

Orlando, l'enigma del metodo e Las Meninas di Velasquez*

di Giuseppe Di Gaspare**

14 maggio 2020

Sommario: 1. Potere, metodo e tecnicizzazione dello Stato di diritto. – 2. Un paradigma metateorico esplicativo del positivismo giuridico nel diritto pubblico. – 3. Ricaricare Orlando?

1. Potere, metodo e tecnicizzazione dello Stato di diritto

Sono particolarmente lieto di essere riuscito ad intervenire a questo convegno su Orlando e il metodo nel diritto pubblico. Quello del metodo è un tema che mi appassiona e al quale ho dedicato da tempo riflessioni che hanno trovato esito nella monografia "il potere nel diritto pubblico" del 1992. Se quel lavoro avesse avuto un sottotitolo probabilmente sarebbe stato simile al titolo dell'attuale convegno. Scrivevo, in effetti nell'introduzione come "il tema del potere avesse una strana prossimità con quel massimo problema della scienza giuridica che è il problema del metodo". Nel senso, precisavo come "la nozione di potere si ponesse alla base della sistematica giuridica fondante il metodo in quanto passaggio in quanto dinamica". Devo dire che la monografia è rimasta sostanzialmente ignorata. Una recensione di Giorgio Berti su JUS, nella cui collana CEDAM "diritto ed istituzioni ricerche" il libro era stato pubblicato. Ricordo anche due lettere - una specie di recensione personale - di Pietro Costa delle quali gli sono tuttora grato, relative però alla prima edizione provvisoria del 1989, dal titolo "contributo allo studio del potere nel diritto pubblico". La scarsa attenzione al libro potrebbe essere dipesa anche dalla mancata presentazione. Sicuramente ha influito nel mio atteggiamento, all'epoca, una volta terminato il lavoro, l'impulso a prendere le distanze dal testo per sfuggire alla sua tirannia ossessiva e a voltare pagina.

* Intervento al convegno "Orlando realoded. Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico", 12-13 dicembre 2019, Trento, Giurisprudenza.

** Professore ordinario di Diritto dell'economia, LUISS Guido Carli.

C'è probabilmente anche una diversa ragione del registro piatto delle reazioni della comunità scientifica che attiene al modo con cui il libro è stato scritto come ricerca interna alla dottrina giuridica. Un approccio interno / esterno, in quanto prende origine dallo studio delle formulazioni tecnico giuridiche di alcuni istituti di diritto pubblico, ma anche esterno, in quanto nell'illustrazione dei risultati della ricerca impiega nella stesura del testo un codice di lettura diverso da quello collaudato dell'interpretazione giuridica tradizionale. Per cercare di spiegarmi meglio nella ricerca si è passati da un iniziale approccio bottom- up, - analitico sistematico - ad un approccio top- down, di tipo deduttivo utilizzato nel dare conto dei risultati raggiunti, a partire dal sotteso dibattito sul potere e sul metodo. In effetti, più approfondivo l'analisi alla ricerca di un sistema concettuale comprensivo più sprofondavo verso il basso, verso un punto di convergenza del ragionamento che si poneva fuori dalla tramandata sistematica giuridica. Le differenti modalità con cui gli istituti giuridici erano raffigurati nelle varie formulazioni dottrinarie (scuole) - così come le teorie dell'organizzazione e poi anche le teorizzazioni sugli atti normativi e amministrativi- sembravano rimandare ad un punto critico sottostante comune, ma non esplicitato nelle riflessioni dei singoli studiosi, la cui decifrazione ruotava intorno al modo di intendere il potere nel diritto pubblico ed il modo della sua manifestazione giuridica. Seguendone la traccia ero finito in un territorio inesplorato ove il senso del tacito confronto intorno al potere e al metodo appariva derivare, come di riflesso, dalla crisi dello Stato di diritto liberale. La raffigurazione dello Stato di diritto come "Stato sottoposto al diritto", con la crisi dell'assetto istituzionale dello Stato liberale, si era trasformata, anzi si stava trasformando, nell'aporetica realtà di uno Stato, al contempo produttore e destinatario delle sue norme. La metamorfosi contrastava con la concezione del diritto, fino ad allora comune al diritto privato e a quello pubblico, concepito come rapporto tra soggetti di diritto dotati di personalità giuridiche. Una crisi teorica e pratica, dunque, che investiva essenzialmente il diritto pubblico, meno o per niente il diritto privato. Una dinamica del potere, come relazione intersoggettiva, impacciata non più fluida per il venire meno della "bilateralità" e per questo non più naturalmente riconducibile allo schema del rapporto giuridico. Un inciampo, si potrebbe dire, della dinamica tradizionale del potere all'interno del rapporto che si avverte ed affiora, nel dibattito tra i giuspubblicisti, appunto come problema metodologico. Un enigma teorico certo ma non astratto, con risvolti immediatamente pratici, attinente il modo di essere del diritto nella concretezza delle sue manifestazioni che si traduce, per usare le parole di Orlando, nell'esigenza della riformulazione dei "*criteri tecnici del diritto*".

In questo senso, gli studi di Orlando e dei suoi allievi costituiscono la fenomenologia della crisi e il tentativo di una soluzione alla stessa. La ricerca del

“passaggio” appunto del “metodo” che consentisse di rimettere su nuove basi la concezione del diritto pubblico e dunque lo Stato di diritto attraverso la “tecnicizzazione” del diritto pubblico. Utilizzando questa chiave di lettura, nel “potere nel diritto pubblico”, si sono ripercorsi i ragionamenti, i cambi improvvisi di prospettiva, le argomentazioni, le invenzioni semantiche e di simboli, gli slittamenti progressivi di senso, le ambiguità e le concatenazioni concettuali sistematizzanti che hanno esplorato tutte le possibili declinazioni alla teoria del diritto come rapporto, prima di cedere il passo al cambio di paradigma operato dalla “teoria pura del diritto”. Sarà infatti Kelsen a risolvere “l’enigma” – per dirla con Kuhn – e a mettere su basi radicalmente mutate il fondamento positivista del diritto, superando quella che egli chiamava la “trappola antropomorfa” restringendone il campo di rilevazione essenzialmente alla “datità normativa”.

2. Un paradigma metateorico esplicativo del positivismo giuridico nel diritto pubblico

Man mano che i ragionamenti dottrinari si rendevano manifesti nelle loro strutture essenziali e finalità, appariva necessario per renderne manifesto il senso, far ricorso ad un lessico ad hoc che finiva per l’essere, suo malgrado, innovativo, schematico e forse alquanto ostico. Insomma, diveniva indispensabile elaborare un sistema concettuale deduttivo ed esplicativo metateorico. Scorrendo l’indice del primo capitolo del libro del 1992, intitolato “l’apparizione di un’autonoma concezione del potere giuridico nel diritto pubblico”, se ne ha immediata contezza. I titoli dei paragrafi, magari potevano incuriosire, “il dualismo giuridico-politico”, “la giuridicizzazione della sfera interna dello Stato”, “la dinamica del potere”, “monismo e dualismo nella concezione del potere giuridico”, “l’immanenza di una dimensione teleologica interna come limite alla completa neutralizzazione del potere”, “il minimo comun denominatore della concezione bilatera della norma e rapporto giuridico”, “il significato della relazione tra potere giuridico e potere politico”, ma non trovavano sponde concettuali nel bagaglio tradizionale degli studiosi di diritto pubblico

In questo processo di decostruzione della dottrina e ristrutturazione concettuale, attraverso il paradigma metateorico offerto dal testo delle diverse declinazioni del potere, gli autori, a partire da Orlando, vengono disvelati all’interno di narrazioni tra loro ambiguamente dialoganti secondo nessi e sequenze ricostruttive nelle quali il comune meta discorso è costituito appunto dalla necessità della rifondazione tecnica del diritto pubblico. Per comprenderne il senso, bisogna assumere un punto di vista esterno ma inclusivo del ricercante all’interno della sua ricerca, un po’ come nel dipinto Las Meninas di Velasquez

nel quale il pittore si raffigura - in questo caso deve essere raffigurato - all'interno del quadro mentre lo dipinge.

Val la pena di tornarci sopra in questa prospettiva, in quanto quei percorsi benché non siano pervenuti alla formulazione di una "teoria del tutto giuridico" forniscono tuttora estensioni potenziali dei modi di concepire e dare ordine narrativo all'esperienza giuridica. Rappresentazioni dell'essere e del dover essere del diritto pubblico che arricchiscono il nostro arsenale teorico. Nell'attuale dibattito scientifico in cui il paradigma della teoria pura del diritto è oggetto di ripensamento, tornare a riflettere criticamente su quelle diverse impostazioni, potrebbe farci riscoprire sentieri interrotti, la cui riapertura potrebbe essere suscettiva di fornire nuova linfa teorica.

3. Ricaricare Orlando?

Tornare indietro nel sentiero battuto, per uscire dalle impasse e riprendere altre biforcazioni, piste a suo tempo abbandonate per cercare nuovi itinerari. In questo senso mi è sembrata particolarmente centrata l'idea di "ricaricare" Orlando alla riscoperta di una matrice ancora potenzialmente ricca di indicazioni e suggestioni. La sua opera è in primo luogo un abbozzo metodologico per quanto ricco di insegnamenti e di spunti. Una testimonianza della transizione dalla quale traspare la consapevolezza della l'indicazione "pragmatica" della strada obbligata del positivismo giuridico. Orlando cerca, nella transizione una transazione tra vecchio e nuovo. Non intende abbandonare la concezione garantista del diritto come rapporto ma, al contempo, non riesce a trovare limitazioni giuridiche opponibili al diritto positivo dello Stato. Coglieva il disagio metodologico già Antonicelli nel 1927 ... *"Orlando dopo avere affermato la statualità del diritto sostiene la distinzione tra diritto e legge nonché la preesistenza di quest'ultimo allo Stato e cerca dei limiti di diritto alla legge"*. In questo senso, come appena ricordato da Aldo Sandulli, Orlando è un teorico della transizione. Ed in questo senso, la figura di Orlando tuttora giganteggia sullo sfondo nel diritto pubblico italiano, come ha fatto rimarcare con non celata passione Marco Mazzamuto. L'importanza dunque del recupero della matrice originaria del diritto pubblico nazionale, il suo ricaricamento (come poi svolto negli interventi di Martina Conticelli e di Enrico Carloni). Un accenno vorrei fare anche ad alcuni spunti con i quali ho trovato punti di contatto che mi farebbe piacere approfondire. Lo "statuto epistemico" della scienza giuridica (Antonio Cassatella e Giulio Itzcovich). Il riferimento alla concretezza del metodo (Alfredo Moliterni). L'esigenza di giuridicizzazione del politico, come accennato da Marco Benvenuti.

Credo però che non sia possibile cedere alle troppe suggestioni e che vada tenuto fermo, in questa rivisitazione retrò, la contestualizzazione storica della genesi di quella dottrina con la crisi dello Stato di diritto liberale e ribadire come per la dottrina italiana, la stella polare della ricerca metodologica sia stata la soluzione dell' "enigma", innescato dalla crisi strutturale dello Stato di diritto, della rimodulazione della dinamica del potere giuridico come modalità di trasformazione del potere come energia giuridica in atto ed, in senso ad esso correlato, del metodo.

Mi sembra essenziale pertanto, in conclusione a questo mio breve intervento, ribadire come la ricerca di Orlando, di Laband e dei loro allievi sia stata decisamente volta alla invenzione/scoperta di una progettazione operativa del diritto pubblico. Un nuovo software si potrebbe dire forzando un po' sull'analogia. Una esigenza tecnica la cui comprensione ha necessitato di una chiave di lettura aideologica, piuttosto epistemologica, ma non circoscritta al significato proprio della semantica giuridica. In questo senso, sono di scarso aiuto l'approccio meramente esegetico quando non pedissequo ai testi dottrinari, ed il discorso sul metodo come problema circoscritto alla teoria giuridica dell'interpretazione.

Sono tornato su alcuni di questi aspetti quasi per forza inerziale, con la voce *organizzazione amministrativa* nella nuova edizione del Digesto nel 1994 e con il saggio *Stato sociale e Stato di diritto* in Forsthoff e Habermas pubblicato su *JUS* nel 1995. Solo di recente ho ripreso più direttamente il discorso sulla teoria generale e sul metodo con due scritti, *Metateoria del diritto pubblico* in "diritto pubblico" del 2014 e *il diritto postmoderno dalle meta narrazioni allo story telling* del 2017 (atti del convegno "a proposito del diritto post moderno", RomaTre -press, 2018). Nel primo, tiro un po' le fila del primo e del secondo capitolo del libro del 1992 sul potere, distillandone i punti essenziali. Mi ha fatto piacere con l'occasione constatare come la consequenzialità della ricerca metodologica tra Jellinek e il suo allievo Kelsen, da me solo accennata nei suoi elementi costitutivi, abbia trovato conferma nell'autonoma ed esaustiva ricerca portata a termine da Diego Quaglioni, della qual cosa vorrei in questa circostanza, alla sua presenza, dargliene atto. Il saggio sullo *storytelling*, invece, contiene una retrospettiva che riprende e ripropone all'attenzione, per una sua rivisitazione metodologica, il razionalismo giuridico liberale. A proposito di ritornare indietro per riaprire piste interrotte, il razionalismo giuridico liberale, tenuto ben distinto dal giusnaturalismo e dal positivismo, sembra ora quasi una escogitazione teorica da riprendere in esame. Nel saggio sullo *story telling* ho inserito anche una raffigurazione grafica che dà conto visivamente dell'originarsi del problema metodologico - tecnico giuridico - dalla impraticabilità della concezione del diritto quale rapporto per effetto della crisi dello Stato liberale. Mi scuso per i troppi richiami a miei lavori e in particolare al mio studio del 1992 di non facile

reperibilità, ma mi è sembrato in realtà rinviando ad essi, il modo più appropriato per dare un contributo al dibattito qui svoltosi. Una nota positiva. Nonostante la mancata presentazione, infatti, l'edizione del "potere nel diritto pubblico" era esaurita alla fine degli anni '90. Il che mi spingerebbe a ripubblicarlo ed organizzare così la sua presentazione in modo magari con l'occasione di incontrarci nuovamente per riprendere il discorso sul metodo esteso anche alla elaborazione teorica della dottrina post repubblicana che è nella seconda e terza parte del libro.