

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE
Mario Caravale

nuova serie

10

2019



JOVENE EDITORE

Il presente fascicolo è pubblicato con contributi del Dipartimento di Scienze Giuridiche e del Dipartimento di Studi Giuridici ed Economici della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma.

Direttore: Mario Caravale

Direzione e redazione: Sapienza - Università di Roma - Facoltà di Giurisprudenza - Presidenza - Piazzale Aldo Moro 5 - 00185 Roma RM

Comitato direttivo: Paolo Ridola - Enrico del Prato - Luisa Avitabile - Nicola Boccella Enzo Cannizzaro - Mario Caravale - Claudio Consolo - Andrea Di Porto - Laura Moscatti Cesare Pinelli

Comitato scientifico: Jean-Bernard Auby (Parigi) - Jurgen Basedow (Amburgo) - Luigi Capogrossi Colognesi (Roma) - Erhard Denninger (Francoforte) - Pierre-Marie Dupuy (Parigi) - Gianni Ferrara (Roma) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) Jane C. Ginsburg (New York) - Peter Häberle (Bayreuth) - Natalino Irti (Roma) Erik Jayme (Heidelberg) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Guillaume Leyte (Parigi) Jerome H. Reichman (Durham) - Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hanns Ullrich (Monaco, Baviera)

Redazione: Cesare Pinelli (redattore capo), Nicola Cezzi, Fulvio Costantino

Amministrazione: JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli NA Italia
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87 - website: www.jovene.it - email: info@jovene.it

Abbonamento: € 35,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore: **a)** con versamento sul c.c. bancario IBAN: IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento; **b)** a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Direttore responsabile: Mario Caravale

ISSN 0390-6760

Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 51 del 18 giugno 2010.

Stampato in Italia Printed in Italy

INDICE

PROLUSIONI

- 3 CLAUDIO CONSOLO
La prolusione, nel 1954, di Antonio Segni, fra omaggio a Chiovenda e suggestioni di Carnelutti, su "L'unità del processo" come collante della comunità statale
- 13 ANTONIO SEGNI
L'unità del processo

ATTI DELLA GIORNATA DI STUDI IN ONORE DI PAOLO RIDOLA

- 37 CESARE PINELLI
Presentazione
- 39 PETER HÄBERLE
Indirizzo di saluto

RIFLESSIONI INTORNO AL METODO: COMPARAZIONE E STORIA COSTITUZIONALE

- 45 OLIVIERO DILIBERTO
Esperienza giuridica e comparazione costituzionale. Giornata di studio in onore di Paolo Ridola
- 49 DIAN SCHEFOLD
Sul contributo di Paolo Ridola al dialogo fra Italia e Germania
- 61 GUIDO ALPA
Il messaggio di Paolo Ridola agli studiosi del diritto civile
- 67 MARCO D'ALBERTI
Comparazione giuridica tra storia ed esperienza

- 77 ALESSANDRA DI MARTINO
Culture costituzionali, storia e comparazione
- 107 ANGELO SCHILLACI
«Innanzi al suo mestiere di giurista sta il suo mestiere di uomo». Comparazione costituzionale ed esperienza giuridica nel pensiero di Paolo Ridola
- 129 ALESSANDRO SOMMA
Imparare dalla storia: riflessioni sul metodo del diritto comparato e sul ruolo dei suoi cultori
- 147 AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO
Dogmática jurídica y epistemología científica: métodos de investigación en el derecho constitucional
- 199 ANDREA LONGO
Osservando la marea
- 213 MASSIMO BRUTTI
Politica, scienza del diritto, comparazione: un testo di Vittorio Emanuele Orlando
- 231 MARCO BENVENUTI
Qual è la funzione del diritto pubblico? Vittorio Emanuele Orlando e la ricerca di un mos italicus iura docendi della nostra cultura giuspubblicistica nazionale
- 257 GIOVANNA MONTELLA
Legge, potere e Stato nel processo di costruzione teorica di Paul Laband
- 267 GIANLUCA BASCHERINI
A proposito di storia e cultura costituzionale in Italia. Piero Gobetti critico dello Statuto
- 283 FRANCESCO CERRONE
L'esperienza costituzionale fra storia e comparazione (con qualche annotazione sul rapporto fra esperienza giuridica ed economica nel pensiero di Croce, Calogero e Capograssi)
- 301 FEDERICO NANIA
Habeas corpus e tecnica della "retrodatazione" nella prospettiva costituzionale inglese

LIBERTÀ E DIRITTI FONDAMENTALI

- 329 GAETANO AZZARITI
Scienza giuridica e Stato. In dialogo con Paolo Ridola

- 339 LUISA AVITABILE
Una riflessione su libertà e diritti fondamentali
- 351 ROBERTO NANIA
Sui diritti fondamentali nella vicenda evolutiva del costituzionalismo
- 369 FABRIZIO POLITI
“Principio libertà”, dignità umana e multidimensionalità delle libertà costituzionali nelle democrazie pluralistiche. La riflessione di Paolo Ridola in tema di diritti fondamentali
- 389 SALVATORE PRISCO
Linee di un ritratto intellettuale
- 405 GIORGIO REPETTO
Il diritto costituzionale europeo tra pluralismo e storia: su alcune recenti vicende in tema di diritti fondamentali
- 423 ANDERA BURATTI
Diritti fondamentali e tradizione storica: il contributo della Corte Suprema degli Stati Uniti
- 443 CLAUDIO CONSOLO
Origini e limiti del compito specificatore(-congenialmente attivo) del “formante” giurisprudenziale nel processo
- 455 ENRICO DEL PRATO
Dignità e solidarietà: spigolature di un civilista
- 467 LAURA MOSCATI
Paolo Ridola e la storia del diritto. Con un’appendice sulla libertà di stampa nell’Inghilterra del Seicento
- 485 ELISA OLIVITO
Invito a Corte, con cautela. Il processo costituzionale si apre alla società civile?
- 499 MIGUEL AZPITARTE
Los derechos fundamentales en tiempos de crisis
- 511 MARIA IRENE PAPA
La Dichiarazione universale dei diritti umani a settant’anni dalla sua adozione: alcune riflessioni alla luce della giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia
- 531 GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI
La Commissione di Garanzia

- 545 GIULIANA SCOGNAMIGLIO
Sulla tutela dei diritti umani nell'impresa e sul dovere di vigilanza dell'impresa capogruppo. Considerazioni a margine di un confronto fra la legislazione francese e quella italiana

RAPPRESENTANZA, ASSETTI ISTITUZIONALI E PARTITI

- 583 MASSIMO LUCIANI
Paolo Ridola e la forma di governo
- 587 MASSIMO SICLARI
Il divieto di mandato imperativo nella riflessione di Paolo Ridola
- 599 GIUSEPPE COLAVITTI
Il diritto pubblico dell'economia tra storia, dommatica e nuove tendenze centraliste. Brevi note in onore di Paolo Ridola
- 615 GIUSEPPE FILIPPETTA
Democrazia parlamentare e dignità dell'uomo
- 621 CESARE PAGOTTO
Intermediazione e disintermediazione nella funzione rappresentativa parlamentare: comunicazione e pluralismo nell'ambito degli strumenti di sindacato ispettivo
- 649 VINCENZO CERULLI IRELLI
Amministrazione, giurisdizione, legislazione (brevi spunti sui rapporti tra funzioni di governo)
- 679 TOMMASO EDOARDO FROSINI
La rappresentanza politica nella forma di governo
- 691 RENATO IBRIDO
Equilibrio fra poteri ed equilibrio di potenza negli itinerari evolutivi della forma di governo parlamentare
- 709 FULCO LANCHESTER
Mortati e la legislazione elettorale: una lezione sempre attuale
- 727 ELEONORA RINALDI
Brevi note su libero mandato e forma-partito
- 741 ELENA TASSI SCANDONE
Ordinamenti gentilizi e costituzione monarchica in Roma antica. Alcune considerazioni preliminari

L'EUROPA E IL FUTURO DEL COSTITUZIONALISMO

- 757 FRANCESCO RIMOLI
L'ideale europeista e il peso della storia (in margine a un saggio di Paolo Ridola)
- 771 FRANCESCO SAITTO
Statualità e costituzione nel processo di integrazione sovranazionale. A proposito dei «due tempi» del costituzionalismo nel Novecento
- 795 FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale
- 813 ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ
Unidad y pluralismo. Algunas cuestiones problemáticas en el constitucionalismo contemporáneo
- 831 JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO
El futuro del Estado constitucional
- 843 ANDREAS HARATSCH
Der entfesselte Prometheus oder Karlsruhes Spiel mit dem Feuer - Ein europäisches Drama
- 867 BENIAMINO CARAVITA DI TORITTO
Il dibattito sul futuro dell'Europa: quali politiche e quale governance per l'Unione dopo le elezioni europee del 2019 e dopo Brexit
- 897 ANGELO ANTONIO CERVATI
Lo studio comparativo del diritto costituzionale e la sua funzione educatrice

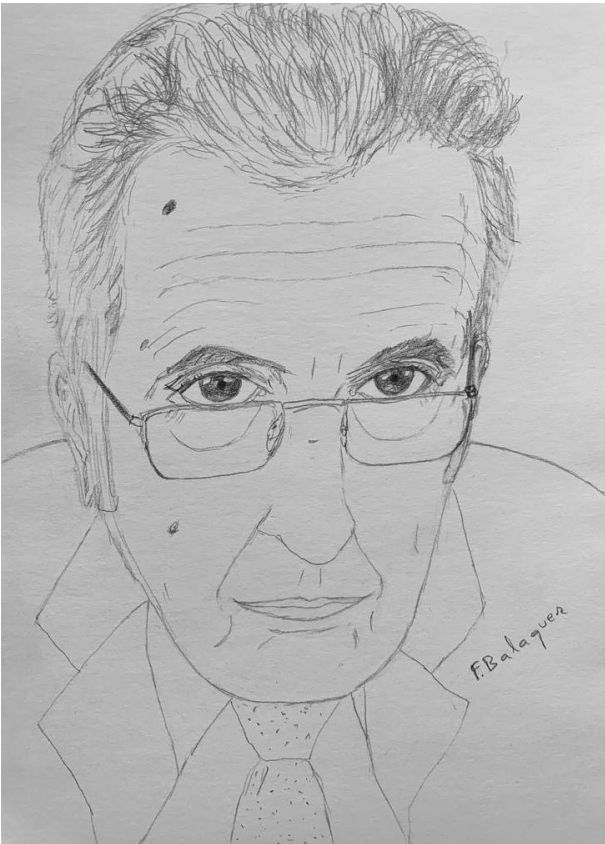
RECENSIONI

- 915 MASSIMO CACCIARI - NATALINO IRTI, *Elogio del diritto*. Con un saggio di Werner Jaeger, La nave di Teseo, Milano, 2019 (*Fulvio Costantino*)
- 921 GIANNI FERRARA, *Riflessioni sul diritto*, La scuola di Pitagora editrice, Napoli, 2019 (*Michele Prospero*)

SEZIONE BIBLIOGRAFICA

- 933 ANTONIO ANGELOSANTO
L'acquisizione del fondo librario appartenuto a Gaetano Sciascia, libero docente in diritto romano tra l'Italia e il Brasile

ATTI DELLA GIORNATA DI STUDI
IN ONORE DI PAOLO RIDOLA



Qual è la funzione del diritto pubblico?
Vittorio Emanuele Orlando e la ricerca
di un *mos italicus iura docendi*
della nostra cultura giuspubblicistica nazionale*

Marco Benvenuti

SOMMARIO: 1. Una funzione fondativa (o della politicità del diritto pubblico). – 2. Una funzione normativa (o della statualità del diritto pubblico). – 3. Una funzione narrativa (o della storicità del diritto pubblico).

1. *Una funzione fondativa (o della politicità del diritto pubblico)*

Non può certo ritenersi solo circostanziale la scelta di tornare a discutere oggi del metodo nel diritto pubblico, associandovi sin dal titolo il protagonista della giuspubblicistica italiana di cent'anni fa, Vittorio Emanuele Orlando, il quale proprio nel 1919 concludeva il suo incarico di Presidente del Consiglio dei ministri, anzi di “Presidente della Vittoria”. In questo senso, la parabola dell'uomo politico Orlando, la cui odierna ricorrenza centenaria ci ricorda tanto l'ascesa quanto il declino sul piano istituzionale, davvero si intreccia con l'itinerario dello studioso Orlando, il quale per ben tre quarti di secolo ha prima incarnato la stagione aurorale dei «patrioti-studiosi»¹ del novello Regno d'Italia e poi traguardato, per l'appunto, quel faticoso 1919, per proiettarsi con i suoi scritti sino agli albori dell'età repubblicana.

In effetti, tante e tali sono le suggestioni che rampollano dall'osservazione retrospettiva della biografia e della bibliografia di Orlando², dalla sua «vera e propria “identificazione” con lo Stato unitario nazionale»³, dalla sua attitudine più di chiunque altro a «rias-

* Relazione presentata al convegno “Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Orlando reloaded” svoltosi il 12 dicembre 2019 presso l'Università degli studi di Trento, alla quale sono stati aggiunti minimi riferimenti bibliografici e omesse alcune parole di circostanza.

¹ S. CASSESE, *Oreste Ranalletti e il suo tempo*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, vol. III, 2678.

² Cfr. V. TEOTONICO, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Bari, 2018, 33 e 201.

³ M. FIORAVANTI, *Vittorio Emanuele Orlando*, in *Vittorio Emanuele Orlando*, Sovieria Mannelli, 2002, 17.

sume[re] nella sua lunga vita la vita stessa dell'Italia unitaria, o meglio della classe dirigente unitaria, con le sue glorie le sue contraddizioni, e le sue debolezze»⁴, da suscitare un sentimento ancipite. Nel ripercorrerne le orme e le gesta, viviamo tutt'oggi quell'ambivalenza, ben espressa nelle parole di Pier Paolo Pasolini, «del contraddirmi, dell'essere / con te e contro te; con te nel cuore, / in luce, contro te nelle buie viscere»⁵; perché ciascuno di noi, parlando della propria esperienza giuridica (e dunque anche di sé), è come se parlasse un po' di Orlando e, in questo caso, parlando di Orlando (e dunque anche della sua esperienza giuridica), è come se parlasse un po' di sé.

Se ho inteso subito fare cenno, in queste mie notazioni iniziali, alla simultanea considerazione di Orlando uomo politico e di Orlando studioso, è perché ritengo che una riflessione sulla funzione fondativa, sulla funzione normativa e sulla funzione narrativa del diritto pubblico italiano – ché questi sono i tre profili che ho scelto di enucleare dal tema che mi è stato assegnato e che faranno emergere, rispettivamente, i tre caratteri della politicità, della statualità e della storicità che ieri come oggi (domani chissà...) lo contraddistinguono – non possa prescindere da tale duplice dimensione. Si tratta, a ben vedere, di una prospettiva che affiora in forma esplicita su alcuni temi particolari – nota e rimarchevole, ad esempio, è la critica vibrante dei primi anni del fascismo⁶ contro quella «dottrina che, per preteso omaggio all'ortodossia costituzionale, si dichiara contraria ai decreti-legge [ed] è inquinata da questa strepitosa contraddizione, di essere illustrata da Maestri i quali, poi, come uomini di governo, spinti dallo stato di necessità sottoscrissero a decine e decine decreti-legge»⁷, alla quale Orlando risponde per le rime⁸ – ma che merita di essere ripresa e sviluppata nel suo insieme, quale caleidoscopio delle continue decostruzioni e ricostruzioni dell'ordinamento giuridico a

⁴ P. ALATRI, *Vittorio Emanuele Orlando*, [1953], rist. in ID., *Le origini del fascismo*, Milano, 2014, 337.

⁵ P.P. PASOLINI, *Le ceneri di Gramsci*, [1957], rist. in ID., *Tutte le poesie*, Milano, 2003, vol. I, 820.

⁶ Cfr. M. BENVENUTI, *Alle origini dei decreti-legge*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli, 2013, vol. I, 75.

⁷ S. D'AMELIO, *Ancora dei decreti-legge*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1925, pt. I, 93.

⁸ Cfr. V.E. ORLANDO, *Il diritto di necessità e i decreti legge*, [1925], rist. in ID., *Scritti varii di diritto pubblico e scienza politica*, Milano, 1940, 339 ss.

cui egli, come noi abitanti del nostro tempo, viene continuamente sollecitato.

Ora come allora, infatti, ma come forse in ogni epoca che non sia quella germinale di una nuova stagione istituzionale, si usa e si abusa della parola “crisi”, quale «spazio libero a tutti i desideri e le ansie, a tutte le paure e le speranze»⁹ che albergano nell’animo umano. È la crisi dello Stato, naturalmente, che ci riporta non solo idealmente, ma anche diacronicamente dall’odierno 2019 al lontano 1919. È la sua «eclissi, che di giorno in giorno diviene più intensa, in modo che potrebbe essere non del tutto superstizioso il trarne non lieti presagi»¹⁰, di cui parla Santi Romano nella sua omonima e notissima prolusione pisana di dieci anni prima. È la cadenza, ma forse anche la caduta di quel «povero gigante scoronato, che pur porta nella sua bisaccia logora e preziosa, l’impero del mondo e lo scettro d’avorio»¹¹, di cui scrive Giuseppe Capograssi l’anno precedente, in un saggio dedicato proprio ad Orlando, come «colui che con più inquieto e tormentato amore ha sempre sentito vivente e ardente in ogni momento e in ogni elemento della scienza, l’eterno problema della realtà»¹². È la considerazione *illo tempore* formulata dallo stesso Orlando, per cui «in nessuna epoca, come nella presente, lo Stato ha avuto nei suoi cittadini altrettanti creditori e così molesti, così arroganti, così inesorabili: ogni giorno è una cambiale che scade e che si protesta con violenza, non scompagnata da villania»¹³.

Proprio dalla contemplazione di quella torma di «individui e collettività [che] premono, stringono, urgono: chiedono con minaccia, accettano con dispregio»¹⁴, è d’uopo ripartire, per verificare se effettivamente la costruzione di un’«idea di Stato, dello Stato liberale e risorgimentale, che salda, in un legame morale ed etico, la coscienza giuridica nazionale»¹⁵, dunque suscettibile di ricomprendere

⁹ R. KOSELLECK, *Krise*, [1982], trad. it. *Crisi*, Verona, 2012, 52.

¹⁰ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, [1910], rist. in ID., *Scritti minori*, Milano, 1990, vol. I, 383.

¹¹ G. CAPOGRASSI, *Saggio sullo Stato*, [1918], rist. in ID., *Opere*, Milano, 1959, vol. I, 5.

¹² Ivi, 2.

¹³ V.E. ORLANDO, *Lo Stato e la realtà*, [1910], rist. *Sul concetto di Stato*, in ID., *Diritto pubblico generale*, Milano, 1954, 220.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ A. SANDULLI, *Santi Romano, Orlando, Ranelletti e Donati sull’“eclissi dello Stato”*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, 85.

in un corpo solo quegli individui e quelle collettività, sia solo un re-taglio del passato e non anche un lascito per il futuro. Se così fosse, se ne dovrebbe concludere, di fronte agli sgarbi fiammeggianti intorno alla crisi aperti dai suoi due precitati allievi, illustri e tormentati, che «il disegno orlandiano vada considerato meno un capitolo della storia della scienza del diritto pubblico che un momento della costruzione dello Stato»¹⁶.

Si tratta di una questione dirimente e, in qualche modo, preliminare rispetto al tema qui affrontato, per le notevoli conseguenze che se ne devono trarre. Certamente, come rilevato ancora da Capograssi in uno dei numerosi epicedi pubblicati all'indomani della morte del maestro, che segnano un'importante occasione di confronto collettivo agli albori della stagione repubblicana¹⁷, «Orlando non è né Laband né Duguit né Romano. Egli non ha una grande costruzione politica, opera equilibrata, centrata, solida di tutto un popolo, da chiarire ed esprimere in una geometrica trama di principi e di concetti»¹⁸. Tuttavia, il fatto che egli non sia un «costruttore di cattedrali»¹⁹ slanciate verso il cielo non consente in alcun modo di ri(con)durne il pensiero alle viete categorie del «formalismo, conformismo, immobilismo, autoritarismo, antipluralismo, passatismo»²⁰, né tantomeno di schiacciarne la figura su una sorta di campione di un ceto di «notabili giuridici»²¹ appartenenti ad un'epoca finalmente superata. Al contrario, è proprio la sua refrattarietà ad accondiscendere alla «crisi del “grande stile”»²², a cui indugia tanta letteratura del suo tempo²³, a proiettarlo sul presente (e sul futuro) quale «più

¹⁶ S. CASSESE, *Tre maestri del diritto pubblico*, Napoli, 2012, 17.

¹⁷ Cfr. P. RIDOLA, *Gli studi di diritto costituzionale*, [2001], rist. in Id., *Esperienza costituzioni storia*, Napoli, 2019, 363 ss.

¹⁸ G. CAPOGRASSI, *Il problema di V.E. Orlando*, [1952-1953], rist. in Id., *Opere*, cit., nt. 11, vol. V, 380.

¹⁹ A. SANDULLI, *Costruire lo Stato*, Milano, 2009, 82, 92, 150 e 186 (virgolette nell'originale).

²⁰ V. TEOTONICO, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, cit., nt. 2, 162.

²¹ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, [1922], trad. it. *Economia e società*, Milano, 1961, vol. II, 41 (virgolette nell'originale).

²² M. VOGLIOTTI, *La fine del “grande stile” e la ricerca di una nuova identità per la scienza giuridica*, in *L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello*, a cura di V. Barsotti, Santarcangelo di Romagna, 2014, 127.

²³ Cfr. C. MAGRIS, *L'anello di Clarisse*, [1984], rist., Torino, 2014, 4.

anziano dei postorlandiani»²⁴ – è stato detto con un paradosso brillante e solo apparente – e ad alimentarne l'attualità²⁵. Vale così per Orlando, a mo' di sineddoche della nostra cultura giuspubblicistica nazionale, quanto di recente sostenuto in uno straordinario affresco della cultura italiana di ogni tempo: «so ist jeder Neubeginn zugleich ein kritischer Blick zurück»²⁶.

Tra le molte e ricorrenti stereotipizzazioni, sarebbe un inveterato formalismo²⁷, più di tutto, a rendere la speculazione di Orlando, un tempo *herrschende Meinung* – salvo intendersi sul *quando*, se solo si considera quanto scriveva Carlo Esposito nel 1953 e, cioè, che «il suo astro è in declino, o che la sua grandezza è, almeno oggi, minore di quanto le parole che si sogliono ripetere nominandolo spingerebbero a ritenere»²⁸ – ora asfittica e polverosa, perché appesantita da schemi concettuali astorici e astratti, vòlti surrettiziamente ad occultare la politica nel diritto e ad irretire la pratica nella teoria. Eppure, a ben vedere, risale ad ormai quarant'anni fa un denso saggio con cui Maurizio Fioravanti metteva in evidenza i tratti non banalizzabili né sovrapponibili a quelli di un figurino statico e monodimensionale del (cosiddetto) formalismo di Orlando, inteso quale «costante tentativo di spiegare in forme giuridiche le tensioni della società civile, ed il rapporto di quest'ultima con il potere politico: dunque due fasi distinte, ma legate da un'intima unità»²⁹.

Una siffatta chiave di lettura merita, in effetti, di essere recuperata e valorizzata, attraverso una riconsiderazione delle sue opere più note, raccolte nei due volumi del 1940³⁰ e in quello del

²⁴ E. CANNADA-BARTOLI, *Novità della tradizione*, in *Quaderni fiorentini*, 1996, 737.

²⁵ Cfr. T.E. FROSINI, *Vittorio Emanuele Orlando costituzionalista e teorico del diritto pubblico*, in *Rivista AIC*, 2016, fasc. III, 1 ss.; F. PIZZOLATO, *Orlando all'Assemblea costituente*, in *Rivista AIC*, 2016, fasc. III, 1 ss.; A. SANDULLI, *Vittorio Emanuele Orlando e il diritto amministrativo*, in *Rivista AIC*, 2016, fasc. III, 1 ss.; C. DE FIORES, *Ascesa e declino del metodo orlandiano*, in *Rivista AIC*, 2017, fasc. IV, 1 ss.

²⁶ V. REINHARDT, *Die Macht der Schönheit*, München, 2019, 612.

²⁷ Cfr. N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, V.

²⁸ C. ESPOSITO, *La dottrina del diritto e dello Stato di Vittorio Emanuele Orlando*, [1953], rist. in ID., *Scritti giuridici scelti*, Napoli, 1999, vol. III, 76.

²⁹ M. FIORAVANTI, *La vicenda intellettuale del giovane Orlando*, [1979], rist. *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando*, in ID., *La scienza del diritto pubblico*, Milano, 2001, vol. I, 176.

³⁰ Cfr. V.E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale*, [1940], rist., Milano, 1954, *passim*; ID., *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, cit., nt. 8, *passim*.

1955³¹, ma anche dei molteplici discorsi, parlamentari³² ed extraparlamentari³³, delle memorie³⁴ e dei diari³⁵. L'insieme di questa mole documentale ci restituisce l'immagine ben più vivida e animata non tanto del fondatore della «scuola nazionale di diritto pubblico»³⁶, che se vi fu³⁷ «non fu mai una setta»³⁸, quanto piuttosto l'artefice operoso e ineguagliato di soluzioni immediatamente operative ed effettivamente perseguibili rispetto a tutti i principali problemi giuridici che nel corso della sua vita gli si sono posti innanzi. Così, è proprio la sua impostazione incessantemente volta ad «accettare il labile e cercare di trasformarlo in stabile»³⁹ – sono ancora le parole di Capograssi – a tracciare un determinato «campo teorico»⁴⁰, «paradigma disciplinare»⁴¹ o «canone politico-culturale»⁴², che dir si voglia, per il diritto pubblico italiano.

Si è così giunti ad una prima e potente indicazione di senso sul ruolo della nostra cultura giuspubblicistica nazionale come espressione eminente di un «potere-sapere»⁴³ pratico – nel senso della *práxis* aristotelica⁴⁴ – e, coesenzialmente, sulla funzione del diritto pubblico italiano come diritto innanzitutto politico, giusta l'esplicita tematizzazione da parte di Orlando di una duplice dualità: quella tra la teoria e la pratica, sul piano metodologico, e quella tra il diritto e

³¹ Cfr. ID., *Scritti giuridici vari*, Milano, 1955, *passim*.

³² Cfr. ID., *Discorsi parlamentari*, Roma, 1965, 4 voll., *passim*; ID., *Discorsi parlamentari*, Bologna, 2002, *passim*.

³³ Cfr. ID., *Salvare l'Italia*, Ravenna, 2012, *passim*.

³⁴ Cfr. ID., *Memorie*, Milano, 1960, *passim*.

³⁵ Cfr. ID., *Memorie dell'Italia ferita*, Roma, 2011, *passim*.

³⁶ ID., *Programma*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1891, 6.

³⁷ Cfr. S. ALLOGGIO, *Vittorio Emanuele Orlando*, Napoli, 1928, 12-13; M.S. GIANINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, [1940], rist. in ID., *Scritti*, Milano, 2002, vol. II, 144; F. LANCHESTER, *L'Università italiana e la dottrina giuspubblicistica*, [2003], rist. in ID., *Pensare lo Stato*, Roma-Bari, 2004, 54-55.

³⁸ V.E. ORLANDO, *Oreste Ranalletti*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1930, pt. I, 476.

³⁹ G. CAPOGRASSI, *Il problema di V.E. Orlando*, cit., nt. 18, 374.

⁴⁰ P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, Milano, 1986, 68.

⁴¹ ID., *La giuspubblicistica dell'Italia unita, in Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, 1990, 90-91.

⁴² L. LACCHÈ, *Il canone eclettico*, in *Quaderni fiorentini*, 2010, 180.

⁴³ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, [1975], trad. it. *Sorvegliare e punire*, Torino, 1976, 31.

⁴⁴ Cfr. ARISTOTELE, *Ēthikà Nikómácheia*, trad. it. *Etica nicomachea*, in ID., *Etiche*, Torino, 1996, 344-345 o VI, 11393a-1139b.

la politica, sul piano contenutistico. Già a partire da due testi di larga diffusione, quali sono la notissima prolusione palermitana del 1889 intitolata a *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*⁴⁵ e la circolare inviata nel 1896 agli autori del *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*⁴⁶, poi ripresa anche nella *Prefazione*⁴⁷ allo stesso, Orlando rileva, per l'appunto, un'«antitesi fra scienza e pratica»⁴⁸ e, segnatamente, un'«antitesi di cui è agevole avere una nozione superficiale e approssimativa, ma è assai difficile di averne una approfondita ed esatta»⁴⁹. Che si tratti, però, di un'«apparente antinomia»⁵⁰ è detto subito e senza infingimenti, perché «il diritto è vita: efficienza ultima del carattere storico di un popolo, e dei sentimenti della comunità. [...] Così il diritto pubblico è intanto oggetto di una scienza positiva in quanto concretato nelle istituzioni di un popolo determinato, in quanto adunque è diritto pubblico positivo»⁵¹.

Vale allora per il *Beruf* del giurista quanto sostenuto dallo stesso Orlando qualche anno prima a proposito del mestiere dello storico, il quale «ha per oggetto non il possibile ma il reale»⁵², con una formula che riporta alla memoria la continua sollecitazione di Niccolò Machiavelli ad «andare dritto alla verità effettuale della cosa»⁵³, piuttosto che all'«immaginazione di essa»⁵⁴, a fronte di quanti, incauti o temerari, «si sono immaginati repubbliche e principati che non si sono mai visti né conosciuti essere in vero»⁵⁵. Ed il medesimo assunto si ritrova asseverato in un altro noto passo della predetta prolusione, quale indicazione a «non... occuparci di uno Stato ottimo,

⁴⁵ Cfr. V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, [1889], rist. in ID., *Diritto pubblico generale*, cit., nt. 30, 3 ss.

⁴⁶ Cfr. ID., *Per un trattato di diritto amministrativo italiano*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1896, 466 ss.

⁴⁷ Cfr. ID., *Prefazione*, [1897], rist. in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di ID., Milano, 1900, vol. I, V ss.

⁴⁸ ID., *Per un trattato di diritto amministrativo italiano*, cit., nt. 46, 468; ID., *Prefazione*, cit., nt. 47, XV.

⁴⁹ ID., *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, cit., nt. 45, 7.

⁵⁰ Ivi, 20.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² ID., *Delle forme e delle forze politiche secondo H. Spencer*, [1881], rist. in ID., *Diritto pubblico generale*, cit., nt. 30, 577.

⁵³ N. MACHIAVELLI, *Il principe*, [1532], rist., Roma, 2006, 215 o XV.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Ivi, 215-216 o XV.

ma di uno Stato esistente, non della sovranità di una idea ma della sovranità dei poteri costituiti, non dei diritti dell'uomo ma della tutela giuridica della sfera individuale, onde la libertà non si concepisce più come mera potenzialità ma come attività effettiva»⁵⁶.

Si è di fronte ad una pagina attualissima e insuperata anche sotto un altro profilo e, cioè, per il ricorso da parte di Orlando ad uno stile argomentativo del tutto peculiare, che riecheggia, in qualche misura, la «logica dilemmatica»⁵⁷ individuata da Alberto Asor Rosa quale tratto distintivo di Machiavelli «teorico delle condizioni politiche della costituzione di uno stato nazionale»⁵⁸ e il «tipo di dialettica... “aperto”»⁵⁹ ricondotto recentemente da Gaetano Azzariti al cuore della filosofia della storia di Giambattista Vico. Sulla scorta dei due illustri precursori, così come di Gian Domenico Romagnosi e della sua combinazione «di razionale e di positivo, di speculativo e di pratico, di immaginario e di effettivo»⁶⁰ quale leva per l'incivilimento, Orlando sviluppa un modo di ragionare strutturato in una forma duale, ma non reciprocamente escludente; dunque, una postura argomentativa diversa sia da quella che egli stesso chiama il «dualismo zaratustriano»⁶¹, ossia un dualismo irriducibile a qualunque composizione, sia da quella caratteristica dell'idealismo tedesco, nella quale i diversi elementi si risolvono in un'entità superiore, con il conseguente «superamento dell'intera contraddizione insieme ai suoi due termini in quanto termini di quella specifica contraddizione»⁶². Nel ragionamento per alternative proprio di Orlando, piuttosto, le polarità dicotomiche reciprocamente si con-tengono (cioè letteralmente si tengono insieme), più che contrapporsi, e tratten-gono una loro peculiare individualità, più che annullarsi in una sintesi che le trascende.

⁵⁶ V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, cit., nt. 45, 20.

⁵⁷ A. ASOR ROSA, *Machiavelli e l'Italia*, Torino, 2019, 63-64.

⁵⁸ L. ALTHUSSER, *Solitude de Machiavel*, [1990], trad. it. *La solitudine di Machiavelli*, in *Machiavelli*, a cura di B. Magni, Milano-Udine, 2017, 198.

⁵⁹ G. AZZARITI, *Vico e le forme di governo*, in *Rivista AIC*, 2018, fasc. IV, 605.

⁶⁰ G. ROMAGNOSI, *Dell'indole e dei fattori dell'incivilimento*, [1832], rist. in ID., *Scritti filosofici*, Milano, 1974, vol. II, 186.

⁶¹ V.E. ORLANDO, *La crisi del Diritto internazionale*, [1949], rist. in ID., *Memorie dell'Italia ferita*, cit., nt. 35, 276; ID., *Memorie*, cit., nt. 34, 317.

⁶² G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, XVI ed., Bologna, 2017, 694.

Seguendo questa via, è possibile dare una lettura, per così dire, sincronicamente complementare degli insistiti e ripetuti accostamenti che Orlando propone non solo tra la teoria e la pratica e tra il diritto e la politica, come si è detto, ma anche tra il popolo e lo Stato⁶³, l'ordine politico e l'ordine giuridico⁶⁴, il diritto pubblico e il diritto privato⁶⁵, il diritto pubblico generale e il diritto pubblico positivo⁶⁶, il diritto costituzionale e il diritto amministrativo⁶⁷, il diritto amministrativo e la scienza dell'amministrazione⁶⁸; se non anche, rievocando i suoi toni più enfatici, tra «il sangue dei martiri ed il consiglio degli statisti»⁶⁹, quali caratteri costitutivi del Risorgimento, oppure tra «la voce dei morti e la volontà dei vivi, il senso dell'onore e la ragione dell'utilità»⁷⁰, di fronte alla sconfitta di Caporetto. Tra tali elementi non vi è antagonismo né contraddizione, perché ciascuno di essi – come il «vero» e il «certo» delle leggi per Vico, i quali sprigionano l'uno dalla ragione e l'altro dall'autorità⁷¹ – consente di cogliere una porzione originaria della stessa esperienza giuridica, insuscettibile di rinunciare alla propria individualità.

A questo riguardo, non può essere considerato un mero caso di omonimia se Orlando, sin dai suoi primi lavori, adopera il medesimo termine a cui Benedetto Croce avrebbe fatto ricorso nel suo saggio del 1906 su *Ciò che è vivo e ciò che è morto della filosofia di Hegel*⁷²

⁶³ Cfr. V.E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica*, [1895], rist. in ID., *Diritto pubblico generale*, cit., nt. 30, 436-437.

⁶⁴ Cfr. ID., *Studi giuridici sul governo parlamentare*, [1886], ivi, 356; ID., *Teoria giuridica delle gaurentigie della libertà*, in *Biblioteca di scienza politica*, a cura di A. Brunniali, Torino, 1890, vol. V, 921.

⁶⁵ Cfr. ID., *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885*, [1925], rist. in ID., *Diritto pubblico generale*, cit., nt. 30, 26 ss.

⁶⁶ Cfr. ID., *Introduzione*, [1921], ivi, 119.

⁶⁷ Cfr. ID., *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, cit., nt. 45, 9.

⁶⁸ Cfr. ID., *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, [1887], rist. in ID., *Diritto pubblico generale*, cit., nt. 30, 148.

⁶⁹ ID., *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, cit., nt. 45, 21.

⁷⁰ ID., in AP Camera, XXIV legislatura, sed. del 22 dicembre 1917, rist. in ID., *Discorsi parlamentari*, cit., nt. 32, vol. III, 1309.

⁷¹ Cfr. G. VICO, *De universi iuris principio et fine uno*, [1720], trad. it. *Dell'unico principio ed unico fine del diritto universale*, rist. in ID., *Opere giuridiche*, Firenze, 1974, 100.

⁷² Cfr. B. CROCE, *Ciò che è vivo e ciò che è morto della filosofia di Hegel*, [1906], rist. in ID., *Saggio sullo Hegel*, Napoli, 2006, 9 ss.

e, cioè, la parola “distinzione”, con delle assonanze che si presentano come troppo intense e profonde per non scorgervi un vero e proprio *idem sentire*, seppure non esplicitamente tematizzato neppure nella sua critica alla concezione crociana dello Stato⁷³. Per Croce, la distinzione è da contrapporsi all’opposizione, posto che «due concetti distinti si congiungono... tra loro, pur nella loro distinzione; due concetti opposti sembrano escludersi: dove entra l’uno, sparisce totalmente l’altro. Un concetto distinto è presupposto e vive nell’altro, che gli segue nell’ordine ideale: un concetto opposto è ucciso dal suo opposto»⁷⁴. Per Orlando, la distinzione è da contrapporsi alla separazione⁷⁵: come precipuamente affermato rispetto alla relazione diadica tra il diritto e la politica, «noi non abbiamo sostenuto la *separazione* del Diritto dalla Politica, ma bensì la *distinzione* dei criterii proprii all’uno ed all’altro di cotesti ordini scientifici, senza di che è impossibile costruire con rigore metodico le varie scienze al *Diritto pubblico* pertinenti»⁷⁶. Ne discende, insomma, che «altro è... distinguere ed altro separare, come altro è conciliare ed altro confondere»⁷⁷; per cui i due poli in tensione, se devono essere presi come distinti, tutto possono essere considerati fuorché opposti o separati, secondo le rispettive espressioni.

Ricorrere oggi alla posizione dialettica propria di Orlando vuol dire esplicitare la funzione propriamente fondativa del diritto pubblico italiano, a partire dal suo testo normativo apicale, la Carta repubblicana del 1947, che all’articolo 1, comma 2, compendia in quindici parole la consustanzialità della sovranità di cui è titolare il popolo e, ad un tempo, delle forme e dei limiti in cui esso la esercita⁷⁸. In questo modo, la distinzione tra la legittimazione e la limitazione del potere politico, così come, d’altro canto, quella tra il *pac-*

⁷³ Cfr. V.E. ORLANDO, *Capitoli aggiunti alla traduzione italiana*, in G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, Milano, 1921, 700 ss.

⁷⁴ B. CROCE, *Ciò che è vivo e ciò che è morto della filosofia di Hegel*, cit., nt. 72, 16.

⁷⁵ Cfr. V.E. ORLANDO, *Diritto e politica*, [1893], rist. in ID., *Diritto pubblico generale*, cit., nt. 30, 72.

⁷⁶ LA DIREZIONE [ma V.E. ORLANDO], *La ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1894, 9.

⁷⁷ V.E. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, cit., nt. 64, 352.

⁷⁸ Cfr. M. BENVENUTI, *Divagazioni su popolo e populismo a partire dall’attuale orizzonte costituzionale italiano*, in *Il populismo tra storia, politica e diritto*, a cura di R. Chiarelli, Soveria Mannelli, 2015, 276 ss.

tum unionis e il *pactum subiectionis*, l'autorità e la libertà, il comando e il consenso, e via discorrendo, non si risolve nella soppressione di un elemento o dell'altro né nel dissolvimento di entrambi in un'unità superiore, ma pone tutti e ciascuno di essi come costitutivi e connotativi dell'esperienza giuridica.

Si tratta di un profilo che da parte della giuspubblicistica italiana si tende talora ad obliare, invero non da oggi. In un documento di grande significato culturale, qual è la relazione resa nel 1952 in qualità di Presidente della Commissione giudicatrice per l'abilitazione alla libera docenza in Diritto costituzionale, Orlando ammonisce già allora gli studiosi (accademicamente) giovani a diffidare della tendenza «sempre più predominante... di dare valore e rilievo a tutta una attività che sarebbe di controllo, con sacrificio di quella che sarebbe la vita dello Stato in un'effettiva azione, vuoi nel campo della legislazione, vuoi in quello del Governo, in guisa da generare l'impressione che l'attività costituzionale debba in gran parte limitarsi a premunirsi contro la possibilità delle proprie violazioni»⁷⁹.

Una siffatta impostazione appare tanto più stridente quanto più la Carta repubblicana del 1947, in ciò stagliandosi nettamente dall'assetto giuridico previgente, si informa alla «precedenza sostanziale della persona umana... rispetto allo Stato e [al]la destinazione di questo a servizio di quella»⁸⁰; essa dispiega, pertanto, tutta la propria carica progettuale nel senso di ridurre quanto più possibile lo spazio di eteronomia che connota inesorabilmente qualunque esperienza giuridica. Per questo, ben potrebbe dirsi che è proprio il carattere coesistente della legittimazione e della limitazione del potere politico e, al tempo stesso, la natura dinamica e aperta della relazione che ne deriva a costituire una traccia di soluzione per il noto paradosso di Böckenförde – secondo il quale «*lo Stato liberale, secolarizzato, vive di presupposti che esso di per sé non può garantire*»⁸¹ – per-

⁷⁹ V.E. ORLANDO, *Il diritto pubblico ed un concorso per libera docenza*, in *Notiziario della scuola e della cultura*, 1952, fasc. I-II, 3.

⁸⁰ G. DOSSETTI, in *Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, I Sottocommissione*, sed. del 9 settembre 1946, rist. in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, Roma, 1971, vol. VI, 323-324.

⁸¹ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, [1967], trad. it. *La nascita dello Stato come processo di secolarizzazione*, in *Id.*, *Diritto e secolarizzazione*, Roma-Bari, 2010, 53.

ché non vi è ragione di rinunciare all'una o all'altra nella delinea-
zione dei tratti fondamentali del nostro ordinamento giuridico⁸².

2. *Una funzione normativa (o della statualità del diritto pubblico)*

Nel frangente storico in cui si trova a vivere e ad operare, Orlando ha dietro di sé una tradizione di *studia humanitatis* di prima grandezza, la quale, però, in assenza di uno Stato unitario, «pensa la politica nella sua dimensione prestatale e anche, a volte, di resistenza allo Stato»⁸³. È stato Roberto Esposito a rimarcare in anni recenti che «la grande filosofia italiana di Machiavelli, Bruno, Campanella, Galileo, Vico non accompagna, né segue, la formazione dello Stato nazionale, ma la precede di molto. Non la condiziona, né, evidentemente, ne è condizionata»⁸⁴. Ebbene, ciò è tanto vero che il programma complessivo di Orlando è tutto proteso verso un integrale recupero di quella che egli stesso considera una tara storica di cui è affetta l'Italia e, cioè, la tardiva edificazione dello Stato unitario, nonché, ad un tempo, l'assenza di una cultura giuspubblicistica nazionale in grado di colmare la distanza tra l'elaborazione teorica e la pratica istituzionale.

Si assiste allora a un passaggio fondamentale in termini, per così dire, di modernizzazione di tutta la classe dirigente italiana, la quale – come messo in luce con particolare acume da Antonio Gramsci, peraltro assai poco benevolo nei confronti di Orlando⁸⁵ – nel corso dell'età moderna «non ha dato la disciplina nazionale al popolo, non l'ha fatto uscire dal municipalismo per una unità superiore»⁸⁶, cioè attraverso lo Stato stesso⁸⁷; ma ha piuttosto introiettato, di volta in

⁸² Cfr. P. RIDOLA, *Il costituzionalismo*, [2005], rist. in ID., *Esperienza costituzioni storia*, cit., nt. 17, 93; M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, 2007, 802; D. GRIMM, *Constitutionalism*, Oxford, 2016, 299; P. RIDOLA, *Il principio libertà nello Stato costituzionale*, Torino, 2018, 38-39.

⁸³ R. ESPOSITO, *Pensiero vivente*, Torino, 2010, 22.

⁸⁴ Ivi, 20.

⁸⁵ Cfr. A. GRAMSCI, *Quaderno 5*, [1930-1932], rist. in ID., *Quaderni del carcere*, Torino, 1975, vol. I, 618.

⁸⁶ ID., *Quaderno 3*, [1930], ivi, 385.

⁸⁷ Cfr. G. AZZARITI, *La "prima" scuola italiana di diritto pubblico tra continuità e rotture*, in *Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, Napoli, 2001, vol. I, 45; ID., *Il liberalismo autoritario e la costruzione dello Stato unitario italiano*, in *Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 45-46.

volta, metodi e modelli, categorie e concetti di marca francese (nell'Ottocento), tedesca (nel Novecento) o statunitense (oggi), secondo i mutevoli orientamenti *mainstream* del momento, talora assorbendo e talaltra amplificando una sorta di italianissimo cosmopolitismo provinciale (o provincialismo cosmopolitico, che dir si voglia).

Orlando, di contro, ci ricorda che «ogni scienza sociale, ma più ancora quella di diritto pubblico, ha intima rispondenza coi caratteri peculiari di un popolo, con l'indole e coi precedenti storici di esso, con l'ambiente politico e così via»⁸⁸; per cui, proprio per «affrancarsi dall'asservimento intellettuale verso le scuole straniere»⁸⁹ e, a quel tempo, per guarire da una sorta di «infatuazione di germanesimo»⁹⁰, egli sollecita a «conoscerne profondamente le diverse letterature, da poi che si possa criticare soltanto quando si abbia piena cognizione di ciò che si critica»⁹¹. Ne traiamo oggi il valido ammonimento che solo uno studio metodologicamente consaputo, oltre che contenutisticamente consolidato, del diritto “altro”, al pari del «diritto nostro»⁹², può portare ad una vera «ricerca comparativa»⁹³ e non, invece, ad una giustapposizione acritica e scialba di dottrine, sistemi o istituti, nella quale le differenze, una volta sfuggite al non sempre vigile «occhio del comparatista»⁹⁴, vengono scambiate per «false somiglianze, che spesso non sono altro che omonimie»⁹⁵.

Con il medesimo intento, Orlando rivolge prevalentemente, anche se non esclusivamente, la propria attenzione al diritto pubblico italiano quale «diritto dello Stato»⁹⁶, proponendo di «fare della scienza giuridica la vera scienza politica»⁹⁷ nazionale ed approntando

⁸⁸ V.E. ORLANDO, *Sulla teoria dei “diritti pubblici subiettivi” di Jellinek*, [1912], rist. in ID., *Diritto pubblico generale*, cit., nt. 30, 276.

⁸⁹ ID., *Programma*, cit., nt. 36, 4.

⁹⁰ ID., *Sulla teoria dei “diritti pubblici subiettivi” di Jellinek*, cit., nt. 88, 276.

⁹¹ ID., *Programma*, cit., nt. 36, 4.

⁹² ID., *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, cit., nt. 45, 21.

⁹³ A.A. CERVATI, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, 2009, XIII.

⁹⁴ G. GORLA, *Diritto comparato*, [1964], rist. *Il diritto comparato*, in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, 77 ss.

⁹⁵ M. BLOCH, *Pour une Histoire comparée des sociétés européennes*, [1928], trad. it. *Per una storia comparata delle società europee*, in ID., *Storici e storia*, Torino, 1997, 120.

⁹⁶ V.E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, [1897], rist. in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, cit., nt. 47, 5 (virgolette nell'originale).

⁹⁷ A. NEGRI, *Lo Stato dei partiti*, [1964], rist. in ID., *La forma Stato*, Milano, 1977, 149.

a tal fine un'«armatura giuridica che ne consolidasse le fragili strutture»⁹⁸. Tale impegno si dispiega massimamente nel corso dell'età statutaria, tanto che la sua opera è a giusto titolo ricordata come «una delle grandi rappresentazioni teoriche che lo Stato liberale italiano ha fornito di se stesso»⁹⁹, per poi eclissarsi durante il fascismo e infine riemergere, pur con alterne sorti, nel cosiddetto periodo costituzionale transitorio e nella duplice stagione repubblicana, costituente e costituzionale. In ciascuno di tali frangenti, Orlando coglie ripetutamente nello Stato la forma storica eminente con cui il potere politico viene, per così dire, messo «in forma»¹⁰⁰ tramite norme giuridiche, muovendo non da un postulato teorico irrelato, ma dall'osservazione empirica o, per meglio dire, esperienziale dell'ordinamento giuridico, con riferimento sia al suo cuore pulsante, il «meraviglioso organismo dello Stato»¹⁰¹, per l'appunto, sia alle sue «zone grigie»¹⁰², sulle quali la sua vivace attenzione sovente si appunta e si concentra¹⁰³.

Da questo punto di vista, l'insegnamento di Orlando si rivela potente, anche ad uno sguardo retrospettivo, per apprendere il *fieri*, oltre che il *factum*, del diritto pubblico italiano, che per essere meglio compreso dev'essere vissuto e praticato. Il diritto, infatti, «è arte prima che scienza; è tecnica prima che dogmatica»¹⁰⁴. Ne discende, del tutto condivisibilmente, che lo stesso metodo giuridico consiste «nel desumere le regole piuttosto *a posteriori* che non *a priori*. Prima adoperarle, poi definirle. Il tenersi a galla è, innanzi tutto, un istinto; il che non toglie che dall'esperienza si traggano e si precisino le regole del nuoto»¹⁰⁵, ma è un passaggio logicamente e cronologicamente consecutivo. Tale è la ragione per cui, a differenza di Romano,

⁹⁸ L. MANGONI, *Giuristi e politica*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, cit., nt. 41, 305.

⁹⁹ G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980, 220.

¹⁰⁰ E. DE VATEL, *Le Droit des gens*, [1758], trad. it. *Il diritto delle genti*, Bologna, 1805, vol. III, 37 ss. o III, 4 ss.

¹⁰¹ V.E. ORLANDO, *La riforma elettorale*, Milano, 1883, 203.

¹⁰² ID., *Diritto e politica*, cit., nt. 75, 71 (virgolette nell'originale).

¹⁰³ Cfr. A. FERRACCIU, *Il diritto costituzionale e le sue zone grigie*, in *Annali della Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi di Perugia*, 1905, 109.

¹⁰⁴ V.E. ORLANDO, *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885*, cit., nt. 65, 25.

¹⁰⁵ ID., *Ancora del metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all'opera di Santi Romano*, [1939], rist. in ID., *Diritto pubblico generale*, cit., nt. 30, 42.

il «lavoro tranquillo delle concettualizzazioni»¹⁰⁶, dietro al quale Orlando ben potrebbe rifugiarsi soprattutto negli anni più cupi della dittatura, gli è congenitamente estraneo, perché ribalterebbe il suo motto proverbiale «prima i fatti, poi le formule»¹⁰⁷. Pertanto, è da condividere appieno il giudizio formulato in proposito da Vezio Crisafulli, per il quale «il pregio maggiore e l'attualità dell'insegnamento di Orlando»¹⁰⁸ consiste nel suo «senso del concreto»¹⁰⁹, ossia nella sua «naturale tendenza sanamente realistica. Orlando non ha mai dimenticato che il diritto è fatto dagli uomini, nasce da bisogni e interessi umani, e serve agli uomini come strumento della loro vita associata»¹¹⁰. E ad analoghe conclusioni giungono, tra gli altri, Massimo Severo Giannini e Piero Calamandrei, i quali hanno parimenti rilevato nei suoi riguardi, rispettivamente, una costante aspirazione a «strarre il sistema dal reale»¹¹¹ ed un'inesausta ricerca del «senso della realtà sociale ed umana»¹¹².

Per Orlando, la relazione tra il diritto e lo Stato viene continuamente rimodulata dall'irrompere di forze, istanze e soggettività nuove, che nel corso della sua vita gli impongono continui tentativi di perimetrazione e di parametrizzazione dell'uno rispetto all'altro e di entrambi, in base alle spinte e alle contropinte promananti dal potere politico. Il suo «normativismo aperto alla prospettiva storica»¹¹³ si rivela, pertanto, assai distante dalle coeve ricostruzioni di marca kelseniana¹¹⁴, a cui egli in più di un luogo contesta un'«autonomia metodica... ripresa e condotta sino a conseguenze logiche estreme»¹¹⁵ e, di conseguenza, oppone il rifiuto di un «isolamento asso-

¹⁰⁶ G. CAPOGRASSI, *Il problema di V.E. Orlando*, cit., nt. 18, 380.

¹⁰⁷ V.E. ORLANDO, *Lo Stato e la realtà*, cit., nt. 14, 212.

¹⁰⁸ V. CRISAFULLI, *Significato dell'opera giuridica di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Annali triestini*, 1953, 24.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ivi*, 22-23.

¹¹¹ M.S. GIANNINI, *Recensione a Orlando Vittorio Emanuele, Principi di diritto amministrativo*, [1953], rist. in *Id.*, *Scritti*, cit., nt. 37, 2003, vol. III, 852.

¹¹² P. CALAMANDREI, *Orlando avvocato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1953, 15.

¹¹³ M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 1963, fasc. CLXIV, 87.

¹¹⁴ Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, [II ed., 1960], trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1990, *passim*.

¹¹⁵ V.E. ORLANDO, *La rivoluzione mondiale e il diritto*, [1947], rist. in *Id.*, *Scritti giuridici vari*, cit., nt. 31, 397.

luto»¹¹⁶. Quella che Orlando esprime, riadattando una formula felice di Remo Bodei, è piuttosto una dottrina «impura»¹¹⁷, ma non per questo spuria, della funzione normativa del diritto pubblico italiano, che è precisamente tale perché «tiene conto delle condizioni, imperfezioni e possibilità del mondo»¹¹⁸.

Il punto merita qualche notazione più articolata, perché una rilettura complessiva dell'opera di Orlando ci consente, sotto questo profilo, di individuare e sviluppare l'ipotesi di un *mos italicus iura docendi* della nostra cultura giuspubblicistica nazionale, a partire da una linea genealogica su cui molto e da gran tempo ci si è interrogati¹¹⁹. Anche in questo caso, provando ad allargare l'orizzonte rispetto a formule, per così dire, di importazione, come quella dell'«Italian Style»¹²⁰, superficialmente ricondotto ad una sterile «ortodossia... variamente definita come “dogmatica”, “giurisprudenza sistematica” e “scienza del diritto”»¹²¹, è d'uopo approdare al più recente e vivace dibattito intorno all'esistenza e, se del caso, alla consistenza di una «differenza italiana»¹²² nel pensiero filosofico-politico moderno e contemporaneo. Seguendo questa traiettoria, si può così enucleare alcuni tratti ricorrenti di una specifica *manière de voir*, se non di una vera e propria *Weltanschauung*, quali sono «l'attenzione della cultura italiana per il conflitto, il vivo senso della precarietà, la ricerca del fondamento della soggettività nella sfera mobile e contingente della vita, l'impermeabilità al trascendentale»¹²³.

Anche rispetto alla nostra cultura giuspubblicistica nazionale, pure in quel confronto clamorosamente ignorata¹²⁴, ben può soste-

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ R. BODEI, *Comunità ed esilio*, in *Lo Sguardo*, 2014, fasc. II, 98; ID., *Una filosofia della ragione impura*, in *Effetto Italian Thought*, a cura di E. Lisciani-Petrini e G. Strummiello, Macerata, 2017, 58-59.

¹¹⁸ ID., *Comunità ed esilio*, cit., nt. 117, 98.

¹¹⁹ Cfr. A. GENTILI, *De Iuris Interpretibus*, [1582], rist., Torino, 1937, 169.

¹²⁰ J.H. MERRYMAN, *The Italian Style I*, [1965], trad. it. *Lo “stile italiano”*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1966, 1169 ss.; ID., *The Italian Style II*, [1966], trad. it. *Lo “stile italiano”*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1967, 709 ss.; ID., *The Italian Style III*, [1966], trad. it. *Lo “stile italiano”*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1968, 373 ss.

¹²¹ ID., *The Italian Style I*, cit., nt. 120, 1179.

¹²² A. NEGRI, *La differenza italiana*, Roma, 2005, *passim*.

¹²³ P.P. PORTINARO, *Le mani su Machiavelli*, Roma, 2018, 10.

¹²⁴ Cfr. G. BASCHERINI, *Italian Theories*, in *Costituzionalismo.it*, 2013, fasc. I, 7;

nersi come, «diversamente dalla tradizione che, tra Descartes e Kant, si istituisce nella costituzione della soggettività o nella teoria della conoscenza, la riflessione italiana si present[i] rovesciata, e come estrofflessa, nel mondo della vita storica e politica»¹²⁵. Sperimentando anch'egli continui rovesciamenti e ripetute estrofflessioni, Orlando trae il convincimento – quale esito di un ragionamento sempre aperto a nuove sollecitazioni e non già quale sua premessa ipostatizzata – che lo Stato, per quanto sia «una delle organizzazioni umane»¹²⁶, si connota nondimeno come unico «organo di un interesse generale»¹²⁷ e come «organizzazione giuridica per eccellenza»¹²⁸, suscettibile di superare le aporie dell'incerto e inconcluso percorso di istituzionalizzazione del potere politico in Italia.

Questa duplice caratterizzazione dello Stato conduce, a mo' di corollari, ad una serie di conseguenze di rilievo, osservabili sul piano della sua proiezione interna e internazionale. Quanto alla prima, lo Stato costituisce per Orlando la migliore cornice ordinamentale atta a riconoscere e garantire la libertà, ivi compresa la libertà politica¹²⁹, dei consociati, tanto che «la difesa e il consolidamento dell'unità statale nazionale attraverso la difesa e il consolidamento delle libertà costituzionali»¹³⁰ sono stati epitomati da Crisafulli quali massime espressioni del suo impegno di uomo politico e di studioso. Si tratta di un aspetto della sua speculazione tanto cruciale quanto sovente trascurata e, soprattutto, colta più per le molte consonanze che non per le significative differenze rispetto alla coeva *Staatsrechtslehre* germanica¹³¹. Da quest'ultima la posizione di Orlando si distingue, infatti, «per poggiare oltre che sulle libertà civili, sulle libertà politiche, per il mantenimento di quell'eredità della tradizione costituzionali-

G. MARINI, *L'Italian style fra centro e periferia ovvero Gramsci, Gorla e la posta in gioco nel diritto privato*, in questa *Rivista*, 2016, 96.

¹²⁵ R. ESPOSITO, *Pensiero vivente*, cit., nt. 83, 12.

¹²⁶ V.E. ORLANDO, *Recenti indirizzi circa i rapporti fra Diritto e Stato*, [1926], rist. *Stato e diritto*, in ID., *Diritto pubblico generale*, cit., nt. 30, 227.

¹²⁷ ID., *Lo Stato sindacale nella letteratura giuridica contemporanea*, [1924], ivi, 331.

¹²⁸ ID., *Recenti indirizzi circa i rapporti fra Diritto e Stato*, cit., nt. 126, 235.

¹²⁹ Cfr. ID., *Lo Stato e la realtà*, cit., nt. 14, 220.

¹³⁰ V. CRISAFULLI, *Significato dell'opera giuridica di Vittorio Emanuele Orlando*, cit., nt. 108, 20.

¹³¹ Cfr. V.E. ORLANDO, *Sulla teoria dei "diritti pubblici subiettivi" di Jellinek*, cit., nt. 88, 276.

stica politico-giuridica liberale»¹³², pur messa a dura prova nei frangenti più drammatici della nostra storia istituzionale.

In proposito, si deve qui ricordare l'autocritica niente affatto scontata, vista la gravità del momento, che Orlando svolge in ordine alla pozzorità della sicurezza rispetto alla libertà, da lui postulata qualche anno prima¹³³; e, di converso, la stentorea affermazione formulata in qualità di Ministro dell'interno, nell'ora più dura della Prima guerra mondiale¹³⁴, che «in Italia non vi è che un modo di conservare tutta l'autorità e tutta la forza dello Stato, e questo modo è di mantenere alto le libertà statutarie»¹³⁵. Si può anche aggiungere, perché espressiva di un medesimo *Leitmotiv*, la celebre frase «la vera libertà è presidio essenziale dell'autorità»¹³⁶, pronunciata a Palermo nel mese di luglio del 1925, dunque in una stagione nella quale il fascismo si è ormai consolidato con tutta la sua carica di violenza istituzionalizzata; o, ancora, il discorso reso nel mese di marzo del 1946 in seno alla Consulta nazionale, in cui Orlando non fa sconti alla dottrina tradizionale in tema di diritti pubblici soggettivi, né dunque a se stesso, tanto da accostare «il preteso auto-limite dello Stato... all'avventura del barone di Münchhausen [*sic*], che stava per affogare, e riuscì a tener fuori dell'acqua la testa sorreggendola con le proprie mani!»¹³⁷. Se la Carta repubblicana del 1947 attribuisce a taluni diritti dell'uomo il crisma dell'invulnerabilità, lo si deve anche a questa rinnovata e diffusa consapevolezza.

Quanto alla dimensione esterna, sin dal primo dopoguerra Orlando registra il moto, per il vero tutt'altro che unilineare, di integrazione embrionale tra gli Stati, ivi compresa l'Italia, che si sta com-

¹³² G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, cit., nt. 99, 132.

¹³³ Cfr. V.E. ORLANDO, in AP Camera, XXIV legislatura, sed. del 14 marzo 1915, rist. in ID., *Discorsi parlamentari*, cit., nt. 32, vol. III, 1079.

¹³⁴ Cfr. P. MELOGRANI, *Vittorio Emanuele Orlando e la Prima Guerra Mondiale*, in *Vittorio Emanuele Orlando*, cit., nt. 3, 28 ss.; M. MAZZAMUTO, *Vittorio Emanuele Orlando giuspubblicista alla prova della Grande Guerra*, in *Diritto e società*, 2017, 404 ss.

¹³⁵ V.E. ORLANDO, in AP Camera, XXIV legislatura, sed. del 23 ottobre 1917, rist. in ID., *Discorsi parlamentari*, cit., nt. 32, vol. III, 1275.

¹³⁶ ID., *Niente è per noi più intollerabile della contrapposizione tra Patria e libertà*, [1925], rist. in ID., *Salvare l'Italia*, cit., nt. 33, 155.

¹³⁷ ID., in Consulta nazionale, sed. del 9 marzo 1946, rist. in ID., *Discorsi parlamentari*, cit., nt. 32, 675.

piendo attraverso il Trattato di pace tra le Potenze alleate e associate e la Germania del 1919 e il Patto della Società delle nazioni, ivi collocato¹³⁸. Egli, infatti, lungi dall'aderire ad una visione "chiusa" dell'ordinamento giuridico, di stampo fichtiano¹³⁹, preconizza sin dal 1926 l'istituzione di un'«organizzazione superstatale»¹⁴⁰, ma, al tempo stesso, avverte che l'edificazione di un futuribile «Super-Stato»¹⁴¹ avrebbe seguito solo una delle «due direttive essenziali: o nel senso federativo, o nel senso imperiale»¹⁴². La sua personale preferenza si rivolge, naturalmente, alla prima eventualità, la quale però, per essere effettivamente tale, richiede alcune condizioni irrinunciabili, in assenza delle quali si ricade, volenti o meno, nella seconda alternativa, con l'Italia prostrata da uno «spirito di pura forza, se non addirittura di sopraffazione»¹⁴³.

Qui l'anticipazione da parte di Orlando di temi e di toni sedimentati nella seconda proposizione dell'articolo 11 della Costituzione è davvero sorprendente. In un messaggio radiofonico inviato nel 1945 agli italiani dopo la resa della Germania, egli infatti dichiara: «io credo fermamente che il popolo italiano... sia disposto a sacrificare quella quota di sovranità che occorre per il raggiungimento di questo fine essenziale della futura vita internazionale, purché concorra questa ovvia condizione, e cioè che le limitazioni necessarie siano comuni a tutti gli Stati aderenti alla nuova forma associativa, accettate dunque volontariamente e non imposte come pena ad una nazione vinta»¹⁴⁴. E poi ancora, nel prendere la parola per ultimo al termine del dibattito costituente, nel tardo pomeriggio del 22 dicembre 1947, Orlando riafferma il proprio favore per una qualche forma di autolimitazione della sovranità dello Stato a beneficio di ordinamenti inter- e sovranazionali, «ma – sia detto ben alto! – ad una

¹³⁸ Cfr. *Gazzetta ufficiale*, 8 giugno 1920, n. 134, suppl., 3 ss.

¹³⁹ Cfr. J.G. FICHTE, *Der geschlossene Handelsstaat*, [1845], trad. it. *Lo Stato secondo ragione o lo Stato commerciale chiuso*, Torino, 1949, 98.

¹⁴⁰ V.E. ORLANDO, *Recenti indirizzi circa i rapporti fra Diritto e Stato*, cit., nt. 126, 228.

¹⁴¹ ID., *I presupposti giuridici di una federazione di Stati*, [1930], rist. in ID., *Diritto pubblico generale*, cit., nt. 30, 297.

¹⁴² Ivi, 305.

¹⁴³ ID., *La rivoluzione mondiale e il diritto*, cit., nt. 115, 424.

¹⁴⁴ ID., *Per la futura unione pacifica dei popoli*, [1945], rist. in B. CROCE et al., *Per la pace d'Italia e d'Europa*, Roma, 1946, 63.

sola condizione: alla condizione, cioè, che questi limiti debbano valere pure per gli altri, per tutti gli altri»¹⁴⁵.

In quello specifico frangente, si sta ormai definendo la collocazione internazionale dell'Italia uscita sconfitta dalla Seconda guerra mondiale, per Orlando tristemente destinata a svolgere un ruolo marginale, se non a subire una vera e propria condizione di inferiorità, come si evince dalla «tragedia delle genti nostre di Trieste, di Gorizia, di Pola, di Fiume, di Zara, di tutta la Venezia Giulia»¹⁴⁶. Si spiegano così, a discapito della viva consapevolezza che «il diritto internazionale [sia] l'avvenire»¹⁴⁷, gli strali alti e forti rivolti prima contro il Trattato di pace fra l'Italia e le Potenze Alleate ed Associate del 1947, il quale «ci umilia... ci mutila... ci toglie... ci spoglia... ci sottrae»¹⁴⁸ ed incarna una «politica di continua remissione»¹⁴⁹ e di «abiezioni fatte per cupidigia di servilità»¹⁵⁰; poi in opposizione al Trattato del Nord Atlantico del 1949, in quanto espressione evidente della «politica della rassegnazione, [del]la politica dell'adattarsi, del conformarsi, del tollerare»¹⁵¹; e, infine, avverso l'esecuzione del Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio del 1951, per il timore che, «attraverso un collegio, una commissione, una organizzazione, una *Haute Autorité*, si crei un potere occulto, non controllato, che non proviene dagli organi costituzionali dei singoli Paesi»¹⁵².

Si tratta di affermazioni a cui ha fatto certamente ombra un certo sovraccarico retorico¹⁵³ e che, per tale ragione, sono state generalmente tacciate dai commentatori contemporanei di scarsa lucidità e incisività¹⁵⁴. Al contempo, però, simili *caveat* risuonano come potenti ammonimenti in una stagione nella quale anche da parte della giubblicistica italiana ci si adagia su un certo globalismo corrivo e ar-

¹⁴⁵ V.E. ORLANDO, in Assemblea costituente, sed. pom. del 22 dicembre 1947, rist. in ID., *Discorsi parlamentari*, cit., nt. 32, 816-817.

¹⁴⁶ ID., in Assemblea costituente, sed. del 25 giugno 1946, ivi, 685.

¹⁴⁷ ID., *La crisi del Diritto internazionale*, cit., nt. 61, 256.

¹⁴⁸ ID., in Assemblea costituente, sed. del 25 giugno 1946, rist. in ID., *Discorsi parlamentari*, cit., nt. 32, 687.

¹⁴⁹ ID., in Assemblea costituente, sed. pom. del 30 luglio 1947, ivi, 775.

¹⁵⁰ Ivi, 793.

¹⁵¹ ID., in AP Senato, I legislatura, sed. pom. del 29 luglio 1949, ivi, 875.

¹⁵² ID., in AP Senato, I legislatura, sed. pom. del 18 luglio 1952, ivi, 996.

¹⁵³ Cfr. ID., in AP Senato, I legislatura, sed. del 13 gennaio 1951, ivi, 962.

¹⁵⁴ Cfr. P. POMBENI, *L'ultimo Orlando*, in *Vittorio Emanuele Orlando*, cit., nt. 3, 33.

rembante, nonché, soprattutto, dimentico della «coscienza della struttura spaziale del proprio ordinamento»¹⁵⁵, per cui ogni esperienza giuridica anzitutto «ha bisogno del “dove”»¹⁵⁶. Oggi, per quanti viceversa si avvedono che il moltiplicarsi tumultuoso degli scambi e l'accresciuta mobilità delle persone e delle cose fa emergere, insieme alle consonanze, anche le contraddizioni negli e tra gli ordinamenti giuridici, l'accorata critica formulata da Orlando circa settant'anni fa aumenta la consapevolezza del carattere pluriverso e non universo, multipolare e non unipolare del mondo e, con essa, la considerazione che la pace – quella «pace» che la seconda proposizione dell'articolo 11 della Costituzione affratella alla «giustizia» e riferisce alle «Nazioni» al plurale – non può mai essere scambiata per subalternità¹⁵⁷.

3. *Una funzione narrativa (o della storicità del diritto pubblico)*

Anche il potere politico e la massima forma storica in cui si manifesta, cioè lo Stato, vive nel e del mutamento; e il mutamento del diritto pubblico italiano, come quello dello Stato espressione del potere politico per antonomasia, può essere efficacemente rifratto nel prisma delle due categorie koselleckiane dello «spazio di esperienza»¹⁵⁸ e dell'«orizzonte di aspettativa»¹⁵⁹. Tra queste, in particolare, la prima esprime un «passato presente, i cui eventi sono stati conglobati e possono essere ricordati. [...] Inoltre, nella propria esperienza è sempre contenuta e conservata anche un'esperienza altrui, mediata da generazioni o istituzioni»¹⁶⁰.

Tale concettualizzazione merita di essere qui richiamata, in quanto ben si attaglia all'impostazione propria di Orlando, per il quale, riprendendo una formula sintetica di Paolo Grossi, «giuridicizzare il politico significa storicizzarlo»¹⁶¹. Come egli scrive, infatti,

¹⁵⁵ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, [1950], trad. it. *Il nomos della terra*, Milano, 1991, 296.

¹⁵⁶ N. IRTI, *Norma e luoghi*, [2001], rist., Roma-Bari, 2006, 3.

¹⁵⁷ Cfr. M. BENVENUTI, *Democrazia e potere economico*, in *Annuario 2017. Democrazia, oggi*, Napoli, 2018, 231.

¹⁵⁸ R. KOSELLECK, “*Erfahrungsraum*” und “*Erwartungshorizont*”, [1976], trad. it. “*Spazio di esperienza*” e “*orizzonte di aspettativa*”, in ID., *Futuro passato*, Bologna, 2007, 300 ss.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ *Ivi*, 304.

¹⁶¹ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, Milano, 2000, 35.

«più che la *storia* come eventi... interess[a] al diritto pubblico la *storicità* di quel dato processo di formazione di un istituto in sé stesso, quasi come di un ente che abbia una sua vita, ed in rapporto con tutto un complesso che è un ordinamento giuridico»¹⁶². In questo senso, il diritto pubblico italiano, come «si serve della comparazione, ma non è un diritto comparato»¹⁶³, per quanto si è già detto, così parimenti «si serve della storicità degli sviluppi, ma non è storia del diritto»¹⁶⁴; esso è propriamente «esperienza giuridica»¹⁶⁵.

La postura essenzialmente storica assunta da Orlando nella propria configurazione dell'ordinamento giuridico acquisisce così una valenza duplice e complementare, nel senso che la storia avvicina l'osservatore al suo oggetto di studio, permettendogli di indagarlo meglio e più approfonditamente, ma allo stesso tempo gli consente di mantenere rispetto ad esso una giusta distanza, evitandogli così di scambiare la contingenza per la contemporaneità. Per questo, come ha scritto Capograssi, «è difficile trovare altro giurista, nel quale la presenza del tempo, la partecipazione del tempo alla formazione del mondo giuridico, sia più sentita, cioè sia più sofferta»¹⁶⁶; e poi ancora, «la storia è il suo tormento, perché gli muta continuamente i termini del problema, e lo costringe perennemente a riproporlo»¹⁶⁷, alimentando così, in positivo, la sua incessante interrogazione sulle trasformazioni ordinamentali che si trova a vivere.

L'imprinting «sempre più decisamente “storicistico”»¹⁶⁸ di Orlando nel fluire del tempo, «ma non nel senso degli storicisti della *scuola storica*»¹⁶⁹, ci porta a definire i contorni di una terza funzione del diritto pubblico italiano, meno visibile, se si vuole, a chi è aduso ad indagare l'esperienza giuridica con l'occhio esperto, ma per ciò stesso un poco abitudinario, del giurista. Tullio De Mauro, nella sua *Storia linguistica dell'Italia unita*, ha affermato che nella Carta re-

¹⁶² V.E. ORLANDO, *Giorgio Jellinek e la storia del diritto pubblico generale*, [1949], rist. in ID., *Scritti giuridici vari*, cit., nt. 31, 114.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 353 ss.

¹⁶⁶ G. CAPOGRASSI, *Il problema di V.E. Orlando*, cit., nt. 18, 368.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, III ed., Milano, 1988, 171.

¹⁶⁹ S. ALLOGGIO, *Vittorio Emanuele Orlando*, cit., nt. 37, 35.

pubblicana del 1947 «si scorge un popolo che parla sicuro la propria lingua, che dà, vichianamente, “sensi alle leggi”»¹⁷⁰, mettendo così efficacemente in evidenza la dimensione narrativa, oltre che fondativa e normativa, di tale documento posto al vertice dell’ordinamento giuridico. Si tratta, però, di intendersi su quali siano i testi da prendere in considerazione a tal fine, ossia di individuare i componenti o formanti, che dir si voglia, che lo costituiscono, a partire, com’è ovvio, dalle «norme *legali*, proposizioni *dottrinali*, regole *giurisprudenziali*»¹⁷¹; ma non solo. Una lettura a tutto tondo di Orlando ci porta, infatti, ad arricchire, e di molto, il novero dei materiali dotati di una forza giusgenerativa, nel senso proprio di una «creazione di significato giuridico»¹⁷², e ad includere in un’antologia immaginaria di casi e materiali del diritto pubblico italiano¹⁷³ – un tempo si sarebbe detto una *crestomazia*¹⁷⁴ – altri generi letterari, generalmente poco o punto considerati dai commentatori.

Seguendo questa prospettiva, sono, in primo luogo, le memorie e i diari di Orlando a restituirci la drammaticità del tempo storico nel quale talune scelte fondamentali per l’Italia lo hanno visto, sul piano istituzionale, infausto protagonista: così, nel corso della Prima guerra mondiale¹⁷⁵ e ancor più delle trattative di pace¹⁷⁶, con l’improbabile formula «Patto di Londra più Fiume»¹⁷⁷, o al momento della caduta del fascismo¹⁷⁸, con la frase sciagurata «la guerra continua»¹⁷⁹. Sono, in secondo luogo (e soprattutto), i discorsi parlamentari di Orlando ad assumere un’importanza spesso determinante,

¹⁷⁰ T. DE MAURO, *Storia linguistica dell’Italia unita*, [n. ed., 1970], rist., Roma-Bari, 2011, 240.

¹⁷¹ R. SACCO e P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, VII ed., Torino, 2019, 57.

¹⁷² R. COVER, *Nomos and Narrative*, [1983], trad. it. *Nomos e narrazione*, Torino, 2008, 27.

¹⁷³ Cfr. S. CASSESE, *Introduzione*, in *Casi e materiali di diritto amministrativo*, a cura di Id. et al., II ed., Bologna, 2001, 8 ss.

¹⁷⁴ Cfr. E. GIANTURCO, *Crestomazia di casi giuridici*, [1884], rist., Sala bolognese, 1989, *passim*.

¹⁷⁵ Cfr. V.E. ORLANDO, *Memorie*, cit., nt. 34, 47 ss.

¹⁷⁶ Cfr. *ivi*, 413 ss.

¹⁷⁷ F. GRASSI ORSINI, *Orlando, profilo dell’uomo politico e dello statista*, in V.E. ORLANDO, *Discorsi parlamentari*, cit., nt. 32, 94.

¹⁷⁸ Cfr. ID., *Memorie dell’Italia ferita*, cit., nt. 35, 7.

¹⁷⁹ ID., in *Assemblea costituente*, sed. pom. del 30 luglio 1947, rist. in ID., *Discorsi parlamentari*, cit., nt. 32, 770-771.

tanto che egli stesso ha dedicato al tema dell'oratoria parlamentare uno studio *ad hoc*¹⁸⁰.

Non può mancare, a tale proposito, almeno un richiamo del celeberrimo «resistere! resistere! resistere!»¹⁸¹, gridato da Orlando il 22 dicembre 1917 innanzi alla Camera dei deputati ed introiettato nel nostro vissuto collettivo al punto da essere audacemente riproposto dal Procuratore generale presso la Corte di appello di Milano Francesco Saverio Borrelli il 12 gennaio 2002, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario, sul presupposto che il Paese si trovasse di nuovo, ottantacinque anni dopo, «come su una irrinunciabile linea del Piave»¹⁸². Ma si potrebbe parimenti ricordare il commovente discorso di Orlando conosciuto come «Monte Grappa è la mia Patria»¹⁸³, al quale anche Filippo Turati si è associato nel confermare che «ciò è per tutti noi, per tutta l'Assemblea»¹⁸⁴; oppure, ancora, la pubblica manifestazione della propria «crisi di coscienza»¹⁸⁵ di fronte al fascismo, annunciata pur troppo tardi in un'altra drammatica seduta parlamentare; oppure, infine, la strenua ma crepuscolare difesa delle libertà statutarie¹⁸⁶ nel suo ultimo intervento in seno alla Camera dei deputati, prima delle dimissioni accettate senza alcun ritegno da parte dell'Assemblea¹⁸⁷. Emanando da quelle parole di commiato un abbrivio di resipiscenza per l'«accecamento, sia pure temporaneo, che prese i rappresentanti del liberalismo italiano di fronte all'avanzata del movimento operaio e del socialismo»¹⁸⁸, ma anche, ad un tempo, il senso di una sconfitta epocale e definitiva di un'intera classe dirigente di fronte al trapasso di regime.

Nel 1946, senza per questo assumere rettamente su di sé tutta la

¹⁸⁰ Cfr. ID., *Il parlare in Parlamento*, [1951], rist. in ID., *Scritti giuridici vari*, cit., nt. 31, 253 ss.

¹⁸¹ ID., in AP Camera, XXIV legislatura, sed. del 22 dicembre 1917, rist. in ID., *Discorsi parlamentari*, cit., nt. 32, vol. III, 1309.

¹⁸² Su bit.ly/37PB6dR.

¹⁸³ ID., in AP Camera, XXIV legislatura, sed. del 23 febbraio 1918, rist. in ID., *Discorsi parlamentari*, cit., nt. 32, vol. III, 1345.

¹⁸⁴ F. TURATI, in AP Camera, XXIV legislatura, sed. del 23 febbraio 1918, rist. in ID., *Discorsi parlamentari*, Roma, 1950, vol. III, 1557.

¹⁸⁵ V.E. ORLANDO, in AP Camera, XXVII legislatura, sed. del 22 novembre 1924, rist. in ID., *Discorsi parlamentari*, cit., nt. 32, vol. IV, 1574.

¹⁸⁶ Cfr. ID., in AP Camera, XXVII legislatura, sed. del 16 gennaio 1925, *ivi*, vol. IV, 1581 ss.

¹⁸⁷ Cfr. AP Camera, XXVII legislatura, sed. del 18 novembre 1925, 4431.

¹⁸⁸ P. ALATRI, *Vittorio Emanuele Orlando*, cit., nt. 4, 333.

propria parte di responsabilità per la «colpa originaria»¹⁸⁹ di quanto avvenuto venti e più anni prima, Orlando formula una severa valutazione d'insieme della giuspubblicistica italiana a lui contemporanea, in un lungo discorso pronunciato innanzi alla Consulta nazionale. Egli condanna, in particolare, «il più irreparabile dei delitti commessi dal fascismo: di avere, cioè, impedito la continuazione della classe politica, e di averla anzi distrutta: quella mirabile classe politica che la cosiddetta Italicchia aveva dato a se stessa e attraverso la quale si trasmettevano gli esempi, i modelli, il costume»¹⁹⁰. Un anno dopo, è Palmiro Togliatti a riprendere dall'altro lato dell'emiciclo il medesimo argomento, constatando come «negli ultimi venti o trenta anni la scienza giuridica si [sia] staccata dai principî della nostra vecchia scuola costituzionale... e questo spiega perché, quando abbiamo dovuto scrivere una Costituzione democratica e abbiamo chiesto l'ausilio dei giuristi, essi non sono stati in grado di darci un aiuto efficace. Per darcelo, occorreva ch'essi cancellassero o dimenticassero qualche cosa; bisognava che ritornassero a qualche cosa che avevano dimenticato, e non erano sempre in grado di farlo»¹⁹¹. Tramite i dibattiti parlamentari – in questo caso, quelli seminali dell'Assemblea costituente – si apprende, ancora una volta, quanto la nostra cultura giuspubblicistica nazionale, con i suoi meriti e i suoi limiti, sia una parte integrante dell'«autobiografia della Nazione»¹⁹².

Pochi giorni dopo, in occasione del cinquantesimo anno della propria attività di deputato, Orlando dichiara: «io inauguro il ponte oggi, ma per restare al di qua»¹⁹³, con i caduti del Carso, dell'Isonzo e del Piave. A noi che quel ponte lo abbiamo oltrepassato e che oggi torniamo ad interrogarci e a reinterrogarci sulla funzione del diritto pubblico italiano nel nostro tempo e sulla sua congenita politicità, staturalità e storicità, resta la possibilità di contemplare, se indugiamo e ci

¹⁸⁹ D. QUAGLIONI, *Il "peccato politico" di Vittorio Emanuele Orlando*, in *I giuristi e il fascino del regime*, a cura di I. Birocchi e L. Loschiavo, Roma, 2015, 387.

¹⁹⁰ V.E. ORLANDO, in Consulta nazionale, sed. del 9 marzo 1946, rist. in ID., *Discorsi parlamentari*, cit., nt. 32, 666.

¹⁹¹ P. TOGLIATTI, in Assemblea costituente, sed. pom. dell'11 marzo 1947, rist. in ID., *Discorsi parlamentari*, Roma, 1984, vol. I, 64.

¹⁹² P. GOBETTI, *Elogio della ghigliottina*, [1922], in ID., *Scritti politici*, Torino, 1960, 433; ID., *La rivoluzione liberale*, [1924], ivi, 1067.

¹⁹³ V.E. ORLANDO, in Assemblea costituente, sed. del 21 marzo 1947, rist. in ID., *Discorsi parlamentari*, cit., nt. 32, 737.

voltiamo indietro, ma anche di continuare, se proseguiamo innanzi, quella «scuola nostra, nazionale, che non ha nulla da invidiare a quelle degli altri paesi e che, se non si chiude certamente in sé stessa, può tuttavia bastare a sé stessa»¹⁹⁴; senza alcun ripiego isolazionistico, certo, ma anche senza «appiattimento [né] subordinazione»¹⁹⁵.

Abstracts

Il lavoro propone una serie di riflessioni sulla funzione del diritto pubblico italiano nel momento attuale, alla luce del contributo di Vittorio Emanuele Orlando come uomo politico e come studioso, per come emerge dalle sue opere principali e minori, dai suoi discorsi parlamentari, dalle sue memorie e dai suoi diari. L'analisi di tale mole documentale consente, infatti, di mettere in evidenza la funzione fondativa, la funzione normativa e la funzione narrativa del diritto pubblico del nostro tempo, nonché i tre caratteri della politicità, della statualità e della storicità che lo caratterizzano ora come allora. La chiave di lettura a tal fine proposta consente altresì di interrogarsi in una prospettiva critica su alcuni tratti caratterizzanti della giuspubblicistica italiana, mettendone in luce meriti e limiti, e di alimentare così la ricerca di un *mos italicus iura docendi* della nostra cultura giuspubblicistica nazionale.

The text proposes some reflections on the function of public law in the present moment, in the light of the contribution of Vittorio Emanuele Orlando as a politician and as a scholar, as it emerges from his main and minor works, his parliamentary speeches, his memoirs and his diaries. The analysis of such a volume of documentation, in fact, allows to highlight the founding function, the normative function and the narrative function of the public law of our time, as well as the three elements of politicity, statehood and historicity that still characterise it. The interpretative key proposed for this purpose also allows to question in a critical perspective some characteristic features of the Italian public law doctrine, highlighting its merits and limits, and thus to fuel the research for a *mos italicus iura docendi* of our national public law culture.

¹⁹⁴ ID., *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885*, cit., nt. 65, 24.

¹⁹⁵ G. ZAGREBELSKY, *Relazione*, in *Annuario 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Padova, 2004, 98.