

ORLANDO ALL'ASSEMBLEA COSTITUENTE **

Sommario: 1. Un estraneo in Assemblea Costituente? - 2. Tempo e volontà. - 3. La Costituente e il rischio del giacobinismo giuridico. - 4. La forma di governo in Costituzione. - 5. L'ambiguità della sovranità popolare. - 6. Il popolo costituzionale tra astrazioni e radicalismo democratico.

1. Un estraneo in Assemblea Costituente?

La ricca biografia personale e anche politica, nonché l'itinerario scientifico di Vittorio Emanuele Orlando sono stati ampiamente studiati. Un apporto fondamentale è stato offerto dagli storici del diritto (G. Cianferotti, P. Costa, M. Fioravanti, P. Grossi, D. Quaglioni, ecc.) che hanno messo a fuoco e aiutato a cogliere il rilievo centrale di Orlando per la scienza giuspubblicistica italiana. In un campo ormai arato ci si può proporre l'obiettivo di contribuire a comprendere l'atteggiamento di imbarazzo, incomprendimento o perfino estraneità di Orlando durante i lavori dell'Assemblea Costituente¹, il cui suggello è rappresentato dall'esclusione amara dalla Commissione dei 75². Difficile non sentire riferite (anche) a Orlando le famose parole di Togliatti, nella seduta dell'11 marzo 1947, sullo scarso aiuto dato dai giuristi alla redazione della Carta³. E un grande costituzionalista come Carlo Esposito ha scritto che "i

* Associato di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

** Questo testo nasce come relazione svolta al seminario organizzato dall'Associazione Italiana dei Costituzionalisti sul tema *Il pensiero e l'opera di Vittorio Emanuele Orlando*, all'Università di Modena-Reggio Emilia, l'8 luglio 2016.

¹ Tra i "Costituenti contro" A. BURATTI-M. FIORAVANTI (a cura di), *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-1948)*, Carocci, Roma 2010, 433 annoverano V.E. Orlando e Croce, cui è dedicato il saggio di A. RIDOLFI, *Torniamo allo Statuto? Benedetto Croce e Vittorio Emanuele Orlando*, 435 ss..

² Nei suoi confronti, per F. GRASSI ORSINI, *Orlando, profilo dell'uomo politico e dello statista: la fortuna e la virtù*, in V.E. ORLANDO, *Discorsi parlamentari. Con un saggio di Fabio Grassi Orsini*, Il Mulino, Bologna 2002, 113, si operò "una grave discriminazione".

³ Atti Assemblea Costituente, vol. I, sed. 11.3.47, 324 s. "Oserei dire che nel nostro lavoro non ci hanno dato grande aiuto i giuristi. Non se l'abbiano a male i colleghi che esercitano questa nobile professione, che del

principi e le convinzioni di V.E. Orlando non ebbero alcun peso sulle decisioni dei costituenti italiani e che Egli non fu ascoltato in un momento decisivo per la storia del nostro diritto costituzionale”⁴.

Orlando è eletto all’Assemblea Costituente nelle liste dell’UDN (Unione Democratica Nazionale)⁵, come candidato indipendente. Al netto di una certa “civetteria”, nel raffigurarsi frequentemente come “appartenente ad un’altra stagione politica e costituzionale”⁶, appare sincero il senso di estraneità denunciato dal grande giurista nei confronti di partiti di ogni raggruppamento, compreso il suo, che – a suo stesso dire - “si riassumeva in me stesso”⁷. Nella seduta dell’Assemblea Costituente del 21 giugno 1947⁸, prendendo la parola per una dichiarazione di voto, Orlando afferma: “se io ho qualche ragione – anzi ne ho parecchie – di divergenza dai vari partiti, forse la divergenza di carattere, dirò, più personale, l’ho col partito liberale, perché esso si è voluto annunciare da alcuni come qualcosa di nuovo. Noi siamo i liberali, si è detto, ma non siamo i liberali antichi; ci siamo trasformati e rinnovati. No, io sono il liberale antico, e ci tengo a esserlo”⁹.

Proprio a causa dell’esclusione dalla Commissione dei 75, il contributo di Orlando ai lavori preparatori è affidato a interventi in Assemblea plenaria, limitati numericamente, spesso corposi, dovendo questi fare riferimento a più temi insieme. In questi discorsi non manca un certo piglio didattico, ancorché Orlando, esperto di retorica, si schermisca, e talora finanche didascalico, nel senso che egli vi ricostruisce e ribadisce la sua impostazione generale, con fondamentali annotazioni metodologiche. Proprio per questo tratto sintetico degli inter-

resto avrebbe potuto anche essere la mia, se la politica non mi avesse traviato. Molte formulazioni del progetto sono certamente deboli, perché giuridicamente non siamo stati bene orientati e effettivamente fu un errore non includere nella Commissione i rappresentanti della vecchia scuola costituzionalista italiana. La realtà è però che negli ultimi venti o trenta anni la scienza giuridica si è staccata dai principi della nostra vecchia scuola costituzionale. In fondo quali erano questi principi? Erano da un lato i principî del diritto romano e dall’altro i grandi principî delle rivoluzioni borghesi, elaborati poi attraverso l’esperienza costituzionale dell’Ottocento. Negli ultimi venti o trenta anni invece sono affiorate e sono state accolte, soprattutto nel nostro Paese, dottrine diverse, quelle a cui accennava anche l’onorevole La Pira, che riconoscono e collocano la sovranità non nel popolo, ma soltanto nello Stato, e danno quindi ai diritti individuali soltanto un carattere riflesso. La scienza giuridica degli ultimi venti anni è stata permeata da queste nuove dottrine, e questo spiega perché, quando abbiamo dovuta scrivere una Costituzione democratica e abbiamo chiesto l’ausilio dei giuristi, essi non sono stati in grado di darci un aiuto efficace. Per darcelo, occorreva ch’essi cancellassero o dimenticassero qualche cosa; bisognava che ritornassero a qualche cosa che avevano dimenticato, e non erano sempre in grado di farlo”.

⁴ C. ESPOSITO, *La dottrina del diritto e dello Stato di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1953, 93.

⁵ Su cui F. GRASSI ORSINI, *Un antefatto: la Consulta nazionale e il ceto parlamentare liberale fino alle elezioni del 1946*, in L. PELLÉ STANI (a cura di), *I Liberali in Assemblea Costituente (1946-1948)*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2015, 32 ss..

⁶ M. FIORAVANTI, *Vittorio Emanuele Orlando: il giurista*, in *Vittorio Emanuele Orlando: Lo scienziato, il politico, lo statista*, Senato della Repubblica, Convegni della Sala Zuccari, Rubbettino, Soveria Mannelli 2003, 26.

⁷ Dichiarazione di voto del 25.2.1947, in Assemblea Costituente. Il 25.7.1946 interviene “a nome del mio gruppo, che si riassume nella mia persona”. Nell’intervento del 30 luglio precisa che “ogni spirito o intento di partito è da me ben lontano. Sono politicamente un solo”.

⁸ Le citazioni degli interventi in Assemblea costituente e in Senato sono tratte da V.E. ORLANDO, *Discorsi parlamentari*, con un saggio di Fabio Grassi Orsini, Il Mulino, Bologna 2002. Nel caso specifico, v. 760.

⁹ Orlando era ostile soprattutto ai partiti intesi come espressione di una classe sociale ed economica, tanto da apprezzare, nel campo socialista, le posizioni riformiste di Turati; ostile era anche nei confronti di un partito cattolico, così come del progetto di Sonnino di costituzione di un grande partito liberale (F. GRASSI ORSINI, *Orlando, profilo*, cit., 58-59).

venti e per il carattere fondamentale delle obiezioni mosse all'Assemblea Costituente, è agevole cogliere corrispondenze tra l'Orlando giuspubblicista e il suo apporto alla redazione della Carta fondamentale.

2. Tempo e volontà.

Un primo tema di evidente raccordo tra impostazione scientifica e contributo costituente è offerto dalla distinzione tra tempo e volontà, come fattori formanti l'ordinamento giuridico-costituzionale, entro cui si nasconde un'altra, fondamentale, dicotomia, quella tra diritto e politica¹⁰. Questa distinzione è un tratto costante dell'approccio giuridico di Orlando e ne accompagna l'evoluzione. Essa ha la sua genesi nello schema dualistico appreso dal positivismo sociologico di H. Spencer, cui Orlando aveva dedicato il primo scritto scientifico, per il quale occorre distinguere fra "forme di governo" e "forze politiche"¹¹. Ogni forma istituzionale, lungi dall'essere frutto del caso o di volizioni astratte, ha alle sue spalle forze fondamentali, riassunte nell'idea di sentimento generale del popolo, organicamente considerato. Nel grembo di questa comunità occorre ricercare il fondamento delle istituzioni, mettendo al riparo la formazione della legge dall'arbitrio di volontà determinate, tanto influenti invece nel vituperato modello giacobino¹². Applicando questo criterio discrezionale, il *giuridico* occupa il campo delle leggi "naturali e necessarie", della "sostanza delle cose", perché frutto dell'evoluzione storica, mentre il *politico* vi introduce elementi, potenzialmente perturbanti, di variabilità e incertezza, in quanto mosso dalla reazione dell'auto-coscienza dinanzi al dato della necessità storica¹³. Da questa distinzione si staglia la funzione del diritto, che solo è "in grado di sottrarre il politico dal mondo delle astrazioni e ricollocarlo nella storia: giuridicizzare il politico significa storicizzarlo"¹⁴. Nella sua introduzione alla dottrina generale dello Jellinek, Orlando chiarisce che l'interesse dello studioso del diritto pubblico, più che alla "*storia* come eventi, di cui un'erudizione specifica si proponga di fissare la successione specifica", si volge alla "*storicità* di quel dato processo di formazione di un istituto in sé stesso, quasi come di un ente che abbia una sua vita, ed in rapporto con tutto un complesso che è un ordinamento giuridico"¹⁵. Non si tratta, per il giurista, di ricostruire la successione degli eventi, ma di riconoscere il processo di distillazione degli istituti giuridici, così da poter proteggere gli stessi dall'azione di disturbo, dettata da fattori e interessi contingenti e precari, della politica. Il primato del giuridico permette dunque di isolare, per quanto possibile, le istituzioni dalla variabilità che il politico continuamente vi insinua. Attualizzando questa funzione del diritto, si tratta-

¹⁰ Sui cui significati metodologici, v. P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano 1986, 437 ss..

¹¹ F. GRASSI ORSINI, *Orlando, profilo*, cit., 17-18; M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, I, Giuffrè, Milano 2001, 79 ss..

¹² M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto*, cit., I, 81-82.

¹³ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Barbera, Firenze 1912, 38-39.

¹⁴ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano 2000, 35.

¹⁵ V.E. ORLANDO, *Introduzione. Giorgio Jellinek e la storia del diritto pubblico generale*, in G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Giuffrè, Milano 1949, XXIII.

va, al tempo della Costituente, soprattutto, di mettere al riparo le istituzioni dalla lotta di classe, preservando la neutralità dello Stato, pur espandendo la politica sociale¹⁶. “Apoliticalità del diritto” e “naturalità dello Stato” si sostengono a vicenda¹⁷ e insieme contrastano la pretesa illuministica dell’artificialità del diritto (e dello Stato, secondo le teorie del contrattualismo), nonché la connessa riduzione positivista del diritto a legge¹⁸.

Questo approccio storicistico proveniva, per l’Orlando, oltre che dal positivismo dello Spencer, dallo studio della storia costituzionale britannica, nonché, più specificamente, dall’influsso della scuola storica del diritto di Savigny¹⁹. Di Savigny, Orlando, ancora in uno scritto del 1951, dirà: “il grandissimo Savigny, la cui influenza sulla mia formazione di giurista, da me confessata sin dai primi miei scritti, è rimasta pur sempre dominante anche in questa tardissima età”²⁰. Da quella scuola Orlando apprende il “primato della scienza giuridica, e al suo interno della civilistica-romanistica, quale interprete dello «spirito del popolo», contro l’idea illuministica e giacobina dell’onnipotenza del legislatore”²¹. Di tale approccio, metodologico e teorico, non mancano espliciti riflessi nell’Orlando costituente. Nella seduta del 27 novembre 1947, Orlando afferma che “il diritto lo fa il popolo, perché se c’è qualcosa di squisitamente popolare, è il diritto. Due cose vengono dal popolo immediatamente: il linguaggio ed il diritto”²². Onde il compito del legislatore di riconoscere la legge, assai più che farla²³. L’accostamento tra linguaggio e diritto, peraltro largamente praticato²⁴, è illuminante perché permette di comprendere come l’asserita origine popolare del diritto non alluda affatto a una formazione volontaristica dentro una collettività “cosciente”, bensì a una creazione irreflessa, tanto che, come si è detto, tale concezione si accompagna al netto rigetto per astrattezze di marca giusnaturalistica, che vorrebbero affidare perfino i destini dello Stato alla volontà di individui irrelati²⁵. Per l’Orlando, “l’uomo isolato è un concetto metafisico, completa-

¹⁶ Sul punto, cfr. M. FIORAVANTI, *Vittorio Emanuele Orlando*, in *Il Parlamento italiano 1861-1988*, IX, Nuova Cei, Milano 1988, 282 ss..

¹⁷ L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari 1999, 8.

¹⁸ C. ESPOSITO, *La dottrina del diritto*, cit., 82-83; cfr. anche S. SICARDI, *La scienza costituzionalistica italiana nella seconda metà del XIX secolo*, in *Diritto e Società*, 1999, 642.

¹⁹ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, cit., 31 s.. In dottrina, tale influenza è approfondita, tra gli altri, da G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano 1980, 93; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., 34 ss.. M. GREGORIO, *Quale Costituzione? Le interpretazioni della giuspubblicistica nell’immediato dopoguerra*, in *Quaderni fiorentini*, 2006, II, 863 ss..

²⁰ V.E. ORLANDO, *Il parlare in Parlamento* (1951), ora in Id., *Scritti giuridici vari (1941-1952)*, Giuffrè, Milano 1955, 254.

²¹ L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica*, cit., 18. Il diritto civile, infatti, si prestava “ad essere rappresentato come il diritto naturale della società civile” e Orlando compie il “trapianto” nella giuspubblicistica del “modello civilistico”, “attraverso la distinzione anche del diritto pubblico dalla legge positiva e la sua configurazione come «un sistema di principi giuridici piuttosto che di precetti legislativi»” (*ibidem*, 20-21); S. SICARDI, *La scienza costituzionalistica*, cit., 643.

²² *Discorsi parlamentari*, cit., 809.

²³ Sul punto, v. G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando*, cit., 128; T.E. FROSINI, *L’antiparlamentarismo e i suoi interpreti*, in *Scritti in onore di Angelo Antonio Cervati*, e consultata in <http://archivio.rivistaaic.it>

²⁴ Lo stesso Orlando vi tornerà, in veste di senatore, nella sed. 27.1.1949, per relativizzare l’analogia, pur riaffermata.

²⁵ V.E. ORLANDO, *Le teorie fondamentali*, in Id. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Soc. ed. Libreria, Milano 1897, 18: “La storia ci dimostra che nei popoli si forma una coscienza collettiva, qualche cosa di spirituale e pur vivente, che non è volontà, sentimento di questo o di quell’altro individuo o di una somma di individui molteplici, ma volontà e sentimento della comunità che si rivela così rivestita di un pro-

mente campato in aria, una nozione arbitraria la quale non solo non ha mai potuto avere riscontro nella realtà, ma nemmeno è concepibile astrattamente²⁶. Lo Stato è invece concepito come condizione necessaria, esito di un lento, graduale, sviluppo storico, sottratto in quanto tale alla disponibilità delle singole volontà umane²⁷.

In un importante discorso alla Consulta nazionale del 9 marzo 1946²⁸, l'impostazione storicistica è esplicitata, con tono finanche didascalico: "è tanto più forte e benefico un ordinamento quanto più esso si dimostra capace di prolungarsi indefinitamente, lasciando al tempo di adattare le istituzioni vigenti alle necessità sopravvenienti, le une e le altre per gradi successivi"; "le istituzioni si formano col contributo lentissimo, secolare degli usi, dei costumi, della costante osservanza, e quando l'istituzione si è in tal modo formata, diventa essa stessa limite che agisce spontaneamente anche contro il dispotismo"²⁹. E il 22 dicembre del 1947, nel celebre discorso sulla votazione finale in Assemblea Costituente, Orlando usa l'immagine delle "due diverse maniere di concepire l'intervento del legislatore nel fissare l'ordinamento giuridico di un popolo" che si fronteggiano: "da un lato, si ha l'imposizione di una regola attraverso una volontà consapevole: io comando — dice il legislatore, soprattutto se è dell'ordine costituzionale (...) Dall'altro lato, invece, il diritto viene concepito non come una imposizione dall'esterno, ma come una qualche cosa di organico, che si sviluppa da sé: pianta, che mette nella terra le sue profonde radici, che alimenta il suo tronco, i suoi rami, le sue foglie, anche le più alte, raccogliendo dall'aria, dalla luce, dalla profondità dell'*humus* le ragioni della sua esistenza. Ecco i due punti di vista in contrasto: concezioni, che non restano nell'astrattezza della teoria, ma si scontrano, si urtano, si contendono nella viva e ardente realtà. Io ho sempre seguito la seconda di queste concezioni, donde il dissenso abbastanza profondo con l'altra parte"³⁰.

La citazione è illuminante, perché Orlando vi concettualizza la fondamentale *divisio* che legge all'opera in seno alla Costituente, quasi che questa fosse nient'altro che un episodio di una lotta archetipica tra necessità storica e reazione volontaristica; e, in questa lotta, egli prende apertamente posizione contro quello che si può definire una sorta di "giacobinismo" (anche) giuridico³¹. Ciò nondimeno, Orlando non rimane prigioniero del rancore, ma, proprio per le sue convinzioni teoretiche, esprime una sorta di pacificante e coerente fiducia

prio io pensante, volente, operante. Il diritto stesso, nella base su cui riposa, ci rivela ad ogni piè sospinto l'esistenza di questa coscienza collettiva". Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., 88 e 152.

²⁶ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, cit., 23.

²⁷ P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., 153 e 154: "La necessità dello Stato come garanzia della perpetuità e della stabilità; la necessità dello Stato, anche, come difesa dall'arbitrarietà della decisione".

²⁸ *Discorsi parlamentari*, cit., 665 ss.. Sul testo si appunta l'attenzione di M. DA PASSANO, *Vittorio Emanuele Orlando e la Carta costituzionale*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente. 1. La Costituente e la democrazia italiana*, Vallecchi, Firenze 1969, 284. Sul significato dell'esperienza storico-politica della Consulta, v. F. GRASSI ORSINI, *Un antefatto: la Consulta nazionale*, cit., 10 ss.; P. POMBENI, *L'ultimo Orlando: Il costituente*, in *Vittorio Emanuele Orlando: Lo scienziato, il politico, lo statista*, cit., 38.

²⁹ *Discorsi parlamentari*, cit., 676.

³⁰ *Discorsi parlamentari*, cit., 815.

³¹ M. FIORAVANTI, *Vittorio Emanuele Orlando*, in *Il Parlamento italiano*, cit., 276. L'A. parla, a riguardo, di "un bisogno di Stato che è posto in relazione polemica diretta con gli ideali politici e costituzionali della Rivoluzione francese" (277). Il timore del giacobinismo è "il filo conduttore di tutta la sua iniziativa politica" (*ibidem*, 288).

di fondo verso un accomodamento “pratico” delle istituzioni, al di là di - o nonostante - le aspirazioni velleitarie dei costituenti: “perché quella scuola giuridica, cui appartengo, riconosce che alle leggi si applica larghissimamente il motto che dice che la soma si accomoda per via. E, difatti, è quella stessa forza spontanea, quella forza organica, direi, in certo senso naturale, da cui dipende lo sviluppo delle istituzioni, che opera, se occorre, anche indipendentemente da un testo scritto e lo viene adattando a quelli che sono i veri bisogni storici”³². Come ha osservato C. Esposito, a commento della concezione orlandiana, anche le leggi “contro la natura degli istituti concretatasi nella storia (...) sono obbligatorie, anche le sovversioni degli istituti si solidificheranno con gli anni, coi decenni e qualche volta coi secoli ad opera della prassi, della giurisprudenza o della dottrina in nuovi istituti. Tuttavia la circostanza che la Storia curerà, forse, il male prodotto dal legislatore non esclude la condanna per gli interventi contro natura del legislatore”³³.

Questa *summa divisio* è ripresa nell’importante scritto sulla forma di governo nella Costituzione³⁴. In questo testo, che ha il tono più riposato di una riflessione scritta, la separazione è un po’ attenuata, giacché Orlando riconosce come, anche per chi si collochi su un orientamento storicistico, “occorre a un certo punto inevitabilmente l’intervento di una attività razionale onde, pur muovendo da un’origine spontanea dell’istituzione (...), si renda possibile in un secondo tempo come una specie di registrazione in forma di norme più o meno generale di quegli stati di fatto, ma pur sempre richiedendo una operazione dell’intelligenza”. La distinzione non si pone pertanto tra “costituzioni create interamente dalla storia o invece dalla ragione”, bensì “in rapporto alla prevalenza o dell’una o dell’altra di quelle maniere di origine, ma soprattutto in rapporto al riconoscimento delle due fasi e della loro effettiva portata”³⁵. Come dire: l’intelligenza del legislatore, illuminata dal giurista, sta nel cogliere le trasformazioni in atto storicamente e adattarvi il disegno istituzionale.

Di tale questione fondamentale, Orlando coglieva anche l’aspetto radicale e formidabile della “esistenza” e dei “limiti di una effettiva libertà e capacità di volere dell’uomo, attuata negli ordinamenti sociali e giuridici che esso dà a se stesso per sua scelta o, invece, a cui obbedisce come ad una forza la quale si fa valere per una propria virtù interiore e irresistibilmente si attua; donde il problema centrale della libertà e della responsabilità”³⁶. Si affaccia pertanto la questione fondamentale della responsabilità dell’uomo, su cui Orlando si sofferma nel carteggio privato con G.A. Borgese, rispondendo alla critica mossagli di svalutazione

³² *Discorsi parlamentari*, cit., 815.

³³ C. ESPOSITO, *La dottrina del diritto*, cit., 91.

³⁴ V.E. ORLANDO, *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1951, 10: “due sono infatti le maniere di origine, di formazione e di sviluppo di una Costituzione; l’una avrebbe per suo carattere dominante di apparire come dovuta ad una creazione dell’intelligenza, cioè ad una libera concezione razionale dell’uomo, che ne fissi gli istituti particolari ad essa adeguati e vi fa corrispondere un certo numero di norme in cui si attuano; l’altra deriverebbe da uno sviluppo storico e spontaneo indipendentemente da un piano razionalmente stabilito: sarebbe come una stratificazione di istituti venuti formandosi attraverso i secoli e consolidandosi in norme generate dalla ripetizione dei modi di risoluzione di casi determinati o di difficoltà insorgenti”.

³⁵ V.E. ORLANDO, *Studio intorno alla forma*, cit., 10.

³⁶ V.E. ORLANDO, *Studio intorno alla forma*, cit., 11.

della libertà. La libertà umana non è negata, ma è presentata come elemento in concorso con altre, forse prevalenti, forze³⁷.

3. La Costituente e il rischio del giacobinismo giuridico.

Orlando si pone come alfiere della funzione del diritto di “giuridicizzazione della politica”³⁸. Il diritto dello Stato è un “organismo che vive di una vita propria”, “poderosa unità” integratrice della varietà dei rapporti sociali, fuori dalla quale l’individuo è un’idea non concepibile³⁹. Tale visione lo porta perfino, nella fase più matura della sua riflessione e vita, a diffidare delle costruzioni teoriche del liberalismo giuridico e a ripensare criticamente la sua stessa fede nello Stato di diritto, in particolare nella teoria dell’auto-limitazione, dimostratasi impotente a contrastare la tirannide totalitaria⁴⁰. Se dunque Orlando aveva preso l’iniziativa scientifica della traduzione dell’opera dello Jellinek, con cui si voleva bandire dal concetto di sovranità la erronea opinione dell’assenza di limiti⁴¹, il ripensamento è premessa a una riaffermata rivendicazione del primato del diritto, dell’istituzione radicata nella tradizione, della consuetudine come “costituzione”, come fatto normativo⁴². Lo Stato, pur rappresentato come libero e illimitato nel suo potere, è costruito su presupposti, quali la coscienza giuridica del popolo e la tradizione, che fanno della decisione statale qualcosa di trovato, più di creato⁴³.

³⁷ Questo scambio è riportato, per brani, da M. DA PASSANO, *Vittorio Emanuele Orlando*, cit., 298-299: “quando, dunque, io contrapponevo i due ordini di cause determinanti l’evoluzione storica (nel senso bergsoniano della parola), e cioè, da un lato forze misteriose ed occulte cui corrisponde il fato degli antichi e la Provvidenza dei cristiani, e dall’altro lato la volontà consapevole degli uomini, io certamente davo un peso prevalente ed anzi effettivamente decisivo a quel primo ordine in confronto del secondo, ma non intendevo annullare l’efficienza di quest’ultimo il quale, in un certo senso, si può collegare col primo in quanto la stessa volontà può diventare organo di quel primo ordine di forza”; E ancora: “senza addentrarmi in problemi che neanche la teologia ha potuto pacificamente risolvere possedendo il dogma, io con inevitabile pragmatismo mi guardo bene dal negare l’efficienza della volontà consapevole per tutto ciò che riguarda l’evoluzione storica dell’umanità, riversando in una zona di dubbio probabilmente irrisolvibile la questione della prevalenza delle forze cieche e necessarie su quelle volontarie e coscienti, mentre un’altra zona di dubbio riguarda il sapere se quella volontà, non sia libera se non apparentemente, ma pur sempre determinata più o meno necessariamente”. Si veda anche l’intervento del sen. Orlando, nella sed. del 27.1.49 (*Discorsi parlamentari*, cit., 822): “Il diritto non proviene esclusivamente ed unicamente da una volontà. (...) Certo, noi non siamo mica come le formiche, o come le api, perché in quanto creiamo il diritto e le istituzioni vi concorre la nostra volontà; però, vi concorre, ripeto, come componente, in connessione con altri elementi che sono fattori creativi anch’essi”. Questo modo di leggere l’interazione di volontà (libertà) e necessità storica ritorna in scritti scientifici: cfr. V.E. ORLANDO, *La crisi del Diritto internazionale*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1/2014 (in <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>), 7.

³⁸ D. QUAGLIONI, *Ordine giuridico e ordine politico: Vittorio Emanuele Orlando alla Costituente*, in *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, a cura di F. Liotta, Monduzzi, Bologna 2007, 422.

³⁹ D. QUAGLIONI, *Ordine giuridico*, cit., 422 richiamando i “*Principii di diritto costituzionale*” di Orlando.

⁴⁰ Discorso alla Consulta nazionale del 9.3.46, *Discorsi parlamentari*, cit., 675-676: “questo Stato sovrano che, in pienezza di sovranità, proclama di voler questo suo potere sottoporre a dei limiti, la cui osservanza dipende tuttavia dalla sua volontà, si chiude in un circolo vizioso e ricorda veramente la mano che pretende di sollevare l’individuo cui appartiene, tenendolo per i capelli”.

⁴¹ “...anche io vi ho cooperato. Ma, purtroppo, quando si assisté al fallimento di tutta questa costruzione, di fronte alla violenza della tirannide totalitaria, si ebbe il senso del fallimento di quegli sforzi”.

⁴² ... “fino al richiamo quasi tocquevilliano alla forza limitatrice di istituti tipici del diritto pubblico d’antico regime” (D. QUAGLIONI, *Ordine giuridico*, cit., 431).

⁴³ P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., 213.

È del tutto evidente che, per chi muova dalle premesse concettuali ed epistemologiche di Orlando, la fase costituente non possa che suscitare, in quanto tale, una particolare preoccupazione. In essa infatti il piglio costruttivistico si esprime compiutamente. Ecco perché, appunto, non mancano corrispondenze tra questa visione di fondo e l'operato del giurista siciliano in Assemblea Costituente. In questa sede, la preoccupazione per una sorta di "giacobinismo giuridico", dimentico della storia, si declina presto nella critica verso gli stessi lavori costituenti, cui però Orlando riconosce l'attenuante della rottura provocata dal fascismo⁴⁴. Il fascismo aveva "violentato" il corso graduale dell'evoluzione storica delle istituzioni, facendo venire meno quei "freni" pazientemente costruiti nei secoli⁴⁵. Di questa deleteria frattura Orlando si era già lamentato nel discorso alla Consulta nazionale del 9 marzo 1946, in cui aveva denunciato "il più irreparabile tra i delitti commessi dal fascismo: di avere, cioè, impedito la continuazione della classe politica, e di averla anzi distrutta". Di questa lettura, puntualmente, si ritrova corrispondenza nel discorso inaugurale di saluto all'Assemblea Costituente, il 25 giugno 1946, in cui Orlando sostiene che "quell'ordinamento che dal 1848 aveva retto lo Stato per tre quarti di secolo, e che aveva dimostrato una flessibilità ed una capacità di progresso veramente prodigiose, era stato metodicamente distrutto con un procedimento in cui la frode si sommava con la violenza, di guisa che nell'anno che seguì il colpo di Stato del 1925 si può dire che nessuna, dico nessuna delle istituzioni dello Stato libero era più rimasta vigente. Compito formidabile, dissi, di ricostruzione *ab imis* cui codesta Assemblea dovrà accingersi". Per colpa della distruzione totalitaria, si doveva dunque mettere mano a una "innaturale", insidiosa e spaventevole operazione costituente.

Se dunque non si può imputare la rottura all'Assemblea Costituente, cui anzi spetta il difficile compito di ricomporre il tessuto lacerato della storia istituzionale, ciò nondimeno quel vizio persistente del giacobinismo giuridico contamina, per l'Orlando, la stessa Assemblea. In essa egli riscontra quel "radicalismo classico", di cui l'idea stessa di potere costituente, nata dalla Rivoluzione francese, è strumento decisivo⁴⁶.

Ragionando sui limiti opponibili all'Assemblea Costituente, questione, significativamente, considerata "forse la più grave di tutti", Orlando, oltre a ritenere preferibile mantenere fuori dall'Assemblea "un argomento di divisione e di contrasto" come la scelta monarchica o repubblicana del nascente Stato⁴⁷; e a ritenere che, a fianco dell'Assemblea, debbano esservi "la continuazione ritmica della legislazione ordinaria"⁴⁸ e la continuità di un Governo "limite, o, almeno, un desiderabile limite della Costituente", in quanto potere posto al di fuori di

⁴⁴ Cui pure, in una prima fase, Orlando aprì moderatamente credito, nell'aspettativa che potesse essere normalizzato e ricondotto nell'alveo dello Stato liberale. Su questo profilo: M. FIORAVANTI, *Vittorio Emanuele Orlando: il giurista*, cit., 23 ss.; ID., *La scienza del diritto pubblico*, cit., II, Giuffrè, Milano 2001, 676 ss.; F. GRASSI ORSINI, *Orlando, profilo*, cit., 101 ss.; S. FEDELE, *Vittorio Emanuele Orlando tra fascismo e postfascismo*, in *Medi-terranea. Ricerche storiche*, aprile 2015, 186 ss..

⁴⁵ D. QUAGLIONI, *Ordine giuridico*, cit., 432.

⁴⁶ P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., 157 e 238 ss.; M. FIORAVANTI, *Vittorio Emanuele Orlando*, in *Il Parlamento italiano*, cit., 289; ID., *La scienza del diritto*, cit., II, 669.

⁴⁷ Discorso alla Consulta nazionale del 9.3.46, in *Discorsi parlamentari*, cit., 673.

⁴⁸ Dichiarazione di voto nella seduta del 27.2.1947 in Assemblea Costituente.

essa⁴⁹; a non condividere l'assenza del Governo durante la discussione della Costituzione⁵⁰, esprime con rammarico l'influenza del "tipo latino di Costituente, il tipo che discende dal contratto sociale, dalla sovranità del popolo nel senso del radicalismo classico. Qui l'individuo precede; il diritto dell'uomo genera lo Stato; lo Stato è fatto per l'individuo, non l'individuo per lo Stato. E questo genere di Assemblea porta in sé la sua sovranità, come noi la concepiamo e di cui l'Assemblea diventa ad un tratto unico rappresentante. Pericolosa sovranità, secondo me (non mi date del reazionario), perché io diffido di qualsiasi organo nel quale si concentrino tutti i poteri. Sono forme di totalitarismo"⁵¹. Né, per Orlando, il limite può seriamente desumersi dal diritto naturale, secondo la proposta, di impianto tomistico, del "Consultore Gonnella": "ma chi dà la forza al diritto naturale? Sì, il giudizio della storia, senza dubbio; ma intanto, provvisoriamente, il tiranno mi imprigiona, mi impedisce di parlare, eventualmente mi fucila, mi sopprime"⁵².

La profonda diffidenza per le pretese di rottura volontaristica, quella perpetrata con la violenza dal totalitarismo fascista, ma anche quella avanzata dal potere costituente, non significa però nascondimento delle grandi trasformazioni che invece Orlando si sforza di vedere e interpretare. Già nel discorso alla Consulta nazionale del 9 marzo 1946, egli aveva dato voce al presagio del passaggio di epoca⁵³. Nel discorso di apertura alla Costituente (del 25 giugno 1946), Orlando esprime la sua percezione "che i popoli cerchino un ubi consistam fra il tramonto del Governo parlamentare e il delinearsi di un ordine nuovo in cui i partiti da semplici forze politiche verrebbero assumendo figura e caratteri di natura giuridica costituzionale, come organizzazioni delle masse sociali rappresentative del lavoro, considerando quest'ultimo come il fattore ormai assolutamente prevalente nella produzione e nella distribuzione della ricchezza. Che questa sia la tendenza, si può affermare; ma i modelli mancano e il travaglio continua". Nel discorso di chiusura, del 22 dicembre 1947, questo presagio di trasformazioni ancora oscure, che coinvolgono la forma e il destino stessi della statualità, ritorna esplicitamente⁵⁴.

⁴⁹ Discorso alla Consulta nazionale del 9.3.46.

⁵⁰ A.C., sedute del 6.3.1947 e del 10.3.47.

⁵¹ Discorso alla Consulta nazionale del 9.3.46, in *Discorsi parlamentari*, cit., 674. M. FIORAVANTI, *La genesi dello Stato liberale*, in *L'Italia dal Risorgimento alla Costituzione repubblicana*, I, Bononia University Press, Bologna 2011, 122.

⁵² *Discorsi parlamentari*, cit., 675.

⁵³ Discorso alla Consulta nazionale del 9.3.46, *Discorsi parlamentari*, cit., 682-683: "un nuovo tipo di Stato si prepara. Lo Stato di nazione, per la cui formazione occorsero più secoli, tende a trasformarsi nella sua assenza. L'assolutezza della sovranità tanto interna quanto internazionale, che ne fu il contrassegno, dovrà cedere, perché la maniera futura di sovranità di Stato sarà limitata da una organizzazione superiore. Non mi prendete per un sognatore. Ci vorranno forse dei secoli e lotte e battaglie e sofferenze ancora, ma è l'epoca che muta".

⁵⁴ *Discorsi parlamentari*, cit., 816-817: "fino ad oggi abbiamo innanzi agli occhi lo Stato nazionale, originato nel secolo XVI, subito dopo il medio evo, sulla base della sovranità esclusiva, dei rapporti interni, dei rapporti internazionali: abbiamo, dunque, una comunità di Stati senza che fra essi esista un vero e proprio coordinamento giuridico. Ora, per effetto di questa tremenda rivoluzione che stiamo attraversando, questo tipo di Stato va a tramontare; e vi si sostituirà una forma di superstato. Quale? Non si fa l'indovino nella storia. Tante incognite pendono: a crearlo sarà la forza o sarà l'accordo o sarà qualche cosa tra l'uno e l'altra? E sarà esso in un senso continentale o sarà in un senso razziale? Chi potrebbe dirlo? Misteri della storia futura! (...) V'è già chi dice: «lo mi sento europeo»; un altro: «mi sento africano»; un altro: «mi sento asiatico»; un altro: «mi sento slavo, anglosassone, germanico». Qualcuno arriva perfino a dire: «mi sento cittadino del mondo». Ma tutto ciò è prematuro". Nel-

Orlando è dunque attento a cogliere le tendenze emergenti e i riflessi, anche problematici, se non epocali, che queste pongono: la funzione costituzionale dei partiti, la posizione dello Stato tra gli Stati... Come atteggiamento conseguente a questa contrarietà a una costituzione “latina”, giacobina, Orlando dedica molta attenzione, anche nei dibattiti in Costituente, ai fatti che avvengono soprattutto sulla scena politica internazionale⁵⁵, forse perché in quello scenario più largo egli ritiene possibile scorgere tracce o conferme di movimenti storici di lungo periodo, suscettibili di incidere realmente sulla costituzione di un popolo, al di là delle mutevoli volontà di uomini o collegi.

Una simile impostazione appare così strutturalmente lontana da un momento costituente che fatica a trovare singoli elementi di appoggio in cui provare a tradursi. Una spia di questo radicalismo costruttivistico, frutto del temuto volontarismo costituente, sono per l'Orlando le eccessive definizioni⁵⁶, mentre, nella sua visione, le norme dovrebbero essenzialmente “comandare”⁵⁷. Orlando manifesta analoga contrarietà (da non confondere con freddezza verso la questione sociale⁵⁸) anche verso le norme programmatiche⁵⁹, cui corrisponde l'incertezza delle norme sulla forma di governo, cui invece spettava garantire la natura giuridica dello Stato⁶⁰.

la introduzione alla dottrina di Jellinek egli ribadisce questo punto di prefigurazione di un “nuovo grado di evoluzione creativa (...) che preannuncia una nuova forma della convivenza internazionale, essa indicherebbe un passaggio verso la creazione di un organo di volontà capace di esercitare un potere superiore sugli Stati” (V.E. ORLANDO, *Introduzione*, cit., XXXVIII). Sull'Europa, in opposizione a progetti di costituzione sovranazionale, a partire dalla Ceca, il sen. Orlando interviene nella sed. del 18.7.1952 (*Discorsi parlamentari*, cit., 994-995).

⁵⁵ Si v. la sed. del 23.7.47 con all'o.d.g. l'approvazione del Trattato di pace, nonché – e soprattutto – la sed. del 30.7.47.

⁵⁶ Sed. del 10.3.47: “frequenti sono le definizioni. Ebbene, *omnis definitio periculosa*, dicevano i Romani, che se ne intendevano. Badate poi che non è a delle definizioni che si presta obbedienza, perché quando sbagliano, sbagliano e non c'è potenza di Sovrano che possa renderle obbligatorie”. Nella stessa seduta, sui principi: “che la proclamazione di principî, che siano di guida alla legislazione dello Stato, di principî, che in certo senso si possono concepire superiori a noi, che precedono la nostra stessa Costituzione, che questa proclamazione si faccia, io lo credo utile ed opportuno. Quando siano messi in pericolo quelli che ironicamente eran chiamati i grandi principî, quando sia avversata l'osservanza di essi come affermazione dei diritti della personalità umana, si può e si deve proclamare che la Costituzione è offesa nelle sue parti più vitali. (...) Tuttavia, anche di queste dichiarazioni io userei con maggiore parsimonia; dico la verità, mi atterrei alla proclamazione dei diritti veramente tradizionali — quelli di libertà, di eguaglianza, di fraternità”.

⁵⁷ Cfr. anche V.E. ORLANDO, *Studio intorno alla forma*, cit., 5.

⁵⁸ Tale posizione aperta non è riconducibile a riposizionamento tattico, in vista della Costituente, ma è risalente. M. FIORAVANTI, *Vittorio Emanuele Orlando*, in *Il Parlamento italiano*, cit., 282 ricorda la posizione espressa da Orlando nella seduta del Parlamento del 12 marzo 1898 a riguardo dell'obbligo dei datori di lavoro di assicurare gli operai contro gli infortuni sul lavoro. Nella sed. del 10.3.47 dell'Assemblea Costituente, Orlando dice “che fra le proclamazioni dei diritti della personalità umana si aggiunga anche quella del dovere della società di provvedere a questi mali, che essa stessa determina e causa, io lo credo opportuno e utile. È una integrazione dei principi di libertà e di eguaglianza con quello della fraternità”.

⁵⁹ Sul cui dibattito, cfr. M. GREGORIO, *Quale Costituzione?*, 889 ss.; G. GARANCINI, *Figure di costituenti: Egidio Tosato e Costantino Mortati (I parte)*, in *Iustitia*, 4/2009, 461 ss..

⁶⁰ Nel discorso del 10 marzo 1947, Orlando contesta che “nella discussione avvenuta sinora in questa Assemblea, la tendenza degli oratori, in generale, è stata quella di riferirsi più alla prima parte che alla seconda”. Vi si può leggere un segno connotante la cultura giuridica liberale, come bene evidenzia M. FIORAVANTI, *La genesi dello Stato liberale*, cit., 120: “Lo statuto non aveva infatti il compito di disegnare la società del tempo – che era piuttosto riflessa nei Codici, soprattutto nel Codice civile – né tanto meno di fissare indirizzi per la società del futuro, come sarà nella ambizione delle costituzioni del novecento”.

Circa le norme programmatiche, durante la seduta del 23 aprile 1947, Orlando prende la parola contro le norme definitorie e non prescrittive del titolo II del progetto di costituzione, presentando un ordine del giorno, in cui chiede alla commissione di valutare lo spostamento in un preambolo dei relativi articoli, perché mancanti di “effettivo contenuto normativo (come le inutili definizioni astratte e le promesse dipendenti da una ignota disponibilità di fondi), sia perché invadono campi riservati alla competenza legislativa ed attualmente regolati da Codici”⁶¹. Una Costituzione è “una legge (la qual cosa spesso, mi pare, si è dimenticata nella discussione di questa nostra Assemblea)” e “una legge deve avere per contenuto un comando”⁶². Oltre ad evitare definizioni e promesse, dall’incerto contenuto giuridico, per Orlando si tratta dunque – ed è un aspetto rivelativo del “ridimensionamento” della funzione costituente - di “non invadere il campo della legislazione futura, e ciò anche da un punto di vista democratico”. Poiché infatti i “futuri legislatori avranno lo stesso titolo che abbiamo ora noi qui presenti (...) ciò che effettivamente compete alla Costituzione, perché questo è il suo compito, è di stabilire quali sono gli organi statali: la parte seconda, dunque, di questo progetto può dirsi la vera Costituzione”⁶³. Si consuma, in questo intervento e nella replica successiva di Mortati, un confronto tra la tradizionale giuspubblicistica e un’emergente idea di costituzione di indirizzo, che valorizza la funzione costituente dei partiti⁶⁴.

Si opera su questo punto una saldatura tra le posizioni orlandiane e quelle, pur mosse da motivi diversi, di Calamandrei. Nell’elencare le ragioni per cui ritiene non giuridiche tali norme, Orlando si chiede retoricamente: “credete voi, forse, che la forza di una istituzione venga da una disposizione di legge? No, viene invece dalla sua autorità interna, viene dalle fonti del suo potere; è storia, non è regola astratta”⁶⁵. Anche questa diffidenza verso il costruttivismo di certo piglio riformatore, sul piano legislativo e istituzionale, ha una radice profonda nel pensiero di Spencer, richiamando il quale, per Orlando, mentre “nel campo economico il legislatore può fare molto” e “nei rapporti sociali l’azione sua può largamente farsi sentire”; “per quanto riguarda i rapporti giuridici (...) il diritto si sviluppa veramente come un organismo, e l’organismo si sviluppa per gradi lentissimamente”⁶⁶. Ancora nel lungo interven-

⁶¹ L’o.d.g così recitava: “L’Assemblea, ritenendo che tutti gli articoli del Titolo II (dal 23 al 29) non debbano essere inseriti in una Carta Costituzionale, sia perché mancano di un effettivo contenuto normativo (come le inutili definizioni astratte e le promesse dipendenti da una ignota disponibilità di fondi), sia perché invadono campi riservati alla competenza legislativa ed attualmente regolati da Codici, cioè da leggi costituenti un sistema che non si può alterare in una sua parte senza compromettere la certezza del diritto, rinvia gli articoli stessi alla Commissione per considerare se sia il caso di includere alcune di quelle disposizioni nell’eventuale preambolo alla Costituzione”.

⁶² *Discorsi parlamentari*, cit. 742.

⁶³ Di “confisca del potere legislativo futuro” parla anche nell’intervento alla sed. del 27.11.47 (*Discorsi parlamentari*, cit., 807 ss.); di pretesa di “imbalsamare” la “zona legislativa”, con il dubbio però che i futuri legislatori “non riconosceranno in noi questa specie di diritto divino”. Ancora nella seduta del Senato (Orlando divenne senatore di diritto) del 27.1.1949, egli torna sulla polemica, a proposito della legge istitutiva della Corte costituzionale, per sostenere che “sotto certi aspetti questa Costituzione io la potrei definire una espropriazione della facoltà di legislazione” (*ibidem*, 825).

⁶⁴ Su questa interpretazione insiste M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto*, cit., II, 776 ss..

⁶⁵ *Discorsi parlamentari*, cit., 747.

⁶⁶ Discorso alla Camera del 3.5.1907, riportato in F. GRASSI ORSINI, *Orlando, profilo*, cit., 52, che parla di “prudente riformismo”. Sul riformismo in ambito sociale, cfr. G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando*, cit., 157.

to del 23 aprile, Orlando ironizza sull'accoglimento, da parte di Togliatti, di una norma giusnaturalistica come quella dedicata alla famiglia, mostrandosi profondamente consapevole delle varianti interne al giusnaturalismo⁶⁷.

Orlando spinge questa sua impostazione sino ad avanzare perplessità sulla rigidità della Costituzione, suscettibile di aggravare di conseguenze la presenza, in sé inopportuna, di promesse e norme di principio: "vorrei pregarvi di ripensarci prima di mantenere questa rigidità nella Costituzione. Che bisogno ce n'è? Lo Statuto Albertino, non rigido, non fu mai toccato direttamente da nessuna legge. Il fascismo lo abolì; ma quello fu un colpo di Stato, un vero colpo di Stato, del quale lo Statuto è perfettamente innocente. Che volete che faccia uno Statuto di fronte a un atto di violenza? (...) lo dico che una Costituzione deve la sua durata soprattutto al rispetto, che essa infonde, e non già ad una Corte Suprema, come quella Corte che create secondo la proposta"⁶⁸. Già prima, nella seduta del 27 febbraio 47, Orlando aveva chiesto, provocatoriamente, che gli si indicassero gli elementi distintivi di legge ordinaria e legge costituzionale. E nella seduta del Senato repubblicano del 27 gennaio 1949, ormai libero da prudenze, egli affermerà di non credere alle costituzioni scritte⁶⁹. Il 10 marzo 1947 Orlando, in continuità con le sue convinzioni scientifiche, afferma che "di una Costituzione scritta si può fare anche a meno. Perché qui non dobbiamo confondere la Costituzione come sostanza dell'ordinamento giuridico di un popolo, con la Costituzione come documento, in cui quell'ordinamento è scritto. È della prima che non si può fare a meno, giacché non c'è gruppo umano che non abbia la sua organizzazione, e, quindi, la sua Costituzione; ma che essa sia scritta in un documento, non è necessario". Riemerge pienamente la visione orlandiana di un costituzionalismo storicistico⁷⁰. In quello stesso discorso, che ben si presta a riassumere la posizione di Orlando, egli mette in guardia dalle illusioni "che basti la volontà

⁶⁷ *Discorsi parlamentari*, cit., 744: "quella del diritto naturale è una scuola filosofica, è una teoria filosofica; è stata illustre e non si può dire tramontata, sebbene presenti delle varianti notevoli, perché c'è un «ius naturale» di San Tommaso, ma ce n'è pure uno di Gian Giacomo Rousseau" Rispetto al giusnaturalismo, l'obiezione di V.E. Orlando è soprattutto metodologica, come emerge dalla differenziazione che egli pone tra istituzionalismo francese, che presenta "interferenze filosofiche" e "ritorni verso il giusnaturalismo", e quello italiano, di Santi Romano, che è invece rimasto "rigorosamente nei limiti del diritto pubblico" (V.E. ORLANDO, *Introduzione*, cit., XXXIV). Interessante anche la differenza che Orlando traccia rispetto all'istituzionalismo romaniano, sottolineando come la sua impostazione sia più interessata agli "intenti sistematici e storicistici" e all'aspetto "più semplice e per ciò stesso originario e più primitivo di quei fenomeni che creavano o precorrevano la norma giuridica propriamente detta", mentre per il Romano "l'istituzione è già ordinamento giuridico" (*ibidem*, XXXV). Orlando sottolinea la specificità dell'ordinamento statale rispetto agli altri ordinamenti, di cui la dottrina dell'istituzione racconta la formazione. Lo Stato è infatti, per l'Orlando, una forma contemporanea "formidabilmente complessa (...) ma che in origine aveva lo scopo, unico ma imprescindibile nella sua ingenuità primitiva, di mantenere la pace e la sicurezza del gruppo. Io penso, invece, che in questa finalità dell'ordinamento giuridico rispetto alle altre debba riconoscersi una differenza non soltanto qualitativa, ma tale da determinare un carattere comprensivo ed unitario rispetto agli altri ordinamenti, che si formano così dentro che fuori di quell'ordinamento originale ed essenziale" (XXXVI). Sul rapporto complesso tra Orlando e Romano, v. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., 156 ss..

⁶⁸ *Discorsi parlamentari*, cit., 747, nonché, sen. Orlando, sed. 27.1.1949, 824. Sull'innocenza dello Statuto, v. anche V.E. ORLANDO, *Studio intorno alla forma*, cit., 18.

⁶⁹ *Discorsi parlamentari*, cit., 821.

⁷⁰ ... "da intendersi come patrimonio generale di una collettività in lenta e graduale evoluzione" (M. FIORAVANTI, *Vittorio Emanuele Orlando*, in *Il Parlamento italiano*, cit., 289). Su questa accezione di "costituzione" rinvio a M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna 1994; nonché, recentemente, G. TURCO, *Costituzione e tradizione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2014.

dell'uomo per compiere l'atto creativo della maniera di essere, dell'ordinamento dello Stato di un popolo"; che "le Costituzioni le fanno assai più il costume, assai più la maniera della loro attuazione, anziché la fredda redazione degli articoli. Ciò conforta, perché vuol dire che la soma si può accomodare per via"⁷¹.

La diffidenza nei confronti della rigidità costituzionale si traduce in perplessità verso l'istituzione della Corte costituzionale, con cui si rischiava di rompere l'equilibrio tra organi sovrani⁷². Alla Corte riserva un accenno nel discorso del 10 marzo 1947, ma poi, in veste di senatore, nella seduta del 27 gennaio 1949, dedicata alla discussione del disegno di legge sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale, pur riaffermando il dovere di lealtà alla Costituzione, egli torna a contestare, sulla scia di Nitti, l'imposizione abusiva subita dall'Assemblea Costituente, che aveva preteso di porsi sopra il Parlamento successivo⁷³.

Su un piano simile si può spiegare la contrarietà espressa da Orlando per l'inserimento dei Patti lateranensi nella Costituzione (sed. 10 marzo 1947⁷⁴), non frutto di anticlericalismo⁷⁵, bensì della preoccupazione che si perda di vista la natura sovrana dello Stato nazionale, tramite, nel caso di specie, l'esclusione di una denuncia unilaterale dei Patti stessi, ciò "che costituisca un limite della sovranità"⁷⁶. Lo stesso *vulnus* alla sovranità dello Stato Orlando contesta alle condizioni poste dal Trattato di pace⁷⁷. Si noti per inciso che questo tema – delle condizioni ritenute umilianti e inique imposte all'Italia – accompagnerà tutta l'attività anche successiva, in Senato, di Orlando, che considererà sempre di estremo rilievo la politica estera.

4. La forma di governo in Costituzione.

La forma di governo è un altro tema su cui riflessione scientifica e impegno costituenti si incrociano visibilmente. Nell'intervento del 10 marzo, Orlando aveva sottolineato l'importanza della definizione della forma di governo per una costituzione e lamentato

⁷¹ *Discorsi parlamentari*, cit., 706. V. anche sed. 23 ottobre 1947 (*ibidem*, 805).

⁷² V.E. ORLANDO, *Studio intorno alla forma*, cit., 34. Nel discorso del sen. Orlando nella sed. del 16.3.1949, è contestata la scelta di attribuire alla Corte il potere di risolvere, in via giurisdizionale, conflitto tra "due organi sovrani" (*Discorsi parlamentari*, cit., 848).

⁷³ *Discorsi parlamentari*, cit., 819 ss..

⁷⁴ *Discorsi parlamentari*, cit., 720 s..

⁷⁵ Nella sed. del 23 aprile si proclama "credente" e "fiero" della sua fede (*ibidem*, 751).

⁷⁶ F. GRASSI ORSINI, *Orlando, profilo*, cit., 114. V. anche *ibidem*, 54 ricorda come V.E. Orlando si ponesse in linea di continuità con la politica ecclesiastica cavouriana; in un discorso al Senato del 24.5.1907 poggiava la politica ecclesiastica su "due pietre angolari: da un lato lo scrupoloso rispetto della libertà di coscienza, la rigorosa osservanza della libertà dei culti (...); ma dall'altro lato, con cura non meno gelosa si sono mantenute la piena laicità dello Stato e la pienezza dei suoi diritti dinanzi alla Chiesa, che è la condizione per l'esistenza di esso". Lo Stato non doveva dunque perdere la sua essenza di "persona sovrana". Cfr. anche A. RIDOLFI, *Torniamo allo Stato?*, cit., 438 ss..

⁷⁷ Sed. del 30.7.1947, *Discorsi parlamentari*, cit., 785: "questa non è più indipendenza. La sovranità italiana non è più completa, e, in questa materia delicatissima, un limite qualunque si pone per sé come una negazione totale. Anche grammaticalmente, sovrano è un superlativo; se se ne fa un comparativo, lo si annulla".

l'indeterminatezza delle disposizioni a riguardo contenute nel progetto di Costituzione che si andava discutendo.

In particolare, Orlando contesta il modo in cui si è proceduto alla divisione dei poteri, perché si è resa impossibile la compartecipazione, che per lui rappresenta l'essenza stessa del parlamentarismo. La forma di governo parlamentare tiene infatti distinti i poteri legislativo ed esecutivo, "ma non li assegna in maniera esclusiva ad organi sovrani contrastanti. Ed ognuno di questi partecipa ad ognuno di quelli. (...) Infatti, queste attività, queste funzioni dell'ordine legislativo e dell'ordine esecutivo, distinte nella loro portata e nel loro contenuto, sono affidate ad organi sovrani. Sovrani vuol dire liberi da ogni gerarchia tra loro, equivalenti, interferenti; ognuno partecipa dell'altro in maniera da determinare una collaborazione e da impedire la sopraffazione. È tutto un giuoco di equilibrio"⁷⁸.

A questa forma è pertanto estraneo il predominio delle assemblee rappresentative e, anzi, l'equilibrio serve proprio a evitare il pericolo del governo diretto dell'assemblea, espressione della pretesa di supremazia del potere legislativo, che è il precipitato istituzionale del giacobinismo politico e giuridico⁷⁹. Nello Statuto albertino, questo equilibrio era garantito dal ruolo istituzionale della monarchia, mentre nella forma repubblicana l'esito gli appare problematico⁸⁰, tanto che, ironicamente, Togliatti, nella seduta dell'11 marzo 1947, lo accusa di "cercare il re" nella Costituzione. La concezione della separazione dei poteri di Orlando non ha come unico bersaglio il giacobinismo, ma anche quella concezione, pur interna a una visione liberale, che egli faceva risalire a Montesquieu, che comunque gerarchizzava le funzioni, attribuendo un primato a quella legislativa, ritenuta diretta emanazione della sovranità popolare e del potere costituente⁸¹. Coerentemente con la sua visione di popolo, Orlando contesta questa concezione. Le Camere non sono una manifestazione superiore o nemmeno privilegiata dello spirito popolare, così come neppure sono creatrici del diritto, che invece sono semplicemente chiamate a riconoscere nella coscienza popolare e a rivestire dell'autorità esterna⁸². La presenza del Re, nel governo di gabinetto, utile a impedire che il governo parlamentare trascolori in radicalismo d'assemblea, appare pertanto componente essenziale di un modello dualistico, orientato alla "compartecipazione"⁸³. Essa vale a impedire che il governo parlamentare diventi espressione dell'indirizzo politico della maggioranza e,

⁷⁸ *Discorsi parlamentari*, cit., 709.

⁷⁹ M. FIORAVANTI, *Vittorio Emanuele Orlando*, in *Il Parlamento italiano*, cit., 278 ss.; ID., *La scienza del diritto*, cit., II, 664.

⁸⁰ Si v., sul dibattito, anche successivo, F. LANCHESTER, *La dottrina giuspubblicistica della Assemblea costituente*, in *Quaderni costituzionali*, 1998, 214 ss..

⁸¹ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, cit., 74. M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto*, cit., I, 107 ss.; 348-350.

⁸² M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto*, cit., I, 350: "il sistema costituzionale denominato Governo parlamentare è pienamente giuridico (...) solo se la Camera elettiva può essere immaginata come un asettico luogo di dichiarazione del diritto, un'assemblea dei cittadini più capaci, designati per il tramite delle elezioni; solo se quella Camera non è chiamata a creare il diritto, e cioè a scegliere mediando tra distinti e contrastanti interessi esistenti al proprio interno"; M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto*, cit., II, 670-671.

⁸³ Sed. 10.3.47 (*Discorsi parlamentari*, cit., 709).

tramite questa, dei partiti che le danno sostegno⁸⁴. Un governo senza maggioranza predefinita parlamentare è un governo senza partiti, la cui decisione scaturisce da un accordo tra i “capaci” dello Stato e il Re. Su questo piano si pone la cosiddetta teoria dei due “piloni”, secondo la metafora proposta in Assemblea Costituente da M. Ruini e ripresa da Orlando il 23 ottobre 1947⁸⁵. Per l’Orlando lo Stato rappresentativo si regge proprio, come si è detto, sulla cooperazione tra organi dello Stato, entro la funzione di *governo*, anziché su di una rigida separazione. E in questa funzione unitaria di governo si esprime, come si è detto, la personalità giuridica dello Stato.

Sulla base di questa griglia interpretativa, ancora nel lungo intervento del 10 marzo, si richiama alla “forma veramente originaria dell’istituto parlamentare”, quella inglese, nella quale “il Parlamento comprende anche il Capo dello Stato: «*Il Re in parlamento*»” per fondare la propria incompienza verso le costituzioni repubblicane che tendono a deprimere i poteri del Capo dello Stato⁸⁶. Egli contesta in particolare l’esclusione del Capo dello Stato dal Parlamento e dall’attività legislativa, in contraddizione rispetto al principio di compartecipazione. L’istituto parlamentare vive della “compenetrazione reciproca” fra “organi dell’esecuzione ed organi della legislazione”, di un “vivere insieme, collaborando e controllandosi”⁸⁷. La stessa iniziativa legislativa del Governo, che per Orlando è un’autentica necessità, posto che il Governo “ha l’immediato contatto con i bisogni del Paese”, appare “svallutata per il fatto stesso di essere in comune con una quantità di altre fonti”. Il progetto indebolisce “quella collaborazione intima, continua, fra il Gabinetto, rappresentante dell’esecutivo, ed il legislativo”; alla compenetrazione manca la sanzione del Capo dello Stato che “non è chiamato che per promulgare le leggi approvate dalle due Camere”. Nell’intervento del 22 ottobre 1947 Orlando torna sulla critica che al Presidente della Repubblica siano state tolte l’iniziativa e la sanzione⁸⁸. In questo quadro normativo, egli trova peri-

⁸⁴ Passaggi illuminanti, sul punto, in M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto*, cit., II, 668; G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando*, cit., 130; A. LUCARELLI, *Modelli liberali alla Costituente nel pensiero di Vittorio Emanuele Orlando: la conciliabilità tra Rechtsstaat e forma di governo parlamentare*, in *Diritto e cultura*, 1997, 524-525.

⁸⁵ *Discorsi parlamentari*, cit., 801.

⁸⁶ *Discorsi parlamentari*, cit., 709 ss..

⁸⁷ Esso ha “la sua espressione esterna, personificata, vivente (...) nel Gabinetto: il Gabinetto è il bilanciere di questo orologio, di questo cronometro, che è il sistema parlamentare, perché il Gabinetto, da un lato, è potere esecutivo, deriva dal Capo dello Stato, lo rappresenta, e d’altro lato, è Parlamento, ne fa parte, lo dirige, lo controlla, lo guida” (*ibidem*, 710).

⁸⁸ La differenza rilevante tra sanzione e “veto” è ben espressa da Orlando nella prolusione all’Università di Roma per l’anno accademico 1948-49 (V.E. ORLANDO, *La crisi del Diritto internazionale*, cit., 26-27): “Il prevalere della tendenza democratica, che ha assunto più frequentemente la forma della sostituzione di un Capo di Stato elettivo al Re, ha semplificato la questione con un lenta ma continua estromissione (che non sappiamo quanto abbia giovato, poiché il Cariddi di quella Scilla sta nel totalitarismo dell’assemblea) del Capo dello Stato da questo momento, che è il più solenne nell’esercizio della sovranità dello Stato. E infatti, se prima la manifestazione di volontà del capo dello Stato si poneva nel medesimo piano di quella degli altri due rami del Parlamento, per mezzo della cosiddetta sanzione, che era la manifestazione di un consenso posto nello stesso piano della volontà delle due Camere, col diminuire, invece, della autorità dei Re e poi dei Presidenti della Repubblica, alla sanzione come forma positiva di consenso succede una forma negativa, consistente nell’esercizio eventuale di un veto, che impedisce o semplicemente sospende l’entrata in vigore, per il presupposto che per la formazione di quell’atto, la legge, occorra il consenso espresso o tacito di tre poteri od organi; non basta la maggioranza, occorre l’unanimità”.

coloso che gli sia invece attribuito, in qualità di prerogativa personale, il potere di scioglimento delle Camere⁸⁹.

Nell'intervento in Assemblea Costituente del 10 marzo, Orlando critica anche il modello bicamerale contenuto nel progetto. Se è infatti vero che il bicameralismo dovrebbe contribuire a generare questo "equilibrio delicatissimo", volto a "impedire che una Camera sola si attribuisca un potere senza limiti e senza contrappesi"⁹⁰, nel progetto le due Camere si rassomigliano troppo, e, non solo, si fondono nella Assemblea Nazionale, in cui vede una concentrazione anomala di poteri⁹¹. Con il Capo dello Stato esautorato, Orlando intravede lo spettro di una "Assemblea, sostanzialmente unica (...) la quale detiene effettivamente tutti i poteri, dispone di tutte le leve. Dunque, totalitarismo di Assemblea"⁹².

La critica, sferzante, si concentra su come è stato disegnato il Capo dello Stato. Qua Orlando ricorre alla celebre espressione del Capo dello Stato come "*fainéant*", "un fannullone"⁹³. La qualifica di Capo dello Stato e di rappresentante dell'unità nazionale gli appare puramente simbolica, se non "decorativa", soprattutto nella formazione del governo⁹⁴. Si noti che Orlando pone già il tema della responsabilità del Presidente della Repubblica per illeciti comuni, cogliendo una lacuna nel progetto costituzionale. Il potere effettivo si concentra nel "Primo Ministro", perché egli ha la sostanza dei poteri del Capo dello Stato, delle cui attribuzioni risponde, e gode della maggioranza "nell'Assemblea, in quella Assemblea, in cui si concentra tutta la sovranità della legge, l'espressione suprema della volontà dello Stato, è veramente nel Primo Ministro che finisce col concentrarsi tutta l'autorità effettiva. Il resto è nominale". Con la demolizione di uno dei "piloni", l'equilibrio è compromesso e il potere concentrato nell'assemblea legislativa si trasmette, senza adeguati contrappesi, al "Primo ministro" o al "direttorio" dei capi dei partiti formanti la maggioranza⁹⁵.

⁸⁹ "...io che mi dolgo che l'autorità del Capo dello Stato sia stata di tanto sminuita, vi dico la verità, di fronte a questo potere che lo fa diventare una specie di sovrano assoluto, resto perplesso. Lasciatelo sotto la responsabilità, ed allora va bene. Non si possono conciliare due cose incompatibili. Se il potere è personale, vuol dire che non se ne risponde. È una forma, sia pure limitata, di potere assoluto e quindi in perfetta contraddizione con quello spirito democratico di cui l'Assemblea si è dimostrata animata. Il pericolo è appunto l'esautorazione del potere esecutivo. Occorre un rafforzamento del potere esecutivo ed io vorrei arrivare all'elezione popolare, appunto per rafforzarlo" (*ibidem*, 799). Simili posizioni sono riprese in V.E. ORLANDO, *Studio intorno alla forma*, cit., 41.

⁹⁰ A. LUCARELLI, *Modelli liberali*, cit., 540 inquadra "la tesi orlandiana del bicameralismo differenziato" non all'interno di un'ispirazione legata "ad esigenze di pluralismo istituzionale e di rappresentatività di istanze regionali, quanto piuttosto ai principi del dualismo parlamentare classico".

⁹¹ Essa ha "le chiavi della cassaforte. (...) l'Assemblea Nazionale dà il voto al nuovo Gabinetto in maniera formale, ed in maniera formale gli esprime la sua sfiducia: cioè, parliamoci chiaro, è essa che lo nomina; è essa che lo manda via. Sono delicate distinzioni, ma sta in esse tutta l'essenza dell'istituto. (...) Ed è parimenti l'Assemblea che decide della sfiducia nel Ministero" (*Discorsi parlamentari*, cit., 713).

⁹² *Discorsi parlamentari*, cit., 716.

⁹³ *Discorsi parlamentari*, cit., 715. Le critiche allo svuotamento della posizione del Presidente della Repubblica sono riprese negli interventi del 22 e 23 ottobre 1947.

⁹⁴ *Ibidem*, 715 e 716.

⁹⁵ Orlando si spinge fino a parlare di una "Costituzione totalitaria per l'Assemblea"; ma "l'autorità dell'Assemblea è trasferita necessariamente in un Capo, il quale Capo, se è capo d'un partito, che ha la maggioranza nell'Assemblea, è proprio un dittatore, potrà fare quello che vuole. Questa situazione è, però, difficile a presentarsi; mentre più probabile è che l'attuale sistema di una coalizione di partiti continui. Si governa attraverso accordi personali fra i capi dei partiti formanti la maggioranza. Il sistema attuale. Ed allora come lo si qualifica? È un Governo direttoriale; che suppone una pluralità di capi non fusi nell'unità direttiva, che deve esser propria dell'unità

Il giudizio sulla Costituzione è dunque rovesciato, rispetto alle critiche che anche ora le vengono rivolte in tema di forma di governo. Orlando riprende la posizione della tradizione liberale, volta alla ricerca del limite alla “espressione suprema della volontà dello Stato” in un equilibrio istituzionale, ma arricchita di una nuova vena polemica, apertamente ostile al nuovo rischio di una democrazia totalitaria, di un “totalitarismo assembleare”⁹⁶. Se dunque Orlando richiede il rafforzamento dell’esecutivo, a ciò è indotto dalla paura che questo si riduca a mera proiezione della maggioranza parlamentare⁹⁷. Non si tratta di un rafforzamento finalizzato a un più audace riformismo o, come nella visione mortatiana, alla promozione dell’indirizzo politico di maggioranza. Orlando teme le cosiddette razionalizzazioni della forma di governo parlamentare, cui possano seguire l’istituzionalizzazione della maggioranza e il Governo del Premier, riducendo corrispondentemente il ruolo del Capo dello Stato, “sottraendogli di fatto anche il fondamentale potere di scioglimento delle Camere”⁹⁸. All’opposto, potremmo dire, si mira a bilanciare il possibile prepotere d’assemblea per impedire che la legislazione, ispirata da un ingenuo volontarismo, pretenda di sostituire “agli istituti consolidati dalla tradizione storica e scientifica nuovi meccanismi che, per presunzione, sono ritenuti perfetti o superiori a quelli tradizionali”⁹⁹.

La preoccupazione costante di Orlando è quella di evitare gli estremi politici “radicale-giacobino, che riduce il governo ad un mero comitato di esecuzione delle volontà politiche della Camera dei rappresentanti del popolo sovrano” e “quello tedesco-prussiano, che emargina il ruolo della maggioranza politica e del parlamento, considerandolo meramente aggiuntivo alla sostanza istituzionale del governo, data dalla stessa monarchia”; servono dunque maggioranza parlamentare ed influenza regia o del Capo dello Stato¹⁰⁰. A questo scopo, occorre che il Presidente della Repubblica goda di una legittimazione utile a poter reggere il sistema della “doppia fiducia” del governo, contro un’influenza troppo condizionante sul Governo da parte dei partiti e di assemblea¹⁰¹.

dello Stato” (*ibidem*, 717). Nella seduta del 23 ottobre 1947 ritorna, per contestarli, sui rapporti non chiari tra Presidente della Repubblica, Consiglio dei Ministri e Presidente del Consiglio dei Ministri, non riconducibili né allo schema parlamentare, né a quello presidenziale.

⁹⁶ D. QUAGLIONI, *Ordine giuridico*, cit., 443. Critico con la lettura orlandiana svalutante dei poteri presidenziali nella Costituzione è C. FUSARO, *Per una storia delle riforme istituzionali (1948-2015)*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2015, 447-448. Si noti che il Ranelletti, in un commento al progetto di Costituzione, si era spinto fino a proporre l’elezione diretta del Capo dello Stato, in funzione di contrasto del possibile governo dei partiti. Cfr. M. FIORAVANTI, *Sovranità e forma di governo*, in M. FIORAVANTI-S. GUERRIERI (a cura di), *La Costituzione italiana*, Carocci, Roma 1999, 41 e 57.

⁹⁷ A. LUCARELLI, *Modelli liberali*, cit., 533 ss..

⁹⁸ M. FIORAVANTI, *Vittorio Emanuele Orlando: il giurista*, cit., 20-21.

⁹⁹ C. ESPOSITO, *La dottrina del diritto*, cit., 92.

¹⁰⁰ M. FIORAVANTI, *Vittorio Emanuele Orlando: il giurista*, cit., 20. V. anche Id., *Vittorio Emanuele Orlando, in Il Parlamento italiano*, cit., 278.

¹⁰¹ M. FIORAVANTI, *Sovranità e forma*, cit., 58-59; M. GREGORIO, *Quale Costituzione?*, cit., 858 e 862-3.

5. L'ambiguità della sovranità popolare.

Sul tema del rapporto tra sovranità dello Stato e sovranità popolare si innesta una delle questioni in cui più profondamente si annida la differenza tra l'impostazione di Orlando e dei Costituenti. Questo passaggio sconta evidentemente una difficoltà: Orlando è uno, forte della sua formazione e della sua autorevolezza; i Costituenti sono molti e plurali, divisi da impostazioni e gradi di consapevolezza molto differenti. Ogni comparazione sconta questa ovvia difficoltà.

Le note savigniane, con innesti jellinekiani, della concezione di popolo di Orlando si prestano a qualche gioco di "nascondimento". La sovranità è, per l'Orlando studioso, la capacità giuridica dello Stato-persona, e quindi la "fonte della sua generale capacità di diritto"; essa stessa è, in certo modo, il diritto dello Stato¹⁰². Essa è, in questo senso, l'equivalente del cartesiano *cogito*, e cioè "l'affermarsi dello Stato come giuridica persona, e quindi la fonte della sua generale capacità di diritto"¹⁰³. L'idea di Stato "differisce essenzialmente da quella di Società in quanto ne è la giuridica integrazione: ed è quello un organismo che vive di una vita propria, il cui sviluppo è determinato da proprie leggi, le cui forme sono dipendenti dalla necessità dello sviluppo storico"¹⁰⁴. È merito del Fioravanti l'aver ricostruito, attorno a questi concetti, la coerenza complessiva tra l'Orlando "realista", degli scritti giovanili, e quello "formalista", successivo, rinvenibile nel collegamento logico tra una visione organica del popolo e la personalità giuridica dello Stato sovrano. Se infatti la realtà sociale è supposta omogenea, unificata, al di sopra dei conflitti, in questa idea di "popolo", si apre lo spazio alla sovranità dello Stato-persona quale soggetto unico, la cui volontà è interprete di una siffatta comunità¹⁰⁵. Da qui si apre una possibilità per una torsione positivistica¹⁰⁶, ancorché rimanga, a presidio garantistico, la distinzione di fondo tra diritto e legge.

In quest'ottica, il problema non è tanto quello di indagare la fonte della sovranità o le forme del suo esercizio. Essa non ha bisogno di giustificazione, poiché è "l'espressione di un fatto naturale e necessario, cioè che, dato un organismo politico, esso afferma la sua personalità giuridica"¹⁰⁷. La sovranità è, senza dubbi, dello Stato. E, così intesa, essa contiene tutto il diritto dello Stato e il fondamento di tale diritto non può essere diverso dal generale fondamento di ogni diritto e dovrà essere ricercato nella "coscienza collettiva del popolo, in un sentimento uniforme, che nasce dall'indole giuridica, dai precedenti storici, dalle attuali in-

¹⁰² D. QUAGLIONI, *Ordine giuridico*, cit., 423 richiamando ancora i *Principii*. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., 241.

¹⁰³ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, cit., 54.

¹⁰⁴ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, cit., 27. V. anche ID., *Le teorie fondamentali*, cit., 13.

¹⁰⁵ M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto*, cit., I, 123. *Ibidem*, 168-169 e, sinteticamente, 173; 175: "Tutta la riflessione del nostro giurista è così nient'altro che atto di progressiva scoperta del necessario interprete della "coscienza" giuridica popolare: lo Stato-persona (...) soggetto dotato di personalità giuridica e di capacità di agire". Cfr. anche P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., 127.

¹⁰⁶ S. SICARDI, *La scienza costituzionalistica*, cit., 663 evidenza addirittura "una saldatura/continuità tra certi aspetti portanti della riflessione orlandiana e lo Stato autoritario immaginato da una parte della dottrina italiana dei primi decenni del Novecento".

¹⁰⁷ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, cit., 56.

fluenze dell'ambiente in cui un popolo versa"¹⁰⁸. In questo preciso senso, può dirsi che "la sovranità riposa sulla coscienza popolare", ciò che sembrerebbe, a un primo ingannevole sguardo, avvicinare Orlando alla "teoria liberale" moderna, cui però lo separa l'esclusione de "l'elemento volontario, che in quella è dominante, e che suppone la riflessione e la libertà, mentre questa coscienza popolare (...) è l'effetto di una determinazione storica, e quindi naturale e necessaria"; "mentre per la teoria radicale e per la liberale, la sovranità si fonda esclusivamente sulla volontà popolare e nazionale, che dir si voglia, *conscientemente manifestata*, dunque legittimamente esistente solo nelle forme *libere*, per noi invece questo consenso generale della comunità, elemento costitutivo del principio sovrano, si riscontra presso tutti gli Stati, anche presso quelli retti con forme non libere"¹⁰⁹.

Si determina in questo modo una sconnessione tra sovranità dello Stato e sovranità popolare in senso democratico. Il governo è espressione e condizione necessaria del diritto ed è "un elemento costitutivo dell'idea di sovranità, in quanto implica l'attuazione di essa e in quanto ha per sé la legittima presunzione di stare in una rispondenza armonica col sentimento giuridico della comunità"¹¹⁰. Su queste basi, la sovranità consiste nell'affermazione della giuridica personalità dello Stato e consta di tre elementi essenziali: *lo Stato, cui si appartiene, la coscienza giuridica della comunità, su cui riposa il governo, per mezzo del quale si traduce in atto*¹¹¹. La sovranità dello Stato finisce dunque per essere equivalente – senza sporgenze – alla sovranità popolare, come afferma esplicitamente Orlando nello scritto sulla resistenza¹¹². Come ha osservato acutamente Fioravanti, a questa altezza si pone un "momento discriminante", segnato dalla "trasformazione della sovranità popolare da principio «politico», ispirato alla conflittualità politico-sociale, in principio «giuridico», fondato su una concezione unificata della realtà sociale"¹¹³, di cui lo Stato è l'unica espressione legittima. In questa idea di corpo sociale, inteso come comunità nazionale, posta sopra i conflitti sociali, sta il punto di vista specificamente giuridico su cui Orlando fonda la concezione dello Stato e della sovranità¹¹⁴. E, in questo quadro, pure le garanzie individuali, espresse in termini di libertà, si esauriscono nello Stato-ordinamento perché i diritti ricevono, per intero, tutela entro lo spirito popolare¹¹⁵. La polemica anti-giusnaturalistica di Orlando non va quindi intesa come un malcelato tentativo di screditare i diritti, bensì come la convinzione che la loro miglior garanzia riposi nell'autorità dello Stato-persona¹¹⁶.

¹⁰⁸ *Ibidem*, 57.

¹⁰⁹ *Ibidem*, 57-58. Sul concetto di nazione, alla tedesca, contrapposto all'idea politica di popolo, di tradizione francese, cfr. C. DE FIORES, *Nazione e Costituzione*, I, Giappichelli, Torino 2005, 372.

¹¹⁰ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, cit., 58.

¹¹¹ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, cit., 59. Cfr. D. QUAGLIONI, *Ordine giuridico*, cit., 426; M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto*, cit., I, 99.

¹¹² *Della resistenza politica individuale e collettiva*, Loescher, Torino 1885, 111.

¹¹³ M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto*, cit., I, 100.

¹¹⁴ *Ibidem*, I, 102-103.

¹¹⁵ *Ibidem*, I, 127 ss.; II, 860.

¹¹⁶ V.E. ORLANDO, *Le teorie fondamentali*, cit., 38 ss..

In questa costruzione, il popolo appare “magmatico”, eppur organico, incapace di volere in quanto tale, ma espresso dalla volontà e dal diritto dello Stato¹¹⁷. Da un popolo siffatto è accuratamente espunta la conflittualità¹¹⁸. In questa accezione ben si comprende perché Orlando possa affermare che “riconosciamo tutti la sovranità popolare come origine suprema di tutti i poteri”¹¹⁹.

L'ordinamento si regge sul consenso espresso a livello irriflesso di spirito popolare, rispetto a cui il diritto elettorale deve trovare le forme della manifestazione, per nulla necessariamente coincidenti con il suffragio universale¹²⁰. Come nel sistema concettuale della sovranità nazionale, messo a punto in Francia da R. Carré de Malberg¹²¹, le istituzioni rappresentative sono pienamente compatibili con limitazioni al diritto di voto, perché il suffragio è concepito quale funzione in nome e per conto della Nazione, designazione di capacità e non “delegazione di poteri”¹²²; così, nell'intervento del 2 maggio 1947 in Assemblea Costituente, Orlando nega che tra la Camera e gli elettori vi sia un rapporto di mandato¹²³. La rappresentanza trova fondamento in una funzione di designazione¹²⁴.

Può apparire contraddittoria con questa ricostruzione la circostanza per cui Orlando acconsenta al riconoscimento del diritto di resistenza, “di natura schiettamente democratica, in quanto tende a dare all'insieme del popolo la coscienza che l'obbedienza alle autorità costituite ha il suo limite nel rispetto da parte delle stesse autorità della legalità, per cui quando un Governo si pone fuori dalla legge, l'insurrezione è un diritto e un dovere del popolo”¹²⁵. E tuttavia la contraddizione si stempera allorquando si tenga presente che, in Orlando, il diritto di resistenza assume un significato di garanzia di tipo sistemico, di sfondo storico, più che di precisa qualificazione giuridica che valga a distinguere alcuni ordinamenti da altri. Nota ad esempio Crisafulli a riguardo: “non che tale figura (*scil.* il diritto di resistenza) (...) sia esclusi-

¹¹⁷ P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit. 92; *ibidem*, 125: “Dal punto di vista della formazione del modello (orlandiano *scil.*), “popolo” permette una rappresentazione organica, sintetica, inarticolata del “sociale”, e, insieme e per questo la “contrazione” del sociale in statuale, l'occultamento del polo sociale dietro il polo statuale, punto di gravitazione del modello”. Esso diviene “una unità sintetica, non ulteriormente scomponibile: solo a questo patto può operare come figura *in absentia* uscendo dal focus dell'analisi per risorgere metamorfosato in «Stato»”. V. anche T.E. FROSINI, *L'antiparlamentarismo e i suoi interpreti*, par. 7.

¹¹⁸ P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., 91-92. Con Santi Romano la giuspubblicistica affronterà la questione problematica della rappresentazione orlandiana del polo sociale della relazione e l'unità organicisticamente concepita cede al riconoscimento della pluralità dei gruppi sociali che si costituiscono in ordinamenti (*ibidem*, 127 ss.).

¹¹⁹ Consulta nazionale del 9.3.46. Già nello scritto giovanile su Spencer, egli perviene all'accettazione della sovranità popolare in questo specifico senso di “aggregato storico di cultura e di sentimento e dove l'aggettivo «popolare» coincidesse con «nazionale»”, antitetico rispetto alla prospettiva rousseauiana (F. GRASSI ORSINI, *Orlando, profilo*, cit., 18 in nota).

¹²⁰ M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto*, cit., I, 84-85, con riferimenti soprattutto allo scritto giovanile di Orlando del 1883 su *La riforma elettorale*.

¹²¹ Su cui M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto*, cit., II, 595; E. DI CARPEGNA, *Introduzione*, in R. CARRÉ DE MALBERG, *Della sovranità*, Herrenhaus, Seregno 2009, 12 ss..

¹²² V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, cit., 83-84 e 97-98. F. GRASSI ORSINI, *Orlando, profilo*, cit., 19 in nota e 33; M. FIORAVANTI, *Vittorio Emanuele Orlando*, in *Il Parlamento italiano*, cit., 281.

¹²³ *Discorsi parlamentari*, cit., 754.

¹²⁴ V.E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica*, in *Id.*, *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano 1954, 417 ss..

¹²⁵ Ripreso da G. GARANCINI, *Figure di costituenti*, cit..

vamente connessa con il principio della sovranità popolare (l'Orlando, ad esempio, com'è noto, ne sostenne l'ammissibilità nel diritto positivo italiano statutario, indipendentemente quindi da un riferimento alla sovranità popolare). Ma è certo, comunque che laddove vige tale principio, ivi è da ritenersi esistente, anche nel silenzio dei testi costituzionali (come del nostro), il diritto di resistenza¹²⁶. Sulla resistenza, Orlando aveva scritto un saggio¹²⁷, impostato alla luce del rapporto, di ascendenza spenceriana, tra forme e forze politiche. Si tratta di un saggio a cui, come autorevole precedente dottrinario, fa riferimento esplicito Terranova in Assemblea Costituente, nella sed. del 20 maggio 1947. Per l'Orlando, la resistenza *collettiva*, non quella individuale, purché esercitata con gli strumenti a disposizione dell'opinione pubblica (la stampa, le associazioni politiche, ecc...), che è pur sempre "attestazione di tradizione, non di rivoluzione"¹²⁸, e senza intenzione rivoluzionaria, poteva assumere un significato di legittima pressione perché le istituzioni aderissero alle forze sociali sottostanti e vi fosse corrispondenza, per usare le categorie tratte dal Savigny, tra "diritto costituzionale", considerato come l'espressione dei bisogni della civiltà e delle tradizioni di un popolo, e "legge costituzionale", e cioè la Costituzione vigente¹²⁹. Nel ricordo, più volte richiamato in Assemblea Costituente, della ribellione siciliana alla sopraffazione fascista Orlando legge il dramma di come "l'avversione ad una forma di governo ripugnante poté spingersi sino a subordinare a se stessa lo stesso sentimento patriottico"¹³⁰.

Anche il diritto di resistenza smarrisce quindi la concretezza di una attribuzione soggettiva precisa e si stempera in forme collettive e irriflesse di esercizio. Questa stessa paura della trasformazione del popolo in soggetto reputato capace di scelte volontaristiche e dunque di un preteso radicalismo democratico giustifica anche la forte diffidenza nutrita da Orlando verso i partiti¹³¹. Tale diffidenza non ha a che vedere con la successiva degenerazione dei partiti stessi, ma è strutturale, ancorata a un liberalismo classico e perfino elitista¹³². Su questo punto, si assiste in Assemblea Costituente a un confronto con le nuove tendenze della giuspubblicistica dei primi decenni del '900, ben espresse dal Mortati¹³³.

Al tempo della Costituente, e fino alla fine dei suoi giorni, la preoccupazione di Orlando è rivolta all'uscita dei partiti dal rassicurante e civilizzante recinto dell'istituzione parlamentare, verso il corpo agitato della società¹³⁴. I partiti non dovevano strutturarsi e radicarsi nel corpo sociale, perché altrimenti avrebbero veicolato la conflittualità dentro il Parlamento, inibendo la formazione della volontà generale nell'organo rappresentativo. In questa stessa

¹²⁶ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)*, in *Studi in onore di Vittorio Emanuele Orlando*, Cedam, Padova 1955 e ora anche in A. MANGIA (a cura di), *"tutta Italia un giuro uni". Unità, pluralismo e principi costituzionali*, Giuffrè, Milano 2011 (dal cui testo si trarranno le citazioni), 62.

¹²⁷ *Della resistenza politica individuale e collettiva*, Loescher, Torino 1885, in particolare, 63 ss..

¹²⁸ Sen. Orlando, sed. 27.1.1949, 823.

¹²⁹ F. GRASSI ORSINI, *Orlando, profilo*, cit., 27; M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto*, cit., I, 96-97.

¹³⁰ Discorso alla Consulta nazionale del 9.3.1946. Si veda anche l'intervento in A.C., sed. 27.2.1947.

¹³¹ Peraltro, tutt'altro che isolata. Basti pensare a C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, trad. it., Giuffrè, Milano 1981, 130.

¹³² G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando*, cit., 129; A. LUCARELLI, *Modelli liberali*, cit., 526.

¹³³ M. FIORAVANTI, *La genesi dello Stato liberale*, cit., 117.

¹³⁴ M. FIORAVANTI, *Giuristi e dottrine del partito politico: gli anni Trenta e Quaranta*, in *Le idee costituzionali della Resistenza*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma 1997, 196.

direzione, Orlando aveva rivolto un'accesa critica all'introduzione della proporzionale, il cui torto era esattamente quello di aver creato i partiti come entità extraparlamentari, e quindi - il passo è breve - "necessariamente, antiparlamentari"¹³⁵. La proporzionale avrebbe cioè consentito ai partiti di entrare nella cittadella statale; da qui la convinzione di Orlando che il regime liberale non fosse crollato nel '22, a seguito della marcia su Roma, ma nel 1919, con l'approvazione della legge elettorale proporzionale¹³⁶. In un articolo per la "Nacion" di Buenos Aires, Orlando aveva accusato la riforma proporzionalistica di avere infranto "la spirituale unità del popolo e di sostituirvi forme corporative aventi un carattere medievale in insanabile contrasto con lo Stato moderno"¹³⁷. Orlando è sempre stato favorevole al collegio uninominale, perché salvaguarda il deputato dal rapporto con l'organizzazione di partito¹³⁸. Si noti che Orlando ai partiti dedica il suo ultimo saggio¹³⁹.

L'ostilità ai partiti spiega la diffidenza di Orlando verso le commissioni parlamentari, di cui si ritrova traccia nei lavori costituenti. Nella seduta del 29 marzo 1947, Orlando sembra quasi sbottare verso "queste benedette Commissioni. Io credo che in questo campo ci siamo messi veramente su una linea di degenerazione parlamentare. Noi abbiamo creato cioè una terza specie: c'è un Parlamento, diciamo, di festa e un Parlamento di giorno di lavoro. Comunque le Commissioni derivano dall'Assemblea; non sono un *quid* che preceda l'Assemblea"¹⁴⁰.

6. Il popolo costituzionale tra astrazioni e radicalismo democratico.

Cosa vuol dunque dire che Orlando sia stato "emarginato" in Assemblea Costituente? Che la Costituzione abbia infine accolto quest'idea "giacobina" o, meglio, volontaristica di popolo che egli temeva e osteggiava sopra ogni altra cosa? L'evoluzione del dibattito costituente sul punto, pur non senza zone d'incertezza, è sufficientemente nota e consente di escludere che quello sia stato l'esito. E allora?

M. Fioravanti, che di Orlando è studioso analitico, è giunto a una relativizzazione del contrasto tra le posizioni di Orlando e le conclusioni dei costituenti. Tale conclusione si appoggia tra l'altro su una proposta di Dossetti in I Sottocommissione, con relativo o.d.g., che

¹³⁵ V.E. ORLANDO, *Studio intorno alla forma*, cit., 17; v. anche Id., *Il parlare in Parlamento*, cit., 282-283 e 295: i partiti extraparlamentari, "poiché in gran parte si formano, vivono, operano, fuori dal Parlamento" inficiano lo "spirito essenziale dell'istituto parlamentare" perché impediscono un dibattito (un parlamento) che si sviluppa in aula, alla ricerca di una "sintesi finale".

¹³⁶ G. QUAGLIARIELLO, *I liberali e l'idea di partito nella stagione costituente*, in *Le idee costituzionali della Resistenza*, cit., 269.

¹³⁷ Ripreso da F. GRASSI ORSINI, *Orlando, profilo*, cit., 98.

¹³⁸ F. GRASSI ORSINI, *Orlando, profilo*, cit., 37.

¹³⁹ *Sui Partiti Politici. Saggio di una sistemazione scientifica e metodica*, in *Scritti di Sociologia e Politica in onore di Luigi Sturzo*, II, Zanichelli, Bologna 1053; ora in V.E. ORLANDO, *Scritti giuridici varii (1941-1952)*, cit., 599 ss..

¹⁴⁰ *Discorsi parlamentari*, cit., 739. Sul possibile collegamento tra allargamento dei partiti e degenerazione del parlamentarismo, con riguardo anche al ruolo delle commissioni e dei gruppi parlamentari, v. H. TRIEPEL, *La Costituzione dello Stato e i partiti politici*, a cura di E. GIANFRANCESCO-G. GRASSO, Ed. Scientifica, Napoli 2015, 9-10.

riconosceva il tradizionale principio della sovranità dello Stato¹⁴¹. Si tratta, per Fioravanti, di configurare diversamente la sovranità dello Stato, da quella liberale del XIX secolo, che contempla poteri monarchici e suffragio ristretto, a una di cui “fosse espressione primaria la sovranità del Parlamento quale luogo di esistenza e rappresentazione del popolo sovrano”, ciò grazie soprattutto “alla nuova funzione dei partiti”¹⁴². I costituenti non hanno cioè inteso aderire a un’idea di sovranità popolare assimilabile a quella rivoluzionaria francese, criticata come “principio giacobino” (anche) dal democristiano Tosato¹⁴³. La Costituzione, su questo punto, sarebbe dunque rimasta “a metà del guado”: essa riconosce la natura istituzionale, e non più solo societaria, dei partiti, ma non al punto di accettare “l’implicazione ultima del principio istituzionale, secondo cui la sovranità popolare esisteva in via primaria attraverso la scelta diretta, attiva e consapevole, di un indirizzo politico maggioritario, e del suo titolare”¹⁴⁴.

I Costituenti non hanno quindi concesso molto a quel giacobinismo costituzionale così temuto da V.E. Orlando. Il popolo non è certamente identificato con una volontà precisa e semplificata, cui risulterebbe impossibile apporre limiti. Nemmeno però – ci pare – può bastare quel riferimento alla sovranità dello Stato, per dedurne una continuità rispetto alla tradizione giuridica liberale o, men che meno, l’adesione a un’idea astratta o organica di popolo/nazione.

Ed è proprio in uno scritto destinato agli “Studi in memoria di Vittorio Emanuele Orlando” che, non senza qualche malizia, Crisafulli evidenzia con lucidità la discontinuità segnata dall’accezione costituzionale di sovranità popolare. In quello scritto celebrativo Crisafulli non risparmia accenti polemici rispetto alla dottrina che cerca di piegare e addomesticare la (novità della) Costituzione alla rigidità e pretesa immutabilità delle categorie dogmatiche. In questa polemica resta coinvolto “persino l’Orlando, che pure fu tra i costituzionalisti italiani della scuola tradizionale, il più aperto”; pure lui “poteva allora concludere, con sicurezza invero eccessiva, che «il miglior modo di intendere nel loro significato moderno le espressioni di “popolo” e di “nazione” consiste nel considerarle equivalenti, in sostanza, della parola “Stato”, poiché è nello Stato che il popolo trova la sua vera espressione come unità giuridica»”¹⁴⁵.

¹⁴¹ Per M. FIORAVANTI, *Sovranità e forma*, cit., 43, in questa formula è evidente che il popolo assume “un significato palesemente organizzatorio, e non attiene al piano del fondamento, della legittimazione, poiché quei poteri esistono prima di ogni manifestazione di volontà popolare”. Lo studioso porta a ulteriore conferma di questa conclusione il dibattito e le decisioni assunte in tema di referendum, oppure sulla funzione della Corte costituzionale, che avrebbe avuto solo un ruolo ostativo e correttivo in caso di singole leggi incostituzionali, e non di indirizzo fondamentale costituzionale (*ibidem*, 51 e 55). Osserva l’A. (*ibidem*, 46) che le forze politiche in costituente erano convinte “della necessità storica di dover superare i limiti e le angustie del parlamentarismo liberale, ma senza per questo cadere nell’eccesso radicale della sovranità del popolo”.

¹⁴² M. FIORAVANTI, *Sovranità e forma*, cit., 46. *Ibidem*, 47: “nel modello costituzionale introdotto nel 1948 il popolo è sovrano perché, e in quanto, la sua infinita complessità è rappresentata, senza eccezioni, nel Parlamento; e specularmente il Parlamento è sovrano perché è il luogo in cui la infinita complessità, e la totalità, del popolo è rappresentata, in modo tale, grazie ai partiti, da essere capace di produrre sovranità, leggi e governi”.

¹⁴³ Ne dà conferma la reazione alla proposta provocatoria di Lucifero nella discussione del 22 e 24 gennaio di esplicitare che la sovranità risiede nel popolo (M. FIORAVANTI, *Sovranità e forma*, cit., 44).

¹⁴⁴ M. FIORAVANTI, *Giuristi e dottrine*, cit., 201 e 202. *Ibidem*, 203: “Il popolo era così sovrano perché la sua infinita complessità era presente nel parlamento da cui scaturiva il governo, e non perché la costituzione lo chiamasse davvero a scegliere l’indirizzo politico governante, la funzione di governo”.

¹⁴⁵ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare*, cit., 28.

Come ha messo in luce il Crisafulli, la sovranità dello Stato è concetto ambivalente, che racchiude una duplicità di accezioni: l'una come Stato-persona o governo, l'altra come Stato-comunità¹⁴⁶. Tra il popolo organico e magmatico della scuola storica, cui accede Orlando, e il popolo troppo semplificato del paventato giacobinismo giuridico, la Costituzione interpone una visione più complessa, in cui il popolo è insieme concreto e plurale. Il popolo costituzionale è un soggetto concreto e la scelta lessicale a favore del verbo "appartiene", anziché "emana" lo conferma¹⁴⁷; ciò nondimeno esso non è un'entità "di carattere organicistico e sociologico ovvero di carattere trascendente e idealistico"¹⁴⁸. Il popolo in Costituzione è riconosciuto come concreto ma irriducibilmente plurale, tale per cui non può esprimersi per mezzo di un'unica volontà, semplificata e giacobina, inidonea a costituirsi¹⁴⁹. Come si evince dai principi fondamentali, esso è organizzato e articolato, e non solo in forma di partiti o ridotto a corpo elettorale¹⁵⁰. In questa pluralità di canali, sociali e istituzionali, di espressione (anche) politica del popolo si coglie una differenza rispetto alla stessa impostazione difesa da Mortati che valorizzava il partito come strumento di differenziazione e ricomposizione sociale. Il popolo agisce, in vista dell'interesse generale, tramite le formazioni sociali, le istituzioni territoriali e perfino con l'esercizio delle "libertà fondamentali", come ancora ricordava quello scritto pionieristico di Crisafulli¹⁵¹. Esso non opera – anche politicamente - solo nella sfera istituzionale, ma diffonde la sua sovranità con la partecipazione sociale ed economica¹⁵².

¹⁴⁶ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare*, cit., 34. Sul punto, v. F. MODUGNO, *La dicotomia "Stato ordinamento" – "Stato soggetto" nel pensiero dei tre Maestri*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Cedam, Padova 2004, 49 e 63.

¹⁴⁷ Cambiamento a cui, per M. FIORAVANTI, *Sovranità e forma*, cit., 45, non si può attribuire "particolare significato". Lo accentua invece V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare*, cit., 38.

¹⁴⁸ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare*, cit., 39.

¹⁴⁹ *Ibidem*, 48: "la suprema potestà di governo non è attribuita al popolo come unità indivisibile, ossia come ad un unico soggetto, ma a tutti i cittadini, membri del popolo, ciascuno dei quali ha un diritto personale di parteciparvi con la propria volontà e perseguendo il proprio orientamento politico (...) il popolo, modernamente, non sia affatto una massa indifferenziata e disorganizzata di individui, meramente giustapposti gli uni accanto agli altri. Al contrario, esso si presenta sempre, sia pure con differenze anche notevoli ma esclusivamente quantitative, organizzato in formazioni particolari, anche indipendentemente e al di fuori del corpo elettorale"; *ibidem*, 65-66. Su questa linea, v. anche T.E. FROSINI, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Giuffrè, Milano 1997, 167.

¹⁵⁰ Su questa distinzione insiste, anche sul piano dogmatico, V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare*, cit., 41 ss.; 66: "il popolo, il popolo vero, appare poi, alla indagine sociologica, internamente differenziato in classi e gruppi minori, portatori di diversi e contrastanti interessi, di cui, giuridicamente, si tratta di cogliere e far valere in definitiva la risultante". Cfr. anche F. MODUGNO, *La dicotomia "Stato ordinamento"*, cit., 61 ss..

¹⁵¹ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare*, cit., 51. Interprete fedele di questa novità costituzionale è stata la sent. 106 del 2002 della Corte costituzionale: "il legame Parlamento-sovrani ta popolare costituisce inconfutabilmente un portato dei principi democratico-rappresentativi, ma non descrive i termini di una relazione di identit , sicch  la tesi per la quale, secondo la nostra Costituzione, nel Parlamento si risolverebbe, in sostanza, la sovranit  popolare, senza che le autonomie territoriali concorrano a plasmarne l'essenza, non pu  essere condivisa nella sua assolutezza. (...) L'articolo 1 della Costituzione, nello stabilire, con formulazione netta e definitiva, che la sovranit  «appartiene» al popolo, impedisce di ritenere che vi siano luoghi o sedi dell'organizzazione costituzionale nella quale essa si possa insediare esaurendovisi. Le forme e i modi nei quali la sovranit  del popolo pu  svolgersi, infatti, non si risolvono nella rappresentanza, ma permeano l'intera intelaiatura costituzionale: si rifrangono in una molteplicit  di situazioni e di istituti ed assumono una configurazione talmente ampia da ricomprendere certamente il riconoscimento e la garanzia delle autonomie territoriali". Non si tratta per  di indirizzo giurisprudenziale univoco. Si v. infatti le sent. 365/2007 e 301/2007. V. anche la sent. 496/2000.

¹⁵² V. CRISAFULLI, *La sovranit  popolare*, cit., 54; *ibidem*, 67: "un ordinamento della societ  civile tale da assicurare a ciascuno una effettiva libert  ed eguaglianza, mettendo insomma a base della democrazia politica la democrazia economica", per "impedire la sopraffazione anche larvata degli interessi della maggioranza dei citta-

Con riguardo a questo pluralismo istituzionale, Orlando, in Assemblea Costituente, si esprime criticamente verso la costituzionalizzazione delle Regioni¹⁵³. Si tratta di una posizione che si iscrive certo nel più ampio orientamento a evitare irrigidimenti in Costituzione con scelte che andavano lasciate al futuro legislatore¹⁵⁴. Ciò nondimeno, Orlando è attento a distinguere tra le autonomie quelle che riflettono una sorta di storicità naturale, da quelle che sono frutto di una volontà artificiosa¹⁵⁵. Seppur dunque egli sembri ammettere strutture plurali nello Stato, ciò avviene, ancora una volta, nella forma di entità forgiate dalla storia e non di autonomie supposte capaci di un volere non irriflesso.

Quando si parta dalla visione costituzionale del popolo sovrano, plurale e concreto, la Costituzione è la garanzia fondamentale della coesistenza e finanche della cooperazione delle espressioni plurali del popolo stesso; essa non è dunque, anche nelle sue formulazioni di principio, invasione di indirizzo politico o, secondo la critica di Orlando, “confisca” del ruolo del legislatore, ma progetto di democratizzazione sostanziale (nel segno della rimozione degli ostacoli) e premessa per una partecipazione politica, economica e sociale dei cittadini. Con la Costituzione lunga e programmatica, non si riteneva dunque di immettere un indirizzo politico particolare, ciò che avrebbe legittimato l’obiezione di Orlando del 23 aprile 1947: “perché (...) dobbiamo noi assumere la veste di legislatori mitici (...) per pregiudicare la

dini, e specialmente degli strati sociali economicamente più deboli, ad opera di ristretti gruppi oligarchici”. Se dunque “in passato il discorso sulla unità politica aveva potuto ridursi (...) ad essere un discorso sulla unità del potere esercitato nei confronti della società, tanto da convertirsi quasi esclusivamente in un discorso sulla sovranità dello Stato come persona giuridica (muovendo appunto dallo presupposto che questa persona fosse altro rispetto alla società)”, con la Costituzione repubblicana lo Stato “doveva trovare la sua radice nella società e nella società trovare la sua continua, quotidiana legittimazione” (A. MANGIA, *Unità, pluralismo e principi costituzionali*, in ID. (a cura di), *tutta Italia un giuro uni*. *Unità, pluralismo e principi costituzionali*, Giuffrè, Milano 2011, 20).

¹⁵³ Benché, nel discorso alla Consulta nazionale del 9.3.46, Orlando avesse detto che “ho sempre pensato che un eccellente criterio di polemica e di lotta sia di fare il contrario di quello che fa, o ha fatto l’avversario. Or il fascismo (...) fu antiregionale e centralizzatore in forma estrema: noi, dunque, dobbiamo orientarci in un senso opposto”. Nella sed. del 13.6.47 vota contro un o.d.g. in cui si chiede di inserire nella Carta costituzionale “l’affermazione della esistenza della Regione, accanto ai Comuni e alle Province”, con la motivazione che non deve trattarsi di materia costituzionale. Per le Regioni, le posizioni liberali non erano di contrarietà in linea di principio, ma per la situazione italiana storica, di contesto democratico “immaturo”, entro cui le autonomie avrebbero potuto facilmente tramutarsi in elemento di disordine e di disgregazione (L. PELLÉ STANI, *Introduzione. Il dibattito sulla Costituzione nella stampa politica del 1947*, in ID., a cura di, *I Liberali in Assemblea Costituente*, cit., 92 ss. con riferimento soprattutto a un articolo di F. Libonati su *Risorgimento Liberale* dell’8.3.1947).

¹⁵⁴ Sed. del 13.6.47 in *Discorsi parlamentari*, cit., 758.

¹⁵⁵ Interessante a riguardo lo spunto di Orlando alla seduta del 23.4.47: “D’altra parte, perché l’«originarietà» volete limitarla alla famiglia? La famiglia, indubbiamente, è un istituto originario, ossia che precede lo Stato; ma ci sono anche altri istituti che lo precedono; per esempio, il comune, la città. Nessuno penserà che Roma esiste, perché la Costituzione italiana la riconosce, e quello che si dice di Roma si può dire di qualunque comune: forme di vita collettiva, che sorgono naturalmente, originariamente. Lo Stato le disciplina, ma non le crea; esse dunque sono originarie. Di queste stesse «regioni», che creiamo, talune — non tutte, forse — hanno una radice, indubbiamente, originaria; ossia, nel tempo precedono lo Stato” (*Discorsi parlamentari*, cit., 744-745). Nella sed. 10.3.47, la questione è già posta: “io non so se, in origine, non sarebbe stato preferibile mantenere il vincolo federale e costituire il nuovo Stato con questa forma. Ma il non averlo fatto allora crea ora una difficoltà, per se stessa insuperabile: come ricostruiamo queste regioni? In rapporto all’appartenenza ai pre-Stati, ci sarebbe stato allora un nesso, che oggi non c’è più. Ecco la difficoltà maggiore che oggi avverto da ciò; la conseguenza di dover usare molta cautela. Ma questo non vale per le isole, poiché le isole, per la loro configurazione geografica, per la mentalità speciale dell’isolano, trovano in natura l’origine della loro aspirazione all’autonomia” (*Discorsi parlamentari*, cit., 722 ss.).

competenza dei legislatori futuri?”¹⁵⁶. Per i Costituenti, come ad esempio Dossetti, si trattava di promuovere una democrazia sostanziale quale “vero accesso del popolo e di tutto il popolo al potere e a tutto il potere, non solo quello politico, ma anche a quello economico e sociale”¹⁵⁷. Con il fondamento della democrazia posto nel lavoro, si intendeva conferire spessore alla democrazia, superando la risalente separazione Stato-società cui anche Orlando era rimasto tenacemente legato.

¹⁵⁶ In qualche modo, a tale esito si era avvicinato lo stesso Orlando, quando aveva ammesso la legittimità in Costituzione di (sobrie) proclamazioni dei diritti dell’uomo, integrate “dalla proclamazione dei diritti del lavoro, di questa che è la forma moderna del cosiddetto diritto economico-sociale. (...) Perché esse danno la figura e la impronta ad una Costituzione, in quanto sia Costituzione di un popolo libero: libero nel senso della libertà individuale e nel senso della libertà economica e sociale”.

¹⁵⁷ G. DOSSETTI, *Triplce vittoria*, in *Reggio Democratica*, 31 luglio 1945, ora in Id., *Scritti politici 1943-1951*, a cura di G. Trotta, Marietti, Genova 1995, 31.