

DIACRONIA

Rivista di storia della filosofia del diritto

1 | 2021

Diacronia : rivista di storia della filosofia del diritto. - (2019)- . - Pisa : IUS-Pisa university press, 2019- .
- Semestrale

340.1 (22.)

1. Filosofia del diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa



Opera sottoposta a
peer review secondo
il protocollo UPI

uc3m

Universidad
Carlos III
de Madrid

La pubblicazione di questo numero di Diacronia è stata resa possibile da un finanziamento del Vicerrectorado de Política Científica de la Universidad Carlos III de Madrid (Convocatoria 2020 de ayudas para la organización de congresos y reuniones científicas y workshops).

© Copyright 2021 IUS - Pisa University Press srl
Società con socio unico Università di Pisa
Capitale Sociale € 20.000,00 i.v. - Partita IVA 02047370503
Sede legale: Lungarno Pacinotti 43/44 - 56126 Pisa
Tel. + 39 050 2212056 - Fax + 39 050 2212945
press@unipi.it
www.pisauniversitypress.it

ISSN 2704-7334

ISBN 978-88-3318-103-5

layout grafico: 360grafica.it

L'Editore resta a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare, per le eventuali omissioni o richieste di soggetti o enti che possano vantare dimostrati diritti sulle immagini riprodotte.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi - Centro Licenze e Autorizzazione per le Riproduzioni Editoriali - Corso di Porta Romana, 108 - 20122 Milano - Tel. (+39) 02 89280804 - E-mail: info@clearedi.org - Sito web: www.clearedi.org

Direttore

Tommaso Greco

Comitato di direzione

Alberto Andronico, Francisco Javier Ansuátegui Roig, Giulia M. Labriola, Marina Lalatta Costerbosa, Francesco Mancuso, Carlo Nitsch, Andrea Porciello, Aldo Schiavello, Vito Velluzzi

Consiglio scientifico

Mauro Barberis, Franco Bonsignori, Pietro Costa, Rafael de Asís, Francesco De Sanctis, Carla Faralli, Paolo Grossi, Mario Jori, Jean-François Kervégan, Massimo La Torre, Mario G. Losano, Giovanni Marino, Bruno Montanari, Vincenzo Omaggio, Claudio Palazzolo, Baldassare Pastore, Enrico Pattaro, Antonio Enrique Perez Luño, Anna Pintore, Geminello Preterossi, Pierre-Yves Quiviger, Francesco Riccobono, Eugenio Ripepe, Alberto Scerbo, Michel Troper, Vittorio Villa, Francesco Viola, Maurizio Viroli, Giuseppe Zaccaria, Gianfrancesco Zanetti

Comitato dei referees

Ilario Belloni, Giovanni Bisogni, Giovanni Bombelli, Daniele Cananzi, Gaetano Carlizzi, Thomas Casadei, Corrado Del Bò, Filippo Del Lucchese, Francesco Ferraro, Tommaso Gazzolo, Valeria Giordano, Marco Goldoni, Gianmarco Gometz, Dario Ippolito, Fernando Llano Alonso, Alessio Lo Giudice, Fabio Macioce, Valeria Marzocco, Ferdinando Menga, Lorenzo Milazzo, Stefano Pietropaoli, Attilio Pisanò, Federico Puppo, Filippo Ruschi, Carlo Sabbatini, Aaron Thomas, Persio Tincani, Daniele Velo Dal Brenta, Massimo Vogliotti, Maria Zanichelli

Redazione

Paola Calonico, Chiara Magneschi, Federica Martiny, Giorgio Ridolfi (coordinatore), Mariella Robertazzi

Sede

Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza dei Cavalieri, 2, 56126 PISA

Condizioni di acquisto

Fascicolo singolo: € 25,00

Abbonamento annuale Italia: € 40,00

Abbonamento annuale estero: € 50,00

Per ordini e sottoscrizioni abbonamento

Pisa University Press

Lungarno Pacinotti 44

56126 PISA

Tel. 050.2212056

Fax 050.2212945

press@unipi.it

www.pisauniversitypress.it

Indice

Filosofia del derecho e historia: cuestionones metodológicas

a cura di Francisco Javier Ansuátegui Roig

Non solo i classici? La questione dell'invisibilità nella storia della filosofia del diritto
Thomas Casadei.....13

Appunti per una riflessione 'discronica' su potere e obbedienza: da Arendt a Epicuro
Lorenzo Milazzo.....45

βία: storie (filosofiche) del diritto
Francesco Mancuso81

Un classico dei classici della filosofia giuridica. Schmitt e Olivecrona lettori di Locke
Ilario Belloni117

Il diritto come fatto. Prime notazioni su Vico e la filosofia giuridica tra Otto e Novecento
Valeria Marzocco.....141

Las teorías críticas en la historia de los derechos humanos
María del Carmen Barranco Avilés.....163

Historia, memoria y justicia transicional
Cristina García Pascual189

Gli inizi di una visione storica del mondo nella filosofia del Novecento
Adriano Ballarini.....217

Saggi

Legge e giusto mezzo: la filosofia del diritto di Mosè Maimonide
Lucia Corso, Cosimo Nicolini Coen235

Tra antiquari e orologiai. Filosofia del diritto e dimensione storica
Andrea Porciello.....267

Note

La teologia politica moderna
Vincenzo Omaggio295

Per un'eredità del pluralismo classico. Politica e diritto in Romano, Schmitt e Mortati
Pier Giuseppe Puggioni311

Questo fascicolo di Diacronia è dedicato a Franco Bonsignori in occasione del suo ottantesimo compleanno

PER UN'EREDITÀ DEL PLURALISMO CLASSICO. POLITICA E DIRITTO IN ROMANO, SCHMITTE E MORTATI*

Pier Giuseppe Puggioni

1. Nel discorso giuridico contemporaneo sembra tornare con insistenza il tema del pluralismo. Il sovrapporsi e l'intersecarsi di vari insiemi di regole o 'ordini' normativi raggiunge livelli di complessità ormai altissimi, inducendo molti studiosi a ricercare una concezione del diritto capace di dar conto di un simile scenario. Dall'universo sportivo al problema del confronto fra 'culture', ai rapporti 'transnazionali' di commercio, appare sempre più sentito il bisogno di interrogarsi sul rapporto tra *diritto* e *organizzazione sociale*, che conduce la dottrina odierna a riprendere il tema della pluralità degli ordinamenti giuridici¹. Si tratta, com'è noto, di una

* Nota a partire da M. Croce, M. Goldoni, *The Legacy of Pluralism. The Continental Jurisprudence of Santi Romano, Carl Schmitt, and Costantino Mortati*, Stanford University Press, Stanford 2020 (di seguito, *LP*).

¹ Si vedano, anzitutto, G. Teubner, *'Global Bukovina': Legal Pluralism in the World Society*, in Id. (Ed.), *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot 1997, pp. 3 e ss.; Id., *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, trans. by G. Norbury, Oxford University Press, Oxford 2012. Per una tematizzazione del pluralismo giuridico nel diritto 'sportivo', si veda G. Manfredi, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Giappichelli, Torino 2007, pp. 19 e ss. Sui rapporti tra pluralismo e 'cultura', può essere utile l'analisi di E. Marchi, *Pluralismo giuridico e rom. Tra politiche discriminatorie e riconoscimento delle diversità culturali*, in «L'altro diritto. La rivista», (2011), reperibile presso: www.adir.unifi.it/rivista/index.htm.

diatriba molto antica nella storia della filosofia occidentale², che tuttavia sperimenta sviluppi teorici considerevoli nella prima metà del Novecento grazie all'opera di alcune eminenti figure del panorama dottrinario europeo. Il tema della molteplicità degli ordinamenti sembra, infatti, prendere vigore nel momento in cui la 'modernità' transita nella 'post-modernità'³ e viene denunciata la «crisi dello Stato moderno», di quello 'Stato' in seno al quale – e sovente «contro» il quale – «si moltiplicano e fioriscono con vita rigogliosa ed effettiva potenza una serie di organizzazioni ed associazioni»⁴.

Recuperare quel dibattito a distanza di un secolo può senz'altro giovare alla comprensione degli orientamenti contemporanei del pluralismo e anche, del resto, alla messa in discussione di alcuni loro assunti. Proprio la necessità di leggere e «gestire» l'evoluzione del pluralismo «nei sistemi giuridici occidentali» del nostro tempo rappresenta uno degli obiettivi alla base del lavoro di Croce e Goldoni sull'«eredità del pluralismo» (*The Legacy of Pluralism*)⁵. Lo studio che gli autori pro-

² Per certi versi, il tema di una giuridicità *esterna* a quella propria della struttura politica egemone (la *res publica*) potrebbe farsi risalire ad Agostino, per il quale i *latrocinia*, le bande di malfattori, «formano dei piccoli Stati» (*De Civitate Dei*, IV, § 4; tr. it. *La città di Dio*, a cura di L. Alici, Bompiani, Milano 2001, p. 222), e ancora prima alle riflessioni di Cicerone, che ritiene la *iustitia* un elemento necessario anche nelle bande di briganti, i quali avrebbero «perfino delle leggi [...], che essi obbediscono e osservano» (*De Officiis*, II, § 40; tr. it. *I doveri*, in M. T. Cicerone, *Opere politiche e filosofiche*, I voll., a cura di L. Ferrero e N. Zorzetti, Utet, Torino 1974, p. 711). La questione, invece, di un pluralismo *interno* alla comunità politica (la *polis*, poi la *civitas*) si può rinvenire nell'idea della «comunità di comunità» promossa da Aristotele (*Politica*, I, 1, 1252a, a cura di R. Laurenti, Laterza, Roma-Bari 1993, p. 3) e ripresa, alle soglie della modernità, da Althusius, per il quale i membri della «consociazione» sarebbero appunto «le diverse comunità politiche nelle quali si articola l'ordine politico-sociale» (P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, I voll., Laterza, Roma-Bari 1999, p. 93).

³ Secondo Paolo Grossi, la riscoperta della «complessità dell'universo giuridico» sarebbe non già 'moderna', bensì 'post-moderna' (*Percorsi nel giuridico post-moderno* (2016), in Id., *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2017, pp. 90 e ss.).

⁴ S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909), in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 1969, p. 12.

⁵ Si veda *LP*, cit., p. 201.

pongono della riflessione di Romano, di Schmitt e di Mortati sembra infatti capace di offrire al dibattito odierno «delle soluzioni originali alle questioni del pluralismo radicale e del rapporto fra lo Stato e le entità normative non-statali»⁶. Analizzare e tematizzare il pensiero di questi celebri giuristi sarebbe, perciò, utile per delineare nuove prospettive in riferimento a tali relazioni fra ordinamenti, nonché per cogliere alcune aporie insite nelle rappresentazioni che il più recente 'pluralismo' sembra offrire. Come vedremo, è possibile sostenere che proprio in questo rapporto fra le prospettazioni dei 'classici' e le questioni dell'«oggi» si definisca ciò che gli autori chiamano l'«eredità» o il «lascito» di questo filone del pensiero giuridico.

2. Per ricostruire il dibattito novecentesco sul pluralismo, era indispensabile una duplice selezione relativa, per un verso, agli autori da affrontare e, per altro verso, alle chiavi di lettura attraverso cui leggerne le riflessioni. A dire il vero, la scelta è solo apparentemente 'duplice', dal momento che, come si vedrà fra poco, tali operazioni selettive sembrano implicarsi reciprocamente.

La decisione di esaminare congiuntamente questi «tre protagonisti»⁷, Santi Romano, Carl Schmitt e Costantino Mortati, appare invero insolita, visto che solitamente ciascuno di essi viene letto separatamente dagli altri e secondo schemi interpretativi autonomi, sebbene a ben guardare le distanze si rivelino più apparenti che reali. Il primo, infatti, viene tendenzialmente inquadrato tra le concezioni antiformalistiche e avvicinato all'istituzionalismo giuridico⁸,

⁶ Ivi, p. 3 (traduzione mia).

⁷ Ivi, p. 1.

⁸ Mi sembra utile, in questo caso, rinviare alla manualistica, ricordando anzitutto G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto III. Ottocento e Novecento* (1988), Laterza, Roma-Bari 2006, pp. 285 e ss. Si vedano, poi M. Barberis, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, il Mulino, Bologna 2004, pp. 143 e ss.; T. Greco, *Le teorie antiformalistiche e l'istituzionalismo giuridico*, in *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Giappichelli, Torino 2010, pp. 209 e ss.; F. Mancuso, *Istituzione*, in A. Andronico, T. Greco, F. Macioce (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Giappichelli, Torino 2019, pp. 183 e ss.

benché alcuni sostengano di poter ravvisare un certo ‘statalismo’ anche nella prospettiva romaniana⁹.

La riflessione ‘istituzionalista’ del giurista di Plettenberg, invece, sembrava per lo più costituire la ‘tappa’ di un itinerario intellettuale volto a problematizzare il ruolo dello Stato nel «conflitto fra diritto e politica» o nella «genealogia della politica»¹⁰, anche se negli ultimi anni la letteratura ha in certa misura accostato le idee schmittiane a quelle del collega palermitano¹¹. Quanto a Mortati, sembra interessante notare come, a fronte dell’attenzione spiccatamente giuspubblicistica tradizionalmente suscitata dalle sue opere, vi siano alcuni rilevanti studi che tematizzano la riflessione mortatiana in una prospettiva filosofico-giuridica e istituzionalistica¹².

⁹ A questo proposito, oltre alle note affermazioni di N. Bobbio, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in Id., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto* (1977), a cura di M.G. Losano, Laterza, Roma-Bari 2007, pp. 157 e ss. (ed. digitale 2015), si veda l’intervento di B. Sordi, *Statualità e pluralità nella teoria dell’ordinamento giuridico*, in R. Cavallo Perin, G. Colombini, F. Merusi, A. Police, A. Romano (a cura di), *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano. Pisa 14-15 giugno 2018*, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, pp. 15 e ss.

¹⁰ Mi limito a ricordare la nota *Presentazione* di Gianfranco Miglio al volume C. Schmitt, *Le categorie del ‘politico’*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, il Mulino, Bologna 1972, pp. 7 e ss., oltre alla monumentale opera di C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, il Mulino, Bologna 1996.

¹¹ Mi riferisco, ad esempio, al volume di M. Croce, A. Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, Routledge, Abingdon 2013, pp. 109 e ss., ma si vedano anche M. De Wilde, *The dark side of institutionalism: Carl Schmitt reading Santi Romano*, in «Ethics & Global Politics», XI (2018), 2, pp. 12-24; R. Esposito, *‘Institutional turn’. Carl Schmitt o Santi Romano?*, in *Almanacco di Filosofia e Politica 2. Istituzione. Filosofia, politica, storia*, a cura di M. Di Pierro, F. Marchesi, E. Zaru, Quodlibet, Macerata 2020, pp. 17 e ss.

¹² Molti cultori del diritto pubblico, com’è noto, hanno colto gli stimoli teorici di Mortati. Basti ricordare F. Modugno, *Il concetto di costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, I voll., Giuffrè, Milano 1977, pp. 197 e ss.; M. Dogliani, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Jovene, Napoli 1985, pp. 185 e ss. Si vedano, inoltre, i numerosi contributi al collettaneo M. Galizia, P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di*

Lo schema ermeneutico proposto da Croce e Goldoni rappresenta la cifra stilistica del testo, in quanto serve a connettere le letture dei tre autori 'classici', confrontando le une con le altre e mettendole in relazione con il contesto teorico-giuridico contemporaneo. Si tratta, in particolare, di un doppio angolo d'osservazione che vorrebbe esaminare «la duplice relazione fra concezioni *giuridiche* (*juristic*) e *politiche* del diritto (*law*) e l'interazione fra la *materia* e il *potere normativo*»¹³. Queste due direttrici, fra loro strettamente connesse, sembrano in effetti permetterci di leggere il dialogo fra i tre itinerari teorici alla luce delle posizioni che ciascuno degli autori assume, per un verso, sul rapporto fra il 'giuridico' e il 'politico', potendosi affermare l'autonomia o la dipendenza del primo dal secondo, concettualizzando per altro verso il rapporto tra materialità e normatività: dalle opere di Romano, Schmitt e Mortati emergono infatti tre rappresentazioni del pluralismo, che declinano diversamente il modo in cui la giuridicità trae origine dalla concretezza dell'organizzazione sociale¹⁴.

Si deve ritenere, allora, che la selezione dei tre autori non sia affatto arbitraria, ma segua invece la possibilità di apprezzare l'intrecciarsi virtuoso della doppia chiave di lettura nel loro pensiero. Questi due «assi», come sottolineano Croce e Goldoni, non vengono «imposti» dall'alto, ma sembrano emergere da una «lettura sistematica delle teorie di questi autori»¹⁵. Attraverso un tale schema interpretativo, il testo

Costantino Mortati, Giuffrè, Milano 1990. Fra gli studi di carattere filosofico-giuridico degli ultimi decenni, si vedano ad esempio le pagine introduttive di F.G. Menga, *Potere costituente e rappresentanza democratica. Per una fenomenologia dello spazio istituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2009, pp. 1 e ss., nonché M. Goldoni, M. Wilkinson, *La costituzione materiale. Fattori ordinanti e rilevanza epistemologica*, in «Rivista di diritti comparati», 18 marzo 2020, disponibile presso: www.diritticomparati.it/rivista. Di recente, Goldoni ha curato la riedizione di C. Mortati, *La teoria del potere costituente* (1945), con prefazione di A. Barbera, Quodlibet, Macerata 2020, pp. 9 e ss.

¹³ *LP*, cit., p. 4.

¹⁴ *Ivi*, p. 5.

¹⁵ *Ivi*, p. 198.

articola e propone un'analisi delle tre figure, offrendo così uno spaccato della «teoria giuridica continentale» (*continental jurisprudence*) del pluralismo. A tal fine, nel primo capitolo viene svolta un'ampia disamina dei rapporti fra la scienza giuridica ottocentesca e le nascenti dottrine pluralistiche, tratteggiando un panorama teorico in cui l'approccio «giurisprudenziale» (*jurisprudencial*) dei teorici che «vedevano nello Stato la fonte della giuridicità» cozzava con le dottrine «giuridiche» (*juristic*) che «ritenevano la giuridicità un fenomeno intrinsecamente sociale»¹⁶. È infatti da questo contesto culturale che prendono le mosse le dottrine dei tre giuristi europei su cui verte l'analisi del volume.

3. Vi sono almeno due aspetti dell'opera di Santi Romano (1875-1947) che possono fornire importanti stimoli alla discussione pluralistica sul diritto globale e transnazionale. Si tratta, in primo luogo, di vedere in che modo le tesi istituzionalistiche del giurista palermitano si rapportino con il concetto di 'Stato'. Quest'ultimo, com'è noto, è soltanto una fra le «istituzioni» che si formano e operano nello spazio sociale, posto che «ogni ente o corpo sociale» rappresenta per Romano un'«istituzione»¹⁷. Lo Stato, pertanto, non è che «una specie del genere 'diritto'»¹⁸,

¹⁶ *LP*, cit., p. 13. Si ricorda, infatti, il dibattito fra Paul Laband e Otto von Gierke in Germania (ivi, pp. 20 e ss.), che peraltro appare molto utile per comprendere gli sviluppi del pluralismo 'politico' britannico e i suoi contributi al dibattito 'giuridico', in quanto ad inaugurare l'apertura della dottrina inglese al pluralismo è proprio il traduttore di *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, lo storico Frederic W. Maitland (si veda, ad esempio, C. Laborde, *Pluralist Thought and the State in Britain and France, 1900-1925*, Macmillan Press, London 2000, pp. 53-54). Un altro dibattito rilevante per contestualizzare lo sviluppo delle teorie romaniane e mortatiane è quello fra Vittorio Emanuele Orlando e Gaetano Mosca (*LP*, pp. 26 e ss.). Non si manca, infine, di ricordare i contributi di Eugen Ehrlich in Austria-Ungheria, nonché quello di Léon Duguit in Francia (ivi, pp. 36 ss).

¹⁷ S. Romano, *L'ordinamento giuridico* (1917-1918), a cura di M. Croce, Quodlibet, Macerata 2018, p. 44.

¹⁸ Ivi, p. 101.

in quanto ogni istituzione è giuridica¹⁹. Tuttavia, alcuni hanno ritenuto di poter rilevare, nel rapporto fra *statualità* e *pluralità*, un «dualismo» interno e «quasi consustanziale» allo schema teorico romaniano²⁰. Romano tenderebbe, cioè, ad attribuire una certa preminenza ‘assiologica’ o «ideologica» allo Stato fra le altre istituzioni²¹, in quanto si mostra «apparentemente» convinto che lo Stato moderno sia «l’unica forma di organizzazione capace di assicurare la giustizia e l’uguaglianza»²².

Croce e Goldoni rigettano questa lettura, sottolineando come in realtà, essendo il diritto a ‘creare’ lo Stato²³, non vi sarebbe stretta incompatibilità tra l’emersione delle forze sociali e lo Stato costituzionale, in quanto «è la natura giuridica del secondo a renderne strutturalmente possibili gli emendamenti continui»²⁴ per ‘adeguarsi’ alle prime. È vero, infatti, che Romano attribuisce al concetto di ‘istituzione’ una serie di caratteri che sembrano ‘ricavati’ dall’ordinamento statale²⁵, ma non sembra darsi un primato ‘logico’ o ‘ideologico’ dello Stato nella sua riflessione. Si tratta semmai di capire come la struttura statale possa sopravvivere in un contesto sociale profondamente segnato da aspri conflitti, nella consapevolezza di non esercitare *a priori* alcun ‘predominio’ sulla realtà giuridica²⁶.

¹⁹ Ivi, pp. 38-39.

²⁰ Sordi, *Statualità e pluralità nella teoria dell’ordinamento giuridico*, cit., p. 21.

²¹ È nota, del resto, la tesi per cui Romano sarebbe «teoricamente un pluralista, ma ideologicamente un monista» (Bobbio, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, cit., p. 170). Si veda anche 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», X (1981), pp. 169-219.

²² *LP*, cit., pp. 56-57.

²³ Ivi, p. 58.

²⁴ Ivi, p. 59.

²⁵ Particolarmente chiara è la critica mossa in tal senso da G. Capograssi, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici* (1939), in Id., *Opere*, IV voll., Giuffrè, Milano 1959, p. 184.

²⁶ Si veda anche M. Croce, *Whither the state? On Santi Romano’s ‘The legal order’*, in «Ethics & Global Politics», XI (2018), 2, pp. 1-11.

Il secondo profilo che mi preme rilevare è la concezione romaniana della scienza giuridica. Applicando il doppio schema proposto dagli autori del volume, Romano adotterebbe una prospettiva ‘giuridica’ sul diritto, in virtù del carattere performativo che la sua teoria sembra attribuire all’interpretazione dei giuristi. Il «punto di vista giuridico», *descrivendo* la realtà «attraverso il prisma del diritto», finirebbe per modificare la realtà stessa²⁷, in quanto la descrizione implica anche la «traduzione» di alcuni ‘fatti’ nel linguaggio del diritto attraverso un processo di manipolazione semiotica²⁸. Del resto, la funzione di «organizzazione» che l’istituzionalismo romaniano attribuisce al diritto può essere compresa solo dal «punto di vista» dell’istituzione, che è un punto di vista *giuridico* (in quanto ‘istituzione’ e ‘diritto’ coincidono)²⁹. La *realtà giuridica* è, quindi, indipendente da altre ‘realtà’, che sono «ritenute tali da diversi punti di vista» corrispondenti ad altri «ordini di conoscenze»³⁰.

Nella lettura di Croce e Goldoni, inoltre, Romano riterrebbe «affidabile» per il giurista soltanto il punto di vista giuridico, che descrive l’ordinamento *dall’interno*, rigettando per converso «la cooperazione fra discipline» in quanto tenderebbe alla confusione³¹. A ben guardare, tuttavia, la denuncia del giurista palermitano è diretta non contro la ‘cooperazione’ o la ‘sinergia’ fra sapere giuridico e scienze sociali, bensì contro «la fusione dei due ordini di trattazione»³². Il giurista non deve, cioè, «abbandonare il metodo giuridico» per adottare quello della scienza politica, della storiografia o della sociologia, ma ben può «gio-

²⁷ *LP*, cit., p. 60.

²⁸ Ivi, pp. 192-193. Si veda, in merito, anche M. Croce, *La tecnica della composizione. Per una storia futura de ‘L’ordinamento giuridico’*, in Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., pp. 196-197.

²⁹ Si veda S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), a cura di M. Croce e M. Goldoni, Quodlibet, Macerata 2019, p. 110.

³⁰ Ivi, p. 243.

³¹ *LP*, cit., pp. 190-191.

³² S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milano 1946, p. 21.

vars delle ricerche non giuridiche attinenti allo Stato»³³. In taluni casi, è addirittura indispensabile per il giurista attingere dalle scienze sociali, che «non gli possono essere indifferenti» in quanto nell'interpretare il diritto positivo egli «si imbatte necessariamente nella realtà effettiva, in rapporti, interessi, bisogni e situazioni»³⁴.

In quest'ottica, nemmeno sembra facile sostenere che il sapere giuridico 'puro' sia per Romano uno strumento votato alla *composizione* del conflitto sociale attraverso la «depoliticizzazione» del medesimo³⁵. Si potrebbe ritenere, piuttosto, che il linguaggio giuridico venga inteso come strumento di *rappresentazione* del conflitto, mentre, affinché quest'ultimo possa risolversi, occorre che il diritto attinga da (o faccia spazio ad) altre forme di conoscenza (la scienza politica, l'economia, la sociologia, ecc.)³⁶. Il ritratto che il diritto stila delle relazioni fra istituzioni appare, infatti, addirittura 'statico', nella misura in cui non si occupa del modo in cui tali relazioni mutano, né sembra aprire, dinanzi ai conflitti, alcuna via per una composizione *esclusivamente* giuridica³⁷. Si potrebbe ipotizzare che ciò accada perché agli occhi di Romano la soluzione del conflitto, quantunque giuridicamente rappresentato, presuppone il riferimento a quelle «discipline ausiliare» di cui il sapere giuridico dovrebbe avvalersi³⁸.

³³ Ivi, p. 22.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *LP*, cit., p. 98.

³⁶ Questa lettura, del resto, non è incompatibile con la critica romaniana dello «studio delle istituzioni politiche» (Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 5), poiché la possibilità per il diritto di modulare i propri contenuti grazie alle altre scienze sociali appare ben diversa dalla pretesa, criticata da Romano, di studiare il diritto *solamente* attraverso le scienze «non giuridiche».

³⁷ Nella disamina delle «relazioni fra tutti i possibili ordinamenti giuridici» (Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 122), l'autore non suggerisce alcun metodo in base al quale sarebbe possibile *trasformare* tali rapporti. Sembra quasi che la lettura puramente 'giuridica' si debba, ad un certo punto, 'arrestare' per far spazio ad altri saperi utili a comporre i conflitti.

³⁸ Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., p. 13.

4. A differenza dell'istituzionalismo romaniano, la concezione giuridica di Carl Schmitt (1888-1985) fa entrare in campo – addirittura dalla porta principale – il ‘politico’. Mentre il giurista siciliano esaltava l'autonomia della giurisprudenza senza porsi il problema del potere politico, Schmitt sembra al contrario fondare la giuridicità su operazioni di «selezione e normalizzazione sociale» realizzate nel contesto inevitabilmente «arbitrario» delle scelte politiche³⁹. In questa visione ‘politica’, il diritto funziona come un «setaccio»⁴⁰, uno strumento che seleziona e cattura il materiale empirico per normalizzarlo in funzione dell'«etica dello Stato»⁴¹. La dottrina schmittiana assumerebbe dunque il ‘pluralismo’, rilevano Croce e Goldoni, ma vedrebbe tale fenomeno come «un pericolo da cui guardarsi»⁴².

La rilevanza dell'istituzionalismo e del pluralismo nella riflessione di Schmitt traspare, del resto, in modo assai evidente da alcuni passaggi scritti a cavallo fra gli anni Venti e Trenta. Si possono ricordare, da un lato, le considerazioni critiche sul pluralismo francese, tedesco e britannico, al quale il giurista tedesco riconosce il merito di aver avanzato una «polemica contro le precedenti sopravvalutazioni dello Stato»⁴³, mentre assai più noto, dall'altro lato, è l'elogio dell'istituzionalismo romaniano, concepito nei *Drei Arten* (1934) come pensiero dell'ordine concreto⁴⁴. È, però, importante notare come la lettura di Croce e Goldoni enfatizzi

³⁹ Cfr. *LP*, cit., pp. 134-135.

⁴⁰ Ivi, p. 124.

⁴¹ Ivi, p. 194.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, in «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», LVIII (1927), 1, pp. 1-39, tr. it., *Il concetto di ‘politico’*, in Id., *Le categorie del ‘politico’. Saggi di teoria politica*, cit., p. 127. La critica viene poi approfondita nel saggio *Etica di Stato e Stato pluralistico* (1930), confluito in Id., *Positionen und Begriffe* (1940), Duncker & Humbolot, Berlin 1988; tr. it. di A. Caracciolo, *Posizioni e concetti in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles 1923-1939*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 217 e ss.

⁴⁴ Si veda C. Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1934; ed. it., *I tre tipi di pensiero giuridico*, in Id., *Le categorie del politico*, cit., p. 260.

la sensibilità istituzionalista (o, meglio, «concretista») di Schmitt e critichi, per contro, le tradizionali letture «eccezionaliste» secondo cui la delimitazione delle sfere di ‘amico’ e ‘nemico’ risulterebbe dalla «creazione *ex nihilo* della normalità giuridica attraverso una decisione volta ad eliminare ciò che un decisore sovrano individua come minaccia letale per la comunità politica»⁴⁵.

Sembra, perciò, possibile sostenere che l'autore di Plettenberg, rivedendo i postulati del proprio decisionismo, addivenga ad una concezione delle «istituzioni» come «modelli di comportamento coerenti e ampiamente accettati» e come «dispositivi sociali capaci di trasformare una moltitudine di individui (*scattered individuals*) in quei soggetti che, interagendo fra loro, formano l'«amico politico»»⁴⁶. Questa conclusione pare alquanto rilevante poiché, per un verso, mostra che Schmitt assume il pluralismo ‘sociale’ o ‘situazionale’ come un dato di fatto e, per altro verso, comporta che la decisione politica presuppone sempre l'imporsi sulla propria ‘libertà’ di uno schema preesistente di relazioni. Occorre, tuttavia, domandarsi se nella riflessione di Schmitt il profilo decisionista e quello istituzionalista siano veramente incompatibili. Del resto, nei *Drei Arten*, più che criticare il decisionismo, egli sembra scagliarsi contro il normativismo e contro quella combinazione di decisionismo «puro» e normativismo che è il «positivismo giuridico del XIX secolo»⁴⁷.

La decisione, infatti, ha politicamente bisogno di tener conto della struttura concreta delle relazioni, ma rimane nondimeno una decisione

⁴⁵ *LP*, cit., p. 104. La lettura eccezionalista, in particolare, innesterebbe la concezione schmittiana del «criterio» del ‘politico’ sul tronco della *Teologia politica* (1922) e finirebbe, quindi, per svilire la «forza giusgenerativa di un gruppo di persone che si concepisce come gruppo dinanzi all'emergere di una minaccia» (ivi, p. 109). Per una critica di questo schema interpretativo, così come di quello «panistituzionalista» per cui Schmitt sarebbe istituzionalista «fin dall'inizio», è utile rinviare a M. Croce, A. Salvatore, *L'indecisionista. Carl Schmitt oltre l'eccezione*, Quodlibet, Macerata 2020, pp. 79 e ss., 101 e ss.

⁴⁶ *LP*, cit., p. 124.

⁴⁷ Schmitt, *I tre tipi di pensiero*, cit., p. 265.

assunta dal soggetto rivestito di autorità⁴⁸. Inoltre, sembra abbastanza chiaro che quelle relazioni da cui è possibile riconoscere il *Freund schmittiano* non siano relazioni ‘giuridiche’, in quanto è la decisione sovrana a renderle tali, costituendo il *giuridico* attraverso una selezione di contenuti dal materiale *non-giuridico*⁴⁹. Si potrebbe allora sostenere che per comprendere il rapporto tra ‘politico’ e ‘giuridico’ nella riflessione di Schmitt non basti una lettura prettamente eccezionalistica, né del resto un’interpretazione esclusivamente istituzionalistica. Una simile figura intellettuale, evidentemente complessa e articolata, sembra piuttosto richiedere la combinazione di molteplici prospettive d’indagine, una combinazione a cui – va detto – l’operazione di Croce e Goldoni giova senz’altro.

⁴⁸ Osserva, ad esempio, G. Agamben, *Stato di eccezione. Homo sacer II, 1*, Bollati Boringhieri, Torino 2003, p. 45, che scopo della dottrina schmittiana è «l’iscrizione dello stato di eccezione in un contesto giuridico». Vi è, infatti, un ordine, ma questo non è ‘giuridico’ fino all’intervento della decisione, come nota lo stesso Agamben riprendendo *Teologia politica* (1922) e *La dittatura* (1921). La prospettiva di Schmitt è, dunque, più complessa di come sembri trasparire dalla ‘polarizzazione’ fra eccezionalismo e istituzionalismo. Questi aspetti, peraltro, sembrano emergere con forza anche nella ricostruzione della storia dell’ordinamento internazionale in C. Schmitt, *Der Nomos der Erde*, Greven Verlag, Köln 1950; tr. it. di E. Castrucci, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello «jus publicum europaeum»*, a cura di F. Volpi, Adelphi, Milano 1991, che non a caso, pur prospettando il *nomos* come «ordinamento concreto» internazionale, lo conserva «zavorrato da elementi decisionistici» (Croce, Salvatore, *L’indecisionista*, cit., p. 155).

⁴⁹ Anche nel volume del 1912, in cui Croce e Goldoni rilevano alcune tracce istituzionalistiche poiché si connette la «correttezza» della decisione giudiziale all’individuabilità di una prassi (*LP*, cit., pp. 102-103), si legge, in particolare, che «ciò che legittima la decisione», direi, dal punto di vista *giuridico* «non precede la decisione stessa, ma è qualcosa che deve ancora realizzarsi» (C. Schmitt, *Gesetz und Urteil*, Berlin 1912; ed. it., *Legge e giudizio. Uno studio sul problema della prassi giudiziale*, a cura di E. Castrucci, Giuffrè, Milano 2016, p. 125). Come nota Galli (*Genealogia della politica*, cit., p. 315), questo saggio «permette l’accesso all’intera problematica della decisione, anche se qui non si presenta ancora come decisione sovrana» (si veda anche Agamben, *Stato di eccezione*, cit., 47).

5. La dottrina costituzionale di Costantino Mortati (1891-1985) sembra costituire per certi versi una 'sintesi' delle posizioni di Romano e di Schmitt⁵⁰, in quanto, se da un lato essa riconosce l'esistenza di «norme extragiuridiche», dall'altro lato nega che esse possano far parte dell'«ordinamento giuridico» quando non vengano «selezionate e supportate dalle forze politiche dominanti»⁵¹. Come si legge, infatti, nella *Costituzione in senso materiale* (1940), Mortati ammette il concetto di «istituzione», ma afferma che «la natura dell'istituzione non può immaginarsi [...] altrimenti se non come lo scopo, o il complesso degli scopi, che sono ad essa posti dal partito»⁵². È quest'ultimo, infatti, il soggetto politico dalla cui concreta preminenza scaturisce la giuridicità delle istituzioni costituzionali.

Nella lettura di Croce e Goldoni, le tesi mortatiane propongono una concezione *politica* del diritto e, in particolare, un «istituzionalismo realista» dove l'ordine giuridico viene accorpato al sistema politico e all'equilibrio delle forze che si forma all'interno di quest'ultimo⁵³. Il protagonista di questo equilibrio è appunto il *partito*, che rappresenta l'«espressione attiva» dei *valori* di «una data classe sociale», determinando attraverso di essi la «forma di Stato»⁵⁴. Per questo sembra, in definitiva, doversi rigettare la lettura «convenzionalista» del pensiero di Mortati, che pure avrebbe il pregio di limitarne le declinazioni autoritarie, ma a costo di una pesante forzatura del testo, a tenore del quale invece la «costituzione formale» rappresenta una proiezione della tendenza dei partiti al «dominio»⁵⁵.

⁵⁰ Sulla collocazione del pensiero giuridico di Mortati nel suo contesto dottrinario e, d'altra parte, sul suo rapporto con importanti giuristi fra cui Romano e Schmitt, si veda M. Fioravanti, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in Galizia, Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., pp. 45 e ss.

⁵¹ *LP*, cit., p. 152.

⁵² C. Mortati, *La costituzione in senso materiale* (1940), con una premessa di G. Zagrebelsky, Giuffrè, Milano 1998, pp. 137-138.

⁵³ Cfr. *LP*, cit., p. 147.

⁵⁴ Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 198.

⁵⁵ Si veda *LP*, cit., p. 174, in particolare su C. Mortati, *Costituzione* (1962), in Id., *Una e indivisibile*, a cura di A. Barbera e G. Giuffrè, Giuffrè, Milano 2007, p. 126. Ciò

La concezione di Mortati sembra presentare implicazioni interessanti soprattutto sotto il profilo dei rapporti tra materialità e normatività. Ora, chiarito che per il giurista calabrese il processo costituente non presuppone una qualunque forma di organizzazione delle forze politiche⁵⁶, ma precisamente quella incanalata in strutture di gruppo o di partito, si può osservare come il «potere normativo» risulti «intrinseco» a questo modello organizzativo. In altri termini, «la materialità dell'organizzazione sociale è già in grado di produrre effetti ordinanti come forza costituente»⁵⁷, sicché nell'istituzionalismo realista di Mortati il pluralismo giuridico non trova spazio se non nella sussunzione degli interessi di gruppo in quel processo costituente (e partitico) che secondo alcuni svolgerebbe una sorta di funzione integratrice *à la* Smend⁵⁸.

6. Se si volesse abbozzare un bilancio conclusivo di questa lettura (quasi) sinottica, potrebbe essere utile riflettere sul rapporto fra la concezione istituzionalistica degli autori affrontati e il fenomeno del pluralismo. Credo si possa parlare, in questa sede, del pluralismo come un 'fenomeno' in quanto, a ben guardare, tutti e tre i giuristi con cui Croce e Goldoni si confrontano sembrano concepire la pluralità delle aggregazioni sociali anzitutto come un *fatto*. Le concezioni istituzionalistiche di Romano, Schmitt e Mortati sembrano, infatti, assumere che tutti i gruppi sociali organizzati, a certe condizioni, possano costituire un apparato di

sembra, dunque, confermare la tesi secondo cui Mortati elaborerebbe non già «una concezione fascista dello Stato, ma una concezione dello Stato applicabile (e applicata) a quello fascista» (G. Zagrebelsky, *Premessa*, in Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. XIII).

⁵⁶ Mi pare utile rinviare a M. Goldoni, *Il momento ordinante. La costituzione e la genesi dell'ordine*, in Mortati, *La teoria del potere costituente*, cit., p. 20, secondo il quale «la centralità del partito politico (o del sistema politico) va spiegata con l'idea che il fine fondamentale del potere costituente [...] implica una forza capace di espandersi su numerosi aspetti del sociale».

⁵⁷ *LP*, cit., pp. 175-176.

⁵⁸ Si veda A. Negri, *Insurgencies. Constituent Power and the Modern State*, trans. by M. Boscaqli, University of Minnesota Press, Minneapolis 1999, pp. 8-9.

organi e meccanismi produttivi di norme. In una prospettiva siffatta, la centralità dello Stato non è affatto garantita, ma può risultare soltanto all'esito di una competizione fra diversi ordinamenti⁵⁹.

Si potrebbe, perciò, sostenere che l'idea del pluralismo rappresenti per questi autori, più che una conseguenza, la condizione di possibilità di una dottrina giuridica idonea a fondare il potere dello Stato su presupposti empirici e 'sociali', piuttosto che metafisici e teologici. Le loro dottrine si distinguono, invece, per la diversa configurazione del modo in cui l'ordine giuridico reagisce «dinanzi alla sfida del pluralismo sociale»⁶⁰. Potremmo, dunque, parlare di teorie *implicitamente pluraliste* almeno in riferimento a Schmitt e a Mortati, anche solo per sottolineare la specialità dell'impostazione di Romano, che sarebbe invece 'pluralista' in senso *esplicito*.

La chiave di lettura proposta da Croce e Goldoni, che si articola secondo le direttrici del rapporto fra concezioni 'giuridiche' e concezioni 'politiche', da una parte, e dell'interazione fra materialità e normatività, dall'altra, consente appunto di mettere a confronto i diversi rapporti che i tre autori esaminati instaurano col pluralismo. Tale schema ermeneutico, come si è anticipato, serve altresì ad interpretare criticamente le dottrine pluraliste contemporanee, in un momento nel quale il «diritto» appare sempre più «un ambito nel quale le persone interagiscono per costituire corpi normativi acentrici, con gerarchie sempre meno intelligibili a definire chi debba fare cosa»⁶¹. Se osservate attraverso lo schema proposto nel volume, le prospettive del «pluralismo giuridico globale» e del «pluralismo costituzionale» sembrano, per un verso, cogliere le novità di un panorama giuridico assai complesso, ma mancano, per altro verso, di apprezzare la dimensione politica sottesa alla competizione fra sfere ordinamentali sovrapposte, supponendo erroneamente che «la

⁵⁹ Di «competizione per la fedeltà», del resto, parlava anche uno scritto fortemente 'pluralista' di H.J. Laski, *The Personality of Associations* (1916), in Id., *The Foundations of Sovereignty* (1921), Routledge, London 1997, pp. 139 e ss., p. 169.

⁶⁰ *LP*, cit., p. 200.

⁶¹ *Ivi*, p. 201.

pretesa di un ordinamento di esercitare una qualche autorità giuridica sia neutrale»⁶².

È interessante notare come questa critica venga sviluppata a partire da un confronto con il pluralismo ‘classico’, che secondo gli autori di *The Legacy of Pluralism* servirebbe a cogliere un processo di *riconfigurazione* del rapporto tra diritto e politica e delle sue implicazioni sul nesso tra materia e norma⁶³. Questo, come si è detto all’inizio, sembra suggerire l’idea che un’«eredità» o un «lascito» non possano individuarsi con esclusivo riferimento al ‘classico’, ma acquistino significato solo a partire dalle questioni dell’«oggi» in dialogo con quel ‘classico’. La possibilità di apprezzare l’«eredità» di un ‘classico’, e quindi del pluralismo ‘classico’, dipende pertanto dal fatto che il ‘nuovo’ continui ad interrogarsi su di esso, instaurando così una peculiare relazione con il passato, significativamente descritta come un «rapporto di distanza-vicinanza»: lo «storico», si dice infatti, «è uno specialista del passato ed è al contempo un individuo del suo tempo»⁶⁴. In definitiva, il testo di Croce e Goldoni sembra per certi versi andare oltre l’interazione fra pluralismo classico e pluralismo contemporaneo, mostrando più in generale come un’interpretazione del ‘classico’ comporti l’inevitabile rilettura del ‘nuovo’.

⁶² M. Croce, M. Goldoni, *A sense of self-suspicion: global legal pluralism and the claim to legal authority*, in «Ethics & Global Politics», VIII (2015), 1, p. 14, a cui si rinvia per approfondire meglio i vari punti di questa critica.

⁶³ Cfr. *LP*, cit., p. 202.

⁶⁴ P. Costa, *La storia del pensiero giuridico, fra “archivio” e “discipline”*, in «Dia-cronia», 2019, 2, p. 16.