occupazione, la riduzione dei costi degli apparati costituzionali. Tutte misure che, specie per quelle relative alla stabilizzazione finanziaria, integrano quelle contenute nel precedente d.l. n. 98/2011, al fine di giungere all'obiettivo del pareggio di bilancio nel 2013, cioè con un anno di anticipo rispetto a quanto previsto dal DEF e nel programma di stabilità presentati dal Governo nell'aprile del 2011.

⁶⁶ Per quanto la lettera *“Draghi-Trichet”* rappresenti una ingerenza, dovuta per molti alla dimensione sovranazionale della crisi, va tuttavia tenuto presente che l'approvazione della legge costituzionale n. 1 del 2012, e dunque l'introduzione della regola del pareggio-equilibrio nell'ordinamento interno, è da ricondurre in realtà agli obblighi previsti dall'art. 3, paragrafo 2, del Trattato sulla stabilità *“fiscal compact”*, conclusosi proprio nel 2011. Peraltro anche questo preceduto da quanto convenuto nel Patto *Europlus* dell'11 marzo e avallato dal Consiglio europeo il 24-25 marzo 2011. La legge n. 196 del 2009, che ad oggi è l'ultima legge di contabilità generale, peraltro già modificata dalla legge n. 39 del 2011, al fine di armonizzare e allineare il sistema nazionale delle decisioni di bilancio, ed in particolare i contenuti e la tempistica di esame dei principali documenti contabili nazionali alle nuove regole adottate dall'Unione europea in materia di coordinamento *ex ante* delle politiche economiche degli stati membri, ha inserito tra i principi contabili fondamentali quello della coerenza della programmazione finanziaria delle amministrazioni pubbliche con le procedure ed i criteri stabiliti dall'Unione europea. Inoltre la legge n. 39 del 2011 prevede di aggiornare il ciclo di bilancio in aderenza all'avvenuta introduzione del *“semestre europeo”* in modo da consentire un pieno allineamento tra programmazione nazionale e programmazione europea.

⁶⁷ M. DEGNI, P. DE IOANNA, *Il bilancio è un bene pubblico. Potenzialità e criticità delle nuove regole del bilancio dello Stato*, Roma, 2017.

Di fronte a questo rapporto tra ordinamento nazionale e ordinamento della nuova *governance* economica europea, a cui peraltro la nostra costituzione ha dato una risposta con la formulazione dell'art.11 (che ammette limitazioni alla sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni), è interessante chiedersi quale sarebbe stato il pensiero di Santi Romano. E la probabile risposta a questo interrogativo, è desumibile dalle sue riflessioni sul diritto internazionale e sui rapporti di questo con gli ordinamenti statuali quando afferma che “...il diritto internazionale appare veramente diritto solo in quanto vincola e domina la volontà statale, cioè in quanto la trascende e si afferma come entità a sé... è l'ordinamento della comunità internazionale cui i singoli Stati sono pure, sia limitatamente subordinati... e questo può influire sul contenuto dell'ordinamento dello Stato, imponendo o vietando allo Stato di emanare un determinato diritto obiettivo... anche se è sempre lo Stato che determina il contenuto del proprio ordinamento...” ed ancora quando nell'affrontare l'analisi delle relazioni tra i due ordinamenti giuridici, chiama in causa “...la rilevanza giuridica...” intendendo per essa, il caso in cui “l'esistenza o il contenuto o l'efficacia di un ordinamento è condizionato rispetto ad un altro in base ad un titolo giuridico...”, e nel sottolineare come ci siano diverse nature del titolo giuridico, ricomprende tra queste anche quella in cui un ordinamento subordini per sua spontanea determinazione, qualche punto del proprio contenuto o della propria efficacia ad un ordinamento dal quale è affatto indipendente. Riflessioni, dunque, che ben si attagliano alle vicende sin qui descritte, e che denotano, ancora una volta, l'attualità del suo pensiero.⁶⁸

Non solo. Il nesso con il pensiero romaniano trova un ulteriore riscontro nella legge di riforma del 2012, e precisamente nel nuovo primo comma dell'art. 97 della costituzione. Infatti la norma, nell'estendere a tutte le “amministrazioni pubbliche” i vincoli finanziari dell'ordinamento dell'Unione europea, costituzionalizza una nozione finanziaria di amministrazione pubblica in senso oggettivo (che era già presente nell'ordinamento a livello legislativo)⁶⁹, richiamando le nuove

⁶⁸ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918.

⁶⁹ La nozione di amministrazione pubblica ai fini finanziari viene definita nell'art. 1, c. 2 del d.lgs. n. 165 del 2001, in forza del quale “per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende e le amministrazioni dello stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le province, i Comuni, le Comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli istituti autonomi case popolari, le Camere di com-

regole europee del SEC2010' relative al conto economico delle PA.⁷⁰, secondo le quali vengono ricompresi nella nozione di amministrazione pubblica molti dei fenomeni di *pluralizzazione* di forme organizzative privatistiche delle amministrazioni pubbliche, quali le società a partecipazione pubblica che utilizzano risorse pubbliche per la gestione dei servizi pubblici, ovvero di soggetti giuridici formalmente privati che, a vario titolo, utilizzano risorse pubbliche sempre per il perseguimento di fini pubblici, quali le fondazioni lirico-sinfoniche, le Casse previdenziali privatizzate degli ordini professionali, le Federazioni sportive, che con le loro gestioni incidono direttamente o indirettamente sugli equilibri di finanza pubblica⁷¹. Tutti fenomeni che, in qualche misura, possono essere ricondotti al *pluralismo istituzionale* ed al *paradigma autonomistico* del pensiero romaniano⁷², seppur tale richiamo non possa spingersi oltre,

mercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale". A questa elencazione si è aggiunta l'ulteriore ricognizione effettuata ai sensi dell'art. 1, c. 2 della legge n. 196 del 2009 che, a seguito della modifica apportata dall'art. 5, c. 7, del d.l. n. 16 del 2012 conv. in l. n. 44 del 2012, ha previsto che "*Ai fini dell'applicazione delle disposizioni in materia di finanza pubblica, per amministrazioni pubbliche si intendono enti e soggetti indicati a fini statistici nell'elenco oggetto del comunicato Istat...*". L'evidente nesso tra nozione di amministrazione pubblica e obiettivi di finanza pubblica, viene ulteriormente confermato dal d.l. n. 52/2012 conv. in l. n. 94/2012, che nel modificare l'art. 1, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001, include nell'elenco delle amministrazioni di cui all'elenco Istat le autorità indipendenti e le società a totale partecipazione pubblica.

⁷⁰ Cfr. Senato della Repubblica, Nota breve n. 7, settembre 2014 su "Le modifiche del conto economico della PA secondo il SEC2010". Regolamento europeo n. 549 del 2013, che nel disciplinare il passaggio dal sistema europeo dei conti SEC95' a quello dei conti SEC2010', hanno dettato nuovi criteri concernenti le caratteristiche dei produttori, che, se applicati alla lettera, potrebbero ampliare notevolmente l'universo del "settore PA".

⁷¹ Il riferimento va alle forme organizzative privatistiche delle Società per azioni a partecipazione pubblica, ovvero a quegli organismi di diritto pubblico che comunque utilizzano risorse pubbliche. Sulle implicazioni derivanti da questi processi di privatizzazione formale sia consentito rinviare a G. COLOMBINI, *Partecipate degli enti locali e ruolo della Corte dei conti*, in *Riv. Corte dei conti*, 2015, n. 1-2, 428 ss.; A. POLICE, *Corte dei conti e società pubbliche. Riflessioni critiche nel ricordo di Salvatore Buscema*, in *Riv. Corte dei conti*, 2016, n. 3-4, 495 ss.; L. TORCHIA, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Gior. dir. amm.*, 2012, 323 ss.

⁷² Alberto Massera, scrivendo del pensiero di Santi Romano, affermava che "*il paradigma autonomistico consentiva di sancire l'acquisizione della avvenuta giustificazione delle forme con le quali gruppi sociali cercavano di costituirsi ciascuno una cerchia giuridica indipendente*". Cfr. A. MASSERA, op. cit., 56 ss., nonché A. SANDULLI, *Statalismo ed anti*

considerato che l'attuale quadro costituzionale e sovranazionale, ed il contesto politico in cui parlamento e governo si trovano oggi ad operare, sono profondamenti cambiati rispetto a quelli che Santi Romano aveva a riferimento.

Basti pensare che la riforma costituzionale del 2012 (con la relativa legge di attuazione n.243 del 2012), nel riordinare tutta la materia della contabilità pubblica in aderenza al quadro sovranazionale (*coordinamento della finanza pubblica, armonizzazione dei sistemi contabili, tutela dell'unità economica della repubblica*), è andata ad incidere anche sugli equilibri verticali tra centro e periferia, e dunque, sulle dinamiche federalistiche infrastatali che erano venute ad affermarsi con la riforma costituzionale del 2001⁷³ e questo ha portato la Corte costituzionale ad affermare che non si può prescindere dai parametri di cui agli artt.11 e 117, c. 1, della costituzione, che vi sono inscindibilmente collegati, poiché, “*il coordinamento adempie principalmente alla finalità di predisporre strumenti efficaci di sindacato sul rispetto del vincolo gravante sul complesso dei conti pubblici*”⁷⁴.

Questi dunque i principi nazionali e sovranazionali che concorrono a definire oggi i contenuti della contabilità pubblica⁷⁵.

statalismo in Santi Romano: leggendo Alberto Massera, in G. PIZZANELLI (a cura di), *Pasato e Presente del diritto amministrativo*, Napoli, 2017, 61 ss.

⁷³ La riforma costituzionale del titolo V, del 2001, era chiaramente orientata al rafforzamento dell'autonomia degli enti territoriali, attraverso l'affermazione del federalismo fiscale, tant'è che la legge n. 42 del 2009 ne dettava i principi e i criteri direttivi per la relativa attuazione. Il d.lgs. n. 68 del 2011 in attuazione delle deleghe contenute nella legge n. 42 del 2009 ha poi dettato disposizioni in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province autonome. Cfr. G. RIVOCCHI, *Il coordinamento della finanza pubblica: dall'attuazione del Titolo V alla deroga al riparto costituzionale delle competenze?*, in *Il regionalismo italiano tra giurisprudenza costituzionale e involuzioni legislative dopo la revisione del Titolo V*, a cura di S. MANGIAMELI, Milano, 2014; ID., *L'armonizzazione dei bilanci degli enti territoriali: orientamenti e prospettive alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in www.federalismi.it, n. 17, 2016.

⁷⁴ Cfr. Corte cost., n.10 del 2016, n. 40 del 2014, n. 138 del 2013, n. 425 e n. 36 del 2004, n. 182 del 2011, n. 207 e n. 128 del 2010. Per una disamina generale della giurisprudenza della Corte costituzionale si rinvia anche a M. PIERONI, S. OGGIANU (a cura di), *La Corte dei conti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, febbraio 2015.

⁷⁵ Con l'avvento della costituzione repubblicana la materia di contabilità quale disciplinata dal regio decreto del 1923 n. 2440 e dal relativo regolamento regio decreto del 1924 n. 827, ha avuto una prima modifica con la legge n. 62 del 1964 che avvia una parziale riforma resasi necessaria per adeguare la disciplina di bilancio al dettato costituzionale contenuto nell'art. 81 della cost. Segue a questa riforma la legge di contabilità del 1978, legge n. 468, che ha dato al bilancio dello Stato una dimensione programmatica e

4. *La Corte dei conti nel contesto dell'evoluzione della contabilità pubblica*

In un contesto del genere, era intuibile che anche le funzioni della Corte dei conti, organo cui la costituzione riconosce il ruolo di garante del rispetto degli equilibri di finanza pubblica, avrebbero dovuto seguire una parallela evoluzione nel senso che i parametri normativi cui ricondurre il controllo e la giurisdizione non avrebbero potuto prescindere oltretutto dalle regole nazionali di finanza pubblica anche da quelle sovranazionali. Cosa puntualmente avvenuta.

Infatti, sul versante dei controlli, accanto a quelli previsti dall'art. 100 cost., si sono aggiunti, per via legislativa, altri controlli rivolti ai bilanci ed alle gestioni degli enti territoriali, dando luogo ad un sistema articolato che accanto al controllo preventivo di legittimità sugli atti del governo, al controllo successivo sul rendiconto dello Stato, ed alla funzione di Referto al parlamento (c.d. controllo *collaborativo*), ha introdotto penetranti controlli di *legittimità e regolarità finanziaria* sui bilanci e sui rendiconti degli enti territoriali, diretti ora a prevenire ora a sanzionare situazioni di gravi deficitarietà attraverso l'accertamento delle violazioni delle regole contabili poste dall'ordinamento a presidio della sana gestione, dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito pubblico⁷⁶.

ne ha adeguato la struttura al suo nuovo ruolo, modificando anche la procedura di formazione e di approvazione del bilancio e il suo rapporto con la legislazione sostanziale di entrata e di spesa, introducendo la legge finanziaria. Dopo dieci anni è intervenuta la legge n. 362 del 1988 che ha modificato la legge n. 468 del 1978 al fine di correggere gli effetti distorsivi che si erano verificati sia in termini di programmazione che in termini di copertura delle leggi di spesa. Tale modifica non è stata tuttavia sufficiente ed è dovuto intervenire di nuovo il legislatore con la legge n. 94 del 1997 che ha introdotto le unità previsionali di base al fine di superare in fase di approvazione parlamentare del bilancio l'approvazione per singolo capitolo di spesa. Successive modifiche al processo di formazione di bilancio si sono avute con la legge n. 208 del 1999 che ne ha definito la scansione temporale ampliando altresì l'oggetto della legge finanziaria e prevenendo la possibilità di inserire nella stessa, norme finalizzate al miglioramento dei saldi di bilancio e al sostegno dell'economia nazionale. A queste leggi di riforma della contabilità si sono aggiunte altre modifiche sparse in varie disposizioni legislative sino ad arrivare alla vera riforma organica del 2009 che, in aderenza al quadro europeo in materia di finanza pubblica, ha fissato principi di coordinamento e di armonizzazione degli schemi di bilancio delle amministrazioni pubbliche, sostituendo alla legge finanziaria la legge di stabilità (sostituzione in verità che denota un cambiamento più nel *nomen* che non nella sostanza). Per un quadro generale si rinvia a *L'evoluzione della contabilità pubblica al servizio della collettività. Giornata di studio in memoria di Salvatore Buscema*, Roma, Corte dei conti, 10 marzo 2016, in *Riv. Corte dei conti*, n. 3-4, Roma, 2016, 459-591.

⁷⁶ Sia consentito richiamare G. COLOMBINI, *Il nuovo sistema dei controlli della Corte*

Controlli, dunque, funzionali anche a quella attività di *monitoraggio* delle regole di bilancio che ai sensi dell'art. 30 della legge europea 2013-bis, in attuazione della direttiva 2011/85/CE del Consiglio e del regolamento UE n. 473/2013, la Corte dei conti è stata chiamata a svolgere definendo “*le metodologie e le linee guida*”, cui devono attenersi gli organismi di controllo interno e gli organi di revisione contabile delle pubbliche amministrazioni, per valutare i riflessi sui conti delle pubbliche amministrazioni, chiedendo dati economici e patrimoniali agli enti e agli organismi partecipati dagli enti stessi a qualsiasi titolo.⁷⁷

Analoga evoluzione si è avuta sul versante giurisdizionale, posto che il rinvio fatto dall'art. 103 cost. alle materie di contabilità pubblica, per quanto generico, ha comunque comportato che la giurisdizione contabile venisse a riflettere l'evoluzione della contabilità pubblica sia in senso oggettivo, cioè nel passaggio da una finanza statale ad una finanza pubblica allargata, sia in senso soggettivo, cioè attraverso un ampliamento dei soggetti perseguibili a seguito di quel processo evolutivo della nozione di amministrazione pubblica (ai fini finanziari)⁷⁸. Processo che ha portato ad una concezione dilatata di danno quale danno alla finanza pubblica, e ad una estensione della giurisdizione contabile a soggetti formalmente privati, anche grazie ad una giurisprudenza della Cassazione che ha fatto proprio il principio della *neutralità delle forme* e della qualificazione *funzionale* del rapporto di servizio⁷⁹.

A questo punto il discorso si potrebbe chiudere con una considera-

dei conti sui bilanci degli enti territoriali. Spunti di riflessione, in *Riv. Corte dei conti*, n. 3-4, 2015, 588 ss.; nonché ID., *La dimensione finanziaria dell'amministrazione pubblica e gli antidoti ai fenomeni gestionali di cattiva amministrazione*, in *Annuario AIPDA*, 2016, *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, Napoli, 2017, 267 ss.; A. CAROSI, *Il ruolo della Corte dei conti nella salvaguardia delle regole di bilancio nazionali e comunitarie*, in *Riv. Corte dei conti*, n. 3-4, 2015, 577 ss.

⁷⁷ Corte cost., sentenza n.70 del 2012. “*I principi del pareggio e dell'equilibrio tendenziale, fissati dall'art. 81 cost., si realizzano attraverso due regole, una statica e l'altra dinamica: la prima consiste nella parificazione delle previsioni di entrata e di spesa; la seconda, fondata sul carattere autorizzatorio del bilancio preventivo, non consente di superare in corso di esercizio gli stanziamenti dallo stesso consentiti*”.

⁷⁸La Cassazione ha affermato che “*l'amministrazione svolge attività amministrativa non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando persegue finalità istituzionali mediante una attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato*.” Cfr. Cass. S.U. sentenza n. 19667 del 2003.

⁷⁹A titolo meramente esemplificativo cfr. Cassazione S.U., ord. n.26283 del 2013; Cass. S.U., sentenza n. 5491 del 2014; Cass. S.U. sentenza n.7177 del 2014; Cass. S.U., sentenza n. 15594 del 2014.

zione di carattere generale in ordine al *rapporto* che il quadro normativo descritto ha delineato tra evoluzione della contabilità pubblica ed evoluzione delle funzioni di controllo e di giurisdizione della Corte dei conti nell'attuale contesto costituzionale.

Ma i numerosi e recenti interventi legislativi in tema di finanza e contabilità pubblica, nell'introdurre modifiche agli istituti e alle regole contabili, anziché garantire il coordinamento finanziario enunciato dalla costituzione, rischiano di minarne l'efficacia e di incrinare conseguentemente anche la sintonia che sin dalle leggi di contabilità del periodo statutario ha caratterizzato il rapporto tra i contenuti della contabilità pubblica e le funzioni di controllo e di giurisdizione della Corte dei conti. Un esempio di queste criticità sono i conflitti tra l'equilibrio di bilancio (dello Stato e/o delle Regioni) e la tutela dei diritti sociali, le criticità dell'armonizzazione della pluralità degli ordinamenti contabili delle amministrazioni pubbliche, od ancora il difficile discrimine, nell'ambito delle società a partecipazione pubblica, tra le fattispecie di responsabilità riconducibili alla giurisdizione contabile e quelle riconducibili alla giurisdizione ordinaria, come pure la difficile delimitazione dei controlli della Corte dei conti sui bilanci dei soggetti formalmente privati che gestiscono risorse pubbliche⁸⁰.

5. Una breve riflessione sulla attualità e necessità del pensiero di Santi Romano nella contabilità pubblica

Volendo pervenire ad una qualche riflessione conclusiva a chiusura delle considerazioni sin qui svolte sui rapporti tra il pensiero di Santi Romano e la contabilità pubblica, non si può non partire dalla Prolusione romaniana sulla crisi dello Stato moderno e il suo tempo, quando nell'evidenziare la "*decomposizione dello Stato moderno*", Santi Romano affermava che occorreva salvaguardare almeno un principio: quello di una organizzazione superiore che contemperasse e armonizzasse quelle minori, rappresentando l'interesse generale⁸¹.

Ebbene, le vicende sin qui descritte, e che hanno segnato il passaggio

⁸⁰ Sul punto si rinvia alle ampie considerazioni svolte diffusamente in AA.VV., *Le società pubbliche: il difficile equilibrio fra le giurisdizioni*, cit.

⁸¹ Cfr. S. CASSESE, *La prolusione romaniana sulla crisi dello Stato moderno e il suo tempo*, conclusioni alla giornata di studio su "Lo Stato moderno e la sua crisi", a un secolo dalla prolusione pisana di Santi Romano, cit.

della contabilità da disciplina istituzionale delle amministrazioni pubbliche a principio costituzionale in una dimensione sovranazionale, sembrerebbero individuare nell'interesse finanziario un aspetto centrale dell'interesse generale che lo Stato deve perseguire.

Viene allora spontanea una domanda: se oggi Santi Romano fosse qui con noi e dovesse interpretare il nostro tempo quale lettura darebbe ai processi di trasformazione avvenuti nell'amministrazione e nella contabilità pubblica?

È probabile che la situazione attuale lo avrebbe indotto, innanzi tutto, a fare una "Prolusione sulla crisi dello Stato della c.d. seconda repubblica" e poi, nell'analizzare la crisi, sicuramente non avrebbe tralasciato di considerare il ruolo *centrale* assunto dalla contabilità (e finanza) pubblica nell'attività *concreta* delle amministrazioni pubbliche, a fronte del ruolo primario, generale e pervasivo che l'interesse finanziario, nella sua dimensione nazionale e sovranazionale, è venuto ad assumere per lo Stato.

MARIANO CROCE

IL DIRITTO COME TECNICA OPERATIVA¹

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Frammenti di un dizionario giuridico. – 3. L'ordinamento giuridico.

1. *Premessa*

Non c'è modo più indelicato di tradire un testo che accostarvisi con la pretesa di individuare l'intenzione dell'autore e di restituire la parola al suo luogo di origine, come se la relazione tra segno e oggetto possedesse un carattere univoco di verità. Nessun testo esaurisce la carica eversiva delle interpretazioni che ne fanno una tecnica di produzione del presente, un veicolo con cui una contingenza e le sue virtualità si fanno presente. Ed è solo rinunciando a tale forma di cattura che possiamo cogliere il movimento inteso che la teoria di Santi Romano, come ogni prodotto del pensiero puro, è in grado di imprimere al pensiero dell'attualità.

La disputa annosa sulla centralità o, all'opposto, la residualità dello Stato in Romano ha spesso oscurato un'intuizione di straordinaria portata, che indica come la sua concezione del pluralismo non costituisca tanto una presa d'atto della compresenza di più forme di diritto, quanto l'apertura di uno spazio immaginativo: la componente pluralista del pensiero di Romano si rovescia nell'esaltazione di un processo di produzione che è tipico delle tecniche giuridiche. In questo contributo vorrei dare rilievo a una straordinaria intuizione del giurista palermitano, che eccede di molto i confini della riflessione giuridica: concepire il diritto come un *processo*, anziché una *entità*, significa cogliere il dinamismo del sociale, rinunciando alla pretesa di tenerlo alla briglia di strutture o forme precostituite. Credo pertanto che un modo certamente non intuitivo eppure assai appropriato di accostarsi al pensiero di Romano e alla sua capacità di produrre il presente sia l'analisi che Tim Ingold propone dell'antropologia di Alfred Radcliffe-Brown. La teoria del grande antro-

¹ Il presente contributo è stato pubblicato in una forma diversa e abbreviata nel numero di *Jura Gentium* dedicato al centenario de *L'ordinamento giuridico*, in corso di pubblicazione.

pologo inglese, ad avviso di Ingold, ha come approdo una *filosofia del processo*:

Le società non sono entità analoghe agli organismi, e tantomeno alle macchine. In realtà, infatti, non esistono entità del genere. “La mia prospettiva”, asserisce Radcliffe-Brown, “è che la realtà concreta con cui ha a che fare l’antropologo [...] non è alcun tipo di entità ma un processo, il processo della vita sociale”. L’analogia, pertanto, non è tra la società e l’organismo come entità, ma tra la vita sociale e la vita organica intese come processi. Ne segue che ogni sforzo per la cosiddetta integrazione descrittiva, se deve fare giustizia all’ordine implicato nella vita sociale, non può essere né descrittiva né teorica nei sensi specifici costituiti dalla loro opposizione. [...] Ciò che davvero distingue l’antropologia, io credo, non è neppure tanto uno studio di, ma uno studio con².

Questa la chiave che proporrò per individuare l’apporto di Romano all’attualizzazione della contingenza: un paradigma che non è né descrittivo né teorico e che si propone come tecnica operativa di produzione del reale. Nella lettura che avanzo qui, la teoria giuridica di Romano culmina nell’identificazione di un “punto di vista giuridico”, che funziona esattamente nel senso che Ingold attribuisce all’antropologia, ovvero una forma discorsiva tra altre forme discorsive, che programmaticamente intende farsi produttrice del sociale. La scienza giuridica, come concepita da Romano, “apre mente e occhi ad altre possibilità di essere”, con intenti però di *composizione operativa non-conflittuale* della società mediante la integrabilità intrinseca degli enti normativi quali enti giuridici. Nelle poche pagine che seguono vorrei sostanziare questa lettura “processuale” della teoria di Romano per mostrare come “il punto di vista giuridico” funga da operatore politico prima che da frammento particolare dell’armamentario teorico del giurista palermitano.

2. Frammenti di un dizionario giuridico

Nella voce de *Frammenti di un dizionario giuridico* intitolata “Realtà giuridica”, Romano accenna a una visione “processuale” del diritto, se-

² T. INGOLD, *Being Alive. Essays on movement, knowledge and description*, Abingdon, 2011, 234-238. Traduzione mia.

condo cui la tecnica giuridica produce una realtà che si compone con le altre in modi diversi. L'esistenza della realtà giuridica dipende da un sapere, proprio come quella delle realtà che presuppongono punti di vista "propri di particolari ordini di conoscenze". È in questo frangente che Romano mette a tema una delle possibili relazioni tra differenti realtà e presenta il diritto come atto di creazione: atto che però non crea entità, ma le assembla, e così facendo, produce la realtà che gli è propria. Il diritto non crea,

ma raccogliendo, componendo assieme, ordinando i vari elementi di cui essi constano, dà vita reale ed effettiva, nel mondo giuridico, ad enti che non si confondono e non si identificano con nessuno di quegli elementi, ma acquistano una propria individualità ed una propria esistenza³.

Non si tratta di superfetazione ontologica, né di una sovrapposizione di modi diversi di descrivere le cose. La differenza tra realtà non è né qualitativa né quantitativa bensì *operativa*. La realtà giuridica è una diversa composizione di elementi, laddove però tale composizione ha effetti straordinari sugli elementi stessi: li organizza, vi conferisce un ordine, ne riordina le parti con efficacia pratica non comparabile con altri modi di riordinare il sociale. E questo in fondo, nell'ottica di Romano, è il significato più autentico di "porre un diritto": assemblare un materiale concreto conferendovi un ordine che ha carattere organizzativo. "*Porre un nuovo ordinamento giuridico* [...] significa *creare* un ente che prima non esisteva, una nuova realtà che può ben dirsi giuridica, perché il diritto è la sua anima e il suo principio vitale"⁴. E va da sé che l'ente di cui parla Romano non si produce per sdoppiamento del reale, bensì per un diverso assemblaggio di elementi materiali e per la loro ordinazione in una serie organizzata. In altre parole, disporre gli elementi in una rete normativa in cui le interazioni tra essi possano dirsi con un linguaggio capace di esercitare effetti rimediali, compositivi e riparativi. Il diritto in tale ottica non è né un insieme di norme, né l'attribuzione di competenze, né la sedimentazione di principi etici, bensì tutto questo e molto di più.

È noto che i termini utilizzati da Romano ne *L'ordinamento giuridico* sono "organizzazione" e "istituzione", che egli ritiene omologhi – ben-

³ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1993, 205.

⁴ *Ibid.*

ché a suo avviso il secondo, rispetto al primo, risulti più affidabile e preciso per la sua applicabilità al fenomeno giuridico. Per questa ragione egli insiste sull'infondatezza di qualsiasi approccio genetico e/o genealogico alla relazione tra diritto e istituzione. La questione se il diritto preceda o segua l'istituzione fraintende la natura del diritto, perché lo riduce alla serie di elementi concreti che pure raccoglie in sé ma che non lo esauriscono. Egli si pronuncia quindi contro ogni riduzionismo sociologico che del diritto fa un fatto sociale. In termini che, seppure estranei al lessico romaniano, restituiscono l'intreccio di normatività e fattualità, un approccio sociologico al diritto confonde le condizioni di esistenza e le condizioni di pensabilità: il diritto è schema di pensabilità e dunque di descrivibilità delle pratiche, che subiscono effetti di trasformazione per il solo fatto di essere pensate e descritte secondo il lessico del diritto – e, come spiegherò tra breve, si tratta sempre del loro stesso diritto interno, non già del diritto di altre entità normative che si relazionano a esse. L'istituzione è quindi il modo in cui si dice una entità che è pensabile e descrivibile come organizzata e quindi giuridica.

In questa sede non posso che omettere l'esegesi dei vari passi e concentrarmi su questo aspetto, specie in relazione alla recente traduzione inglese de *L'ordinamento giuridico*, finalmente disponibile nella lingua franca del sapere scientifico-accademico⁵. Come anche nota Lars Vinx nel suo commento a *The Legal Order*⁶, uno degli aspetti di maggior interesse dell'opera più nota e dibattuta di Romano sta nella particolare modalità di governo dei conflitti che emerge nella seconda parte del libro – modalità che, come dirò, è legata a doppio filo con l'individuazione del punto di vista giuridico e con la concezione del diritto come tecnica descrittiva dagli effetti compositivi. Se la teoria esposta nella prima parte opera sostanzialmente nel senso di una parificazione dei vari attributi che qualificano l'istituzione – sicché “ordinativo”, “organizzativo”, “normativo”, “giuridico” hanno valore di sinonimia –, nella seconda parte Romano spiega in cosa consista la regolazione giuridica delle relazioni tra entità normative. Se, come argomentato distesamente nella prima parte e ribadito con energia nelle primissime pagine della seconda, non c'è un meta-ordine che si possa offrire come parte terza e neutrale in una mediazione o che sia in grado di offrire linee normative di autorità superiore, la regolazione giuridica non può consistere nella determinazione prescrittiva di una gerarchia tra entità normative. E poiché

⁵ S. ROMANO, *The Legal Order*, Abingdon, 2017.

⁶ L. VINX, “Santi Romano against the State?”, *Ethics and Global Politics*, 11(2): 25-36.

Romano esclude con decisione che le relazioni tra queste possano essere governate con il ricorso alla forza – e, come spiega nelle prime pagine de *Lo Stato moderno e la sua crisi*, quando ciò accade, questo sancisce il fallimento dell'operatività giuridica –, e dacché, come detto, una rigorosa teoria del diritto smentisce l'esistenza di qualsiasi gerarchia ordinamentale, le relazioni tra ordini devono poggiare su una modalità *non-gerarchica, intra-giuridica di integrazione dei linguaggi normativi*. Romano rende conto di questa modalità di governo delle relazioni normative in termini di “rilevanza”. Non si tratta, egli ribadisce, di un rapporto fattuale tra ordini, ma di relazioni descrivibili con ricorso al linguaggio tecnico del diritto: “[P]erché ci sia rilevanza giuridica, occorre che o l'esistenza o il contenuto o l'efficacia sia condizionata rispetto a un altro ordinamento, e ciò in base ad un titolo giuridico”⁷.

Al di là delle molte possibili applicazioni, l'idea di rilevanza in questa sede rinvia all'idea sottesa che il diritto costituisce uno spazio di negoziazione. Un ambito discorsivo in cui si opera sulla normatività. Lo scenario che ci prospetta Romano pertanto non è quello di una molteplicità di ordinamenti in potenziale conflitto o concorrenza, ma di entità attraversate da una comune trama normativa. In tal senso, come illustrerò nel prossimo paragrafo, sembra che egli pensi a due piani del giuridico: quello dell'organizzazione e quello del sapere. La rilevanza è un processo che invita alla collocazione sul piano del sapere per dare corso alla composibilità delle entità normative. Prima di approfondire l'idea romaniana della operazionalizzazione del diritto, tuttavia, sarà opportuno esaminare che tipo di diritto Romano mette in opera.

Diritto: sapere e organizzazione

Come sostenevo poco sopra, sembra che nella teoria di Romano il diritto venga a sdoppiarsi, ed è forse per questo che molti interpreti vi hanno rivenuto una contraddizione quasi insanabile tra amore per il pluralismo e fedeltà al progetto statale. Era convinzione di Romano che il costituzionalismo moderno fosse incapace di tendere testa al pluralismo sociale. Egli era sostenitore “premoderno” e “ipermoderno” di una concezione del diritto come *ius* che si contrapponeva a quella del diritto come *lex*⁸. Lo *ius* esalta il carattere di sapere del diritto, che eccede la

⁷ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 145.

⁸ Discuto la distinzione tra *ius* e *lex*, nonché la letteratura di riferimento, in V.M. CROCE, *La conquista dello spazio giuridico. Potere statale e amministrazione della giustizia*,

contingenza degli ordinamenti giuridici che esso contribuisce a costituire. Tale forma di diritto viene generalmente descritta come una tecnica di disciplinamento, perlopiù spontanea e auto-organizzata, affidata alle cure sapienti di un ridotto numero di esperti, cui è attribuito il compito di rivenire e rendere espliciti quei fatti normativi (dalla natura consuetudinaria e ariflessiva) che intessono e regolano il quotidiano ben prima di ogni intervento da parte di chi gestisce le risorse di forza. In ragione di ciò, lo *ius* è in grado di vivere delle proprie risorse interne, legate al convincimento dei suoi destinatari circa la bontà delle sue raccomandazioni, e prescinde perlopiù dal ricorso alla minaccia di sanzioni. Lo *ius* è “ordinamento” nel senso di una trasduzione duratura delle regole interne di una compagine sociale che trova in sé le proprie risorse normative. La *lex* all’opposto richiama l’uso della forza organizzata per la regolazione degli arbitri privati che, intesi come attori che perseguono scopi autointeressati, non tendono all’adesione spontanea al canone normativo. Essa quindi incide sul sociale in modo da attribuirvi una conformazione di cui questo è ritenuto sprovvisto. La *lex* è intervento forzoso e plasmante, che ricorre alla violenza legittima come deterrente e impone al mondo sociale una volontà che dà forma all’informe.

Va da sé che Romano, pensatore dello *ius*, tende a una complessiva svalutazione della *lex*: come norma sorretta da sanzione, comando autoritativo o persino sistema di norme. È quindi lo *ius* in Romano che si sdoppia. Egli avanza in effetti una distinzione tacita tra il diritto come ordinamento concreto e il diritto come conoscenza specialistica: entrambe forme dello *ius*. Per quanto non sia (sempre) possibile distinguere le due forme sul piano pratico, in Romano il diritto come conoscenza sembra innalzarsi sul diritto come prassi concreta di organizzazione. Se così è, la cornice ordinamentale di una entità normativa non comprende mai in sé ogni manifestazione del diritto, ma solo quel diritto concreto che la organizza. Così, per quanto il diritto come conoscenza emerga sempre con ed entro una prassi concreta, esso rimane capace di incidere su questa prassi *da fuori*. Significativo in tal senso è l’incipit del saggio del 1909, *Lo Stato moderno e la sua crisi*:

Ogni scienza trova nella sua stessa natura e nei procedimenti che le son propri, qualche causa particolare e specifica di errori. Ma forse nes-

Napoli, 2009. In A. SCHIAVONE, *Ius. L’invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005 si rintracciano le origini recondite nella formazione del diritto romano protorepubblicano, almeno per quel che concerne la cultura occidentale.

suna sfera della conoscenza umana somma in sé così copiose e perenni fonti di illusioni, come quella che ha per oggetto lo studio delle istituzioni politiche. Si tratta di fenomeni, di cui anche la semplice descrizione è difficilissima, sia perché la forma spesso ne cela e travisa la sostanza, sia perché, risultando dalla lotta, continua e mai composta di principi irconciliabili, si presentano sotto aspetti nello stesso tempo molteplici e fuggenti⁹.

Significativo perché essenziale per la preservazione del diritto come sapere è la difesa dei confini disciplinari. In breve, l'argomento di Romano – che in questo passo si accenna ma che costituisce il leitmotiv dell'opera – è che il modo in cui la scienza politica e la sociologia del diritto rendono conto del pluralismo finisce con l'intensificare le frizioni sociali ed esalta la divisione in fazioni contrapposte. Solo la scienza giuridica è in grado di produrre una descrizione del pluralismo capace di comporre i conflitti e di accordare con il diritto statale gruppi potenzialmente in conflitto con esso – promuovendo al contempo effetti di trasformazione nell'uno e negli altri. E Romano mantiene tale convinzione sino in fondo, come si evince dalla summa della sua teoria costituzionale, *Principii di diritto costituzionale* (1946). Testo, questo, che si snoda lungo la trama della delimitazione e della difesa della purezza del "metodo giuridico". Romano ribadisce con decisione che il metodo giuridico deve rinunciare al supporto di altre discipline, perché la serie di svantaggi "inseparabili dall'unione [...] in pratica, vuol dire spesso confusione"¹⁰. La collaborazione tra discipline è inefficace, se non dannosa, perché il fine ultimo del metodo giuridico è determinare le forme e i contenuti del lessico giuridico *dal suo interno*, per poter poi rendere conto della realtà circostante attraverso il suo ausilio.

È stato più volte detto che la scienza giuridica è scienza formale; l'espressione è equivoca, ma esatta, nel senso che essa non deve ristabilire la sostanza delle cose, che il diritto positivo può anche aver falsato, ma deve riprodurla nella forma, qualunque sia, che questo le ha dato. Tuttavia, la conoscenza della realtà vera gli è indispensabile per comprendere la realtà formale, che l'ordinamento giuridico gli presenta, tanto più che, ove questa appare dubbia, può e deve presumere che

⁹ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*. Milano, 1969, 5-26, 5.

¹⁰ S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale*, Milano, 1946, 22.

coincida con la prima. Non solo: ma, se nel momento in cui il giurista costruisce o, meglio, ricostruisce i concetti, i principii, gli istituti del diritto positivo, egli deve attenersi alla realtà accolta da quest'ultimo, nel momento invece dell'applicazione concreta dei suoi dommi ai casi pratici, si imbatte necessariamente nella realtà effettiva, in rapporti, interessi, bisogni, situazioni che sono quelli che sono e che deve, quindi, apprezzare e valutare in sé e per sé, per vedere se e fino a che punto sono regolati dall'ordinamento vigente.¹¹

Si tratta di un passaggio chiave, che richiama e intensifica il tema della realtà giuridica trattato in *Frammenti*: la realtà formale del diritto non ha alcun rapporto di rispecchiamento con la "realtà vera" del mondo sociale. Il diritto produce una sua realtà che persegue fini giuridici e risponde alle esigenze metodo giuridico in ossequio alla delimitazione rigorosa dei suoi confini. Tale realtà entra però in una forma di negoziazione complessa con la realtà del mondo sociale quando il diritto ha da svolgere la sua funzione compositiva. Ed è qui che emerge la distinzione implicita tra i due tipi di *ius*: diritto come conoscenza e diritto come organizzazione. C'è il livello della concretezza ordinamentale, dove le parti di una entità si assemblano e organizzano per dar forma a un'istituzione. Questa acquisisce tuttavia unità come ente organizzato in forza di un processo di conoscenza mediante cui un sapere si sviluppa attorno al fenomeno organizzativo. Il diritto non si esaurisce tanto nel fenomeno organizzativo in sé, bensì necessita nel surplus di sapere che lo riguarda.

Ciò indica al contempo che Romano, com'è ovvio, non intende esaltare i confini disciplinari per puro amore della compartizione dei saperi, bensì perché a suo avviso questo è l'unico modo per preservarne le prerogative evitando che esse vengano divorate dalla politica. O persino meglio: per far sì che il diritto conservi la sua superiorità normativa rispetto alla politica. Emerge così una nozione di diritto pienamente ispirata al diritto come *ius*: una conoscenza che non può mai essere contaminata per da considerazioni politiche, che si sottrai a qualsiasi giogo imperativo. Sappiamo che questa convinzione fu ampiamente disattesa e che né diritto né la giurisprudenza seppero fare da argine all'espandersi dei regimi totalitari¹². A dispetto di ciò, il cuore dell'argomento di Roma-

¹¹ *Ibid.*

¹² Senza alcun intento di negare una forma di connivenza col regime fascista, non è però irrilevante notare che Romano chiese ed ottenne la tessera del Partito Nazionale Fascista piuttosto tardi, cioè solo nell'ottobre del 1928, peraltro in funzione della nomina

no è che il diritto come sapere deve formare e informare il diritto come ordine, il quale non assorbe mai del tutto il primo.

Il diritto in opera

È quindi sulla distinzione tra le due forme di diritto che riposa l'“operazionalizzazione” del pluralismo giuridico proposta da Romano. Al contempo, il pluralismo cessa di essere una questione teorica, e persino un fatto di ricognizione empirica, per trasmutare in tecnica descrittiva delle relazioni tra ordini. Come nota Julius Stone, il problema non è più “quale ordinamento giuridico è l'ordinamento giuridico ma quali sono le relazioni tra i vari ordinamenti giuridici, cosicché possiamo meglio comprendere i problemi come articolati dal punto di vista di un ordinamento o dell'altro”¹³ In questo quadro relazionale, il pluralismo è tratto immanente della tecnica mediatrice, giacché ogni entità normativa è un ordinamento giuridico potenzialmente capace di produrre effetti. Si potrebbe quindi intendere la rilevanza giuridica come una *tecnica prospettica* che, in forza dello *ius* come sapere, consente sia la descrizione degli effetti di una entità normativa sull'altra sia la mediazione tra esse a riguardo di quegli effetti.

In estrema sintesi, si danno alcune modalità di base della rilevanza. Un ordinamento può essere subordinato o superiore a un altro, come nel caso di un'istituzione che è inclusa in un'altra e contribuisce alla sua composizione e costituzione. Un ordinamento può invece darsi come condizione di un altro, tale che un ordinamento più comprensivo esiste solo in virtù degli ordinamenti minori che include. Inoltre, un ordinamento può esercitare effetti su alcuni elementi di un altro in termini di

a Presidente del Consiglio di Stato, e che, come argomentato da Guido Melis, la sua Presidenza non ne favorì in alcun modo la “fascistizzazione”. Toni meno morbidi sono espressi in F. LANCHESTER, *Il Gran Consiglio del Fascismo e la monarchia rappresentativa*, «Nomos. Le attualità del diritto», 3, 2017, 1-18, che discute il parere del Consiglio di Stato a supporto del titolo di «Primo maresciallo dell'Impero» (2 aprile 1938) e sottolinea come esso abbia costituito il culmine della progressiva frattura tra Romano e Orlando. Assai vicina all'interpretazione qui offerta, che guarda soprattutto al ruolo che Romano troppo ingenuamente attribuiva alla scienza giuridica, capace a suo avviso di sfuggire alla presa rapace della politica, è Angela Musumeci, *Santi Romano un giurista tra due secoli*, in I. BIROCCHI e L. LOSCHIAVO, *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma, 2015, 325-349.

¹³ J. STONE, *Social Dimensions of Law and Justice*, Stanford, 1965, 530. Traduzione mia.

autorità o di effetti. Infine, un ordinamento può confluire in un altro e dar corpo a un nuovo ordinamento. Ma al di là delle considerazioni minuziose e puntuali di Romano a proposito di queste possibili modi della rilevanza, il tratto innovativo della sua concezione sta nel trattare il diritto come una forma di mediazione che chiama all'adozione di una prospettiva squisitamente tecnica e tecnologica, capace di guardare agli effetti (siano essi unilaterali o reciproci) delle entità normative le une sulle altre.

La rilevanza non implica alcuna gerarchia tra enti normativi e disconosce i privilegi legati alle classificazioni: se si ammette che ogni istituzione è un ordinamento giuridico, nessun ordinamento è chiamato, vieppiù legittimato, a riconoscere un altro o ad essere riconosciuto da un altro (fatta eccezione per i casi di istituzioni create da altre istituzioni), perché tutto ciò che conta (ossia che *rileva*) è come gli effetti tra ordinamenti possano essere descritti e governati. La conquista teorica di tale prospettiva è tutt'altro che trascurabile. Per un verso, la conflittualità, talora dirompente, tra entità normative viene tradotta, e al contempo stemperata, in una commisurazione degli effetti, che hanno da descriversi in riferimento a un linguaggio tecnico. La politicità dei rapporti tra forme alternative o potenzialmente incompatibili di normatività viene così "addomesticata" dalla trasposizione nel campo del giuridico, in cui il conflitto passa sempre per una trama discorsiva. Per l'altro, la tecnica che risolve il politico nel giuridico non è il diritto di un particolare ordinamento che possa avanzare pretese di supremazia legale, ma un linguaggio trans-sezionale¹⁴, comune a tutti gli ordinamenti. Questo diritto che non appartiene a nessun ordinamento giuridico – eppure appartiene a tutti – è ciò che definisco "punto di vista giuridico".

Che il diritto e la sua capacità di identificare relazioni giuridiche veicolino un prospettivismo radicale è un presupposto di fondo dell'analisi di Romano circa l'integrazione tra ordinamenti, come dimostra uno dei molti passaggi che si potrebbero richiamare:

[U]n ordinamento, pure non essendo riconosciuto da un altro, per esempio, da quello statale, come un sistema di diritto obbiettivo, può tuttavia esser considerato da esso come un fatto lecito e inquadrato, almeno fino a un certo punto, entro qualcuna delle figure che esso attri-

¹⁴ Discuto ampiamente il tratto a mio avviso saliente della trans-sezionalità, anche in riferimento all'opera di Romano, in M. CROCE, *Self-Sufficiency of Law: A Critical-institutional Theory of Social Order*, Dordrecht, 2012.

buisce ai fatti che si compiono nella sfera del suo impero. In tale ipotesi, quello che, considerato in sé e per sé, è un ordinamento obbiettivo si converte, rispetto ad un altro ordinamento, in qualche cosa di sostanzialmente diverso¹⁵.

Le relazioni giuridiche concernono gli effetti, e non la natura degli ordinamenti; sicché è necessario adottare ora l'uno ora l'altro punto di vista, in modo tale da identificare il linguaggio normativo "privato" con cui un ordinamento decifra e codifica la posizione e le attività di un altro. Romano non si spinge mai – non certo per cautela ma per la specifica conformazione del dibattito al tempo – a ipotizzare l'esistenza di uno spazio discorsivo nel quale i punti di vista si scioglano in una variazione continua, ma il suo impianto teorico ne chiama evidentemente la necessità: chiusa sin da subito la partita circa la natura giuridica degli ordinamenti non-statali, la questione dirimente diventa come prenderne atto dall'interno di un ordinamento specifico e chiuso nella sua tendenziale pretesa di unicità. La proposta di Romano, nella mia interpretazione, è la seguente: è la natura di codice organizzativo, comune a tutte le entità normative, che consente, se non l'intertraducibilità, quantomeno la negoziazione costante tra codici. In effetti, allorché discute le lacune del diritto statale del lavoro, che ad avviso di Romano non riesce a cogliere le modalità regolative proprie dell'organizzazione interna dell'azienda, egli nota:

Tutto ciò conferma la nostra tesi: che siamo in presenza di due ordinamenti giuridici, l'uno proprio e interno dell'azienda, l'altro dello Stato. Il primo non è riconosciuto come tale dal secondo, il quale prende bensì in considerazione taluni fatti e taluni rapporti che quello contempla e regola, ma in modo diverso, attribuendo ad essi la sola figura che è compatibile con alcuni suoi principi basilari¹⁶.

E quando prosegue scrivendo che la vita sociale è "più imperiosa e più forte del diritto statale"¹⁷, non intende difendere la mera pluralizzazione degli ordini nel senso di una redistribuzione delle competenze legislative e giurisdizionali. La superfetazione degli enti, come dicevo sopra, non ha per Romano alcuna rilevanza né teorica né pratica. Egli sol-

¹⁵ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 198.

¹⁶ *Ivi*, 201.

¹⁷ *Ibid.*

lecita piuttosto una perizia squisitamente giuridica nella gestione delle relazioni tra ordinamenti, che non ignori le specificità di nessuno dei due: l'azienda si impianta su una disegualianza che può essere regolata solo se lo Stato non si ostina a postulare (ma solo a postulare) l'eguaglianza di fondo dei cittadini che – appunto come cittadini dello Stato – vi trovano impiego, ma poi diventano membri di un ordinamento che lo Stato si rifiuta di riconoscere nelle tipicità operative sue proprie – come ad esempio l'ineguaglianza strutturale che determina i rapporti tra datore di lavoro e salariati. E non si tratta di una difesa della disegualianza come tale, bensì del richiamo alla necessità di individuarne le dinamiche senza obliterarla con un principio giuridico statale che di fatto non trova alcuna applicazione nel contesto dell'azienda.

3. *L'ordinamento giuridico*

L'ordinamento giuridico è stato al centro di dibattiti più che decennali nel corso dei cento anni che ci separano dalla sua prima pubblicazione. Come accennato in apertura, il tema dominante è stato quello di un sostanziale tradimento dello spirito pluralista a vantaggio di una sottaciuta ma infine evidente idolatria del diritto statale. Altro oggetto della critica è la contaminazione sociologica, per cui Romano avrebbe sacrificato il carattere teorico dell'analisi giuridica in nome della ricerca delle caratteristiche sostantive dell'istituzione¹⁸. In entrambi i casi, comprendo appieno lo stupore di Romano. Con una chiarezza disarmante egli dichiara ingiustificato ogni ricorso a gerarchie ordinamentali, perché tutto ciò che organizza le proprie forme è già sempre diritto; e con pari decisione esalta il carattere speculativo della propria teoria giuridica, che rompe con indagini sulla genesi e sulla effettività del diritto. Eppure, tale duplice critica può essere utile proprio perché offre un indizio importante sulla prospettiva di Romano: solo la comprensione del carattere squisitamente speculativo della teoria consente di capire dove si colloca il pluralismo e come esso vada governato. Si tratta di una relativizzazione della normatività del *diritto come istituzione concreta* – nel senso che nessun diritto, come ordinamento sostantivo, può vantare il monopolio della legittimità rispetto agli altri – e di una simultanea esaltazione del carat-

¹⁸ Tratto della distinzione tra *caratteristiche sostantive* e *struttura formale* dell'istituzione in M. CROCE, *Il diritto come morfologia del sociale. Il pluralismo giuridico di Santi Romano*, *Diritto pubblico*, 3, 2017, 841-860.

tere contaminante del *diritto come forma* – nel senso che il diritto, come codice condiviso da qualsiasi entità organizzata, apre un spazio di dialogo secondo il linguaggio universale della forma giuridica.

Non si può negare che la soluzione proposta da Romano abbia il duplice difetto di irenismo e sapienzialità. L'idea, esposta senza riserve in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, che i conflitti tra ordinamenti esistono solo nella misura in cui se ne dà una lettura sociologizzante, e possono invece superarsi se ne offre una lettura dal punto di vista giuridico, fa troppo conto sul carattere rimediale del diritto e ne oscura la dimensione di potere. D'altro canto, quello giuridico è un sapere interamente affidato a un ceto di esperti, i solo capaci di porre rimedio a quel che la politica, come inevitabile nella sua natura, rende ingestibile. A dispetto di tali limiti, tuttavia, l'intuizione profonda di un diritto come processo dimostra, proprio come nel caso di Radcliffe-Brown commentato da Ingold, che a Romano non interessava dire cosa fosse un'istituzione, quanto piuttosto inserirsi fattivamente nella sua operatività pratica. È davvero una *filosofia del processo*, che non imbriglia il diritto a nessuna sostanza e ne guarda il modo di produrre il sociale quando organizza le entità normative e consente lo scambio non conflittuale tra esse. Guardare alla società come a un movimento, a una variazione continua, a campi che si aprono e si chiudono per dar vita a negoziazioni costanti è un contributo straordinario alla comprensione del sociale: Romano lo fa mostrando come una tecnica-tecnologia tra le più potenti ed efficaci operi assemblando materiale e trasformandolo allorché lo sussume sotto le sue categorie. Il pluralismo, in questo quadro, non è mai un presupposto, ma sempre un effetto.

FABIO MERUSI

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

SOMMARIO: 1. Una conferma in loco della “attualità” del Convegno. – 2. Uno sguardo d’insieme delle applicazioni attuali della teoria romaniana degli ordinamenti giuridici. – 3. L’istituzione, lo sviluppo e l’opportunità di una circolazione interdisciplinare de *L’ordinamento giuridico*.

1. *Una conferma in loco della “attualità” del Convegno*

Come avrete visto la locandina del Convegno annuncia che il Convegno si terrà nella Sala dell’Ordine dei Cavalieri di Santo Stefano. Ma in realtà non si tratta di una sala qualsiasi di un locale storico ad “uso promiscuo”, come si direbbe nel linguaggio notarile. All’ingresso del Palazzo c’è infatti una scritta latina di intuitivo significato, ancorché di non facile traduzione letterale, “equestri jure dicundo”. È cioè la sala del Tribunale dei Cavalieri di Santo Stefano, la sala di un Tribunale di un ordine militare religioso. Di un ordine autonomo rispetto all’ordinamento del Granducato di Toscana, col quale aveva un solo punto di contatto istituzionale, meglio, di coincidenza: il Duca Cosimo I, all’origine, poi il pro tempore Granduca di Toscana era anche il capo dell’ordine militare religioso dei Cavalieri di Santo Stefano. Un unico sovrano per due ordinamenti diversi.

Una mera piaggeria storica per dare un tocco di “eleganza” in più al Convegno? I “locali storici” hanno certamente più fascino di tanti “centri congressi” tecnologicamente attrezzati, ma scarsi di attrazione estetica-culturale.

Nel nostro caso però c’è qualcosa in più. Tenuto conto che vi è stato distribuito anche il frontespizio di una delle prime edizioni, la prima in volume, de *L’ordinamento giuridico* il cui stampatore aveva sede a due passi da qui, si potrebbe forse azzardare che l’ordine militare dei Cavalieri di Santo Stefano non sia estraneo alle fonti di ispirazione de *L’ordinamento giuridico*. Magari a seguito della decrittazione della scritta “equestri jure dicundo” sulla quale Santi Romano doveva porre, anche involontariamente, lo sguardo ogni mattina che andava a tenere lezione nella vicina Sapienza ... di ipotesi sulla formazione de *L’ordinamento giuridico* se ne son fatte tante e ci può stare anche questa ... Non sarebbe la prima volta che grandi opere traggono occasione da fatti o avveni-

menti apparentemente di scarso rilievo ... Ma l'andare alla fonte dell'ordinamento giuridico potrebbe essere comunque irrilevante per un Convegno dedicato alla "attualità e alla affermata necessità del pensiero di Santi Romano" ... Ma così non è, almeno formalmente, perché per l'ordine dei Cavalieri c'è anche l'attualità ... I Cavalieri di Santo Stefano non solcano più il Mediterraneo per intercettare navi "barbaresche" o per distruggere basi moresche con rapide azioni di guerriglia, dopo aver passato a fil di spada tutti gli infedeli che incontravano, ma il loro ordinamento giuridico è ... ancora esistente. Non attraverso la fondazione "Istituzione dei Cavalieri di Santo Stefano" che porta il loro nome e che ci ospita, che è un ente benefico, che oggi, dopo l'uscita di una recente legge di riforma, definiremmo del terzo settore, il quale ha per fine l'assistenza degli orfani di marinai, militari e civili, ma attraverso un ordine "spirituale" ... un tipo di ordinamento giuridico già preso in considerazione da Santi Romano nel suo *L'ordinamento giuridico* (cfr. p. 134).

Se infatti questo Convegno si fosse tenuto verso la fine di luglio, secondo una cadenza annuale che mi è ignota, i convegnisti, gettando l'occhio distrattamente fuori delle grandi finestre che illuminano questa "sala di Tribunale", avrebbero potuto assistere ad un singolare accadimento: uno sparuto gruppo di persone attraversava la Piazza dei Cavalieri, assolutamente deserta sotto il cocente sole di luglio, per recarsi dall'altro lato della piazza nella Chiesa dei Cavalieri; alcuni membri del gruppo indossavano un costume, diciamo così, fuori moda e non certo adatto alla calura di luglio. Lo stupito spettatore si sarebbe subito chiesto perché c'erano personaggi in costume, tenuto conto che le manifestazioni del Gioco del Ponte del c.d. giugno pisano erano da tempo terminate e che le feste di carnevale erano ancora lontane. Consultato uno degli addetti all'organizzazione del Convegno o, meglio ancora, se reperito, qualche funzionario dell'ente ospitante, gli sarebbe stato risposto che si trattava di una periodica riunione di Cavalieri di Santo Stefano che, guidati dal Gran Maestro dell'Ordine, si recavano ad un Te Deum alla fine del quale, forse, sarebbero stati consacrati nuovi cavalieri. Con la precisazione che non si trattava di una riunione di fantasmi, reduci dalla presa di Bona e di Prevesa o dalla battaglia di Lepanto, bensì di esseri viventi perché l'Ordine dei Cavalieri di Santo Stefano è ancora esistente sotto la guida dell'ultimo discendente degli Asburgo Lorena Granduchi di Toscana. Un ordine giuridico senza sede e senza rapporto alcuno con l'ente appartenente all'ordinamento italiano che pur si fregia del loro nome e che ne ha usurpato la sua originaria sede, compresa la sede del Tribunale, nel quale non si svolgono più quei processi di accer-

tamento dei quarti di nobiltà richiesti per un cavaliere ai quali si riferisce la misteriosa scritta sopra il portale d'ingresso Al congressista curioso sarebbe stato precisato che il Te Deum si teneva nella chiesa dei Cavalieri, ed era officiato dal Rettore della Chiesa, perché il Rettore della Chiesa era stato altresì nominato dal Gran Maestro dell'ordine cavalleresco, ormai solo "spiritualmente esistente", "cappellano" dei Cavalieri di Santo Stefano con il compito di assisterli nella "vera fede".

Sempre ragionando per mera ipotesi "contrafattuale", ad imitazione di quanto hanno fatto alcuni relatori del presente Convegno immaginando quel che avrebbe pensato Santi Romano di alcuni fenomeni giuridici contemporanei, potremmo anche immaginare che cosa sarebbe successo se lo stupito convegnista avesse invitato il suo interlocutore a telefonare alla questura affinché provvedesse ad una retata di un gruppo di austriacanti da cogliere in flagrante mentre attentavano alla sovranità nazionale italiana. Sempre per mera ipotesi, è molto probabile che il questore, acculturato da qualche corso di aggiornamento organizzato dal Ministero degli Interni, gli avrebbe risposto che non voleva fare la fine di Girolamo Cantelli, il primo Ministro degli Interni dell'Italia unita che era stato costretto a dimettersi perché, ossessionato da possibili attentati alla sovranità del nuovo Regno, aveva fatto arrestare i partecipanti ad una riunione di supposti attentatori repubblicani mazziniani ... che anziché complottare contro la monarchica Italia unita stavano ... giocando a zecchinetta ... o a qualche altro innocuo gioco romagnolo.

Se poi si trattava di un Convegno giuridico come il nostro, la risposta del questore avrebbe potuto essere tradotta così: non c'era alcun attentato alla sovranità nazionale perché l'Ordine dei Cavalieri di Santo Stefano, nella versione presente al Te Deum, era sì un ordinamento giuridico, ma del tutto irrilevante per l'ordinamento italiano col quale non aveva alcun punto di contatto. Tutt'al più si poteva ipotizzare una rilevanza dell'ordinamento cavalleresco guidato da un discendente degli Asburgo Lorena per l'ordinamento canonico, dal momento che l'officiante della cerimonia religiosa che si svolgeva nella chiesa dei Cavalieri era, ad un tempo, Rettore della chiesa, e perciò sottoposto all'ordinamento canonico, e membro dell'Ordine dei Cavalieri, cioè di un ordinamento "spirituale" per il quale era dubbio che persistesse un riconoscimento "canonico" quale esisteva all'origine, a seguito del riconoscimento papale della "religione" militare dei Cavalieri di Santo Stefano. Quanto dire che la teoria romaniana degli ordinamenti giuridici può tuttora essere utilizzata per risolvere un problema "attuale" che si può porre periodicamente a Pisa in piazza dei Cavalieri ... a fine luglio.

Ma l'attualità e la necessità scientifico operativa del pensiero di Santi Romano non sono confermate soltanto da una curiosità antiquaria. Al quesito sull'attualità e la necessità delle teorie romaniane i relatori hanno dato plurime risposte. Penso di non sbagliare riducendole così: le tesi espresse ne *L'ordinamento giuridico* sono attuali e, in più di un caso, è necessario farne applicazione, perché sono tesi di teoria generale che, come tali, sono sempre attuali perché costituiscono uno strumento interpretativo di fenomeni giuridici che si possono manifestare in ogni tempo e con le più diverse caratteristiche. In una parola, l'ordinamento giuridico è uno strumento operativo per studiare la realtà, non un'opera di diritto positivo che si esaurisce in se stessa.

2. *Uno sguardo d'insieme delle applicazioni attuali della teoria romaniana degli ordinamenti giuridici*

In che cosa consiste questo strumento operativo prodotto da una teoria generale? I relatori, presi dalla specialità delle loro relazioni settoriali, non lo hanno detto apertamente, ma ritengo di poter "unificare" riassuntivamente quanto abbiamo ascoltato così: seguendo Santi Romano de *L'ordinamento giuridico*, il diritto è caratterizzato dalla simbiosi istituzione-ordinamento giuridico. Non c'è ordinamento giuridico senza istituzione e ogni istituzione produce, per natura, norme giuridiche che formano un ordinamento. Gli ordinamenti-istituzioni sono, fra di loro, in rapporti di "rilevanza" che possono assumere i più diversi gradi di intensità, dalla più assoluta irrilevanza reciproca alla immedesimazione parziale o, addirittura, totale.

Con questa "macchina" teorica è possibile interpretare i più diversi fenomeni giuridici, ivi compresi quelli contemporanei, donde la risposta positiva al quesito circa l'attualità della teoria generale romaniana prospettata ne *L'ordinamento giuridico* (che non a caso nell'edizione originaria conteneva il sottotitolo "concetto, fonti e caratteri del diritto") e la sua necessaria applicazione per descrivere e comprendere fenomeni giuridici contemporanei. E così è stato nelle singole relazioni dedicate ai singoli fenomeni giuridici contemporanei ("L'Unione europea e i suoi rapporti con l'ordinamento nazionale italiano"; "Le autorità amministrative indipendenti vere o supposte tali"; "Gli ordinamenti sportivi"; "Il c.d. mercato dei contratti pubblici"; "La finanza pubblica nelle sue più diverse articolazioni"; "L'incontro-scontro fra le Supreme Corti di ordinamenti diversi"), con qualche licenza verso fenomeni di un recente pas-

sato come i regimi coloniali, nel caso specifico giustificata dal fatto che lo stesso Romano ne aveva fatto applicazione in un manuale dedicato al Diritto coloniale, contenente anche le importanti specifiche osservazioni evidenziate da Satta che, *mutatis mutandis*, sono riproponibili a proposito dei rapporti tra ordinamenti dominanti e ordinamenti compenetrati, ma satelliti. Come dire che anche il Diritto coloniale romaniano non ha perduto di attualità.

Ciò premesso, trattandosi di una relazione conclusiva, mi sia consentito disegnare uno schema riassuntivo della applicabilità della teoria conoscitiva romaniana a fenomeni giuridici contemporanei.

Astraendo dalle singole relazioni nelle quali è stata saggiata l'applicabilità della teoria di Santi Romano, risulta che i problemi da risolvere per giungere ad una classificazione conoscitiva dei fenomeni giuridico-istituzionali contemporanei hanno una duplice origine:

- 1) dal fatto che lo Stato contemporaneo italiano, così come, in genere quelli del mondo occidentale, è uno Stato aperto;
- 2) dalla frammentazione dei poteri sia interni che esterni allo Stato.

Come abbiamo sentito l'apertura dell'ordinamento statale all'ingresso di norme provenienti da altri ordinamenti pone non facili problemi sia di convivenza con le norme dell'ordinamento statale sia sulla natura e sulle caratteristiche delle norme di ordinamenti "alieni" che penetrano nell'ordinamento statale. La casistica è così varia e cangiante che solo uno schema interpretativo come quello romaniano può, di volta in volta, sottrarlo al caos esegetico.

Ma nello Stato "aperto" è possibile individuare un fenomeno in più rispetto a quello della penetrazione, di norme che "entrano" in un altro ordinamento: la penetrazione oltre che di norme "aliene" che pongono problemi di convivenza con quelle proprie dell'ordinamento di ricevimento, anche di istituti giuridici, figure ed inquadramenti dommatici propri dell'ordinamento di "partenza" o comunemente usati dall'ordinamento di partenza anche se non "autoctoni". Così dall'ordinamento dell'Unione Europea parte ormai da tempo la c.d. circolarità "germanica", cioè l'utilizzazione di istituti e concetti giuridici propri dell'ordinamento tedesco utilizzati dall'ordinamento comunitario e da questo "diffusi" negli ordinamenti degli Stati dell'Unione. Si pensi, ad esempio, al "cangiamento" del vizio di eccesso di potere, versione italiana, da vizio accertabile per sintomi codificati dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato a vizio derivante dalla violazione di principi generali del diritto che l'Unione diffonde a piene mani negli ordinamenti dei Paesi dell'Unione Europea dopo averli, a sua volta, recepiti

dall'*Ermessenmissbrauch* tedesco. Ma fenomeni simili accadono anche nel caso di ordinamenti anglosassoni che, oltre che norme, trasmettono negli Stati "aperti" concetti ed istituti di Common Law che, come tali, negli Stati a diritto amministrativo, come quello italiano, necessitano spesso di essere "armonizzati" con istituti e concetti del Paese di arrivo. Basti pensare al "giusto" procedimento e al "giusto" processo. Un lavoro supplementare per la "macchina" interpretativa della teoria romaniana degli ordinamenti giuridici. La cui utilità appare di tutta evidenza in teorizzazioni dello "Stato aperto" che non ne hanno fatto uso ... magari perché non la conoscevano Ci si riferisce al noto lavoro di Udo Di Fabio (*Das Recht offener Staaten, Grundlinien einer Staats – und Rechtstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998) dedicato alla distinzione del c.d. Stato aperto dalle altre forme di Stato in precedenza teorizzate.

Ma, come si accennava, la teoria degli ordinamenti giuridici è altresì una chiave di lettura per decrittare un altro dei grandi, e comuni, fenomeni contemporanei: la "frammentazione" presente, in maniera più o meno accentuata, in tutti gli ordinamenti contemporanei, non solo statali. Lo Stato contemporaneo non è solo uno Stato aperto, ma è, altresì, uno Stato frammentato, nel quale esistono organizzazioni che esercitano poteri "in proprio". Fenomeno presente anche negli ordinamenti sovranazionali e persino in quelli "spirituali" come accade negli ordinamenti religiosi nel caso di gruppi eretici, devianti o anche soltanto con finalità particolari. Un tentativo di regesto delle frammentazioni presenti nei vari ordinamenti europei a diritto amministrativo è stato di recente prospettato dal 77° Congresso dell'Unione dei giuristi di diritto pubblico di lingua tedesca dal titolo *Fragmentierungen* nel quale sono stati esaminati i più diversi esempi di "frammentazioni" nei più diversi settori del diritto pubblico (Gruyter, Berlin-Boston, 2018). Ad ogni "frammento" corrisponde un ordinamento e, in caso di risposta positiva, il "frammento" è rilevante per gli ordinamenti coi quali viene a contatto, *in primis*, per l'ordinamento nel quale il "frammento" è ricompreso? Abbiamo ascoltato accenni più o meno espliciti a questa problematica nelle relazioni di Police, Massera e Fioritto. Ed è la problematica che è anche al fondo della nota *querelle* sull'esistenza e sulla stessa ammissibilità dei c.d. ordinamenti sezionali.

La risposta sta nella prima parte dell'ordinamento giuridico: non può esistere ordinamento senza istituzione; è l'istituzione che "produce" l'ordinamento. Occorre dunque preliminarmente stabilire se un dato "frammento" sia una istituzione e, una volta accertata l'esistenza dell'istituzione, accertare quale ordinamento giuridico abbia fondato a

seguito della produzione di norme giuridiche attraverso meccanismi indagati dalla dottrina più recente (in particolare da Giuseppe Guarino, *L'uomo istituzione*, Laterza, Bari, 2005).

È così che molti “frammenti” rimarranno tali senza assurgere ad “ordinamenti giuridici”, così come è accaduto per la quasi totalità di quegli ordinamenti sezionali che la dottrina italiana, in una stagione ormai lontana, aveva preteso di individuare nelle più diverse organizzazioni aventi una qualche autonomia gestionale.

Lo stesso Romano, interpretando se stesso, nei *Frammenti di un dizionario giuridico* aveva avvertito che non basta una qualsiasi autonomia per dar luogo ad un ordinamento giuridico.

Ma non esistono solo i problemi determinati dai rapporti fra ordinamenti, esistono anche quelli derivanti dai rapporti fra istituzioni e, in particolare, quelli derivanti dalla possibile compenetrazione di una istituzione in un'altra. È dalla compenetrazione fra due istituzioni, quella della società in tutte le forme ammesse dal diritto positivo e quella dell'impresa/azienda che nel diritto commerciale è stato possibile riempire di nuove prospettazioni teoriche il dibattito dottrinale mai sopito sulla natura dell'interesse sociale nelle società lucrative, dibattito conseguente, soprattutto, ai numerosi interventi del legislatore, anche recenti, che hanno profondamente inciso sull'istituzione impresa nella società compenetrata. Paolo Montalenti ci ha descritto i risultati dell'attuale dibattito nella dottrina italiana sull'interesse sociale, dandoci infine la sua “ricetta”, frutto della sintesi fra teorie societarie contrattualistiche e teorie che risentono dei risultati dell'economia aziendale. L'attualità romana è quindi declinabile anche a proposito dei problemi che pongono le istituzioni prima ancora di esaminare quelli derivanti dagli ordinamenti da loro prodotti.

3. *L'istituzione, lo sviluppo e l'opportunità di una circolazione interdisciplinare de L'ordinamento giuridico*

Ma le istituzioni non vivono di sole norme e di teorie giuridiche ... sono altresì importanti per lo sviluppo economico. Molto opportunamente Cavallo Perin ha citato North (D.C. North, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1994, edizione originale 1990), il principale esponente della c.d. scuola economica neoistituzionale americana, insignito del Premio Nobel pochi anni addietro. Nell'*incipit* dell'opera citata North avverte che ... “*Le isti-*

tuzioni sono le regole del gioco di una società o, più formalmente, i vincoli che gli uomini hanno definito per disciplinare i loro rapporti. Di conseguenza danno forma agli incentivi che sono alla base dello scambio, sia che si tratti di scambio politico, sociale o economico. Il cambiamento istituzionale influenza l'evoluzione di una società nel tempo ed è la chiave di volta per comprenderne la storia". E, aggiungerei noi, dalle normative via via prodotte dalle istituzioni che infatti l'Autore nelle singole analisi degli effetti economici degli assetti istituzionali succedutisi nel tempo ed in vari luoghi aggiunge in maniera asistemica. Inutile dire che anche in questo caso l'utilizzazione della "macchina interpretativa" dell'ordinamento giuridico avrebbe giovato, integrando diritto con economia, a completare il quadro delle cause differenziate dello sviluppo economico in tempi e in luoghi diversi. E anche a risolvere problemi attuali come il capire perché lo stesso investimento finanziario abbia effetti economici diversi in diversi contesti istituzionali. L'istituzione è dunque un "luogo" particolarmente adatto agli incontri interdisciplinari come riconosce lo stesso North, il quale però utilizza non uno strumento interpretativo generale come quello prospettato da Santi Romano, bensì risultati frammentari desunti secondo la metodologia della c.d. analisi economica del diritto.

E dal momento che gli studi economici hanno ormai adottato l'inglese come lingua comune particolarmente opportuna è apparsa la recente iniziativa di tradurre anche in inglese *L'ordinamento giuridico* sulla quale ha ampiamente riferito Mariano Croce, mettendone in rilievo anche i possibili effetti su vari settori della cultura anglosassone.

Finito di stampare nel mese di novembre 2019
presso la *Tipografia Cicchetti* – Isernia