

Fulvio Tessitore

## SCUOLA STORICA E SISTEMA NEL PRIMO ORLANDO

SOMMARIO: *L'autore analizza i primi scritti di V. E. Orlando anche in connessione con le "trasformazioni" dello Stato. Si sofferma in particolare sulla soluzione proposta al problema della connessione tra la realtà storica e l'esigenza di sistema (in questo processo s'individua l'influenza della Scuola Storica letta in chiave di scienze sociali).*

PAROLE CHIAVE: *diritto, storia, sistema.*

HISTORICAL SCHOOL AND SYSTEMATIC NECESSITY IN THE ORLANDO'S FIRST WRITINGS

ABSTRACT: *The autor examines V. E. Orlando's first writings also in connection with the "transformations" of the State. Tries to pinpoint Orlando's proposed solution to the problem of the connection between historical requirement and systematic necessity (in which he finds the incidence of the Historical School read in the key of social sciences).*

KEYWORDS: *law, history, system.*

1. Per tanti versi l'invito che mi è stato rivolto a venire qui, in questo convegno tanto egregiamente organizzato, mi suona come una voce dalla "preistoria", un richiamo della "preistoria" della mia ricerca. Infatti di Vittorio Emanuele Orlando mi sono occupato, la prima volta con larga estensione mai più di seguito ritentata, in uno dei miei primissimi libri, per la precisione il secondo, pubblicato la prima volta nel 1963 col titolo *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*. Fu un libro fortunato non solo per le ristampe che ha ricevuto, quanto soprattutto per l'accoglienza che ricevette da parte di studiosi autorevoli, che tutti riassumo nel nome, caro e prestigioso, di Salvatore Satta. Non mancarono varie reazioni indispettite, invero, più che altro, provocate dal fastidio che qualcuno, affacciatosi a temi simili ai miei alcuni anni dopo, provò per essere stato preceduto. Una mia colpa inintenzionale. Cosicché, a saperlo, l'avrei amorevolmente evitata, giacché non ho mai aspirato a primati del genere.

Il piccolo ricordo autobiografico, enunciato quasi col sorriso della vecchiaia, dopo cinquant'anni, mi serve solo per ripetere e ribadire (perché vi credo ancora) la scelta di metodo che allora mi guidò sviluppando un suggerimento tanto prezioso quanto inascoltato del grande maestro del mio maestro, Giuseppe Capograssi, il quale scrisse una volta, più o meno negli anni in cui io nascevo (non agli studi ma alla vita) che «si dovrebbe fare la storia della nostra moderna scienza del

diritto. Sarebbe lavoro veramente pieno di interesse, e traverso il quale si potrebbe in concreto cercare di studiare specialmente la natura della ricerca scientifica». Un incitamento che, a mia volta, lessi legandolo ad un altro insegnamento che ricavai dallo studio dell'opera capograsiana e, in particolare, dal suo libro del 1937 *Il problema della scienza del diritto*. Qual era questo insegnamento?

La convinzione di Capograssi che la effettiva filosofia di una scienza, nel caso suo e mio la scienza del diritto, andava ricercata non tanto nelle elucubrazioni dei filosofi, sempre un po' collocati su un crinale pericoloso, col rischio di essere più "filosofi *sulla* scienza" che "filosofi *della* scienza". Ossia l'errore, logico e metodologico, tante volte ahimè compiuto, di non conoscere, dall'interno, per pratica esperienza, la scienza che si intende spiegare agli altri, a quelli che la conoscono perché vichianamente la fanno e per di più puntando diritto su qualcosa che non credo avesse più consistenza logica ai tempi ai quali sto alludendo, e forse già prima di essi, ossia quando veniva meno la fiducia nella scienza generale e nella corrispondente filosofia generale, come scienza di cause prime, certamente obsoleta già quando nel 1883, gli stessi anni dei primi passi di Orlando, W. Dilthey si preoccupava delle scienze particolari, le *Einzelwissenschaften* – come le chiamava – le sole che lo interessassero in costanza con le appassionate discussioni sulla distinzione da fondare e sull'autonomia da rivendicare delle *Geisteswissenschaften* rispetto alle *Naturwissenschaften*. Queste ultime considerate sicure della loro razionalità verificabile rispetto alle prime, ritenute incapaci di razionalità e di verifica in quanto attinenti a ciò che, ad esempio, Vincenzo Cuoco chiamava, all'inizio dell'Ottocento, la "parte mutabile" dell'uomo e della natura dell'uomo. Un problema al quale Dilthey, anch'egli sostanzialmente inascoltato da quanti, allora e dopo, si compiacevano e si compiacciono della schematizzazione scolastica, manualistica, indicava quale giusta via di impostazione, ossia la ricerca dei comuni criteri di fondazione gnoseologica sia delle scienze *naturlich* sia di quelle *geistlich*, la cui distinzione e autonomia non derivavano dalla presunta essenza ontologica delle une e delle altre, e neppure da una semplice differenziazione di metodo (la metodologia è la più loquace e la più inutile delle scienze), bensì dalla funzione che esplicano in base alle elaborate leggi del conoscere, il quale, a sua volta, non è *riconoscimento* di qualcosa di dato, ma costruzione (Dilthey insiste molto nel parlare di *Aufbau*, quale criterio del sapere), la costruzione di ciò che non è dato, che non c'è e va creato.

Orbene, convinto di ciò già all'inizio del mio lavoro di ricerca, ritenni che "i problemi" dello Stato, i "compiti" dello Stato in evidente "trasformazione" nella seconda metà dell'Ottocento, andassero studiati non tanto o solo nelle tensioni della politica militante, quanto nelle riflessioni e sistemazioni degli scienziati del diritto e della politica, non perciò trascurando le considerazioni e le motivazioni dei grandi, ma anche

dei minori, operatori della politica, non da enfatizzare né gli uni (i grandi) né gli altri (i minori). La politica, a sua volta, non riguardava più (ciò che, a guardar bene, aveva compreso già Locke) la ricerca e la definizione della migliore forma di governo, bensì – sul piano antropologico, per dir così – le forme e i principi delle azioni degli uomini, in comunità e nello Stato, configurato come individualità sovra-personale (il grande tema, anche di Orlando della personalità giuridica dello Stato). Vale a dire si trattava di affermare la politica quale amministrazione, come aveva scritto e ragionato, a partire dagli anni '70 dell'Ottocento Silvio Spaventa, storicizzando il suo hegelismo mentre, diversamente ma non lontano da lui, Francesco De Sanctis storicisticamente definiva la politica quale conoscenza dei processi sociali in via di sviluppo e trasformazione, i quali, allora – siamo negli anni '70 dell'Ottocento – avevano resi vuoti e formali gli ideali nobilissimi da cui pure era nata la allora presente condizione liberale dell'Italia e dell'Europa, come diceva De Sanctis, che aggiungeva: «noi concepiamo la libertà come un quantum di modo che più ne dai e più sei creduto liberale, come fa la plebe. Vediamo la quantità, il più e il meno che è di facilissima percezione, e ignoriamo che richiede studio ed esperienza molta. Noi vediamo – concludeva De Sanctis, con accenti tocquevilliani – che spesso, dove è più libertà, c'è minore libertà». Perché non si può questionare di “libertà in carta”. Occorre la libertà effettiva, materiale delle cose, è questo è il compito della politica, della politica come prassi e, più ancora come scienza<sup>1</sup>.

A mio giudizio erano queste le preoccupazioni che animavano l'intelligentissimo giovane Orlando, specie quando, e proprio quando sollecitamente avvertiva la necessità di costruire il sistema del diritto pubblico come determinazione dei principi che servissero a rispondere ai nuovi bisogni della gente e ai nuovi compiti dello Stato in forme e modi non divaricanti bisogni e compiti. Un'esigenza tanto più urgente, anche per il giuspubblicista, che di certo avrebbe concordato, se l'avesse conosciuta – e non lo so – con la diagnosi che De Sanctis aveva enunciato magistralmente a conclusione della *Storia della letteratura italiana*, uno dei più grandi libri di storia dell'Ottocento italiano, una vera e propria filosofia del costume e della civiltà italiana. E va subito precisato che la diagnosi di De Sanctis, che ora leggerò, non fu isolata: basti ricordare Pasquale Villari e, su altro piano, Marco Minghetti e Ruggero Bonghi. Scrisse De Sanctis nel 1871: «diresti che, proprio

<sup>1</sup> Ho svolto questi temi nei miei numerosi lavori desanctisiani e spaventiani. Per tutto e per altre indicazioni bibliografiche rinvio alle pagine che ora si leggono nell' "appendice" della III ed. del mio libro *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, A. Giuffrè, Milano, 1988 (I ed. Napoli, 1963), pp. 315-334, M. Minghetti, S. Spaventa, F. De Sanctis: *le trasformazioni del liberalismo*.

appunto quando s'è formata l'Italia, si sia sformato il mondo intellettuale e politico da cui è nata [ossia la strutturazione sociale e morale del Paese], se non si disegnasse, in modo vago ancora, ma visibile un nuovo orizzonte». «L'Italia è stata finora avviluppata come di una sfera brillante, la sfera della libertà e della nazionalità, e ne è nata una filosofia e una letteratura, la quale ha la sua leva fuori di lei, anziché intorno a lei. Ora si dee guardare in seno, dee cercare sé stessa; la sfera dee svilupparsi e concretarsi come sua vita interiore. L'ipocrisia religiosa, la prevalenza delle necessità politiche, le abitudini accademiche, i lunghi ozi, le reminiscenze d'una servitù e abiezioni di parecchi secoli, gli impulsi estranei sovrapposti al suo libero sviluppo, hanno cercato una coscienza artificiale e vacillante, le tolgono ogni raccoglimento, ogni unità. La sua vita è ancora esteriore e superficiale. Dee cercare se stessa con vista chiara»<sup>2</sup>.

Di tal genere, se non tali appunto, erano i pensieri – per dirla con Manzoni, davvero qui più che mai da utilizzare – anche di Orlando, quando iniziò la sua ricerca del sistema del diritto pubblico, giacché aveva cognizione delle trasformazioni, che molto lo preoccupavano, dello Stato da poco costituito sul piano formale e ormai da rendere capace di rispondere ai compiti nuovi che incombevano, con tanta maggiore incidenza quanto ancora incerta era la sua organizzazione in ragione della sua debole consistenza operativa. Da qui l'attenzione particolare di Orlando per il livello istituzionale dello Stato a condizione di non sganciarlo dal suo livello pratico, donde il primato assegnato da lui spaventianamente, all'amministrazione, al diritto amministrativo e alla scienza dell'amministrazione, persino rispetto alla scienza delle costituzioni. Né è un caso che l'intelligentissimo giovane Orlando, ancora non laureato, dedicasse il suo primo studio a Herbert Spencer, non smentendolo mai neppur in tarda età, quando nel 1940 raccolse gli scritti vari “coordinati in sistema” del *Diritto pubblico generale*<sup>3</sup>. Spencer, infatti, era allora, negli anni '80 dell'Ottocento, il teorico più fortunato (almeno quanto a diffusione) della rinnovata discussione sul rapporto tra “libertà ed eguaglianza”, che era il tema antico del liberalismo classico ritornato all'ordine del giorno in relazione ai “nuovi compiti” dello Stato e delle conseguenti “trasformazioni”, per scongiurarne la crisi, incombente e, forse, già in atto.

<sup>2</sup> Cfr. F. De Sanctis, *Storia della letteratura italiana*, a cura di N. Gallo, Einaudi, Torino, 1962, vol. I, p. 974.

<sup>3</sup> V.E. Orlando, *Diritto pubblico generale*, Giuffrè, Milano, 1940 (qui si cita dalla I rist., ivi, 1954). D'ora innanzi si cita con Dpg.

2. Del lavoro che Orlando, a poco più di vent'anni, pubblicò nel 1881 su *Delle forme e delle forze politiche secondo Herbert Spencer*, non interessa qui, e per l'acuta intelligenza vivacissima e soprattutto per la finalità di questo mio intervento, la tesi costruttiva animosamente enunciata. Piuttosto interessano i problemi individuati nei quali, precocemente, si ravvisano gli interessi dell'acerbo studioso e le sue principali referenze culturali. Va allora sottolineato come Orlando, seguendo Spencer e le prevalenti letture di lui nel secondo Ottocento, individui subito la centralità della dicotomia libertà-eguaglianza (cui egli si riferisce, chiaramente, con la formula "sentimento generale della comunità"<sup>4</sup>) determinante per intendere il modo d'essere dello Stato moderno in una delle fasi più caratterizzanti della sua trasformazione fisiologica, che, però, mostrava tutti i pericoli della patologia.

In coerenza con siffatta impostazione, Orlando ricorda la classica tripartizione aristotelica delle forme di governo e le principali tappe della sua fortuna (le quali mostrano come esse non siano tre nella realtà ma una con triplici funzioni); e però la sua attenzione è prevalentemente attratta dalla diversa configurazione assunta dal problema, che per lui è quello della distinzione e dei rapporti tra politica e diritto, che già per il giovane Orlando corrisponde alla questione, per evitarne la confusione, tra «la forma e la sostanza»: la prima è «la qualità esteriore di uno Stato», che «non si può pretendere che possa dar conto delle differenze relative alla natura essenziale dello Stato stesso»<sup>5</sup>. A ciò supplisce Spencer la cui dottrina «non guarda alle 'forme' esteriori di governo che un popolo può darsi, sibbene alla loro essenza» e cioè «alle 'forze' che lo costituiscono e lo tengono in vita»<sup>6</sup>. Col che, accanto ad una embrionale ma già chiara modificazione del concetto di politica (che deve vagliare le "forze", possiamo dire i criteri e i contenuti delle "forme" di governo, mettendo lockianamente in non cale la ricerca spasmodica del governo ottimo, non rintracciabile nella realtà), ciò che è rilevante è la definizione di "forza" che, con Spencer e oltre Spencer, Orlando configura. «La 'forza', correlativa ad una data forma» di cui «costituisce l'immediato sostegno», è «il fondamento, l'origine, la ragion d'essere» dello Stato, le cui 'forme' la politica descrive e sistema. Ed è tutto ciò in quanto esprime la vita nel suo muoversi instancabile, «vale a dire la santità della tradizione sulla quale (...) si basa» la "legittimità" dello Stato<sup>7</sup> nelle varie forme che storicamente lo configurano nella esteriorità. La "tradizione", tuttavia, non va confusa «con ciò che è

<sup>4</sup> Ivi, pp. 538-539 e 570, 576.

<sup>5</sup> Ivi, p. 560.

<sup>6</sup> Ivi, p. 561.

<sup>7</sup> Ivi, p. 586.

stolta idolatria di vieta usanza», «con ciò che è eccesso licenzioso» anziché «naturale sviluppo» della sostanza vitale.

Ciò perché la «tradizione» è «la forza storica onnipotente»<sup>8</sup>, in quanto «sintesi delle condizioni storiche, sociali, etnologiche, economiche dal complesso delle quali deriva che quella data forma, e soltanto quella si adatta a quel dato popolo in quella data fase della sua esistenza storica»<sup>9</sup>. La «forza» è «la base di ogni governo» che «non può essere altro che la *volontà nazionale o popolo*»<sup>10</sup>, specifica Orlando, così da consentire di dire ciò che egli ancora non dice esplicitamente ma intende e poi dirà, ossia che la forza della tradizione è «lo spirito del popolo», il *Volksgeist* della Scuola storica. Questo è, infatti, l'elemento fondante che consente di riconoscere «la verità» dei «cosiddetti principi di ragione», «nude e pericolose metafisicherie dell'arbitrio», rispetto «ai sani criteri di governo» della ingiustamente «calunniata tradizione»<sup>11</sup>.

A tal proposito è assai importante non trascurare ciò che, senza esitazione, con giovanile baldanza<sup>12</sup>, Orlando ricava dalle specificazioni della sua idea di «forza-tradizione». In primo luogo, affermare questo principio significa rinunciare «una buona volta a certe illusioni sulla onnipotenza» «della volontà dell'uomo»<sup>13</sup>. E però si può a ciò obiettare che il sistema retto dal suddetto principio comporta «la negazione del libero arbitrio dell'uomo»?<sup>14</sup>. È probabile, dice con coraggio Orlando. Ma il «libero arbitrio non è un dogma o un assioma incontestabile». «Il principio della libertà morale non può costringere lo storico o il pubblicista [che qui sta per giuspubblicista] a credere ad una storia che non è mai esistita», quella di uomini senza limiti e condizionamenti ben conosciuti. «Le ipotesi astratte – continua il giovane scrittore – sono estranee al severo ufficio dello storico che ha per obiettivo non il possibile ma il reale»: «avendo solo riguardo alla verità effettuale delle cose, egli ha il diritto di esporre i fatti e il dovere di giudicarli»<sup>15</sup>, riscattando, sembra dire Orlando, attraverso il giudizio, il pericolo del «fatalismo». Del resto, «le leggi sociali come le leggi fisiche, hanno una forza propria, sono un portato affatto naturale cui la volontà umana non può che conformarsi»<sup>16</sup>.

Quest'ultima affermazione, che suggella il ragionamento di Orlando, ha importanza anche per altro, perché chiaramente mostra di risentire

<sup>8</sup> Ivi, p. 576.

<sup>9</sup> Ivi, p. 570.

<sup>10</sup> Ivi, p. 571.

<sup>11</sup> Ivi, p. 568.

<sup>12</sup> Ivi, pp. 555-556.

<sup>13</sup> Ivi, p. 575.

<sup>14</sup> Ivi, p. 576.

<sup>15</sup> Ivi, p. 577.

<sup>16</sup> Ivi, p. 575.

l'eco delle discussioni, tipiche del positivismo e dello storicismo positivistico del secondo Ottocento, concernenti la cosiddetta *Methodenstreit* circa l'oggetto prevalente della ricerca storica, se sia la "cultura" o lo "Stato", e la distinzione tra *Naturwissenschaften*, garantite dalla sicurezza delle leggi razionali che ne governano l'oggetto e il metodo, e le *Geisteswissenschaften*, ritenute incapaci, in quanto espressioni della mobile natura dell'uomo, di verifiche razionali perché la libertà (Orlando dice «il libero arbitrio degli uomini») non lascerebbe spazio a leggi rigorose consentite dall'astrazione concettuale. Al che Orlando, che cita il *Sistema di logica* di John Stuart Mill – definito uno dei grandi documenti delle questioni or ora richiamate<sup>17</sup> – allude quando si pone la domanda, collegata a quanto abbiamo sentito sui limiti del «libero arbitrio», «fino a qual punto le forme di governo sono dipendenti dalla libera scelta», anziché dalla forza organica della natura del popolo che le produce e che opera come secondo un destino?

3. Il successivo lavoro del 1886, dalle ormai già precisate caratteristiche, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, riprende, con maturazione ben più argomentata e sicura di sé, le questioni accennate nello scritto del 1881, traducendole in alcuni temi che diventano tipici del sistema giuridico del maestro italiano del diritto pubblico, a partire da quelli sulla «personalità giuridica dello Stato», a sua volta non assente nel verde saggio su Spencer. Ed anche su questo scritto mi fermo con qualche minuto esame, come non farò per altri dello stesso periodo giovanile, da considerare chiuso con la prolusione palermitana del 1889, dopo quella modenese del 1885<sup>18</sup>, *terminus a quo* del problema qui indagato. Tuttavia anche in questo caso, non dirò delle critiche al sistema parlamentare, alla teoria della divisione dei poteri, esaminate con estesi raffronti storici con la situazione inglese, o dell'opzione per il «governo di Gabinetto». Tutte cose importanti se altra fosse l'ottica del mio discorso, come lo fu quello del 1963.

Mi fermo, invece, sul chiaro percorso da Orlando disegnato dall'interesse politico (presente in lui e debordante al di là di ogni sforzo per contenerlo) allo studio giuridico delle forme di Stato liberale di diritto,

<sup>17</sup> Come si sa Mill è una presenza importante nel filosofo storicista Dilthey, che sollecitamente ne recensi il *Sistema*. Su ciò, anche per ampia e selezionata informazione si veda l'importante libro di G. Cacciatore, *Scienza e filosofia in Dilthey*, Guida, Napoli, 1976, vol. I, pp. 92-110 e tutto il cap. II, pp. 49-136.

<sup>18</sup> Il titolo della prolusione modenese, che non fu pubblicata, fu *Ordine giuridico e ordine politico* (1885). I principi di essa, come dell'altra prolusione messinese del 1886 (egualmente non pubblicata) Orlando, in una nota della prolusione palermitana del 1889, dice che sono ripresi e sviluppati in quest'ultimo testo, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, ora in Dpg., pp. 3-22.

vero obiettivo di Orlando, tanto più urgente quanto più ribollente era il magma della politica. Per questo l'obiettivo del giurista non è mai ascrivibile a convinzioni "formali" o formalistiche, e deve essere sempre preoccupato della vita, dell'azione, dell'esperienza dello Stato e, direi, tanto più preoccupato di ciò quanto più spasmodicamente rivolto alla sistematica giuridica, capace di fornire i criteri per intendere l'organizzazione, la sostanza, l'effettività dello Stato, lontano da ogni metafisica anche e specialmente quella delle ideologie, che Orlando sentiva urgere dentro di sé alla ricerca della «fusione» e armonica connessione «del principio di libertà con quello di autorità», come scrive iniziando il lavoro del 1886<sup>19</sup>. «La più vitale questione sul metodo per la scienza nostra», scrive Orlando, è «il distinguere da un lato e il ridurre ad armonia dall'altro, l'ordine giuridico e l'ordine politico»<sup>20</sup>. Certo, "distinguere" non è "separare", "conciliare" non è "confondere"<sup>21</sup>. Perciò va ben chiarito che "distinzione" e "conciliazione" non tolgono il "dualismo", il quale, del resto, «investe ogni ramo delle umane cognizioni»<sup>22</sup>, alle quali, di certo, non fanno eccezione quelle giuridiche e quelle politiche.

«La politica (...) considera lo Stato come forma della vita esteriore di un popolo, per la difesa, il benessere, la potenza di esso»; riguarda "l'azione" dello Stato<sup>23</sup>. «La scienza del diritto pubblico considera lo Stato nella sua normale esistenza, nel suo ordinamento», «l'organizzazione di esso e le condizioni stabili e fondamentali della sua vita»<sup>24</sup>, che non sono – come potrebbe superficialmente apparire – la stessa cosa della «vita politica». E non lo sono perché in quanto concernono le "condizioni", i "fondamenti" della vita dello Stato, sono qualcosa di «necessario e i principi giuridici [sono] effetto di forze poderose e conspiranti (...) la cui radice (...) va ricercata nell'evoluzione storica della società umana»<sup>25</sup>. Ciò significa per Orlando che «i fenomeni giuridici sono fenomeni *naturali* e per ciò stesso *necessari*?»<sup>26</sup>. Ma allora che cosa sono? Forse sono espressioni e principi ascrivibili alle *Naturwissenschaften* anziché alle *Geisteswissenschaften*? Per difetto di teoresi Orlando si rinserra in una singolare distinzione, perché per lui l'osservazione dei «principi giuridici coi loro nessi logici» non può prescindere dalla «successione storica di essi», più ancora dalla «trasformazione storica di essi», ma attenzione, ecco la soluzione fervorosa più che rigorosa tro-

<sup>19</sup> V.E. Orlando, *Studi giuridici sul governo parlamentare* (già in «Archivio giuridico», XXXXVI, 1886), in Dpg, pp. 345-415, qui p. 347.

<sup>20</sup> Ivi, p. 352.

<sup>21</sup> Ivi, ibid. e cfr. p. 356.

<sup>22</sup> Ivi, p. 355.

<sup>23</sup> Ivi, pp. 352-353.

<sup>24</sup> Ivi, p. 352.

<sup>25</sup> Ivi, p. 353.

<sup>26</sup> Ivi, p. 354.

vata in queste ricerche affannose. Questa “successione”, questa “trasformazione” «attiene alla considerazione obiettiva» non compatibile con le proclamazioni “aperte”, “senza limitazioni” del «principio dello sviluppo naturale e necessario delle istituzioni politiche», che è indispensabile accettare per evitare di cadere nel “fatalismo storico”.

E però, sembra dire Orlando, siamo su piani diversi, la stessa idea di storia è diversa. Nell'un caso «si svolge nella sfera dell'osservazione dei fenomeni naturali e giuridici e della induzione e coordinazione dei principi che li regolano, mentre nell'altro presuppone lo svolgersi di tali principi e l'attuarsi di essi nella nuova società per via del cosciente e libero concorso delle varie attività in cui si manifesta nella storia la vita di un popolo»<sup>27</sup>. Si deve allora dire che la conclusione è affidata alla distinzione tra la “storia ontologica” (l'ontologia della storia) e la “storia effettiva”, che è e non può che essere la provvisoria, sempre superanda e superata incarnazione pratica della prima, la sola sussistente in sé e per sé appena se ne acquisti consapevolezza? Sembra sussistano pochi dubbi su tale conclusione, specie quando si legge, poco dopo, che «il diritto è manifestazione organica della vita dei popoli, come il pensiero, come la lingua», sia pure con l'aggiunta che esso è «improntato rigorosamente ai bisogni, all'indole, alla storia di quelli [popoli]»<sup>28</sup>. Insomma una cosa è l'essenza, un'altra cosa è la storia pragmatica. Se il diritto fosse affidato a questa, confusa con questa, non avrebbe il carattere logico e necessario che ha e deve avere, sarebbe poco più che la politica. Orlando non ha dubbi e non consente di averne. Bisogna sapere distinguere (pur senza separare) diritto e legge. «Non è l'essenza della funzione che qualifica il potere da cui emana” il diritto, «ma la funzione si deduce dal potere che la adempie»<sup>29</sup>. Il diritto ha un “lato formale”, che non deve far dimenticare la “sostanza” delle sue formazioni organiche e necessarie. Vi è «un senso costituzionale della parola legge», precisa Orlando, specificando che «questo senso riesce necessariamente formale, perché la forma imperativa e coercitiva che specificamente accompagna la legge, bisogna che sorga, senza possibilità di dubbio, da certi elementi visibili, esterni, evidentissimi e perciò stesso formali»<sup>30</sup>.

Detto altrimenti la legge è la manifestazione esterna e provvisoria dell'essenza del diritto, da cui deriva e che non esaurisce. Ciò tanto più quando all'acuto osservatore della realtà dello Stato e della società contemporanea (altri due elementi che non vanno confusi) appare necessario distinguere tra le *leggi in senso proprio* (quelle che hanno per

<sup>27</sup> Ivi, p. 355.

<sup>28</sup> Ivi, p. 375.

<sup>29</sup> Ivi, p. 372.

<sup>30</sup> Ivi, p. 371.

contenuto determinato o regolare un rapporto di diritto) e le *leggi improprie*, che sono «tutte quelle altre disposizioni che sono bensì rivestite della forma esterna di legge, ma che mancano di quel contenuto intrinseco»<sup>31</sup>. Ed è argomentazione che ad Orlando serve anche per indicare i limiti (ormai non più rispettati fino a determinare la crisi dello Stato di diritto) del potere legislativo rispetto al potere esecutivo, da cui derivano le “leggi improprie”. Ma questo è altro discorso, o meglio è lo stesso discorso in un’ottica diversa da quella qui prescelta non per gusto arbitrario ma per seguire e cercare di capire i percorsi logici di Orlando, tanto più rigorosamente pensati e perseguiti quanto più forte era in lui la consapevolezza e la preoccupazione per le “trasformazioni” dello Stato, che, ormai, perché non crollasse, bisognava rifondare, considerare con e in un rigoroso sistema di diritto. Su questa strada si muove la distinzione tra *Diritto amministrativo* e *scienza dell’amministrazione*, secondo suona il titolo di un altro importante saggio del 1887, che si articola – prendendo spunto da un regio decreto del 1885 concernente le modificazioni dell’ordinamento degli studi giuridici – in un’analisi critica delle principali teorie sul rapporto tra scienza dell’amministrazione e diritto amministrativo (con particolare riguardo alla cultura giuspubblicistica tedesca da L. von Stein a Mohl, Gerber ed altri).

Anche qui, tuttavia, la preoccupazione di Orlando, alla ricerca del sistema, non concede nulla al formalismo giuridico. «Mentre la scuola scientifica – osserva con severa ironia – disputava sull’utilità dell’ingerenza dello Stato (quella che si avvale delle “leggi improprie”), questa con un processo graduale ma continuo, si allargava e si affermava in tutti i profili civili» e «anche questa volta, come sempre la poderosa energia dei bisogni effettuali e dell’ambiente ha avuto ragione delle elucubrazioni dottrinali»<sup>32</sup>. In questione è l’affermarsi dello Stato «in netta e vigorosa antitesi della società, di cui è la politica organizzazione». E ciò importa stabilire se, dinanzi allo sviluppo delle esigenze e delle azioni degli individui, «l’idea di Stato non sia altro che una mera derivazione da quella di individuo, ubbidiente e ligio alle tendenze di questo», fino ad annichilire la sua influenza, o se non sia “necessario” per lo Stato «invadere la sfera dell’attività individuale», anziché annullare la propria azione<sup>33</sup>. Tuttavia restando consapevole che «l’intervento dello Stato non arriverà mai a mutare in *giuridici* i rapporti sociali»<sup>34</sup>. Che cosa ne deriva? Orlando non esita a dichiararlo. «Lo Stato deve attuare la propria personalità», che è giuridica perché è, come abbiamo

<sup>31</sup> Ivi, p. 373.

<sup>32</sup> Id., *Diritto amministrativo e scienza dell’amministrazione* (già in «Archivio giuridico», XXXVIII, 1887), ora in Dpg., pp. 127-166. Qui p. 153.

<sup>33</sup> Cfr. ivi, pp. 154, 155 e ss.

<sup>34</sup> Ivi, p. 160.

già sentito, «la manifestazione organica della vita dei popoli, come il pensiero, come la lingua», ossia come ciò che non può non essere se vita debba essere. E non si trascuri di notare che Orlando ha parlato di “attuare” non creare la personalità dello Stato, che, dunque, si tratta di ritrovare e riconoscere nella sua eterna essenza giuridica. Vale a dire qualcosa di non storico, ma che tale diventa soltanto per ragioni pragmatiche.

Questo Stato “attuato” dovrà «porsi in immediato rapporto con la nozione di società». Se non lo facesse si tradurrebbe nella «forma esteriore» di una vita formale quasi vuota. Però in questo rapporto, e nell'interesse stesso della società, i «fini essenziali» devono restare quelli della «sua personalità giuridica» perché non venga meno «l'idea di Stato». L'elemento dominante resta e deve restare lo Stato ed essenzialmente giuridici restano i rapporti che ne derivano<sup>35</sup>. Perché tutto ciò si chiarisca bisogna riconoscere e sistemare un nuovo aspetto della sostanza del diritto nel continuo emanatismo della sua essenza naturale, vale a dire il «diritto amministrativo» da non confondere con la «scienza dell'amministrazione», la quale «per noi, dice Orlando, non può meglio definirsi (...) che come la scienza dell'ingerenza sociale dello Stato»<sup>36</sup>, assai prossima alla politica.

Credo sia possibile ricavare da tutto ciò una prima conclusione, dicendo che se la “trasformazione” dello Stato non deve tradursi in “crisi” dello Stato, è necessario che non si alteri, al contrario si riaffermi rafforzata la personalità giuridica dello Stato, rispetto ai “diritti soggettivi” degli individui, la cui condizione è proprio la personalità giuridica dello Stato.

Con ciò credo che si chiuda la fase programmatica, vogliamo dire la fase giovanile della ricerca di Orlando.

4. A suggello si colloca la prolusione *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, pronunciata il 8 gennaio 1889, assumendo la cattedra nella sua Palermo. A questa prolusione dobbiamo, in ultimo guardare, per cercare di chiarire che cosa intendo quando parlo di “Scuola storica” e “sistema” nel pensiero del maestro siciliano.

La premessa della nuova tappa del cammino intrapreso può essere ritrovata nella prima nota del lavoro del 1887, dove si rileva la diffusa conoscenza delle incertezze e deficienze delle “ricostruzioni” metodiche e sistematiche della scienza di diritto pubblico interno, anche nei giuristi tedeschi che più di altri e specie dei francesi hanno tentato di compensare le lacune assai gravi. Allora, nel 1887, la conclusione di

<sup>35</sup> Ivi, p. 165.

<sup>36</sup> Ivi, p. 166.

Orlando si confortava col riconoscimento che preferibile è «la coscienza precisa del difetto», ossia che quella sicurezza fiduciosa dà bensì un'illusoria certezza nella trattazione scientifica, ma «al tempo stesso perpetua la confusione e gli errori»<sup>37</sup>.

La prolusione dell' '89 parte da qui e riassume difetti e confusioni in due diffuse, erronee credenze e trattazioni, l'eccesso di teoria (quasi la edificazione di una «filosofia del diritto amministrativo») e l'abuso della trattazione esegetica<sup>38</sup>. L'uno e l'altro errore nascono da un'unica deficienza maggiore: «manca il diritto e la coscienza del diritto e v'ha la legge», si confonde «la scienza del diritto con la scienza delle leggi» dimenticando che «la legge (...) suppone il sistema organico del diritto e non è già il sistema organico che suppone la legge»<sup>39</sup>. La quale non è se non «un documento legislativo» risolto nel particolare, ignorando il generale. A sua volta il generale non ha nulla dell'universale, concettualmente rigoroso e sicuro nella razionalità dei suoi criteri di cui danno «mille esempi» le scienze naturali, ricorda Orlando<sup>40</sup>. In altri termini non si ha altro che, come nelle «dispute eterne» «delle teorie del diritto naturale», che «l'accoppiamento di una metafisica presentata col pedestre commento di un infelice documento legislativo»<sup>41</sup>.

E qui ritorna l'antico originario riportarsi di Orlando alla “positivistica” ricerca della scienza contro la metafisica: «Keine Metaphysik mehr!». Perché tale è la condizione del diritto pubblico specie in un momento in cui tanto sembra ampliarsi, e di fatto s'è ampliata, la sfera di competenza dello Stato. Il diritto pubblico non è stato ancora in grado, a differenza del diritto privato, di «considerare le varie nozioni ed i vari istituti giuridici come delle entità reali, esistenti, viventi». Non è in condizione di riconoscere nel «rapporto giuridico» l'individualità vigorosamente determinata che «lo stacca nettamente dagli altri rapporti congeneri e soprattutto da quegli altri rapporti appartenenti ad un ordine scientifico diverso»<sup>42</sup>, come, ad esempio, quello della politica. Il diritto pubblico non ha potuto avvalersi, come il diritto privato, del sistema, logico e rigoroso, del diritto romano, quello che il Savigny ha sapientemente e storicamente organizzato nel «sistema del diritto romano attuale». I giuspubblicisti hanno dimenticato un principio basilare della «scuola storica del diritto» enunciato da Savigny, ben prima del “sistema” (1840), nel manifesto della Scuola, il *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* del 1814, che Orlando esplicitamente cita: «le idee e i teoremi di diritto non appaiono ai giu-

<sup>37</sup> Ivi, pp. 127-128, nota 1.

<sup>38</sup> Cfr. Id., *I criteri tecnici* cit. Ivi, pp. 7-53.

<sup>39</sup> Ivi, p. 16.

<sup>40</sup> Cfr. ivi, p. 12.

<sup>41</sup> Ivi, p. 8.

<sup>42</sup> Ivi, p. 13.

reconsulti romani come creazioni dell'arbitrio; sibbene sono esseri reali la cui esistenza e genealogia si è a loro manifestata per una lunga familiare abitudine. Indi nasce altresì una sicurezza in ogni loro procedimento, la quale d'ordinario non si rinviene fuori delle matematiche, e si può dire, senza tema di esagerare, ch'essi *calcolano con le loro idee*»<sup>43</sup>.

Che significa in questo brano il riferimento alla rigorosa logica delle matematiche, confortate dalla sicurezza della verifica attraverso il calcolo? Forse Orlando, ripetendo Savigny, ha positivisticamente optato per il diritto come scienza e non come storia? Sarebbe ingenuo pensarlo, senza bisogno che lo studioso di filosofia ricordi come Vico, presente nei discorsi di Orlando fin dalle sue prime prove<sup>44</sup>, abbia formulato la prima presentazione del *verum-factum* nel *De antiquissima*, ricorrendo ai principi matematici che sono il prodotto della mente umana che li conosce perché li elabora, rispetto al mondo della natura che è nella mente di dio che lo conosce perché lo ha fatto. Dirò che, in coerenza con questo embrionale "storicismo" vichiano, ripetendo quanto già più volte detto, Orlando non senza echi savignany, ancor qui ribadisce, e questa volta con la solennità della definizione del principio cardine, che cosa intende per diritto: «il diritto è vita, efficienza ultima del carattere storico di un popolo e dei sentimenti della comunità». La scienza moderna non riconosce più l'uomo come un'entità astorica, «prescindente dalla influenza di tempo e di luogo, di razza e di storia, apparizione fantastica evocata dalla bacchetta dello spiritismo giusnaturalistico»<sup>45</sup>. E poco prima, sempre con Savigny, Orlando aveva riconosciuto che «l'ideale medesimo» dei rapporti di diritto pubblico «non si presta (...) ad alcuna codificazione», giacché altri sono i «principi del diritto costituzionale», rispetto ai «principi del diritto amministrativo»<sup>46</sup>.

Ed allora che ricavarne? Una insanata e insanabile ambiguità e forse contraddizione tra la storia e la logica, tra la "Scuola storica" e la "sistemica giuridica"? Dirlo sarebbe una prova di completa incomprendimento del pensiero di Orlando, pur se non vanno sottaciute le incertezze, i dubbi, persino qualche contraddizione rilevabile nel percorso, che, al contrario, procede sempre sicuro, chiaro, baldanzoso nella programmazione di Orlando, consacrata a dotare l'Italia e, in particolare «il diritto pubblico interno, di un sistema giuridico secondo la

<sup>43</sup> La citazione è tratta dal *Vom Beruf* (cfr., l'ed. a cura di J. Stern, Berlin, 1914, rist. Darmstadt, 1959; Thibaut-Savigny, *Eine programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, p. 88 (su cui cfr., il mio *Crisi e trasformazioni*, pp. 143-144). Di questi classici testi una bella edizione italiana è quella curata da G. Marini, *La polemica sulla codificazione*, Esi, Napoli, 1982 (III ed., ivi, 1992).

<sup>44</sup> Cfr. V.E. Orlando, Dpg., pp. 215, 217, 558, 569.

<sup>45</sup> Id., *I criteri tecnici* cit., pp. 20-21.

<sup>46</sup> Si vedano i *Principi di diritto costituzionale* (Firenze, 1889) e i *Principi di diritto amministrativo* (Firenze, 1891).

storia non contro la storia». A conferma di ciò basta tornare a riflettere su Savigny, e sul percorso delle idee di Savigny, senza dimenticare la savignana rivisitazione operata da Jahring, storico del *Geist des römischen Recht* non meno che teorico del diritto come scopo e funzione<sup>47</sup>. Orlando è tutto dentro la “Scuola storica” senza con ciò entrare in rotta di collisione con la ricerca del sistema, che per lui, come per Savigny, è prodotto dagli scienziati del diritto quasi a compenso della mancata e non necessaria apertura alla codificazione che non si addice al diritto amministrativo.

Non è questa la sede (e se anche lo fosse il discorso risulterebbe inutile, almeno per chi come me non ama ricercare analogie per somiglianza e non per differenza) per rintracciare echi e più che echi di Savigny nel primo Orlando. Mi limito a ricordare, anche alla luce di quanto fin qui esposto, la comune centralità del concetto di istituto giuridico ed ancor più il possibile avvicinamento della distinzione orlandiana tra «leggi proprie» e «leggi improprie» alla distinzione savignyana tra «diritto positivo», che è il sistema degli istituti giuridici, e «diritto meramente positivo» (*rein positiv*) riguardante il diritto vigente derivante dalla “volontà” del legislatore, per regolare situazioni extragiuridiche del tipo di quelle che Orlando considera proprie dell’ingerenza dello Stato nella società, nella condotta di vita dei consociati<sup>48</sup>. Piuttosto ciò che va sottolineato è il particolare tipo di “storicismo” della “Scuola storica” savignyana, basato su lo “spirito del popolo” (il *Volksgeist*, che è espressione usata costantemente nel *System* ma non nel *Beruf*), vedendo in questo il principio di razionalità intrinseco al sistema della storicità, in quanto è qualcosa di interno proprio alla storicità dell’azione umana, in nome di una razionalità non presupposta ma costitutiva dei fatti, i quali, a loro volta, non sono caotici movimenti, ma riconoscimento della consistenza dell’azione. Ragion per cui la loro conoscenza si risolve nella conoscenza dello spirito del popolo, direbbe Orlando la conoscenza della vita del diritto, che è un’essenza originaria della vita come il pensiero e la lingua.

Si potrebbe ricordare, se questa fosse, come non è, la sede opportuna, le tesi della *Spätaufklärung* sulla *Natur der Sache*, che significa ricercare la ragione delle cose (giuridiche) intrinseca alla ragione del

<sup>47</sup> Non è questa la sede per toccare il delicato problema su cui mi sono più volte intrattenuto. Mi limito a ricordare la mia *Introduzione allo storicismo*, V ed., Roma-Bari, 2010.

<sup>48</sup> Cfr. F.K. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, tr. it. di V. Scialoja, vol. I, Torino, 1886, pp. 83 e ss. Di svolta “pandettistica” nella giurisprudenza italiana di fine Ottocento, legata ai nomi di Orlando e Scialoja, parla G. Cianferotti nell’informata, ricca ricerca sulla *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, A. Giuffrè, Milano, 1998, vol. I, spec. pp. 334 e ss.

sistema, ossia non una ragione a priori ma a posteriori in quanto connessa al sistema quale ordine delle cose. In tal senso la razionalità della storia e del diritto deve governare e risolvere la sempre incombente irrazionalità della politica, l'incidenza dei principi e bisogni degli altri sistemi scientifici nel sistema scientifico del diritto, che, come ho detto e ripeto, serve in Orlando a portare dentro il sistema dello Stato, in quanto personalità giuridica, le nuove istanze sociali che dettano i nuovi compiti che trasformano lo Stato senza fargli correre il rischio di negarlo e neppure soltanto di oltrepassarlo<sup>49</sup>. Si tratta di evitare la "crisi" dello Stato, prodromico della sua dissoluzione.

Né va trascurato che nel 1883, B. Brugi nel saggio *I romanisti della Scuola storica e la sociologia contemporanea*<sup>50</sup> e nel 1885 Icilio Vanni, nello scritto *I giuristi della Scuola storica di Germania nella storia della sociologia e della filosofia del diritto*<sup>51</sup> avevano avanzato in Italia una "interpretazione naturalistica" del *Volkgeist* e in generale dello "storicismismo" e della "Scuola storica", avvalendosi della definizione savignyana dello spirito del popolo quale "naturalische Einheit" coinvolgente la "historische Stoff" da cui nasce il diritto, obbediente, a sua volta, alla legge di "innerer Notwendigkeit"<sup>52</sup>. Questo è un discorso complesso, che riguarda anche altri grandi giuristi tedeschi, a cui Orlando fu sensibile, da Gerber a Jhering, che io propendo a leggere collocandoli lontano da motivazioni ideologiche troppo strettamente confacenti allo statalismo bismarkiano, e specie per Jhering, senza cedere al gusto di troppo drastiche cesure e palinodie pur nella precisa cognizione di quanto articolato e dialettico sia lo sviluppo concettuale di questo grande storico del diritto<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> Si veda M. Fioravanti, *Savigny e la scienza del diritto pubblico del XIX secolo* (1980) e *Il dibattito sul metodo e la costituzione delle teorie giuridiche dello Stato* (1982), ora in *La scienza del diritto pubblico. Dottrina dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano, 2001, vol. I, pp. 3-63. Per la mia posizione devo rinviare al già cit. libro del 1963 *Crisi e trasformazioni*, pp. 127-129 e 143-144.

<sup>50</sup> Già in «Circolo giuridico di Palermo», XIV, 1883, pp. 151-167.

<sup>51</sup> Ora in *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, a cura di G. Mirabelli, Zanichelli, Bologna, 1911, vol. I, pp. 203 e ss. Su ciò si veda il mio *Crisi e trasformazioni* cit., pp. 110-112, 113, 129-130.

<sup>52</sup> F.K. Savigny, *Sistema* cit., vol. I, pp. XIV-XV.

<sup>53</sup> Pagine acute sull'aporeticità del rapporto sistema-diritto positivo in Orlando si legono nel libro di C. Perazzoli, *Benedetto Croce e il diritto positivo. Sulla "realtà" del diritto*, il Mulino, Bologna, 2011, pp. 9-15. Di queste, che richiamano anche le mie proposte del 1963, è certamente acuta l'individuazione del problema, che porta l'A. fino a parlare, giustamente, di uno «Stato 'ontologizzato' nella natura giuridica» (p. 11), cui Orlando è costretto ad ammettere. Credo, tuttavia, che la difficoltà di attingere una sistemazione rigorosa sia da riportarsi anche alla destissima sensibilità di Orlando per le incombenti "trasformazioni" dello Stato, che rischiavano di intaccarne la personalità giuridica, se questa deve rispondere alla positività e, dunque, alla "realtà" del diritto. Non credo, invece, che la difficoltà sussista a livello della coniugazione delle esigenze storiche con quelle

Mi limito a dire che andrebbe qui ulteriormente chiarito il significato da riconoscere alla “Scuola storica” all’interno di quel “proteo” che è lo *Historismus*, del che, non è qui possibile neppure far cenno. Mi limito ad osservare che lo “storicismo” della Scuola storica era caratterizzato dalla storicizzazione del sistema, a condizione di individuare di questo una razionalità non *imposta*, derivante da entità diverse ed esterne, ma *posta* dalla logica stessa del diritto di sistemare. Perciò ripeto per chiudere, che il problema di Orlando, acutamente fedele alla funzione, dirò pratica, della Scuola storica, fu quello di costruire un *sistema giuridico* che assicurasse la storicizzazione del diritto nel senso di garantirne l’evoluzione sempre tendente, se fosse possibile, alla conciliazione dialettica tra epigenesi e evoluzionismo immanentistico. Quella di Orlando è l’idea della storia come ontologia, connaturata all’intimità dell’uomo e della sua vita organizzata, l’uomo e il diritto sono storici non perché siano nella storia, da essi costruita e senza di essi insussistente, ma perché sono una manifestazione della storia. Uomini e diritto sono governati, dominati, perché l’ordine si dia e non si spezzi, da una superba signora spietata, appunto la storia “razional-reale”, che, è una forma di storicità, ossia una forma di ontologia della storia, non una forma di *Historismus* in senso proprio<sup>54</sup>.

---

sistematiche, che, a mio credere, non vanno lette in senso storicistico (sia pure dello storicismo o realismo idealistico del Croce), bensì secondo i moduli dell’idea di storia propria della “Scuola storica” savignana, che Orlando segue in base alle letture organicistico-positivistiche che ne dava la filosofia del diritto e la scienza giuridica dei tempi di Orlando (si è visto nel testo il ricordo del Brugi e del Vanni). In sostanza il problema è quello di precisare il significato di “Scuola storica” nella complessa storia dello *Historismus* e delle sue “dimensioni”. Su ciò, per brevità, devo rinviare al mio libro *Dimensioni dello storicismo* (Napoli, 1971) e alla già cit. *Introduzione allo storicismo* (la cui I ed. è del 1991).

<sup>54</sup> Su questi temi, vedi ora più ampiamente i seguenti miei scritti *Profilo di Giuseppe Capograssi*, in “RIFD”, s. V, LXXXXIX/2, 2012, pp. 155-182 e *Diritto, storia e sistema secondo Rudolf v. Jhering* in «Annali dell’Istituto Italiano per gli Studi storici», XXVII; 2012/2013, pp. 593-657.