

# Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico

Vittorio Emanuele Orlando *reloaded*

a cura di

**Fulvio Cortese**

**Corrado Caruso**

**Stefano Rossi**

**FRANCO**ANGELI



Scritti di

**Diritto Pubblico**

# STUDI DI DIRITTO PUBBLICO

Collana diretta da **Roberto Bin, Fulvio Cortese e Aldo Sandulli**  
coordinata da **Simone Penasa e Andrea Sandri**

## REDAZIONE

Chiara Bergonzini, Fabio Di Cristina, Angela Ferrari Zumbini, Stefano Rossi

La Collana promuove la rivisitazione dei paradigmi disciplinari delle materie pubblicistiche e l'approfondimento critico delle nozioni teoriche che ne sono il fondamento, anche per verificarne la persistente adeguatezza.

A tal fine la Collana intende favorire la dialettica interdisciplinare, la contaminazione stilistica, lo scambio di approcci e di vedute: poiché il diritto costituzionale non può estraniarsi dall'approfondimento delle questioni delle amministrazioni pubbliche, né l'organizzazione e il funzionamento di queste ultime possono ancora essere adeguatamente indagati senza considerare l'espansione e i modi di interpretazione e di garanzia dell'effettività dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali. In entrambe le materie, poi, il punto di vista interno deve integrarsi nel contesto europeo e internazionale. La Collana, oltre a pubblicare monografie scientifiche di giovani o affermati studiosi (**STUDI E RICERCHE**), presenta una sezione (**MINIMA GIURIDICA**) di saggi brevi destinata ad approfondimenti agili e trasversali, di carattere propriamente teorico o storico-culturale con l'obiettivo di sollecitare anche gli interpreti più maturi ad illustrare le specificità che il ragionamento giuridico manifesta nello studio del diritto pubblico e le sue più recenti evoluzioni.

La Collana, inoltre, ospita volumi collettanei (sezione **SCRITTI DI DIRITTO PUBBLICO**) volti a soddisfare l'esigenza, sempre più avvertita, di confronto tra differenti saperi e di orientamento alla lettura critica di problemi attuali e cruciali delle discipline pubblicistiche.

La Collana si propone di assecondare l'innovazione su cui si è ormai incamminata la valutazione della ricerca universitaria. La comunità scientifica, infatti, sente oggi l'esigenza che la valutazione non sia più soltanto un compito riservato al sistema dei concorsi universitari, ma si diffonda come responsabilità dell'intero corpo accademico.

*Tutti i volumi, pertanto, saranno soggetti ad un'accurata procedura di valutazione, adeguata ai criteri fissati dalle discipline di riferimento.*

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: *www.francoangeli.it* e iscriversi nella home page al servizio “Informatemi” per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità.

# **Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico**

Vittorio Emanuele Orlando *reloaded*

a cura di

**Fulvio Cortese**

**Corrado Caruso**

**Stefano Rossi**

**FRANCOANGELI**



Scritti di

**Diritto Pubblico**

Copyright © 2020 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

*L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito [www.francoangeli.it](http://www.francoangeli.it).*

# INDICE

Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico: una introduzione, di  
*Corrado Caruso, Fulvio Cortese* pag. 9

## PRIMA PARTE

### SPAZI E METODI DEL DIRITTO PUBBLICO. TEORIA E PRATICA TRA DIRITTO, POLITICA E AMMINISTRAZIONE

- Vittorio Emanuele Orlando, i confini del diritto pubblico e la dottrina giuridica di oggi, di *Giulio Itzcovich* » 25
- L'arena del diritto pubblico, di *Martina Conticelli* » 48
- Tra fuoco e cenere. Riflessioni su diritto e politica nel pensiero di Orlando, di *Annalisa Furia* » 67
- Qual è la funzione del diritto pubblico? Vittorio Emanuele Orlando e la ricerca di un *mos italicus iura docendi* della nostra cultura giuspubblicistica nazionale, di *Marco Benvenuti* » 91
- La vita profonda del diritto. Orlando e il metodo del diritto costituzionale, di *Michele Massa* » 113
- Vittorio Emanuele Orlando e le vicende del metodo nella scienza del diritto amministrativo, di *Alfredo Moliterni* » 141

## SECONDA PARTE

### SFIDE E PROTAGONISTI DEL DIRITTO PUBBLICO.

#### IL DIRITTO PUBBLICO IN AZIONE: NEL CONFRONTO CON ALTRE SCIENZE, NELLE TRASFORMAZIONI DELL'UNIVERSITÀ, NELLA FORMAZIONE DELLA CLASSE DIRIGENTE

- Ai confini del diritto pubblico: ibridazione dei metodi e identità epistemologiche nel prisma del primato della Costituzione, di *Simone Penasa* pag. 171
- Irragionevole efficacia o ragionevole inefficacia? Prendere decisioni “matematicamente certe”, di *Matteo Casati* » 195
- Rileggere Orlando: l'Università e il diritto tra tradizione e innovazione, di *Enrico Carloni* » 214
- L'Università come organizzazione pubblica tra tradizione e competizione. Oltre la competitività interna al “sistema universitario”, di *Carla Barbatì* » 228
- Dal metodo al progetto. Il diritto e la formazione della classe dirigente a partire da V.E. Orlando, di *Stefano Rossi* » 241
- Egemonia del diritto pubblico e formazione delle *élites*: la Magistratura da corpo separato a potere integrato (e ritorno?), di *Francesca Biondi* » 254
- Una scienza per «la felicità dei cittadini»: la traiettoria di Giovanni Vacchelli (1866/1940), di *Andrea Rapini* » 275

## TERZA PARTE

### UNO, NESSUNO, CENTOMILA: ACCADEMIA E POLITICA IN VITTORIO EMANUELE ORLANDO

- La disapplicazione del metodo giuridico orlandiano da parte di Vittorio Emanuele Orlando, di *Aldo Sandulli* » 299
- Orlando uno e trino *versus* Orlando dimenticato o immaginario, di *Marco Mazzamuto* » 309
- I confini fra diritto amministrativo e scienze dell'amministrazione: la lezione di Orlando, di *Antonio Cassatella* » 331

La legge elettorale della Camera dei deputati: primo e ultimo atto della riflessione orlandiana, di *Matteo Cosulich* pag. 359

Orlando, l'enigma del metodo e *Las Meninas* di Velázquez, di *Giuseppe Di Gaspare* » 373

Il confronto tra il metodo di V.E. Orlando e la sistematica architettonica degli esponenti del cattolicesimo democratico e sociale in Assemblea costituente, di *Enzo Balboni* » 378

Vittorio Emanuele Orlando tra formalismo e storicismo, di *Diego Quaglioni* » 387

#### CONCLUSIONI

Orlando *reloaded?*, di *Roberto Bin* » 395

Su Orlando, di *Maurizio Fioravanti* » 399





# ALLA RICERCA DEL METODO NEL DIRITTO PUBBLICO: UNA INTRODUZIONE\*

Corrado Caruso\*\*, Fulvio Cortese\*\*\*

SOMMARIO: 1. Perché Orlando? - 2. Senso e articolazione di una ricerca. - 3. Temi e questioni. - 4. Metodo e linguaggio. - 5. *Pro futuro*.

## 1. Perché Orlando?

Questo volume non racchiude una ricerca su Vittorio Emanuele Orlando e sulle innumerevoli sfaccettature di un pensiero e di un'opera comunque al centro, negli ultimi anni, di rinnovata attenzione<sup>1</sup>. Il lavoro collettaneo qui presentato aspira a diversi orizzonti, proponendosi di avviare una riflessione sull'oggetto e sul metodo delle discipline giuspubblicistiche *a partire* dalla rivoluzione orlandiana maturata a cavallo tra il XIX e il XX secolo: quasi che il contributo del Maestro palermitano altro non sia se non il pretesto per un confronto sull'odierno statuto epistemologico di quelle discipline.

\* Le riflessioni che seguono sono il frutto comune di un dialogo intercorso tra i due Autori e delle tante osservazioni che sono maturate nel confronto che essi hanno avuto con Stefano Rossi, altro co-curatore del presente volume, e con gli amici e colleghi che hanno preso parte al Convegno "Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Orlando *reloaded*", tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento nei giorni 12-13 dicembre 2019.

\*\* Professore associato di diritto costituzionale (Università di Bologna).

\*\*\* Professore ordinario di diritto amministrativo (Università di Trento).

1. Tra le opere più recenti v., in chiave monografica, il lavoro di V. Teotonico, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Cacucci, Bari, 2018, nonché le relazioni tenute al seminario annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti su *Il pensiero e l'opera di Vittorio Emanuele Orlando*, svoltosi presso l'Università di Modena e Reggio Emilia l'8 luglio 2016, con contributi di C. De Fiores, *Ascesa e declino del metodo orlandiano*, in *Rivista AIC*, 4/2017, T.E. Frosini, *Vittorio Emanuele Orlando costituzionalista e teorico del diritto pubblico*, in *Rivista AIC*, 3/2016, 3 ss., F. Pizzolato, *Orlando all'Assemblea costituente*, *ibid.*, e A. Sandulli, *Vittorio Emanuele Orlando e il diritto amministrativo*, *ibid.*

Buona parte delle questioni affrontate, degli argomenti utilizzati e delle conclusioni raggiunte dall'Orlando non sono più dottrina *vivente* del diritto pubblico – tanto è mutato il contesto politico e istituzionale in cui il Nostro scriveva – appartenendo piuttosto alla *storia* della giuspubblicistica, pure traghettata dallo stesso giurista siciliano nella modernità novecentesca<sup>2</sup>.

La missione di questa ricerca non è, dunque, quella di ripercorrere pedissequamente le tesi orlandiane. Non vorremmo, infatti, rivestire i panni dei *laudatores* di tempi lontani, che, di fronte a una realtà nuova che tende a recidere i legami con la tradizione, invitano a “tornare allo Statuto”, ripiegando sui rassicuranti equilibri del passato<sup>3</sup>.

Non è più il momento di insistere sulla autarchia del diritto pubblico e sulla necessaria distinzione di questo dalle altre scienze<sup>4</sup>, di riscoprire concezioni idealistiche dello Stato<sup>5</sup> o di rinverdire la dottrina dell'autolimitazione per conciliare diritti (pubblici) subbiettivi e sovranità dello Stato<sup>6</sup>. Egualmente destinate al ripostiglio dei tempi trascorsi sono le polemiche anti-volontaristiche<sup>7</sup> che Orlando formulava, durante la transizione costituzionale del secondo dopoguerra, nei confronti della Assemblea costituente, «tipo latino di Costituente, il tipo che discende dal contratto sociale, dalla sovranità

2. In questo senso si può registrare anche l'affermazione di Sabino Cassese – posta in chiusura di un saggio su Vittorio Emanuele Orlando, Santi Romano e Massimo Severo Giannini, i «tre maestri del diritto pubblico» – che suggeriva di «non curarsi più delle preoccupazioni metodologiche ottocentesche e di mandare Orlando in soffitta»: S. Cassese, *Tre maestri del diritto pubblico*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, 79.

3. Il riferimento va al celebre titolo dell'articolo di Sidney Sonnino del 1897, che auspicava il ritorno all'assetto marcatamente dualista della forma di governo disegnata dallo Statuto albertino. Per una contestualizzazione storica di questo dibattito, v. G. Maranini, *Storia del potere in Italia 1848-1967. Prefazione di Angelo Panebianco*, Corbaccio, Milano, 1995, 215 ss.

4. Cfr. V.E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico. Contributo alla storia del diritto pubblico italiano nell'ultimo quarantennio (1885-1925)*, Università degli Studi di Modena, Modena, 1925, 16. Lo stesso A. si premura di sottolineare come l'esigenza non comporti una rigida separazione del diritto pubblico dalle altre scienze, condannando piuttosto il disinvolto eclettismo metodologico dei suoi predecessori. Non a torto, A. Sandulli, *Vittorio Emanuele Orlando*, cit., 1 ss., ha sostenuto che gli eccessi formalistici siano da imputare agli epigoni della scuola italiana di diritto pubblico piuttosto che al suo fondatore.

5. V., in particolare, V.E. Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, Barbera, Firenze, 1889, 14 ss.

6. Sulla teorica orlandiana dei diritti pubblici soggettivi e sull'influenza che su quella ebbe l'opera dei giuristi tedeschi (e, in particolare, di Georg Jellinek) v. C. Caruso, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, BUP, Bologna, 2013, 8 ss.

7. Su cui diffusamente v. F. Pizzolato, *Orlando all'Assemblea costituente*, cit., 7 ss. V. anche D. Quagliani, *Ordine giuridico e ordine politico in Vittorio Emanuele Orlando*, in P. Carta, F. Cortese (a cura di), *Ordine giuridico e ordine politico. Esperienze, lessico, prospettive*, Cedam, Padova, 2008, 3 ss., in part. 9 ss., nonché E. Balboni, *Il confronto tra il metodo di V.E. Orlando e la sistematica architettonica degli esponenti del cattolicesimo democratico e sociale in Assemblea costituente*, in questo volume.

del popolo nel senso del radicalismo classico»<sup>8</sup>. Anche le critiche concernenti la tecnica redazionale del testo costituzionale, eccedente in formule definitive prive di sostanza deontica<sup>9</sup>, o gli sferzanti giudizi rivolti al monismo assembleare, avversato nel nome di un nostalgico ritorno all'assetto dualista, di ascendenza statutaria, della forma di governo<sup>10</sup> sembrano frutto dell'impossibilità di decifrare il nuovo assetto normativo e istituzionale secondo le tradizionali categorie del giurista liberale. Non è (soltanto) questo l'Orlando su cui ci si vuole soffermare.

Non vi è dubbio, d'altra parte, che la ricerca di Orlando sia stata prevalentemente orientata dall'esigenza di individuare il significato della realtà giuridica nell'ambito di una esperienza storicamente situata, e che i suoi sforzi dottrinali rispondano, per così dire, a un *postulato di coerenza specifica*, alla necessità contingente di giustificare l'esistenza «dello Stato liberale di diritto del diciannovesimo secolo»<sup>11</sup>, consentirne il funzionamento e formarne la classe dirigente<sup>12</sup>. Come argomenta Maurizio Fioravanti nelle conclusioni di questo volume, nessuna apologia o rivalutazione del giurista siciliano può essere compiuta senza collocare Orlando «nel suo tempo, nel “mondo di ieri”», in quella «società borghese del possesso [...] che destinava [...] i suoi uomini migliori, il suo notabilato, al governo della cosa pubblica, negli orga-

8. Cfr. V.E. Orlando, «Sullo schema di provvedimento legislativo «Integrazione e modificazioni al decreto-legge luogotenenziale 25 giugno 1944, n. 151, relativo all'Assemblea per la nuova Costituzione dello Stato, al giuramento dei membri del Governo di emanare norme giuridiche», in Id., *Discorsi parlamentari, con un saggio di Fabio Grassi Orsini*, il Mulino, Bologna, 2002, 674. Il discorso fu pronunciato alla Consulta nazionale, durante la discussione della cd. “seconda Costituzione provvisoria”, e cioè di quello che sarà il d.lgt. n. 98 del 1946, che affidò alla consultazione popolare la scelta tra Monarchia e Repubblica, regolando le procedure di convocazione della Costituente. Proprio sui poteri della Costituente e sui timori legati a un presunto assolutismo assembleare si concentrava l'intervento di Orlando.

9. Tanto da portare lo stesso Orlando a presentare un o.d.g. che proponeva l'inserimento delle disposizioni del Titolo II in un preambolo antecedente il testo costituzionale, poi respinto il 23 aprile in Plenaria (cfr. V.E. Orlando, *Sul Titolo II del progetto di Costituzione*, in Id., *Discorsi parlamentari*, cit., 741 ss.). Simile proposta era condivisa da buona parte dei giuristi di estrazione liberale o azionista: cfr. l'intervento di Calamandrei il 4 marzo del 1947 in Plenaria. Peraltro, un o.d.g. dall'analogo tenore fu proposto anche dal socialista Ruggiero, ma non fu messo in discussione.

10. Cfr. V.E. Orlando, *Nella discussione del progetto di Costituzione*, in Id., *Discorsi parlamentari*, cit., 714-715.

11. Così M. Fioravanti, *Su Orlando*, in questo volume. Nello stesso senso, v. G. Cianferrotti, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano, 1980, 377, richiamato anche nel contributo di M. Massa, *La vita profonda del diritto. Orlando e il metodo del diritto costituzionale*, in questo volume.

12. Dietro alla “lotta per il metodo” vi è non solo il tentativo di unificare, a livello nazionale, i giuspubblicisti italiani (così G. Azzariti, *La «prima» scuola italiana di diritto pubblico tra continuità e rotture*, in *Pol. dir.*, 1997, 564), ma anche quello di riproporre, sulla scorta di quanto avvenuto in Germania, una sorta di *Juristendominanz* sul ceto intellettuale universitario (su cui v. A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Giuffrè, Milano, 52 ss.).

ni costituzionali»<sup>13</sup>. Un mondo, quello di Orlando, «che non conosceva [...] il pauperismo di massa, le grandi crisi industriali e finanziarie»<sup>14</sup>, e che restava circoscritto entro i confini di uno Stato ancora in formazione, che solo all'esito della Grande guerra – anche grazie al contributo del Presidente della Vittoria (per rievocare l'epiteto che lo stesso Orlando guadagnò sul campo) – avrebbe completato il percorso di autodeterminazione nazionale intrapreso, circa un settantennio prima, dal Regno di Sardegna.

Il fatto è, tuttavia, che il tempo di Orlando è stato anche un tempo di grandi trasformazioni, sia dal punto di vista scientifico, sia dal punto di vista tecnologico. Un tempo che, come tale, ci è prossimo anche oggi, poiché tuttora ci troviamo dinanzi a una nuova era delle macchine e a un rinnovato positivismo, che sembra esigere, se non postulare, soluzioni sociali, economiche, culturali e istituzionali parimenti rinnovate.

Non si può trascurare che gli anni in cui Orlando concepisce e dà alle stampe le prime e presto fortunate edizioni dei suoi manuali di diritto amministrativo e di diritto costituzionale<sup>15</sup> – un'operazione editoriale che si colloca espressamente in un nuovo genere letterario (e di una nuova tipologia di pubblicazioni), per dimensione e canone espressivo del tutto differente da quelli praticati dai giuspubblicisti precedenti<sup>16</sup> – sono gli anni in cui il sapere tecnico (di qualsiasi “tecnica”) vuole diffondersi e *integrarsi* nella società, contribuendo al suo ordinato sviluppo sulla base dell'approfondimento della sua *natura* e, conseguentemente, del suo *lessico*. Sono anche gli anni, non a caso, in cui – secondo le tesi avanzate in una suggestiva interpretazione<sup>17</sup> – proprio in Italia si assiste ad un'esplosione di idee nuove e “progressive” (nella letteratura, nelle scienze naturali e della politica, nell'educazione, nella criminalistica, nella geologia<sup>18</sup> etc.), poste a disposizione, certo, di un de-

13. Così M. Fioravanti, *Su Orlando*, in questo volume.

14. *Ibidem*.

15. V.E. Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, cit., e Id., *Principii di diritto amministrativo*, Barbera, Firenze, 1891. Nella sistematica orlandiana le due discipline cooperano in una sorta di inscindibile unità, ma il diritto costituzionale è volto a studiare l'organizzazione dello Stato (V.E. Orlando, *Sulla definizione del diritto costituzionale*, in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano, 1940, 124), mentre il diritto amministrativo ha ad oggetto il «sistema di quei principi giuridici che regolano l'attività dello Stato pel raggiungimento dei suoi fini» (V.E. Orlando, *Principii di diritto amministrativo*, cit. (V ed. 1915), 9.

16. Cfr. in argomento F. Cortese, *Il diritto pubblico nella manualistica italiana. Appunti per un'indagine*, in M. Malo, D. de Pretis, B. Marchetti (a cura di), *Pensare il diritto pubblico. Liber amicorum per Giandomenico Falcon*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, 50-51.

17. V. S. Stewart-Steinberg, *L'effetto Pinocchio. Italia 1861-1922. La costruzione di una complessa modernità*, Elliot, Roma, 2011.

18. Potrebbe sorprendere che l'avvio della prima e seria riflessione scientifica su quello che oggi è definito come “antropocene” risale proprio a quel periodo e proprio agli studi di un importante geologo italiano: v. A. Stoppani, *Note ad un corso annuale di geologia dettate per uso degli ingegneri allievi del Reale istituto tecnico superiore di Milano*, vol. I, *Dinamica terrestre*, Giuseppe Bernardoni, Milano, 1866 (II ed.), 197, cui si deve proprio l'introduzione del concetto (sia pur nella formulazione, in parte diversa, di «antropozoico»).

terminato progetto di costruzione della Nazione, ma caratteristiche di una propensione più generale all'indagine scientifica sulle dinamiche più profonde dei legami sociali e sull'impatto di questi nel contesto fisico.

Da questo punto di vista, l'accostamento tra la temperie attuale e la fine dell'Ottocento è stata avvertita anche in altri ambiti disciplinari, e in modo così forte da suscitare addirittura la sensazione di trovarsi sempre e comunque immersi in un medesimo processo, di più lungo periodo, capace di assorbire, alla stregua di una parentesi critica, l'intero Novecento<sup>19</sup>. È in questa cornice – e con questa *Stimmung* – che è interessante ripercorrere l'esperienza orlandiana; che la si può, cioè, valorizzare come modello di un approccio assai consapevole di uno specifico bisogno di modernizzazione, non distante da quello che viene attualmente manifestato da più parti, anche nei confronti dell'esperienza propriamente giuridica nel suo insieme.

## 2. Senso e articolazione di una ricerca

Se quindi l'orizzonte politico-istituzionale del mondo orlandiano, in senso stretto considerato, è oggi tramontato, ancora attuali sono invece le grandi questioni cui quelle ricostruzioni miravano a rispondere. Questioni che, ora come allora, collocate in un tempo di mutamenti ulteriori e tanto attesi, attengono al ruolo del giurista, alla morfologia del diritto pubblico e dei suoi elementi costitutivi, alla collocazione e alla funzione della scienza giuridica nella storia<sup>20</sup>: in altri termini, alla “resilienza” di principi e categorie tradizionali di fronte alle istanze molteplici e difficilmente resistibili del presente.

Pertanto, il «bisogno di discutere il ruolo e l'identità» del giuspubblicista<sup>21</sup>, che avverte di non avere più il controllo del proprio oggetto o, quanto meno, che non sia più appagante limitarlo al «[d]iritto [...] che compete allo Stato o, più brevemente, [al d]iritto dello Stato»<sup>22</sup>, richiede di discutere le sopraccennate problematiche attraverso uno schema tipico della dialettica orlandiana, la quale muove per relazioni diadiche, ove «le polarità dicotomiche reciprocamente si con-tengono (cioè letteralmente si tengono insieme), più che contrapporsi, e trattengono una loro peculiare individualità, più che annullarsi in una sintesi che le trascende»<sup>23</sup>.

19. Cfr. la brillante divagazione di A. Zaccuri, *Il futuro a vapore. L'Ottocento in cui viviamo*, Medusa, Milano, 2004.

20. G. Capograssi, *Il problema di V.E. Orlando*, in *Opere di Giuseppe Capograssi*, vol. V, Giuffrè, Milano, 1959, 370-371.

21. Così G. Azzariti, *I costituzionalisti al tempo di Babele*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 749.

22. Così V.E. Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, cit., 32-33.

23. Così M. 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*, in questo volume.

In questa prospettiva, nello svolgimento dell'opera sono state sviluppate talune direttrici che collegano la riflessione del giurista siciliano ai giorni nostri, attraverso un'analisi condotta da coppie di studiosi di diversa estrazione scientifico-culturale. In una *prima parte*, gli interrogativi hanno riguardato l'ambito, il metodo e la funzione del diritto pubblico (cfr. i saggi di Giulio Itzcovich, Martina Conticelli, Marco Benvenuti, Annalisa Furia, Michele Massa e Alfredo Moliterni). In una *seconda parte*, invece, sono stati analizzati sia il rapporto del diritto pubblico con altre discipline umanistiche, sia la configurazione di per sé sistematica e "normativa" che è condivisa anche dalle scienze dure e dalla loro stessa evoluzione (v., rispettivamente, i saggi di Simone Penasa e Matteo Casati), senza tralasciare l'importanza del sistema universitario (v. le considerazioni di Carla Barbati e Enrico Carloni) e il contributo dei giuspubblicisti alla formazione della classe dirigente (così nei lavori di Stefano Rossi, Francesca Biondi e Andrea Rapini), aspetti che pure hanno contraddistinto il magistero del giurista siciliano. Al *crocevia* delle due sezioni trova spazio una riflessione a più voci sul profilo scientifico, politico e accademico di Orlando, quasi che la voce del Maestro potesse rivivere e partecipare alla nostra riflessione (con testi di Enzo Balboni, Antonio Casatella, Matteo Cosulich, Giuseppe Di Gaspare, Marco Mazzamuto, Diego Quaglioni, Aldo Sandulli).

In un dialogo volto a "decostruire" categorie e metodo dell'*opus* orlandiano, i contributi qui riuniti tentano di evidenziarne i presupposti impliciti, gli obiettivi (più o meno) latenti, le influenze storico-culturali, per poi abbozzarne una ricostruzione nell'attuale – e profondamente mutato – contesto. Orlando *reloaded*, come suggerisce il titolo di questa raccolta, altro non significa se non coniugare «tradizione [...] ed innovazione»<sup>24</sup>, per riavviare, «partendo dal codice originale», un sistema ed «evitarne il crash definitivo»<sup>25</sup>.

Il ritorno all'*oggetto* e al *metodo* è necessario se si vuole rinnovare le coordinate e i «paradigmi di riferimento»<sup>26</sup>. Solo una disciplina compiutamente ridefinita, rinsaldata nei suoi presupposti, può proiettarsi nel futuro, verso le sfide che inevitabilmente si troverà ad affrontare. In questo senso, lo scopo del libro non è quello di «distribuire colpe o meriti» dello sviluppo della giuspubblicistica italiana, né può limitarsi a descrivere la riflessione del Maestro siciliano «nel contesto specifico che l'ha prodotta», ma si ripromette di verificare «se alcune idee orlandiane possano ancora aiutarci a pensare» il diritto pubblico e i suoi confini<sup>27</sup>.

24. E. Carloni, *Rileggere Orlando. L'università e il diritto, tra tradizione e innovazione*, in questo volume.

25. *Ibidem*.

26. *Ibidem*.

27. Così G. Itzcovich, *Vittorio Emanuele Orlando, i confini del diritto pubblico e la dottrina giuridica di oggi*, in questo volume. Ma v. anche i rilievi di G. Di Gaspare, *Orlando, l'enigma del metodo e Las Meninas di Velasquez*, in questo volume.

### 3. Temi e questioni

Oggetto e metodo, si diceva. Quanto al primo, la riflessione orlandiana muove evidentemente dalla complementarità di diritto e Stato: la coincidenza tra ordinamento (*Ordnung*) e localizzazione (*Ortung*) – «archetipo di un processo giuridico costitutivo», per dirla con Carl Schmitt<sup>28</sup> – porta alla corrispondenza tra lo *spazio* storicamente determinato delle relazioni giuridiche e l'ambito disciplinare di riferimento.

In questa direzione, interrogarsi sull'*arena* del diritto pubblico<sup>29</sup> implica rivedere le coordinate spaziali di svolgimento dell'analisi. Lo studio del diritto pubblico oggi deve coinvolgere norme o principi che non trovano più nella cornice statutale il monopolio della loro produzione o l'esclusivo ambito di attuazione e/o applicazione<sup>30</sup>. Non si tratta solo di spingere l'analisi verso gli svolgimenti che fuoriescono dallo Stato nazionale<sup>31</sup>, e quindi verso il contesto sovranazionale, internazionale o transnazionale. Le nuove frontiere del diritto pubblico richiedono di mettere a fuoco anche le dinamiche interne di destrutturazione pluralista della sfera pubblica, che, per un verso, muovono il potere pubblico verso moduli operativi tipicamente caratterizzanti i rapporti *inter privatorum* e, per un altro, assistono a un processo di progressiva istituzionalizzazione dei soggetti privati, ormai dotati di poteri regolativi e, in alcuni casi, conformativi dei diritti e delle libertà individuali<sup>32</sup>.

In altri termini, assistiamo a un processo circolare di *ibridazione*, con amministrazioni pubbliche che sempre più spesso agiscono orizzontalmente, secondo gli schemi del diritto comune, e poteri privati che, quando non si muovono secondo meccanismi formalmente pubblicistici, vedono le proprie attività entrare nel cono d'ombra di alcuni principi generali applicabili

28. Così C. Schmitt, *Il nomos della terra* [1950], Adelphi, Milano, 1991, 25.

29. Per riprendere il titolo di un noto saggio di S. Cassese, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 601 ss.

30. Su questi profili si sofferma anche A. Moliterni, *Vittorio Emanuele Orlando e le vicende del metodo nella scienza del diritto amministrativo*, in questo volume.

31. In tal senso v. il contributo di M. Conticelli, *L'arena del diritto pubblico*, in questo volume.

32. Per un esempio di potere conformativo privato sulle libertà della persona cfr. C. Caruso, *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, su *Consulta On-Line*. In questa direzione si muove la prospettiva adottata dal costituzionalismo civile o societario, che vede nel proficuo incontro tra fonti di autoregolamentazione provenienti da soggetti privati o para-pubblici e decisioni para-giurisdizionali di soggetti impolitici (quali corpi arbitrali e comitati etici) gli albori delle costituzioni cc.dd. "civili", che avrebbero ormai (se non sostituito, quanto meno affiancato) le Costituzioni «politiche». Sul punto v. G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca delle globalizzazioni. L'emergere delle costituzioni civili*, Armando editore, Roma, 2005, 105 ss.



ai soggetti pubblici (ad esempio, del principio del giusto procedimento e dei suoi corollari<sup>33</sup>).

Di fronte ai processi pluralistici di contaminazione istituzionale, l'insegnamento orlandiano conserva una spiccata attualità, perché consente di selezionare le interazioni sociali rilevanti e "funzionali" per il diritto, secondo una strategia di «autonomizzazione» e «giuridificazione» pubblicistica dei diversi contesti sociali<sup>34</sup>. È una prospettiva – peraltro già largamente teorizzata da Jellinek<sup>35</sup> – nella quale è l'ordinamento giuridico a dare struttura a quei contesti e ad integrarli; una prospettiva che, così operando, può incentivare e guidare interpretazioni nelle quali inscrivere correttamente anche l'odierna questione dell'individuazione del *criterio di rapporto* tra scienza e diritto – relazione, come è noto, sempre più ricorrente e complessa – che in tal modo può vitalizzarsi di un riferimento più consapevole alla dimensione costituzionale<sup>36</sup> (per la quale metodi e accorgimenti della ricerca tipicamente condotta dalle "scienze dure", lungi dal costituire una "pietra di scandalo", costituiscono frequenti occasioni di attivazione di principi generali e di correlati dispositivi di ragionevolezza).

D'altronde, è la Costituzione a porre i criteri di legittimazione della tecnica, le coordinate che consentono l'innesto nell'ordinamento giuridico delle innovazioni tecnologiche, traendo dalle regolarità scientifiche le istanze da positivizzare e trasformando le possibilità tecniche in pretese giuridicamente assistite. Si tratta di criteri assiologici e istituzionali – i primi fondati sul principio personalistico e solidaristico, i secondi sulla rappresentanza politica e sul principio di maggioranza temperato dal controllo di costituzionalità – che dovrebbero impedire gli opposti estremismi che oggi tentano il giurista: il misoneismo formalistico, per un verso, che rifiuta qualsiasi riconoscimento delle nuove aspettative individuali in nome della conservazione dell'ordine giuridico *postò*; e il filoneismo sostanzialista, per altro verso, che concepisce qualsiasi nuova possibilità fattuale *come se* fosse un diritto soggettivo costituzionalmente garantito<sup>37</sup>, quasi che il progresso scientifico avesse ormai delineato una versione assoluta del "diritto di avere diritti"<sup>38</sup>, un meta-principio capace di assorbire e superare qualsiasi interesse ad esso concorrente.

33. In argomento, tra gli studi più recenti, v. G. della Cananea, *Due Process of Law Beyond the State. Requirements of Administrative Procedure*, OUP, Oxford, 2016.

34. G. Itzovich, *Vittorio Emanuele Orlando*, cit.

35. Sul quale vedi le belle pagine di H. Sinzheimer, *Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft* [1938], Klostermann, Frankfurt am Main, 1953, in part. 156 ss.

36. Cfr., in questo senso, il tentativo ricostruttivo svolto da S. Penasa, *Ai confini del diritto pubblico: ibridazione dei metodi e identità epistemologiche nel prisma del primato assiologico della Costituzione*, in questo volume.

37. In questo senso v. A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura*, *Consulta on-line*, sub sent. n. 162 del 2014.

38. Secondo la nota prospettiva di S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

Un discorso in tutto e per tutto analogo può farsi anche per la (pari) vitalizzazione dei principi portanti del diritto amministrativo e per il ruolo che in proposito svolge la consapevolezza specifica – verrebbe da dire: la “deontologia”<sup>39</sup> – del giurista<sup>40</sup>. Sicché il terreno che così si viene a comporre si rivela utile anche per la riscoperta della scienza dell’amministrazione come ambito autonomo e irrinunciabile di trasmissione sinergica tra le istanze prescrittive dell’ordinamento giuridico e le esigenze puramente “meccaniche” di conoscenze o patrimoni disciplinari *altri* e potenzialmente concorrenti<sup>41</sup>, nonché, più in generale, per il rilancio dell’importanza che presenta la formazione universitaria del giurista quale tassello di un *progetto* di più ampio respiro<sup>42</sup> e che di conseguenza assume, ad un livello ancor più alto, la configurazione stessa del sistema accademico e del governo pubblico della ricerca e della didattica<sup>43</sup>.

#### 4. Metodo e linguaggio

Dinanzi a queste ultime osservazioni, è chiaro che la fluidità dei confini del diritto pubblico richiede anche una revisione dei criteri metodologici, pur sempre *a partire* dagli insegnamenti orlandiani.

Non vi è chi non veda, infatti, come la sfocatura dell’oggetto disciplinare abbia portato a una progressiva «deformalizzazione delle categorie, del linguaggio, della sintassi propria del giurista» o, all’opposto, di una loro

39. Per alcune indicazioni sull’uso di questa espressione v. F. Cortese, *Lo stile del giurista, l’epistemologia giuridica e le teorie sull’informazione: tre spunti*, in C. Bergonzini, A. Corsiri, G. Di Cosimo, A. Guazzarotti, C. Mainardis (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Giappichelli, Torino, 2019, 58 ss.

40. In tema cfr. A. Moliterni, *Vittorio Emanuele Orlando*, cit.: «Il giurista [...] nel suggerire una certa ricostruzione di un fatto sulla base di una data interpretazione della norma (e quindi non solo quando si rivolge direttamente al *policy-maker*), sta comunque concorrendo alla edificazione e alla validazione di “infrastrutture sociali” che garantiscono l’ordinato svolgimento delle dinamiche cooperative e conflittuali nella società: pertanto, come un vero ingegnere, egli sarà tanto più in grado di offrire risposte adeguate in termini di certezza e di giustizia, quanto più sarà in grado di conoscere le diverse scienze applicate che sono necessarie perché tali infrastrutture funzionino (antropologia, scienze comportamentali, scienze sociali e scienze economiche)».

41. L’importanza storica che la scienza dell’amministrazione ha assunto a cavallo tra il XIX e il XX secolo, anche con riferimento al ruolo che il suo insegnamento ha rivestito nelle dinamiche accademiche della comunità dei giuspubblicisti italiani, è tema approfondito da A. Rapini, *Una scienza per «la felicità dei cittadini». La traiettoria di Giovanni Vacchelli (1866/1940)*, in questo volume.

42. V. sul punto lo studio condotto da S. Rossi, *Dal metodo al progetto. Il diritto e la formazione della classe dirigente a partire da V.E. Orlando*, in questo volume.

43. Cfr. in proposito il bilancio critico svolto da C. Barbati, *L’Università come organizzazione pubblica tra tradizione e competizione. Oltre la competitività interna al “sistema universitario”*, in questo volume.

«moltiplicazione incontrollata»<sup>44</sup>. Si tratta di tendenze eguali e contrarie: la prima piega la scienza giuridica al descrittivismo, riducendola a «scienza empirica»<sup>45</sup>, schiacciata sul contingente e sugli accadimenti fattuali; la seconda, invece, sostituisce alle grandi costruzioni dogmatiche una specializzazione miniaturistica, figlia della complessità tecnica dell'ambito di riferimento o della magmatica polverizzazione casistica.

Non che simili tendenze siano criticabili in sé e per sé: è stato da tempo messo in luce come la scienza giuridica non possa ridursi all'elemento dogmatico, e cioè alla descrizione «[...] in forma logica [de]i concetti costituiti dalle stesse norme giuridiche», ma debba aprirsi allo studio teoretico, e cioè alla «generalizzazione delle caratteristiche ricorrenti del fenomeno giuridico quale specifico fenomeno sociale»<sup>46</sup>. L'apporto delle correnti istituzionalistiche, fenomenologiche, realistiche e, più in generale, anti-formalistiche allo studio del diritto ha da tempo contribuito a demistificare l'idea che la scienza giuridica consista nella semplice esegesi dei testi normativi o nella concatenazione logica di concetti determinati dalla astrazione di proprietà normative. L'apertura al "fatto" e, più in generale, all'argomentare per conseguenze<sup>47</sup> consente, anzi, di alleggerire i tecnicismi e scardinare gli ermetismi linguistici, aprendo la comunità degli interpreti oltre il dialogo tra chierici, verso un uditorio universale<sup>48</sup> che include operatori pratici, forze politiche, formazioni sociali e, non ultimi, comuni cittadini. Da questo punto di vista, la deformalizzazione del linguaggio corregge una certa autoreferenzialità elitaria della scienza giuridica, che, oramai privata della sua funzione egemonica (sia rispetto alle altre comunità scientifiche, sia rispetto al potere politico), tende a isterilirsi in astratte disquisizioni teoriche, capaci al più di fare breccia nei giudici, i quali, da un lato, rimangono, in ragione della loro formazione, i soggetti (più) adatti a cogliere le complesse sfumature tecniche del dibattito dottrinale<sup>49</sup>, dall'altro, rischiano di contravvenire al dovere di integrazione

44. G. Azzariti, *I costituzionalisti*, cit.

45. *Ibidem*, 750.

46. Così V. Guelli, *Elementi di una dottrina dello Stato e del diritto come introduzione al diritto pubblico*, Società editrice del Foro italiano, Roma, 1959, 417.

47. È questo uno dei tratti caratterizzanti dell'ermeneutica giuridica, sul quale, per tutti, L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, 91-92. Sul rapporto tra ermeneutica e libertà costituzionali v. C. Caruso, *La libertà di espressione*, cit., 57 ss.

48. Sul concetto di uditorio universale quale ideale regolativo, utilizzato dunque in un'accezione diversa da quella accolta in questa sede, cfr. C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* [1958], Torino, 1989, *passim*.

49. Sul punto v. A. Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Giuffrè, Milano, 2015, 336, che rinviene nella comunanza di metodo e cultura una delle cause della fiducia che i costituzionalisti ripongono nella funzione giurisdizionale di inveroamento dei valori costituzionali. In genere, i giuristi ritengono di essere «in grado di inserirsi, influenzandoli, nei linguaggi propri dei percorsi giurisprudenziali a differenza di quanto non riesca loro possibile con i percorsi politici, da essi poco controllabili e meno permeabili, o anche solo naturalmente meno congeniali».

istituzionale che la stessa Costituzione pone loro come orizzonte di necessaria legittimazione<sup>50</sup>.

La speculazione orlandiana, sovente bollata di formalismo<sup>51</sup>, è una grande ricostruzione “realistica”, almeno a guardare alle finalità specifiche e agli obiettivi generali della sistematica delineata dal giurista palermitano. È senz’altro vero, infatti, che la scienza giuspubblicistica del secolo scorso ha portato a «riassorbire il politico nel giuridico»<sup>52</sup>, ma questo risultato è figlio di una specifica strategia politico-istituzionale. In altri termini, l’insieme delle nozioni elaborate dal maestro siciliano non si riduce a un semplice «teoreticismo», ma mira a dare risposte al «mondo reale»<sup>53</sup> (e, correlativamente, al *tempo*) in cui i giuristi si trovano ad operare. L’ambiziosa trama concettuale di Orlando, in altre parole, è il risultato di un percorso intellettuale *storicizzato*, di un «intreccio», socialmente situato, «di scienza e ideologia prodottosi ad un certo livello storico»<sup>54</sup>. L’*opus* orlandiano risponde all’esigenza – in questo senso ideologica<sup>55</sup> – di conformazione della realtà attraverso categorie finalizzate «ad eludere ed esorcizzare i crescenti conflitti» relativi a «istituzioni» e «società civile»<sup>56</sup> e a canalizzare il consenso verso le istituzioni del nuovo Stato<sup>57</sup>.

Non vi è una necessaria contraddizione tra il proposito di rifiutare astratte costruzioni “metafisiche” e l’eredità della lezione orlandiana, con-

50. Non va dimenticato, infatti, che, per l’art. 101, comma 1, Cost., «[l]a giustizia è amministrata in nome del popolo». Più in generale, sul ruolo cruciale dell’organizzazione e della formazione della magistratura, vista nel complesso delle relazioni tra i vari contesti sociali e di “potere” che l’ordinamento è chiamato a regolare, v. F. Biondi, *Egemonia del diritto pubblico e formazione delle élites: la magistratura da corpo separato a potere integrato (e ritorno?)*, in questo volume.

51. V. la dottrina richiamata nel contributo di M. Mazzamuto, *Orlando uno e trino versus Orlando dimenticato o immaginario*, in questo volume.

52. Così A. Negri, *Alcune riflessioni sullo «Stato dei partiti»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 152.

53. In questo senso, M.S. Giannini, *Postilla 1973*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, 263, pubblicata in calce alla riedizione del suo saggio *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* [1940].

54. Così M. Fioravanti, *Popolo e stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando (1881-1897)*, in Id., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano, 2001, 178. In tal senso, se l’elaborazione del “primo” Orlando risponde alla necessità di includere la totalità della vita collettiva nella unificante categoria di “popolo”, la dottrina del “secondo” Orlando mira a proiettare in un sistema coordinato di principi giuridici la sovranità dello Stato-persona.

55. Riprendendo N. Bobbio, *L’ideologia in Pareto e in Marx*, in Id., *Saggi sulla scienza politica in Italia* (1969), Laterza, Roma-Bari, 1996, 95 ss., potrebbe dirsi che il sistema orlandiano è “debolmente” ideologico, perché volto alla creazione di consenso della comunità attorno ad alcune idee-guida, così legittimando l’essenza stessa del potere politico.

56. M. Fioravanti, *Popolo e stato*, cit., *ibidem*.

57. Così S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna, 1971, 29.