

Sabino Cassese

Auf der gefahrenvollen Strasse des öffentlichen Rechts.

La “rivoluzione scientifica” di Vittorio Emanuele Orlando¹

1. Un giovane palermitano alla ricerca di un diritto nazionale
2. I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico: disegno scientifico e progetto politico
3. Due “compagni di viaggio”: Scialoja e Savigny
4. La strada pericolosa di Orlando
5. La vocazione e i compiti del nostro tempo per lo studio del diritto pubblico

¹ Relazione al convegno su Vittorio Emanuele Orlando, Palermo 28-29 ottobre 2011. L’espressione del titolo relativa alla strada piena di pericoli del diritto pubblico si trova nella dedica di Carl Schmitt del suo libro sul Leviatano a Rudolf Smend: si veda R. Mehring (a cura di), *Auf der gefahrenvollen Strasse des öffentlichen Rechts. Briefwechsel Carl Schmitt – Rudolf Smend*, Berlin, Duncker und Humblot, 2010. Ringrazio Massimo Brutti per avermi fatto avere un suo scritto inedito e Guido Melis per le osservazioni a una prima versione di questo testo.

1. Un giovane palermitano alla ricerca di un diritto nazionale

L'unificazione era stata realizzata nel 1861 senza una costituzione. Occorreva – secondo Cavour – “fare l'Italia per costituirla poi”. Era stato, quindi, adottato lo Statuto albertino, ispirato a criteri di restaurazione. La legislazione dei primi anni aveva avuto quale scopo principale quello di creare un mercato nazionale². Era poi intervenuta la legislazione di unificazione amministrativa del 1865, che aveva lasciato da parte la costituzione. Mancavano un “diritto nazionale” e “una scienza del diritto pubblico nazionale”. Occorreva una “rivoluzione scientifica”: bisognava porre le basi concettuali del nuovo ordine giuridico a cui avevano dato vita “il sangue dei martiri e il consiglio degli statisti”³. A quest'opera si accinse un palermitano

² S. Cassese, “*Fare l'Italia per costituirla poi*”. *Le continuità dello Stato*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 2010, n. 2, p. 305 ss.

³ Le quattro espressioni tra virgolette si trovano tutte in V. E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (1889), ora in V. E. Orlando, *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881 – 1940)*, Milano Giuffrè, ristampa 1954, p. 3 ss.

venticinquenne, Vittorio Emanuele Orlando, che vi dedicò un dodicennio, dal 1885 al 1897, con le tre prolusioni universitarie del 1885 (Modena), del 1886 (Messina) e del 1889 (Palermo), due manuali (i “Principii di diritto costituzionale” del 1889 e i “Principii di diritto amministrativo”, del 1891), una rivista (l’“Archivio di diritto pubblico”, fondato nel 1896), un trattato (il “Primo trattato completo del diritto amministrativo”, iniziato nel 1897)⁴. A partire da quest’ultimo anno, il giovane palermitano, già ben noto ed apprezzato, anche all’estero (tanto che un suo scritto sulla rappresentanza era stato pubblicato, nel 1895, nella seconda annata della “Revue du droit public et de la science politique”) sarà, per un trentennio, membro del Parlamento; per un decennio ministro (dell’istruzione, della giustizia e dell’interno); presidente del consiglio dei ministri durante la prima guerra mondiale; di nuovo parlamentare, con “indiminuita energia” parteciperà ai

⁴ Alla produzione scientifica diretta va aggiunta l’attività organizzativa di una scuola, sia pur in senso ampio (suo allievo fu principalmente Santi Romano) e la forte presenza nella scelta dei futuri professori, nonché il dialogo con la giurisprudenza (Orlando è stato avvocato fino alla sua morte, anche se pare che abbia svolto la sua attività principalmente dinanzi alla Corte di cassazione).

lavori dell' Assemblea costituente e poi del Senato, fino alla morte, nel 1952, a 92 anni. Per cui di Orlando può ripetersi quello che lui stesso ha scritto di Giolitti⁵, che la sua vita si confonde quasi con la storia politica italiana, per un lunghissimo periodo di tempo.

Di tutta l'attività dello studioso e del politico mi propongo di considerare solo il “manifesto” nel quale egli espose il programma di rinnovamento, di esaminarne la portata e l'ispirazione, di valutarne i limiti e l'attualità⁶.

⁵ V. E. Orlando, *Memorie (1915 - 1919)*, Milano, Rizzoli, 1960, p. 277.

⁶ Su Orlando vi è ormai una vastissima letteratura, anche se alcuni suoi scritti rimangono inediti e non si dispone di una buona riedizione degli scritti editi e di una soddisfacente biografia. Ci si limita a citare M. Fioravanti, *La vicenda intellettuale del “giovane Orlando (1881 – 1897)*, Firenze, 1979, ora con il titolo *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando*, in M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, I, Milano, Giuffrè, 2001, p. 67; G. Cianferotti, *Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè. Milano, 1980; P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 28 - 37; A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800 – 1945)*, Milano, Giuffrè, 2009. Nel centenario della prolusione palermitana, G. Rebuffa, *I lessici e il tempo delle prolusioni di Vittorio Emanuele Orlando*, A. Massera *L'influenza della cultura tedesca sulla prolusione orlandiana*; G. Azzariti, *La prolusione orlandiana e la scienza del diritto amministrativo anteriore al 1889*; G. Cianferotti, *La prolusione di Orlando. Il paradigma pandettistico, i nuovi giuristi universitari e lo Stato liberale*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 1989, n. 4, rispettivamente p. 919, p. 937, p. 968, p. 995.

2. I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico: disegno scientifico e progetto politico

Nella prolusione palermitana del 1889 il punto di partenza è quello delle “gravi imperfezioni” del diritto pubblico: esso abusa dell’elemento filosofico o di quello esegetico. I giuristi sono troppo filosofi o sociologi e troppo poco giureconsulti. Occorre, dunque, una “riforma essenziale” (definita anche una “revisione critica fondamentale”). E questa riforma deve ispirarsi al diritto privato, che ha raggiunto un maggiore grado di perfezione, dovuto al diritto romano e all’”opera meravigliosa” di Labeone, Cuiacio, Salvio Giuliano, Savigny, Papiniano, Pothier. Occorre – continua Orlando – “che il diritto pubblico si consideri, nel modo stesso che il diritto privato, come un sistema di principi giuridici sistematicamente ordinati”. “Condizione essenziale per la scienza giuridica è il rigore del sistema”. Questo viene prima della stessa

legge: “è la legge che suppone il sistema organico e non è già il sistema giuridico che suppone la legge”⁷.

Dunque, il diritto privato, in quanto sistema di principi giuridici, come mezzo di perfezionamento del diritto pubblico. Ma da dove prende Orlando questa impostazione sistematica del diritto privato – romano? Abbiamo già notato che egli mette insieme Labeone, Papiniano e Savigny. In altro passaggio della prolusione afferma di avere “profonda riverenza verso il nome di Savigny” e riconosce che la Germania è la “patria del sistema”. Dunque, il motivo ispiratore di Orlando non è il diritto romano come tale, ma piuttosto la “reinterpretazione” fattane da Savigny nel “Sistema del diritto romano attuale”, di cui la traduzione

⁷ Questa identificazione di sistematico con scientifico è così forte in Orlando, che egli, raccogliendo i suoi “scritti vari (881 – 1940)”, aggiunge “coordinati in sistema” persino nel sottotitolo del volume.

italiana del volume primo era apparsa, a cura di Vittorio Scialoja, nel 1886, appena tre anni prima della prolusione palermitana⁸.

Accanto all'ispirazione scientifica, che lo conduce a indicare l'esempio del diritto privato romano nella versione savignyana e, quindi, sistematica, vi è, in Orlando, un secondo motivo, che può dirsi politico. Insiste su questo nella parte finale della prolusione: “noi non dobbiamo occuparci di uno Stato ottimo, ma di uno Stato esistente, non della sovranità di un'idea, ma della sovranità di poteri costituiti, non dei diritti dell'uomo, ma della tutela giuridica della sfera individuale [...]”. “A noi, cui la meravigliosa storia del Risorgimento conferì la esistenza di uno Stato nazionale e libero, se non fu dato in sorte di potervi cooperare, è però assegnato un altro compito delicatissimo e solenne [...]. Il sangue dei martiri e il consiglio degli statisti ci diede lo Stato italiano, la scuola giuridica deve essa ora dare la scienza del diritto pubblico

⁸ F. C. di Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, traduzione dall'originale tedesco di Vittorio Scialoja, I, Torino, UTET, 1886.

italiano”. Questo è un “debito sacro”. “Quest’unità di Stato così lungamente desiderata non basta che abbia avuto un riconoscimento politico, ma bisogna che viva della vita del diritto, di un diritto nostro, di un diritto nazionale”. Occorre “apportare un poderoso contributo a questa nuova formazione di un diritto pubblico nazionale”. Le università devono essere il “centro motore di questo nuovo indirizzo”.

Orlando ritornerà continuamente, nei successivi sessant’anni, sul “manifesto” del 1889, quasi sempre sottolineandone l’aspetto della “rivoluzione scientifica”. Lo farà nel 1897, nella Prefazione del trattato di diritto amministrativo⁹; nelle nuove edizioni dei “principii di diritto costituzionale”¹⁰, in cui riconoscerà di appartenere alla scuola storica fondata da Savigny; nel 1909, nella

⁹ V. E. Orlando, *Prefazione*, in V. E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società editrice libraria, 1897, p. V ss.

¹⁰ V. E. Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, Barbera, IV ed. 1905, p. 5 ss. dove sottolinea che la “nuova tendenza” era “radicale nei suoi fini” e mirava a una “instauratio ab imis”; si veda anche V. E. Orlando, *Diritto costituzionale. Lezioni*, redatte da A. Campobassi, anno 1905-1906, Roma, Ferri, 1906, p. 3 ss. (questa è edizione litografica delle lezioni orali svolte dall’Orlando e raccolte da Campobassi; qui è importante, in particolare, la “prolusione”).

“presentazione” del primo numero della Rivista di diritto pubblico¹¹; nel 1925, nelle “note dell’autore del 1925 all’autore del 1885”; nel 1939, nello scritto “Ancora sul metodo in diritto pubblico, con particolare riguardo all’opera di Santi Romano”; nel 1940, nella “Prefazione dell’autore” della raccolta dei suoi scritti con il titolo “Diritto pubblico generale”¹²; nel 1949, nella “introduzione” alla traduzione italiana della “Dottrina generale del diritto dello Stato” di Georg Jellinek¹³; infine, negli “Sviluppi storici del diritto amministrativo in Italia dal 1890 al 1950”, premessi ai “Principii di diritto amministrativo”, edizione del 1952¹⁴.

¹¹ *Il nostro compito*, in “Rivista di diritto pubblico”, A. I, 1909, p.1 ss, a firma di Orlando, Luzzatti, Salandra, Codacci – Pisanelli, Calisse, Corradini, D’Amelio.

¹² V. E. Orlando, *Diritto pubblico generale* cit. p. VII ss.

¹³ V. E. Orlando, *Introduzione generale*, in G. Jellinek, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, trad. it., Milano, Giuffr , 1949, p. III ss.

¹⁴ V. E. Orlando, *Sviluppi storici del diritto amministrativo in Italia dal 1890 al 1950*, in V. E. Orlando, *Principii di diritto amministrativo*, nuova edizione (S. Lessona), Firenze, Barbera, 1952, p. V ss.

I numerosi studi storici del “manifesto” orlandiano sono concordi nel riconoscere che esso ha costituito una netta cesura. Che suscitò molte reazioni¹⁵, ma fu vincente nel mondo scientifico, nel senso che la dottrina pubblicistica italiana ha continuato a studiare secondo il paradigma orlandiano e ha riconosciuto la sua “paternità”. Ma alcuni ne hanno dato una interpretazione riduttiva, come “indicazione del cammino”, non “piano di ricostruzione”, né “enunciato di principi ricostruttivi”¹⁶(in effetti, nella prolusione palermitana Orlando si limita a menzionare come importanti i concetti di personalità giuridica dello Stato e di diritti pubblici subbiettivi).

Nessuno ha tentato di esaminare quanto si scriveva in altri ordinamenti e culture negli stessi anni. Per esempio, nessuno ha provato a chiedersi perchè, nel 1894, presentando la rivista

¹⁵ Argomento, questo, non sufficientemente indagato: si veda comunque P. Beneduce, “*Punto di vista amministrativo*” e *Stato di diritto: aspetti del germanesimo dei giuristi italiani alla fine dell'Ottocento*, in “Annali dell'Istituto storico italo – germanico in Trento”, 1984, X, p. 119 ss.

¹⁶ M. S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in “Studi sassaresi”, 1940, XVIII, p. 66, ripubblicato nei “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, 1973, n. 2, p. 179 ss.

destinata a diventare la più importante in Europa, intitolata non a caso “Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger”, Ferdinand Larnaude scrivesse: “Pour traiter les questions de droit constitutionnel, de droit administratif, même de droit international, il faut être jurisconsulte. [...] Mais il n'en est pas de même de la science politique, et la science politique me paraît un complément indispensable des études de droit public »¹⁷.

E nessuno ha notato che anche nell'area culturale germanica vi era chi prendeva orientamenti interamente diversi. Così Hugo Preuss, nato nello stesso anno di Orlando, nello scritto per l'”Habilitation” del 1889 – quindi coevo alla prolusione orlandiana -, sviluppava l'idea che i poteri pubblici nello Stato moderno fossero disposti su più piani; ciò gli consentì di sostenere, nel 1912, che “der

¹⁷ A. Le Divillec, *La fondation et les débuts de la Revue du droit public et de la science politique (1894 – 1914)*, in “Revue du droit public et de la science politique », 2011, n. 2, p. 525.

Volksstaat wendet sich gegen den Obrigkeitsstaat” e di sviluppare per primo in Germania la teoria del pluralismo¹⁸.

Ora, io credo che il disegno orlandiano vada considerato meno un capitolo della storia della scienza del diritto pubblico che un momento della costruzione dello Stato¹⁹. Ben poco originale si presenta il richiamo all’esempio del diritto privato, nella sua ricostruzione savignyana, mentre nuovi sono altri elementi. Innanzitutto il riferimento al diritto romano, e quindi a un tema nazionalistico. Poi, il richiamo alle istituzioni positive (“non dobbiamo occuparci di uno Stato ottimo, ma di uno Stato esistente”). Infine, l’appello a cooperare alla “vita del diritto, di un diritto nostro, di un diritto nazionale”, attraverso la creazione, nell’Università, di una scienza del diritto pubblico.

¹⁸ Su Preuss si veda, di recente, A. Vosskuhle, *Hugo Preuss als Vordenker einer Verfassungstheorie des Pluralismus*, in “Der Staat”, 2011, B. 50, Heft 2, spec p. 256, 262 e 264.

¹⁹ Ha messo in luce, accanto al disegno culturale, il sostegno del giovane edificio statale offerto dal “giurista costruttore” Orlando, P. Grossi, *Scienza giuridica* cit. p. 28 ss.

Qui sta l'importanza del disegno orlandiano, in questa funzione politica del metodo giuridico²⁰. Orlando ebbe un atteggiamento patriottico, si sentì il continuatore dei patrioti e degli statisti del Risorgimento; ebbe il sentimento delle carenze costituzionali del nuovo Stato; nel decennio della sua vita di studioso destinato a preparare il suo trentennio parlamentare, si cimentò nell'impresa di costruire una scienza che procurasse alle nuove istituzioni una base concettuale, chiamò a raccolta i giuristi perché lavorassero con metodo sistematico sulle nuove istituzioni. Era convinto di fare così opera costituente, perché “è la legge che suppone il sistema organico del diritto”; “pel giurista, il quale non vede nella legge se non la riproduzione di un principio giuridico di cui egli deve avere già notizia e coscienza, non può essere altrimenti tenuta in conto se non in quanto quel principio giuridico

²⁰ Che ho sottolineato già nel 1971, ma solo con riferimento alla “canalizzazione” del consenso verso le istituzioni del nuovo Stato (S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971, p. 29). Sul progetto politico che stava dietro il disegno di Orlando, E. Cheli, *Modello costituzionale e scienza amministrativa*, in AA. VV., *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1990, p. 100.

è in essa dichiarato, e in quanto dunque la legge rientra nel generale sistema del diritto”. Quale costruttore del sistema, il giurista, quindi, viene prima del legislatore, stabilisce le coordinate nelle quale quest’ultimo si muove. In una parola, la scienza è chiamata a svolgere una funzione superiore a quella del legislatore, di tipo costituzionale.

Per questo si può dire che non vi sia continuità e coerenza nell’attività di Orlando costruttore del sistema e in quella di Orlando legislatore. La prima poteva ispirarsi a principi superiori, la seconda era dettata dalle contingenze²¹.

3. Due “compagni di viaggio”: Scialoja e Savigny

²¹ Ma questo è un punto che richiederebbe più ampi studi, che prendano sistematicamente in esame l’attività scientifica e quella politica di Orlando: ci fu un programma "politico" che traducesse coerentemente il disegno della scuola italiana di diritto pubblico? E in che termini? Con quale rapporto con Giolitti, che fu il “dominus” della scena parlamentare coeva?

Orlando non fu un isolato nel far sentire la sua voce a favore di nuove istituzioni per il nuovo Stato. Ebbe, anzi due illustri predecessori, Scialoja e Savigny.

Guardiamo, innanzitutto, le date. Le tre prolusioni orlandiane sono del 1885, 1886 e 1889. La prolusione camerte di Scialoja è del 1879. La pubblicazione del primo volume del “Sistema” di Savigny, nella traduzione italiana fatta da Scialoja, del 1886 (l’originale tedesco dell’opera era apparso negli anni 1840 – 1849).

La prolusione “del diritto positivo e dell’equità” di Vittorio Scialoja, letta sul finire del 1879 e pubblicata nel 1880²², è stata già messa in parallelo con le tre prolusioni orlandiane, per la comune ispirazione al “paradigma pandettistico”²³. Ma c’è di più. Scialoja osserva in apertura che “il diritto veramente degno di

²² Camerino, Savini, 1880.

²³ G. Cianferotti, *Storia della letteratura amministrativistica italiana I. Dall’Unità alla fine dell’Ottocento. Autonomie locali. Amministrazione e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 750.

questo nome sorge con lo Stato [....]”. Questo detta “regole generali” che sono “sancite dal comune consenso di coloro che formano lo Stato”. E termina osservando: “Noi crediamo che l’inchinare la privata volontà, il privato giudizio dinanzi al volere dello Stato, qualunque esso sia, è opera di buon cittadino; e che solamente così si possa mantenere intatta quella libertà, che fu dai nostri padri con tanta fatica conquistata”. “Coloro che, come me, propugnano il puro diritto positivo, sono stati spesso accusati di grettezze di idee e di mancanza di ideali”. Invece, solo così “si potrà rendere alla patria l’antica grandezza”.

Sono presenti, in questi passaggi, alcuni dei temi orlandiani: richiamo alla recente formazione di uno Stato; posto importante riservato alla legge (e conseguente svalutazione dell’equità); difesa del diritto positivo; nazionalismo. Implicita l’assunzione del diritto romano come base per la costruzione di ogni ramo del diritto: nel 1930, festeggiando il suo allievo Oreste Ranelletti,

Scialoja noterà che “si impara il diritto amministrativo facendo l’esegesi del Corpus Juris”²⁴.

Ancor più forti le affinità tra Orlando e Savigny. Abbiamo visto che Orlando nel 1889 riconosce un posto speciale a Savigny. Vi tornerà scrivendo nel 1939 in onore di Santi Romano: Savigny è uno “spirito eccezionale”²⁵. Si ricordi che Orlando, negli anni accademici 1892 – 1893 e 1893-1894, tenne un corso di Istituzioni di diritto romano, di cui furono raccolte anche le dispense²⁶.

Dunque, in primo luogo, Savigny spiega che è importante “servirsi del diritto romano come mezzo di perfezionamento dello stato del nostro diritto”²⁷. In questo modo si può “lavorare col concorso della forza dei secoli passati”²⁸. Anche Orlando ritiene

²⁴ V. Scialoja, *Onoranze a Oreste Ranelletti*, in V. Scialoja, *Scritti e discorsi politici*, II, Roma, Anonima romana editoriale, 1936, p. 318.

²⁵ V. E. Orlando *Ancora del metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all’opera di Santi Romano*, ora in V. E. Orlando, *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881 – 1940)*, cit., p. 49.

²⁶ V. E. Orlando, *Corso di istituzioni di diritto romano*, dispense universitarie, Palermo, 1894.

²⁷ F. C. Savigny, *Sistema cit.*, p. 16 – 17.

²⁸ F. C. Savigny, *Sistema cit.*, p. 3.

che lo stato del diritto del suo tempo richieda una “rivoluzione scientifica”, e che il suo perfezionamento possa avvenire attraverso il diritto romano. Ambedue assumono che il diritto romano sia quello della pandettistica.

In secondo luogo, anche Savigny ritiene che “il vizio capitale delle nostre attuali condizioni giuridiche consiste in una sempre più marcata separazione della teoria e della pratica”²⁹; il diritto romano è il mezzo per ristabilire l’unità di teoria e pratica. Ristabilita l’unità, “il teorico conserva e coltiva l’intelligenza della pratica e il pratico l’intelligenza della teoria”³⁰.

In terzo luogo, Savigny ritiene che “nella nostra scienza, qualsiasi successo si fond[a] sulla padronanza dei principi fondamentali. Ebbene, proprio in ciò consiste la grandezza dei giuristi romani”. È per questo che “tutto il loro modo di procedere

²⁹ F. C. Savigny, *Sistema cit.*, p. 13.

³⁰ Sono parole con le quali l’anonimo curatore della traduzione ottocentesca del “Beruf” riassume la posizione del giurista tedesco: *Della Vita, e delle Opere di Savigny e della importanza della Scuola Storica*, in F. C. de Savigny, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, trad. it., Verona, Minerva, 1857, p. 65.

possiede una sicurezza che non si riscontra in nessun altro campo al di fuori della matematica, sicchè si può dire, senza tema di esagerare, che essi calcolano con i loro concetti”³¹. “La forma che deve adottarsi per conseguire lo scopo prefisso è quella sistematica”. “Io pongo l’essenza del metodo sistematico nel riconoscimento e nell’esposizione dell’intimo legame e dell’affinità per cui i singoli concetti giuridici e le singole regole sono connesse in una grande unità”. “Tutti i rapporti giuridici nella ricca e vivente realtà formano un tutto organico, che noi però siamo costretti a scomporre nelle sue parti per comprenderle successivamente e per poterle comunicare agli altri”³². Giustamente è stato osservato che il metodo sistematico di Savigny “mira a comprendere come un tutto unitario la totalità delle norme giuridiche e degli istituti giuridici, su cui esse si

³¹ F. C. Savigny, *La vocazione* cit. nella traduzione di A. Schiavone, *Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny*, Roma – Bari, Laterza, 1984, p. 71.

³² F. C. Savigny, *Sistema* cit., p. 20 – 21.

fondano”³³ e che “l’idea di sistema è [....] una specie di modello sovra storico, riferibile a tempi e vicende diverse, con adattamenti e sviluppi, ma con una fissità delle figure fondamentali, simile a quella propria delle categorie giusnaturalistiche”³⁴.

Ultimo elemento comune a Savigny e Orlando, non a caso ambedue grandi giuristi ma anche attivi politici, il nazionalismo. Come è stato osservato, “Savigny punta fin dall’inizio a costruire lo studio romanistico come parte della fondazione di un diritto privato nazionale [...]”³⁵.

4. La strada pericolosa di Orlando

³³ K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1966, p. 15.

³⁴ M. Brutti, *Vittorio Scialoja. Diritto romano e sistema nel tardo Ottocento*, in corso di pubblicazione nel “Bullettino di diritto romano”, 2011, p. 3 del dattiloscritto.

³⁵ M. Brutti, *Vittorio Scialoja* cit., p. 4. Sul nazionalismo di Savigny, F. De Marini, *Introduzione*, in F. De Marini (a cura di), *Savigny*, Bologna, Il Mulino, 1980, p. 12 – 13. Sul metodo sistematico tedesco e Savigny c’è ampia letteratura: tra gli scritti recenti, A. Trombetta, *Savigny e il sistema. Alla ricerca dell’ordine giuridico*, Bari, Cacucci, 2008 e le pagine di F. Marinelli, *Scienza e storia del diritto civile*, Roma – Bari, Laterza, 2009, p. 113 ss.

La strada intrapresa da Orlando era particolarmente accidentata. Vediamo dove stavano i pericoli, prendendo separatamente il suo disegno politico e il suo programma scientifico.

Il disegno politico, quello di dare un saldo insieme di principi al nuovo Stato, nel quale potesse svolgersi la sua legislazione, comportava un rifiuto del costituzionalismo, che poteva essere un pericoloso concorrente all'azione del "Juristenrecht" propugnato da Orlando. Infatti, Orlando nella prolusione del 1889 osserva: "tutti questi statuti o carte costituzionali sono ciò che di peggio si può immaginare, strana accozzaglia di definizioni astratte, di massime generalissime, che dalle nuvole di trascendentali dichiarazioni di diritto piombano repentinamente nelle umili sfere delle materie più insignificanti". Questa posizione anti-costituzionale sarà tenuta ferma anche all'Assemblea costituente,

fino alla dichiarazione antieuropea, che tanto dispiacque a De Gasperi, dell'ultimo Orlando: “non voglio morire europeo”³⁶.

Nella posizione orlandiana si rifletteva l'avversione tipica dei liberali inglesi nei confronti del costituzionalismo alla francese, fondato sulle rivoluzioni e sulle proclamazioni dei diritti nelle carte costituzionali, contrapposto a quello inglese, fondato invece sulle trasformazioni progressive e incruente e sulla tutela giurisdizionale dei diritti. Ma era presente anche il rifiuto di un diritto superiore, che potesse limitare il legislatore di ogni giorno, ma venisse così a svolgere quella funzione ordinante che Orlando assegnava all'Università e alla scienza del diritto pubblico³⁷.

³⁶ Si veda F. Grassi Orsini, *Orlando, profilo dell'uomo politico e dello statista: la fortuna e la virtù*, in Senato della Repubblica – Archivio storico, *Vittorio Emanuele Orlando. Discorsi parlamentari*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 117 (e p. 951 – 962 per il discorso parlamentare). Su questo volume la recensione di F. Colao, in “Studi senesi”, 2003, n. 3, p. 622 ss.

³⁷ Acute osservazioni sulla scarsa fiducia di Orlando nel legislatore e nel suo convincimento della sua limitatezza, nonché sul potere costituente da lui assegnato alla dottrina in M. Fioravanti, *Popolo e Stato* cit., p 109 ss.

I segni dell'orgoglio "costituente" di Orlando si vedono nel modo in cui, per decenni, sosterrà tesi palesemente opposte agli sviluppi del diritto positivo, quella della rappresentanza politica come designazione di capacità, quella degli enti locali come organi statali, quella della giustizia amministrativa come attività amministrativa contenziosa. O rimase convinto "che il nostro sistema positivo del diritto amministrativo non si fosse modificato nelle sue strutture portanti"³⁸ dal periodo giolittiano alla Repubblica.

Il programma scientifico di Orlando, a sua volta, era vuoto, consisteva piuttosto nell'idea di un programma. Si limitava ad auspicare unità di pratica e teoria, analisi sistematica, modello romanistico in versione savignyana.

Orlando accettava acriticamente la ricostruzione savignyana, secondo la quale il diritto romano aveva una "forma classica,

³⁸ M. S. Giannini, *Recensione* a V. E. Orlando, *Principi di diritto amministrativo*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 1953, n. 1, p. 148.

coerente, compiuta”, indipendente dai singoli giuristi, considerati in certo senso “persone fungibili”. Ma il diritto romano era davvero “rigoroso calcolo di concetti” o non era piuttosto fondato sulla “problematicità di assunti provvisori e suscettibili di essere messi in discussione”? Non dava ampio spazio, il diritto romano, al diritto controverso, non era esso legato a un “nesso obbligato alla pratica”, caratterizzato dal “costante applicarsi a casi concreti”, attento alla “necessaria ricaduta di ogni soluzione giuridica entro il processo”³⁹, in fondo più vicino al “judge made law” anglosassone e al suo approccio casistico, che alle armoniche ricostruzioni frutto dello spirito sistematico e geometrico di Savigny?

Ma, oltre al contraddittorio nazionalismo, per cui leggeva il diritto romano con gli occhiali da logico – matematico del tedesco Savigny (quest’ultimo criticato da Hegel per aver ridotto le

³⁹ I brani riportati sono di M. Brutti, *L’indipendenza dei giuristi (dallo ius controversum all’autorità del principe)*, in F. Milazzo (a cura di), *Ius controversum e Auctoritas principis. Giuristi, Principe e Diritto nel primo Impero*, Napoli, ESI, 2003, p. 403 – 405.

Pandette ad assiomi per chi ama le formule matematiche), Orlando considerava uno Stato ideale, lo Stato “in quanto comanda e vale in quanto ha la forza di far rispettare il comando”⁴⁰. Ma lo Stato italiano reale del dodicennio nel quale Orlando maturò il suo progetto scientifico era quello di un potere pubblico con una base elettorale molto ristretta: Orlando si presentò alle elezioni una prima volta nel 1895, ottenne 403 voti e fu battuto da un fedelissimo di Crispi, che aveva ottenuto 685 voti; si ripresentò nel 1897 e fu eletto con 685 voti, contro 511 del suo oppositore⁴¹. Era uno Stato nel quale la stragrande maggioranza della popolazione era analfabeta, il divario tra Nord e Sud molto forte, moltissimi gli emigranti, deboli le strutture amministrative. In quale misura l’”esempio immortale di logica giuridica” fornito dal diritto romano come “modello di diritto privato a base di libertà individuale” vantati da Vittorio Scialoja nella “Prefazione” alla

⁴⁰ V. E. Orlando, *Sul concetto di Stato*, in V. E. Orlando, *Diritto pubblico generale* cit., p. 220.

⁴¹ Questi dati in F. Grassi Orsini, *Orlando* cit., p. 35 e p. 37.

traduzione del primo volume del “Sistema” di Savigny, poteva fornire strumenti per la formazione di una classe dirigente idonea a gestire le condizioni difficilissime della società italiana di quel tempo? Non sarebbero state maggiormente utili la logica ingegneristica del nascente capitalismo o quella militare dell’esercito, le uniche risorse tecnico - amministrative utilizzabili all’epoca, per cogliere le regole di funzionamento di un sistema disfunzionale, e correggerle?

Insomma, “la teoria italiana dello Stato si rivela un trapianto forzoso di concetti e ideologie, in singolare contrasto con la realtà dello Stato italiano, nel quale la “leadership” amministrativa piemontese, cioè dell’unica componente dove vi fosse una tradizione statale, era destinata a dissolversi presto e a lasciare spazio alla “meridionalizzazione dello Stato”, cioè alla conquista degli uffici ad opera di quella parte d’Italia dove meno erano presenti la cultura e la tradizione statali. Potrebbe dirsi che la funzione della forte concezione di statalità della cultura giuridico

– politica sia stata quella di stabilire uno “standard” mai raggiunto, ma finendo così per “coprire”, sul piano ideologico, le debolezze del corpo reale dello Stato”⁴².

6. La vocazione e i compiti del nostro tempo per lo studio del diritto pubblico

Che cosa resta oggi dell’insegnamento orlandiano? Che cosa è vivo e che cosa è morto della scuola nazionale del diritto pubblico? Quali altre vocazioni e quali altri compiti si presentano⁴³?

⁴² S. Cassese, “*Fare l’Italia per costituirla poi*”. *Le continuità dello Stato*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 2011, A. LXI, Fasc. 2, p. 327.

⁴³ Un bilancio, sia pur limitato al diritto amministrativo e ad anni meno vicini, in A. Sandulli, *Costruire lo Stato* cit., e in A. Massera, *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in “Diritto amministrativo”, 2010, n. 4, p. 761 ss. Si vedano, con riferimento ad altre culture giuridiche, R. Zimmermann, *Savigny’s Legacy. Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Legal Science*, in “The Law Quarterly”, 1996, vol. 112, October, p. 576 ss; M. O. DeGirolami, *The vanity of dogmatizing*, in “Constitutional Commentary”, 2010, vol. 27, n. 1, p. 201 ss; il numero speciale del “German Law Journal”, 2011, vol. 12, n. 2 dedicato a “The Many Fates of Legal Positivism”.

Innanzitutto, il diritto romano non ha neppur piccola importanza pratica, non è più materia di esercitazioni esegetiche, è solo parte del diritto storico e oggetto di ricerche filosofiche⁴⁴. Costituisce un patrimonio enorme, a patto di considerarlo soltanto in quanto prodotto della storia e oggetto di analisi storiografiche, sempre rinnovantisi sulla base degli interrogativi sempre nuovi che si pongono quotidianamente. Del diritto romano vi sono tracce nel diritto vigente, ma dubito che possa dirsi - come affermava Scialoja - che esso è non formalmente, ma sostanzialmente in vigore. Anche istituti con ascendenze romanistiche hanno assunto significati e funzioni diversi, e comunque si sono perdute la memoria e la percezione della loro origine, perché lo studio del diritto romano è divenuto sempre più limitato, meno approfondito (specialmente fuori d'Italia)⁴⁵.

⁴⁴ Ripercorro così i diversi aspetti dell'importanza del diritto romano indicati da Scialoja nella citata "Prefazione" alla traduzione del primo volume del "Sistema" di Savigny, p. XXI – XXII.

⁴⁵ S. Cassese, *L'anatra di Goethe*, in "Index", 2011, p. 26ss. e *La storia, compagna necessaria del diritto*, in "Le carte e la storia", 2009, A. XV, n. 2, p. 5ss.

In secondo luogo, il riferimento esclusivamente nazionale delle scienze giuridiche in generale e del diritto pubblico in particolare è superato dalla formazione di poteri pubblici sovranazionali e dall'incatenamento degli ordini giuridici nazionali in ordini globali settoriali. Ciò ha portato alla formazione di comunità di studiosi, che si vanno costituendo parallelamente alla formazione di comunità di politici, di funzionari pubblici, di giudici nazionali, tra i quali vi sono continue interazioni che legano i diversi ordini giuridici e costruiscono fabbriche giuridiche comuni.

Terzo sviluppo: la scienza giuridica è andata al di là del positivismo legale o normativistico. Per il giurista positivista il diritto era il "law in books", era composto di leggi intese come prodotto della volontà degli Stati. Il giurista concepiva se stesso solo come interprete. Ora, invece, lo studio del diritto legislativo viene integrato con lo studio del "law in action" e lo studio delle leggi con lo studio delle sentenze. La scienza giuridica ha aperto

gli orizzonti all'esame delle pratiche legali e di ogni altro tipo di "soft law". Non intende la norma solo come comando e divieto, ma anche come promozione, incentivo, regola. È meno preoccupata del sistema, più orientata all'esame dei problemi; meno interessata alla costruzione di ordini logico – giuridici, più curiosa di comprendere il funzionamento delle diverse parti della macchina giuridica. È passata da un esame statico a uno dinamico. Esamina anche i valori che stanno dietro alle norme⁴⁶.

In quarto luogo, mentre il diritto pubblico tradizionale riconosceva lo Stato come soggetto principale del proprio esame, l'attenzione si è ora spostata sul cittadino.

Possiamo essere soddisfatti di questi sviluppi? Per quanto siano importanti, ritengo che di essi non ci si possa accontentare.

⁴⁶ Nel 1990 E. Cheli osservava giustamente che gli studiosi di diritto pubblico italiani della quarta generazione seguivano tre linee direttrici: "quella della ricollocazione del diritto pubblico nell'area delle scienze sociali; quella della rivalutazione dei fini pratici della scienza, e cioè della politica del diritto; quella della ricerca dei fondamenti e dello spessore storico degli "istituti" giuridici", donde negazione della validità della visione sistematica, recupero dell'analisi giurisprudenziale, valorizzazione dei fini pratici della scienza giuridica (E. Cheli, *Modello costituzionale* cit., p. 104 - 105).

Bisogna, in primo luogo, andare più decisamente oltre il nazionalismo giuridico e oltre la mera comparazione giuridica. Il diritto pubblico è ora fondato su alcuni principi comuni, quali, ad esempio, quello di proporzionalità, l'obbligo di udire e di motivare, il principio di ragionevolezza, il giusto procedimento, la tutela di alcuni diritti fondamentali, convenzionalmente chiamati umani. Questi principi sono diversamente disciplinati, negli ordini giuridici nazionali e in quelli sovranazionali, ma hanno comuni radici. Operano in contesti diversi, che ne influenzano gli usi. Vanno studiati con metodi di “wertende Rechtsvergleichung”.

Il nostro secondo compito è quello di tener conto della tendenza di ogni ordine giuridico ad integrarsi in altri ordini, dando luogo a costruzioni definite correntemente, ma impropriamente, multi-livello. Se la generazione precedente alla nostra ha lavorato per riconoscere la primazia del diritto costituzionale sul diritto amministrativo (“Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht”), nostro compito è quello di

riconoscere l'importanza crescente di ordini giuridici sovranazionali. Per cui un diritto pubblico al cui centro è lo Stato viene affiancato da un diritto pubblico al cui centro vi è una rete complessa di ordini giuridici, nazionali, regionali e globali.

Il nostro terzo compito è quello di ricostruire l'unità del diritto pubblico, persa con la specializzazione dei suoi diversi rami, il costituzionale, l'amministrativo, l'internazionale, il tributario, ognuno attratto dallo sviluppo di giudici di settore (la corte costituzionale, la giustizia amministrativa, le corti internazionali, i tribunali tributari).

Compiti di questo tipo debbono tener conto che la creazione per via legislativa di uno spazio europeo di ricerca (art. 179.1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) conduce alla creazione anche di un'area giuridica europea di ricerca, che contribuirà all'ulteriore rottura dell'isolamento della scienza giuridica, allo sviluppo della comparazione (direi, oltre la

comparazione⁴⁷), richiede di far i conti con la cultura giuridica americana, ridurrà compartimentalizzazione e aumenterà la pluralizzazione della scienza giuridica. Ma ciò non può avvenire aggrappandosi al “costruttivismo dottrinale” che implica una riscoperta di Savigny, l’adesione a un’idea di diritto come sistema razionale e organico da cui derivano le decisioni su singoli casi concreti, in una parola il neo-pandettismo⁴⁸.

⁴⁷ S. Cassese, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 147: “[...] bisogna aver il coraggio di andare oltre la comparazione. Questa, in fondo, resta sulla concezione positiva e nazionalistica del diritto, in quanto mette a raffronto sistemi giuridici nazionali. Un passo avanti è stato fatto sia da coloro che si sono interessati delle “famiglie” di sistemi giuridici (quella anglosassone, quella romano – germanica, quella asiatica, ecc.), sia dagli studiosi che si sono messi a ricercare principi comuni a più sistemi (il “common core”). Ma neppure questo basta. Bisogna partire da più in alto, dalla universalità del diritto. Riconoscere le radici comuni e i contesti diversi. Studiare la circolazione non solo degli istituti, ma anche delle idee e delle culture. Esaminare gli influssi reciproci e le migrazioni. Analizzare la formazione di istituzioni sovrastatali, che mettono in circolo culture e diritti. Aggiungere alla comparazione orizzontale, di ordinamenti equiparati (quello francese, quello inglese, quello americano), la comparazione verticale, di ordinamenti sovrapposti (quello italiano, quello europeo, quello dell’organizzazione mondiale del commercio)”.

⁴⁸ Si vedano gli importanti contributi di R. Zimmermann, *Savigny’s Legacy* cit. e di A. von Bogdandy, *Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum*, in „Juristenzeitung“, 2011, 66, n.1, p. 1 ss che, con accenti e sviluppi diversi, militano per lo sviluppo di una scienza giuridica europea, pluralistica e fondata sulla comparazione, ma con riferimento a un nucleo centrale di carattere sistematico, sul modello savigniano.

L'opera di Orlando, il suo progetto politico, il suo programma scientifico, possono aiutarci a procedere lungo questa strada, ma solo se riusciamo a collocarli nella loro storia, a comprenderne l'ambizione e i limiti, a liberarci del loro prezioso lascito.