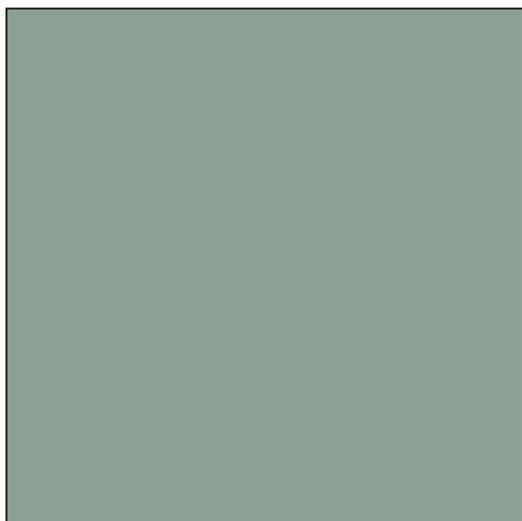


**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

33



**IL PENSIERO
GIURIDICO
DI
COSTANTINO
MORTATI**

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTA DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA
promossa e diretta da PAOLO GROSSI

VOLUME TRENTATREESIMO

IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI

a cura di M. GALIZIA e P. GROSSI



Milano - Giuffrè Editore

ISBN 88-14-01897-9

Pubblicazione realizzata con il contributo
del CONSIGLIO NAZIONALE DELLE RICERCHE

Tutte le copie devono recare il contrassegno della S.I.A.E.

© Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano
La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi
mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione
elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

(1990) Tipografia « MORI & C. S.p.A. » - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

PAOLO GROSSI

PAGINA INTRODUTTIVA

Una produzione scientifica che ha la sua prima epifania in una data ormai remota — il 1931 — ma che appare viva ancora nel 1976, cioè appena ieri; una continuità di presenza per un mezzo-secolo, ma principalmente una costante incisività verificabile in tutti i momenti di questo difficile, tormentato, diversificatissimo cinquantennio; una figura di protagonista così nel dibattito giuridico degli anni Trenta — nel colmo del regime fascista —, come nel '45-46 — negli anni di fondazione della democrazia italiana —, come più tardi — nel consolidato panorama dello Stato repubblicano. È in questi dati sconcertanti che si fissa l'identità di Costantino Mortati, un personaggio singolare, che ha vissuto un'esperienza intellettuale affatto singolare: estrema singolarità che tuttavia può non rendere facile la decifrazione dello scienziato o condurre addirittura a valutazioni grossolanamente fallaci.

A prima vista, sembra fin troppo agevole affermare che ci troviamo di fronte a un personaggio nicodemistico, che riesce furbastramente a restare indenne malgrado il trascorrere di eventi clamorosi e di mutazioni strutturali. Ma sarebbe un giudizio improntato soltanto a faciloneria e arriverebbe proprio a stravolgere l'immagine reale. Si deve dire infatti esattamente il contrario. Mortati è un personaggio — questo, sì — che ha vissuto interamente il proprio tempo, in esso profondamente immerso, guardando con attenzione e disponibilità alla ricchezza che ogni tempo storico della sua lunga vita veniva man mano a porgergli. Nessun rifiuto manicheo, nessuna assolutizzazione moralistica, ma una grande capacità di ascolto e un grande rispetto per ogni umana vicenda. In lui c'è tutta la duttilità di uno spirito carat-

terialmente cattolico, sensibile ai molti segni che gli passano intorno, disinvolto nell'utilizzare gli strumenti storici che vengono alla sua portata, che sono e restano strumenti e che, come tali, possono essere plasticamente condizionati alle finalità progettuali ben chiare nella coscienza etica e culturale dell'osservatore. Piuttosto che di nicodemismo si deve parlare della sincerità di un personaggio, che non smentisce mai i legami col proprio tempo, che tende a strumentalizzarlo, e, pertanto, a non lasciarsi particolarizzare dalle miserie legate alla contingenza.

È la grande lezione di Mortati quando — nel '31 — comincia a muoversi nel difficile ambiente dei gius-pubblicisti ufficiali e quando dimostra nei fatti — cioè nei suoi primi scritti — di assumere il regime non come oggetto di fervorini apologetici ma come semplice occasione storica, preziosa occasione storica per il costituzionalista italiano. Il fascismo, che, sul piano economico, era divenuto ben presto strumento di conservazione in grazia della sua alleanza coi grandi magnati e soprattutto con i grandi agrarii, aveva rappresentato una brusca svolta rispetto allo stagnante Stato liberale almeno per due scelte essenziali: aveva puntato sulle grandi masse (magari coartandole); aveva liberato certe forze, che lo Stato-liberale teneva rigorosamente sepolte (il partito, il sindacato, la corporazione), e, ciò che più conta, le aveva legittimate innalzandole al livello costituzionale. Mortati capì che, col fascismo, si stava giocando una partita che andava ben oltre le sgradevolezze e le ripugnanze del regime presente, che impegnava invece lo Stato moderno nelle sue ineludibili trasformazioni e, quindi, nel suo futuro; che impegnava, conseguentemente, anche tutto lo svolgimento delle future architetture della teoria generale dello Stato e del diritto pubblico. Vedevo giusto Mortati quando — recensendo nel 1934, per la Rivista di Costamagna, un volume del suo maestro Panunzio — constatava che lo Stato fascista si inserisce all'interno dell'itinerario « di quel complesso ordinamento che si è convenuto chiamare Stato di diritto » e « ne realizza una fase di ulteriore perfezionamento ».

Che il fascismo fosse una sorta di officina giuridica in cui si isolavano e si sviluppavano elementi — prima, o ignoti, o travisati, o minimizzati — per la costruzione di un progetto proiettato verso il futuro, lo dimostra quell'accolta di giovani costitu-

zionalisti (i primi nomi che vengono alla mente sono quelli di Crisafulli e di Chiarelli, il futuro fondatore di 'Stato e diritto' nel 1940) che, accanto a Mortati, cominciarono fra gli anni Trenta e Quaranta quegli approfondimenti e quelle analisi di laboratorio, che avrebbero consentito nuova vitalità e nuove strade alla dogmatica gius-pubblicistica; un lavoro sperimentale che assomigliava a quanto facevano, in tutta umiltà, nello stesso torno di anni, i giovani fisici romani del gruppo di via Panisperna.

Mortati, più degli altri, aveva capacità intuitive e preparazione in ordine a un'opera di edificazione, che, per esser solida, voleva principiare dal livello delle fondazioni. Aveva studiato minutamente i Pandettisti, soprattutto Kormann, e ne aveva tratto il gusto della diagnosi giuridica e della costruzione giuridica ma anche, per la sua convinta adesione religiosa, la ripugnanza per l'individualismo trionfante e per quel perenne contrattualismo, talora latente talora scopertissimo. Aveva studiato a fondo l'esperimento di Weimar e si era cibato di quei pubblicisti weimariani — soprattutto Smend — cui l'ufficialità italiana riserbava, se non disprezzo, almeno una dichiarata sufficienza. Aveva guardato con attenzione alle revisioni proposte dai giuristi del regime, primo fra tutti quel Sergio Panunzio che si proponeva a Mortati in tutta la suadenza del suo volto dalle molte dimensioni. Il risultato fu un atteggiamento complesso e, se vogliamo, anche composito, ma di una straordinaria ricchezza culturale: il positivismo giuridico veniva superato senza essere rinnegato, il formalismo giuridico respinto nelle sue esasperazioni, l'impotenza teorica delle vecchie diagnosi liberali sullo Stato e sui suoi poteri spazzata via come un ingombro inutile e dannoso. Dai giuristi del regime aveva assorbito anche una notevole disinibizione verso la politica come politica, con la precisa convinzione a doverla affrontare senza mediazioni, senza devitalizzarla, senza togliergli quella greve fattualità così rischiosa agli occhi del vecchio giurista di stampo orlandiano, ma col preciso intendimento a ordinarla in schemi giuridici secondo la più autentica vocazione e missione del giurista. Sempre, però, schemi, architetture, costruzioni ben radicati nel reale politico.

È da questo complesso e ricco atteggiamento mentale e culturale che nascono i frutti più cospicui della riflessione mortatiana:

l'attenzione sulla attività di direzione politica dello Stato concepita e risolta come funzione dello Stato, lo Stato insomma come governo della società; la nozione di costituzione, sottratta ai sospettosi timori e silenzi della tradizione giuridica liberale, e posta invece a cardine dello Stato; soprattutto la nozione di costituzione materiale, una visione tutta nuova e vitale, che punta alla emancipazione dal vincolo con lo Stato-persona e ne fa qualcosa di qualitativamente diverso da una semplice manifestazione di sovranità: non una dimensione di pura effettività ma una norma fondamentale colta nelle sue radici più intime, nel suo primo 'specificarsi' (terminologia che appartiene al lessico peculiare di Mortati), cioè filtrarsi dall'indistinto sociale e dall'indistinto politico, in ordine giuridico, che valga quale collegamento stretto e autentico fra società e Stato.

Questo il grosso scavo che impegna Costantino Mortati per un decennio — da 'L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano' (1931) a 'La costituzione in senso materiale' (1940) — e che darà respiro anche a tutta la riflessione successiva fornendogli alcuni rilevanti motivi di coerenza e di continuità. La centralità dell'idea di costituzione materiale verrà infatti nuovamente a grandeggiare anche nei primordi della esperienza politica democratica, mentre l'idea di partito — riveduta e adattata al nuovo clima pluralistico — continuerà a mantenere non poco della vecchia funzione protagonista. E persisterà la antica uggia verso il grossolano e antistorico individualismo liberale, mentre il sentito solidarismo cattolico trova pienezza e respiro maggiori nello Stato sociale di diritto che i grandi partiti di massa cercano di attuare sia pure con molte mediazioni e transazioni. Quando, nel '58, Mortati è chiamato dalla Unione dei giuristi cattolici italiani a parlar dello Stato in un affollato congresso nazionale di studio, ama scrivere nelle premesse della sua significativa relazione, come dignità preliminare, « che il fine dei singoli non si realizza se non nella comunione con gli altri ». È la dignità che, in quanto giurista, gli è stata maggiormente a cuore; da sempre. E un tema lo attrae e lo incalza in modo crescente: quello delle formazioni sociali. Il vecchio allievo di Panunzio poteva, nel nuovo clima pluralistico, sviluppare con libertà totale quegli interessanti assetti embrionali che l'ordinamento corporativo conte-

neva e che giuristi, come Panunzio appunto, avevano teso a valorizzare. Il suo solidarismo, che veniva felicemente ad unirsi al suo antiformalismo, poteva disegnare senza condizionamenti una articolazione del sociale dove alle comunità intermedie spettasse un ruolo determinante. Se mi è consentito un ricordo personale, è così che mi piace ricordare Mortati, come lo ascoltai nello svolgimento di una Relazione — tormentata ma convinta — in seno al Convegno organizzato nel 1975 dalla Facoltà giuridica fiorentina su 'Libertà fondamentali e formazioni sociali'. Un messaggio conclusivo prima che il male fisico lo costringesse a lunghi anni di sofferenze e di isolamento.

Con questo volume non siamo né i soli né i primi a ricordare e onorare uno dei più grandi pubblicisti del Novecento. Siamo lieti di unirvi a questo omaggio corale, ritenendolo un elementare dovere di testimonianza scientifica, e siamo grati ai Collaboratori — fra i più prestigiosi giuristi italiani — che hanno generosamente e prontamente risposto al nostro invito. Per quell'uomo schivo ed umilissimo che fu Costantino Mortati sarebbe stato questo l'unico omaggio veramente gradito e veramente onorevole: un discorso scientifico scritto da uomini di scienza.

Il nostro Centro farà, comunque, qualcosa di più. Con Mario Galizia e Mario Nigro avevamo consolidato l'intendimento di riproporre al lettore di oggi e particolarmente al giovane giurista di oggi due classici lavori mortatiani 'L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano' e 'La costituzione in senso materiale'. Nigro ci ha lasciati — ohimé — soli nella realizzazione di quest'opera meritoria e ne rimpiangiamo schiettamente la scomparsa, ma con l'aiuto di Galizia, devoto allievo e collaboratore di Mortati, riusciremo a portarla a compimento. Si constaterà *per tabulas* che non sono parole apologetiche quelle scritte poco sopra sulla attualità della riflessione mortatiana.

MASSIMO SEVERO GIANNINI

SCIENZA GIURIDICA
E TEORIA GENERALE IN COSTANTINO MORTATI

1. Secondo quanto sovente si usa nei Corsi e nelle trattazioni istituzionali, anche Mortati enuncia nelle « Istituzioni di diritto pubblico » il proprio pensiero in ordine a tutte le nozioni e a tutti i concetti di carattere generale, e quindi anche in ordine alla « scienza del diritto », alla teoria generale, alla sociologia del diritto e alla scienza politica. È inutile precisare che nozioni e concetti interessano Mortati in quanto affluenti alla scienza del diritto « pubblico », ma in realtà sono riferibili alla scienza del diritto puramente e semplicemente.

Nelle « Istituzioni », la parte prima, i due primi capitoli della parte terza, e la sezione I del capitolo III trattano oggetti di teoria generale: gli ordinamenti giuridici, lo Stato, la costituzione formale e materiale, i soggetti giuridici, le situazioni giuridiche soggettive, i rapporti giuridici, gli organi e gli uffici, la sostituzione e la rappresentanza, i fatti giuridici, gli atti giuridici, i contratti, i procedimenti, i vizi degli atti, le funzioni, le fonti del diritto. Se si ha presente come Mortati conoscesse approfonditamente il diritto privato e il diritto internazionale, si può comprendere perché nella trattazione di questi diversi oggetti si siano raggiunte pienezze espositive di altissimo livello: con l'esclusione di Pugliatti, non si saprebbe indicare nulla di simile nelle trattazioni istituzionali di diritto privato e di diritto internazionale di quel torno di tempo.

È evidente che in queste trattazioni Mortati versa anche i propri punti di vista; così in tema di ordinamenti giuridici, di costituzione materiale, di Stato-comunità, di organi, di volontà e causa, di procedimenti e di fonti del diritto. Ma al di fuori di

tali oggetti, Mortati recepisce gli elaborati che si erano venuti formando nella scienza giuridica del nostro secolo, dandone esposizioni in genere semplici e succinte, dando notizia dei dubbi dottrinali ove esistenti, in quel suo stile che col tempo era divenuto assolutamente chiaro e aderente, senza indulgenze retoriche.

A titolo di esempio, si esaminino le 18 pagine dedicate agli organi, o le 22 dedicate agli atti giuridici. Sono pagine in cui si condensa quanto di significativo era stato prodotto dagli apporti dottrinali delle varie discipline, si ricordano i punti problematici, si esprimono consensi o dissensi nei confronti di altre opinioni (spesso in nota), per cui si giunge al risultato che il lettore può apprendere l'intero arco dibattimentale del tema trattato.

2. Mortati appartiene a quella generazione di giuspubblicisti che si affacciarono alla scena della scienza giuridica tra la fine degli anni '20 e l'inizio degli anni '30. Il lavoro che subito richiamò l'attenzione su di lui è del 1931 (L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano). Fu una generazione che riconosceva Orlando come capo scuola, e S. Romano, O. Ranelletti e F. Cammeo come suoi maggiori, e che in genere era andata a scuola dai maestri della seconda generazione. Ciò che aveva di particolare era un elemento di insofferenza: insofferenza da omissione, potrebbe dirsi. Essa infatti recepiva per intero i costrutti teorici dei maestri che la precedevano, sia pur con gli inevitabili dissensi su singole partizioni, quindi non era in atteggiamento di ripulsa, come p. es. fu quello degli orlandiani nei confronti dei giuspubblicisti dell'800 e dell'indirizzo c.d. francese. Muoveva verso tali costrutti una contestazione di astrattismo. Contestazione che si poteva presentare, a seconda delle personalità, come rilievo o come accusa, ma che era sostanzialmente esatta, non perché, si noti, negli autori della prima, ma soprattutto della seconda generazione vi fossero stati difetti di impostazione o di analisi: più semplicemente è che essi conducevano le loro teorie nell'ambito dello Stato borghese dell'800. Da Laband a G. Jellinek a K. Kormann la dottrina della pandettistica e della postpandettistica pubblicistica tedesca era stata tutta una teorizzazione, attenta e penetrante, dello Stato liberale ottocentesco, retto in modo esclusivo dalla classe borghese all'apice del suo splendido dominio. Quindi lo Stato come sovrano in senso

assoluto, come fonte esclusiva del diritto, come titolare per eccellenza delle potestà decisionali, ma anche di quelle giurisdizionali, repressive, di coazione; come distributore per propria volontà di altre potestà pubbliche ad enti « minori », pubblici e talvolta anche privati; come decisore in proprio dei modi di partecipazione all'ordinamento internazionale; purtuttavia Stato « di diritto », impotente là dove una legge — non importava poi se sua propria — non gli conferisse potestà d'intervento.

Or questa teorizzazione proseguiva ancora in questo secolo, in ogni paese che appartenesse alla koiné scientifica radicata sulla pandettistica pubblicistica di Germania. Chi tentò di discostarsene anche in parte, come fecero p. es. i c.d. giuspubblicisti weimariani, subirono una sorta di processo di sottoestimazione (si noti: nessuno dei giuristi « seri » italiani o spagnoli citava un weimariano, se non come fonte meramente informativa; i più giovani allievi di S. Romano erano da questi sconsigliati di leggerli; mentre invece Mortati li aveva studiati assai bene).

In realtà quello Stato di cui si seguiva a trattare non esisteva più. La prima guerra mondiale aveva prodotto due novità decisive: il rafforzamento delle istituzioni internazionali, l'estensione del suffragio elettorale sino al suffragio universale quantomeno maschile. Per cui non esistevano più né lo Stato sovrano assoluto né lo Stato monoclasse: subentravano Stati a potestà internazionali sempre più limitate e, all'interno, Stati pluriclasse, quindi aperti alle istanze di regolazione e agli interventi politici di ogni propria classe esistente nella comunità statale.

Va detto che invero in tutti i Paesi di cultura giuridica importante è stato necessario un lungo periodo di tempo per accorgersi dell'avvenuto cambiamento, e ancor oggi vi è chi seguita a teorizzare come se ancora esistesse il vecchio Stato liberale monoclasse. Però la generazione dei giuspubblicisti di cui si sta dicendo cominciò a sentire insofferenza, come si diceva. Cominciò ossia a percepire che i costrutti teorici che si dicevano tradizionali non bastavano più a dare spiegazione piena delle istituzioni esistenti.

Questo avvenne anche per la giuspubblicistica di quei Paesi che fra gli anni '20 e '30 erano precipitati nelle dittature fra i quali appunto l'Italia. Ma è anche noto che la storia giuridica delle dittature europee di questo secolo attende ancora chi la scriva,

perché se è vero che le dittature costituirono un arresto sia degli sviluppi politici in senso democratico sia di quelli in senso internazionalistico, non è invece vero che non recepirono le nuove istanze dello Stato pluriclasse. Si moltiplicarono gli enti di tutela di classi ex subalterne (come gli enti assistenziali e previdenziali), si diffusero gli enti di manovra di settori economici particolari retti da complessi non più classisti, entrarono in circolo nuove nozioni attinenti ad istituzioni pubbliche non sempre classificabili negli schemi nozionali costruiti sull'esperienza dello Stato borghese, e così via. L'insofferenza verso tali schemi era così più che spiegabile, là dove essi non riuscivano a dar conto del diverso tipo di Stato, presente sia pur in travestimenti anche nelle dittature che assumevano essere restauratrici di valori più antichi.

Fu così che la generazione dei giuspubblicisti a cui è appartenuto Mortati si trovò a dover integrare l'ambito dei costrutti giuridici provenienti dal passato. E ciò essa fece in due modi: o con la rilettura critica dei precedenti costrutti, o con l'aggregazione di nuove nozioni o acquisizioni. È inutile dire che chi tentò di seguire il secondo modo, seguì sempre anche il primo.

Del primo i rappresentanti più significativi sono stati certamente C. Esposito, E. Tosato ed E. Guicciardi: si ricorda che da parte di Esposito si ritenne perfino che si potesse accreditare un « realismo » giuridico, come una diversa metodologia. Ma Mortati appartiene più che altro al secondo, in quanto introduttore, nella giuspubblicistica italiana, della nozione di costituzione materiale (1940), ed integrale rielaboratore di quella di potere costituente (1945). Anzi allo stesso gruppo culturale appartengono V. Crisafulli, come introduttore della nozione di indirizzo politico; G. Gueli, che tentò di dar corpo giuridico a quella di regime politico; i vari (tra cui lo stesso Mortati) che operarono sulla nozione giuridica di « nazione ». Può essere importante mettere in rilievo che i diversi ampliamenti nozionali avvengono nel periodo breve degli anni '40, e che tutti hanno la medesima scaturigine, ossia l'influenza della politologia sulla scienza giuridica, col conseguente sforzo di questa di portare nei propri quadri istituzionali nozioni provenienti da altre discipline; è una vicenda che, specie sul piano normativo, ancor oggi è in corso.

Sul valore delle riletture di Mortati è da dire solo che nessuno degli argomenti che ebbe a trattare rimase com'era prima che egli lo avesse affrontato. Ve ne sono alcuni che prima non erano che espressioni d'uso: si possono ricordare, per tutti, i temi dei regolamenti ministeriali, dei regolamenti parlamentari, delle leggi future, delle norme non giuridiche nel merito amministrativo; e da ultimo, come si è accennato, la rilettura totale di assetto fatta nei due volumi delle Istituzioni di diritto pubblico.

3. Benché abbia dedicato alla questione della scienza del diritto solo le poche pagine delle quali si è detto, la questione stessa fu molto sofferta da Mortati (come forse, si può dire, da tutti i giuristi della sua generazione). L'intensa produzione che sulla questione si ebbe, nella nostra letteratura, dagli anni '40 in poi (Leoni, Capograssi, Calasso, Jemolo, Pugliatti, Gorla, Paresce, Caristia, Scarpelli, e poi soprattutto Bobbio, Orestano e Tarello) gli offriva occasioni di discussione con i colleghi a lui più vicini, almeno fino a quando non fu quasi interamente preso dalle incombenze di giudice costituzionale.

La tesi che espone sinteticamente Mortati è questa (l'ordine concettuale è in parte nostro): vi è un referente esterno, costituito dagli ordinamenti giuridici. Quanto più un ordinamento giuridico è complesso, tanto più necessita che le sue diverse parti vengano tra loro armonizzate, sì da poter giungere ad un sistema, ad una concezione coerente di un insieme composto di più elementi. Solo se si costruisce un sistema diviene possibile comprendere l'« intimo significato » degli istituti giuridici e delle manifestazioni dell'ordine giuridico positivo, e poi ricavare dalle « norme », tanto espresse che implicitamente sottintese (è chiaro l'ulteriore riferimento alla costituzione materiale) la « legge di vita del sistema ».

Compito della scienza del diritto è quindi l'enucleazione dei sistemi dalle norme — intese in senso lato — degli ordinamenti giuridici. In tale sua attività essa si avvale di « categorie logiche », aventi validità generale, le quali costituiscono la « teoria generale del diritto ». Secondo Mortati si tratterebbe di pochissimi « concetti », ed egli stesso ne dà un elenco: ordinamento giuridico, soggetto di diritto, fatto giuridico, atto giuridico, rapporto giuridico, norma. Questi concetti avrebbero carattere di componente

« necessario » di ogni sistema; sarebbero cioè condizioni sempre eguali e costanti per la « pensabilità » di qualunque sistema giuridico.

In ogni sistema giuridico vi sono contenuti specifici dei concetti della teoria generale, aventi validità non più generale, ma storica. Anch'essi si desumono dai procedimenti astrattivi sui dati positivi di ciascun ordinamento, i quali hanno la funzione di far uscire dalla conoscenza meramente empirica e di permettere la composizione del « sistema » di ciascun ordinamento, ossia di individuarne i « domini » sui quali si fonda e per i quali funziona. Ogni ordinamento viene ad avere così una propria dommatica (e Mortati precisa che il nome designa tanto il « metodo di studio », quanto i risultati che si raggiungono). I dommi, nella scienza del diritto, non sono articoli di verità o di fede, ma elementi di conoscenza, aventi natura di pseudoconcetti, riferibili ad un dato sistema, che sia proprio di un ordinamento giuridico quale storicamente esistente, e sono in funzione interpretativa e applicativa delle norme secondo i criteri della comune logica.

Si osservi che questo modo d'intendere la dogmatica giuridica lo si ritrova in altri giuspubblicisti del periodo, come Esposito e Crisafulli, e in molti altri venuti poi dalla loro scuola. È solo che la maggior coscienza di critica di Mortati porta a presentare la tesi con l'avvertenza che non vi è accordo. Sicché può dirsi che se Mortati è certamente rappresentativo di un indirizzo parecchio diffuso nella giuspubblicistica italiana contemporanea, è parimenti vero che sulla tesi non v'è accordo nel pensiero giuridico italiano contemporaneo, a cominciare dal punto di partenza del referente.

4. Che Mortati assuma come referenti gli ordinamenti giuridici potrebbe far ritenere che egli voglia prestare adesione all'indirizzo istituzionalista della scienza giuridica, e voglia respingere l'altro indirizzo, il normativista. Senonché se da un lato dirà che quello di norma è solo uno dei concetti propri della teoria generale, assieme, del resto, a quello di ordinamento giuridico, dirà pure che la norma — con la precisazione che può essere espressa o implicita — costituisce l'elemento formale degli ordinamenti giuridici, quello cioè che conferisce le qualificazioni giuridiche agli

eventi della vita reale. Per cui può osservarsi che questo modo di sciogliere la supposta antitesi lascia il problema com'è: è esatto infatti che nella teoria generale si reperiscono sia il concetto di ordinamento giuridico che quello di norma, solo che il nodo da sciogliere viene logicamente prima, ed è quello del « diritto ». In altre parole se si vuole impostare l'interrogativo del di che si debba occupare la scienza del diritto in termini di referente esterno, questo non può essere un concetto che fa parte della stessa scienza del diritto, sia pur teoria generale della medesima, altrimenti dandosi vita ad un circolo vizioso.

Il che del resto può trovare conferma in alcune semplici considerazioni che possano farsi sulle concezioni istituzionalista e normativista.

Ambedue, ad una analisi non di tendenza, risultano fondate su posizioni di principio. Da che risulta infatti che il « diritto » si fonda sulla struttura ordinamentale ovvero sulla norma? Si risponde, da parte dei pochi consapevoli: sono intese come basi ricostruttive dei sistemi giuridici, quasi ipotesi di lavoro, per cui l'esattezza dell'assunzione come « basi » si può verificare solo dai risultati ai quali si giunge, cioè dal grado di attitudine di questi a spiegare gli eventi e le vicende del reale. Già, ma chi così risponde non si rende conto di operare uno spostamento di metodologie di scienze diverse dalla scienza giuridica alla scienza giuridica. La sociologia può procedere per ipotesi di lavoro, perché li va poi a verificare sugli eventi storici, generali o particolari (un esempio celebre: l'ipotesi della lotta delle classi di Marx, che ha effettivamente dato spiegazione soddisfacente di parecchi eventi sociali del passato, ma non di tutti, e che oggi non spiega più nulla in ordine ad eventi che si svolgono in talune delle società civili esistenti); la scienza del diritto deve invece costruire concetti (o nozioni: ai fini che qui interessano le due concezioni sono equivalenti) e nessi sistematici tra concetti (per spiegare, ad es., com'è che le associazioni di categoria non sindacali hanno tanto peso nelle decisioni di vertice, quasi in tutti gli Stati oggi esistenti). Per cui la metodologia delle ipotesi di lavoro non è propria della scienza del diritto: chi ha ritenuto o detto di volerla applicare, se si va a considerare bene, la ha applicata in modi marginali e sovente spuri, quasi sempre procedendo per artifici retorici.

Altra volta ebbi occasione di avvertire che la nozione di ordinamento giuridico è nozione liminale; mi si oppose essere nozione strettamente giuridica. Ma nozione liminale significa che è comune anche ad altra scienza umana, come p. es. le nozioni di reddito d'impresa, di indicatore di produttività, ecc. Qui è comune alla sociologia. Quando invasori o esploratori europei raggiunsero popoli come i Nubiani o i Kikuju, gli Arunta o i Toltechi, si posero l'interrogativo se fossero in presenza di semplici aggregati tribali ovvero di aggregati stabilizzati ed organizzati. Secondo l'ordine concettuale giuridico moderno solo i secondi avrebbero costituito ordinamenti giuridici, più o meno elementari poco interessa, poiché costituiscono ordinamenti giuridici i gruppi che abbiano organizzazione e normazione stabile e regole sui componenti primari del gruppo. Nessuno può negare che la religione buddista sia una delle più importanti del mondo; eppure non si esprime in un proprio ordinamento giuridico, mentre ciò accade per la minuscola Chiesa valdese.

È perciò da dire che la nozione di ordinamento giuridico non serve a spiegare il « diritto », né è la chiave che apra le porte dei sistemi giuridici positivi. Serve a spiegare perché certi gruppi organizzati — quelli ordinamentali — possiedono organizzazioni munite di taluni poteri imperativi, altri restano invece delle associazioni, altri ancora dei meri aggregati (con organizzazioni rudimentali), altri ancora delle collettività d'interessi (ossia non hanno organizzazione), e così via, secondo le varie interpretazioni sociologiche che sono state presentate. La concezione istituzionale del diritto serve poi a spiegare perché in una società civile, in più società civili collegate in unità, in una società ultrastatale, e così via, possono convivere parecchi ordinamenti giuridici, in pace e senza disturbarsi (o almeno senza disturbarsi troppo). Per cui, in conclusione, la « concezione istituzionale non è una concezione e la nozione di ordinamento non spiega che un limitato numero di eventi.

5. Il significato polemico nei confronti della concezione normativista, che si è voluto assegnare alla concezione istituzionale, più che per affermare una contrapposizione ideologica, non ha alcuna ragion d'essere, perché da un lato nella teoria ordinamentale

si riconosce la normazione come una delle componenti necessarie degli ordinamenti giuridici, senza la quale cioè un ordinamento non è neppur ipotizzabile; ma soprattutto perché, per altro lato, la concezione normativista è storicamente superata.

Essa nacque, si noti bene, non quando la *jurisprudentia* si modificò da *scientia legum* in *scientia juris* (vicenda chiaramente illustrata da Orestano), e ci si pose così il problema del che cosa fosse il diritto. Nacque molto più tardi, con l'ipotesi dell'ente Stato, a cui si addivenne nella dottrina tedesca, e poi francese e poi italiana, verso il quarto quinto dello scorso secolo, per le ragioni politologiche di cui si è detto già in precedenza: lo Stato fonte univoca del diritto, quindi la norma fonte di ogni qualificazione giuridica. Il « diritto » non riconosciuto dallo Stato è diritto « antistatale » diceva ancora nel 1932 C. Esposito (Teoria generale del diritto, 187). H. Kelsen, che fu in questo secolo il massimo esponente della dottrina del normativismo, le diede fondamento in un bisogno di « purismo » giuridico, cioè in un'altra petizione di principio, ma come dire un principio di mutuo rispetto in una compagnia di cani randagi: com'è possibile porre un problema di « purismo » per una scienza, quale che essa sia, negli anni '20, quando già perfino nelle scienze della natura si erano avute correnti critiche radicali sugli allora immaginati « fondamenti » delle singole scienze? E qual'è, oltretutto, la base metodologica di questa idea? Forse che una scienza « commista » cesserebbe di essere scienza? Comunque nel normativismo il « diritto » è la norma edita dallo Stato. Fu gioco relativamente facile, anche per Kelsen, dire che le norme degli enti minori dello Stato erano « norme » per attribuzione espressa di potestà normativa a detti enti da parte dello Stato, così come fu facile dire poi che certi accordi collettivi tra sindacati erano normativi perché come tali qualificati sempre dallo Stato. Il discorso divenne difficile però quando si passò agli ordinamenti ultrastatali, e Kelsen lo risolse inventando la *Stufenbautheorie*, la teoria della struttura volgarmente detta « a gradini » (ma meglio forse a ripiani) degli ordinamenti giuridici; solo che essa è ancor oggi, ad oltre mezzo secolo di tempo, una creatura immaginaria, su cui non è questa sede idonea per intrattenersi.

Ma ciò che soprattutto colpisce nella concezione del normativismo è l'incompletezza dell'analisi. Se è vero infatti che ogni

istituto giuridico postula un proprio « momento normativo » (Orestano), non è affatto vero che il momento normativo sia sempre costituito da norme edite dallo Stato. La società in nome collettivo, la società di capitali, la cambiale, e tanti altri istituti importanti del commercio sono vissuti per secoli senza trovare alcuna norma di ordinamenti statali che se ne occupasse; il secolo scorso ha prodotto di continuo nuovi tipi contrattuali che solo poi furono — e non sempre — regolati con leggi o da altri normativi; ancor oggi non abbiamo alcuna norma di Stati sui contratti di leasing, di factoring, di engineering, e simili. Ciò per dire che l'autonomia privata è sempre stata fonte di precettistica giuridica costitutiva di nuovi istituti, che il tempo ha poi consolidato in modelli precisi, e seguita ad esserlo e non si vede perché dovrebbe cessare di esserlo. La constatazione vale anche per la precettistica giuridica pubblica degli enti minori: si sa molto bene che si deve all'autonomia comunale, già nello scorso secolo, la nascita di tutti gli istituti giuridici dello « Stato sociale », nessuno escluso. Le leggi degli Stati, in questo secolo, non hanno fatto che appropriarsi dei modelli inventati dai comuni, generalizzandoli e perfezionandoli. Né varrebbe obiettare che i comuni, per fare quel che fecero, dovettero adottare dei « regolamenti »: gli atti normativi dei comuni sono regolamenti, in quasi tutti gli ordinamenti statali oggi esistenti; ciò che non è vero è che questi regolamenti siano, di regola, atti normativi « secondari », di sviluppo cioè di normative statali (anche se la tesi è alquanto diffusa). L'autonomia comunale anche oggi consente regolamenti contenenti norme sostanzialmente primarie (le c.d. norme subprimarie).

Comunque è da dire che non ha mai corrisposto a verità la proposizione che gli istituti giuridici esistenti nascano sempre da norme dello Stato; nascono anche da norme subprimarie di enti minori (quindi da norme non in subordinazione rispetto a quelle statali) e da precetti dell'autonomia privata. Il momento normativo degli istituti giuridici è quindi enormemente più ampio di quanto reputi la teoria normativista. Per unificare le diverse specie di momenti normativi vi è chi ha introdotto il termine di « precetti giuridici »; peraltro taluni filosofi del diritto reputano che norma giuridica e precetto giuridico siano la stessa cosa. Solo che così dicendosi si riduce a questione di terminologia una assai più complessa

questione che è quella relativa alle norme giuridiche, intese, dalla dottrina di fine-inizio secolo (e ancora da una parte di quella di oggi), costantemente, come « norme » edite dallo Stato e dagli enti da questo determinati come attributari di un « potere normativo ». Se si conserva alla nozione di norma giuridica il significato tradizionale di precetto giuridico edito da un'autorità, e si accetta la nozione più ampia di precetto giuridico (o proposizione precettiva, o proposizione normativa: le locuzioni più o meno sono equivalenti), la conseguenza è che sono i precetti giuridici, di cui le norme sono un genere di particolare dignità per autorità e per efficacia, a conformare gli istituti giuridici.

È peraltro da considerare che se così si dà assetto all'elemento « normazione » di un ordinamento, la concezione normativista perde la sua stessa base. Non è infatti sostenibile per nessun verso che la regola subprimaria dell'ente minore o il precetto espressione dell'autonomia privata siano precetti subordinati alla norma dello Stato: Kelsen presentò, ma senza approfondire, tale prospettiva, ma essa non risponde alla realtà né storica né attuale: basti pensare, p. es. a quali forme sta assumendo l'intermediazione finanziaria oggi, alcune delle quali sono perfino in ribellione aperta verso norme degli Stati o di enti istituzionalmente attributari della disciplina del credito.

La realtà è che norme di pubblici poteri e precetti giuridici di altro genere sono equivalenti ai fini della produzione delle qualificazioni giuridiche; vi potranno semmai essere, nelle norme sulle normazioni ordinamentali, delle norme che assegnano ai soggetti, pubblici e privati, i poteri o le facoltà di produrre precetti giuridici, o li distribuiscono delimitandoli, come p. es. limiti di contenuto ai precetti subprimari, o di autonomia privata (tali le norme interprivate cogenti), ma i precetti che regolano il contratto di leasing o la multiproprietà, inventati da imprese private, non hanno efficacia qualificatoria di fatti minore di quelle che abbiano una norma di « regolamento » di banca centrale di controllo del credito, o un'eguale norma di un ente pubblico edilizio, o una legge del Parlamento. Ciò senza tener conto che gli ordinamenti giuridici statali sono solo una specie di ordinamenti giuridici, e che vi sono ordinamenti per i quali questi stessi ragionamenti e concetti non avrebbero senso alcuno.

La conclusione a cui si potrebbe giungere è che la scienza giuridica non ha referenti esterni: non lo sono né gli ordinamenti giuridici né le norme. Più semplicemente questa scienza si occupa degli istituti giuridici, da chiunque creati: da Dio (secondo quanto si reputa negli ordinamenti confessionali) al più modesto dei soggetti di autonomia privata.

Quanto dunque dice Mortati non si può intendere nel senso che egli voglia assumere un referente esterno. È da intendere invece nel senso usato da tanti giuristi positivi, cioè che esistono ordinamenti giuridici, che esistono norme, come istituti giuridici da studiarsi da parte della scienza giuridica insieme ad ogni altro.

6. Forse è di maggior interesse quanto presenta Mortati in ordine alla scienza del diritto e alla teoria generale del diritto. Si è però già detto che, in questo campo, il pensiero di Mortati è comune ad altri giuspubblicisti, e, possiamo aggiungere, anche a molti privatisti.

Come si è già riferito dice Mortati che la scienza del diritto elabora concetti giuridici e li compone in sistema. Concetti e sistemi non hanno valore assoluto, ma puramente storico, e costituiscono la dogmatica; vi sono però alcune « categorie » dotate di validità generale, perché — come ancora già si è detto — « condizioni sempre eguali e costanti » per la pensabilità del giuridico, le quali costituiscono la teoria generale del diritto. Vi è quindi una separazione tra concetti (categorie) aventi valore assoluto e concetti aventi valore relativo, perché variabili nel tempo e nello spazio, i quali anche se sono da comporre in sistemi, ad opera della scienza, non giungono mai a possedere quel grado di « necessarietà » che hanno i primi.

In tal modo si va ad assegnare alla teoria generale del diritto il ruolo di scienza dei concetti (o delle categorie) giuridici assoluti (o necessari), validi cioè e vigenti per qualsiasi aggregato giuridico esistito ed esistente.

È noto — ma giova ricordarlo — che sulla tesi della storicità dei concetti giuridici (prescindiamo per ora dal problema della teoria generale) è attestata, si può dire, la quasi totalità del pensiero giuridico contemporaneo, dopo quella che può dirsi parentesi, ossia la postpandettistica tedesca della seconda metà dello scorso

secolo, con i suoi epigoni, tedeschi e italiani, della prima metà di questo, secondo la quale invece tutte le nozioni giuridiche costituirebbero concetti universali, assoluti, generali: si trattò di una parentesi, perché la Scuola storica del diritto e subito dopo la pandettistica della grande epoca di fondazione della scienza giuridica moderna erano per la « compenetrazione tra storia e sistematica giuridica » (Orestano), ossia erano dell'idea che i concetti giuridici non avessero valori assoluti.

Va avvertito subito che questa che si è detta parentesi, apertasi con la postpandettistica, non fu senza basi; aveva profonde radici nella produzione di talune correnti significative dei periodi precedenti, a principiarsi dal sec. XVIII. Orestano ha assai bene delineato la parabola della scienza del diritto in questo secolo: dal razionalismo dei filosofi sgorga il razionalismo dei giuristi, che trova la propria identificazione nel diritto naturale; sì che questo, che nella precedente scuola culta costituiva un *quid* esterno al *jus civile*, diviene la « sistematica » del *jus civile*, e va a contenere le tavole di razionalità di questo; poi verrà Wolff (lo *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*), con la sua perspicua scuola, fino a Pütter, la quale trascriverà in concetti trattati secondo un affermato metodo « logico matematico » le nozioni che traeva dalla normazione positiva: sono di questo periodo l'invenzione di nozioni come quella di soggetto giuridico, di atto giuridico, di diritto soggettivo; l'*usus modernus pandectarum* costruisce così una cappa di concetti astratti che si sovrappone al diritto positivo, distorcendolo e aprendo un solco tra scienza e pratica. A questo vuol reagire la Scuola storica, che attraverso una consapevole affermazione della storicità del diritto, va a mostrare come quanto propugnato non meritasse il nome di « sistemi » e come i dati positivi fossero diversi.

Il nuovo secolo nasce quindi con una coscienza fortemente critica della sistematica e dell'interpretazione, che avevano costituito i due assi di rotazione del pensiero settecentesco, riducendo la prima ad una conseguenza della riflessione giuridica sull'esistente, epperò in fatto non sempre raggiungibile, la seconda ad un'attività strumentale. Ciò che mancava alla Scuola storica era una consapevolezza di quel che poi si dirà l'ideologia: sta bene distruggere, ma con che sostituire?

Alla nuova sistematica provvederà la pandettistica, con un'opera molto lenta. Solo con Windscheid essa acquisterà consapevolezza, e occorrerà mezzo secolo affinché si appropri delle diverse scienze giuridiche, sempre esistenti come scienze empiriche: Laband e Wach arrivano nella seconda metà del secolo (v. E. ALLORIO, in *Jus*, 1982). Anche se non sempre gli autori della Pandettistica hanno coscienza della storicità di ciò che trattano, quanto meno non ne affermano l'universalità e l'assolutezza.

Questa affermazione invece apparirà più tardi, dapprima specie in autori minori. Anche se i concetti giuridici non saranno degli a priori, come talora apparivano nella scienza settecentesca, almeno germanica, vi era però una diffusa coscienza che solo con la Pandettistica la scienza del diritto fosse arrivata a quel rinnovamento di assetti e di ordini concettuali, a cui tutte le scienze erano pervenute durante il secolo. Si dirà poi che solo con il rinnovamento pandettistico la scienza del diritto acquista coscienza della propria scientificità (Leoni, Piovani). Il che era esatto, ma la Pandettistica conserva il senso della storicità. Nella Postpandettistica riappare l'idea dell'universalità e dell'assolutezza dei concetti giuridici, e si giunge talora, nei lavori degli storici del diritto, a delle applicazioni dell'idea che rasentano l'umorismo.

È noto che non v'è una cesura temporale tra Pandettistica e Postpandettistica; anche se quest'ultima appare dopo, e arriva in pieno secolo XX, tuttavia vi sono autori che anche in impero della Postpandettistica conservano il senso della storicità del diritto, specie dopo l'intervento di pensatori come Jhering, che presero aperto atteggiamento critico contro il concettualismo ridivenuto astrattizzante della Postpandettistica (la *Begriffsjurisprudenz*, secondo la denominazione che introdusse Jhering: v. PASINI, *Saggio su Jhering*, Milano, 1959; si avverta che qui non si intende affatto aderire alla concezione di Jhering, sulla « costruzione » giuridica come sintesi di logica formale, senso estetico, logica applicata e arte: occorrerebbe un lungo separato discorso). Questo fu anche l'atteggiamento dei maestri della generazione iniziale della scienza italiana del diritto pubblico.

Quindi la Postpandettistica è, in sostanza, una ripresa della concezione giuridica del settecento, probabilmente anche non conscia di essere tale, che trova negli eccessi della *Begriffsjurisprudenz*

della Pandettistica il proprio fondamento storico. Da notare che, malgrado Jhering, Zitelmann e Kormann, Carnelutti e Gasparri scrivono in questo secolo. I plotoni di nozioni puramente logiche o naturalistiche presentate come giuridiche che allineano specie i primi dei due gruppi sono quasi impressionanti.

È da dire, da ultimo, che la vicenda Pandettistica-Postpandettistica — ritorno al senso della storicità del diritto non è una manifestazione di un fatto ciclico, di corsi e ricorsi. Lo storicismo giuridico appare, come fatto consapevole, con la Scuola storica. Anche se è stato segnalato come alcuni giuristi romani, alcuni glossatori e commentatori, alcuni giuristi del Rinascimento — p. es. Bodin — ebbero vivo senso storico, tuttavia le concezioni e gli indirizzi culturali, nel seno della storia della scienza giuridica, propri di questi antichi illustri giuristi, li assegnano ad altre vicende di storia della scienza medesima contrassegnate da forti presenze della filosofia, della filologia e della politica.

7. Occorre ora vedere la « deroga » che alla concezione storicistica della « dogmatica » assegna Mortati — o meglio assegnano i giuspubblicisti della corrente — in ordine alla teoria generale del diritto, che tratterebbe invece di concetti universali.

A nessuno sfugge come questa tesi costituisca una mediazione, più asserita invero che dimostrata, tra la tesi del valore universale dei « concetti » giuridici e la tesi della storicità, del valore relativo dei medesimi. Si vorrebbe infatti che almeno alcuni di essi abbiano validità universale, nel senso che siano praticamente reperibili in qualsivoglia ordinamento giuridico del passato e del presente, mentre i rimanenti conserverebbero la loro storicità.

La genesi della tesi va forse ravvisata nella stimolante discussione che si ebbe in Italia, negli anni '30 sul significato dei concetti giuridici. In un memorabile scritto Jemolo ebbe a dire che l'*iter* di formazione di un concetto giuridico consta di un procedimento deduttivo dalla normazione positiva di nuclei omogenei di statuizioni, attinenti a realtà anch'esse omogenee; segue una definizione, volta a fissare il contenuto del dedotto. Quindi sin qui, diceva Jemolo, si ha la formazione di ciò che, filosoficamente, dovrebbe dirsi un pseudoconcetto. Però a questo punto del procedimento il giurista introduce un elemento astratto, di pura logica,

che è finalizzato a ridurre sotto l'ambito del definito ogni fattispecie, formalmente anche difforme in alcuni suoi tratti dal definito, sicché in questo momento diviene lecito parlare di un « concetto giuridico ». Ma occorre aver consapevolezza che è sempre il legislatore a fissare il dato, ossia la statuizione positiva; per cui il giurista non deve ritenere che il mondo dei concetti da lui elaborato si imponga al legislatore come necessario: il *dominus* è il legislatore, non il giurista (e la vicenda era da Jemolo documentata con richiami ad accadimenti della normazione positiva statale avvertatisi in tempo moderno).

Or la tesi espressa da Jemolo non fu affatto un episodio solitario; ebbe un suo gruppo di adepti, specie tra i giuristi che si dedicavano a nuove discipline, come il diritto corporativo, di autore, aeronautico, e simili. In sostanza essa svalutava la nozione di concetto giuridico ed esaltava quella di comando normativo, legislativo in particolare, pur non disconoscendo affatto — come invece taluni ritennero — il carattere scientifico del concetto giuridico ed il valore della costruzione giuridica, anche al di là di una semplice formazione di un « sistema ».

Su posizioni abbastanza vicine si poneva Carnelutti, nel dire come il « dato » normativo si convertisse in « costruito », ed a questo si sostituisse il « concetto », mediante un'applicazione della logica, per cui il concetto diveniva la « cellula della scienza » entrando a costituire complessi ordinati di concetti. Mentre Pugliatti riteneva di poter interpretare Jemolo nel senso che comunque e in ogni caso i concetti giuridici fossero pseudoconcetti, quali schemi astratti costruiti mediante processi di generalizzazione, e quindi non potessero avere il carattere dell'universalità, che è proprio per definizione del concetto; anche perché, egli aggiungeva, l'elaborazione delle teorie giuridiche è ordinata ad esigenze particolari, e il dato positivo — la norma — appartiene ad un dominio di una volontà che può determinarsi con libertà quasi assoluta. Solo che lo stesso ordinamento giuridico, in quanto ordinato in sistema, si richiama ad una sua logica, per cui il ruolo del giurista sarebbe molto più ampio di quel che ipotizzasse Jemolo.

Anche questi altri autori si possono dire esponenti di consistenti opinioni diffuse; comunque erano molto vicini tra loro, le differenze consistendo nel se i concetti giuridici siano sempre pseu-

doconcetti o meno (problema che lasciava abbastanza disimpegnati i giuristi), nel ruolo di apporto creativo del giurista in quanto elaboratore del sistema, e nell'influsso, maggiore o minore, del sistema rispetto al legislatore. Con la sola eccezione di Carnelutti, che scrisse un volume di « Teoria generale del diritto », gli altri autori non si interessarono della teoria generale, ma ciò perché era opinione diffusa, anzi accettata pressoché universalmente da tutti i giuristi che non si fossero occupati specificamente di questi argomenti, che la teoria generale altro non fosse se non l'insieme dei concetti comuni a tutti i rami del sapere giuridico.

E difatti la trattatistica e la manualistica di diritto civile, processuale, penale, ecc., di regola iniziava con capitoli dedicati alla norma giuridica, al rapporto, alle situazioni soggettive, alle sanzioni, e così via. Non è inutile ricordare che talune di queste trattazioni si riteneva costituissero esse stesse apporti di rilievo alla teoria generale (de Ruggiero, Romano, A. Rocco, Chiovenda, Perassi, ecc. ecc.). Inoltre nessuno si occupò mai di delimitare gli ambiti della teoria generale, per cui essa si mostrava come un corpo quasi impreciso e sfrangiato: negli autori più antichi essa era, in fondo, la teoria generale come traibile dal diritto privato, tanto che la giuspubblicistica, mentre riteneva appartenesse alla teoria generale il concetto di negozio giuridico, aveva dei dubbi, almeno fino a che non apparvero trattazioni più metodologicamente calibrate di diritto tributario (p. es. A.D. Giannini), che vi appartenesse quello di obbligazione.

Peraltro questo stato di cose, in ordine alla teoria generale del diritto, cioè questo stato di scarsa determinatezza e precisione degli ambiti, non aveva grande rilevanza effettiva. Appariva quasi oziosa l'idea di rendere più determinato e preciso quanto ciò non fosse; e ciò in fondo si spiega, in una struttura di cultura giuridica quale quella italiana, in cui dominava — e tuttora domina — la concezione che va sotto la denominazione convenzionale di unità del diritto, comunque con un intercambio permanente e anzi assiduo tra le diverse discipline giuridiche.

Si può comunque dire che dal dibattito sui concetti giuridici non emerge alcuna distinzione tra concetti di teoria generale del diritto e concetti di dogmatica giuridica.

8. La distinzione non emerge neppure presso coloro che si occuparono in modo particolare della teoria generale del diritto.

Si è già detto di Carnelutti, che addirittura ignora la distinzione. È superfluo dire di Al. Levi, stante che ciò che questo interessante filosofo chiama teoria generale del diritto non è affatto la teoria generale nel senso in cui ne parlano i giuristi positivi e gli storici, ma semplicemente la teoria del diritto, nel significato di modo di concepire il diritto. Levi, com'è noto, fonda il diritto sul rapporto giuridico, cioè sul vario combinarsi delle situazioni giuridiche soggettive in quanto ordinate a disciplinare l'intersoggettività, per cui il « diritto » è prospettato come un sistema di rapporti giuridici. Similmente è superfluo dire di altri filosofi del diritto, per i quali la teoria generale è la teorizzazione delle leggi universali della realtà giuridica, o un capitolo della filosofia del diritto attinente, di solito, al « formalismo giuridico » (W. Cesarini Sforza, A. Ravà, G.B. Cicala, ecc.).

L'autore che da ultimo più si è dedicato alla tematica della teoria generale del diritto, ossia Bobbio, diverge da questa linea, e si occupa principalmente dei concetti giuridici. Per Bobbio il problema della teoria generale sta nell'individuare la natura della relativa ricerca, che egli ritiene non sia filosofica, volta cioè a costituire concetti *a priori* indipendenti dall'esperienza. Vi è una presa di posizione molto netta, per cui i concetti giuridici sono da intendere come concetti empirici generalizzabili, non aventi carattere di universalità, e la ricerca giuridica è una ricerca « formale », in quanto la regola giuridica — o forse meglio quel che poco fa si individuava come precetto giuridico — è una forma rispetto a dei contenuti: è regola di comportamenti, per cui un comportamento descritto da una regola giuridica riceve una qualificazione giuridica, e se cambiano i comportamenti contenuti nella regola, questa non muta.

Vi è quindi in Bobbio un'inversione di prospettiva rispetto ai filosofi del diritto di cui si diceva: in questi la locuzione « teoria generale del diritto » è assunta nel senso di ricerca filosofica su cosa è da intendere per diritto; in Bobbio è assunta nel senso di ricerca su che cosa è la scienza del diritto, ed il punto d'approdo è che la teoria generale è una scienza, la scienza generale del diritto, come ricerca formale del diritto, a cui affluiscono le scienze

particolari, le quali peraltro non usano se non concetti della teoria generale.

Il che costituisce altresì un'inversione di prospettiva rispetto al comune sentire dei giuristi c.d. del diritto positivo, per i quali la teoria generale è il corpo nozionale costituito da quei concetti giuridici che si applicano in tutte le scienze giuridiche, non in quanto concetti generali propri di un certo diritto positivo storicamente identificabile ma in quanto concetti e nozioni base; concetti e nozioni base in rapporto però proprio all'ordine concettuale, non all'ordine positivo: i concetti della teoria generale non attengono cioè ai « principi generali » dell'ordinamento costituito — anche se possono esservi occasionalmente delle coincidenze —, ma sono i concetti giuridici generali rispetto ad altri concetti giuridici. Quindi, p. es., appartiene alla teoria generale il concetto di atto di alienazione di beni, quello di compravendita, quello di atto di liberalità; la teoria della compravendita spetta alla scienza del diritto privato, e le altre discipline utilizzano i risultati; ma delle vendite cif e fob si occupa il diritto della navigazione.

Questo, descritto in modo rudimentale e senza pretese di assolutezza, il comune modo di sentire dei giuristi positivi. Che Bobbio invero conosce e deliba, là dove avverte come il termine « generale » può essere inteso, oltre che nel senso che gli prospetta, come contrapposto a « speciale » o a « particolare ». Nel primo caso, riferibile p. es. alla teoria generale del contratto rispetto alle singole specie di contratto, si è di fronte ad un genere rispetto ad una specie, e osserva Bobbio che non si vede come la ricerca attinente alla teoria del *genus* possa essere diversa da quella attinente alla *species*. Il che è esatto, solo che il problema non è di natura della ricerca, ma di ambito della ricerca: se si vuol compiere una ricerca sulla potestà o sull'interesse legittimo, secondo il modo di sentire dei giuristi positivi, la ricerca è di teoria generale, mentre appartiene al diritto amministrativo lo studio della potestà tariffaria.

Nel secondo caso, riferibile p. es. alla teoria generale della proprietà in quanto istituto giuridico comune ai sistemi giuridici di un dato periodo storico, si è di fronte ad una comparazione fra sistemi ordinamentali di uno stesso tipo, quindi alla scienza comparativa del diritto, che non si vede perché, dice Bobbio, do-

vrebbe esser chiamata teoria generale del diritto. Il che è anche esatto, almeno in linea generale, pur se vi è una certa differenza tra una ricerca comparata sulle « funzioni pubbliche » ed una sullo smaltimento dei rifiuti solidi.

In sostanza la tesi di Bobbio elimina dalla scena la teoria generale del diritto intesa come ricerca sui concetti giuridici di base, o generali o universali — secondo le diverse concezioni —; quelli enumerati da Mortati (ordinamento giuridico, soggetto giuridico, atto e fatto giuridico, ecc.), e forse anche altri, almeno secondo punti di vista abbastanza diffusi. Quindi, pur essendo indubbiamente la più interessante e articolata fra quelle proposte in tempi recenti, lascia senza risposta l'istanza proveniente dai giuristi positivi.

9. Istanza che invero è motivata da due problematiche: quella dell'uso di concetti giuridici del presente per intendere istituti di ordinamenti giuridici del passato, e quella della ricorrenza di nozioni giuridiche di ordinamenti giuridici del presente anche in ordinamenti giuridici del passato, anzi di lontano passato.

Nella prima problematica si pose l'argomento di coloro che sostenevano il valore universale dei concetti giuridici: se questi, elaborati in riferimento ad istituti degli ordinamenti di oggi, vengono impiegati con risultati utili a spiegare istituti di ordinamenti del passato, segno è che hanno valore trascendente gli ordinamenti del presente, *ergo* universale. Il dibattito si accese nello scorso secolo, quando la tesi dell'universalismo dei concetti giuridici stava giungendo al suo apice, alle soglie della postpandettistica; si riprese in questo secolo, ma in mutate concezioni, specie da parte di romanisti (de Francisci, Betti, Orestano). Per gli autori dello scorso secolo era ovvio che le concettualizzazioni moderne si applicassero al passato, anzi si dovevano applicare, perché la scienza giuridica quale inventata, o almeno reinventata dai moderni aveva scoperto ciò che gli antichi non conoscevano, cioè concettualizzazioni universali. Si sa anche come in questi itinerari si ebbero perfino delle vere e proprie stravaganze, come p. es. la ricerca del principio della divisione dei poteri nell'ordinamento romano repubblicano, la ricerca degli atti amministrativi negli ordinamenti dei principati, e simili.

Ripresa la consapevolezza della storicità dei concetti giuridici, gli autori moderni hanno ritenuto l'applicabilità di ordini concettuali moderni ad istituti di ordinamenti del passato, ma in base ad un argomento epistemologico, che Betti denominò dell'attualità dell'intendere. Secondo Betti non è possibile che l'interprete chiamato a intendere una normativa attuale possa spogliarsi della propria esperienza, che non può essere se non comprensiva anche del passato. Sulla stessa linea si trovano tutti i teorizzatori dell'esperienza giuridica.

In siffatte argomentazioni sembra si percorra una strada poco accettabile: quella di chi vede nel concetto giuridico l'oggetto di fondo della scienza giuridica. Il che proprio non è: l'oggetto della scienza giuridica, come già si avvertiva dianzi, sono gli istituti giuridici, quindi né le norme né i concetti giuridici. Questi ultimi servono a dare agli istituti giuridici una propria identità, che può essere semplice o complessa, soprattutto ai fini di determinare i nessi sistematici che hanno con gli altri istituti giuridici. Per cui ogni epoca intende gli istituti giuridici secondo gli ordini concettuali che ha elaborato, e non è possibile distinguere tra istituti del presente e istituti del passato se i caratteri che presiedono l'istituto giuridico del presente e del passato coincidono. Se non coincidono, gli ordini concettuali del presente non servono ad intendere l'istituto giuridico del passato, e viceversa. Così la teoria del dominio diviso non è spiegabile con nozioni giuridiche del presente, e viceversa la teoria della sovranità popolare non si può applicare se non ad ordinamenti del presente. Onde, in conclusione, la questione è più semplice di quanto si sia immaginato, nel senso che concetti giuridici elaborati dal pensiero giuridico dal secolo scorso ad oggi, che, forzando un po' i termini, possono dirsi concetti giuridici del presente, servono anche ad intendere istituti giuridici del passato, sempre che essi presentino connotazioni eguali o equivalenti ad istituti giuridici odierni. Ciò che ha rilievo non è infatti il concetto in sé e per sé, bensì l'istituto giuridico che si spiega mediante i concetti.

Quanto alla seconda problematica, è da dire che è un pseudo-problema, in quanto investe questioni di fatto. È un fatto che istituti giuridici oggi esistenti si reperiscano anche in ordinamenti del passato, talora anche molto lontano. L'applicazione di con-

cetti giuridici moderni per spiegare gli istituti del passato è possibile sempre che vi sia, come ora si è detto, corrispondenza fra gli istituti del passato e quelli del moderno. Così ad esempio si sa che nell'antico Egitto la distribuzione delle acque del Nilo mediante atti dell'autorità che ne assentivano la derivazione esisteva; per cui se è possibile dire che alle derivazioni si provvedeva mediante concessioni, ciò che non è possibile dire è che le concessioni fossero provvedimenti amministrativi del tipo concessorio, stante che il concetto di provvedimento amministrativo è proprio di ordinamenti moderni, inserendosi in una dialettica autorità-libertà, del tutto sconosciuta nei sistemi positivi prima del sec. XVIII. Quindi si avevano concessioni, ma aventi, come atti, natura diversa da ciò che oggi così denominiamo.

Viceversa il concetto di ordinamento giuridico è applicabile quando un gruppo esce dallo stato di aggregato, si dà un'organizzazione, afferma l'esistenza di regole (che non necessariamente devono avere la forma di « atti normativi »), disciplina quanto attiene alla soggettività dei propri componenti, ossia si forma come ordinamento giuridico. Questo per dire che anche l'istituto « ordinamento giuridico » è un istituto avente storicità: ciò anche se in fatto la costituzione di ordinamenti giuridici può perdersi nella notte dei tempi, nel senso che talora la storia non è in grado di dirci del momento genetico; però talora lo indica per approssimazione (il tal secolo prima di Cristo); mentre in altri casi la genesi è nota, per essersi l'ordinamento costituito in tempi più controllati dalla storiografia.

Diviene così possibile, a questo punto, comprendere il perché della tesi secondo cui la teoria generale comprenderebbe concetti universali, la dottrina concetti storici: Mortati, e gli altri che con lui prospettano questa teoria, sono indotti a sostenerla in quanto non considerano che anche l'istituto « ordinamento giuridico » costituisce un evento storico, e non considerano che il nascere di un ordinamento comporta necessariamente il nascere di istituti attinenti all'organizzazione, alla soggettività, al precetto giuridico: con la conseguenza che i concetti relativi a siffatti istituti, ossia organizzazione giuridica, soggetto giuridico, norma (o meglio, precetto giuridico) vengono in luce con il formarsi stesso della giuridicità del gruppo. Ma non è che, con ciò, possono dirsi

universali, perché neppure il concetto di ordinamento giuridico lo è. È solo che l'istituto « ordinamento giuridico », quando storicamente si forma, diviene matrice necessaria di altri istituti, e quindi fa scattare l'applicabilità di alcuni concetti giuridici fondamentali, quali quelli testé detti.

Non hanno invece collegamento necessario con l'istituto ordinamento giuridico gli altri concetti che Mortati indica come propri della teoria generale, quelli di atto giuridico, di fatto, di rapporto giuridico. Certamente in un ordinamento giuridico, da quando esso nasce alla vita giuridica, vi sono atti, fatti e rapporti; ma questi vi sono anche in forme relative a gruppi non costituenti ordinamento giuridico. Affinché atti, fatti e rapporti divengano atti, fatti e rapporti giuridici occorre un precetto che come tali li qualifichi, occorre cioè una qualificazione giuridica normativa, in ogni ordinamento costituito esistendo atti, fatti e rapporti di fatto. Né si trascuri l'evenienza che anche quando i concetti in questione sono giuridicamente qualificati, le norme degli ordinamenti positivi li possono conformare in modo diversissimo: basti ricordare i diritti senza soggetto (Orestano, in *Jus* 1960). Nel trattare di questi argomenti non ci si deve far influenzare dal diritto romano, ove una normazione interprivata si formò abbastanza presto per opera dei pretori, e quindi si costituirono qualificazioni giuridiche precise di atti, fatti e rapporti; storicamente altrove non fu così.

10. In quanto questo studio ha per oggetto il pensiero di Mortati sulla scienza del diritto e sulla teoria generale, qui ci si può fermare, sapendo però che il discorso è incompleto: restano il problema della variazione storica della stessa scienza del diritto, quello del variare delle varie specie di logica nella conformazione dei concetti, quello del variare delle metodologie per la costruzione dei sistemi, quello del variare (dogmatico e storico) dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica (Tarello), quello delle vicende storiche delle norme organizzative (categoria derelitta da tutti), e simili altri.

I rinvii fatti nel testo ad autori si riferiscono alle opere seguenti:

- A. RAVÀ, *Per una dottrina generale del diritto*, Roma, 1911.
- W. CESARINI SFORZA, *Lezioni di teoria generale del diritto*, Padova², 1930.
- A.C. JEMOLO, *I concetti giuridici*, *Atti reale Accademia delle scienze di Torino*, 1939-40.
- B. LEONI, *Il problema della scienza del diritto*, Torino, 1940.
- G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1937, rist. Milano, 1962.
- G. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951.
— *Storicità del diritto*, Milano, 1966.
- F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, 1951.
- S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, 1941, poi in *Diritto civile*, Saggi, Milano, 1951.
— *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *RISG*, 1950.
- A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova², 1953.
- E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *RISG*, 1948.
- U. SCARPELLI, *Il problema della definizione il concetto di diritto*, Milano, 1955.
- R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino², 1961 (ora *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987).
- N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1950.
— *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1955.
- G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974.

RICCARDO MONACO

ROMANO, DONATI, MORTATI
NEI RICORDI DI UN INTERNAZIONALISTA

1. Il tema che mi è stato proposto mi è particolarmente congeniale per varie ragioni. Anzitutto perché mi fa riandare agli anni della giovinezza nei quali ho osato accostarmi ai più elevati problemi del diritto pubblico, studiando i grandi costruttori della dottrina italiana. Scelsi allora, come tesi di laurea, un argomento difficile, forse troppo difficile per me, ma che mi affascinava, perché mi induceva ad individuare le linee di progressione del diritto pubblico tentando di costruire una monografia intorno ai rapporti tra l'ordinamento internazionale e l'ordinamento statale. Essa si doveva ispirare ai grandi contributi scientifici che in materia erano stati apportati dapprima da alcuni grandi pubblicisti tedeschi ed in seguito da altrettanto grandi studiosi italiani.

Avevo studiato il tedesco e lo conoscevo per quel tanto che mi era sufficiente per leggere da un lato gli autori ortodossi della prima generazione germanica Gerber, Laband, Jellinek, fautori dell'auspicato e per essi perdurante primato del diritto statale sul diritto internazionale, e dall'altro Triepel, affiancato dal nostro grande Anzilotti, nel fondare la dottrina del dualismo fra i due ordinamenti, nonché Kelsen e Verdross, fautori del monismo.

Dopo essermi così accostato al problema storico-giuridico di questo grande confronto fra i due ordinamenti, mi avvicinai agli autori italiani più recenti, che consideravo come contemporanei ed ispiratori d'una diversa valutazione del problema. Su di essi sveltava Santi Romano, il quale, pur essendo un maestro ed un novatore del diritto pubblico, è stato, con il suo « Ordinamento giuridico », anche il grande teorico che ha posto in rilievo la teoria e la realtà della pluralità degli ordinamenti giuridici. Come è noto,

alla base delle intuizioni e delle affermazioni del Romano, stava la teoria dell'istituzione, alla quale aderii, pubblicando l'accennata monografia intitolata *L'ordinamento internazionale in rapporto all'ordinamento statale*, Torino 1932; quasi contemporaneamente approfondii l'indagine sul piano dottrinale, con il lavoro minore su *Solidarismo e teoria dell'istituzione nella dottrina del diritto internazionale*, in *Archivio giuridico*, 1932, pp. 221-243. A distanza di ben trentasei anni ebbi la ventura di veder tradotto in tedesco tale articolo, con il titolo *Solidarismus und Institutionentheorie in der Lehre vom Völkerrecht*, in *Institution und Recht*, diretto da ROMAN SCHNUR, Darmstadt 1968, p. 73 ss.

Nell'Ordinamento giuridico l'indagine volta a confrontare il concetto di istituzione con l'ordinamento giuridico internazionale è particolarmente penetrante e si risolve in una critica costruttiva delle concezioni affermatesi in precedenza sulla base di una concezione meramente volontaristica del diritto internazionale. Il divario che si è venuto successivamente ampliando tra la concezione formale, e quindi volontaristica, del diritto internazionale, e la sua concezione obiettiva, fondata sugli sviluppi della concezione istituzionale, è ormai diventato incolmabile. Ciò è avvenuto non soltanto perché vari Autori hanno spostato l'interesse della dottrina verso tale concezione, ma anche perché ciò che appariva all'inizio come una mera ipotesi, è diventato in seguito un risultato ormai concreto, il quale è venuto gradatamente ad adeguarsi ai nuovi sviluppi ed alle nuove realtà del diritto internazionale.

2. È merito incancellabile di Romano di aver dimostrato che l'ordinamento internazionale è un'istituzione nel senso da lui definito, cosicché « il diritto internazionale è l'ordinamento immanente della Comunità degli Stati, che nasce con essa e da essa è inseparabile ». E pertanto « prima che nelle singole norme risultanti da particolari accordi, bisogna ricercarlo nell'istituzione in cui si concreta la comunità medesima e che esso è quindi, innanzitutto e nel suo aspetto unitario, organizzazione o istituzione ».

Questa fondamentale idea ha aperto la via a quegli approfondimenti ulteriori che hanno condotto a stabilire che l'ordinamento internazionale ha una sua costituzione, la quale non è altro che il

suo modo di essere, cioè la sua struttura fondamentale. Orbene il complesso delle norme giuridiche internazionali è dominato dalla costituzione dell'ordinamento, allo stesso modo che l'insieme delle norme giuridiche statali fa capo alla costituzione dello Stato, nel suo più largo significato materiale. Le norme giuridiche internazionali desumono quindi la loro validità e la loro efficacia dalla costituzione dell'ordinamento al quale appartengono. Ciò ha avuto come conseguenza che l'ordinamento internazionale, come attualmente è generalmente ammesso, ha le sue norme costituzionali.

Dalla dottrina dell'ordinamento giuridico si deduce un altro principio che Romano ha affermato e sviluppato, ritenendolo un corollario di quello che postula l'ordinamento internazionale come un'istituzione. Ed è quello della pluralità degli ordinamenti giuridici. In altri termini vi sono tanti ordinamenti giuridici quante istituzioni.

Romano che, al tempo in cui redigeva l'Ordinamento giuridico, ed anche in tempi seguenti, non poteva prevedere che si sarebbe immesso nella sfera giuridica il fenomeno grandioso della proliferazione degli enti internazionali di natura istituzionale, aveva innanzi a sé solo il rapporto fra i singoli Stati e la Comunità internazionale, intesa come istituzione complessa. E si esprimeva nei seguenti termini « ciascuno Stato è, senza dubbio, da considerarsi come un ordinamento affatto separato dagli altri Stati. E la stessa comunità internazionale, nonostante che sia un'istituzione di istituzioni, consta di un ordinamento che presuppone quello dei singoli Stati ma, affermando l'indipendenza e l'autonomia di essi, non li incorpora nel suo. Senonché questo principio, che si potrebbe dire della pluralità degli ordinamenti giuridici, mentre è incontestato per quel che concerne i vari Stati e anche per i rapporti fra il diritto internazionale e i diritti statuali è, invece, spesse volte energicamente negato per tutti gli altri ordinamenti ».

Quanto cammino abbia compiuto in seguito la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici è superfluo sottolineare oggi, quando la comunità internazionale, in se stessa già ordinamento giuridico, si contrappone autonomamente non soltanto agli ordinamenti degli Stati, ma anche agli ordinamenti degli enti internazionali. Il che non sarebbe concepibile senza riconoscere che la

comunità internazionale in tanto vive ed in tanto sussiste, in quanto essa comprende tutti i possibili ordinamenti che la compongono.

Le anticipazioni di Romano, non soltanto teoriche, ma anche radicate sui fatti, si riflettono sulla posizione da lui assunta quanto ai rapporti di principio fra diritto internazionale e diritto statale. Contro la concezione meramente volontaristica del diritto internazionale, egli osserva che il diritto internazionale appare veramente diritto solo in quanto vincola e domina la volontà statale, cioè in quanto la trascende e si afferma come entità a sé, che è l'ordinamento della comunità internazionale, cui i singoli Stati sono, sia pure limitatamente, subordinati. La costellazione massima dell'universo giuridico non è dunque lo Stato, ma tale comunità, in cui esso si compenetra, sia pure in minor grado di quanto altri enti non si compenetrino, alla loro volta, nello Stato.

Queste idee basilari, espresse da Romano nell'Ordinamento giuridico, sono state aggiornate e perfezionate quando egli, negli anni trenta, si decise a scrivere un mirabile Corso di diritto internazionale, che si segnala, oltre che per il rigore giuridico, per la sua stringata concettosità. Naturalmente egli non poteva negare il dualismo tra l'ordinamento internazionale e ordinamento statale, ormai affermatosi nella dottrina e nella prassi italiana, sotto l'influsso delle grandi opere di Triepel e di Anzilotti. Ma pur ammettendo il principio della separazione dei due ordinamenti, entrambi autonomi ed originari, Romano pone in luce il collegamento fra essi, che si attua per il fatto che essi si presuppongono a vicenda. Ne deriva che il diritto internazionale presuppone l'esistenza degli Stati e quindi dei singoli ordinamenti statali, perché ogni Stato non è che un ordinamento giuridico. Cosicché avviene che il diritto internazionale si richiama continuamente al diritto interno, mentre il diritto di ogni Stato presuppone il diritto internazionale. E non si tratta soltanto di un rapporto teorico, perché esso risulta dalla osservanza di una norma fondamentale, per cui vien imposto ai soggetti dell'ordinamento interno il rispetto delle norme del diritto internazionale.

Viene così diversamente formulata dal Romano la teoria del rinvio fra ordinamenti giuridici, che tanta applicazione ha ed ha avuto nella dottrina del diritto internazionale.

3. Il mio discorso sulle dottrine di Romano potrebbe a questo punto continuare, ma, poiché si tratta qui di fare semplicemente alcune incursioni sull'opera e sulla personalità di eccelsi giuristi, vorrei passare a qualche rimediazione sull'opera di Donato Donati, che si pone, come sappiamo, come uno dei più grandi autori di diritto pubblico che l'Italia possa vantare nel periodo che qui consideriamo.

L'esordio di Donati nel campo del diritto internazionale è stato autorevole e impressionante sin dal primo momento, perché egli, a soli 25 anni, pubblicò quel grande capolavoro che è racchiuso nel volume *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*. Esso permane nella letteratura italiana come il più grande contributo all'insieme dei delicati problemi che si collegano alla rilevanza dei trattati nel diritto interno. Abbiamo tutti molto appreso dalla lettura di questa monografia; però non tutti sanno che la grandezza di Donati si rifletteva anche nei suoi scritti minori.

Ebbi molti anni fa la fortuna di trovare nella biblioteca di un amico, e non so come vi fosse giunto, un estratto dell'annata 1909 della Rivista di diritto pubblico, che reca la dedica di Donati ad un altro grande del diritto pubblico, Ugo Forti, e me ne impadronii, ben inteso con il consenso del proprietario. Il lavoro è intitolato *Gli organi dello Stato e il diritto internazionale* e trae occasione da una raccolta di norme edita dal Ministero della Marina in materia di diritto internazionale marittimo. In questo breve lavoro si trova una messa a punto sintetica, ma della più grande chiarezza, su un tema centrale della teoria e della prassi dei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno. Dice Donati « se è vero che il diritto internazionale, di per sé, non ha valore obbligatorio per gli organi dello Stato, ciò però non significa, tuttavia, che il diritto internazionale non venga talora in considerazione per gli organi stessi. Infatti esso viene anzitutto in considerazione come elemento di interpretazione del diritto statale; e ciò sotto vari aspetti ».

Egli aggiungeva appunto che un potere assegnato in materia ad un organo statale, non significa mai l'attribuzione ad esso d'una potestà puramente arbitraria, giacché il potere è assegnato all'organo *nell'interesse dello Stato*, e ciò importa che esso debba esercitarlo *solo quando*, ma *sempre quando* l'interesse dello Stato lo

richiede, e nel *modo* più conforme all'interesse stesso. Ora è senza dubbio un interesse, e dei più vitali, dello Stato anche quello di adempiere alle sue obbligazioni internazionali, cioè di essere osservante del diritto internazionale. E perciò ciascun organo dello Stato, nei limiti della propria competenza e dei propri poteri discrezionali, dovrà tener presente un tale interesse e soddisfarvi.

Tale conclusione di Donati dimostra come il fenomeno dell'adattamento del diritto interno al diritto internazionale possa manifestarsi diversamente da quello che ha come base l'assoluta separazione del diritto internazionale dal diritto interno qualora venga osservato e valutato dall'interno dell'ordinamento statale. Infatti l'ipotesi sviluppata da Donati conduce ad ammettere, al di là di tale separazione, una certa rilevanza del diritto internazionale rispetto al diritto interno, quanto meno per quanto concerne il comportamento degli organi dello Stato. Già allora l'assoluta barriera fra i due ordinamenti era destinata così parzialmente a cedere, non teoricamente, ma in virtù della limitazione dei poteri dei competenti organi statali.

L'opera di Donati nel campo del diritto internazionale non si arrestò alla grande monografia sui trattati, ma trovò ulteriore espressione in un volume che, frutto d'una lunga meditazione ed elaborazione, apparve nel 1924. Si tratta della più importante opera esistente in materia nella letteratura italiana, la quale, sotto il conciso titolo di *Stato e territorio*, abbraccia una serie cospicua di argomenti. Essa è dedicata per una buona metà al diritto internazionale ed è intesa a determinare quale rapporto giuridico, relativamente al territorio, interceda fra lo Stato e gli altri Stati.

Il magistero così esercitato da Donati nel diritto internazionale ebbe anche una conseguenza particolare: quando egli fondò la collana di Studi di diritto pubblico, la prima monografia che vi fu accolta fu quella celebre di Gaetano Morelli sulla sentenza internazionale. Ad essa fecero seguito altri prestigiosi studi dovuti a coloro che allora erano i giovani studiosi più eminenti della scuola italiana del diritto internazionale, cioè Roberto Ago, Claudio Baldoni, Rolando Quadri ed Angelo Piero Sereni. Essi avevano avvertito che l'atmosfera del famoso Istituto di diritto pubblico di Padova era quella che più si confaceva al loro rigore di metodo ed al loro temperamento scientifico.

4. Mi sono soffermato su Donato Donati e sul suo contributo al diritto internazionale perché ritengo che egli, con la sua opera, abbia segnato un'importante fase di collegamento scientifico, vorrei dire anche un ponte ideale fra le anticipatrici intuizioni di Santi Romano e la successiva scuola di diritto pubblico, della quale fu operoso artefice e protagonista Costantino Mortati.

Fra le caratteristiche della personalità scientifica di Mortati emerge quella della visione globale del fenomeno giuridico, cosicché egli analizza ogni istituto nel quadro della teoria generale, ancor prima di vederlo nella sua sostanza. Era naturale che egli subisse perciò una diretta influenza dalla dottrina dell'istituzione e dell'ordinamento giuridico di Romano. Il che si può constatare nelle sue monografie più importanti: così in quello studio che tutti conosciamo come un contributo quanto mai valido alla teoria della costituzione, cioè la *Costituzione in senso materiale*, Milano 1940.

Nell'indagare la portata ed il contenuto del concetto di istituzione, che, come è noto, sta alla base di quello di ordinamento giuridico, Mortati non esita a criticare il modo secondo il quale la correlazione fra i due concetti è presentata da Romano. Ciò non toglie tuttavia che le geniali intuizioni di Romano abbiano lasciato in lui una profonda impronta.

Quando molto più tardi Mortati pose mano alle sue aeree *Istituzioni di diritto pubblico* tutti confidammo in quello che ci si poteva attendere da lui nello svolgere l'arduo compito: cioè una consapevole e felice combinazione fra teoria generale del diritto e istituti positivi del diritto pubblico. Nell'impossibilità di rintracciare nelle *Istituzioni* tutti i riferimenti che possono venire in considerazione ai fini di questa rapida esplorazione, mi limiterò ad alcuni cenni. Così, allorché egli indaga il concetto di ordinamento giuridico, contesta le critiche che erano state rivolte contro la concezione istituzionale ed il pluralismo che ne consegue. Contro tali critiche egli richiama quanto affermato in precedenza sulla correlazione necessaria che è da porre fra organizzazione e norma, nonché sul carattere che l'istituzione riveste di ordine stabile, cui è intrinseca la presunzione di durata nel tempo e che, pertanto, non può ridursi a mero fatto, a pura esistenza.

Così ancora in ordine all'efficacia dei trattati negli ordinamenti degli Stati contraenti, egli avverte che bisogna partire dal

principio della pluralità degli ordinamenti. In base ad esso è evidente che la sfera di efficacia del trattato si limita all'ordinamento internazionale; ne consegue che un trattato validamente stipulato attraverso la volontà dei capi degli Stati contraenti potrebbe poi non trovare applicazione all'interno degli Stati medesimi, per la parte per cui esso esiga norme di legge che ne attuino i precetti, e ciò a causa o di mutamenti di governo, che importino l'abbandono dei precedenti orientamenti, oppure dell'opposizione del Parlamento ad emanare le norme stesse, con la conseguenza di rendere inoperante in tutto o in parte il trattato, dal che può derivare il sorgere di una responsabilità internazionale per lo Stato divenuto così inadempiente.

Va infine tenuto presente quanto Mortati ha affermato nella monografia sulle leggi-provvedimento, Milano 1968, circa la natura delle leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali. Per Mortati tali leggi sono leggi provvedimento di carattere sostanziale in quanto hanno per effetto di integrare il consenso espresso dagli organi competenti ad entrare in rapporti con gli altri Stati contraenti. Tale integrazione è necessaria, dato il rinvio che il diritto internazionale fa al diritto interno circa le modalità richieste per la regolare formazione della volontà rivolta a contrarre validi obblighi. Tali leggi producono altresì l'obbligo nei confronti sia del Governo di predisporre tutti gli atti necessari all'esecuzione degli impegni assunti, sia dallo stesso Parlamento di approvare quelli fra essi richiedenti la forma della legge.

Ciò premesso, Mortati si pronunzia sui riflessi costituzionali di tale qualificazione della legge prevista dall'art. 80 della Costituzione. Dopo aver ammesso che l'autorizzazione parlamentare non muta in legge il trattato, data la diversità degli ordinamenti in cui l'uno e l'altra operano, peraltro soggiunge che, se tale situazione rende improponibile, per mancanza di soggetti legittimati, una questione di legittimità costituzionale che venga sollevata contro l'autorizzazione, non esclude invece la possibilità che vengano proposti conflitti di attribuzione nell'ipotesi in cui nel trattato siano state incluse clausole che risultino lesive di sfere di competenza garantite dalla Costituzione.

Mortati, vedendo ormai in applicazione la Costituzione dall'intera visuale che a lui si offriva dal seggio che occupava nella

Corte costituzionale, metteva così a fuoco i problemi di legittimità costituzionale che potevano sorgere dall'imperfetto sistema che nell'ordinamento italiano veniva praticato per dare efficacia interna ai trattati internazionali. Nello scrivere quanto ho testé riportato, il suo pensiero riandava al comune lavoro svolto con Perassi quale deputato all'Assemblea costituente, con perfetta sintonia quanto al metodo ed alla visione concreta degli obiettivi da perseguire.

Parve quindi a Mortati naturale, nel fare il 12 aprile 1962, avanti alla Corte costituzionale, la commemorazione di Perassi (vedi MORTATI, *Scritti*, IV, p. 223) illustrare non soltanto di tale eccelso giurista l'opera di internazionalista, ma anche di risalire alla impostazione dommatica posta da Perassi a base dei suoi studi di teoria generale. E qui si trova il collegamento, vorrei dire l'anello di giunzione fra la concezione istituzionale del diritto, alla quale Mortati aveva aderito, e la concezione logico-formalistica del diritto, cui Perassi si era ispirato.

E Mortati, con quanto ora trascrivo, ha ben individuato tale collegamento: « senso realistico ha consentito a Perassi, fra l'altro di respingere ogni rappresentazione monistica dell'ordine giuridico, per affermare invece la necessità di postulare la pluralità degli ordinamenti, ed altresì ha condotto a conferire alla sua norma-base carattere più spiccatamente obiettivo, così da eliminare l'arbitrio dell'interprete nella ricerca volta ad individuarla ». Infatti, nota Mortati, « ciò che ha trattenuto Perassi dal fare un passo avanti, rivendicando all'indagine del giurista anche lo studio della base sociale da cui rampolla la norma prima e le dà concretezza, una volta escluso, com'egli escludeva, che fosse da considerare pre-giuridica, fu la preoccupazione di evitare ogni confusione di metodi e la convinzione che solo a patto dell'osservanza del rigoroso procedimento deduttivo potesse essere adempiuta la funzione del giurista: di conferire, attraverso l'elaborazione sistematica, la massima certezza alle relazioni sociali ».

Ecco dunque il punto di incontro fra due concezioni del diritto, in apparenza se non contrastanti, diverse, che Mortati, sia pure in una sede non dommatica, riusciva ad avvicinare. Capacità che soltanto un grande giurista della sua taglia scientifica e della sua lealtà morale poteva esprimere.

5. Vorrei concludere queste mie semplici note con alcune rievocazioni che non attengono alle teorie ed all'insegnamento che ci provenivano da tali indimenticabili figure di Maestri, ma piuttosto ai ricordi personali ed alla cronaca.

Per seguire l'ordine temporale comincerò con Donato Donati, che fu il primo che conobbi. La scuola di diritto pubblico che egli aveva fondato a Padova e l'Istituto che ne era il crogiuolo, attiravano in modo particolare i giovani studiosi del diritto pubblico. Cosicché anch'io, partendo dalla mia sede di Torino, ebbi il desiderio di recarmi a Padova per essere ricevuto da Donati e per avere da lui consiglio. Ciò avvenne nella primavera del 1935: trovai ottima accoglienza nell'Istituto di diritto pubblico, dove incontrai Gaetano Morelli, giovane ordinario di diritto internazionale, Egidio Tosato anch'egli ormai in cattedra, ma che si sentiva sempre legato all'Istituto, Carlo Esposito, Enrico Guicciardi, Rolando Quadri, Vincenzo Maria Romanelli, Paolo Ravà, tutti valorosi colleghi coi quali mantenni in seguito eccellenti rapporti di amicizia.

Donati apprezzava molto visite del genere e sebbene fosse d'una grande austerità e molto parco di parole e di giudizi, impressionava il visitatore per la sua grande classe di giurista e di Maestro. Ritornai da lui altre volte e fui sempre accolto con grande simpatia e gentilezza. Naturalmente la conoscenza dell'uomo rimaneva superficiale e tale da non dar luogo ad un dialogo che superasse le contingenze d'un incontro.

Dopo qualche anno e precisamente nel 1938 sopravvennero le inique leggi antirazziali che privarono Donati della cattedra e della direzione dell'Istituto. Egli che era modenese e che aveva sempre mantenuto casa a Modena, si ritirò in questa città. Orbene accadde che nel biennio 1940-1942 io, avendo vinto il concorso, divenissi titolare di diritto internazionale a Modena. Cosicché mi fu caro iniziare con Donati un vero e proprio dialogo umano e scientifico, reso particolarmente facile dalla sua disponibilità a ricevermi e dal mio desiderio di essergli vicino e di acquistare dimestichezza con tanto Maestro. Nei lunghi pomeriggi nei quali, sotto l'incubo della guerra, la vita cittadina a Modena si andava gradatamente spegnendo, passavo ore e ore a casa Donati. Gli argomenti di conversazione erano i più vari ed io appresi molto da

lui, non soltanto sul piano giuridico, ma anche sul piano culturale ed umano. Al riguardo, chi fosse lo scienziato e l'uomo Donato Donati è mirabilmente espresso nella commovente commemorazione che il Suo più vicino allievo, Enrico Guicciardi, tenne il 27 maggio 1947 all'Università di Padova, in *Annuario dell'Università, Padova 1948*.

6. Conobbi invece bene Santi Romano a Roma, a partire dal 1946, dopo averlo incontrato qualche volta in precedenti occasioni. Dopo la fine della guerra, egli che aveva perduto si può dire tutto quello che gli era stato dato a giusto titolo quale insigne giurista e servitore dello Stato: la cattedra, il seggio in Senato, la Presidenza del Consiglio di Stato, l'appartenenza alle più importanti accademie scientifiche, dalle quali era stato proscritto, continuava a vivere all'ultimo piano di Palazzo Spada, in mezzo ai suoi libri ed ai suoi ricordi dai quali non si sapeva staccare.

Devo dire che non erano molto numerosi i giovani che, come me, lo andassero a visitare per ascoltare la sua parola ed i suoi consigli pieni di saggezza.

Voglio soltanto rammentare due episodi che mi sono rimasti impressi nella memoria, come due delle soddisfazioni morali fra le più care che abbia avuto.

Eravamo nel 1947, pochi mesi prima della sua morte avvenuta nel novembre dello stesso anno: mi trovavo nel mio ufficio al Ministero degli Esteri, cioè a Palazzo Chigi, quando, con voce stanca, Romano mi telefonò pregandomi di andare da lui. Accorsi subito ed egli mi disse che era stato richiesto dalla Società Italcable di un delicato parere: si trattava di valutare la responsabilità internazionale per il taglio, intervenuto durante la guerra, dei cavi telegrafici sottomarini che collegavano l'Italia con l'America Latina. Aggiunse che, dato il suo stato di salute, non era in grado di adempiere l'incarico che richiedeva apposite ricerche. Mi dichiarai subito onorato di esser stato chiamato a tale collaborazione, ma egli soggiunse che io stesso avrei dovuto redigere il parere. Di fronte a ciò mi misi all'opera con il massimo impegno e dopo qualche giorno gli portai il testo che avevo elaborato, affinché egli lo correggesse. Romano lo lesse, in silenzio, con la massima attenzione, dopo di che, senza apportarvi alcuna correzione, vi

appose la sua firma. Ciò rappresentò per me credo la massima soddisfazione che io abbia provato nella mia vita di studioso.

Frattanto la salute del Maestro declinava sempre più: pochi giorni prima della sua scomparsa andai da lui che stava, credo ormai rassegnato, sul letto dal quale non si sarebbe più alzato: mi fece un cenno con la mano, affinché prendessi da un tavolino che gli stava accanto una copia dei *Frammenti di un dizionario giuridico*, la sua ultima opera. Egli vi appose una affettuosa dedica, che mi commosse molto: conservo sempre fra le mie cose più care questo mirabile volume.

7. Dire dell'uomo Costantino Mortati è per me meno facile, perché lo conobbi bene soltanto quando ormai egli era un Maestro già avanti negli anni, mentre io ero già arrivato all'Università di Roma. È vero che in precedenza avevo avuto varie occasioni di incontrarmi con lui, ma si era istituito soltanto raramente fra Lui e me un vero e proprio dialogo.

Lo avvicinai quando egli era Rettore dell'Università di Macerata, allorché io, ternato di fresco nel concorso, cercavo una collocazione universitaria. Mi accolse molto gentilmente, parlammo di vari argomenti, ma non se ne fece nulla, certamente non per colpa sua.

Molto più tardi fummo colleghi nella Facoltà di scienze politiche di Roma, allorché nel 1956 egli subentrò ad Esposito che era passato alla Facoltà romana di giurisprudenza. Tale colleganza durò peraltro soltanto quattro anni, perché egli nel 1960 fu nominato giudice costituzionale.

In una Facoltà di scienze politiche, nella quale i giuristi erano in minoranza rispetto agli storici ed agli economisti e nella quale era difficile amalgamare le singole diverse culture e tendenze scientifiche, Mortati, data la ricchezza dei suoi interessi dottrinali, riusciva a trovarsi pienamente a suo agio. Egli che era giurista nel senso più completo del termine, non tollerava però — e con energia — allontanamenti dal rigore giuridico, il che si rivelava talvolta anche nelle discussioni in seno al consiglio di Facoltà.

Facendo un passo indietro nel tempo ricordo quanta passione e quanta tenacia egli, al fianco di Esposito, pose nella lunga vicenda accademica che condusse alla copertura nella Facoltà di

scienze politiche di un insegnamento di ruolo per il diritto costituzionale. Ero allora consigliere di Stato e ben potevo conoscere i vari dettagli non soltanto amministrativi della vicenda, che non sono naturalmente da ripetere in questa sede.

Dalla Sua figura di uomo e di docente ha detto egregiamente Egidio Tosato nella presentazione dei quattro poderosi volumi che raccolgono molti dei suoi scritti minori: omaggio che la Facoltà di scienze politiche di Roma ha voluto rendere al Maestro, cosicché io non aggiungerò parola alcuna.

MAURIZIO FIORAVANTI

DOTTRINA DELLO STATO-PERSONA
E DOTTRINA DELLA COSTITUZIONE.
COSTANTINO MORTATI
E LA TRADIZIONE GIUSPUBBLICISTICA ITALIANA

(Dallo Stato liberale al regime fascista, ed oltre)

1. Premessa. — 2. La tradizione giuspubblicistica italiana di fronte alla edificazione del regime fascista. Il perdurante primato dello Stato-persona. — 3. I giuristi del regime di fronte alla tradizione giuspubblicistica italiana. Critiche e proposte di revisione. — 4. Una nuova dogmatica per un nuovo diritto pubblico. Le soluzioni di Costantino Mortati: funzione di governo, indirizzo politico e legge costituzionale. — 5. Il compimento del costituzionalismo di Mortati: la dottrina della costituzione in senso materiale. — 6. Oltre il regime, e verso la democrazia repubblicana. Qualche considerazione conclusiva.

1. *Premessa.*

Discutere del rapporto di Costantino Mortati con la tradizione giuspubblicistica italiana⁽¹⁾ significa di necessità discutere

(¹) Di 'tradizione' si parla qui con riferimento al ceto professionale dei giuristi, e quindi ad una definita comunità scientifica, che a noi interessa per il settore specifico del diritto pubblico, costituzionale ed amministrativo, ed al livello specifico dei testi di dottrina, di stampo accademico ed universitario. Allo stato attuale della ricerca storiografica, appare ormai indubitabile il fatto che esistesse una 'tradizione' — ovvero un complesso di convinzioni scientifiche medie, generalmente accettate dalla comunità dei giuristi di diritto pubblico — formatasi in Italia tra Otto e Novecento, con la quale si era obbligati a fare i conti nel tentativo di spiegare e sistemare le novità istituzionali degli anni Venti e Trenta: vedi sul punto il lavoro di P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1986.

di alcuni dei principali caratteri di quella tradizione, e soprattutto, nel nostro caso, dei suoi esiti nel corso degli anni Trenta, quando Mortati maturò le sue scelte fondamentali, tra il saggio di esordio dedicato nel 1931 a *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* e la celebre *Costituzione in senso materiale* del 1940.

Si deve per altro subito precisare che non è nostro intento esaminare la giuspubblicistica italiana degli anni Trenta nel suo complesso; intendiamo piuttosto fare luce su un punto specifico, per quanto cruciale, che è quello dell'incontro-scontro tra la tradizione giuspubblicistica maturatasi nel corso dell'età liberale e le trasformazioni politico-istituzionali degli anni Venti e Trenta, nell'ambito delle quali centrale appare la questione della nuova forma di governo, della progressiva costruzione del regime fascista sul piano istituzionale⁽²⁾. È appunto in questo contesto storico che assume particolare rilevanza la specifica risposta dettata sul piano teorico-concettuale da Costantino Mortati.

Non si devono poi nascondere due necessarie implicazioni della problematica che abbiamo posto. In primo luogo, il rapporto tra una tradizione dottrinale affermatasi nella stagione politica liberale ed il regime fascista non può non essere parte di una questione storiografica più ampia, quella del rapporto storico tra lo Stato liberale e quel medesimo regime. È noto infatti come da qualche tempo alle tesi militanti della 'rivoluzione fascista' e del 'colpo di Stato', rispettivamente di parte fascista ed antifascista⁽³⁾, si sia andata sostituendo un'interpretazione più equilibrata,

(2) I dati principali di tale processo costruttivo, e non solo questi, in A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, 1965; in L. PALADIN, *Fascismo (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI (1967), pp. 887-902; ed in C. PAVONE, *Il regime fascista*, in *La storia*, vol. IX, Torino, 1987, pp. 201-221. Non si potranno poi dimenticare le opere storiografiche di sintesi come G. CANDELORO, *Storia dell'Italia moderna*, vol. IX, *Il fascismo e le sue guerre 1922-1939*, Milano, 1981; R. DE FELICE, *Mussolini il fascista*, II, *L'organizzazione dello Stato fascista 1925-1929*, Torino, 1968; A. LYTTELTON, *La conquista del potere. Il fascismo dal 1919 al 1929*, Bari, 1974; e D. VENERUSO, *L'Italia fascista (1922-1945)*, Bologna, 1981.

(3) Per le dottrine della 'rivoluzione fascista', vedi più avanti, al paragrafo terzo. Per la tesi del colpo di Stato e della illegalità sistematica e programmata, vedi soprattutto P. CALAMANDREI, *La funzione parlamentare sotto il fascismo*

che punta a valorizzare, accanto agli indiscutibili momenti di rottura sul piano costituzionale, anche gli elementi di continuità con lo Stato liberale⁽⁴⁾. Non v'è dubbio che lo studio di una consolidata tradizione dottrinale di stampo liberale, colta nel suo rapporto con la costruzione del regime fascista, possa portare — come speriamo — ulteriori elementi di chiarificazione alla accennata problematica storiografica generale del rapporto storico tra Stato liberale e regime fascista.

In secondo luogo, è necessario mettere in luce come gli anni Trenta rappresentino in Italia per la dottrina costituzionale una fase storica di grande fervore intellettuale, nel corso della quale la definitiva messa a nudo di un notevole invecchiamento di molte delle precedenti costruzioni teoriche s'intreccia con affannosi tentativi di rinnovamento, più o meno consapevoli sul piano teorico, più o meno formalizzati, più o meno legati alla contingenza storica del regime fascista. La nostra impressione è quella di trovarci di

(1948), in *Il regime fascista*, a cura di A. Aquarone e M. Vernassa, Bologna, 1974, pp. 57 ss. (nello stesso volume le tesi di Calamandrei sono contestate da P. UNGARI, *Ideologie giuridiche e strategie istituzionali del fascismo*, *ibid.*, pp. 57 ss.). Per i testi classici dell'antifascismo militante, si deve comunque fare riferimento a F. RUFFINI, *Diritti di libertà* (1926), Firenze, 1946, con introduzione e note dello stesso Calamandrei; ed a S. TRENTIN, *Dallo Statuto albertino al regime fascista* (1929), Venezia, 1983, a cura e con introduzione di A. Pizzorusso, per noi assai interessante in quanto direttamente riferita al valore delle tesi di Trentin nel quadro dello sviluppo storico della giuspubblicistica italiana. Del medesimo autore, si veda anche S. TRENTIN, *Politica e amministrazione. Scritti e discorsi 1916-1926*, a cura di M. Guerrato, Venezia, 1984; *Id.*, *Antifascismo e rivoluzione. Scritti e discorsi 1927-1944*, a cura di G. Paladini, Venezia, 1985; ed *Id.*, *Federalismo e libertà. Scritti teorici 1935-1943*, a cura di N. Bobbio, Venezia, 1987. Su Trentin, si veda anche F. BENVENUTI, *Silvio Trentin giurista*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976, pp. 1732-1744.

(4) Non v'è dubbio che tutta la ricerca sulle istituzioni del regime fascista — vedi *supra*, nota 2 — muova in questa direzione. Alla problematica storica del nesso Stato liberale-regime fascista è poi collegata l'indagine sui caratteri del nostro liberalismo ottocentesco, non di rado chiamando in causa anche una certa vocazione autoritaria della stessa giuspubblicistica: esemplare in questo senso il libro di G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967. Per riferimenti più generali, ma anche per più puntuali osservazioni, vedi N. TRANFAGLIA, *Dallo Stato liberale al regime fascista*, Milano, 1973; e R. VIVARELLI, *Il fallimento del liberalismo. Studi sulle origini del fascismo*, Bologna, 1981, spec. pp. 25 ss.

fronte ad un brusco ed ampio processo di selezione delle opzioni dottrinali e teoriche, cosicché solo alcune di esse, né troppo legate alle antiche presunte armonie dello Stato liberale, né troppo compromesse con il discorrere politico-ideologico sulla 'rivoluzione fascista', saranno in grado di rivolgersi al futuro, e di essere direttamente influenti, dopo la caduta del regime, sulla nuova codificazione costituzionale repubblicana. È evidente che anche da questo punto di vista pensiamo ancora una volta all'opera giuridica di Costantino Mortati.

Così, in ultima analisi, studiare l'opera mortatiana significa, non solo — come dicevamo all'inizio — studiare gli esiti teorici della tradizione giuspubblicistica italiana durante il fascismo e di fronte al fascismo, ma anche, proprio attraverso Mortati, la trasformazione di quella tradizione, in vista di un nuovo tempo storico che sarà anche quello della Costituente repubblicana. In definitiva, a noi interessa Mortati perché interessa questo decisivo punto di snodo, che segna la sconfitta — vedremo in quali termini — di una certa tradizione dottrinale, ma anche la sua riconferma mediante un travagliato processo di trasformazione, che porterà all'attenzione dei giuristi nuove problematiche costituzionali destinate ad *attraversare* la Costituente repubblicana per giungere fino ad un nostro passato davvero assai vicino. È inutile qui anticipare quali saranno da questo punto di vista i momenti teorici decisivi, ma è evidente che la trasformazione dell'eredità dottrinale si svolge tutta di necessità nelle zone che più essa aveva lasciato in ombra nel corso dell'Ottocento e dell'età giolittiana: viene così in primo piano la dottrina del governo e dell'indirizzo politico, la dottrina del partito e del suo rapporto con lo Stato, ed in fondo, in via di sintesi, la stessa *dottrina della costituzione* nel suo complesso, prima negata ed assorbita nella dominante trattazione dello Stato-persona e delle sue manifestazioni di sovranità. Ma prima di discutere di tutto questo, ed in particolare delle specifiche proposte teoriche di Mortati, è necessario capire più da vicino quali interpretazioni del fascismo come regime fossero fornite, non solo dai giuristi più vicini alla tradizione, ma anche dai giuristi più vicini al fascismo militante, poiché — come vedremo — Mortati costruirà la propria originale posizione, ed in definitiva la propria fortuna teorica, proprio rifiutando una totale adesione

alle soluzioni degli uni e degli altri. Egli sarà, in una parola, ardito innovatore di fronte alla tradizione, ma sarà anche rigorosamente e sistematicamente *giurista della tradizione* di fronte ai teorici del primato della 'rivoluzione fascista' e del partito come suo sovrano ed originario soggetto storico. Anzi, si può fin d'ora affermare che il merito principale di Mortati fu quello di aver intuito la necessità di lavorare in questo spazio teorico compreso tra 'tradizione' e 'rivoluzione', in uno spazio che ai più apparve senz'altro in un primo momento angusto ed impraticabile. Egli fornì davvero un contributo formidabile in questa direzione, ed è in buona parte grazie alla sua opera che risulta impossibile esaurire la complessità del dibattito costituzionalistico degli anni Trenta secondo la duplice linea di una sterile e stanca ripetizione dei contenuti della 'tradizione', e di una triste e confusa apologia dei contenuti della 'rivoluzione'. Fu ponendosi tra gli uni e gli altri, e prendendo dagli uni e dagli altri quanto più serviva per la costruzione dogmatica di un nuovo diritto pubblico, che Mortati operò guardando al futuro, proponendosi così, in piena coerenza e con assoluta naturalezza, nella prima e più rilevante schiera dei nostri padri costituenti.

2. *La tradizione giuspubblicistica italiana di fronte alla edificazione del regime fascista. Il perdurante primato dello Stato-persona.*

Il dibattito costituzionalistico che si svolse in Italia a partire dalla seconda metà degli anni Venti ebbe al suo centro la questione della forma di governo. In una parola, si trattava di valutare quale forma di governo fosse scaturita dalla legislazione fascista del periodo 1925-1928⁽⁵⁾. Fornire una coerente risposta a questo problema era però impossibile senza presupporre una

(5) Vedi *supra*, nota 2, soprattutto per i saggi di Aquarone, Paladin e Pavone. Le leggi decisive per la configurazione della forma di governo furono le seguenti: L. 24 dicembre 1925 n. 2263 sulle attribuzioni e prerogative del Capo del Governo; L. 31 gennaio 1926 n. 100 sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche; L. 9 dicembre 1928 n. 2693 sulla cosiddetta 'costituzionalizzazione' del Gran Consiglio del fascismo.

certa idea dello sviluppo storico-costituzionale italiano dall'Unità allo stesso fascismo, quindi senza puntare ad una più ampia definizione del ruolo storico del regime in rapporto alle istituzioni dello Stato liberale ed alla 'qualità' del nostro stesso liberalismo ottocentesco e del primo novecento. Insomma, per adoperare un linguaggio caro ai giuristi, la questione della forma di governo era in sé, date le contingenze storiche, anche la questione della forma di Stato, coinvolgendo di necessità aspetti ben più ampi di quelli 'ingegneristici' concernenti i legami istituzionali tra gli organi di vertice dello Stato. In questo senso, tutte le opinioni portate in campo facevano riferimento, in modo più o meno esplicito, alle problematiche di fondo della 'crisi dello Stato', dei nessi Stato/società, politica/economia, amministrazione/costituzione (6).

Tuttavia, non v'è dubbio che proprio sulla forma di governo si appuntò prioritariamente l'interesse e l'attenzione della giuspubblicistica di cui ci occupiamo in questo paragrafo, di quei giuristi di diritto pubblico che provenivano da una tradizione disciplinare consolidata (7), e che quindi con gli strumenti di questa tentarono di misurare l'ampiezza e la profondità della legislazione del fascismo in materia costituzionale.

Ora, se dovessimo indicare tra i testi della giuspubblicistica dell'età liberale quello più rappresentativo sul nostro punto specifico della forma di governo, dovremmo senz'altro riferirci agli *Studi giuridici sul governo parlamentare* di Vittorio Emanuele Orlando, del 1886 (8). Discutere di questo testo significa spostare la nostra analisi da un astratto modello 'europeo' di governo parlamentare, improbabile metro di giudizio delle trasformazioni isti-

(6) Essenziale in proposito L. ORNAGHI, *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*, Milano, 1984. In questo quadro più ampio, prendono rilievo anche altri dati legislativi, come la L. 3 aprile 1926 n. 563 sulla disciplina dei rapporti di lavoro, da cui si diparte la complessa vicenda del corporativismo; e naturalmente la L. 17 maggio 1928 n. 1019, di riforma della rappresentanza politica.

(7) Vedi *supra*, nota 1.

(8) V.E. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare* (1886), in *Id., Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1954, pp. 345-415.

tuzionali italiane della prima metà del Novecento, alla più puntuale ricognizione, proprio attraverso il saggio di Orlando, di una serie di convinzioni teoriche e storico-costituzionali largamente circolanti nella nostra tradizione giuspubblicistica: queste, e solo queste, costituirono il necessario riferimento ideale dal quale in concreto si prese le mosse per valutare il fatto storico della emersione del fascismo come regime giuridicamente organizzato⁽⁹⁾. Con questo, non si vuol dire che il saggio di Orlando sia sul punto rappresentativo di tutta la tradizione giuspubblicistica italiana⁽¹⁰⁾, o che la linea di Orlando sia risultata alla fine quella dominante nel determinare l'atteggiamento dei nostri giuristi di fronte al fascismo⁽¹¹⁾; si vuole piuttosto mettere in rilievo come nello scritto di Orlando siano contenuti tutti gli elementi necessari al fine di individuare con la maggiore esattezza possibile quelli che in seguito saranno i caratteri fondamentali del rapporto tra un pensiero giuspubblicistico di stampo tradizionale-liberale e la costruzione del nuovo regime.

Intanto, ed in primo luogo, il saggio di Orlando del 1886 è un ottimo esempio di argomentazione secondo lo stile, con lui divenuto dominante tra i giuristi, proprio del cosiddetto 'metodo giuridico'. È importante sottolineare questa circostanza, perché la

(9) In questo senso, rimangono fuori dalla nostra analisi i giuristi dell'antifascismo militante, perché essi non presero le mosse nella loro critica politico-istituzionale dai dati della tradizione dottrinale, ma piuttosto da un modello costituzionale generale di stampo anglo-francese che, per il suo carattere individualistico e contrattualistico, e per la sua compromissione con i principi della sovranità popolare, alle soglie del fascismo era già stato scartato da tempo dalla dominante dottrina giuspubblicistica italiana. Vedi *supra*, nota 3, per i testi di Ruffini e di Trentin. Si veda anche G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo* (1925), Milano, 1962.

(10) Per una diversa ricostruzione, e per le differenze in proposito con Orlando, appare di particolare rilievo la figura di Giorgio Arcoleo, per la quale si veda M. FIORAVANTI, *Costituzione, Stato e politiche costituzionali nell'opera di Giorgio Arcoleo*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 15 (1986), pp. 355-399, spec. pp. 377 ss.

(11) Vedremo infatti più avanti, nel contesto di questo stesso paragrafo, come la concreta soluzione prescelta dalla parte più consistente della giuspubblicistica italiana fosse determinata piuttosto da altri giuristi, come Oreste Ranalletti e Santi Romano, con la loro concezione dello Stato amministrativo.

soluzione che Orlando propone sul punto specifico del governo parlamentare vuole essere prima di tutto *la soluzione dei giuristi*, che questi non scelgono tra le molte disponibili secondo criteri di preferenza soggettiva, o di mera opportunità nel contesto storico dato, o di generica adesione ideale a certi valori costituzionali, ma piuttosto individuano su un piano previamente definito come rigorosamente scientifico, e quindi lontano, ed anzi opposto alle molte opzioni politiche che tradizionalmente gravavano sulla nostra problematica della forma di governo. Insomma, il modello di governo parlamentare che Orlando disegna vuole rappresentare il nucleo necessario ed indiscutibile — e per questo ‘giuridico’ — della forma di governo nello Stato contemporaneo. Senza di esso, è difficile ammettere l’esistenza di uno Stato che sia davvero regolato dal diritto, che possa legittimamente dirsi Stato di diritto: è inutile sottolineare quanto un’impostazione di questo genere abbia influito — come vedremo — nel determinare l’atteggiamento politico di Orlando medesimo di fronte alla costruzione del regime fascista.

Ma torniamo al testo del 1886. Dicevamo della aspirazione orlandiana a costruire un ragionamento sulla forma di governo che escludesse approcci dichiaratamente politici. Questi ultimi, secondo una tecnica propria del ‘metodo giuridico’, vengono collocati su due ‘estremi’ previamente assunti appunto come ‘politici’, e perciò da espungere dalla ideale soluzione mediana, che è naturalmente quella ‘giuridica’ in senso proprio. Ora, nel nostro saggio del 1886 i due estremi in questione erano dati, da una parte dalle teorie radicali-giacobine della sovranità popolare e del primato assoluto del legislativo, dall’altra da quelle dottrine che stavano prendendo campo anche in Italia — la cosiddetta letteratura antiparlamentare —, e che negavano ogni legittimità al governo parlamentare, intendendolo nient’altro che come un atto di sopraffazione compiuto dalle assemblee rappresentative, identificandolo quindi con il governo di partito, e facendo di esso una mera espressione di fatto della cosiddetta ‘onnipotenza parlamentare’. Da una parte, l’unico Stato ammissibile è quello che subordina tutto, anche la stessa costituzione, alla sovrana espressione di volontà politica da parte del popolo e dei suoi rappresentanti, dall’altra non vi è alcun Stato di diritto (*Rechtsstaat*) se

le assemblee medesime non vengono accuratamente confinate in una posizione estranea, e comunque esterna, a quella del governo della cosa pubblica, altrimenti di necessità condannato a corrompersi sotto la pressione dello 'spirito di partito'.

Ora, la soluzione 'giuridica' di Orlando consiste in questo: nell'affermare il carattere pienamente giuridico, e di piena legittimità costituzionale, del governo di gabinetto, quindi anche della diretta influenza sulla sua configurazione da parte della espressione politico-parlamentare di maggioranza, ma nello stesso tempo accuratamente scartando tutte le possibili valenze democratico-radicali di una simile operazione. Vediamo come. Per Orlando, il governo di gabinetto non consegue affatto storicamente ad un raggiunto predominio costituzionale delle assemblee rappresentative. Se ristudiamo a fondo — dice Orlando — le stesse origini storiche di quelle assemblee, già nel medioevo, e poi soprattutto nel contesto della storia costituzionale inglese, ci accorgiamo che in realtà il gabinetto è nient'altro che il punto nel quale progressivamente si incontrano, nel governo della cosa pubblica, l'influenza politica delle camere e la stessa prerogativa regia. L'affermarsi del gabinetto non segna solo un nuovo cospicuo limite per il monarca nella scelta dei ministri, ma anche l'impedimento più efficace contro la tentazione di un governo diretto da parte dell'assemblea, e per assemblea, com'è caratteristica essenziale del modello giacobino. Dunque, l'avvento del governo di gabinetto non provoca il declino inarrestabile della prerogativa regia, ma piuttosto la sua riorganizzazione nel quadro di una forma di governo che prevede anche l'influenza diretta delle camere, e nello stesso tempo nega spazio alle soluzioni politico-istituzionali più radicali. In altre parole, nel governo parlamentare che Orlando analizza si vuole rappresentare la fisiologica condizione di equilibrio tra monarchia ed assemblee rappresentative, e quindi la soluzione 'giuridica' alla problematica della forma di governo: nella esistenza stessa del gabinetto trovano il limite più efficace e consistente le due tendenze 'politiche' opposte della identificazione dello Stato intero con la prerogativa regia e della sottomissione di tutta la dinamica pubblicistica alla espressione di volontà delle assemblee ritenute sovrane.

Uscendo ora dalla modellistica astratta, non è difficile capire come Orlando nel 1886, ponendo simili problemi, pensasse in

concreto alla vicenda italiana, ed in particolare al rapporto storico tra Statuto ed affermazione del governo parlamentare. Diciamo allora subito che la versione fornita dal nostro giurista impediva radicalmente di considerare quella affermazione come frutto di un puro prepotere politico della assemblea elettiva, come stravolgimento dello Statuto.

In realtà, servendosi dell'argomento storico della costituzione inglese, Orlando intendeva rappresentare una vicenda costituzionale nazionale che a suo giudizio aveva visto monarchia e forze parlamentari collaborare alla edificazione dello Stato di diritto liberale. Dunque, nessun prepotere della assemblea elettiva contro un'ipotetica originaria struttura puramente monarchica dello Statuto, ma piuttosto la graduale integrazione di un testo costituzionale necessariamente assai elastico attraverso la potenza e la virtù della consuetudine costituzionale: per l'anglofilo Orlando non potevano non essere in primo piano elasticità della costituzione e primato della consuetudine.

Il nostro giurista tagliava così in radice ogni prospettiva di ' ritorno allo Statuto ', poiché demoliva l'immagine stessa di uno Statuto originariamente dominato da un puro principio monarchico, ed in seguito travolto dalla nota ' onnipotenza parlamentare '. Non è certo un caso, sotto questo profilo, che Orlando non abbia mai adoperato la parola ' degenerazione ' per indicare i caratteri fondamentali della storia costituzionale dell'Italia liberale. Il giurista siciliano è in questo senso mille miglia distante dalla nota letteratura antiparlamentare, ed anzi lavora per legittimare le forze parlamentari, nobilitandole, per così dire, attraverso il riferimento alla consuetudine costituzionale integrativa dello Statuto, e quindi concependole come autentica ' forza giuridica ', anch'essa elemento essenziale della forma di governo propria dello Stato di diritto liberale.

Tuttavia, non riusciremmo a comprendere il quadro prospettato da Orlando se non esaminassimo anche il rovescio della medaglia di una simile impostazione, concernente il momento istituzionale, altrettanto essenziale, della prerogativa regia.

Così come le forze parlamentari non possono essere messe fuori gioco dipingendole con le fosche tinte dello ' spirito di partito ', così, per gli stessi motivi, viene del tutto delegittimato

un possibile ed ipotetico punto di vista democratico-radicalo, che consideri la prerogativa regia come un residuo di un precedente modello autocratico, presente solo a causa del deficiente sviluppo in Italia della democrazia politico-parlamentare. Per Orlando, il monarca non ha solo la funzione negativa d'impedire che il governo parlamentare trascolori nel temuto governo giacobino per assemblea. Egli è piuttosto una componente essenziale del governo parlamentare anche e soprattutto in positivo, in quanto i ministri ed il governo non s'insediano grazie ad una mera presa d'atto di stampo notarile della volontà politica dell'assemblea: in una parola, per adoperare un linguaggio successivo, ed estraneo ad Orlando, il monarca ha in questa costruzione di necessità una quota essenziale della funzione e del potere d'indirizzo politico.

Per concludere, il modello di Orlando può essere definito pienamente *dualistico*, nel senso che la costituzione dello Stato di diritto liberale esiste e prospera solo se riesce a tenere in equilibrio i due momenti, parimenti essenziali, della prerogativa regia e della maggioranza parlamentare. Vedremo più avanti come su questo punto decisivo, anche con Mortati, si apra negli anni Venti e Trenta una nuova fase della riflessione giuspubblicistica, quando si cesserà di considerare la descritta situazione dualistica di potere come la condizione fisiologica, e 'giuridica' per eccellenza, delle istituzioni, e s'inizierà invece a considerarla come una situazione artificiosa, imperfetta, e soprattutto di necessità transitoria, che non poteva non precludere alla vittoria definitiva di uno dei due termini del rapporto dualistico, alla ricerca di una *suprema potestas* univocamente capace di decidere sui caratteri fondamentali dell'intero modello costituzionale.

Ma alla costruzione di Orlando soggiaceva un altro essenziale presupposto dottrinale, che si riferiva al momento decisivo della rappresentanza politica. Su questo punto specifico, il nostro giurista cercò pervernicamente di distruggere l'immagine di una società attraversata da conflitti economici e politici, che si organizza in gruppi e partiti, e tramite questi tenta di determinare un certo orientamento delle assemblee rappresentative, d'imporre un certo indirizzo politico allo stesso governo. Per Orlando, la rappresentanza politica non consegue ad una plurale espressione di volontà e di bisogni, ma è piuttosto il risultato di una mera *designazione*

di capacità ⁽¹²⁾, operata mediante il procedimento elettorale, cosicché il deputato non può e non deve rispondere ad alcuna organizzazione politica che gli chieda di collaborare alla attuazione di un certo indirizzo, ma semplicemente alla propria coscienza di uomo 'capace' ed eminente, che la comunità politica ha riconosciuto come tale proprio con lo strumento delle elezioni. Si sarà già capito a questo punto che il tema della rappresentanza coinvolge necessariamente anche quello del partito. In effetti, per concludere su questo punto, se Orlando legittima le forze parlamentari sul piano costituzionale, differenziandosi nettamente, ed anzi contrapponendosi, ad ogni prospettiva di 'ritorno allo Statuto', se considera quelle forze nel 'quadro nobile' della consuetudine costituzionale, è appunto perché non le immagina alle prese con una dialettica di tipo partitico, in lotta con lo strumento del partito per la determinazione di un indirizzo politico di maggioranza. Alla fine, la stessa assemblea elettiva viene considerata come assemblea di saggi notabili, di uomini eminenti e 'capaci', cosicché la maggioranza che in essa si determina è di pura ragione, e non di partito: ed è questa circostanza che spiega come il monarca e quella maggioranza s'incontrino armonicamente nel costituire il gabinetto. Quest'ultimo non è legittimo perché fondato su un certo indirizzo politico di maggioranza, ma all'inverso perché non ha alcun indirizzo, non risultando da alcuna vittoria di una parte politica sull'altra, ma solo ed unicamente dall'accordo tra la massima autorità dello Stato ed i cittadini più eminenti. La dottrina della designazione di capacità aveva dunque questo primo effetto, di estromissione dal diritto costituzionale, e dall'orizzonte dei giuristi, di quel complesso di problematiche che più tardi sarà analizzato, anche da Mortati, nell'ottica e nel quadro dell'indirizzo politico.

Per dirla con una formula di sintesi: al governo senza partiti, al governo degli uomini 'capaci', corrispondeva il *governo senza indirizzo*.

(12) V.E. ORLANDO, *Studi giuridici*, cit., p. 403. Successivamente, la problematica della 'designazione di capacità' fu rielaborata in un apposito saggio: Id., *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica* (1895), in Id., *Diritto pubblico generale*, cit., 417-456.

Ma c'era anche un'altra problematica connessa con quella concezione della rappresentanza politica. Immaginare l'assemblea elettiva come assemblea di eminenti notabili e di uomini 'capaci' significava sottrarre ad essa ogni tipo di legittimazione proveniente da un atto di volontà politica del popolo sovrano, inteso come universalità dei cittadini, come soggetto esterno allo Stato-persona, ed in qualche modo ad esso preesistente. Al posto di questa costruzione costituzionale, essenzialmente giacobina, Orlando pensa, esplicitamente sulla scia della Scuola Storica di Savigny, ad un popolo inteso come sintesi storico-organica di una serie indefinita di pratiche di produzione del diritto. Un popolo di questo genere non si organizza tramite il partito, non può essere scomposto in partiti, non esprime diversi e distinti programmi politici, non vuole essere rappresentato, e governato, secondo un indirizzo che in esso prevalga. In questo senso, quel popolo non esiste politicamente prima dello Stato, appunto perché strutturalmente esso non può essere chiamato a determinare sul piano politico l'orientamento concreto del governo.

Il popolo di Orlando produce diritto, nel senso savignyano dell'accrescimento del patrimonio giuridico di una certa collettività, ma non produce politica, nel senso di una scelta su un indirizzo politico fondamentale. Si siede quindi nella assemblea rappresentativa, non per produrre diritto in conformità ad un indirizzo affermatosi nel popolo con la vittoria di una parte politica, ma solo ed unicamente per riconoscere, e dare veste formale, al diritto che il popolo organicamente concepito ha prodotto nella prassi. È evidente come ad una attività legislativa così concepita risulti del tutto funzionale il concetto di 'cittadino eminente', un tipo di classe politica che non si costruisce per la 'artificiosa' via della lotta di partito, ma piuttosto rispecchia una condizione di 'naturale' superiorità, appunto di 'eminenza', già esistente e già affermata nella storia di lungo periodo della società in forma di popolo.

Ora, tutto ciò assume particolare rilievo in ordine all'ultimo aspetto che a noi interessa, a quel decisivo momento del *potere costituente*, che viene da Orlando radicalmente negato. Infatti, se il popolo non è soggetto politico autonomo che tramite l'organizzazione in partiti possa pretendere di determinare un concreto

indirizzo, ma piuttosto organica totalità storica non scomponibile in parti, ed in definitiva esistente in modo visibile sul piano politico solo mediante la sua globale identificazione nello Stato-persona, ne consegue che risulta del tutto impossibile individuare, nella storia di quel popolo, un 'momento' costituente, ovvero un momento in cui vengano ad essere fissati quei principii fondamentali che possano dirsi il nucleo essenziale della costituzione. Ed ancora: una classe politica selezionata con l'esclusivo criterio della 'capacità', che riflette in sé, e registra, una strutturazione del potere storicamente già consolidatasi nella collettività, non può mai proporsi in chiave di 'potere costituente', appunto perché non può considerarsi depositaria di alcun indirizzo vincente che valga a determinare i caratteri essenziali di una ipotetica norma fondamentale. Una volta demolita la pericolosa dottrina democratico-radicalista che indicava nei legislatori rappresentanti del popolo i creatori del diritto, si deve quindi per Orlando completare l'opera di revisione del costituzionalismo moderno, negando anche che esista la possibilità d'individuare un potere che ha voluto la costituzione, dotandola di contenuti e di carattere prescrittivo⁽¹³⁾. Tutto ciò, proprio come le figure del popolo e del legislatore sovrano, appartiene a quella mitologia della rivoluzione che la nuova scienza del diritto pubblico sta sfatando. Certo, è ben possibile che in certe fasi storiche qualcuno tenti di ergersi a creatore del diritto e della costituzione, autoproclamandosi 'potere costituente', ma tutta la dottrina orlandiana punta proprio a qualificare come 'politiche' queste situazioni: non può non essere arbitraria la volontà di chi cerca di codificare il diritto costituzionale trasformandolo in 'co-

(13) Da sottolineare come una simile impostazione conducesse Orlando ad essere il più fiero oppositore della introduzione in Italia di una qualche forma di controllo di costituzionalità, mediante la istituzione di un 'magistrato speciale': V.E. ORLANDO, *Studi giuridici*, cit., p. 411; Id., *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, in *Biblioteca di scienze politiche*, diretta da A. Brunialti, vol. V, Torino, 1890, spec. p. 951. Su questa base, come vedremo nel successivo paragrafo, la discussione degli anni Trenta sulla configurazione della 'legge costituzionale', condotta a partire dall'art. 12 della L. 9 dicembre 1928 n. 2693, poté assumere il significato di un vero e proprio tentativo di superare, anche su questo decisivo punto, le incertezze e le debolezze del liberalismo ottocentesco.

stituzione', in norma che si vuole programma in senso prescrittivo dell'intera società, dimenticando che questa è essenzialmente popolo, quindi successione storica di generazioni, che nessun 'potere costituente' potrà mai interrompere, nel folle e pericoloso tentativo di cancellare il passato e d'impegnare il futuro.

Tentiamo ora di ridefinire nel suo complesso il modello costituzionale propugnato da Orlando, quel modello che il giurista siciliano rappresenta come proprio dello Stato di diritto liberale, in genere e nello specifico storico italiano. Tutta la costruzione orlandiana ha significato coerente e compiuto solo se rimane fermo il punto decisivo della rappresentanza politica come frutto di una designazione di capacità, e non di una trasmissione di poteri, in ipotesi dal popolo sovrano. È questo elemento che consente di pensare al governo parlamentare come armonico ed equilibrato incontro di prerogativa regia e forze parlamentari, e non in chiave di sopraffazione della prima da parte delle seconde sulla base di una legittimazione di tipo democratico-radical; ed è la stessa immagine dell'assemblea elettiva come assemblea di eminenti notabili che consente al costituzionalista di escludere dai propri orizzonti le problematiche del partito e dell'indirizzo politico, imponendo anzi una rigida, e del tutto coerente, delimitazione di campo in questa direzione. In secondo luogo, svincolare i rappresentanti dalla figura del popolo sovrano come autonoma soggettività significa togliere ad essi ogni speciale legittimazione a creare il diritto con l'atto del legiferare, che non è più atto di scelta — ciò che presupporrebbe un indirizzo politico affermatosi in sede elettorale —, ma di mera ricognizione, in sintonia con la concezione generale della elezione come pura designazione di capacità. Infine, a partire dalla medesima problematica della rappresentanza, si finisce per negare anche la funzione costituente, ed in fondo la nozione stessa di 'costituzione', quanto meno nella sua versione contenutistica e prescrittiva⁽¹⁴⁾: infatti, nella costruzione di Orlando non si crea

(14) Si ricordi in proposito l'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789: «Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha costituzione». Nella formazione culturale di un giurista come Orlando, è questo appunto uno dei più classici esempi, da respingere, di versione contenutistica e prescrittiva della costituzione.

mai quel circuito popolo-partito-classe politica dal quale solo può scaturire *la scelta* per un modello costituzionale, quindi la progettazione di una norma fondamentale dotata di certi, e non altri, contenuti. Tutti questi aspetti della dottrina costituzionalistica di Orlando sono a loro volta legati da un'unica aspirazione di fondo, che è quella a rappresentare e legittimare lo Stato di diritto liberale, in concreto quello storicamente affermatosi in Italia, non sul piano, ritenuto 'politico', del suo corrispondere ai contenuti programmatici e prescrittivi di una norma fondamentale di ordine costituzionale, non per la sua capacità di legiferare, e di governare la società, secondo un certo indirizzo, ma sul piano, ritenuto 'giuridico', del suo essere Stato-persona naturalmente incarnante la globalità del popolo come grandezza storica, che in questa trova i limiti al proprio operare, ma anche, nello stesso tempo, le energie, sotto forma di 'capacità', necessarie per il governo della cosa pubblica.

Non è possibile ora, sulla base degli elementi raccolti, analizzare in dettaglio il concreto atteggiamento che Orlando assunse di fronte all'insorgenza del regime fascista⁽¹⁵⁾; e, del resto, non è per noi interessante la figura in sé del giurista siciliano, quanto la straordinaria opportunità che i suoi testi ci offrono di acquisire criteri sufficientemente precisi di valutazione del rapporto in genere tra una costruzione giuridica di stampo liberale-tradizionale e le nuove problematiche costituzionali indotte dall'avvento del regime⁽¹⁶⁾.

Tuttavia, anche in questo contesto più generale, possono essere utili alcuni riferimenti più precisi allo stesso Orlando. Intanto, bisogna dire che anche il nostro giurista, che pur tendeva — come abbiamo visto — a fornire una versione pacificata e ras-

⁽¹⁵⁾ Rinviamo sul punto alla nostra biografia politica di Vittorio Emanuele Orlando, in *Il Parlamento italiano 1861-1988*, di prossima pubblicazione.

⁽¹⁶⁾ Oltre ai saggi utilizzati *supra*, si vedano anche V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1889; e G. JELLINEK, *Dottrina generale dello Stato*, con introduzione e capitoli aggiunti di V.E. Orlando, Milano, 1921 (di particolare rilievo i 'capitoli aggiunti' di Orlando, già composti alla fine del 1913, che testimoniano la permanenza nel giurista siciliano, alle soglie della grande guerra, delle convinzioni formatesi alla fine del secolo scorso ed analizzate in questo paragrafo).

sicurante dello Stato di diritto liberale, iniziò a discutere dal primo dopoguerra di 'crisi' e di 'degenerazione' delle istituzioni pubbliche. Decisiva fu in proposito l'adozione nell'estate del 1919 della proporzionale e dello scrutinio di lista, ma anche, un anno dopo, l'adozione del nuovo regolamento parlamentare, che prevedeva l'eliminazione dei vecchi uffici composti da deputati estratti a sorte, e vi sostituiva le commissioni, alle quali si accedeva per designazione dei gruppi parlamentari, quindi come portatori di un programma di partito, ed in proporzione numerica alla consistenza dei gruppi medesimi⁽¹⁷⁾.

Dal punto di vista di Orlando, era ora ben difficile continuare a ravvisare nel parlamento la nota assemblea di uomini 'capaci' agente al di fuori di ogni logica di contrattazione tra i partiti. In effetti, con il nuovo sistema elettorale, e soprattutto, in modo ancora più visibile, con il nuovo regolamento parlamentare, si era palesemente entrati in una nuova stagione, nella quale i partiti stavano divenendo componenti essenziali della dinamica costituzionale, sia in sede elettorale, sia all'interno degli organi di vertice dello Stato, come il parlamento ed il governo. Tutto ciò faceva a pugno con il modello orlandiano, con la versione dello Stato di diritto liberale che il nostro giurista aveva fornito già dal 1886. Da qui il nuovo discorrere di 'crisi' nella prima metà degli anni Venti⁽¹⁸⁾, con l'occhio sempre attento a questa crescita, per Orlando abnorme, della rilevanza politica e pubblicistica del partito, degli stessi sindacati, delle organizzazioni d'interessi in genere.

(17) Una lucida e chiarissima testimonianza della rilevanza di questo regolamento in ordine alla stessa concezione della rappresentanza politica è in G. AMBROSINI, *La trasformazione del regime parlamentare e del governo di gabinetto*, in *Rivista di diritto pubblico*, XIV (1922), pp. 187-200.

(18) Esemplare in questo senso V.E. ORLANDO, *Lo Stato sindacale nella letteratura giuridica contemporanea* (1924), in *Id.*, *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 319-333, dove l'opposizione ad un crescente riconoscimento dei sindacati in senso giuridico-costituzionale — ecco un altro elemento di distanza critica dal fascismo — si fonda proprio sulla valutazione negativa della esperienza indotta dalla proporzionale e dallo scrutinio di lista: « la esperienza esiziale della rappresentanza proporzionale avrebbe dovuto ammaestrare abbastanza intorno alle conseguenze disastrose che importa il consentire una rappresentanza diretta agli interessi sociali organizzati » (328).

In un primo momento, il fascismo, per il giurista siciliano come per altri liberali del suo tempo, sembrò essere il necessario rimedio transitorio a questa situazione. Si spiega così la partecipazione di Orlando alla stesura della legge Acerbo, e perfino, nel noto 'listone', alle elezioni del 6 aprile 1924⁽¹⁹⁾. Poi, com'è noto, tra la fine del medesimo anno e nel corso del 1925, si assiste alla aperta presa di posizione del nostro giurista contro il regime, fino alle dimissioni da deputato⁽²⁰⁾.

Ciò avvenne sulla base di due elementi decisivi. In primo luogo, a causa della evidente ambiguità del fascismo, da una parte possibile strumento della auspicata — anche dallo stesso Orlando — restaurazione della sovranità dello Stato contro la fase di 'degenerazione' a giudizio di Orlando apertasi con le scelte del periodo 1919-20, ma dall'altra imperniato proprio sul partito come dato originario dell'agire politico, al quale ricondurre in qualche modo lo stesso concreto indirizzo assunto dai poteri pubblici-statali⁽²¹⁾. Insomma, fu proprio la rigida esclusione del partito politico dall'edificio costituzionale dello Stato di diritto, in nome del modello che conosciamo centrato sul 'popolo' e sui 'cittadini eminenti', a determinare l'avversità di Orlando nei confronti di una svolta che riproponeva il rapporto Stato-partito come uno dei principali problemi della dottrina dello Stato e dello stesso diritto costituzionale. A partire dalla seconda metà degli

(19) Elementi interessanti per la valutazione degli atteggiamenti politici di Orlando nel periodo 1922-24 si trovano nel discorso alla Camera del giurista siciliano del 22 novembre 1924, in *Discorsi parlamentari di Vittorio Emanuele Orlando*, pubblicati per deliberazione della Camera dei deputati, Roma, 1965, vol. IV, pp. 1566-1575.

(20) La lettera di dimissioni di Orlando è del 2 agosto 1925. Le dimissioni verranno accettate il 18 novembre del medesimo anno. La ferma presa di posizione di Orlando è da collegare, sia al noto discorso di Mussolini del 3 gennaio, sia ad un certo andamento delle elezioni amministrative in Sicilia nella estate del medesimo 1925: su questi specifici punti, rinvio ancora al nostro saggio cit. *supra*, nota 15.

(21) Si veda ancora il discorso alla camera cit. *supra*, nota 19: « Ma questo *quid*, imprecisato ed imprecisabile, che si chiama partito, colla sua organizzazione non statale e che può essere antistatale, il quale interviene, il quale svia l'azione delle autorità, tutto ciò sovverte le basi del regime, non mi dà luogo al problema della responsabilità, e quindi non mi pone nella possibilità di dare o non dare la fiducia. Io non so a chi la do, e posso darla a qualcuno che è irresponsabile ».

anni Venti, Orlando rimarrà quasi del tutto silenzioso sul piano del dibattito costituzionalistico; ma è evidente che in tutte le successive discussioni sul fascismo come ' fatto costituente ' egli non poteva non essere, sulla base della sua consolidata dottrina, dalla parte di chi interpretava tutto questo come evidente tentativo d'introdurre principii schiettamente politici e di partito, contrabbandati come principii fondamentali della ' costituzione ', nel severo recinto, fino a quel momento ritenuto integralmente ' giuridico ', del sovrano Stato-persona.

Ma c'era anche un altro elemento, più specificamente concernente la forma di governo, che pesò in modo considerevole nel determinare l'avversione di Orlando per il regime fascista. Abbiamo già detto che egli interpretò in un primo momento il fascismo come necessario rimedio transitorio alla dissoluzione in senso pluralistico dello Stato liberale, che minacciava di divenire Stato dei partiti e dei sindacati. Ma questa restaurazione non poteva non avere come punto di riferimento e come termine ideale il modello già conosciuto dalla giuspubblicistica, ed in particolare la necessaria struttura dualistica del governo parlamentare. Per Orlando, come sappiamo, prerogativa regia e fiducia parlamentare si tenevano insieme nella formazione del governo: storicamente esse prosperavano insieme, e quindi insieme cadevano. Ora, per il nostro giurista, restaurare l'autorità dello Stato significava fare argine contro l'invasione dei partiti politici nelle funzioni pubbliche, in modo che la fiducia che la maggioranza parlamentare esprimeva al governo non assumesse i contorni ed i caratteri della volontà di partito, ovvero di un'imposizione politico-partitica al monarca. In altre parole, lo Stato si restaurava restaurando l'equilibrio tra i due elementi della forma di governo, altrimenti destinata a dissolversi. Ma tutto ciò presupponeva, a sua volta, una certa fedeltà ai principii dello Statuto, ovvero ai principii di quell'atto costituzionale nel quale, grazie alla sua elasticità e per via consuetudinaria, era andata a comporsi la forma di governo dello Stato di diritto liberale italiano.

Centrale appare a questo proposito l'intervento di Orlando del 1925 in materia di decreti-legge⁽²²⁾, forse l'ultimo intervento

(22) V.E. ORLANDO, *Ancora dei decreti-legge. Per fatto personale*, in *Rivista di diritto pubblico*, XVII (1925), pp 209-219.

‘ militante ’ del nostro giurista prima della uscita dall’ agone politico. Qui viene ribadita una vecchia concezione del nostro liberalismo ottocentesco: nell’ articolo 6 dello Statuto ⁽²³⁾ si trovava l’ affermazione della « supremazia assoluta della legge », da intendersi come « un limite insuperabile », come una delle « basi stesse dell’ ordinamento giuridico » ⁽²⁴⁾. Ora, Orlando capì ben presto che il fascismo non intendeva affatto restaurare l’ autorità di questa legge, e con ciò stesso, secondo il nostro giurista, l’ autorità dello Stato medesimo contro lo ‘ spirito di partito ’, ma si proponeva piuttosto di rivalorizzare lo Stato attraverso una identificazione di questo, nella sua ‘ essenza ’, con il potere esecutivo, contro lo stesso parlamento ed il tradizionale principio di supremazia della legge contenuto nello Statuto. In ciò Orlando non poteva vedere, proprio sulla base del modello costituzionale che conosciamo, *alcuna legittima restaurazione*, poiché a suo giudizio non esisteva, nel diritto costituzionale italiano e soprattutto nella storia costituzionale italiana, alcun ‘ principio monarchico ’ che consentisse di legittimare una simile centralità dell’ esecutivo, permettendo nello stesso tempo ai giuristi di continuare a qualificare lo Stato che da ciò scaturiva come ‘ di diritto ’. In realtà, come sappiamo, per Orlando, quando cadono le prerogative parlamentari cade anche la prerogativa regia, e viceversa, cosicché, a suo giudizio, il fascismo non stava costruendo un ‘ nuovo diritto pubblico ’ senza primato della legge e senza potere effettivo del parlamento, ma solo un esecutivo disponibile ad ogni arbitrio, dominato da un ‘ capo ’ che, nel momento in cui saltava la mediazione parlamentare, metteva sicuramente fuori gioco nello stesso tempo anche il monarca, rispondendo così alla fine solo ad una *logica d’ indirizzo*, che per Orlando, per i noti motivi, non poteva non essere una logica di partito, e quindi una *logica antiggiuridica*.

Quindi, per concludere, il fascismo portava in campo tutti gli elementi scartati dalla modellistica costituzionale orlandiana: si proclamava ‘ fatto costituyente ’, introduceva il partito politico,

(23) È forse utile ricordare il testo dell’ articolo citato: « Il Re nomina a tutte le cariche dello Stato, e fa i decreti e regolamenti necessari per l’ esecuzione delle leggi, senza sospenderne l’ osservanza o dispensarne ».

(24) V.E. ORLANDO, *Ancora dei decreti-legge*, cit., pp. 213-214.

come già si era fatto con effetti disastrosi nel 1919-20, nella cittadella del diritto costituzionale, ed infine rompeva il *dualistico equilibrio* che caratterizzava di necessità la forma di governo di ogni Stato di diritto. Da qui, come sappiamo, lo sdegnoso e critico appartarsi di Orlando, che tuttavia non si tradusse in antifascismo militante. Egli non poteva infatti rispolverare ora la rivoluzione e le carte dei diritti, quel contrattualismo rivoluzionario e quel principio di sovranità popolare, che proprio la sua efficace azione sul piano teorico aveva così potentemente contribuito ad eliminare dall'orizzonte problematico dei giuristi italiani di diritto pubblico⁽²⁵⁾. L'atteggiamento del nostro giurista fu piuttosto quello proprio di chi si apparta ad attendere avvenimenti inevitabili, nel nostro caso la caduta di un regime che non poteva non essere sicura, data la clamorosa mancanza in esso di un vero 'fondamento giuridico', il suo obiettivo non corrispondere alle linee portanti della storia costituzionale italiana, la sua strutturale incapacità a costruire un 'vero' diritto pubblico. Insomma, il giurista doveva e *poteva* appartarsi, perché il fascismo avrebbe sicuramente prodotto solo storia politica ma non storia costituzionale, non avrebbe lasciato alcun segno apprezzabile nella evoluzione del nostro diritto costituzionale: il giurista poteva star sicuro che non avrebbe perduto alcuna puntata della vicenda che a lui interessava. Fu così che il capo-scuola della giuspubblicistica italiana dell'età liberale evitò di confrontarsi — e non poteva essere altrimenti —, sia con le scarse tematizzazioni costituzionalistiche dell'antifascismo militante, sia con le costruzioni teoriche del regime, con il risultato che quanto si discusse in quegli anni in materia di potere costituente, di governo, d'indirizzo politico, di rapporto tra partito e Stato, rimase a lui perfettamente estraneo. Non è certo un caso che Orlando — come vedremo nella ultima parte di questo saggio — si sia presentato alle soglie della Costituente repubblicana con la convinzione di poter e dover riprendere un discorso dal punto in cui il fascismo l'aveva interrotto. Anticipando una delle nostre conclusioni, si può affermare che il liberalismo orlandiano, per i caratteri che aveva assunto alla fine del

(25) C'era dunque una distanza incolmabile tra la critica orlandiana al regime e le tesi dell'antifascismo militante, sul quale vedi *supra*, nota 3.

secolo scorso, rimase estraneo, per gli stessi identici motivi, al fascismo come anche alla linea che risulterà vincente nella progettazione della nuova costituzione repubblicana. Ciò pone fin d'ora — come vedremo meglio più avanti — il problema della continuità tra il dibattito costituzionalistico del ventennio e gli esiti della nuova Costituente, dentro il quale s'inserisce il fondamentale contributo dello stesso Mortati. Si pone cioè il formidabile problema di un'età *postliberale*, che dal nostro punto di vista specifico della storia delle dottrine costituzionali può dirsi postorlandiana, e che finisce per comprendere, per certi specifici ma essenziali caratteri, il fascismo e la stessa democrazia repubblicana disegnata dai nostri padri costituenti.

Dicevamo all'inizio di questa breve trattazione del rapporto di Orlando, e delle sue dottrine, con il regime fascista che ciò che interessa in questa vicenda non è certo l'aspetto personale, di biografia politica ed intellettuale. D'altra parte, il più volte ricordato modello orlandiano non fu affatto egemone nell'indirizzare le concrete scelte dei giuristi di diritto pubblico di fronte al regime. È noto infatti che ben pochi giuristi italiani formatisi nell'età liberale scelsero in concreto la via seguita da Orlando, di critica nel senso indicato dalla estraneità. Al contrario, l'atteggiamento prevalente fu quello di considerare come più che possibile il proprio lavoro di giuristi *entro* le nuove strutture politiche.

Sarebbe tuttavia errato, su questa base, considerare in termini di assoluta marginalità la vicenda di Orlando, riducendola appunto alla dimensione della personale biografia politica. In realtà, nonostante l'assoluta specificità delle scelte compiute dal giurista siciliano di fronte al fascismo, quella sua vicenda rimane parte essenziale della storia più complessiva, che a noi interessa, della giuspubblicistica liberale italiana, e del suo complesso incontro-scontro con il nuovo regime.

È necessario distinguere in proposito due aspetti. C'è in primo luogo un indubbio elemento di differenza, anche radicale, tra Orlando e quei giuristi, dei quali ora ci occuperemo, che decisero di lavorare *come giuristi* nel contesto istituzionale del nuovo regime; ma c'è anche il problema del *senso* e della *direzione* di questo lavoro, che continua ad essere largamente influenzata, per non dire determinata, dallo stesso modello orlandiano, in quanto

fondamentale contenitore degli *elementi teorici essenziali* del tradizionale liberalismo giuridico.

Iniziamo dalle differenze, che appaiono particolarmente evidenti nell'emblematico caso di Oreste Ranelletti⁽²⁶⁾. Anche per lui, come per Orlando, è necessario prendere le mosse dalla fine del secolo scorso, in particolare dalla prolusione maceratese del 1899, dedicata al *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile*⁽²⁷⁾. In realtà, Ranelletti muove da presupposti generali già a noi noti tramite Orlando, in particolare dalla critica alla prestatalità dei diritti individuali, alle logiche contrattualistiche, al principio di sovranità popolare.

Né si può dire che Ranelletti dica cose diverse da Orlando, salva una certa pur rilevante differenza di accenti, in punto di critica alla cosiddetta 'onnipotenza' di quelle assemblee rappresentative che si pretendevano sorrette e legittimate dalla espressione di volontà del popolo sovrano.

C'è poi però una sorta di salto teorico, che è la differenza che a noi interessa, sulla quale si deve lavorare anche per comprendere il diverso atteggiamento di fronte al regime fascista. Al fine di proporre un sicuro rimedio alla instabilità determinata dal noto 'spirito di partito', Ranelletti non esita a proporre un vero e proprio 'ritorno' allo Statuto: « E in ciò noi italiani molto dobbiamo fidare nella forza della funzione regia, suprema moderatrice della vita statale e sociale, fuori del dibattito dei partiti e delle classi, anche quando questo dovesse importare, per rendersi possibile, l'abbandono della forma parlamentare di governo, per tornare alla lettera dello Statuto, cioè al governo puramente costituzionale »⁽²⁸⁾.

(26) Su Ranelletti, anche con riferimento ai testi che qui di seguito esamineremo, vedi B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, pp. 326 ss., e la letteratura ivi citata.

(27) O. RANELLETTI, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile* (1899), poi in *Annali della Università di Macerata* (1927), pp. 8-27, nei quali contestualmente si ripubblica anche Id., *Il sindacalismo nella pubblica amministrazione* (1920), pp. 28-59. Nel nostro contesto argomentativo, è rilevante anche Id., *Il concetto di 'pubblico' nel diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXXIX (1905), pp. 337-354.

(28) O. RANELLETTI, *Concetto e contenuto giuridico*, cit., p. 21.

A differenza di Orlando, c'è quindi per Ranelletti una vera e propria 'funzione regia' che si pone alle origini della più recente storia costituzionale italiana. È qui, in questa diversa interpretazione della vicenda statutaria, che si trova il nucleo della nostra differenza. Infatti, per Ranelletti è *possibile*, prima ancora che auspicabile, un 'ritorno allo Statuto', ovvero ad una 'sostanza' puramente monarchica del governo costituzionale, alla quale Orlando al contrario non credeva. Ciò significava che l'affermazione del governo parlamentare non veniva 'nobilitata', dal lato dell'influenza crescente della camera, con il riferimento alla consuetudine costituzionale integrativa dello Statuto: essa era piuttosto il frutto di situazioni di fatto, e di *scelte politiche*, che si erano sovrapposte allo Statuto medesimo. Con questo risultato fondamentale: se si era d'accordo sul fatto che il governo parlamentare non funzionava, minacciando in ogni momento di trasformarsi in governo giacobino per assemblea, si poteva ricorrere al rimedio estremo del suo superamento, senza per questo uscire — come pensava Orlando — dai confini ultimi, teorici e storici, dello Stato di diritto. Infatti, al di là del governo parlamentare troviamo il governo puramente costituzionale, egualmente apprezzabile dai giuristi come Stato di diritto, anzi per certi versi più saldo di fronte alle distruttive invadenze dei partiti.

Tuttavia, posto in questi termini, il discorso di Ranelletti non poteva risultare soddisfacente per i giuristi italiani, non poteva attecchire nel cuore stesso delle discipline giuspubblicistiche. Infatti, dopo alcuni decenni di governo parlamentare, come era possibile pensare che nel monarca, e solo in lui, fosse racchiuso tutto il nucleo più autentico dello Stato di diritto? Forse che il compito dei giuristi medesimi sarebbe divenuto ora quello di ricostruire tutto il diritto pubblico italiano dall'antico punto di vista del principio monarchico? In realtà, il discorso di Ranelletti era ben più articolato. Attraverso la sua proposta di 'ritorno allo Statuto', egli rinviava infatti soprattutto alla esigenza d'individuare una vera e propria 'essenza' dello Stato che, a cavallo tra i due secoli, ed in tempi di forte espansione dell'intervento pubblico, non poteva non essere ravvisata nella *pubblica amministrazione*. Qui si apre un nuovo campo d'indagine, e nello stesso tempo si conferma la differenza d'impostazione con Vittorio Emanuele Orlando.

Già abbiamo visto come nel 1925, discutendo di decreti-legge, il nostro Orlando avesse ribadito la irrinunciabile presenza nello Statuto del fondamentale principio di supremazia della legge. Per il giurista siciliano, sottrarre alle assemblee rappresentative la legittimazione scaturente dal dogma della sovranità popolare non significava cadere nell'opposto logico per cui gli atti di quelle assemblee erano da considerarsi in sostanza estranei al 'nucleo' dello Stato-persona, identificato nel complesso monarca-burocrazia⁽²⁹⁾. Il modello dualistico orlandiano più volte ricordato funzionava davvero necessariamente in tutte e due le direzioni: nel difendere la prerogativa regia da un'influenza parlamentare assunta come espressione della sovranità popolare, ma anche nel difendere lo stesso governo parlamentare dal pericolo di una identificazione di tutto il modello costituzionale con l'esecutivo monarchico. Come *giurista*, Orlando considerava alla stessa stregua queste due soluzioni come 'politiche', come arbitrari atti di dissoluzione della 'giuridica' forma di governo da lui disegnata in senso dualistico.

Ora, il salto teorico proposto da Ranelletti consisteva appunto nel tentativo di far considerare come 'giuridica' proprio la soluzione, scartata da Orlando, della identificazione dello Stato nella sua 'essenza' con il complesso monarchia-burocrazia. In altre parole, quello di Ranelletti nel 1899 era un vero e proprio appello alla giuspubblicistica italiana perché essa ridisegnasse i confini dei propri orizzonti teorici, ponendo alla base delle proprie costruzioni una fondamentale convinzione: anche in Italia, come altrove, lo Stato aveva una sua 'essenza giuridica', data in origine dalla monarchia, ed in seguito accresciuta dal concreto operare della pubblica amministrazione per fini d'interesse collettivo. Su questo nucleo fondamentale la legge del parlamento poteva sovrapporsi, ma non era in essa, frutto di scelte politiche e di partito, che il giurista doveva ricercare lo 'Stato' come necessario oggetto del suo impegno teorico.

(29) Per il necessario riferimento in proposito ai testi di Orlando, rinvio sinteticamente a M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, 1986, pp. 311-346, spec. pp. 319 ss. su Orlando.

Per dirla con una formula di sintesi, è questa la prospettiva dello *Stato amministrativo* ⁽³⁰⁾, estranea a Vittorio Emanuele Orlando ⁽³¹⁾, ma comune ad una crescente parte della giuspubblicistica italiana all'inizio del novecento, specialmente in ambito amministrativistico ⁽³²⁾. Una svolta di questo genere, non circoscrivibile negli agitati anni della fine del secolo scorso, e che invece si confermerà e preciserà nel corso dell'età giolittiana, non poteva non fondarsi su un presupposto teorico di una certa ampiezza. Essa atteneva, in definitiva, alla stessa nozione di 'Stato', e di 'Stato moderno'. Mentre Orlando non riusciva a vedere 'Stato' senza rappresentanza parlamentare, poiché inseriva a pieno titolo le forze rappresentative-parlamentari nello stesso processo di creazione dello Stato moderno — grazie anche, come ricorderemo, alla permanente influenza del modello inglese sul suo pensiero —, Ranelletti pensa allo 'Stato' essenzialmente in chiave di amministrazione produttiva di unità politica, di forza originaria, causa e motore, più che prodotto, della modernizzazione politica, in Italia come altrove. Ne consegue un significato completamente diverso dello stesso concetto di Stato-persona, che tutti questi giuristi continuano a porre al centro delle loro costruzioni. Nel caso di Orlando, nella astratta personalità giuridica dello Stato si esprime ancora in prevalenza il bisogno di una mediazione neutrale, e per ciò stesso 'giuridica', dei due poli del noto modello dualistico; nel caso di Ranelletti, quel medesimo concetto esprime invece l'esigenza di pensare lo 'Stato' come soggetto storicamente e logicamente preesistente, tramite il monarca e l'amministrazione,

⁽³⁰⁾ Sul concetto di Stato amministrativo in genere, vedi *supra*, nota precedente; Id., *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983, pp. 600-659; ed anche l'interessante saggio di M. NIGRO, *Carl Schmitt e lo Stato amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XI (1986), pp. 769-794.

⁽³¹⁾ E non solo a lui. Sono da rimeditare in proposito figure come quelle di Federico Cammeo, di Errico Presutti, di Ludovico Mortara, di Giorgio Arcoleo. Molteplici ed interessanti spunti sono contenuti sul punto in B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., spec. pp. 281 ss., e pp. 379 ss.

⁽³²⁾ I 'monumenti' della manualistica giuridica italiana furono costruiti in questo periodo da S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Milano, 1901; e da O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, *Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, 1912.

ad ogni espressione politica organizzata della società, ivi compresa la stessa rappresentanza parlamentare.

Tutto questo trascese ampiamente la figura di Ranelletti, coinvolse pienamente figure di primo piano, come quella di Santi Romano⁽³³⁾, condizionò in notevole misura il ruolo, ed il lavoro teorico, dei giuristi italiani nel corso della stessa età giolittiana. Muovendo dal mondo dei giuristi, sarebbe difficile considerare quella età in chiave di ripresa del peso politico del parlamento nel modello costituzionale⁽³⁴⁾. In realtà, risultano piuttosto esili le sintesi costituzionalistiche orientate in questa direzione, che si propongono di celebrare in questo senso il significato degli esperimenti politici giolittiani. Sono piuttosto i teorici ed i dogmatici dello Stato amministrativo a dominare il campo della giuspubblicistica italiana, con la loro proposta di centralità assoluta dell'esecutivo nella definizione dello Stato liberale⁽³⁵⁾.

Non è possibile ora discutere delle molteplici direzioni in cui si mosse questo impegno dei giuristi, che comunque toccò tutti i punti decisivi, dalla stessa concezione generale delle libertà individuali⁽³⁶⁾ ai problemi della tutela giurisdizionale sul difficile ter-

(33) Vedi *supra*, nota 29. Su Romano torneremo comunque in seguito, concludendo questo paragrafo.

(34) Interessanti riflessioni sul punto in E. ROTELLI, *Governo e amministrazione nell'età giolittiana*, in *Id.*, *Costituzione e amministrazione dell'Italia unita*, Bologna, 1981, pp. 87-104; in A. AQUARONE *L'Italia giolittiana (1896-1915)*, I, *Le premesse politiche ed economiche*, Bologna, 1981, pp. 293 ss.; e spec. in *Id.*, *Tre capitoli sull'Italia giolittiana*, Bologna, 1987, spec. pp. 48 ss., e pp. 87 ss. Per l'intera tradizione statutaria, vedi P. CALANDRA, *Parlamento e amministrazione*, vol. I, *L'esperienza dello Statuto Albertino*, Milano, 1971.

(35) È piuttosto noto, e continuamente citato, il seguente brano di Ranelletti: « Uno Stato può esistere senza legislazione, e vi sono state infatti lunghe epoche della storia in cui tutto il diritto era dato dalla consuetudine; uno Stato si può immaginare senza giurisdizione, ma non può esistere e non si può immaginare senza amministrazione: esso sarebbe anarchia. Anche storicamente l'amministrazione è stata la funzione prima nella vita dello Stato, a cui solo più tardi si sono aggiunte, o da cui si sono distaccate, la legislazione e la giurisdizione » (O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, cit., pp. 279-280).

(36) Per le quali si veda il volume, per molti versi ancora assai interessante, di G. AMATO, *Individuo ed autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967. Sul punto specifico, Ranelletti affermava che, nel caso in cui mancasse una chiara ed esplicita disposizione legislativa, si doveva presumere, non

reno del rapporto tra giudice amministrativo e giudice ordinario⁽³⁷⁾, dal problema dei modelli organizzativi della pubblica amministrazione alle tematiche del decentramento, dal pubblico impiego al relevantissimo campo, in continua espansione, delle attività economico-patrimoniali della pubblica amministrazione⁽³⁸⁾. C'è anche un filo conduttore che collega tutta questa produzione teorica, e che non è dato certo solo dal richiamo ranellettiano alla 'essenza' dello Stato identificata nella 'funzione regia'. Si tratta del tentativo di mantenere, e più ancora costruire — penso ancora una volta al delicato terreno dei rapporti economico-patrimoniali nei quali sempre più era coinvolta la pubblica amministrazione —, una *identità normativa speciale* della stessa amministrazione, il più possibile sottraendola alla applicazione delle norme civilistiche e del Codice⁽³⁹⁾. Ma anche questo aspetto ci riporta, a ben guardare, alle nostre problematiche generali dello Stato amministrativo, che abbiamo discusso a partire dal testo di Ranelletti del 1899. Siamo

il diritto di libertà dei cittadini, ma il potere d'intervento dello Stato e della sua amministrazione, appunto perché questa, e non la libertà individuale, era il *prius* logico e storico del diritto pubblico e delle stesse costruzioni dei giuristi: vedi O. RANELLETTI, *Concetto e contenuto giuridico*, cit., p. 23. Per un'esplicita opinione contraria, che presume non « la potestà sovrana dell'amministrazione, ma la libertà dei cittadini », vedi F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901, pp. 3-220, p. 143 per il brano che più ci interessa; ed anche Id., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960 (orig. 1911), a cura di G. Miele, pp. 109 ss.

(37) Vedi B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., *passim*.

(38) Sull'ultimo punto ricordato nel testo, si veda ancora M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, cit., con considerazioni sulla creazione dogmatica di una specifica patrimonialità di stampo pubblicistico che possono trascendere la figura di Romano per riferirsi all'impegno di una vasta schiera di giuristi. Un'importante verifica in questa direzione è contenuta in M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981. Più in genere, per i vari punti indicati nel testo, disponiamo ora della efficace sintesi di G. REBUFFA, *Trasformazioni delle funzioni dell'amministrazione e cultura dei giuristi*, in *L'amministrazione nella storia moderna*, I.S.A.P., *Archivio*, N.S., 3, vol. 2, Milano, 1985, pp. 1101-1170.

(39) Voglio qui ricordare per inciso come anche per questo aspetto Orlando dissentisse dai nuovi dogmatici dello Stato amministrativo, rimanendo tutto sommato legato alla prospettiva di un 'diritto comune' a fondamento civilistico. Nella

ora forse in grado di rispondere a certi interrogativi che avevamo posto, e di collocare nella giusta luce il ranellettiano ' ritorno allo Statuto '.

In realtà, non si trattava tanto di difendere le prerogative della corona dagli assalti della assemblea elettiva, quanto piuttosto, attraverso la problematica storico-costituzionale — era in origine lo Statuto puramente monarchico? —, di aprire uno spazio di discussione sulla ' essenza ' dello Stato al di là della influenza politico-parlamentare: uno spazio che già dalla fine del secolo scorso reclamava come protagonista l'intera macchina amministrativa pubblica, ben oltre la stessa prerogativa regia. Esiste quindi certamente anche l'aspetto specifico della difesa di quella prerogativa dall'invadenza parlamentare, ma solo come parte, non decisiva e forse strumentale, di un progetto più ampio, con il quale si vuole cogliere la ricercata ed agognata ' essenza ' dello Stato principalmente in una pubblica amministrazione dotata di un proprio autonomo ordinamento, capace di darsi regole fondamentali e particolari, in sé legittimata. Lo Stato nella sua ' essenza ' esiste, non solo e non tanto sulla base della originaria istituzione storico-naturale della monarchia, ma soprattutto per la ben più ' moderna ' ed attuale presenza di una amministrazione che in piena autonomia lavora per fini d'interesse collettivo che essa medesima in parte consistente definisce come tali. Questo, e non altro, è in larga misura lo ' Stato ' per la giuspubblicistica italiana alle soglie del fascismo.

Tutto ciò cambia non poco le carte in tavola nel valutare l'impatto della nostra giuspubblicistica di fronte al regime fascista. Torniamo qui al noto elemento di differenza tra Orlando e la linea, che ora sommariamente conosciamo, dello Stato amministrativo. Per il giurista siciliano, come sappiamo, era centrale la questione della forma di governo, e del ruolo che in essa assumeva il legislativo. Ciò non era affatto casuale, e dipendeva chiaramente dal fatto che lì, e non altrove, nel suo noto modello dualistico,

formazione di un giurista come Orlando, accanto allo Statuto, è ancora il Codice il grande libro del liberalismo. Qualche considerazione in proposito, specialmente dal punto di vista delle differenze con Romano, in M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo*, cit., pp. 319 ss.

Orlando coglieva la irrinunciabile struttura di fondo dello Stato di diritto in genere. Con lo Stato amministrativo di Ranalletti e di Santi Romano, la valutazione del regime operata dalla giuspubblicistica si sposta inesorabilmente dal versante costituzionalistico a quello amministrativistico. Se lo Stato di diritto non è lo Stato che ha *quella certa* forma di governo, ma in definitiva lo Stato amministrativo stesso, ovvero lo Stato capace di produrre *un nuovo diritto pubblico-amministrativo* diverso dal diritto civile che regola i rapporti tra i privati, allora i giuristi possono e *debbono* continuare la ricerca di tale diritto, già avviata con lo Stato liberale, anche entro le nuove strutture politiche del regime fascista. Certo — come subito vedremo —, i giuristi non possono disinteressarsi del tutto della forma di governo, ma intanto hanno raggiunto un punto fermo: sotto *ogni* forma di governo essi sono chiamati a svolgere il loro lavoro di giuristi, che è quello di organizzare e sistematizzare il diritto proprio della ‘essenza’ statale, il diritto della pubblica amministrazione. Nel loro Stato amministrativo quei giuristi vedono in effetti la *forma di Stato* che tiene insieme l’esperienza politica liberale tra otto e novecento e lo stesso regime fascista, al di là delle mutevoli, e mutate, forme di governo. La continuità della forma di Stato coincide significativamente con la continuità dell’impegno teorico della giuspubblicistica. Infatti, se lo Stato amministrativo dei giuristi ha rappresentato il più saldo baluardo contro una possibile rinnovata egemonia delle ideologie di sovranità popolare, non si vede perché questi giuristi non debbano continuare nella *medesima* opera di difesa della ‘razionalità’ di quello Stato contro i nuovi predicatori della ‘rivoluzione costituzionale’. Questi, anche se in camicia nera, sono per un Ranalletti nient’altro che i nuovi giacobini.

È solo presupponendo questo atteggiamento di fondo dei giuristi di fronte al regime che è possibile valutare adeguatamente la proposta ranallettiana d’interpretazione della nuova legislazione fascista come strumento, sul piano costituzionale, di un ennesimo ‘ritorno allo Statuto’⁽⁴⁰⁾. Non è qui in questione la correttezza

(40) O. RANELLETTI, *Il Gran Consiglio del Fascismo e la forma di governo dello Statuto italiano* (1929), in *Riforme fasciste del diritto pubblico. Conferenze*, Milano, 1930, pp. 1-16; Id., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1940, pp. 233 ss.

della lettura delle norme del periodo 1925-28 da parte di Ranelletti, ma il senso fondamentale della operazione che il nostro giurista compie cercando di salvare il ruolo costituzionale autonomo e di vertice della monarchia.

Intanto, è da tenere presente la decisa e costante inclinazione di Ranelletti a presentare la sua opera degli anni Venti e Trenta in diretto rapporto di continuità con gli scritti che già conosciamo, dalla prolusione maceratese del 1899 ai fondamentali *Principii di diritto amministrativo* del 1912. Ed in effetti proprio quei suoi *Principii* avevano segnato l'introduzione nella giuspubblicistica italiana di quella figura del 'potere supremo', ritenuta necessaria al fine di pensare lo Stato stesso nella sua unità, che appariva, da una parte inconciliabile con il classico modello dualistico liberale orlandiano, dall'altra necessaria per interpretare correttamente la nuova legislazione costituzionale fascista⁽⁴¹⁾; e, muovendo dalla nota basilare convinzione della 'essenzialità' della amministrazione nella definizione di ciò che è 'Stato', avevano inoltre fornito i presupposti teorici indispensabili ad una certa revisione della vecchia logica liberale del potere esecutivo, consentendo così a Ranelletti di approdare alla configurazione di un vero e proprio *potere governativo o amministrativo*⁽⁴²⁾, che vedeva al proprio vertice il monarca con il governo, ma che si sostanzialmente in effetti soprattutto in quella amministrazione che già conosciamo, e che già si era iniziato a disegnare a partire dalla fine del secolo scorso.

Ma soprattutto fu decisiva, in giuristi come Ranelletti, la nota concezione della storia costituzionale italiana in chiave di 'degenerazione', non riferita, come nel caso di Orlando, al periodo breve iniziato con il 1919-20, ma addirittura all'intera storia dello Stato unitario. Fu così che Ranelletti salutò la l. 24 dicembre 1925 n. 2263 sulle attribuzioni e prerogative del Capo del governo come vero e proprio atto di storica 'riparazione' dei mali delle istituzioni liberali italiane, così radicati a suo giudizio nel continuo

(41) O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, cit., pp. 117 ss.

(42) ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1929, p. 318. Vedremo più avanti come il 'potere governativo o amministrativo' di Ranelletti rimanga comunque ben distinto dalla 'funzione governativa' dei giuristi del regime, per i quali — non a torto — Ranelletti era ancora assimilabile alle vecchie dottrine del potere esecutivo.

prepotere della assemblea elettiva. Ma allora la nota tesi ranellettiana⁽⁴³⁾, per cui il fascismo non avrebbe creato la nuova forma del 'regime del Capo del governo', ma solo restaurato il governo del re, seppure in una variante storica del tutto peculiare, collegata alla presenza di un partito unico in qualche modo influente a livello costituzionale, non deve certo essere interpretata in chiave di fedeltà alla monarchia. In effetti, così come il fascismo era strumento di restaurazione, così anche la stessa monarchia rinviava a sua volta a qualcos'altro, che era dato, in sintesi, dal nostro *Stato amministrativo*. La monarchia, come ribadito vertice istituzionale del governo, era garanzia del fatto che questo, nel momento in cui si staccava dal parlamento, non si staccava anche dall'amministrazione per dirigerla dall'esterno in nome di *un indirizzo politico*, in ipotesi dato dal partito, ma piuttosto rimaneva con essa congiunto, grazie a quelle fondamentali istanze di 'obbiettività' e di 'neutralità', che derivavano nella costruzione di Ranalletti proprio dal ruolo istituzionale della monarchia.

Questa era anzi la battaglia che i giuristi dello Stato amministrativo erano chiamati a svolgere entro le nuove strutture politiche del regime. Possiamo così, rispetto alla nota costruzione orlandiana, passare dall'elemento di differenza a quello di omogeneità, scoprendo un terreno che è comune a *tutta* la giuspubblicistica maturatasi in età liberale, indipendentemente dal suo collocarsi dentro o fuori lo stesso regime fascista. Ed in effetti, Ranalletti costruiva nel modo che abbiamo detto il rapporto monarchia-amministrazione-governo essenzialmente sulla base dei materiali teorici di base codificati nel modello orlandiano. Nella soluzione ranellettiana, che prevedeva — come abbiamo visto — una nuova centralità del governo solo a condizione che questo rimanesse unito alla prerogativa regia ed alla stessa amministrazione, si esprimeva ancora una volta la tradizione dottrinale giuspubblicistica, che proprio con Orlando aveva disegnato rigidamente i confini del 'giuridico', e dello stesso Stato di diritto, essenzialmente nei confronti del partito politico e del governo d'indirizzo. Così, lo sdegnoso appartarsi del giurista siciliano poté essere valutato come *una semplice variante* della linea principale

(43) Vedi *supra*, nota 40.

della tradizione giuspubblicistica italiana, determinata dalla particolare rilevanza attribuita da Orlando alla questione della forma di governo e della rappresentanza politica. Ma una volta che si fosse diversamente valutato, dall'interno della medesima tradizione, il fattore dell'amministrazione, ravvisando in esso, e nel diritto che lo regola, il momento decisivo per la configurazione dello Stato di diritto, era ben possibile, ed anzi necessario, un impegno dei giuristi della tradizione entro le nuove strutture politiche, al fine di difendere lo *stabile e calcolabile* diritto dell'amministrazione contro la tendenza ad individuare nel partito politico, ed in un conseguente governo d'indirizzo, il vero nuovo centro delle istituzioni. In realtà, per un Ranelletti abbandonare la tutela, la cura e la costruzione di quel diritto proprio nel momento in cui più consistente appariva la minaccia di un governo 'politico' collocato fuori della stessa amministrazione, significava abbandonare la tradizione, e con essa il mestiere stesso di giurista⁽⁴⁴⁾.

Si potrà ora discutere sulla 'qualità' del liberalismo espresso da una giuspubblicistica, che evidentemente riteneva del tutto indifferente, per la costruzione della identità politica dello stesso Stato di diritto, il momento delle libertà politiche e della rappresentanza parlamentare; e si potrà pure osservare che quelle e questa erano in fondo già straordinariamente indebolite nello stesso modello orlandiano, a causa della tradizionale avversione nei confronti di ogni forma di organizzazione politica e 'particolare'

(44) Da qui anche le note tesi di Ranelletti tendenti a configurare il partito nazionale fascista come istituzione di diritto pubblico, ma non come organo dello Stato: vedi O. RANELLETTI, *Il Partito nazionale fascista nello Stato italiano*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1936, I, pp. 15-33; ed Id., *Il P.N.F. nello Stato italiano*, *ibid.*, 1939, I, pp. 30-42 (con qualche accentuazione in più sulla rilevanza del concetto di 'regime'). Essenziale per ricostruire il dibattito del tempo sul rapporto Stato-partito il volume dedicato a *Il partito fascista nella dottrina e nella realtà politica*, a cura di O. Fantini, Roma, 1931. Utilissima anche la rassegna di opinioni dottrinali di V. CRISAFULLI, *Il 'partito' nella recentissima letteratura italiana*, in *Lo Stato*, II (1931), pp. 897-911. Per quanto riguarda la letteratura più recente, si vedano P. POMBENI, *Demagogia e tirannide. Uno studio sulla forma-partito del fascismo*, Bologna, 1984; i saggi del medesimo autore, e di E. GENTILE, in *Fascismo e nazionalsocialismo*, a cura di Bracher e Valiani, Bologna, 1986; L. ORNAGHI, *Stato e corporazione*, cit., pp. 273 ss.; e P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 344 ss.

della società, e del possibile disporsi di questa in senso 'costituente'.

Eppure, non si potrà negare il fatto che questi medesimi giuristi riflettevano, con le loro costruzioni, alcuni caratteri di fondo della storia politica e costituzionale italiana, cosicché sarebbe davvero assai difficile ridurre tutta la vicenda teorica che andiamo descrivendo alla dimensione di una 'speciale' vocazione in senso autoritario dei giuristi medesimi. Questi, in effetti, non facevano altro che sistemare organicamente, con il *loro* Stato di diritto, quella forma di Stato liberale che in concreto si era avuto in Italia.

Sotto questo profilo, appaiono particolarmente decisivi i primi venti anni del secolo. Se è vero che essi segnarono una certa ripresa del parlamento e del suo peso politico ed istituzionale, è anche vero che ciò avvenne presupponendo, ed anzi quasi codificando, la permanente assenza di partiti politici organizzati, con una ricerca del consenso che ancora si strutturava nella direzione di un'amalgama di gruppi orientati da singole personalità, più che da autentici programmi politici. Ma allora, la dottrina orlandiana del parlamento come luogo di discussione tra cittadini 'eminenti', e tra uomini 'capaci', non era forse la stilizzazione formale di un sistema politico davvero esistente? Ed in una situazione del genere, che si accompagnava ad una forte espansione delle strutture e dei compiti della pubblica amministrazione, non era forse del tutto plausibile una ricerca di 'Stato' al di là del parlamento, come era nel caso dei nuovi teorici dello Stato amministrativo? In effetti, proprio nel momento in cui con Orlando si codificava, divenendo visibile nel corso della stessa età giolittiana, un 'politico' privo di progetto e di momenti autenticamente indirizzati in senso prescrittivo-costituente — e per ciò stesso da qualificarsi, come sappiamo, come pienamente 'giuridico' —, non poteva stupire il fatto che lo stesso 'Stato' tendesse a risolversi nella amministrazione, depositaria per eccellenza dei valori della neutralità e della stabilità⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴⁵⁾ Sul punto, si vedano le brillanti osservazioni di P. FARNETI, *Sistema politico e società civile. Saggi di teoria e ricerca politica*, Torino, 1971, pp. 188-189, che definisce il progetto giolittiano come « progetto burocratico di governo », con significati assai vicini a quelli da noi indicati nel testo. Le tesi di Farneti

Così, la vicenda che abbiamo descritto a partire dai testi di Ranelletti assume contorni più ampi e caratteri più generali, finendo per riguardare lo stesso decisivo *rapporto tra costituzione ed amministrazione*. In effetti, lo stesso Orlando, demolendo la versione contenutistica e prescrittiva della costituzione, ed espellendola dalla tradizione giuspubblicistica italiana, non aveva fatto altro che porre i presupposti necessari affinché la stessa costituzione, intesa nel suo caso come 'necessario' e 'naturale' ordine storico di una certa collettività in forma di 'popolo', potesse trovare — questa volta al di là della stessa dottrina orlandiana — il suo riferimento principale proprio nella amministrazione. È questa la convinzione di fondo che si va formando nei giuristi italiani tra età giolittiana e fascismo: che nella amministrazione, nella sua stabilità, nel suo diritto, nella sua capacità di produrre prestazioni calcolate e calcolabili, stia *la vera costituzione* dello Stato di diritto liberale, ben al di là della forma di governo orientata in senso parlamentare.

Attorno alla amministrazione si stratificano dunque due temi teorici che riguardano lo 'Stato' stesso come necessario oggetto di studio da parte della giuspubblicistica e, nello stesso tempo, come concreta forma politica organizzata trascendente i confini storici e teorici tra 'liberale' e 'fascista'. Da una parte, si pone il problema di un diritto della amministrazione come metro di un agire pubblico fondamentalmente *calcolabile*, che è tale proprio perché è svincolato da ogni pressione politica, sia essa quella tipicamente proveniente dalla assemblea rappresentativa, sia essa quella del partito inteso come motore della 'rivoluzione'; dall'altra, lo stesso diritto è inteso soprattutto come diritto proprio e specifico della pubblica amministrazione, esprimendosi in esso in primo luogo la dimensione sovrana ed *originaria* del potere pubblico, la sua strutturale non dipendenza da una qualche forma organizzata di consenso.

sono state in varia misura commentate o discusse da E. ROTELLI, *Costituzione e amministrazione*, cit., p. 101; N. TRANFAGLIA, *Dallo Stato liberale al regime fascista. Problemi e ricerche*, cit., pp. 37 ss.; e da A. AQUARONE, *Tre capitoli sull'Italia giolittiana*, cit., pp. 62-63. Qualche considerazione sul rapporto Stato-amministrazione in R. VIVARELLI, *Il fallimento del liberalismo. Studi sulle origini del fascismo*, cit., pp. 74-76.

Ora, la nostra ipotesi è che la giuspubblicistica italiana durante il fascismo, specialmente nella sua componente amministrativistica, si muova nel suo complesso, e comunque ben al di là dello specifico caso di Ranalletti⁽⁴⁶⁾, entro questo quadro teorico di riferimento, tenendo insieme i due elementi sopra delineati. Lavorare dentro le strutture del regime costruendo il diritto della pubblica amministrazione ha quindi un significato necessariamente duplice. In esso convivono, sia l'aspetto 'liberale' della calcolabilità e del vincolo che il diritto può imporre al regime, della preminente presenza, rispetto allo stesso regime, dello 'Stato' come entità giuridicamente definibile ed organizzabile, sia l'aspetto 'autoritario' della definizione di una forma di Stato che, strutturandosi tutta attorno al momento sovrano ed originario impersonato dalla pubblica amministrazione, spera di trovare per questa via nello stesso regime, depurato dai suoi caratteri movimentistici e dalle sue pretese 'costituenti', un contesto istituzionale ideale per lo sviluppo dello Stato amministrativo. Insomma, per concludere su questo punto, si può dire che quei giuristi che avevano lavorato a partire dalla fine del secolo scorso per individuare — come abbiamo visto — nella amministrazione la vera costituzione dello Stato liberale, trasferiscano ora il medesimo impegno teorico all'interno del nuovo regime, tentando di emarginare da questo, con tecniche ampiamente già collaudate in età liberale, il momento politico del partito, e più in generale tutti i fattori che tendessero a disporsi in senso 'costituente'.

(46) Non è certo possibile in questo contesto aprire un discorso a parte sulla amministrativistica italiana negli anni del fascismo, che si muove su basi dogmatiche consolidate, ma che pure tenta la via di significative innovazioni. Per essa si pone soprattutto il problema di una burocrazia pubblica in continua trasformazione: sul punto si veda l'eccellente sintesi di G. MELIS, *Amministrazione nuova e burocrazie tradizionali nell'Italia giolittiana e fascista*, Sassari, 1984. Per quanto riguarda il delicato e decisivo problema della legalità dell'azione amministrativa, si vedano i due fondamentali testi di G. ZANOBINI, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare* (1922), e *L'attività amministrativa e la legge* (1924), entrambi in Id., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, risp. pp. 145 ss. e 203 ss.; e le valutazioni in proposito di B. SORDI, *Giustizia ed amministrazione*, cit., pp. 457 ss. Per ulteriori considerazioni, vedi anche S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971.

È dunque su questo terreno, attorno a questo nodo decisivo del rapporto amministrazione-costituzione, che è possibile individuare il nucleo più autentico della tradizione giuspubblicistica italiana, nella forma che essa aveva assunto a partire dalla fine del secolo scorso. Nel modello orlandiano che conosciamo si trovano da questo punto di vista elementi decisivi, soprattutto in ordine alla avversione nei confronti di ogni forma di potere costituente, come anche di ogni influenza a livello costituzionale del partito politico. Tuttavia, agli occhi dei teorici dello Stato amministrativo, il giurista siciliano sembrava non aver compreso la necessità di ritrovare altrove la 'costituzione', ovvero nella stessa amministrazione, ritenuta soggetto ben più forte e decisivo del 'popolo' e dei cittadini eminenti, elettoralmente designati come 'capaci' al governo della cosa pubblica. Orlando, in definitiva, sembrava non aver compreso che lo 'Stato', e lo stesso Stato di diritto, continuava ad esistere al di là del superato governo parlamentare, in qualità di amministrazione regolata dal diritto, e che anzi i giuristi *non potevano sottrarsi* al compito di rafforzare questa identità giuridico-amministrativa-statale nei confronti delle pretese politiche di chi voleva interpretare il fascismo come nuovo e rivoluzionario 'fatto costituente'.

Ciò appare del tutto chiaro anche nel caso dell'altro grande dogmatico — accanto a Ranelletti — dello Stato amministrativo, ovvero di Santi Romano. Non sono qui in questione i più noti saggi romaniani degli anni Trenta⁽⁴⁷⁾, né una certa quale presenza, per la verità assai sfumata, delle dottrine istituzionistiche dello stesso Romano nel contesto più generale del dibattito, condotto in quei medesimi anni, sullo Stato corporativo⁽⁴⁸⁾. A noi pare, infatti, che anche per Romano il punto decisivo e focale del rapporto con il regime fascista sia altrove, sia cioè anche nel suo caso interno alla nostra problematica dello Stato amministrativo.

(47) S. ROMANO, *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato* (1930), in ID., *Scritti minori*, vol. II, *Diritto amministrativo*, Milano, 1950, pp. 299 ss.; ID., *Contratti collettivi di lavoro e norme giuridiche* (1930), *ibid.*, pp. 285 ss.; ID., *La potestà normativa del Consiglio Nazionale delle Corporazioni* (1933), *ibid.*, pp. 305 ss.

(48) Qualche osservazione in proposito in L. ORNAGHI, *Stato e corporazione*, cit., pp. 98-99.

Non è possibile ora ripercorrere, anche solo in sintesi, le complesse vicende delle dottrine romaniane. Si può solo osservare come proprio la problematica della pubblica amministrazione assuma un ruolo di assoluto rilievo nella costruzione di quelle dottrine a partire dalla fine del secolo scorso. Romano si occupa in effetti di tutte le questioni decisive per la costruzione dello Stato amministrativo: dal rapporto parlamento-governo al decentramento, dalla giustizia amministrativa al decisivo terreno del 'diritto pubblico patrimoniale', inerente al nesso nuovo e delicatissimo tra amministrazione ed economia⁽⁴⁹⁾; e non v'è dubbio che le sue soluzioni siano da annoverare tra i prodotti teorici più compiuti e raffinati di quella nuova generazione di amministrativisti italiani che legò le sue sorti — nei termini che sappiamo — ad una certa interpretazione del rapporto tra costituzione ed amministrazione.

Con questo non si vuole affatto dire che la figura di Romano sia, nel passaggio dallo Stato liberale al regime fascista, del tutto assimilabile a quella di Ranelletti. Infatti, il primo, a differenza del secondo, non cedette mai alla tentazione di proporre un qualche 'ritorno allo Statuto'⁽⁵⁰⁾, né interpretò mai il fascismo in questa direzione. Anzi, l'esplicito riconoscimento, contenuto nel *Corso di diritto costituzionale* del 1931, di una tradizione storico-costituzionale del governo parlamentare in Italia, fondata su « vere norme giuridiche, sebbene non cogenti in modo assoluto e, in ogni caso, molto elastiche »⁽⁵¹⁾, esclude che si possa applicare alla vicenda statutaria la categoria ranellettiana della 'degenerazione', e quindi che si possa interpretare il fascismo come 'storico rimedio' ai mali delle istituzioni italiane. C'è anche un altro indizio in questa direzione, contenuto nella relazione redatta da Romano per la commissione nominata dal consiglio nazionale del partito fascista

(49) Vedi *supra*, note 38 e 39.

(50) Anche se in qualche punto della sua opera Romano accennò apertamente alla possibilità che i parlamenti, sovraqualificati dalle false ideologie di sovranità popolare, ritornino alle loro funzioni originarie, che erano quelle di approvazione degli atti del principe: vedi S. ROMANO, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione* (1898), in *Id.*, *Scritti minori*, cit., vol. I, pp. 47-92, p. 86.

(51) S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1931³, p. 194.

nell'agosto del 1924⁽⁵²⁾. Anche in questa sede, scrivendo a proposito del rapporto tra legislativo ed esecutivo, il nostro giurista muove dalla convinzione che il governo parlamentare, per quanto non esplicitamente previsto dallo Statuto, sia comunque ormai da considerarsi in Italia prodotto di una autentica consuetudine costituzionale, cosicché la sua abolizione potrebbe essere frutto solo di un vero e proprio « sovvertimento generale »⁽⁵³⁾. In questo senso, la prospettiva è esattamente rovesciata rispetto a Ranelletti: mentre questi pensa al governo parlamentare come ad un mero stato di fatto politico, conseguente all'esercizio di un prepotere, e quindi al fascismo come ad un ritorno allo Stato giuridico in forma di Stato amministrativo, Romano pensa al governo parlamentare come ad un vero e proprio sistema giuridico-costituzionale, in modo tale che l'opera di riforma costituzionale promossa dal fascismo, ed alla quale lo stesso Romano sta collaborando, può essere definita come ' giuridica ' solo se rimane nella logica della correzione — naturalmente nel senso di moderare fortemente il peso istituzionale della assemblea elettiva —, e diviene invece ' politica ' quando punta al sovvertimento, al superamento pieno del medesimo governo parlamentare.

(52) La relazione di Romano è contenuta nei *Documenti per la storia del fascismo a cura dell'Istituto Nazionale Fascista di cultura*, I, *Relazioni e proposte della Commissione per lo Studio delle riforme costituzionali*, Firenze, 1932, pp. 231 ss.

(53) *Ibid.*, p. 232. Il volume da cui abbiamo estratto la relazione di Romano raccoglie però soprattutto gli atti della commissione successivamente nominata, in via più ufficiale, con atto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 1925. Anche in questo caso le conclusioni della commissione, documentate dalla relazione del consigliere di Stato Domenico Barone (pp. 5-81), si muovono nella logica di un riequilibrio dei rapporti tra i poteri dello Stato mediante un rafforzamento dell'esecutivo, escludendo che si possa e si debba creare una « nuova costituzione », uscendo fuori dai confini, storici e teorici, del governo parlamentare (vedi spec. le conclusioni alle pp. 79-80). Tali conclusioni potevano essere accettate, non solo da Romano, ma anche, in fondo, dallo stesso Orlando, che con il suo modello costituzionale a noi già noto è presente implicitamente in molte delle pagine della relazione Barone. Naturalmente, si deve tener presente la data del 1925, che è anteriore alla legislazione costituzionale della seconda metà degli stessi anni Venti. Infatti Gentile, nella prefazione al volume, tiene in modo particolare a sottolineare il fatto che esso ha ormai valore esclusivamente storico: « è un libro di documenti per gli storici del movimento fascista ».

Giunti a questo punto, sembra davvero di essere entrati in una sorta di vicolo cieco. Infatti, se è vero che Romano rimaneva nel 1924-25, pur con alcune perplessità, ed anche con sostanziali differenze⁽⁵⁴⁾, entro la logica di fondo del modello orlandiano di governo parlamentare, e se è vero d'altra parte che egli sarà più tardi perfettamente consapevole del fatto che il fascismo stava creando *una nuova forma di governo*, nient'affatto tornando — come pensava Ranelletti — al modello costituzionale puro⁽⁵⁵⁾, allora è perfettamente lecito domandarsi: entro *quale* edificio costituzionale Romano pensava di poter e dover continuare il suo lavoro di giurista?

Una testimonianza rilevante a questo proposito è fornita anche dalla recensione del nostro giurista al volume contenente i discorsi e le relazioni con cui Alfredo Rocco, nella sua qualità di ministro guardasigilli, aveva illustrato di fronte al parlamento la nuova legislazione del regime⁽⁵⁶⁾: in effetti, per Romano, discutere dei contenuti di questa opera non poteva non significare discutere, seppure in via di estrema sintesi, il significato dell'opera costituzionale del regime fascista. In queste pagine, il nostro giurista lavora servendosi esplicitamente del concetto di 'rivoluzione fascista', e con altrettanta nettezza si chiede apertamente *quale forma di Stato* il fascismo sia andato creando in opposizione al tramontato Stato liberale. E tuttavia, Romano è nello stesso tempo ben attento a valorizzare in pieno anche quegli aspetti di continuità con la precedente esperienza costituzionale, che lo stesso Rocco aveva del resto più volte messo in rilievo anche sul punto

(54) Un cospicuo elemento differenziale tra il costituzionalismo romaniano ed il modello tradizionale liberale disegnato da Orlando era sicuramente dato dalla inclinazione di Romano verso la tematica della 'rappresentanza degli interessi', considerata invece nella logica dello stesso Orlando segno, e causa insieme, della crisi e del declino, non solo dello Stato liberale, ma della forma 'Stato' in genere. Per Orlando, vedi *supra*, nota 18. Per Romano, si veda soprattutto la celebre prolusione dedicata a *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909), in *Id.*, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969, pp. 5-26; ed un accenno anche nella relazione cit. *supra*, nota 52.

(55) S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, cit., pp. 193 ss.

(56) S. ROMANO, *Recensione a A. ROCCO, La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Roma, 1927, in *Archivio giuridico*, XCIX (1928), pp. 224-227.

specifico, direttamente coinvolgente il nostro giurista, di una tradizione dottrinale tutta centrata sul dogma della sovranità dello Stato, che il fascismo avrebbe in fondo solo portato « sino alle sue ultime conseguenze »⁽⁵⁷⁾.

C'è quindi in Romano una curiosa, spesso ambigua, e comunque assai abile, composizione di elementi provenienti dai due opposti campi della 'rivoluzione' e della 'continuità' costituzionale, quest'ultima però non più interpretabile, com'era il caso di Ranelletti, in chiave di semplice 'restaurazione'. In ciò Romano è assai vicino a Rocco, che in tale opera compositiva fu davvero maestro, svolgendo la determinante funzione di conciliare le pretese del regime di autoqualificarsi come integralmente nuovo con le esigenze della dottrina e dei giuristi, che solo mantenendo aperto anche il canale della 'continuità' avrebbero potuto proseguire nel loro mestiere — come Rocco desiderava — anche sotto, ed entro, il regime che si andava costruendo⁽⁵⁸⁾.

C'è tuttavia quanto meno un punto sul quale Rocco e Romano si dividono. Discutere di questo significa tornare ai termini generali del nostro problema, che rimane quello del rapporto complessivo tra la tradizione giuspubblicistica liberale e l'edificazione del nuovo regime.

Per Romano superare la forma di governo orientata in senso parlamentare, e magari anche la stessa forma di Stato consegnata dalla precedente esperienza liberale, non significava affatto creare *una nuova costituzione*. Per ammettere questo, bisognava ammettere che tra le novità istituzionali introdotte dal fascismo vi fosse anche la duplice figura, sconosciuta alla giuspubblicistica, del potere costituente e della legalità costituzionale come livello di legalità

(57) *Ibid.*, pp. 225-226. Non è possibile qui soffermarci in dettaglio sulla figura di Rocco, per la quale si veda comunque P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, 1963. Brani piuttosto noti, relativi al rapporto tra tradizione giuspubblicistica e fascismo, sono in A. Rocco, *Politica e diritto nelle vecchie e nelle nuove concezioni dello Stato* (1931), in *Id.*, *Studi di diritto commerciale ed altri scritti giuridici*, Roma, 1933, vol. II, pp. 453-474, con significative concordanze di accenti con i contenuti della recensione di Romano.

(58) A. Rocco, *La trasformazione dello Stato*, cit., spec. pp. 23 ss., 131 ss., 163 ss., 195 ss., ma tutto il volume è da rileggere nella direzione da noi indicata nel testo.

sovraordinata rispetto alla legge ordinaria. Ma ciò non era, per Romano come per *tutta* la tradizione giuspubblicistica italiana, 'materia disponibile' da parte di un regime, per quanto questo potesse definirsi 'rivoluzionario'. Quelle figure erano piuttosto prodotti ideologici di una certa fase storica della riflessione costituzionalistica, funzionali allora, al tempo delle rivoluzioni, ad una concentrazione di tutto il potere pubblico nelle assemblee elettive, al di là delle quali si immaginava appunto il popolo sovrano disposto in senso 'costituente' (59). Ora, anche il fascismo per ben altro verso finiva inevitabilmente per costituire una minaccia per quello Stato con cui s'identificava la stessa giuspubblicistica, che essa aveva il compito di difendere da ogni intrusione di principii 'costituzionali', che in realtà erano solo politici, ideologicamente funzionali a giustificare un nuovo inaccettabile dominio sullo Stato dal suo esterno, questa volta da parte del partito politico, nella sua concreta forma storica di partito unico.

Tutto ciò si condensò in modo esemplare nella discussione sull'art. 12 della l. 9 dicembre 1928 n. 2693 sulle attribuzioni del Gran consiglio del fascismo. Tale articolo disponeva il parere obbligatorio del Gran consiglio su tutte le materie di carattere costituzionale, dalle attribuzioni e prerogative della Corona alla composizione e funzionamento dello stesso Gran consiglio, del Senato e della Camera, dalle attribuzioni e prerogative del Capo

(59) Molteplici i riferimenti testuali contenuti in questo senso nella opera di Romano: vedi S. ROMANO, *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato* (1898), in *Id., Scritti minori*, cit., I, pp. 1-40; *Id., Costituente*, in *Digesto Italiano VIII* (1899-1903), dove leggiamo — la voce di Romano è datata 12 gennaio 1900 — a proposito del concetto di costituzione, che esso appare « inafferrabile e privo di effettiva consistenza », in modo tale che « da ciò si può trarre la sicura conseguenza che un potere o una funzione costituente, per la sua intima natura distinta da quella legislativa, non trova luogo nella categoria dei concetti fondamentali del diritto pubblico » (pp. 352-353). Molto più tardi, a testimonianza di una tenace ed incrollabile convinzione, con la quale s'identificava tanta parte della nostra tradizione giuspubblicistica, Romano ritornò per la ennesima volta sul problema, significativamente criticando, in un contesto argomentativo affine, la nozione di 'costituzione in senso materiale', quale discutibile e pericoloso tentativo di emancipare il concetto stesso di 'costituzione' dal diritto costituzionale positivo emanato dallo Stato-persona: vedi S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, 1946², pp. 3 ss.

del governo alla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche, dalle norme in materia sindacale e corporativa fino ai rapporti con la S. Sede ed alla materia dei trattati internazionali. Ebbene, proprio Rocco, presentando la legge in questione al Senato, sostenne che da questo articolo si doveva partire per ammettere che ad una diversa procedura di formazione della legge, come quella prescritta dall'art. 12, dovesse corrispondere di necessità una nuova 'qualità' della legislazione medesima, appunto di natura costituzionale, tanto che — secondo Rocco — i giudici avrebbero dovuto disapplicare le leggi emanate nel campo designato dall'art. 12 e non munite del prescritto parere del Gran consiglio⁽⁶⁰⁾.

Su questo punto, Romano non poteva non dividersi da Rocco⁽⁶¹⁾, per motivi generali in parte a noi già noti. Ed infatti, nel *Corso di diritto costituzionale*, Romano negò, grazie ad un ingegnoso artificio teorico⁽⁶²⁾, che il fascismo avesse introdotto in Italia la nuova categoria delle 'leggi costituzionali', negando quindi — ciò che più premeva sul piano pratico — che ai giudici potesse spettare in proposito un qualche sindacato di legittimità. In realtà, in tutta questa specifica vicenda si nascondeva un formidabile problema teorico, che costituiva il vero e proprio discrimine tra i giuristi del fascismo ed i giuristi della tradizione: per i secondi, a differenza dei primi, per Romano, a differenza di Rocco,

(60) A. Rocco, *Scritti e discorsi politici*, vol. III, *La formazione dello Stato fascista* (1925-1934), Milano, 1938, pp. 943 ss.

(61) Il dibattito sull'articolo 12 della legge del 1928 fu piuttosto vasto, e meriterebbe una ricostruzione a parte. Tra gli altri, vedi A.C. JEMOLO, *La legge 9 dicembre 1928, n. 2693 sul Gran Consiglio del fascismo ed il concetto di 'legge costituzionale'*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti*, Padova, 1931, vol. II, pp. 75-90; A. FERRACCIU, *Norme e riforme costituzionali in Italia (a proposito del nuovo concetto di legge costituzionale)*, *ibid.*, vol. I, pp. 396-437; *Id.*, *Le leggi di carattere costituzionale*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1930, I, pp. 69 ss.

(62) S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, cit., p. 272, dove Romano sostiene come ancora ammissibile l'iniziativa parlamentare sulle materie dell'art. 12 della legge del 1928 — ciò che evidentemente farebbe cadere il concetto stesso di legge costituzionale come livello di legalità indisponibile da parte del parlamento —, dal momento che in teoria il Capo del governo, unico titolare del potere di convocazione del Gran Consiglio, potrebbe far propria la proposta parlamentare, conservando ad essa il suo carattere originario.

non poteva esistere alcuna ' costituzione ' al di là del diritto costituzionale, al di là del diritto che lo Stato-persona emanava al fine di regolare l'attività degli organi costituzionali dello Stato medesimo, tra loro, ed in rapporto con i cittadini. Solo questo — e non era certo cosa di poco conto dal punto di vista del regime! — non potevano concedere i giuristi della tradizione, perché in tal modo essi avrebbero negato il loro stesso mestiere, la loro stessa identità disciplinare, ammettendo che le loro costruzioni dogmatiche potessero in ogni momento essere messe in discussione dalla necessità di pensare *in modo adeguato* ai ' valori ' espressi nella ' costituzione '.

Da questo tema teorico generale discendono poi due conseguenze specifiche sul piano costituzionale. In primo luogo, la negazione, fermissima in Romano come in Ranalletti⁽⁶³⁾, di un pieno ruolo costituzionale del partito politico: era infatti in questo che in concreto — come già abbiamo osservato — si poteva ravvisare il soggetto della ipotetica ' funzione costituente '.

Ma ancora più rilevante è da questo punto di vista la problematica del governo, dalla quale non a caso prenderà le mosse — come vedremo — Costantino Mortati. Anche in questo caso è utile termine di riferimento Rocco che, pur richiamando a questo proposito la tradizione giuspubblicistica, ed in particolare Ranalletti, in realtà propone di passare dal livello di una già proclamata ' essenzialità ' della pubblica am-

(63) Vedi *supra*, nota 44. Per Romano, si veda ancora S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, cit., pp. 126 ss., sul partito nazionale fascista come « ente ausiliario dello Stato ». Ben diversa la posizione di Rocco che, seppure in modo assai misurato, finiva per fondare l'autorità del Capo del governo su un oscuro complesso « di ingenti forze politiche, economiche e morali », che nel contesto dato non potevano non far capo al partito fascista: vedi A. Rocco, *La trasformazione dello Stato*, cit., p. 202 (si tratta della conclusione della relazione sul disegno di legge in materia di attribuzioni e prerogative del Capo del governo). È significativo il fatto che proprio su questo passaggio della relazione di Rocco si sia appuntata l'attenzione critica di liberali come Mosca, che ben videro in questo aspetto del ruolo del partito il fattore principale di superamento sia del governo costituzionale puro come anche del governo parlamentare: vedi G. Mosca, *Prerogative del Capo del Governo*, in *Id.*, *Partiti e sindacati nella crisi del regime parlamentare*, Bari, 1949, pp. 277-284 (si tratta del discorso pronunciato al Senato nella seduta del 19 dicembre 1925, quasi in replica alla relazione di Rocco sopra ricordata).

ministrato nella definizione dello Stato alla individuazione di una vera e propria « funzione governativa »⁽⁶⁴⁾, in qualche modo nuova rispetto alla stessa tradizione, e soprattutto — ciò che più conta — autonoma rispetto alla stessa amministrazione, e rispondente quindi a *logiche d'indirizzo* che, non essendo più parlamentari, non potevano non provenire, di nuovo, dal partito politico. Anche a questo si oppone decisamente Romano, rimanendo deliberatamente nella logica ranellettiana della « direzione suprema e generale dello Stato nel suo complesso e nella sua unità »⁽⁶⁵⁾, intesa nel senso *statico* della individuazione di un nucleo forte ed 'essenziale' dello Stato collocato nel complesso monarchia-burocrazia-governo, e non nel senso *dinamico* di un'autonoma potestà governativa esplicitamente fondata su un decisivo elemento di programma e d'indirizzo.

Alla fine — come vediamo — tutte queste problematiche si riconnettono insieme determinando l'identità stessa della tradizione giuspubblicistica italiana, in genere, e di fronte al fascismo. Questa consiste, in una parola, nel legame stretto ed indissolubile tra il mestiere del giurista e la necessaria presenza di uno 'Stato', variamente denominato 'moderno', o 'giuridico', o 'di diritto', che in quanto soggetto istituzionale, sovrano ed originario, possa dirsi del tutto libero ed autonomo da ogni 'costituzione', quindi non rispondente a principi ritenuti di ordine 'superiore', ed in realtà da ritenersi invece come propriamente ed esclusivamente politici. In conclusione, la tradizione giuspubblicistica italiana si ferma consapevolmente e necessariamente alla *dottrina dello Stato-persona*: non vuole e non può produrre una *dottrina della costituzione*, e con essa — come vedremo — una dottrina del rapporto Stato-partito, e più in genere del governo e dell'indirizzo politico.

(64) A. ROCCO, *Prefazione a C. SALTELLI, Potere esecutivo e norme giuridiche. La legge 31 gennaio 1926, n. 100, commentata ed illustrata*, Roma, 1926. È da notare però come anche in questo testo Rocco prosegua nella sua opera di mediazione con la dottrina tradizionale, per altro verso addirittura giustificando il permanente uso del termine 'potere esecutivo' in quanto contenuto nello Statuto. In realtà, come vedremo nel paragrafo successivo, solo con Panunzio avremo una vera e propria dottrina della funzione governativa in chiara e netta opposizione con la vecchia dottrina liberale del potere esecutivo.

(65) S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, cit., p. 272.

Ora, tutto ciò finisce per attraversare tutto lo spettro della tradizione giuspubblicistica italiana, in particolare risultando decisivo nel caso dei nostri tre protagonisti, ovvero nel caso di Orlando, di Ranelletti, e di Romano. Infatti, se Orlando si distacca criticamente dal regime, è proprio perché, sulla base del suo modello costituzionale, egli non riesce più a vedere 'Stato' nella situazione politico-istituzionale creatasi nella seconda metà degli Venti; ed è ancora sulla base del medesimo 'Stato', questa volta assunto nella sua versione di originario potere sovrano della monarchia e della burocrazia, che Ranelletti decide di svolgere la sua funzione di giurista entro le strutture politiche del regime. Ma ciò che più conta è che per *tutta* la tradizione giuspubblicistica, indipendentemente dalla sua collocazione dentro o fuori del regime, gli obiettivi polemici sono i medesimi: il potere costituente e la legge costituzionale, il ruolo costituzionale del partito politico, il governo d'indirizzo, ed in fondo la 'costituzione' medesima.

Anche il caso di Romano rientra ampiamente in questo contesto generale, ed in particolare, seppure con alcune differenze — già viste — rispetto a Ranelletti, nella tradizione dello Stato amministrativo formatasi alla fine del secolo scorso. Ciò appare in tutta evidenza nel discorso tenuto da Romano per il suo insediamento nella prestigiosa carica di Presidente del Consiglio di Stato⁽⁶⁶⁾. Qui, accanto al riconoscimento di una vera e propria « rivoluzione fascista » come processo creativo di « un nuovo ordinamento » si mette subito in rilievo come il moto continuo di tale 'rivoluzione' abbia però raggiunto « un punto ormai fer-

(66) S. ROMANO, *Discorso per l'insediamento a Presidente del Consiglio di Stato*, in *Il Foro amministrativo*, V (1929), pp. 3-6 (preceduto dal *Discorso di S.E. Mussolini, Primo Ministro Duce del Fascismo, per l'insediamento del Presidente del Consiglio di Stato*, pp. 1-2). Sul punto è di notevole rilievo anche S. ROMANO, *La funzione e i caratteri del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, Roma, 1932, vol. I, pp. 3-28, assolutamente monolitico nel valutare il complesso della giustizia amministrativa come istituzione fondamentale dello Stato amministrativo — prima liberale, e poi fascista —, quindi più sul piano oggettivo della coerenza dell'ordinamento che su quello soggettivo, in fondo incidentale, della tutela delle posizioni giuridiche dei cittadini. Su questi impegni istituzionali di Romano vedi F. COCOZZA, *Santi Romano Presidente del Consiglio di Stato. Cenni storici e spunti problematici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1977, pp. 1231-1352.

mo»: questo « punto è la riorganizzazione e il rafforzamento del potere esecutivo, finalmente restituito a quella posizione preminente che la salvezza dello Stato urgentemente reclamava. Esso è ormai il vertice del sistema costituzionale, è il primo motore dell'intera vita statale, è nell'esercizio della sua funzione effettivamente sovrano » (67).

Dunque, non un'improbabile, e pericolosa, 'funzione governativa', ma il potere esecutivo, necessariamente comprendente governo ed amministrazione: è questo il dato istituzionale che si pone al centro della esperienza costituzionale del fascismo, è questo il 'punto fermo' al quale la 'rivoluzione fascista' è giunta, e che per Romano è e deve rimanere fermo anche e soprattutto di fronte alla 'rivoluzione' medesima. Ma non è forse nella centralità di un potere esecutivo così concepito che risiedeva uno dei momenti teorici fondamentali della nostra dottrina dello Stato amministrativo, a partire dall'ultimo decennio dell'ottocento, e nel corso di tutta l'età giolittiana?

In realtà, la vicenda specifica di Romano mostra ancor più quanto fosse strumentale il riferimento di Ranelletti al modello costituzionale puro ed alla originaria prerogativa regia, o quanto esso rappresentasse al massimo una variante, possibile ma non necessaria, della strategia dei nostri giuristi di fronte al regime. Ed infatti Romano, pur non aderendo alla visione ranellettiana della storia costituzionale italiana ed alla concezione del fascismo come mero strumento di 'restaurazione', non ha difficoltà a lavorare come giurista entro il nuovo regime, appunto perché il suo Stato, ovvero *lo Stato amministrativo della tradizione*, non riceve certo il necessario crisma di giuridicità, e di legittimità, dalla prerogativa regia — che anzi Romano palesemente non vede più come l'elemento decisivo nella qualificazione della forma di governo —, ma da quella condizione di sovranità, di autonomia, e di originalità del potere pubblico che si concentra e si esprime al massimo grado nel potere esecutivo: in quel potere che il fascismo, se aiutato dai giuristi a non debordare verso pericolose ipotesi di primato della 'costituzione', avrebbe definitivamente ricollocato al centro della dinamica costituzionale.

(67) S. ROMANO, *Discorso per l'insediamento*, cit., p. 4.

Infine, il caso di Romano ci mostra anche quale sia il limite estremo al quale può giungere la tradizione giuspubblicistica italiana nel rapporto con il regime fascista. Essa può anche consentire ad una certa versione del fascismo come 'rivoluzione', nel senso di una svolta storica creativa di una nuova forma di governo e di Stato non esattamente qualificabile secondo i canoni tradizionali e conosciuti: tutto questo è stato ammesso in varie forme e modi dallo stesso Romano. Ma nel moto costituzionale provocato dalla 'rivoluzione' deve esistere di necessità un 'punto fermo', che è dato in sintesi dalla esigenza che quel moto e quella svolta non conduca ad *un governo d'indirizzo ispirato dal partito, proteso ad attuare nella società i 'valori' dettati dalla 'costituzione'*. Al posto di questa soluzione, politicamente possibile, ma non più 'giuridica', e contro la quale i giuristi stessi sono comunque chiamati a lavorare dall'interno del regime, in fondo anche Romano propone un'opera di 'restaurazione', che è quella della centralità del potere esecutivo nel senso già conosciuto dello Stato amministrativo. Tale centralità è vissuta da giuristi come Santi Romano come dato naturale e fisiologico, in definitiva istituzionale, di ogni regime politico. Nella strategia impersonata da Romano anche il regime fascista, pur con le sue ansie 'rivoluzionarie', e per quanto effettivamente avesse creato nuove ed inedite forme di governo, avrebbe finito per scontrarsi con quel dato, in esso trovando un limite invalicabile. Su quella ideale linea di delimitazione e di confine era attestata la scienza giuridica, perché lì si trovava il suo necessario oggetto di studio, ovvero lo 'Stato' medesimo. In questo senso, i giuristi *dovevano* lavorare entro le strutture politiche del regime, poiché non potevano lasciare interrotto, pena una grave perdita d'identità, quel discorso sulla 'essenza' dello Stato in forma di amministrazione che avevano già avviato in piena età liberale.

3. *I giuristi del regime di fronte alla tradizione giuspubblicistica italiana. Critiche e proposte di revisione.*

Sono esistiti davvero i 'giuristi del regime'? E se sono esistiti, quale è stato il loro rapporto con quei 'giuristi della tradizione' di cui già abbiamo discusso? Intanto, sulla base della

analisi fin qui condotta, crediamo che non sia possibile rispondere alla prima domanda sostenendo che 'giuristi del regime' sono stati tutti quei giuristi che hanno lavorato concretamente entro le strutture politiche e costituzionali costruite in Italia a partire dagli anni Venti.

È soprattutto l'emblematico caso di Santi Romano, che occupò la prestigiosa carica di Presidente del Consiglio di Stato, ad impedire una simile conclusione. Infatti, giuristi come Romano — come già abbiamo visto — vedevano nel fascismo, da una parte l'occasione storica funzionale a restituire all'amministrazione, ed all'intero potere esecutivo, quella centralità che lo Stato liberale aveva solo imperfettamente realizzato, dall'altra una possibile minaccia, sulla base delle nuove dottrine del partito politico e della autonoma funzione governativa, a quella nozione di *Stato come originaria istituzione sovrana in forma di amministrazione* ⁽⁶⁸⁾, nella quale si riconosceva la parte più consistente della stessa tradizione giuspubblicistica. In altre parole, giuristi come Romano lavoravano entro le strutture del regime *in quanto* giuristi della tradizione, e ciò in un duplice senso: sia perché ravvisavano nel regime stesso i possibili connotati istituzionali di una forma politica già conosciuta, e da essi medesimi elaborata sul piano teorico nel corso degli ultimi decenni della stagione liberale — il nostro Stato amministrativo —, sia perché intendevano favorire nella 'rivoluzione' in atto la tendenza verso la rivalidazione storica di quella medesima forma politica, contro la possibile evoluzione verso il primato dei 'principi costituzionali' ritenuti espressione propria e specifica della stessa 'rivoluzione'. Dunque, in una parola, si poteva essere giuristi della tradizione anche decidendo di lavorare

(68) In effetti, lo stesso istituzionalismo romaniano sembrava dirigersi più verso questa concezione della pubblica amministrazione come nucleo originario ed essenziale dello Stato che non verso la configurazione di una vera e propria legalità costituzionale sovraordinata rispetto alla legge ordinaria. Per l'avversione di Romano nei confronti del concetto stesso di 'costituzione', vedi *supra*, nota 59; per la sua concezione della pubblica amministrazione, vedi M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo*, cit.; e più in genere, per importanti spunti teorici in materia di poteri originari della pubblica amministrazione, vedi M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, spec. pp. 37 ss.

entro le strutture del regime; anzi, fu proprio questa — con l'eccezione di Orlando — la scelta più corrente tra i massimi esponenti della nostra tradizione giuspubblicistica.

Si apre allora un altro e diverso campo di ricerca, nel quale indagare al fine d'identificare correttamente i 'giuristi del regime'. È questo il campo della *critica alla tradizione*. A questo proposito, si deve subito precisare che dal nostro punto di vista non interessa ogni tipo di critica, ma solo quella che si pone in senso specifico come giuridica, da giurista a giurista⁽⁶⁹⁾. Non interessa quindi un generico discorrere sulle virtù dinamiche della 'rivoluzione' in opposizione alle statiche forme dei giuristi della tradizione, ma piuttosto solo ed esclusivamente quei tentativi di ricostruire, proprio attraverso la critica alla tradizione, una diversa identità della giuspubblicistica, ritenuta maggiormente all'altezza dei tempi e delle trasformazioni che lo Stato stava subendo nel nuovo contesto politico-istituzionale.

Pur così ristretto, il campo d'indagine rimane lo stesso assai vasto, e non può certo essere qui esaurito. Si possono però individuare *due linee principali* di critica alla tradizione. A ciascuna di esse corrisponde, certo non a caso, un aspetto ritenuto particolarmente debole e contraddittorio all'interno della nostra tradizione, e quindi come tale assunto come principale oggetto di critica.

Possiamo definire la prima linea *etico-politica*, e la seconda *corporativo-governativa*. Dal nostro specifico osservatorio, che è dato — lo ripetiamo ancora una volta — esclusivamente dal gruppo professionale e disciplinare dei giuristi, queste due linee sono emblematicamente impersonate rispettivamente da Carlo Costamagna e da Sergio Panunzio⁽⁷⁰⁾.

(69) Rimane quindi fuori dalla nostra considerazione una critica alla tradizione come quella condotta da Arnaldo Volpicelli, sulla quale si veda P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 112 ss.

(70) Un primo approccio alla figura di Costamagna può essere aiutato da M. CUPELLARO, *Costamagna, Carlo*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 30, 1984, pp. 276-279, al quale rinviamo anche per la bibliografia raccolta. Ben più studiata la figura intellettuale di Sergio Panunzio, seppure quasi esclusivamente con riferimento alle problematiche del sindacalismo rivoluzionario: vedi S. CASSESE, *Socialismo giuridico e 'diritto operaio'*. *La critica di Sergio Panunzio*

È all'inizio degli anni Trenta che la critica di cui andiamo discutendo assume nuovi e più decisi accenti. Proprio grazie a Costamagna, essa si raccoglie — nella prima delle nostre due linee — attorno ad una nuova pubblicazione periodica. Si tratta di *Lo Stato*, che inizia la sua attività nel febbraio del 1930⁽⁷¹⁾. La rivista, per esplicita volontà della direzione e dello stesso Costamagna, trova la sua ragione d'essere nella esigenza di costruire « una scuola effettivamente nazionale nel diritto, nell'economia, nella politica », puntando l'indice soprattutto contro quei giuristi — la nostra tradizione — che « rifiutano di procedere alla revisione del sistema teorico del nostro diritto alla stregua dei principi etico-politici che ne sono alla base », proponendo al contrario una vera e propria sutura « tra la così detta vecchia dottrina e la nuova, come parecchi pretendono anche dentro i quadri politici del fascismo »⁽⁷²⁾.

Obiettivo polemico di Costamagna sembra essere, in questo senso, soprattutto Ranalletti: « si sa che per il prof. Ranalletti lo Stato non può esistere come Stato fascista. Vi è per lui un solo tipo di Stato, eterno, indistruttibile, assoluto: quello liberale-democratico del secolo XIX »⁽⁷³⁾; ed ancora, sempre in polemica

al socialismo giuridico, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3/4 (1974-75), pp. 495-505; D.D. ROBERTS, *The Syndacalst Tradition and Italian Fascism*, Manchester, 1979; G. CAVALLARI, *Pluralismo e gerarchia nel pensiero filosofico-politico di Sergio Panunzio (1907-12)*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale*, cit. pp. 413-429; S. DE ANGELIS, *Sergio Panunzio: rivoluzione e/o Stato dei sindacati*, in *Storia contemporanea*, XI (1980), pp. 969-987; Id., *Il corporativismo giuridico nell'opera di Sergio Panunzio*, *ibid.*, XIV (1983), pp. 695-739. L'ultimo saggio citato è di particolare rilevanza per le problematiche che esamineremo nel testo. Si segnala infine la pubblicazione di un volume di scritti di Panunzio: S. PANUNZIO, *Il fondamento giuridico del fascismo*, con introduzione di F. Perfetti, Roma, 1987.

⁽⁷¹⁾ L'importanza di questa rivista è stata messa in luce da L. MANGONI, *Cultura giuridica e fascismo. Il diritto pubblico italiano*, in *Cultura e società negli anni del fascismo*, Milano, 1987, pp. 433-444.

⁽⁷²⁾ LA DIREZIONE, *Precisazioni programmatiche*, in *Lo Stato*, I (1930), pp. 56-57. Per analoghe critiche alla tradizione, vedi anche la *Lettera-programma di S.E. Bottai*, *ibid.*, pp. 1-5; e C. COSTAMAGNA, *Il 'metodo' come problema politico*, *ibid.*, II (1931), pp. 8-18.

⁽⁷³⁾ C. COSTAMAGNA, *Ancora sul tema 'Stato e partito'*, in *Lo Stato*, VII (1936), pp. 368-371. L'occasione del contendere era data ancora una volta dalla inclinazione della tradizione giuspubblicistica di Romano e Ranalletti a negare

con Ranalletti, accusando la tradizione giuridica di aver voluto monopolizzare il concetto stesso di 'Stato': « vi sarebbe un modo definitivo dello Stato, che si indica come lo 'Stato moderno' per antonomasia e che sarebbe caratterizzato dai due requisiti di essere uno Stato costituzionale e uno Stato di diritto »⁽⁷⁴⁾.

Attraverso la critica a Ranalletti, viene così in primo piano forse la principale caratteristica teorica della linea impersonata da Costamagna, che sopra abbiamo definito etico-politica. Ciò che si contesta alla tradizione giuspubblicistica è di potersi ergere a titolare monopolista del valore-*'Stato'*; anzi essa, presumendo di essere tale, ovvero custode necessaria di quel valore, soprattutto di fronte alle pretese *'politiche'* del regime, finisce per non capire quanto proprio il fascismo sia pienamente *'Stato'*, quanto il fascismo realizzi, ben più della limitata e deformata civiltà liberale dell'Ottocento, l'agognato valore-*'Stato'*.

È qui necessario, di nuovo, risalire al nesso storico tra Stato liberale e regime fascista, in particolare per ciò che riguarda il decisivo periodo dei primi venti anni del secolo. Sappiamo, dopo le indagini già condotte, che proprio dalla concreta esperienza giolittiana giuristi come Romano e Ranalletti avevano ricavato la loro nozione-base di *'Stato'*, essenzialmente ricercata, in assenza di un definito progetto politico-costituzionale e di un reale ruolo protagonista del parlamento e dei partiti organizzati, nella pubblica amministrazione in quanto luogo istituzionale ritenuto più idoneo allo sviluppo dei valori liberali della certezza e della stabilità, ed in quanto personificazione dello *'Stato'* medesimo quale sovrana ed originaria istituzione. Ora, giuristi come Costamagna considerano proprio questo *'Stato'* dei giuristi della tradizione ormai superato dalle nuove circostanze storiche. Infatti, agli occhi di un Costamagna, il primato giolittiano della amministrazione, lungi dal proporre una *'vera essenza'* dello Stato — come era negli intendimenti di Romano e di Ranalletti —, non è altro che l'altro grande sintomo, accanto all'incapacità del parlamento ad

al partito la qualifica di « istituzione costituzionale dello Stato »: in proposito vedi *supra*, note 44 e 63.

(74) C. COSTAMAGNA, *Considerazioni sulla qualifica dello Stato fascista*, in *Lo Stato*, II (1931), p. 241. Da ricordare anche ID., *La riforma della scienza giuridica. La dottrina giuridica dello Stato e la sua crisi*, *ibid.*, IV (1933), pp. 561-572.

esprimere un autentico indirizzo politico, della sostanziale inattitudine della stagione politica liberale a produrre 'Stato' davvero⁽⁷⁵⁾. Ed in effetti, nella prospettiva di Costamagna, quale Stato è più povero e debole di quello Stato che si riduce ad identificarsi nella sua amministrazione? In realtà quindi Costamagna intende riproporre alla giuspubblicistica italiana il problema — a suo giudizio dimenticato dai giuristi liberali — della 'sostanza' *etico-politica dello Stato*, quale necessario spazio d'identificazione dello Stato medesimo, che colloca questo al di là di ogni attività di mediazione, sia essa quella tra i partiti in parlamento, sia essa quella propria di ogni attività amministrativa pubblica che si presume in sé conclusa, già in sé 'Stato', ma che proprio per questo finisce per essere priva di un vero principio politico di carattere direttivo, e quindi nient'affatto 'Stato'.

Entro questa generale cornice teorica, il discorso di Costamagna, proprio sulle pagine de *Lo Stato*, si sviluppa in una notevole pluralità di direzioni. Tra queste, certamente di grande rilievo è quella del commento ai principii contenuti nella 'Carta del Lavoro' ed alle norme della l. 3 aprile 1926 n. 563 sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro⁽⁷⁶⁾, come parte del dibattito più complessivo sullo 'Stato corporativo'⁽⁷⁷⁾.

(75) Appare rilevante in questo contesto l'indagine di E. GENTILE, *Il mito dello Stato nuovo dall'antigiolittismo al fascismo*, Bari, 1982.

(76) C. COSTAMAGNA, *La legge e il contratto*, in *Lo Stato*, I (1930), pp. 10-22; *Id.*, *L'associazione professionale nel diritto fascista*, *ibid.*, pp. 139-158.

(77) Per quanto riguarda specificamente i nostri giuristi, questa particolare problematica si traduceva anche in una delicata questione di assetti disciplinari. Infatti, Costamagna, come in genere i giuristi del regime, intendeva fare del diritto corporativo, ed in particolare proprio dei principii contenuti nella 'Carta del Lavoro', il nuovo diritto costituzionale del regime, ad esso subordinando gerarchicamente sia il diritto civile che il diritto amministrativo. Ai loro occhi, la risposta dei giuristi della tradizione era su questo terreno estremamente conservatrice; essa consisteva infatti nel collocare il diritto corporativo in un settore speciale del diritto amministrativo, evitando così la sua generalizzazione a livello costituzionale: vedi in modo esemplare G. ZANOBINI, *Il diritto corporativo e gli altri rami del diritto*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, vol. II, Padova, 1933, pp. 673-689. Utili al fine di ricostruire questa discussione gli *Atti del primo Convegno di studi sindacali e corporativi*. Roma 2-3 maggio 1930, Roma, 1930; e con essi ovviamente anche gli *Atti del secondo Convegno di studi sindacali e corporativi*. Ferrara 5-8 maggio 1932, Roma, 1932. Tutta questa

Sarebbe errato, nel caso di Costamagna, pensare, attraverso la problematica corporativistica, alla questione della 'crisi' del rapporto liberale tra Stato e società sotto il profilo del complicarsi della struttura della seconda, del proliferare di nuovi interessi organizzati, della rottura del paradigma individualistico⁽⁷⁸⁾. In realtà, in Costamagna l'aggettivo 'corporativo' qualifica il sostantivo 'Stato' nel senso che lo rivalida, nella sua forma classica di moderno detentore monopolistico e sovrano dell'intera dimensione del politico. Con il fascismo lo Stato diviene corporativo semplicemente perché vuole essere finalmente 'Stato' in qualità di soggetto pienamente sovrano, riscoprendo la sua più autentica 'sostanza' etico-politica che lo differenzia da ogni associazione che si fondi su elementi di carattere contrattuale. Così, essendo la legge del 1926 sulla disciplina dei rapporti di lavoro vera e propria legge costituzionale, di diritto pubblico, si deve bandire dalla sua interpretazione ogni criterio di carattere privatistico-contrattualistico, che implichi come tale un inammissibile conflitto d'interessi in seno allo Stato stesso: « rappresentare la categoria non vuol dire rappresentare una serie di interessi, eventualmente discordi, dei singoli che in atto partecipano alla categoria, ma interpretare l'interesse permanente della categoria stessa, il quale altro non è se non l'interesse dello Stato specializzato nella categoria »⁽⁷⁹⁾; ed ancora, si deve bandire, per gli stessi motivi, dalla ricostruzione del rapporto Stato-sindacato — ed anche Stato-partito — ogni logica di ascendenza privatistica relativa al concetto di 'persona': c'è in verità una sola 'persona' nel diritto pubblico, lo Stato medesimo, cosicché il sindacato « non rappresenta a titolo di diritto

materia meriterebbe uno studio a parte poiché coinvolge in prospettiva anche il dibattito sulla riforma in senso fascista dello stesso diritto civile, ed inoltre la tematica della stessa codificazione civilistica dal punto di vista interessantissimo dei principii generali dell'ordinamento. Tutto ciò, collegandosi necessariamente con una studio parallelo delle discipline giuspubblicistiche e civilistiche, non può purtroppo essere compreso nei limiti di questa indagine.

⁽⁷⁸⁾ Vedi P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 341-342, anche per le differenze con Panunzio, per il quale si veda più avanti in questo medesimo paragrafo. Qualche indicazione in proposito anche in G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di Vittorio Emanuele Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980, pp. 261 ss.

⁽⁷⁹⁾ C. COSTAMAGNA, *La legge e il contratto*, cit., pp. 20-21.

patrimoniale, ma disciplina ed amministra a titolo di diritto pubblico, vale a dire quale organo della unica ed indivisibile sovranità dello Stato »⁽⁸⁰⁾.

Così, con il nostro Costamagna la tradizione giuspubblicistica appare discutibile ed inadeguata, non perché troppo poco consapevole della dimensione storica della 'crisi' del rapporto Stato-società, o addirittura della fusione in atto tra i due termini del rapporto medesimo, ma all'inverso perché troppo timida ed incerta nell'elaborare *la necessaria differenza concettuale tra pubblico e privato*⁽⁸¹⁾. In una parola, lo Stato amministrativo della tradizione, in quanto privo di autentica 'sostanza' etico-politica, appare a Costamagna ancora troppo disponibile a lasciarsi integrare dal diritto civile dello scambio e della mediazione, e quindi a maggior ragione incapace a riformare quel diritto secondo una prospettiva autenticamente 'costituzionale', o anche 'corporativa'.

Di tutto ciò si ha conferma a proposito di un'altra problematica che appare decisiva nell'opera di Costamagna. Si tratta del concetto di *rigidità della costituzione*, che anche Costamagna elabora, come molti altri giuristi del suo tempo, a partire dall'art. 12 della legge del 1928 sul Gran Consiglio del fascismo⁽⁸²⁾. Per il nostro giurista⁽⁸³⁾, non ci si può limitare a segnalare l'introduzione nel nostro ordinamento della nuova figura della 'legge costituzionale', ed a sostenere conseguentemente l'attivazione di un certo sindacato da parte dei giudici su quelle leggi emanate nel campo disegnato dall'art. 12, e non munite del prescritto parere del Gran Consiglio. La proposta di Costamagna, di procedere oltre su questa via, creando una vera e propria 'Alta Corte Costituzionale', si inserisce pienamente nella problematica generale della 'sostanza' etico-politica dello Stato, di cui stiamo discutendo.

In effetti, lo Stato liberale italiano non era riuscito — come sappiamo — a creare per parte sua una autentica prassi di legisla-

(80) C. COSTAMAGNA, *L'associazione professionale*, cit., p. 157.

(81) Sul punto si veda anche C. COSTAMAGNA, *Diritto pubblico e diritto privato nel nuovo sistema del diritto italiano*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, Padova, 1933, vol. I, pp. 283-304.

(82) Vedi *supra*, nota 61.

(83) C. COSTAMAGNA, *Le guarentigie della costituzione*, in *Lo Stato*, I (1930), pp. 192-195.

zione costituzionale, né la relativa dottrina si era voluta muovere in quella direzione⁽⁸⁴⁾; ma per Costamagna è ancora più indicativo il fatto che quelle democrazie, come la statunitense, che erano riuscite a costruire tutto questo, ed un connesso sindacato di costituzionalità, si fossero poi in concreto organizzate, in varie forme, con il sistema della eccezione d'incostituzionalità, intrecciando così il piano obiettivo dei valori costituzionali direttivi con quello soggettivo delle libertà fondamentali, e comunque lasciando ai privati coinvolti nel processo un ruolo più o meno protagonista nella attivazione del sindacato medesimo.

Ma anche tutto questo non era forse una ulteriore conferma della congenita incapacità delle democrazie parlamentari a produrre ed esplicitare davvero il valore-‘Stato’? Quale ‘Stato’ è mai quello Stato che affida perfino la definizione dei sommi principii ai meccanismi privatistici delle eccezioni processuali? E quale ‘costituzione’ dovrebbe uscire fuori da una somma di casi radicati per loro natura negli interessi dei privati? Al posto di tutto ciò, lo Stato fascista, grazie alla sua ‘sostanza’ politica, può proporsi di costruire una Alta Corte Costituzionale del tutto staccata dalla magistratura ordinaria, custode ed interprete di quei *principii politici fondamentali* senza i quali non esiste comunque alcuna vera forma di ‘Stato’.

In definitiva, anche Costamagna può dunque dirsi inserito a buon diritto in una prospettiva di restaurazione dello Stato, anch’egli immagina il fascismo come ‘storico rimedio’ ai mali di una lunga fase che non aveva saputo cogliere la vera ‘essenza’ dello Stato, ponendo questo davvero al sicuro da ogni pressione di carattere economico e particolaristico. A ben guardare, sia pure con alcune differenze di tono, tutti questi sono temi teorici propri anche della tradizione giuspubblicistica liberale. E tuttavia la differenza c’è, e ben rimarchevole, tale da attrarre inequivocabilmente Costamagna dalla parte dei giuristi del regime. Infatti, il nostro giurista esprime in modo esemplare — come già abbiamo visto a proposito della critica a Ranalletti ed alla dottrina dello Stato amministrativo — l’insoddisfazione per una ricerca della ‘essenza’, o ‘sostanza’, dello Stato che si fermi alla rilevazione del ruolo

(84) Vedi *supra*, note 13 e 59.

prioritario e centrale della pubblica amministrazione. Anche questa, come l'ingovernabile democrazia parlamentare dei partiti, è destinata a non impersonare alcuno vero 'Stato', se non è continuamente alimentata e ricondotta, non ad astratti ideali formali, magari custoditi dalla stessa scienza giuridica — pensiamo qui alle problematiche della stabilità e della calcolabilità —, ma ad un vero e proprio 'principio politico', nel quale si riassume il carattere storico fondamentale del regime, il momento più qualificante ed essenziale della 'costituzione' ⁽⁸⁵⁾. Per dirla in sintesi: come giurista del regime, Costamagna esprime la sua avversione nei confronti di quella *amministrativizzazione del diritto pubblico e dello Stato*, che i giuristi della tradizione in effetti stavano proponendo. Dalla crisi definitiva della costituzione dello Stato di diritto liberale, dal collasso del governo parlamentare, non si esce quindi, come sostenevano Romano e Ranelletti, ricercando la dimensione più autentica della costituzione nella amministrazione, ma percorrendo la più impervia ma necessaria via del *principio costituzionale* come criterio assoluto d'identificazione del nuovo regime, quale « complesso delle norme di principio che individuano la personalità storica dello Stato, proiettandosi nell'ordine giuridico come presupposto della legalità del suo ordinamento » ⁽⁸⁶⁾. Con Costamagna la costituzione tende dunque ad emanciparsi finalmente dall'amministrazione, a conquistare quella sua autonoma dimensione che le era stata negata un po' da tutta la tradizione liberale, anche da quella parte consistente di essa che ora operava all'interno del regime; e più ancora, attraverso la dimensione dei principii, quella medesima costituzione tende a dominare l'amministrazione, a dirigerla attribuendo ad essa 'sostanza' politico-costituzionale, ad essere suo effettivo programma.

Siamo qui ad un passo — come si sarà già capito — dalla dottrina dell'indirizzo politico, che non a caso nasce in uno spazio

⁽⁸⁵⁾ Vedi soprattutto C. COSTAMAGNA, *Premesse allo studio del nuovo diritto italiano*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1931, pp. 567-589; ed anche Id., *Per la dogmatica del nuovo diritto pubblico*, in *Studi in onore di Mariano D'Amelio*, Roma, 1933, pp. 393-410.

⁽⁸⁶⁾ C. COSTAMAGNA, *Elementi di diritto pubblico fascista*, Torino, 1934, p. 444, ed in genere pp. 27 ss. sul concetto stesso di 'principio costituzionale'.

teorico contiguo a quello occupato dalla dottrina del regime⁽⁸⁷⁾. Ma è questo anche il punto in cui il discorso di Costamagna verso la tradizione inizia a perdere quota e credibilità. Preso nella stretta di una contrapposizione troppo rigida e determinata tra le resistenze della dottrina tradizionale da una parte, e l'imperiosa esigenza di porre al centro di ogni ricostruzione del diritto pubblico il ' principio politico ' dall'altra, Costamagna non riesce a proporre la via, percorrendola egli medesimo, della *necessaria espansione* della dogmatica giuspubblicistica verso le nuove regioni dell'indirizzo politico e del primato della costituzione. Il grande accusatore della tradizione finisce così paradossalmente per essere il primo a condannare quella medesima tradizione ad essere sempre e comunque identica a sé stessa.

Così, il tanto auspicato rinnovamento teorico esce fuori dai confini ormai consolidati dell'impegno dogmatico, e si risolve per intero nella proposta, davvero antiquata, di restaurare una « gerarchia delle discipline morali », che restituisca il primo posto alla « dottrina dello Stato »⁽⁸⁸⁾; così, ancora, gli *Elementi di diritto pubblico fascista*, opera di sintesi di Costamagna, sfociano in un tentativo di riscrittura della dottrina generale dello Stato, cui affidare il compito di rivalutare quella componente etico-politica dello Stato, dalla quale dovrebbe poi derivare, nelle intenzioni dell'autore, un globale e radicale ripensamento dell'intera dogmatica dei poteri e delle funzioni pubbliche.

In realtà, una proposta del genere non poteva non essere destinata alla sconfitta. Infatti, per giungere alla tanto auspicata revisione della dogmatica, si doveva necessariamente muovere *dall'interno* della dogmatica medesima: quella revisione, per avere

(87) Ci occuperemo più avanti della dottrina dell'indirizzo politico, a proposito di Costantino Mortati. Per quanto riguarda la dottrina del regime, che meriterebbe uno studio a parte, vedi P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 303 ss. Singolare in proposito la vicenda del volume di V. GUELI, *Il regime politico dello Stato fascista*, Roma, 1939, riproposto nel dopoguerra senza la parte più specificamente dedicata al diritto positivo del ventennio: *Id.*, *Il regime politico*, Roma, 1949.

(88) C. COSTAMAGNA, *Premesse allo studio*, cit., pp. 574-75. Vedi anche *Id.*, *Elementi di diritto costituzionale corporativo fascista*, Firenze, 1929, p. 40; ed *Id.*, *Elementi di diritto pubblico fascista*, cit., p. 14.

successo, doveva essere apprezzata dai giuristi come frutto di un *progresso sicientifico*, grazie al quale essi attraevano nel loro campo, in ragione di mutate circostanze storiche, nuovi oggetti d'indagine, come le leggi costituzionali o l'indirizzo politico. Al contrario, Costamagna fornisce di tutto ciò un'immagine inaccettabile da parte della tradizione dottrinale, proponendo a questa di subordinare tutto il significato del proprio operare teorico a principii individuati *al suo esterno*, nel redivivo spazio della dottrina dello Stato, che legittima, oltre tutto, la sua primazia proprio per il fatto di non essere terreno di esclusivo dominio del 'giuridico', ma piuttosto strumento di recupero di una diversa, e più alta, 'sostanza politica' dello Stato stesso.

Attraverso Costamagna conosciamo così *un primo tipo* di 'giurista del regime'. Si tratta di quel giurista che aderisce al regime perché aderisce ai suoi principii, in virtù di una vera e propria 'presa di coscienza' di carattere politico. Per questo giurista, il rapporto con la tradizione non può essere altro che quello predicatorio della chiamata a raccolta, nella convinzione, del tutto illusoria, che una volta ricostituita una nuova identità della scienza giuridica, non più sul terreno disciplinare e dell'impegno dogmatico, ma sul terreno della opzione politica per il 'principio costituzionale', da ciò sarebbe derivata un'intera nuova ricostruzione del sistema di diritto pubblico.

Ma, come dicevamo all'inizio di questo paragrafo, accanto alla figura di Costamagna si pone quella di Panunzio, e con questa seconda un modo del tutto diverso d'interpretare il ruolo stesso di 'giurista del regime', e quindi anche il rapporto con la tradizione dottrinale. Ovviamente, anche in Panunzio⁽⁸⁹⁾ non è affatto assente — come vedremo in seguito — il tema, tanto caro a Costamagna, della 'essenza' dello Stato e del collegato primato del 'principio politico'; e, d'altra parte, fu proprio Panunzio il primo sostenitore della necessità di sviluppare le indagini di dottrina dello Stato, ritenendole preliminari, proprio a livello di

(89) È inutile qui sottolineare la complessità della opera di Panunzio, dalle origini filosofico-giuridiche al periodo del sindacalismo rivoluzionario fino alle architetture costituzionalistiche e di dottrina dello Stato degli anni Trenta. Sono queste ultime quelle che più interessano. Per il primo periodo, vedi comunque i saggi cit. *supra*, nota 70.

principii, ad ogni sistemazione dogmatica di tipo costituzionale ed amministrativo⁽⁹⁰⁾. Ma nello stesso tempo è dalla penna di Panunzio che escono, già dalla fine degli anni Venti, le più decise manifestazioni d'insoddisfazione nei confronti di uno Stato fascista che si ponga in chiave esclusiva di 'Stato forte', traducendosi tutto in un'operazione di semplice recupero di sovranità e di autorità a favore dello Stato medesimo⁽⁹¹⁾.

In realtà, anche per Panunzio, come per tutti gli altri personaggi fin qui considerati, è decisiva, nella determinazione del tipo di approccio al regime, l'esperienza politica e culturale precedentemente accumulata, che nel suo caso si riferiva essenzialmente al dibattito sullo 'Stato sindacale'⁽⁹²⁾. Non che i sindacati avessero mai assunto nel nostro giurista, anche prima dell'avvento del fascismo, carattere dichiaratamente antistatualista, e tuttavia Panunzio, proprio in ragione di questa sua peculiare formazione intellettuale, non poteva non rimanere insoddisfatto di una interpretazione del fascismo come ricerca di una nuova 'sostanza' politico-statuale, da condurre tutta a livello di principii costituzionali, quasi dimenticando che l'unica 'sostanza' dello Stato non poteva non essere collocata nella sua capacità di essere *effettivo fattore organizzativo e rappresentativo* di una pluralità di gruppi sociali, tra cui i sindacati medesimi⁽⁹³⁾.

(90) In tale prospettiva è costruita la maggiore opera di Panunzio: S. PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, 1939 (specialmente sulla base della prefazione alla prima edizione, del 1937, qui riprodotta).

(91) S. PANUNZIO, *Il sentimento dello Stato*, Roma, 1929, pp. 136 ss.

(92) In proposito vedi S. CASSESE-B. DENTE, *Una discussione del primo ventennio del secolo: lo Stato sindacale*, in *Quaderni storici*, 1971, n. 17, pp. 943 ss.

(93) Da qui scaturiva, rispetto a Costamagna, non solo una diversa interpretazione della l. 3 aprile 1926 n. 563 (sulla quale si veda S. DE ANGELIS, *Il corporativismo giuridico nell'opera di Sergio Panunzio*, cit.), ma anche un progetto costituzionale completamente diverso che, pur nella necessaria coordinazione espressa nel principio di sovranità dello Stato ed in particolare nei poteri del Capo del governo, in realtà prevedeva esplicitamente una pluralità di potestà legislative sia parlamentari che corporative e sindacali, tanto che Panunzio avvertiva l'esigenza di una « giurisdizione costituzionale per la decisione dei conflitti di competenza fra più organi legislativi dello Stato », da affidarsi al Consiglio di Stato presieduto dal Capo del governo: vedi S. PANUNZIO, *Riforma costituzionale. Le corporazioni; il Consiglio delle corporazioni; il Senato*, Firenze, 1934,

Così, già dai primi anni Venti, la critica alla tradizione — quella che a noi più interessa — è critica ad un atteggiamento « melanconico e nostalgico » nei confronti dei « vecchi ordini dello Stato », che non sa tradursi in positivo apprezzamento della novità sindacale, e della sua capacità di essere, non già fattore distruttivo, ma piuttosto fattore « ricostituente dello Stato »: è solo *a partire* dal nuovo disporsi organizzato della società che è possibile cogliere quella ‘ sostanza ’ dello Stato, che Costamagna rinviava invece al livello etico-politico dei principii⁽⁹⁴⁾. Dunque, con Panunzio il giurista del regime non è tanto il giurista della ‘ presa di coscienza ’ in senso politico, quanto il giurista finalmente consapevole, ben al di là della tradizione, dei caratteri storici della crisi dello Stato, e soprattutto del ruolo che in essa potevano giocare i sindacati.

Tutte queste problematiche, e conseguentemente — come vedremo — un certo tipo di critica alla tradizione, vengono ad essere sistematizzate in modo esemplare nella relazione tenuta da Panunzio al primo congresso giuridico italiano, in materia di *Leggi costituzionali del regime*⁽⁹⁵⁾. Certo, anche per Panunzio, come per Costamagna, è importante mettere in rilievo l’aspetto specifico della conquista, grazie al fascismo, della nuova dimensione culturale ed istituzionale delle leggi e dei principii costituzionali, sconosciuta allo Stato liberale ed ai suoi giuristi; e non v’è dubbio che anche per Panunzio tutto ciò si traduca in una riaffermazione di ‘ statualità ’, contro la riduzione dello Stato medesimo, operata dal giolittismo e dalla dottrina dello Stato amministrativo, a mera macchina prestatrice di servizi, politicamente inanimata. E tuttavia, è altrettanto indubbio il fatto che Panunzio, posto di fronte alla

p. 41, e pp. 34 ss. in genere per il progetto di Panunzio, che meriterebbe ben altra attenzione.

⁽⁹⁴⁾ S. PANUNZIO, *Stato e sindacati*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, III (1923), pp. 1-20, spec. pp. 5-8, che si riferiscono specificamente ad Orlando come rappresentante primo della tradizione dottrinale giuridica.

⁽⁹⁵⁾ S. PANUNZIO, *Leggi costituzionali del regime*, estr. da *Atti del I Congresso giuridico italiano. Le relazioni*, Roma, 1933 (relazione presentata nell’ottobre del 1932 nel primo decennale della rivoluzione fascista). Il contenuto di questo saggio sarà poi rifuso nell’opera principale di Panunzio: S. PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, 1937.

fondamentale domanda sui caratteri essenziali dello Stato fascista come *Stato nuovo*, dia una risposta sostanzialmente diversa da quella di Costamagna.

Per Panunzio, per caratterizzare in pieno l'elemento di novità rispetto allo Stato liberale, non è sufficiente mettere in rilievo la nuova dimensione etico-politica dei principii costituzionali. Questi ultimi, per essere davvero efficaci, dovevano infatti ricollegarsi a quell'aspetto del regime che più ancora distaccava il fascismo dallo Stato liberale, e che Panunzio chiamava « Stato sindacale corporativo, contrapposto allo Stato atomistico ed individualistico del liberalismo ». Viene qui in primo piano la « faccia sociale » dello Stato fascista, il fascismo come progetto di soluzione della crisi dello Stato moderno; ed è per questo motivo che è necessario introdurre una *quarta funzione dello Stato*, che è appunto quella corporativa: mentre lo Stato liberale, come tipo 'debole' di Stato, può esistere semplicemente legiferando, amministrando e giudicando, lo Stato fascista, come tipo 'forte' di Stato, esiste *solo se* è anche, con la sua quarta funzione, Stato corporativo, che *organizza* la società con gli strumenti del sindacato e della corporazione⁽⁹⁶⁾.

Basterebbe questo approccio per differenziare nettamente Panunzio da Costamagna. Infatti, per il secondo i sindacati sono nient'altro che organi dello Stato, specializzati nella produzione di un certo tipo di norma, che è poi il contratto collettivo. Ma in ciò è già implicita l'idea che lo Stato sovrano, anche come Stato fascista, preesista agli stessi sindacati, agendo per loro tramite sul terreno della organizzazione del lavoro. Con Panunzio invece la componente sindacale diviene direttamente *costitutiva della forma di Stato*, è cioè indispensabile per definire *che cosa* è lo Stato fascista, essendo di esso funzione essenziale. Così, mentre Costamagna lascia inalterato il significato principale dello 'Stato moderno' in termini di sovranità e di concentrazione del potere pubblico, ed anzi rivendica a favore del fascismo la non identificabilità di quella forma generale di Stato con lo Stato di diritto liberale

(96) S. PANUNZIO, *Leggi costituzionali*, cit., pp. 10 ss., e p. 21. Nello stesso senso, vedi anche ID., *Stato e diritto. L'unità dello Stato e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, Modena, 1931; e ID., *Appunti di dottrina generale dello Stato*, Roma, 1932-33.

del diciannovesimo secolo, Panunzio, in modo ben più radicale, riafferma il carattere positivo del medioevo come età di organizzazione sociale, ed identifica nettamente l'inizio della 'crisi dello Stato' con la nascita dello stesso Stato moderno, per l'avversione di questo nei confronti delle corporazioni e dei sindacati⁽⁹⁷⁾. È evidente come una conclusione del genere sia possibile solo se si muove da una prospettiva più generale: il progetto di concentrazione del potere pubblico insito nella formula dello 'Stato moderno' è solo una *variante debole* del progetto di 'Stato' in genere, che diviene forte solo quando muove, come il fascismo, dal problema irrinunciabile della organizzazione politica della società.

Ma allora, se il compito storico del regime è di così vasta portata, Panunzio medesimo, proprio come giurista del regime, non può non vedere nella tradizione giuspubblicistica italiana, a differenza di Costamagna, soprattutto un lato oscuro e debole, che è quello della sua scarsa sensibilità, ed anzi per certi versi avversione, nei confronti della società come necessario luogo di *organizzazione degli interessi in senso politico-statale*. È per colpa di quella tradizione che si è sostituito « al corpulento concetto di società il puro ed esile concetto di popolo »⁽⁹⁸⁾. Se così è, la perorazione della necessità di un dominio dei 'principii costituzionali' e di un recupero di 'eticità' nello Stato è destinata a rimanere sterile se non si aggancia saldamente ad una collettiva presa di coscienza, da parte dei giuristi, della esistenza stessa dello Stato come soggettività organizzata su base sindacale-corporativa, che pone al proprio centro il momento finalistico del *governo della società*. Ecco allora perché per Panunzio la *governatività*, come carattere essenziale e peculiare dello Stato fascista, coincide con la corporatività di quel medesimo Stato: essa non è solo il risultato di un pur evidente spostamento di poteri e competenze dal parlamento al governo, ma è piuttosto il punto focale dello Stato

(97) S. PANUNZIO, *Leggi costituzionali*, cit., p. 14. Per i termini generali della 'crisi dello Stato' in Europa dopo la prima guerra mondiale, e per il peso in questo contesto dell'ipotesi corporativistica, vedi C.S. MAIER, *La rifondazione dell'Europa borghese. Francia, Germania ed Italia nel decennio successivo alla prima guerra mondiale* (1975), Bari, 1979.

(98) S. PANUNZIO, *Leggi costituzionali*, cit., p. 15.

fascista in quanto Stato che esiste *perché* governa una società da esso medesimo organizzata, e che costituisce il suo fondamento⁽⁹⁹⁾.

Ma c'è di più. La trasformazione dello Stato voluta dal fascismo porta chiaramente in primo piano, accanto all'elemento della governatività, quello della organizzazione di massa della politica tramite il partito. Lo Stato fascista, oltre che corporativo, vuole essere rappresentativo in una misura decisamente sconosciuta al vecchio parlamentarismo liberale. Questo è per Panunzio « borghese ed ultraconservatore », affidato a minoranze privilegiate, nemico contemporaneamente, certo non a caso, del ruolo politico dei sindacati e del suffragio universale⁽¹⁰⁰⁾. Di contro, il fascismo è figlio autentico del nuovo tempo storico dei partiti organizzati, della politica di massa. Non stupirà allora il fatto che Panunzio, alla ricerca nell'atlante costituzionale di un regime simile a quello fascista, indichi nel superamento del sistema parlamentare a favore del regime del *Premier* avvenuto in modo particolare in Inghilterra la situazione storica più interessante per il giurista italiano alle prese con la definizione e sistemazione della forma di governo agli inizi degli anni Trenta⁽¹⁰¹⁾. Certo, vi è la ben visibile differenza data dalla unicità del partito, ma rimane il fatto che Panunzio, con un simile paragone, apre la via ad una possibile considerazione di tale differenza in chiave di *variante* delle trasformazioni del politico in età postliberale e postparlamentare: ciò che più importa, al di là della soluzione specifica a favore del partito unico, è che si dichiari morta e sepolta la tradizione oligarchica del parlamentarismo borghese, con la sua caratteristica avversione — tra l'altro propria, come sappiamo, degli stessi giuristi — nei confronti del partito come strumento di organizzazione delle masse.

Naturalmente, con il governo parlamentare cade anche il metodo elettorale di stampo liberale-individualistico. Al nuovo primato del partito politico di massa corrisponde la nuova dimensione del plebiscito. Questo, a sua volta, saltando definitivamente la mediazione parlamentare, conduce in modo diretto al governo, ed in modo particolare al Capo del governo. Dunque, sia la via

⁽⁹⁹⁾ *Ibid.*, pp. 34 e 59.

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibid.*, pp. 59-62.

⁽¹⁰¹⁾ *Ibid.*, pp. 82-83.

del partito e del plebiscito, che quella — precedentemente vista — del sindacato e della corporazione, conducono ad individuare nella *governatività* la qualità principale dello Stato fascista, che conquista la sua identità politica governando, ovvero organizzando il consenso delle masse con il doppio strumento sindacal-corporativo e partitico-plebiscitario.

È per questo motivo che Panunzio ricerca la nota 'essenza' dello Stato nella funzione di governo; ed è a questo punto della ricostruzione che la sua proposta si dirige direttamente alla tradizione giuspubblicistica italiana. Infatti, come giurista del regime, egli non ha, di fronte ai giuristi della tradizione, da perorare una causa politica, non vuole rimandare a scuola quei giuristi — come voleva Costamagna — facendoli iniziare di nuovo dai principii. Panunzio si rivolge piuttosto ad essi mostrando la necessità di *adeguare* le soluzioni dogmatiche ad una *nuova realtà politica*, che era quella di un esperimento in atto, diretto ad individuare nel governo il nuovo centro motore della dinamica costituzionale, da cui si dipartiva nelle sue linee fondamentali il tentativo di ricostruire, dopo il crollo del parlamentarismo liberale e delle sue oligarchie, una nuova politica con nuovi caratteri e con nuovi strumenti, come il sindacato ed il partito di massa.

Per porsi su questa via, i giuristi dovevano abbandonare la vecchia e logora nozione di potere esecutivo, sostituendo ad essa la nuova figura dogmatica della *funzione di governo* come quarta funzione dello Stato. Se l'elaborazione di tale figura era fino a quel momento mancata, ciò dipendeva dal fatto che lo Stato liberale non conosceva il problema della organizzazione politica della società: ed infatti, in Panunzio, funzione di governo e funzione corporativa sono tutt'uno.

D'altra parte, gli stessi giuristi della tradizione, come Ranelletti e Romano, qui ricordati ampiamente⁽¹⁰²⁾, avevano trattato il problema della attività di governo, ma lo avevano fatto « incidentalmente e quasi di soppiatto »⁽¹⁰³⁾, come capitolo speciale del diritto amministrativo, discutendo la questione della non sindacabilità da parte del giudice amministrativo degli atti emanati dal

⁽¹⁰²⁾ *Ibid.*, pp. 68-76.

⁽¹⁰³⁾ *Ibid.*, p. 69.

governo nell'esercizio del potere politico⁽¹⁰⁴⁾. In loro l'attività di governo rimaneva parte specifica del più ampio potere esecutivo, che comprendeva anche l'amministrazione: anzi, in questo necessario coesistere nell'esecutivo di governo ed amministrazione, gli stessi giuristi vedevano — come già sappiamo — la garanzia prima che anche nel caso del fascismo il regime non si sarebbe sviluppato nella pericolosa direzione di un 'governo costituente' svincolato dallo Stato-amministrazione, oltre che dal parlamento. Dunque, non v'è dubbio che Panunzio, con la sua proposta della funzione di governo come quarta ed autonoma funzione dello Stato, colpisca al cuore la dottrina tradizionale. Del resto, non si poteva non transitare per questo passaggio obbligato, che costituiva sul piano della dogmatica pubblicistica il vero e più decisivo momento di discriminare tra i giuristi della tradizione ed i giuristi del regime, cui Panunzio apparteneva. Tuttavia, è altrettanto indubitabile il fatto che la relazione di Panunzio al primo congresso giuridico segni un momento importante nel rapporto tra gli uni e gli altri, che si pone ora nei termini del dialogo, della proposta operativa rivolta al rinnovamento della tradizione.

Qui torna l'aspetto decisivo della differenza di strategia tra Costamagna e Panunzio. Infatti, se giuristi come Romano e Ranelletti si rifiutavano di uscire fuori dalla logica liberale del potere esecutivo, era perché in un altro potere dello Stato, svincolato dall'amministrazione, essi non potevano non vedere, dal loro punto di vista, quanto meno un embrione dell'abborrito potere costituente. Costamagna, con il suo discorso sul primato assoluto del 'principio costituzionale', non faceva altro che confermare questi timori, rafforzandoli ulteriormente.

Panunzio era invece per parte sua in grado di riproporre il medesimo problema con strumenti nuovi e diversi. Ciò era dovuto — come abbiamo cercato di mostrare in queste pagine — alla visione che egli aveva del fascismo come processo di superamento della politica liberale di stampo oligarchico-parlamentare a favore di una politica di massa, da attuarsi con gli strumenti del partito,

(104) Con riferimento alla l. 31 marzo 1889 n. 5992 ed al T.U. 26 giugno 1924 n. 1054. Su questo problema, torneremo in modo ben più diffuso nel prossimo capitolo.

della corporazione e del sindacato. Questi non erano semplicemente, come in Costamagna, nuovi organi dello Stato-persona, ma piuttosto necessari protagonisti nella definizione della nuova forma di Stato. In un regime così concepito prende estremo rilievo il momento del piano, del programma, *dell'indirizzo politico* ⁽¹⁰⁵⁾. Anzi, lo Stato inizia ad esistere, nella sua 'essenza', nel momento in cui definisce il suo indirizzo. È per questo che la funzione di governo, che è anche quella corporativa, di organizzazione della società, è la prima funzione dello Stato, poiché le altre tre ricevono da essa il necessario indirizzo, senza il quale non esiste affatto alcuno Stato: « Lo Stato, prima ancora di essere potere legislativo, esecutivo, giudiziario, è sé stesso; pensa, concepisce e vuole sé stesse; e non può dare i comandi se non sa *quali* comandi deve dare » ⁽¹⁰⁶⁾.

Panunzio esce così fuori dal contesto definito dal classico rapporto costituzione-amministrazione, entro il quale stava ancora Costamagna. Egli non propone alla tradizione di subordinarsi tutta ai 'valori costituzionali' del regime, lasciandola così priva di certezze e di una sufficiente stabilità anche sul prediletto terreno della amministrazione. Panunzio scopre invece *un termine intermedio* tra costituzione ed amministrazione, che è dato dall'indirizzo politico, da una parte certamente collegato ai principii costituzionali, ma dall'altra anche fonte per tutti i poteri dello Stato di *norme direttive*, che come tali potevano e dovevano essere sistemate e calcolate da parte dei giuristi. Non era forse questo un altro livello della normatività statale, del quale quei medesimi giuristi non avrebbero più a lungo potuto disinteressarsi, posto che in esso si andava trasferendo la tanto ricercata 'essenza' dello Stato?

La strategia di Panunzio nei confronti della tradizione fu vincente, in una misura ed in un modo che probabilmente — come subito vedremo — trascendevano le sue intenzioni di giurista del regime. Fu soprattutto Costantino Mortati a capire, in modo parallelo rispetto a Panunzio ⁽¹⁰⁷⁾, che si poteva e si doveva costruire

⁽¹⁰⁵⁾ S. PANUNZIO, *Leggi costituzionali*, cit., p. 71.

⁽¹⁰⁶⁾ *Ibid.*, p. 71.

⁽¹⁰⁷⁾ Come abbiamo detto, la relazione di Panunzio cui abbiamo fatto riferimento nel testo è dell'ottobre del 1932. Il testo di Mortati, dedicato al problema della forma di governo, è del 1931: C. MORTATI, *L'ordinamento del go-*

una dottrina giuridica della funzione di governo e dell'indirizzo politico, come necessaria premessa ad un approdo ancora più ambizioso, dato dalla *dottrina giuridica della costituzione*. Mentre Romano e Ranelletti, troppo vincolati dalla loro dottrina dello Stato amministrativo, troppo rigidamente ancorati al loro discorso sulla 'essenza' amministrativa dello Stato, troppo legati ancora ad una tradizione, che risaliva ad Orlando, di avversione nei confronti di ogni forma di governo d'indirizzo, rimanevano fermi sulle loro posizioni, con Mortati la tradizione medesima tornava ad espandersi, a visitare nuove regioni, a promuovere una nuova fertile stagione di elaborazioni dogmatiche.

Ciò fu possibile — come abbiamo visto — anche grazie ad una certa versione del regime che personaggi come Panunzio seppero proporre, più in termini di governatività e d'indirizzo, che come creazione di quel livello superiore etico-politico di principii del quale i giuristi come tali non potevano non diffidare. Tuttavia, se è vero che nel rapporto tra Panunzio e Mortati le due schiere dei giuristi del regime e dei giuristi della tradizione si avvicinavano fino quasi a toccarsi, è altrettanto vero che le differenze permanevano, e ben considerevoli⁽¹⁰⁸⁾. Infatti, quando Panunzio giungerà alla sua opera di sintesi, la *Teoria generale dello Stato fascista*, pur riutilizzando la relazione a noi già nota sulle leggi costituzionali del regime, non esiterà a porre esplicitamente nella parte quinta del suo lavoro, dedicata alla *Teoria generale del partito*, il cuore stesso della trattazione⁽¹⁰⁹⁾. In queste pagine, Panunzio critica i cosiddetti « abolizionisti del partito », che di esso vogliono fare esclusivamente un organo dello Stato; per Panunzio, bisogna invece muovere sempre « dalla distinzione, se non dalla separazione, e quindi dalla dualità, dello Stato e del partito ». Ciò non

verno nel nuovo diritto pubblico italiano, Roma, 1931. Il saggio mortatiano, che verrà analizzato in dettaglio nel prossimo paragrafo, è ricordato più volte da Panunzio nella sua relazione.

⁽¹⁰⁸⁾ A questo proposito ci sembra che S. DE ANGELIS, *Il corporativismo giuridico nell'opera di Sergio Panunzio*, cit., pp. 722-23, avvicini troppo Panunzio a concezioni proprie della tradizione giuspubblicistica, ed in particolare alla dottrina dello Stato amministrativo.

⁽¹⁰⁹⁾ S. PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato fascista*, cit., prefazione, pp. XII-XIII. Sul partito in Panunzio, vedi anche P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 349-350.

significa che « per certi e svariati rapporti » non si possa parlare del partito-organo⁽¹¹⁰⁾, ma deve essere chiaro che questa speciale posizione del partito di fronte allo Stato è conseguente alla necessaria presenza *originaria* del partito-istituzione, del partito rivoluzionario, dal quale in definitiva deriva tutto lo Stato ed il suo diritto pubblico, ivi compresa la figura del partito-organo⁽¹¹¹⁾.

Tutto ciò tornava ad essere inaccettabile da parte della tradizione dottrinale, per quanto essa puntasse ad espandersi, a non restare ferma sulle proprie posizioni. Infatti, anche se spostato dal terreno del potere esecutivo al nuovo campo della funzione di governo e del potere d'indirizzo, il discorso dei giuristi doveva rimanere comunque *discorso sulla 'essenza' dello Stato*: questa poteva ora spostarsi altrove rispetto ai luoghi canonici della tradizione, ma doveva rimanere l'esclusivo oggetto d'indagine da parte del giurista. Ed invece Panunzio, che non a caso era pienamente 'giurista del regime', con la sua dottrina del partito tornava a riproporre un dato esterno, che minacciava di trasformare il conquistato, ma ancora assai fragile, punto di vista della governatività in un nuovo ennesimo strumento di subordinazione dello Stato ad una logica ad esso estranea. Una cosa infatti era l'affermazione di una nuova centralità del governo, della *nuova qualità* della governatività e del nuovo primato delle logiche di programma e d'indirizzo nella definizione dello Stato e nella guida della macchina pubblica, altra cosa era pensare tutto questo in funzione del dominio di un soggetto esterno originario, precedente lo Stato stesso, ed individuato nel partito fascista come partito rivoluzionario.

Fu così che Mortati, recensendo l'opera di Panunzio⁽¹¹²⁾, non mancò di segnalare con vigore le differenze, e tra queste principalmente la questione del partito politico, da lui rigorosamente ed esclusivamente concepito come organo dello Stato. In questa scelta si poteva ora ravvisare, non certo quella costituzionalizzazione del partito cui aspirava Costamagna in polemica con Romano e Ranel-

(110) S. PANUNZIO, *Teoria generale*, cit., p. 442.

(111) *Ibid.*, pp. 447 ss.

(112) C. MORTATI, *Per una teoria dello Stato fascista* (recensione a S. PANUNZIO, *Teoria generale*, cit.), in *Archivio di studi corporativi*, 10 (1939), pp. 339-354, spec. pp. 346 ss.

letti, ma all'inverso, con Mortati, la piena riconduzione del partito *nello* Stato. Il giurista poteva e doveva estendere le sue indagini nelle nuove regioni dell'indirizzo politico e del partito, ma tutto ciò, nella linea della tradizione, doveva rimanere inquadrabile nelle note figure della funzione e dell'organo, a loro volta necessariamente da riferire al permanente dominio esclusivo dello Stato sovrano. Panunzio e Mortati camminavano entrambi oltre la linea che idealmente li separava dal parlamentarismo liberale, ma per vie diverse. Solo la seconda, quella di Mortati, è in senso proprio la via del rinnovamento della tradizione giuspubblicistica italiana. È solo questa che a noi ora interessa, perché è qui che si va formando *la nuova dottrina giuridica della costituzione*.

4. *Una nuova dogmatica per un nuovo diritto pubblico. Le soluzioni di Costantino Mortati: funzione di governo, indirizzo politico e legge costituzionale.*

Con la monografia di Costantino Mortati, dedicata nel 1931 a *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, si pongono finalmente i presupposti necessari per l'affermazione di una nuova linea di ricerca in seno alla giuspubblicistica italiana. Tale linea, che cercheremo di cogliere nei suoi caratteri fondamentali nel corso di questo paragrafo, è nuova perché non coincide, né con la tutela ad oltranza di quella configurazione dello Stato che era propria della tradizione dottrinale impersonata da Orlando, come anche, in forme diverse, da Romano e da Ranelletti, né con le dottrine del regime di Costamagna e di Panunzio. Come dicevamo all'inizio di questo saggio, l'originalità di Mortati, che fa del suo lavoro qualcosa di ben diverso da una delle molteplici trattazioni della forma di governo nello Stato fascista⁽¹¹³⁾, risiede

(113) Dai paragrafi precedenti conosciamo già sommariamente le opinioni sul punto di Orlando, Romano, Ranelletti, Rocco, Costamagna e Panunzio. In aggiunta si veda ora anche O. RANELLETTI, *La potestà legislativa del governo*, in *Rivista di diritto pubblico*, XVIII (1926), pp. 164-178; e C. COSTAMAGNA, *Contributo alla determinazione del tipo del Governo nello Stato fascista*, in *Lo Stato*, III (1932), pp. 161-173. Utilissima, ed esemplare per chiarezza, la rassegna di opinioni dottrinali di G. MENOTTI DE FRANCESCO, *Il Governo Fascista nella classificazione delle forme di governo*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova 1940, vol. I, pp. 473-492, del quale si veda anche Id., *Leggi costitu-*

nel fatto che egli si pone consapevolmente fra 'tradizione' e 'rivoluzione', non sposando mai definitivamente le ragioni di una contro quelle dell'altra, e ricercando invece *una terza soluzione*. Anticipando le nostre conclusioni, possiamo fin d'ora dire che tale soluzione sarà quella alla fine vincente, perché sufficientemente consapevole, ben al di là della tradizione dottrinale, delle trasformazioni subite dallo Stato tra Otto e Novecento, ma nello stesso tempo anche sufficientemente consapevole del carattere storico specifico del regime fascista, da apprezzare da parte del giurista in chiave di 'nuovo diritto pubblico' solo in quanto rappresenti *uno dei possibili modi di organizzazione dello Stato moderno nella sua fase post-liberale*.

Nella nuova linea inaugurata da Mortati si esce così fuori dalla secca e paralizzante alternativa tra una mera conferma dello Stato liberale nella sua versione autoritaria di Stato ammini-

zionali fasciste e forma di governo, in *Rivista di diritto pubblico*, XXII (1931), pp. 553-566. Da ricordare senz'altro anche P. BODDA, *La Corona di fronte agli altri organi costituzionali secondo le riforme fasciste*, Torino, 1935; ID., *Il Capo del Governo nello Stato fascista*, Bologna, 1935; e G.D. FERRI, *La funzione di governo e il Gran Consiglio del fascismo*, I, *La funzione di governo in generale*, Roma, 1939, II, *Il Gran Consiglio del fascismo*, Roma, 1941. Tra le ricostruzioni di cui disponiamo si vedano soprattutto: A. PREDIERI, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei Ministri*, I, *Evoluzione dell'istituto. Formazione dell'organo*, Firenze, 1951; E. ROTELLI, *La Presidenza del Consiglio dei Ministri. Il problema del coordinamento dell'amministrazione centrale in Italia (1848-1948)*, Milano, 1972, pp. 291 ss.; E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, pp. 113 ss.; L. PALADIN, *Fascismo (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit.; ID., *Governo italiano*, *ibid.*, XIX (1970), pp. 675-711; P.A. CAPOTOSTI, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, *ibid.*, XXXV (1986), pp. 133-165. Si deve infine segnalare, nel contesto del dibattito degli anni Trenta sulla forma di governo, la presenza di una voce singolare ma di grande interesse: D. DONATI, *Il Governo del Re nella classificazione delle forme di governo* (1933); ID., *Divisione e coordinamento dei poteri dello Stato fascista* (1938); ID., *Sulla posizione costituzionale della Corona nel governo monarchico presidenziale* (1937): tutti questi saggi si trovano ora in ID., *Scritti di diritto pubblico*, Padova, 1966, vol. II, pp. 335 ss. Le posizioni assunte da Donati potrebbero essere ristudiate, soprattutto per ciò riguarda la formula del 'governo rappresentativo', di cui il fascismo avrebbe costituito la variante monarchica, che la presenza istituzionale della Corona avrebbe differenziato dal modello repubblicano-presidenziale per eccellenza realizzato negli Stati Uniti.

strativo di diritto e l'opposta sottolineatura del fascismo come fatto costituente rimesso nella sua capacità costruttiva essenzialmente al dato politico originario del partito. Inoltre, ciò che rende originale la soluzione di Mortati è il fatto che essa produce, a differenza delle altre, un forte bisogno di *una nuova dogmatica giuspubblicistica*, che certamente non può essere soddisfatto rimanendo nei confini di una tradizione che cerca semplicemente di confermarsi espungendo da sé tutte le nuove problematiche costituzionali, ma che nello stesso tempo non può non determinarsi lontano da quelle dottrine del partito e del regime che più sembravano minacciare lo 'Stato' medesimo quale necessario momento di sintesi delle riflessioni della stessa giuspubblicistica.

Veniamo qui alla prima fondamentale domanda: di quale 'Stato' si trattava per il Mortati del 1931? Si può rispondere, intanto, che si trattava dello 'Stato moderno', al quale Mortati significativamente si richiamava sia aprendo che concludendo il saggio del 1931⁽¹¹⁴⁾. Anzi, comparando la monografia mortatiana con molti altri lavori degli anni Venti e Trenta in materia di forma di governo, non si sfugge all'impressione che uno dei suoi caratteri più specifici consista nella tendenza dell'autore a porre i problemi del regime fascista in un quadro assai più ampio: appunto quello dello Stato moderno e delle sue trasformazioni, anche e soprattutto in ordine al decisivo aspetto del governo.

Così, la forma di governo che si è andata determinando in Italia alla fine degli anni Venti è di grande interesse per il giurista di diritto pubblico, non già perché in essa sia venuta a compimento la 'rivoluzione' fascista⁽¹¹⁵⁾, ma come espressione specifica di trasformazioni più generali dello Stato moderno, che stanno conducendo ad una generale rivalutazione del ruolo costituzionale del governo. Come vedremo meglio più avanti, si può anzi sostenere che l'obiettivo ultimo di Mortati non sia tanto quello di pervenire

(114) C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1931, premessa, e pp. 179 ss.

(115) Si deve ricordare a questo proposito che nella Rivista promossa da Costamagna — vedi *supra*, paragrafo precedente — troviamo una critica piuttosto esplicita e decisa alla ricostruzione mortatiana del 1931: C. CURCIO, *Recensione a C. MORTATI, L'ordinamento del governo*, cit., in *Lo Stato*, III (1932), pp. 398-399.

ad una soddisfacente soluzione della questione della forma di governo nel regime fascista, quanto piuttosto quello di rimeditare, partendo dal suo presente costituzionale, sui caratteri di fondo dello Stato moderno in termini assai più generali e formali, per derivare poi da questi *anche* una proposta concreta per le problematiche istituzionali italiane del suo tempo.

Ma lo 'Stato moderno' è presente nel saggio di Mortati, non solo sotto il profilo indicato, ma anche sul piano dei contenuti, che si avvicinano per molti versi a quelli della tradizione giuspubblicistica, sia sul punto della sovranità dello Stato, sia sul punto della « sottoposizione dello Stato al diritto »: in questo senso lo Stato moderno è chiaramente per Mortati lo Stato-persona che riconosce la personalità dei cittadini, e si mantiene, con un opportuno sistema di garanzie, « nei limiti del diritto obiettivo »⁽¹¹⁶⁾. Dunque, riassumendo, le trasformazioni che lo Stato italiano sta subendo dopo l'avvento del fascismo sono *trasformazioni dello Stato moderno*, avvengono nel quadro storico e concettuale di quel medesimo Stato⁽¹¹⁷⁾, e come tali interessano al giurista. Questi, come Mortati, non è propriamente 'giurista del regime', poiché il regime stesso entra nel campo della giuspubblicistica solo

(116) C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., p. 179.

(117) Vedremo più avanti in dettaglio i termini istituzionali del rapporto che secondo Mortati si era stabilito tra regime fascista e Stato moderno, soprattutto in ordine al decisivo aspetto della separazione dei poteri. Sul punto, è di grande interesse anche C. MORTATI, *Per una teoria dello Stato fascista*, cit.; mentre sono da ricordare i saggi di Donato Donati, cit. *supra*, nota 113, per una linea ricostruttiva per questo aspetto analoga a quella di Mortati. Si deve inoltre osservare che tutto questo dibattito sulla interpretazione del regime fascista nel quadro più ampio dei principii e delle caratteristiche storiche di fondo dello Stato moderno è cosa ben diversa dalla discussione, in verità molto meno interessante, sulla definibilità del regime medesimo in chiave di 'Stato di diritto': vedi P. BODDA, *Lo Stato di diritto. A proposito di alcune recenti opinioni*, Milano, 1935; e C. CARISTIA, *Ventura ed avventura di una formula: 'Rechtsstaat'*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1934, pp. 387-408. In effetti, come già sappiamo dai paragrafi precedenti, la questione dello 'Stato di diritto' durante il fascismo si poneva per i giuristi italiani di diritto pubblico, al di fuori della linea impersonata da Mortati, essenzialmente nel senso dello Stato amministrativo di Romano e di Ranalletti: qualche osservazione in proposito in G. TREVES, *Considerazioni sullo Stato di diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, IX (1959), pp. 399-416, spec. pp. 402-403.

in quanto specifica espressione storica del tentativo di riorganizzare su nuovi fondamenti quello Stato moderno, che con le sue caratteristiche di sovranità, ma anche — come abbiamo visto — di limitatezza, costituisce in modo permanente l'oggetto vero di analisi dei giuristi di diritto pubblico.

Ma è proprio in questo contesto argomentativo, che sembrerebbe assimilare del tutto Mortati ai nostri 'giuristi della tradizione', che si producono, rispetto a questi ultimi, le differenze più rilevanti. Infatti, è proprio Mortati, che certamente oppone la considerazione 'giuridica' dello Stato moderno alla considerazione 'politica' del regime, a mettere poi decisamente in rilievo un grande elemento di debolezza interno alla tradizione giuspubblicistica ed al suo 'Stato'.

Si tratta della impossibilità, con i soli strumenti della personalità e della sovranità dello Stato, di pervenire ad una compiuta definizione della *forma di Stato*, nella sua unità e peculiarità storica. Il giurista, con quei soli strumenti, non riesce a qualificare nella sua 'essenza' una certa formazione istituzionale; lo stesso Stato moderno è una formazione storica peculiare in rapporto alle precedenti forme di Stato, patrimoniali ed assolutistiche, ma deve poi essere specificato al suo interno, secondo criteri nuovi e diversi, che esso medesimo non riesce a fornire.

C'è qui per Mortati una lacuna nelle conoscenze del giurista, che egli intende colmare. Dalla tradizione giuspubblicistica — ecco il primo punto di critica — non viene in proposito alcuna risposta soddisfacente. In effetti, quella tradizione aveva convertito i principii generali dello Stato moderno in una precisa formula istituzionale, che era quella della divisione e dell'equilibrio tra i poteri dello Stato. Ma è appunto questa risposta al dilemma della forma di Stato che Mortati intende confutare, negando che in essa, e quindi nella tendenza ad individuare una pluralità di organi costituzionali tra loro in posizione di tendenziale parità e di reciproco bilanciamento, stia la vera 'essenza' della forma di Stato propria della esperienza politica statale moderna. Tutto ciò aveva poi molto a che fare con la stessa vicenda italiana, ed in particolare con l'affermazione in Italia del governo parlamentare, che il buon Orlando aveva sistemato — come già sappiamo — proprio nel senso di un modello costituzionale dualistico, che prevedeva il

necessario incontro, ed equilibrio, tra monarca ed assemblea rappresentativa. Tutta questa serie di problematiche si condensa nella parte centrale del saggio mortatiano del 1931, dedicata proprio al governo parlamentare in genere, e nello specifico italiano. Di questo dobbiamo ora occuparci, perché preliminarmente alle soluzioni che lo stesso Mortati fornisce, sia sul piano particolare della forma di governo nello Stato fascista, sia sul piano teorico generale della funzione di governo.

Noi sappiamo già — dai paragrafi precedenti — quali fossero sul punto le opinioni della tradizione giuspubblicistica italiana. In particolare, con Orlando si era giunti a legittimare in pieno il governo di gabinetto quale frutto di un'evoluzione costituzionale scaturente dallo stesso Statuto, ed anche, più in genere, quale fisiologica condizione di equilibrio tra esecutivo e legislativo, tra monarchia ed assemblea elettiva. Da una simile impostazione scaturiva una conseguenza precisa: ogni tentativo di sbilanciare l'equilibrio della forma di governo verso uno dei due lati del rapporto costituzionale fondamentale, in ipotesi verso l'assemblea elettiva, veniva avvertito come frutto di una 'degenerazione' del modello, veniva interpretato come segno inequivocabile della esistenza di un processo in atto tendente a dissolvere lo Stato medesimo. Sotto questo specifico profilo, anche la dottrina dello Stato amministrativo — che già conosciamo attraverso Romano e Ranelletti — non rappresentava altro che una variante della tradizione, particolarmente disponibile ad enfatizzare la funzione dissolvente dell'aumento di potere conseguito dalla assemblea elettiva, particolarmente incline a porre esecutivo ed amministrazione al centro dello stesso modello costituzionale. Entro questo contesto teorico, era possibile una sola via d'uscita dal modello-base disegnato da Orlando in senso dualistico, identificando, come accadde proprio con i nostri dogmatici dello Stato amministrativo, 'Stato' ed amministrazione.

Ebbene, si può dire senza esitazione che Mortati ribalti tutto questo modo di argomentare proprio della tradizione giuspubblicistica italiana⁽¹¹⁸⁾. Intanto, anche sulla base di alcune intuizioni

(118) C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., pp. 26 ss., spec. pp. 50 ss., sul governo parlamentare in Italia.

di Carl Schmitt, qui largamente accettate⁽¹¹⁹⁾, il nostro giurista non considera più la condizione di parità tra gli organi costituzionali, e lo stesso equilibrio tra legislativo ed esecutivo, come l'assetto ottimale della forma di governo, tale da qualificare nella sua essenza la stessa forma di Stato. Quell'assetto corrisponde piuttosto ad una condizione imperfetta, precaria e transitoria, in cui si conservano provvisoriamente « due distinti centri di unità politica »⁽¹²⁰⁾, per la evidente incapacità di assumere una decisione fondamentale sulle caratteristiche essenziali della forma di Stato. Così, quello che, grazie ad Orlando, appariva ai giuspubblicisti, prima del fascismo, come lo Stato di diritto liberale per eccellenza, anzi come lo 'Stato moderno' stesso, che si era costruito evitando il pericolo antico dell'assolutismo monarchico, e quello più recente della sovranità popolare, appare ora d'un colpo, con Mortati, come frutto di una condizione politica e sociale transitoria, che non può non preludere ad altre soluzioni.

Ma c'è di più. Da questa condizione non si esce, come pensavano Romano e Ranalletti, rivalutando la 'sostanza' amministrativa dello Stato contro l'espansione del potere della assemblea elettiva, ma precisamente nella direzione opposta del primato della maggioranza politico-parlamentare. Così, l'antico dualismo si risolve a favore di un nuovo monismo, ovvero di una forma di Stato che finalmente trova il suo principio di unità *nell'indirizzo politico* dettato dal parlamento, al quale è vincolata tutta l'azione dello Stato. A ben guardare, è questa la storia del crollo del principio monarchico in Germania, è questa la fase che si è aperta in Italia con la riforma della legge elettorale del 1919 e del regolamento parlamentare del 1920⁽¹²¹⁾.

(119) *Ibid.*, pp. 25 ss. Su Carl Schmitt in Italia, vedi C. GALLI, *Carl Schmitt nella cultura italiana (1924-1988). Storia, bilancio, prospettive di una presenza problematica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IX (1979), pp. 81-160, che si occupa anche di Mortati, ma non del testo qui in esame. Si veda inoltre C. MORTATI, *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2 (1973), pp. 511-532; ed il saggio di M. NIGRO, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, *ibid.*, 15 (1986), pp. 692-719, spec. pp. 715 ss., per un rapido ma efficace confronto tematico tra Schmitt e Mortati.

(120) C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., p. 27.

(121) *Ibid.*, p. 53. Per la valutazione del nodo 1919-20 da parte di Orlando,

Si assiste così ad un superamento pieno di alcune delle convinzioni più radicate nella tradizione giuspubblicistica italiana, che nel dominio politico-costituzionale del parlamento, ed in particolare nel ruolo crescentemente debole del monarca nella definizione del governo, non poteva non vedere, sia sulla base del modello dualistico di Orlando, sia sulla base dello Stato amministrativo di Romano e di Ranalletti, un principio di dissoluzione dello Stato di diritto, ed in fondo dello 'Stato' stesso. Al contrario, per Mortati proprio la perdita di peso costituzionale da parte del monarca produce alla fine più 'Stato', perché rappresenta il superamento della precedente incerta situazione dualistica, e costituisce il presupposto necessario per la riunificazione di *tutto* l'edificio costituzionale secondo *un unico* principio direttivo, che non può non essere dato dal primato del parlamento e della sua maggioranza. Solo se si muove da una oscura e mal definita 'essenza' dello Stato da collocare nella monarchia, o nella amministrazione, si può considerare gli eventi del 1919-20 in chiave di dissoluzione e degenerazione. Al contrario, a Mortati appariva del tutto chiaro il fatto che anche lo Stato liberale, pur dopo molte incertezze e quasi alla fine del suo ciclo storico, era finalmente riuscito a porre il problema di quel *minimo di omogeneità politica* senza il quale non può darsi alcuno Stato nella sua 'essenza', e che non può non

opposta a quella di Mortati, vedi *supra*, note 17 e 18. È da notare che molto più tardi Mortati ribadì il suo giudizio sugli eventi costituzionali dell'immediato dopoguerra, affermando in particolare che l'introduzione dello scrutinio di lista e della rappresentanza proporzionale nel 1919 fu conseguenza di «una presa di coscienza della maturazione avvenuta nel paese quale risultava dalla formazione di partiti organizzati»: C. MORTATI, *Dallo Statuto albertino alla Costituzione della Repubblica* (1961), in *Id.*, *Raccolta di scritti*, vol. II, *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano, 1972, pp. 329-364, p. 350. Per quanto riguarda la Costituzione di Weimar, Mortati dissentiva su questo punto da Carl Schmitt, che per parte sua proponeva una lettura più complessa di quella costituzione, in cui trovavano spazio autonomo elementi diversi da quello dell'indirizzo politico parlamentare, specialmente con riferimento ai poteri del Presidente: vedi C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., pp. 42-43. Non è possibile qui esaminare in dettaglio la interpretazione mortatiana della Costituzione di Weimar. È certo però che il superamento del noto dualismo si poneva al centro della indagine di Mortati sia per l'Italia che per la Germania, anche contro consolidate opinioni concernenti nel secondo caso proprio le soluzioni costituzionali weimariane.

corrispondere ad *un unico organo supremo*, in questo caso al parlamento⁽¹²²⁾.

Era su questa base che s'inseriva lo stesso fascismo con il nuovo regime, proseguendo quindi la ricerca già avviata nella fase terminale dello Stato liberale attorno alla coppia di riferimento omogeneità politica-organico supremo. Il contributo di Mortati è a questo proposito assolutamente originale. Il regime fascista non è nella sua prospettiva apprezzabile come oggetto di conoscenza scientifica da parte del giurista in quanto sia stato strumento di restaurazione dell'autorità dello 'Stato': è infatti chiaro che per Mortati l'esperienza politica liberale, a causa delle sue dualistiche irresolutezze, non aveva mai prodotto un'autentica forma di Stato, che fosse poi stata dissolta dal crescente dominio della assemblea elettiva, e che il fascismo fosse chiamato ora appunto a restaurare. Ma, d'altra parte, è nondimeno vero che per Mortati il punto di vista del giurista non è, né può essere, quello della 'rivoluzione fascista' come fonte creatrice di un intero nuovo sistema di diritto pubblico. Non solo è del tutto assente nel saggio del 1931 un simile approccio, ma bisogna anche aggiungere che è lo stesso Mortati — come già abbiamo osservato — a sottolineare in parecchie pagine del suo lavoro il nesso di continuità tra la fase terminale di vita dello Stato liberale e lo stesso regime fascista. Il regime stesso è allora certamente frutto di una rivoluzione, ma non di quella vacuamente proclamata a livello di principii dal 1922 in poi — ricorderemo in proposito la ben diversa posizione di Costamagna —, ma bensì del ben più profondo movimento di rottura del vecchio rapporto dualistico ottocentesco proprio del governo parlamentare alla Orlando, che in un primo stadio aveva intanto condotto al dominio dell'indirizzo politico proveniente dal parlamento. Il regime fascista è quindi nient'altro che l'espressione più aggiornata ed adeguata di tale tendenza verso

(122) È inutile qui sottolineare ancora una volta quanto Mortati fosse debitore di Schmitt a proposito di concetti come 'omogeneità politica' o 'organo supremo'. Si deve tuttavia aggiungere che Schmitt fu per Mortati — come vedremo più avanti — più uno strumento di critica alla tradizione giuspubblicistica italiana che non una vera e propria fonte ispiratrice a livello propositivo e ricostruttivo. Non mancheremo più avanti di mettere in rilievo le differenze, anche assai profonde, tra le dottrine costituzionali di Schmitt e di Mortati.

il modello costituzionale di stampo monistico, ovvero di una linea di trasformazione della costituzione che si era già avviata al tempo dello Stato liberale, e che finirà anche — come vedremo più avanti— per trascendere quel regime nel tempo, riproponendosi al di là della sua caduta.

Non deve allora stupire il fatto che tutto il saggio del 1931 sia disseminato di riferimenti a precisi nessi di continuità tra il governo parlamentare, inteso non nel senso di Orlando ma all'inverso come modello monistico fondato sul dominio dell'indirizzo parlamentare, ed il regime fascista⁽¹²³⁾. Si può anzi dire che per Mortati il regime stesso si legittima in quanto espressione concreta della *grande trasformazione* che attraversa la fase più recente della esperienza dello Stato moderno, tendente a dissolvere la vecchia forma dualistica, ed a sostituirvi una più coerente ed unitaria forma di Stato.

Così, il brusco ridimensionamento del peso istituzionale del parlamento conseguente alle leggi costituzionali del fascismo non è interpretabile nel senso tradizionale della giuspubblicistica italiana, ovvero nel senso di una ricerca nell'esecutivo e nella amministrazione di una 'essenza' dello Stato da contrapporre al mutevole ed inaffidabile dislocarsi delle forze politiche nella assemblea elettiva. Anche Mortati pensa che tale 'essenza' debba essere individuata dal giuspubblicista, ma si apre ad una considerazione di essa, non più nei termini statici dello 'Stato' come soggettività originaria, e per ciò stesso sovrana, in forma di amministrazione, ma nei termini dinamici di un indirizzo politico capace di unificare tutta l'esperienza pubblicistica, e di attribuire così ad una certa formazione istituzionale la dignità di una peculiare ed autonoma forma di Stato, in questo senso colta appunto nella sua 'essenza'.

Se così è, allora anche la questione del parlamento, e della sua perdita di peso istituzionale negli anni Venti e Trenta, si pone nei termini nuovi della sua *inadeguatezza* a sostenere questa formidabile trasformazione delle istituzioni politiche, che cammina oggettivamente in direzione del *primato dell'indirizzo politico* come fattore unificante. Infatti, la logica interna allo Stato liberale vuole che il parlamento riesca a candidarsi nella posizione di protago-

(123) C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., pp. 32-42, 64-66 e 183 ss.

nista istituzionale di tale primato solo nel momento in cui — come dimostravano le vicende italiane — in realtà esso viene superato, come espressione oligarchica della società liberale ottocentesca, da fenomeni nuovi, indotti dal suffragio universale, dall'accesso di una pluralità di classi alla politica ufficiale, dal « progressivo compinarsi della struttura sociale, per la complessità assunta dalla moderna organizzazione economica »⁽¹²⁴⁾, dalla forte richiesta, diretta alle istituzioni pubbliche, di « una norma di giustizia », e non più di mera tutela-garanzia delle autonomie private⁽¹²⁵⁾. Ora, tutta questa trasformazione muove decisamente nel senso di staccare sempre più il gabinetto dal parlamento, per collegare direttamente il primo, tramite il nuovo strumento del partito di massa, al corpo elettorale: è questa la via nuova, già studiata da personaggi del calibro di Max Weber, già presente nell'esempio inglese del *Premier*⁽¹²⁶⁾. Così, la ricerca dell'indirizzo politico unificante prosegue nei regimi politici contemporanei con strumenti diversi da quelli borghesi-parlamentari, e si svolge anzi al di fuori del parlamento, lungo il circuito corpo elettorale-partito di massa-governo-Capo del governo: il fascismo interessa in quanto s'inserisca in questa linea di trasformazione che lo trascende, e coinvolge *tutta* la storia costituzionale europea nella sua fase postliberale e postparlamentare⁽¹²⁷⁾.

Questi sembrano essere gli aspetti di teoria costituzionale che più nettamente dividono Mortati, non solo dalla tradizione giuspub-

⁽¹²⁴⁾ *Ibid.*, p. 33.

⁽¹²⁵⁾ *Ibid.*, p. 64.

⁽¹²⁶⁾ *Ibid.*, pp. 36 ss. È opportuno qui ricordare che il caso inglese del *Premier* era menzionato anche da Panunzio, in un senso analogo a quello di Mortati: vedi *supra*, nota 101.

⁽¹²⁷⁾ È per noi assai rilevante il fatto che in C. MORTATI, *Lezioni sulle forme di governo*, Padova, 1973 (sulla base delle lezioni tenute nella Facoltà di Scienze politiche di Roma, a.a. 1959-60), p. 92 e p. 145 ss., si sia mantenuta ferma questa linea generale d'interpretazione della storia costituzionale dell'età contemporanea, ancora intesa come dissoluzione delle forme dualistiche e come ricerca di un modello monistico dominato da un indirizzo politico unificato ed unificante. Sarebbe da rimeditare sotto questo profilo il significato della formula 'Stato sociale' nella fase più recente dell'opera mortatiana: vedi *ibid.*, pp. 61 ss. Su questi aspetti della più recente opera mortatiana ci soffermeremo nell'ultimo paragrafo.

blicistica, se non altro a causa della centralissima nozione d'indirizzo politico, ma anche dagli stessi giuristi del regime. Infatti, è proprio la nozione mortatiana di 'Stato moderno' a provocare nello stesso tempo un sufficiente distacco critico, sia nei confronti delle dottrine dello Stato di diritto costruite dalla tradizione, sia nei confronti delle dottrine del regime: lo 'Stato moderno' di Mortati trascende, sia il governo parlamentare della tradizione orlandiana e lo Stato amministrativo di Romano e di Ranelletti, sia lo Stato fascista di Costamagna e di Panunzio.

Proprio discutendo l'opera di Panunzio, non avevamo mancato di sottolineare, accanto alla prospettiva di una possibile apertura verso il rinnovamento della giuspubblicistica, le differenze rispetto ad ogni possibile linea di attuazione di quel rinnovamento che pretendesse di muovere dalla ribadita centralità dello Stato sovrano⁽¹²⁸⁾: questo infatti, per quanto trasformato concettualmente come nel caso di Mortati, doveva rimanere l'oggetto primario d'indagine della giuspubblicistica, a fronte di dottrine come quella di Panunzio, che individuavano invece — come abbiamo visto — nel partito la fondamentale istituzione originaria, dalla quale derivavano poi tutte le possibili configurazioni del diritto pubblico.

Ben diversa è anche su questo punto la posizione di Mortati⁽¹²⁹⁾, che già nel saggio del 1931 indica come trasformazione più evidente del partito quella che lo ha condotto a suo giudizio a divenire « organo dello Stato », che è venuto « a perdere sia

(128) Vedi *supra*, paragrafo precedente. Si può ora aggiungere che Mortati e Panunzio avevano certamente in comune la consapevolezza di una grande trasformazione costituzionale che investiva il ruolo del parlamento e del governo, portando in primo piano la questione dell'indirizzo politico, e comunque conducendo necessariamente in regioni sconosciute al vecchio parlamentarismo di stampo liberal-borghese. Questa consapevolezza doveva essere per entrambi alla base di un rinnovato impegno dei giuristi di diritto pubblico. Sulle differenze tra Mortati e Panunzio, specialmente sul punto decisivo del ruolo del partito politico, abbiamo già riferito nel precedente paragrafo, e torniamo ad insistere nel testo che segue.

(129) Vedi *supra*, nota 112, per un'importante recensione di Mortati a Panunzio. Su un piano diverso da quello qui considerato si pone l'altra recensione di C. MORTATI a S. PANUNZIO, *Popolo, Nazione, Stato* (Firenze, 1933), in *Lo Stato*, V (1934), pp. 206-214.

il potere di autoorganizzazione, sia quello di determinazione del contenuto della sua attività »⁽¹³⁰⁾, per riferirsi essenzialmente allo svolgimento di funzioni statali. Anzi, anche guardando il partito dal punto di vista della sua realtà politica, ad esempio come strumento di formazione della classe politica dirigente, torna centrale l'aspetto della sua subordinazione funzionale allo Stato, poiché il compito del partito è anche a questo livello quello di preparare « una classe politica capace di trascendere nella sua azione ogni forma di particolarismo e di riflettere in sé la vita dello Stato nella sua unità »⁽¹³¹⁾. Così, quello che indubbiamente è eversione della tradizione, ovvero il pieno inserimento del partito tra gli strumenti essenziali di governo della cosa pubblica, è contemporaneamente vissuto da Mortati anche e forse soprattutto in chiave di necessario argine nei confronti delle dottrine del regime, di riconduzione del partito nello Stato contro ogni soluzione di *permanente dualità*, come nel caso di Panunzio, tra il primo ed il secondo, con il connesso primato del partito medesimo: non è lo Stato con il suo diritto pubblico ad essere pensabile solo a partire dalla sovrana istituzione originaria del partito, ed è invece quest'ultimo ad essere pensabile solo come funzione di quello Stato, che rimane quindi evidentemente il *dato originario* della esperienza giuspubblicistica.

Così, la concordanza di soluzioni tra Panunzio e Mortati, soprattutto in ordine alla qualificazione della nuova forma di governo in termini di ' regime del Capo del governo ' ⁽¹³²⁾, è in realtà solo apparente, e li accomuna esclusivamente sotto il profilo del rifiuto di un'interpretazione del presente costituzionale in chiave di ' restaurazione ', o di ' ritorno ', a forme di Stato in sostanza già conosciute, come era nel caso di Ranelletti e di Romano. Ed

⁽¹³⁰⁾ C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., p. 157.

⁽¹³¹⁾ *Ibid.*, p. 186.

⁽¹³²⁾ Il discorso sul regime del Capo del governo dovrebbe poi essere approfondito sul piano della dogmatica degli organi costituzionali, perché in realtà Mortati individua il titolare della *suprema potestas* in un complesso istituzionale dato dal Re, dal Primo Ministro Capo del governo, dai Ministri, e dal Gran Consiglio del fascismo, cosicché la configurazione vera della forma di governo risulta in ultima analisi solo dalla sistemazione dei rapporti tra questi organi. Non possiamo soffermarci sul punto per evidenti ragioni di sintesi: vedi comunque C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., pp. 69 ss.

infatti, le strade dei due giuristi tornano presto a divergere, poiché mentre per Panunzio è essenziale il fatto che il Capo del governo sia anche Duce del fascismo, nel senso della ineliminabile presenza autonoma del partito accanto allo Stato, per Mortati la nuova preminenza del governo e del suo Capo è frutto di una redistribuzione del potere di direzione e d'indirizzo *tutta interna allo Stato*, che avviene essenzialmente a causa di trasformazioni profonde del nesso Stato-società e politica-economia, che in quanto tali poco hanno a che fare con la proclamata 'rivoluzione fascista', e con il partito come suo massimo interprete. Per concludere su questo punto, se è vero che « il nuovo ordinamento riafferma nella sua pienezza il principio della sovranità dello Stato, nella quale solamente devono trovare la loro fonte tutte le potestà pubbliche »⁽¹³³⁾, bisogna allora che tale tendenza sia fino in fondo coerente, valendo non solo contro il principio di sovranità popolare, come già era nel contesto della dominante tradizione giuspubblicistica, ma anche in direzione del partito e delle sue pretese di primato.

Da una simile presa di posizione derivano poi alcune conseguenze di carattere più puntuale, che più direttamente attengono al lavoro di sistemazione del nuovo diritto pubblico che il giurista è con Mortati chiamato a svolgere. Il saggio mortatiano del 1931 può a questo proposito essere riletto ad un livello diverso da quello fin qui considerato, e cioè con riferimento all'impegno per *una nuova dogmatica giuspubblicistica*. Come dicevamo all'inizio di questo paragrafo, la linea di Mortati è in senso proprio la linea del rinnovamento di tale dogmatica, ed è tale appunto perché si tiene distante, sia dalle tradizionali configurazioni dello Stato di diritto e dello Stato amministrativo che proponevano una mera rivalidazione dei vecchi apparati concettuali, sia dalle nuove dottrine fasciste del partito e del regime, che rinviavano a realtà politiche esterne allo Stato ritenute dominanti, e così rendevano ininfluenze, o meramente 'formalistico', il discorrere su *un nuovo ordinamento* delle competenze e delle funzioni statali.

La costruzione di tale ordinamento è invece il primo obiettivo di Costantino Mortati nel 1931. Torna qui in primo piano la

(133) *Ibid.*, p. 61.

nota nozione di 'Stato moderno'. Questa svolge certamente la funzione — come abbiamo osservato più volte — di riferimento concettuale necessario per la critica ad uno Stato liberale che non aveva saputo realizzare le due condizioni indispensabili per l'esistenza di una definita forma moderna di Stato: omogeneità politica da una parte, ed individuazione della *suprema potestas* dall'altra; tuttavia, è lo stesso 'Stato moderno' — come pure di sfuggita abbiamo già visto — a richiamare la duplice idea della sovranità dello Stato e della sua necessaria limitatezza, del suo ricondursi entro i limiti del 'diritto obiettivo', come lo stesso Mortati scriveva proprio nel 1931. Così, se è vero che la nuova sistemazione dogmatica delle competenze e delle funzioni statali deve dirigersi in primo luogo alla individuazione dell'organo titolare della *suprema potestas*, è anche vero che tale organo⁽¹³⁴⁾ non è supremo « in virtù di un titolo preesistente allo Stato », e tanto meno è vero che esso sia « sfornito di limiti giuridici nel suo operare »: tutto ciò sarebbe appunto contrario « ai principii fondamentali dello Stato moderno », che non ammette al proprio interno competenze e funzioni che non siano attribuite « in virtù della costituzione e nei limiti da questa fissati »⁽¹³⁵⁾. Se così è, allora gli *atti di direttiva*, con i quali si esprime la superiorità dell'organo titolare della *suprema potestas* — ad esempio il Capo del governo nel nuovo diritto pubblico —, non si riconnettono ad un generico, e per il giurista inammissibile, primato del partito sullo Stato: derivando dalla costituzione, essi rappresentano piuttosto *una nuova categoria* di atti di rilevanza costituzionale, sconosciuta per i motivi che sappiamo alla tradizionale dottrina liberale, e proprio per questo in attesa di una nuova sistemazione sul piano dogmatico.

Si riapre qui la questione della funzione di governo come autonoma funzione dello Stato, ma sotto il profilo nuovo della *dogmatica degli atti politici o di governo*⁽¹³⁶⁾. Quello spazio che

⁽¹³⁴⁾ Nel caso concreto si trattava di un organo complesso: vedi *supra*, nota 132.

⁽¹³⁵⁾ C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., p. 20.

⁽¹³⁶⁾ Il problema era già stato toccato da Panunzio: vedi *supra*, note 96 e 102 ss., per ciò che riguarda la quarta funzione dello Stato, che però Panunzio

da giuristi come Romano e Ranalletti era sentito come infido, e quasi per sua natura 'politico', poiché distaccato dalla saldezza della pubblica amministrazione, oltre che naturalmente dal parlamento dopo il crollo dello Stato liberale, diviene ora grazie a Mortati terreno pienamente giuridico, disponibile per una sistemazione di carattere dogmatico, che punti ad individuare gli atti mediante i quali si esprime in modo *tipico* quella funzione di governo che poi nel caso concreto dell'ordinamento italiano del tempo — e non solo di questo — è anche la funzione primaria, in cui si racchiude la *suprema potestas*.

Per capire fino in fondo la portata della svolta promossa da Costantino Mortati, si può rileggere quanto avevano scritto in età liberale a proposito degli atti di governo giuristi come Orlando e Cammeo⁽¹³⁷⁾, che sulla base di una diffidenza classicamente liberale nei confronti di simili problematiche avevano lavorato con tutti gli strumenti a loro disposizione al fine di limitare ai minimi termini l'estensione teorica e pratica di quegli atti, rigettando poi

preferisce chiamare corporativa, ed anche la problematica degli atti politici o di governo.

(137) V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, Milano, 1901, pp. 633 ss., pp. 902 ss. sugli atti di governo; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, rist. con note di aggiornamento a cura di G. Miele, Padova, 1960, pp. 27 ss. Per lo stato della dottrina a fine secolo, vedi brevemente CONTUZZI, *Atti del governo*, in *Digesto italiano*, vol. IV, Torino, 1893-99, pp. 169-191. Sugli atti politici, ed anche sulla storia della loro dogmatica, si vedano: E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1961; P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, 1959, pp. 220-232; G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, Milano, 1984; C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padova, 1983. Per avere un'idea più precisa del confronto tra le opinioni più tradizionali e quelle più rinnovatrici in materia di atti politici e di atti di governo, si vedano anche A. AMORTH-O. RANELLETTI, *Atti del governo*, in *Nuovo digesto italiano*, 1937; e E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Archivio di diritto pubblico*, II (1937), pp. 264-320 e 486-556, che indicava negli atti politici « un istituto necessario ed immanente in ogni società organizzata a Stato costituzionale » (p. 546); ed inoltre B. LIUZZI, *Sulla nozione di atti di governo*, in *Foro amministrativo*, 1927, pp. 53-57; M. SIOTTO PINTOR, *Intorno al concetto del 'potere politico'*, in *Foro italiano*, 1927, pp. 1073-1082; e G. ROEHRSSSEN, *L'atto di potere politico e la sua sindacabilità in sede giudiziaria*, in *Rivista di diritto pubblico*, XXVIII (1936), pp. 557-588.

in conclusione « l'opinione della esistenza di una categoria distinta e sistematicamente determinabile di atti di governo »⁽¹³⁸⁾. E più in genere, a partire dal noto articolo 24 della legge 31 marzo 1889, n. 5992, non v'è dubbio che tutta la discussione della giuspubblicistica si era mossa in sostanza in un contesto problematico di tipo giurisdizionale, configurando gli atti politici o di governo esclusivamente sotto il profilo negativo, e meramente processuale, della loro non sindacabilità da parte dei tribunali amministrativi⁽¹³⁹⁾.

In verità, la stessa tradizione giuspubblicistica aveva tentato sul punto una sorta di revisione dogmatica, essenzialmente per opera di Oreste Ranalletti, e nel quadro a noi già noto dello Stato amministrativo. Qui, gli atti politici erano già divenuti cosa diversa rispetto alla tradizione liberale di Orlando e di Cammeo, traducendosi negli atti nei quali si esprimeva la « considerazione dell'interesse generale dello Stato nella sua unità, sia per l'esistenza, sicurezza ed integrità propria o del proprio popolo, sia per i fini da proporsi in rapporto alla vita sociale, sia per l'azione sua per il raggiungimento dei medesimi in relazione ai sentimenti e interessi collettivi del paese »⁽¹⁴⁰⁾.

Un'opinione del genere era ben comprensibile, se si ricorda quanto fosse centrale per giuristi come Ranalletti il bisogno di collocare nell'esecutivo e nella amministrazione il cuore stesso delle istituzioni pubbliche, in fondo lo Stato stesso nella sua 'essenza', ed appunto nella sua unità. Tuttavia, il passo decisivo non era compiuto. Infatti, come già sappiamo, ciò che caratterizzava anche durante il fascismo i teorici dello Stato amministrativo era la loro pervicace volontà di mantenere ferma la nozione dogmatica del potere esecutivo come nozione necessariamente comprendente governo ed amministrazione. Così, gli atti politici e di governo, per

(138) V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 907.

(139) È significativo il fatto che Mortati muova nella sua ricerca proprio dalla esigenza di superare questo approccio della dottrina, al fine di pervenire ad « una nozione obiettiva dell'attività di governo », che punti ad individuare le qualità intrinseche di quella attività, mettendo ai margini la questione meramente processuale della sindacabilità degli atti: C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., pp. 9 ss.

(140) O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 341.

quanto ora collegati con la problematica generale della unità dello Stato, continuavano ad essere concepiti anche in Ranalletti, come in tutta la tradizione giuspubblicistica prima di Mortati, come *atti amministrativi dotati di particolare rilevanza politica*, ed ad essere quindi inquadrati nella più generale categoria degli atti amministrativi; ed infatti per Ranalletti gli stessi atti di governo non costituiscono nel loro complesso « un'attività a sé stante, omogenea nel suo contenuto come la legislazione, la giurisdizione, l'amministrazione, e che si possa porre accanto a queste, come una quarta forma di attività dello Stato »⁽¹⁴¹⁾.

Questa era invece proprio l'operazione che Mortati stava conducendo nel 1931; leggiamo allora quali *caratteri tipici* egli attribuisca a quella attività di governo che Ranalletti negava: « l'assoluta discrezionalità; la derivazione diretta dalla legge costituzionale; lo scopo di attuare in modo immediato l'unità dell'azione statale; il suo modo d'esplicarsi prevalentemente attraverso una azione d'impulso e di controllo sugli altri organi costituzionali; la tendenza diffusiva, che la porta ad accompagnare il successivo estendersi dell'azione statale, in quanto questa appaia rilevante per la direzione politica »⁽¹⁴²⁾.

Avremo occasione di tornare su ognuno dei caratteri indicati nella definizione mortatiana. Preme ora sottolineare il fatto che il primo di essi è non a caso quello della ' assoluta discrezionalità ', che sta certamente a significare una libertà, ed un potere, di determinazione dei fini pubblici da perseguire non più contenibile, come avrebbe voluto la tradizione, nella categoria generale della discrezionalità propria dell'atto amministrativo in genere. È qui, in questa sfera, che deve essere ricercata la sede istituzionale specifica dell'attività di governo. Sotto questo profilo, che è poi il più sintetico e riassuntivo, Mortati sembra lanciare un vero e proprio messaggio alla giuspubblicistica del suo tempo: in un'età di profonda trasformazione del rapporto Stato-società, di accrescimento dei compiti pubblici, come continuare a pensare al governo esclusivamente nei termini di una sorta di ' alta amministrazione '?

⁽¹⁴¹⁾ *Ibid.*, p. 332.

⁽¹⁴²⁾ C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., p. 68.

Era ancora attuale una concezione del governo come vertice, e quindi pur sempre parte, del potere esecutivo?

Ed in effetti, Mortati non aveva torto a sottolineare l'incapacità della nostra tradizione giuspubblicistica in ordine a questo punto specifico, che consisteva nella necessità, da lui fortemente sentita, di costruire una vera e propria *dottrina costituzionale del governo e della sua attività*. Infatti, sia che si muovesse dal primato della legge, come nel caso di Orlando o di Cammeo, sia che si muovesse dal primato dell'amministrazione, come nel caso di Ranalletti o di Romano, si finiva sempre per svalutare il governo, mantenendolo deliberatamente nei consueti confini del potere esecutivo. A questo livello, e dal punto di vista di Mortati, la tradizione si ricomponeva, e si mostrava quindi come un unico blocco da superare.

Tentiamo ora di pervenire ad alcune prime conclusioni, per quanto provvisorie, perché riferite ad un saggio come quello sull'ordinamento del governo che si pone all'inizio della ricerca di Mortati. In primo luogo, bisogna dire che il testo mortatiano del 1931 è certamente dedicato al rinnovamento della dogmatica giuspubblicistica. La premessa da cui si muove è che in Italia, come anche altrove, stia nascendo nel corso degli anni Venti e Trenta *un nuovo diritto pubblico*, non più inquadrabile nelle consuete costruzioni concettuali dei giuristi. La novità sta nel fatto che la tanto ricercata 'essenza' dello Stato, che attribuisce ad esso forma unitaria e precisa identità storica, non sta più, né nel primato liberale della legge generale ed astratta, né nel valore costituzionale della pubblica amministrazione come soggettività originaria ed in sé legittimata: dal punto di vista di Mortati, Orlando e Ranalletti, pur nella diversità di atteggiamenti di fronte al regime, sono nient'altro che il diritto ed il rovescio della medesima medaglia. Ciò che per il nostro giurista sta accadendo è che quella medesima 'essenza' dello Stato si colloca sempre più nel governo, non più inteso come parte — anche se vertice — di uno dei poteri dello Stato, ma come organo supremo titolare dell'indirizzo politico unificante, come « principio d'unità, posto accanto al principio di divisione »: è con l'attività di governo e di direzione politica che si attua « in modo immediato l'unità dello

Stato », ricostituendo « ciò che la divisione delle competenze e delle funzioni necessariamente divide »⁽¹⁴³⁾.

Pensiamo ora al lungo tragitto che si è compiuto da Orlando a Mortati. Mentre per il primo il governo d'indirizzo è quanto di più anti-giuridico si possa immaginare sul piano costituzionale — tanto da ammettere, come sappiamo, il governo parlamentare proprio in quanto esso non sia qualificabile come governo d'indirizzo —, per Mortati lo Stato stesso inizia ad esistere in quanto sia capace di esprimere un governo dotato di un certo indirizzo, poiché solo questo può dare senso unitario a tutti i suoi poteri, ivi compreso lo stesso legislativo. Se così non fosse, quei poteri starebbero insieme solo sulla base di alcune regole destinate a disciplinarli, ma non perché insieme perseguano certi obiettivi secondo un certo indirizzo: in una parola, essi non costituirebbero nel loro complesso una vera e propria forma di Stato. Dovendo esprimere in modo seccamente sintetico il senso del distacco mor-

(143) *Ibid.*, pp. 8-14. Con Mortati siamo certamente all'inizio di una vicenda che molto più tardi sarà descritta nei seguenti termini: « Il Governo cerca la base effettiva del suo potere non tanto nel Parlamento ma, attraverso l'organizzazione dei partiti, direttamente nel corpo elettorale. Il Governo non è più (o forse non lo è mai stato) l'esecutore della volontà politica elaborata dal Parlamento, quale lo descrivevano i teorici dell'illuminismo. Il Governo si pone attualmente quale centro propulsore di una funzione d'indirizzo politico, cui spetta il compito di orientare e coordinare l'attività di tutta la macchina statale, ivi compreso il Parlamento, che di questa funzione diviene uno degli strumenti di attuazione »: E. CHELI, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, IX (1959), pp. 463-528, p. 516; si veda anche *Id.*, *Funzione di governo, indirizzo politico, sovranità popolare*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato ed A. Barbera, Bologna, 1984, pp. 335-354. Si deve però osservare che già durante il fascismo il principio di unità dello Stato nel governo attraverso la funzione d'indirizzo politico doveva confrontarsi, non solo con i perduranti poteri di settore dei singoli Ministeri, ma anche con il complesso articolarsi in enti dell'azione pubblica a livello soprattutto economico: vedi A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., pp. 77 ss., per le difficoltà, mai risolte, di applicazione della l. 31 gennaio 1926 n. 100; ed inoltre S. MERLINI, *Struttura del governo e intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 1979, pp. 85 ss.; e S. CASSESE, *Corporazioni e intervento pubblico nell'economia*, in *Il regime fascista*, cit., pp. 327 ss., che mostra in modo molto efficace la grande distanza intercorsa tra il progetto fascista statale-corporativo e la concreta realtà di un intervento pubblico attuatosi tramite enti speciali, consorzi e procedure particolari.

tatiano dalla tradizione giuspubblicistica italiana, potremmo allora dire che esso è dato da una nuova concezione della unità dello Stato, che è ormai chiaramente « unità teleologica » e di programma, e solo in questi termini è pensabile⁽¹⁴⁴⁾.

Se così è, diviene più comprensibile anche tutto l'insistere di Mortati sulla esigenza d'individuare la *suprema potestas*, in contrasto con la tradizione liberale della parità, e dell'equilibrio, tra gli organi costituzionali. In realtà, senza *suprema potestas* non c'è Stato, perché manca l'indirizzo politico unificante. Quel certo organo supremo non è la cosiddetta 'alta autorità' del costituzionalismo liberale, di regola riferita alla figura del Capo dello Stato, non si esprime solo in senso moderatore e coordinante. La moderna forma di Stato non ha bisogno di un manovratore, ma di un pilota, che dia e scelga la direzione di marcia.

Ora, se dovessimo misurare le convinzioni del Mortati del 1931 secondo il metro della tradizione giuspubblicistica, dovremmo qualificare la sua costruzione come un grande tentativo di politicizzare il diritto pubblico, poiché non v'è dubbio che nella cultura tradizionale dei giuristi la politica è proprio questo, è l'attività di scelta dei fini, e delle direzioni di marcia. Ed in effetti Mortati non gioca con le parole, e definisce esplicitamente in termini di « programma politico » l'indirizzo chiamato ad unificare e qualificare lo Stato medesimo⁽¹⁴⁵⁾. Ma allora, se così è, come può prendere piede il rinnovamento della dogmatica giuspubblicistica? Su quale minima base di stabilità i giuristi possono costruire un nuovo ordinamento di competenze e di funzioni, se il loro principale oggetto d'indagine, ovvero lo Stato medesimo, dipende in ultima analisi per la sua stessa identità da una decisione politica fondamentale? È davvero possibile la dogmatica giuridica di un 'programma politico'?

A queste domande si risponde con un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, su un piano più specificamente storico, non v'è dubbio che Mortati pensi a questa nuova politicalità dello Stato come ad una sorta di scelta obbligata, necessaria per salvare lo Stato medesimo. Questo, infatti, se ancora contrap-

(144) C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., p. 9.

(145) *Ibid.*, p. 9.

posto alla sfera ideale della politica intesa come attività di scelta di fini e d'indirizzi, rischia di divenire un guscio vuoto, di ridursi a complesso di funzioni pubbliche e di prestazioni amministrative crescentemente sprovvisto di capacità di sintesi in senso unitario. L'introduzione della politica nello Stato rappresenta quindi con Mortati il tentativo estremo di salvare l'oggetto principale di studio della giuspubblicistica, ovvero lo Stato medesimo, che solo attraverso la dimensione del *progetto collettivo indirizzato ad un certo fine* consegue quella condizione di unità che la tradizione ancora si ostinava a ricercare, in modo anacronistico, nel primato della legge o nella saldezza della componente amministrativa. Dunque, sotto questo profilo, l'operazione condotta da Mortati è certamente nel segno del valore tradizionale della sovranità dello Stato, che non a caso egli riafferma con decisione — come abbiamo visto — anche contro il possibile primato del partito sostenuto da Panunzio e dai giuristi del regime, e deve considerarsi preliminare ad ogni riflessione di carattere dogmatico sulle competenze e sulle funzioni dello Stato medesimo, che come tale non può non presupporre una nozione definita dell'unità statale, ora possibile appunto esclusivamente in senso teleologico.

Ma c'è di più. In realtà, questo ingresso della politica nello Stato, fino al punto più delicato del far dipendere l'identità del secondo dalla prima, avviene in forma codificata e dogmatizzata, con il contributo essenziale della scienza giuridica. Infatti, il primato dell'indirizzo politico non si esprime in modo arbitrario e casuale, ma in forme tipiche e costanti, ovvero mediante quegli atti politici o di governo che la scienza giuridica, per esplicito invito di Mortati, è chiamata ad identificare e sistematizzare⁽¹⁴⁶⁾. Ma ciò che più conta è il fatto che questi atti non configurano nel loro complesso un'attività politica distinta per natura, o qualità, da quella giuridica propria della legislazione, della amministrazione e della giurisdizione, dalla quale questa seconda si trovi a dipendere. Da questo punto di vista, appare decisiva la definizione mortatiana della attività di direzione politica dello Stato

⁽¹⁴⁶⁾ Vedi *supra*, nota 142, per il tentativo di definizione dello stesso Mortati.

in chiave di *funzione* dello Stato medesimo⁽¹⁴⁷⁾. È vero che si tratta della funzione suprema, che come tale precede logicamente tutte le altre, è vero che da essa dipende in modo diretto la stessa identità dello Stato, ma è vero anche che pur sempre di funzione si tratta, quindi di qualcosa che ha in comune con i più classici tre poteri dello Stato il decisivo aspetto della sua appartenenza allo Stato medesimo inteso come organizzazione giuridica di competenze e di funzioni normativamente determinate e regolate. Così, l'auspicato rinnovamento della dogmatica giuspubblicistica diviene più che possibile, poiché la nuova politicità dello Stato non si esprime in modo aggressivo nei confronti dei giuristi e delle loro costruzioni, ma mediante un linguaggio a loro ben noto: *anche la politica è divenuta funzione dello Stato*.

Per concludere, possiamo dire che Mortati, da una parte supera largamente la tradizione fondando lo Stato come unità teleologica su un certo programma politico, ma dall'altra la difende contro le dottrine del regime e del partito, riconducendo interamente l'elemento politico della scelta e del programma nello Stato, fino a considerarlo funzione di questo, come tale sistematizzabile da parte di una giuspubblicistica che può così continuare a mantenere al centro delle proprie indagini, per quanto trasformato,

(147) Si colloca qui anche la discussione sulla funzione di governo come quarta funzione dello Stato, che era già stata avviata, ma in modo imperfetto, da Otto Mayer, come osserva lo stesso Mortati: C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., p. 14 n. 1. Di questa funzione, da lui denominata corporativa, aveva parlato anche Sergio Panunzio: vedi *supra*, nota 136. Bisogna infine ricordare che la risoluzione dell'attività di direzione politica dello Stato in funzione non fu condivisa da V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, XIII (1939), pp. 53-72. Non possiamo qui tentare un confronto sistematico tra le opinioni di Mortati e di Crisafulli, che per parte sua offre una versione del problema dell'indirizzo politico più rigorosamente normativistica, di stampo quasi kelseniano, muovendo dalla esigenza di mantenere una più rigida distinzione tra l'attività di direzione politica e le tradizionali funzioni statali, alle quali quindi la prima non sarebbe assimilabile: sul punto condividiamo l'analisi di M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985, pp. 185 ss. Disponiamo ora anche del contributo di P. CIARLO, *Commento all'art. 95*, estr. dal volume *Il Consiglio dei Ministri*, T. II, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1987, che opportunamente prende le mosse dal nostro dibattito dottrinale degli anni Trenta.

quel medesimo Stato — lo ‘Stato moderno’ di Mortati — al quale essa aveva storicamente legato le proprie fortune.

C'è infine da considerare un ultimo aspetto della trattazione mortatiana, che forse riassume e spiega tutti gli altri. Esso è contenuto nella seconda caratteristica degli atti di governo indicata da Mortati, che consiste nella loro ‘derivazione diretta dalla legge costituzionale’. Ma quale ‘legge costituzionale’?

Noi sappiamo già quale fosse il giudizio di Mortati sulla esperienza storica dello Statuto albertino, a suo giudizio legata ad un sistema politico dualistico incapace di esprimere un'autentica forma di Stato e sorretta da piccole oligarchie borghesi destinate ad essere superate dal nuovo tempo storico della organizzazione politica di massa. Non è certo casuale il fatto che le analisi costituzionalistiche di Mortati non prendano mai le mosse dallo Statuto, a differenza dell'intera tradizione giuspubblicistica che in varia misura argomentava proprio a partire da quel dato normativo. Si deve quindi ricercare altrove la ‘legge costituzionale’ di Mortati.

D'altra parte, è altrettanto evidente — per motivi che ormai sappiamo — l'assenza nell'opera mortatiana di una costituzione prodotta dalla ‘rivoluzione fascista’, nel senso dei ‘principii politici’ di Costamagna, o del partito come sovrana istituzione originaria di Panunzio. Come abbiamo cercato di mostrare, il nuovo diritto pubblico di Mortati si costruisce tutto dentro lo Stato, si traduce tutto in una redistribuzione di potere interna allo Stato. Così, sono scartate tutte quelle versioni della legge costituzionale che, in quanto strettamente legate al tema della ‘rivoluzione’ — pensiamo ad esempio al diritto corporativo come nuovo diritto costituzionale —, finivano per fare della costituzione stessa un dato politico estraneo e contrapposto allo Stato medesimo.

Anche su questo punto, come su altri, Mortati pensa dunque ad una terza soluzione, diversa dalla riattualizzazione del vecchio Statuto, come anche dalla pretesa portata in campo dal regime di aver addirittura creato *ex novo* la nozione stessa di ‘legge costituzionale’. In realtà, i giuristi hanno a che fare con una costituzione, che non è né liberale, né fascista: essa è piuttosto per Mortati *la costituzione dello ‘Stato moderno’*.

È questo un passaggio molto importante nell'opera di Mortati, che già nel 1931 pone dunque il problema di una costituzione tra-

scendente la positività normativa formale, sia essa quella dello Statuto o quella della nuova legislazione costituzionale del fascismo. Esiste quindi per il nostro giurista *una dimensione normativa costituzionale* data essenzialmente dalla esperienza storica dello 'Stato moderno', e che si traduce in una serie di principi: da questi deve muovere il giurista, anche quel giurista che debba lavorare sulla forma di governo nell'Italia degli anni Venti e Trenta.

Torniamo ora agli atti di governo. Il fatto che essi derivino — come Mortati dice — dalla legge costituzionale significa in primo luogo che esiste una norma fondamentale che li disciplina, obbligando lo stesso giurista ad interpretarli in un modo piuttosto che in un altro. Ora, non v'è dubbio che uno dei più rilevanti principii contenuti secondo Mortati nella tradizione costituzionale dello Stato moderno — appunto nella 'legge costituzionale' — è quello di separazione dei poteri⁽¹⁴⁸⁾.

Infatti, per il nostro giurista, la ricerca — a noi già nota — dell'organo supremo titolare della *suprema potestas* non implica affatto che una volta individuato tale organo, e gli atti che da questo si dipartono — ovvero gli atti politici o di governo — in direzione di tutti i poteri dello Stato al fine di conseguire tra questi una certa consonanza d'indirizzo, venga per ciò stesso ad eclissarsi il principio costituzionale della separazione dei poteri. Così, gli atti politici, in quanto disciplinati dalla 'costituzione' dello Stato moderno, devono essere intesi come strumenti istituzionali di controllo e d'impulso su poteri, come quello legislativo, che comunque mantengono una loro sfera autonoma riservata. Più tardi, in rapporto di derivazione logica con quanto già affermato nel 1931, Mortati dirà ancora più esplicitamente che il regime fascista si era a suo giudizio dovuto adattare, e conciliare, con la 'costituzione' dello Stato moderno, ed in particolare proprio con il principio di separazione dei poteri, integrato — e liberato dalla versione angusta di strumento di tutela dei diritti individuali —

⁽¹⁴⁸⁾ Il tema attraversa tutto il saggio mortatiano del 1931 e verrà poi esplicitamente ripreso in C. MORTATI, *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano* (1941), in *Id., Raccolta di scritti*, vol. IV, *Problemi di politica costituzionale*, parte III, *Aspetti della organizzazione politica nel periodo fascista*, Milano, 1972, pp. 431 ss.

dalla tendenza del regime verso il primato dell'indirizzo politico unificante, ma non da questo soppresso⁽¹⁴⁹⁾.

C'è quindi un primo significato della nostra 'derivazione' degli atti di governo dalla legge costituzionale, che agisce nella ottica del giurista in senso garantistico, nel senso che offre la fondamentale garanzia che quegli atti non divengano strumento di logiche politiche totalizzanti, con le quali si punti a considerare indifferentemente tutti i poteri dello Stato subordinati nella stessa misura, e nello stesso modo, alla esigenza di attuare l'indirizzo politico dominante.

La nostra analisi non può tuttavia fermarsi a questo punto. Infatti, se Mortati individuasse esclusivamente questa versione della legge costituzionale, solo in funzione di garanzia della permanenza di una pluralità di autonomi poteri, cadrebbe in contraddizione con i presupposti generali del suo discorso, secondo il quale — come sappiamo — la classica concezione liberale della pluralità e dell'equilibrio tra gli organi costituzionali non può esaurire da sola la problematica della forma di Stato, dunque neppure l'intero campo storico e teorico dello 'Stato moderno' e della sua costituzione.

Ecco dunque necessariamente un secondo significato della nostra 'derivazione' degli atti politici o di governo dalla legge costituzionale, che attraversa anch'essa tutto il saggio del 1931. Si noti a questo proposito come Mortati parli di 'derivazione

(149) C. MORTATI, *Esecutivo e legislativo*, cit., spec. p. 464 e 468, dove si afferma: « la posizione di indipendenza in cui si trovano gli organi costituzionali deve essere integrata con quella di consonanza politica, che lega fra di loro i titolari dei medesimi »; ed ancora: « deve essere infatti ben chiaro come il rapporto di consonanza politica, che sottostà all'attività degli organi, non può sopprimerne l'autonomia ». È significativo l'uso in queste stesse pagine della locuzione 'Stato moderno' con il medesimo significato indicato nel testo a proposito del saggio del 1931, tanto da configurare su questo decisivo punto una vera e propria continuità di pensiero di Mortati nel corso di tutta l'esperienza politica del fascismo. Si veda in proposito anche C. MORTATI, *Per una teoria dello Stato fascista*, cit., dove il dissenso con Panunzio non verte solo — come più volte abbiamo visto — sul ruolo del partito, ma anche sul rapporto costituzionale tra legislativo ed esecutivo, che Mortati continua a vedere come rapporto tra poteri distinti, se non altro per « l'assenza in via normale negli organi di governo della potestà legislativa con efficacia di legge formale » (p. 342).

diretta': è appunto sull'aggettivo 'diretta' che dobbiamo ora richiamare l'attenzione. In esso non si esprime solo il tema istituzionale, pur presente, del rapporto diretto, che salta la mediazione parlamentare, tra investitura plebiscitaria dal basso e poteri di direzione politica del governo. In verità, ancora una volta, ed anche su questo punto, Mortati solleva un problema che a suo giudizio attiene all'intera esperienza dello Stato moderno, della quale il regime fascista è solo, al massimo, specifica espressione contingente. Si tratta, in una parola, della esigenza di rintracciare negli atti di governo questa loro caratteristica specifica di essere *direttamente attuativi dei contenuti della legge costituzionale*. Da questo punto di vista, la derivazione di quegli atti dalla costituzione non si pone tanto in chiave di loro disciplina — in ordine soprattutto, come sappiamo, alla necessità che essi non divengano strumento di violazione del principio di separazione dei poteri —, quanto nei termini della loro particolare rilevanza istituzionale come veicoli di attuazione della legge costituzionale, che per loro tramite diviene davvero la norma fondamentale capace d'ispirare l'azione di tutti i pubblici poteri.

Così, attraverso la tematica specifica degli atti di governo, cogliamo ciò che più interessa, ovvero il mutamento in atto del significato stesso di 'costituzione'. Questa è norma fondamentale, non più solo nel senso di norma generale distributiva di competenze e di funzioni, ma anche nel senso di norma suprema dotata di certi, e non altri, contenuti, che grazie alla individuazione nello Stato di una *suprema potestas* è capace, a partire da quel centro, di esprimersi in chiave d'indirizzo politico unificante, imprimendo a tutta l'attività dei pubblici poteri una certa direzione in conformità ai contenuti costituzionali medesimi. È proprio in questo preciso senso che gli atti di cui discutiamo vengono correttamente chiamati 'politici'.

Per concludere, dobbiamo dire che tutto questo rappresenta una svolta di straordinaria rilevanza nella storia della giuspubblicistica italiana. Con Mortati si assiste al *recupero della vocazione prescrittiva della costituzione*, che si era eclissata nel corso dell'Ottocento — come sappiamo, a partire da Orlando —, perché ritenuta espressione del distruttivo, e poco 'scientifico', principio giacobino di sovranità popolare. È d'incalcolabile importanza il

fatto che questo recupero sia stato, grazie a Mortati, opera di giuristi, si sia prodotto all'interno del campo della giuspubblicistica.

Grazie a ciò, si è sottratto il monopolio della dottrina della costituzione a quei teorici del regime che spesso la traducevano in chiave di primato del partito e dei contenuti della 'rivoluzione fascista'; si è inoltre mantenuta ferma, accanto alla versione sostanziale e prescrittiva della costituzione, anche quella formale dell'ordinamento delle competenze e delle funzioni, che per un giurista come Mortati — come abbiamo visto — era pure parte essenziale ed irrinunciabile della costituzione dello Stato moderno; infine, si è riusciti a porre il problema dei contenuti costituzionali e del loro primato ad un livello sufficientemente formalizzato — di nuovo quello dello 'Stato moderno' —, tale da non identificare il recupero di prescrittività della costituzione con la secca opzione politica per il primato del partito fascista e dell'indirizzo da esso promanante, così da consentire al fondamentale nesso costituzione-indirizzo politico di riproporsi come problema centrale del nostro diritto costituzionale anche dopo la caduta del regime.

Alla fine, il significato complessivo della operazione tentata da Mortati nel 1931 appare del tutto chiaro. Posto di fronte alla inequivocabile emersione di un'attività di direzione politica dello Stato quale centro unificante e caratterizzante l'identità stessa dello Stato medesimo, il giurista secondo Mortati non doveva ritrarsi, non doveva cedere alla tentazione di una semplice riconferma della tradizione. Sul dato nuovo, sul nuovo diritto pubblico, si doveva invece lavorare come giuristi, rinnovando gli orizzonti della dogmatica giuspubblicistica. È così che nasce la dottrina della funzione di governo e dell'indirizzo politico; è in questa prospettiva che si procede alla emarginazione del ruolo autonomo del partito politico, riconducendo quella funzione e quell'indirizzo, non al partito come presunta istituzione originaria, ma piuttosto al primato di una costituzione, che torna ad essere intesa, dopo la lunga eclissi ottocentesca, come *norma fondamentale di carattere prescrittivo*, capace di dare unità, ed anche nuova vitalità, allo stesso Stato.

È sulla base della svolta promossa da Mortati che si potrà più tardi, ma comunque prima della caduta del regime, discutere

di un nuovo modo di essere dello « Stato di diritto »⁽¹⁵⁰⁾, non più esauribile come formula nella dimensione della previsione normativa e della attribuzione formale di competenze, ma proteso piuttosto verso la necessità di una sempre più compiuta *concordanza sostanziale* tra i contenuti della costituzione e le singole determinazioni di volontà poste alla base degli atti emanati dai poteri dello Stato, ad iniziare da quegli atti politici dai quali aveva preso le mosse Costantino Mortati nel 1931. Se lo Stato è in genere 'di diritto' perché attento a prevenire in ogni modo gli abusi della *voluntas* dei detentori del potere, si può dire che esso è ora 'di diritto' soprattutto perché, accanto al necessario momento della attribuzione di competenza e della imputazione di responsabilità, si pone per quei detentori l'obbligo di muovere tutta la macchina dello Stato in una direzione conforme a quella voluta dalla costituzione, in attuazione di questa. Se è vero che lo Stato moderno di Mortati — come abbiamo visto — richiede la presenza, non di un semplice manovratore, ma di un vero e proprio pilota, è anche vero che questo guida su una pista ben delimitata e segnalata, e soprattutto con l'occhio ben attento alla mappa, all'itinerario disegnato dalla costituzione.

5. *Il compimento del costituzionalismo di Mortati: la dottrina della costituzione in senso materiale.*

Come abbiamo visto, il tema della costituzione era già balzato fuori nel saggio del 1931. In particolare, gli atti politici trovavano il loro specifico significato in senso 'obiettivo' — e non più dal punto di vista meramente processuale della loro non sindacabilità da parte del giudice amministrativo —, non solo come atti tipici della funzione di governo, ma anche per il loro speciale rapporto con la costituzione, che si poneva nei termini della 'diretta derivazione'. Dal saggio del 1931 si usciva quindi con questa precisa convinzione: nel concreto indirizzo che ai poteri dello Stato era impresso dalla *suprema potestas* mediante gli atti politici era possibile individuare la presenza della costituzione con il suo spe-

(150) C. LAVAGNA, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici fra Capo del Governo e Ministri*, Roma, 1942, pp. 67 ss., spec. p. 75.

cifico contenuto. Per questa via, anche la prima monografia di Mortati sull'ordinamento del governo finiva per rinviare al necessario orizzonte ultimo della costituzione e della sua dottrina.

Tuttavia, con il 1931 siamo solo all'inizio di un certo itinerario teorico, che è destinato a precisarsi negli anni successivi, fino all'approdo dato dal notissimo saggio del 1940 su *La costituzione in senso materiale*. Tale approdo, che assume il significato di una vera e propria codificazione delle dottrine mortatiane, fu preparato dal nostro giurista nel corso degli anni Trenta anche sul delicato terreno della amministrazione, della macchina dello Stato. Si può dire anzi che senza questo fondamentale passaggio — e non solo questo, come vedremo — risulti di più difficile comprensione la stessa dottrina generale della costituzione in senso materiale.

Si deve, a questo proposito, ricordare ancora una volta la definizione mortatiana degli atti politici contenuta nel saggio del 1931. Quegli atti erano dotati per Mortati di una peculiare caratteristica — l'ultima da lui indicata —, che li conduceva ad essere 'diffusivi', ovvero « ad accompagnare il successivo estendersi dell'azione statale »⁽¹⁵¹⁾, evidentemente sul piano più specificamente amministrativo. In effetti, il problema degli atti politici, e più in genere del nesso costituzione-indirizzo politico, non poteva rimanere confinato a livello di forma di governo, di relazione tra gli organi costituzionali, ed era destinato ad estendersi, proprio a causa della impostazione teorica di fondo, a tutta la macchina dello Stato, ivi compresa la stessa amministrazione⁽¹⁵²⁾.

Non bisogna mai dimenticare come proprio nella amministrazione una fetta consistente della tradizione giuspubblicistica

(151) Vedi *supra*, nota 142.

(152) Da qui, la cospicua presenza di temi amministrativistici nell'opera mortatiana degli anni Trenta: C. MORTATI, *Osservazioni sulla potestà regolamentare del governo* (1932), in Id., *Raccolta di scritti*, vol. II, *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano, 1972, pp. 409 ss.; Id., *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge* (1935), *ibid.*, pp. 473 ss.; Id., *Note sul potere discrezionale* (1936), *ibid.*, vol. III, pp. 999 ss. Bisogna però precisare che Mortati non fu mai pienamente amministrativista, nel senso di Romano, di Ranalletti, o di Zanobini. Vedremo infatti più avanti nel testo come a Mortati non interessino gli istituti del diritto amministrativo specificamente intesi, ma piuttosto il nesso,

italiana avesse individuato il cuore stesso dello Stato e della sua identità come autonoma soggettività sovrana. Abbiamo visto inoltre che per giuristi come Romano e Ranelletti era essenziale mantenere un'amministrazione così concepita libera dal duplice primato della legge del parlamento e dell'indirizzo proveniente da una funzione di governo emancipata dalla figura tradizionale del potere esecutivo comprendente la stessa amministrazione. In questa doppia possibilità d'influenza sull'amministrazione dal suo esterno, quei giuristi vedevano, seguendo un'impostazione ormai consolidata nella tradizione culturale della giurispubblicistica italiana, una inaccettabile pressione di partito tendente a dissolvere lo Stato medesimo, evidentemente identificato proprio nella amministrazione e nelle sue caratteristiche 'costituzionali' di stabilità, neutralità, obbiettività.

Ora, il nominato carattere diffusivo degli atti politici induceva invece, secondo Mortati, a coinvolgere quella medesima amministrazione nella attuazione dell'indirizzo politico fondamentale, poneva ai giuristi del tempo il formidabile problema della *costituzione come programma della amministrazione*. Ciò non poteva però avvenire in modo del tutto indolore. In particolare, la tradizionale versione della pubblica amministrazione come sede istituzionale per eccellenza dei valori politici e costituzionali della imparzialità e della neutralità poteva davvero essere seccamente scartata, e con tanta disinvoltura? E quale 'Stato di diritto', e quale 'Stato' in genere, si sarebbe avuto nel caso di una macchina pubblica tutta protesa a realizzare un certo indirizzo, o magari un 'programma politico', come lo stesso Mortati scriveva nel 1931?

La questione era aggravata dal fatto che dopo la crisi dello Stato legislativo parlamentare tale indirizzo non poteva più provenire dalla legge del parlamento, non godeva più della legittimazione della sovranità popolare o nazionale, non poteva più

da stabilire tra costituzione ed esercizio dei poteri discrezionali, ivi compresi quelli della pubblica amministrazione. In questo senso, anche i saggi citati in questa nota contengono problematiche amministrativistiche, ma rimangono pienamente di diritto costituzionale. Alcuni di questi saggi — specialmente i due del 1935-36 — preparano anzi la dottrina della costituzione in senso materiale, come subito vedremo nel testo.

ammantarsi della rassicurante immagine del primato di un atto — come la legge — nel quale si voleva racchiusa, ed espressa alla massima potenza, una sorta di razionalità obiettiva, che poi prendeva il nome d'interesse generale. Del resto, anche lo stesso Mortati era estremamente chiaro e reciso su questo punto. Infatti, discutendo alcune ipotesi teoriche di Carl Schmitt, il nostro giurista concordava sulla interpretazione di certe trasformazioni costituzionali, che anche a suo giudizio mettevano in luce il fatto che « ogni ordinamento giuridico risulta da un contemperamento fra due esigenze contrapposte: la normatività e il decisionismo o, altrimenti detto, la legalità e la legittimità »; con la evidente conseguenza dell'ampliamento del « campo dell'attività concreta sottratta alla predeterminazione legale », ovvero — in altre parole — di un campo della legittimità sempre più vistosamente staccato da quello della legalità, ed affidato così in modo quasi esclusivo al concreto e libero operare del governo e della amministrazione⁽¹⁵³⁾.

Ma quali conclusioni trarre da una simile situazione, e quali proposte formulare? Anche in questo caso, Mortati traeva da Schmitt solo una intuizione, uno spunto sul piano teorico, ma poi — come sempre gli accade nel rapporto con il giurista tedesco — trascendeva quella e questo, per sviluppare la sua analisi in direzioni del tutto diverse. Infatti, lo ' Stato di governo ' o lo ' Stato di amministrazione ', di Carl Schmitt lasciavano Mortati del tutto insoddisfatto, in ordine soprattutto al problema, da lui avvertito come fondamentale, di rielaborare *un'altra concezione dello Stato di diritto*, diversa da quella propria, ormai battuta, dello Stato legislativo parlamentare. Si può anzi aggiungere che probabilmente Mortati vide nelle soluzioni di Schmitt — a nostro avviso giustamente⁽¹⁵⁴⁾ — la riedizione, più raffinata sul piano teorico, delle soluzioni offerte dai giuristi, italiani e tedeschi, con la dottrina dello Stato amministrativo, ovvero il tentativo di rispondere alla

(153) C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, cit., p. 1002, riferito a C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, München und Leipzig, 1932.

(154) Sul punto si veda ora M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, a cura di G. Gozzi e P. Schiera, Bologna, 1987, pp. 51-103.

crisi della legalità formale ritornando all'idea della amministrazione come 'vera costituzione' dello Stato moderno.

Per Mortati, si doveva invece accettare fino in fondo il nuovo tempo storico, nel quale alla crisi della legalità formale si affiancava, in un rapporto di coincidenza certo non casuale, la prepotente emersione della costituzione come norma fondamentale capace di dirigere l'azione di tutti i pubblici poteri, ivi compresa la stessa amministrazione⁽¹⁵⁵⁾. Si proponeva quindi, accanto e per il tramite del già noto rapporto di derivazione diretta degli atti politici dalla costituzione, un eguale rapporto diretto tra costituzione ed amministrazione, se occorreva saltando la mediazione legislativa-parlamentare, o passando per essa, ma solo in quanto anche questa fosse strumento di attuazione della costituzione medesima, alla quale si riconduceva quindi in definitiva tutto l'ordinamento delle potestà pubbliche. Se vista in questi termini, inizia a prendere forma una possibile risposta ai dubbi ed alle perplessità che prima abbiamo ricordato circa la figura istituzionale di un'amministrazione 'parziale', che trovi la sua ragione d'essere come strumento attuativo di un certo indirizzo prevalente. In realtà, se l'amministrazione è questo, è perché tale è l'intera macchina pubblica, in quanto lo Stato stesso *esiste solo* — come già sappiamo — come 'unità teleologica', dotata di una certa coerenza interna in quanto protesa alla attuazione dei fini indicati e prescritti dalla costituzione.

Ma c'è di più. Mortati avverte l'esigenza di allargare ulteriormente il raggio di azione della costituzione, di mettere in luce la

(155) Si deve qui sottolineare, ancora per ciò che riguarda il rapporto con Carl Schmitt, che il giurista tedesco non ebbe mai una simile concezione della costituzione, tale da porre questa in una posizione così ravvicinata al concreto ordinamento delle competenze e delle funzioni statali. Non è certo casuale il fatto che Mortati abbia più volte e costantemente rimproverato a Schmitt la sua troppo rigida contrapposizione tra costituzione e legge costituzionale, tra costituzione assoluta e relativa, come se le prime avessero una natura diversa dalle seconde, con il risultato che rimanevano precluse proprio quelle operazioni di ricostruzione del diritto positivo statale alla luce dei principii costituzionali che poi in effetti più interessavano a Mortati. Vedremo più avanti, in questo medesimo paragrafo, come questo dissenso da Schmitt emerga ancora a chiare lettere nel saggio del 1940 sulla costituzione in senso materiale. Vedi un cenno nella medesima direzione anche in C. MORTATI, *La volontà e le causa*, cit., p. 565.

sua pervasività coinvolgendo anche i privati e le loro sfere di autonomia. Al centro di questa operazione ricostruttiva si pone *il concetto di potere discrezionale*, al quale Mortati dedica un apposito saggio nel 1936 ⁽¹⁵⁶⁾.

Il nostro giurista, anche sulla scia della nota teoria della 'costruzione a gradi' di Kelsen e di Merkl, disegna i lineamenti di una vera e propria teoria generale della discrezionalità, che egli colloca al livello costituzionale della teoria delle fonti, uscendo fuori quindi dai limiti, ritenuti angusti, della specialità amministrativa. Ciò che interessa mostrare è che lo spazio della legittimità — nel senso prima visto a proposito di Schmitt — viene riempito da una vera e propria attività giuridica di produzione di norme derivate, a partire dalle posizioni di autonomia riconosciute dall'ordinamento, siano esse quelle della pubblica amministrazione con lo strumento tipico dell'atto amministrativo, o quelle dei privati con lo strumento altrettanto tipico del negozio ⁽¹⁵⁷⁾.

Alla conclamata crisi della legalità formale non si risponde quindi ricercando altrove lo Stato nella sua 'essenza', in ipotesi nella stessa pubblica amministrazione, e contrapponendo questa alla legge formale del parlamento, ritenuta ormai incapace di essere veicolo di una autentica condizione di unità politica, ma piuttosto immaginando *una grande rete di poteri discrezionali*, pubblici e privati, tenuti insieme però, non più solo dal dato formale della legge come strumento attributivo di competenze e di sfere di autonomia e di potere, ma anche, e soprattutto, da un elemento sostanziale, che Mortati chiama costituzione. È infatti la costituzione che « determina i fini e gli interessi fondamentali di un dato ordinamento e fornisce il criterio che deve servire di misura per la valutazione dell'esercizio del potere discrezionale e per il conseguente inserimento delle norme derivate nel sistema delle norme statali » ⁽¹⁵⁸⁾. In una parola, alla crisi della legalità formale non si reagisce con la amministrativizzazione del diritto pubblico, ma piuttosto con la costituzionalizzazione dell'intera esperienza giuridica, includendo ora nel campo della costituzione anche l'espres-

⁽¹⁵⁶⁾ C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, cit., *supra*, nota 152.

⁽¹⁵⁷⁾ *Ibid.*, pp. 999 ss.

⁽¹⁵⁸⁾ *Ibid.*, p. 1001.

sione di autonomia, e quindi di potere discrezionale, dei privati. Ed ancora: la crisi della legalità formale non coincide affatto con la crisi dello Stato di diritto — se non in una particolare e definita versione di questo —, poiché anzi la sfera del giuridico tende ora di nuovo ad espandersi, fino a pretendere di vincolare nei loro positivi comportamenti tutte le soggettività operanti sulla base delle regole dell'ordinamento, siano esse pubbliche o private, spingendole ad operare non solo in conformità alla costituzione, ma anche per la sua attuazione, quindi nella nuova ottica decisiva della solidarietà — *idem sentire de re publica* è una delle espressioni più amate da Mortati —, e non più solo in quella esclusiva della autonomia e degli ambiti riservati di dominio. Ed infine: la crisi della legalità formale non coincide affatto con la 'crisi dello Stato', poiché anzi ad essa si accompagna l'espansione della sfera pubblicistica in direzione della vecchia società liberale del codice, ora coinvolta attivamente nella problematica generale della attuazione dei valori costituzionali.

Tutto questo non è solo proclamato da Mortati. Egli punta ad elaborare una vera e propria dottrina giuridica del potere discrezionale, che muove dalla rilettura di uno dei pilastri del liberalismo classico, dato dal contenuto dell'articolo 5 della Dichiarazione dei diritti del 1789: « Tutto ciò che non è vietato dalla legge non può essere impedito, e nessuno può essere costretto a fare ciò che essa non ordina ». Da una simile prescrizione, quel pensiero liberale aveva dedotto l'esistenza di una norma generale esclusiva, costitutiva di una sfera riservata di autonomia da considerare inviolabile a meno di una disposizione tassativa ed espressa dettata dalla legge. Ora, Mortati non vuole affatto superare radicalmente⁽¹⁵⁹⁾ il criterio normativo contenuto nella Dichiarazione dei diritti dell'89. Come già sappiamo — a proposito del principio di separazione dei poteri —, il nostro giurista manteneva ben fermi quelli che egli medesimo definiva i 'principii dello Stato moderno'. Mortati vuole invece eliminare uno dei possibili significati della norma generale esclusiva dedotta dallo stesso articolo 5 sopra citato. Si tratta della troppo disinvolta affermazione portata in campo dal liberalismo classico, secondo la quale tutti i

(159) *Ibid.*, pp. 1012 ss.

contenuti espressi dai privati nella sfera del giuridicamente lecito avrebbero comunque dovuto essere considerati, sulla base della stessa norma generale esclusiva, come direttamente voluti dalla legge. In ciò Mortati vedeva il versante ideologico della operazione condotta nel 1789, che non atteneva più in senso stretto alla necessaria tutela degli spazi di autonomia, ma piuttosto alla convinzione, ideologicamente fondata, che dai contenuti delle azioni dei privati sarebbe comunque sorto, e si sarebbe comunque mantenuto, un ordine sociale coeso, evidentemente a causa della irresistibile tendenza di tutti ad uniformarsi ai valori espressi dalla parte sociale più forte, che era poi quella borghese-imprenditoriale, più pronta a sfruttare l'autonomia garantita dall'ordinamento.

Mortati muove dal presupposto che con la legalità formale sia in crisi anche questa società liberale disegnata nell'89, e con essa anche l'idea che il tema generale della costituzione sia racchiudibile nei confini della norma generale esclusiva, del dogma della autonomia dei privati, contenuto nei codici di diritto privato, quale unico ed autentico principio costituzionale. Il nuovo tempo storico, il nuovo diritto pubblico, pone invece l'ineludibile problema della costituzione come norma fondamentale, che *orienta la direzione* in cui si esercitano i poteri discrezionali degli stessi privati. È bene chiarire che con ciò Mortati non supera affatto la concezione-base secondo la quale ogni potere discrezionale presuppone un'autonomia: è sempre a partire da questa che si costruisce l'ordine politico e sociale. Cambia invece il fatto che l'ordinamento non può più proclamarsi indifferente circa la direzione in cui si esplica quella medesima autonomia mediante l'esercizio del relativo potere discrezionale. Ecco quindi che il privato, nel momento in cui esercita quel potere, ha di fronte, non solo una costituzione in senso formale che lo autorizza, ma anche una « costituzione in senso materiale », che fissa « la posizione fondamentale sia del cittadino sia degli organi pubblici di fronte allo Stato e alle sue finalità supreme, indica l'estensione ed il grado di efficacia delle norme sociali per la regolamentazione dell'attività lecita ». Le 'norme sociali' si aggiungono alle norme già esistenti formalmente attributive di autonomie, poteri, competenze e funzioni, occupando quello spazio che la società liberale aveva lasciato vuoto, e sostituendo così all'ormai anacronistico principio

d'indifferenza l'interesse a che tutti i poteri discrezionali si esercitino nella direzione insita nell'ordine costituzionale esistente: « ordine costituzionale e non costituzione, per indicare come qui sia preso in considerazione non il complesso delle disposizioni di legge considerate come fondamentali, ma invece quella particolare specie di ordine politico e sociale, che forma l'individualità di uno Stato concreto, quel processo della sempre rinnovantesi unificazione delle forze sociali viventi nello Stato »⁽¹⁶⁰⁾.

Tentiamo ora di concludere su questo punto. Alla dottrina della funzione di governo e degli atti politici, già elaborata nel 1931, si va ora ad aggiungere la dottrina del potere discrezionale, che ha in comune con la prima la presenza, sempre più pressante, della problematica teorica della costituzione. Infatti, si può dire che alla 'derivazione diretta' degli atti politici dalla costituzione corrisponde ora la necessità di un orientamento generale nell'esercizio di tutti i poteri discrezionali in conformità, ed in attuazione, della costituzione medesima. È in questa quindi che si trova *il principio di unità* del sistema politico, sia per ciò che riguarda la dimensione della consonanza politica tra gli organi costituzionali a livello di forma di governo, sia per ciò che riguarda il delicato rapporto tra Stato e società, tra prescrizione normativa ed autonomia dei privati, ora risolto proprio mediante la costituzione, immaginando quindi un grande reticolo di poteri pubblici e privati agenti in una comune direzione, quella voluta dalla costituzione stessa⁽¹⁶¹⁾.

Infine, per tornare alle battute iniziali di questo paragrafo, non è da sottovalutare il fatto che la dottrina del potere discrezionale attraversa orizzontalmente tutto il campo delle norme derivate, coinvolgendo in eguale misura le espressioni di autonomia

⁽¹⁶⁰⁾ *Ibid.*, p. 1018.

⁽¹⁶¹⁾ Ciò significa anche — sia detto per inciso — superamento, non solo del liberalismo individualistico, ma anche dello stesso rapporto rigidamente oppositivo tra Stato e società che quel medesimo liberalismo aveva costruito come immagine dominante nella impostazione del rapporto tra pubblico e privato, tra politico ed economico; ed ancor più significativo è il fatto che Mortati ponga questo problema ancora una volta nei termini generali di una grande trasformazione costituzionale, con il connesso prodursi di questioni analoghe « in un regime democratico, in uno socialista, o finalmente in uno corporativo » (*Ibid.*, p. 1020).

dei privati come anche gli atti della pubblica amministrazione. Anche per questa quindi, e per il concreto esercizio del suo potere discrezionale, assumono particolare significato le 'norme sociali' di cui Mortati discuteva nel 1936. Affrontando più tardi il problema del merito amministrativo, Mortati si batté contro quelle opinioni dottrinali che puntavano a ricostruire la decisione amministrativa in chiave di necessaria ponderazione di più interessi, sia pubblici che privati⁽¹⁶²⁾, poiché in ciò egli vide indubbiamente la codificazione teorica di un operare pubblico-amministrativo che trova in sé i necessari livelli di razionalità, sistemando progressivamente, a partire dai casi concreti, l'attività della pubblica amministrazione in ragione soprattutto degli interessi che essa direttamente cura o che è chiamata a comporre con il proprio intervento. A ciò Mortati contrappone l'idea di una amministrazione fortemente costituzionalizzata, ricostruita nella sua interezza istituzionale sulla base dei fini fondamentali del suo operare, agente anche nei più minuti casi di esercizio del potere discrezionale nel quadro di quelle 'norme sociali' che direttamente la collegano alla costituzione ed alle scelte di fondo in essa contenute⁽¹⁶³⁾.

(162) Ci riferiamo a C. MORTATI, *Norme non giuridiche e merito amministrativo* (1941); ed a Id., *Ancora sul merito amministrativo* (1942), in Id., *Raccolta di scritti*, vol. III, cit., pp. 1021 ss., Nel primo di questi scritti Mortati aveva discusso anche di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, che poi replicherà allo stesso Mortati :Id., *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi costituzionali*, in *Stato e diritto*, II (1941), pp. 439-445. Sulla genesi della opera di Giannini del 1939, si veda *Discrezionalità amministrativa e pluralismo. Intervista a M.S. Giannini*, a cura di M. D'Alberti, in *Quaderni del pluralismo*, luglio 1984, pp. 104-111.

(163) Non è possibile insistere oltre su questo punto. Può essere interessante ricordare ancora M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo*, cit., che non senza una certa dose di ironia replicava a Mortati elencando il gran numero di questioni che le 'norme sociali' dello stesso Mortati avrebbero dovuto risolvere: «esse, intervenendo nel 'fine politico', costituiscono la sostanza della costituzione in senso materiale; spiegano le responsabilità costituzionali, la responsabilità disciplinare (o almeno in gran parte), le giurisdizioni di equità; intervengono nella discrezionalità e nel merito amministrativo, spiegano l'eccesso di potere e, pare, la giurisdizione di merito, e così varie altre cose» (p. 439); ed ancora: «Infine i sociologi, gli studiosi della scienza politica

Così, per tornare alla questione che avevamo posto a proposito della parzialità della pubblica amministrazione, si assiste ad un vero e proprio ribaltamento rispetto alla tradizione dello Stato amministrativo di Romano e di Ranelletti. Mentre per questi l'amministrazione è parziale, in modo inammissibile per il giuspubblicista, quando risponde a logiche e norme d'indirizzo, per Mortati lo stesso accade quando l'amministrazione *si sottrae* alla costituzione ed ai suoi principii, isolandosi così, appunto nella sua parzialità, dall'indirizzo che deve uniformare, non solo tutta la macchina dello Stato a partire dal governo e dagli organi costituzionali, ma anche — come abbiamo visto — l'esercizio dei poteri discrezionali che si esplicano muovendo dalle stesse sfere di autonomia dei privati.

Siamo così giunti a comprendere quello che certamente comprese lo stesso Mortati nel corso della seconda metà degli anni Trenta: tutto il rinnovamento della dogmatica giuspubblicistica, dalla dottrina della funzione di governo e dell'indirizzo politico fino alla dottrina ora vista del potere discrezionale, poggiava sulla nozione di costituzione. Tutto poteva funzionare se funzionava quella nozione, se risultava chiaro in cosa consistesse la costituzione 'in senso materiale'. Fu per questo motivo, al fine di sostenere lo sforzo di ricostruzione dogmatica del nuovo diritto pubblico, che Mortati fu sospinto ad esplorare l'infido e poco ospitale territorio della dottrina generale della costituzione. Da tale impegno scaturì il saggio del 1940 su *La costituzione in senso materiale* ⁽¹⁶⁴⁾.

e i tecnici della politica sarebbero felicissimi di trovare questo bel corpo di regole destinate a disciplinare l'agire delle pubbliche autorità, intorno al quale essi stanno invero discutendo da alcuni secoli» (p. 440).

⁽¹⁶⁴⁾ Si deve dire che molto si è discusso del saggio del 1940, ma non nella linea che cercheremo di seguire nel testo. Si veda comunque la recente rilettura di P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 310 ss. e 354 ss. Di qualche utilità ai nostri fini possono essere anche alcuni dei saggi contenuti negli *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, vol. I, *Diritto costituzionale generale. Storia costituzionale e politica costituzionale*, Milano, 1977; e le osservazioni di S. BARTOLE, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Diritto e società*, 1982/4, pp. 605-627. Da ricordare anche M. NIGRO, *Costituzione ed effettività costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XXIII (1969), pp. 1697-1713.

La nostra ipotesi generale di lettura di quel saggio è ora questa: Mortati arriva, per così dire, alla 'prova teorica' per un solo ed esclusivo motivo, perché riteneva che fossero destinati a rimanere insoluti alcuni problemi capitali del diritto costituzionale se i giuristi non avessero deciso di misurarsi in un'opera di chiarificazione del concetto stesso di costituzione. Già abbiamo visto come per alcuni di quei problemi — la forma di governo, il rapporto con la autonomia dei privati, i poteri discrezionali della pubblica amministrazione — la soluzione si fondasse esplicitamente sulla riscoperta della costituzione, e di quel suo significato prescrittivo che per lungo tempo era stato rimosso dalla tradizione giuspubblicistica ottocentesca. Ma proclamare la necessità di questa riscoperta, individuare nella costituzione un significato positivo capace di tenere unita l'azione dei pubblici poteri, degli organi costituzionali, della pubblica amministrazione, e degli stessi privati, non significava ancora dire — e Mortati se ne rendeva perfettamente conto — che cosa fosse questa costituzione, soprattutto come il giurista con i propri strumenti la potesse identificare.

In particolare, era evidente che Mortati aveva iniziato ad adoperare già prima del 1940 — ad esempio nel saggio del 1936 sul potere discrezionale — l'espressione 'in senso materiale' senza però dar conto esattamente della direzione specifica in cui in tal modo si veniva a rielaborare il concetto stesso di costituzione. Soprattutto, vi era per questa via il pericolo che si aprisse una vera e propria breccia nel compatto e serrato ragionamento dogmatico di Mortati, che già nel saggio del 1931 sull'ordinamento del governo aveva messo al primo posto l'esigenza di proporre un rinnovamento della dogmatica tutto interno allo Stato ed al suo diritto. Ora, cosa era, da questo punto di vista, questa nuova 'materialità' della costituzione? E quale era la relazione di questa costituzione in senso materiale con l'ordine dei problemi familiare ai giuristi, che era pur sempre, anche per Mortati, di tipo statale? In questa 'materialità' non si rischiava forse di riscoprire il primato del partito dei giuristi del regime?

Risponderemo in seguito a queste domande. Si può però fin d'ora avanzare l'ipotesi che il saggio del 1940 su *La costituzione in senso materiale* sia essenzialmente dedicato a spazzare via dall'orizzonte del rinnovamento dogmatico un possibile equivoco. Il

fatto che questo rinnovamento non possa non fondarsi sulla necessità di rivedere il concetto stesso di costituzione non implica che in questo modo si stia uscendo dal campo tradizionale d'indagine dei giuristi di diritto pubblico, che rimane incentrato sullo Stato, sul suo diritto, sulle sue funzioni.

In una parola, risalire ai massimi problemi costituzionali non significa uscire fuori dai problemi che tradizionalmente i giuristi indicano come propri. Si tratta di proporre un allargamento di orizzonte funzionale alla ricostruzione dogmatica, e non un mutamento vero e proprio del campo d'indagine.

Tutto questo sembra largamente preliminare alla lettura del saggio del 1940. È infatti in questa prospettiva che appare più chiaro il contenuto della introduzione a quel saggio, tutto dedicato a legare strettamente l'indagine sulla costituzione materiale allo studio tradizionale dello Stato e delle sue funzioni. In alcune di quelle pagine è anzi del tutto trasparente l'invito diretto ai giuristi affinché questi si riappropriino dell'indagine sul « fondamento primo » dello Stato medesimo, troppo a lungo lasciata agli studiosi di storia delle dottrine; in realtà, si sta per Mortati vivendo un momento storico — dato il rapido mutamento del diritto pubblico — nel quale quella indagine si rivela necessaria anche per « ragioni di sistemazione giuridica », cosicché essa deve essere riavvicinata « al diritto positivo, rivolgendola al modo con cui la funzione tipica della costituzione si realizza nella organizzazione dello Stato moderno » ⁽¹⁶⁵⁾.

Siamo quindi ancora una volta di fronte allo 'Stato moderno' di Mortati, che già conosciamo dal saggio del 1931. È il dilemma della sua attuale identità, dei caratteri del suo diritto, dei modi della sua organizzazione, a spingere il giurista a risalire al problema teorico generale della costituzione.

Deriva da tutto ciò anche un preciso filo conduttore, che lega insieme le critiche di Mortati alle dottrine della costituzione che i giuristi fino a quel momento erano riusciti a produrre ⁽¹⁶⁶⁾. Non ci si riferisce qui tanto a quello che Mortati chiama il 'positivismo empirico', che facendo coincidere la costituzione semplicemente

⁽¹⁶⁵⁾ C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, pp. 18-21.

⁽¹⁶⁶⁾ *Ibid.*, pp. 25 ss. (è il capitolo primo del saggio del 1940).

con un atto solenne emanato in forma scritta e rivestito di certe garanzie formali in realtà non prende in esame in alcun modo la questione costituzionale nel senso indicato da Mortati. L'attenzione del nostro giurista cade invece su tutte quelle riflessioni del primo Novecento che in qualche modo si erano preoccupate di ricercare la 'norma fondamentale', e di spiegare quale fosse il suo contenuto tipico ed originale.

In armonia con la sua impostazione di fondo, che lega strettamente — come abbiamo detto — tale ricerca ai problemi di ricostruzione del diritto positivo statale, è chiaro che per Mortati si deve trattare in primo luogo di *una norma*, dalla quale sia possibile derivare — era questa l'operazione che in definitiva più interessava — il senso unitario dell'intero ordinamento normativo statale.

Il primo requisito della costituzione in senso materiale deve dunque essere quello della sua apprezzabilità da parte del giurista, alla stessa stregua del medesimo diritto positivo statale. Il rapporto tra quella costituzione e questo diritto non deve quindi porsi come relazione tra 'sostanza' e 'forma', ma come *rapporto fra due norme*: « fra una norma di ordine superiore, più generale, e norme di ordine subordinato, cioè fra norme da cui si desume l'obbligo di perseguire date finalità e norme che concretano quest'obbligo attraverso la determinazione degli interessi la cui tutela appare la più idonea, in relazione alla valutazione di concrete situazioni, al ragguaglio delle medesime »⁽¹⁶⁷⁾.

È in questo senso che Mortati apprezza il tentativo kelseniano — per altri versi criticato⁽¹⁶⁸⁾ — di risalire alla norma

⁽¹⁶⁷⁾ *Ibid.*, p. 97.

⁽¹⁶⁸⁾ Non solo per la nota concezione kelseniana dello Stato come strumento tecnico di conciliazione dei conflitti sociali (*ibid.*, pp. 31 ss. e p. 80), in contraddizione con quella necessaria natura politica dello Stato medesimo che — come vedremo — Mortati tornerà a proclamare apertamente nel saggio del 1940, ma anche per il fatto che Kelsen, nei suoi *Hauptprobleme* del 1911, aveva negato radicalmente al legislativo la qualifica di organo statale, concedendolo così come una « volontà estranea al diritto », e finendo a giudizio di Mortati per « mutilare la realtà giuridica »: vedi C. MORTATI, *La volontà e la causa*, cit., pp. 539 ss. Su questo aspetto specifico dell'opera kelseniana vedi M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, cit., pp. 56 ss. Non è ora qui il caso di riflettere ulteriormente su questa interessante

fondamentale, appunto perché esso aveva determinato « i presupposti necessari per la soluzione del problema della costituzione in termini strettamente giuridici »⁽¹⁶⁹⁾, essendosi mantenuto nella logica familiare al giurista del rapporto di derivazione tra norme, ed avendo escluso in tal modo prospettive vagamente sociologiche e politologiche. Del resto, nel saggio mortatiano appare nettissima la presa di distanza nei confronti « di un diritto sociale, distinto e contrapposto a quello dello Stato »⁽¹⁷⁰⁾. Per motivi generali che ormai conosciamo, Mortati fu sempre assai lontano da questa linea di uscita dalla crisi della legalità formale, in direzione cioè di una contrazione del campo specifico e proprio del diritto pubblico-statale a favore di un non meglio precisato 'diritto sociale', o 'diritto libero': di norme, e di norme dello Stato, doveva continuare ad occuparsi il giurista.

È questa ispirazione di fondo che guida ancora Mortati nella critica a quelle dottrine dell'ordinamento e della costituzione — tra le quali si trovavano anche quelle di Carl Schmitt e di Santi Romano — che pure in apparenza più decisamente avevano avvertito il bisogno di risalire al 'fondamento istituzionale' della esperienza politica collettiva, e dello stesso Stato⁽¹⁷¹⁾. Non è ora il caso di entrare nel dettaglio delle posizioni assunte da Mortati. C'è piuttosto da mettere in luce la permanenza anche in questa parte del saggio del filo conduttore cui già abbiamo fatto riferimento. Le decise prese di distanza, ed anche le aperte critiche, a personaggi come Carl Schmitt, o come altri, convergono immancabilmente su un punto: essi esprimono tutti una dottrina della costituzione che tende ad opporre la costituzione medesima al diritto positivo statale, o come dottrina della nazione e della comunità, o come dottrina della decisione politica fondamentale, nel caso di Schmitt, o in altro modo⁽¹⁷²⁾. Il risultato è che tutta

situazione in cui il teorico della costituzione in senso materiale difende tenacemente un'immagine pienamente giuridica dello Stato contro le ardite proposte di revisione del massimo esponente del formalismo.

⁽¹⁶⁹⁾ C. MORTATI, *La costituzione*, cit., p. 37.

⁽¹⁷⁰⁾ *Ibid.*, p. 45.

⁽¹⁷¹⁾ *Ibid.*, pp. 45 ss.

⁽¹⁷²⁾ Forte è anche l'insoddisfazione di Mortati nei confronti dell'istituzionalismo romaniano, che pure oppone in modo dualistico l'istituzione alla regola,

quella elaborazione teorica viene sospinta verso regioni poco conosciute dal giurista, assume caratteri sociologici o politologici, diviene di fatto inutilizzabile per la soluzione dei problemi del giurista medesimo, che poi sono in concreto i problemi, che già conosciamo, di Mortati alle prese con il nuovo diritto pubblico a partire dall'inizio degli anni Trenta.

Così, quando Mortati giunge finalmente alla parte ricostruttiva del suo discorso⁽¹⁷³⁾, i confini dell'indagine sono già ben disegnati, e la via è già tracciata. Nella dimensione della costituzione in senso materiale il giurista non ricerca un qualsiasi 'assetto fondamentale', purché sia tale, una sorta di 'effettività' sociale contrapposta alla struttura normativa formale, alla quale questa debba in qualche modo adeguarsi: è importante notare come per Mortati l'indagine sui limiti della applicazione della legge, sull'impatto di questa con la 'effettività', sia chiaramente di carattere sociologico, e come tale abbia la propria dignità, niente però avendo a che fare con la prospettiva costituzionalistica, che pure deve avere la sua specificità.

Il costituzionalista si deve quindi muovere secondo Mortati seguendo orientamenti propri, costruendo una propria linea di ricerca della 'materialità' della costituzione, funzionale alla soluzione di problemi eminentemente giuridici. E poiché il costituzionalista, come giurista, ha essenzialmente problemi di sistemazione delle norme e delle funzioni dello Stato, egli deve ricercare nella società, non una sorta di 'diritto effettivo' contrapposto a quello 'formale', ma piuttosto una condizione già acquisita di sufficiente stabilità, in cui già si è formata un'autorità e già si sono composti i principali conflitti d'interessi. In altre parole, quel costituzionalista deve andare alla ricerca dello Stato stesso, quale suo principale oggetto d'indagine, nel suo momento iniziale ed embrionale, sul presupposto che lì, e non altrove, sia possibile cogliere i decisivi

rivelandosi così scarsamente utilizzabile per il « problema della costituzione dello Stato » (*ibid.*, pp. 58 ss.). Più in genere, bisogna ricordare che Romano apparteneva a quella dottrina dello Stato amministrativo che costituiva parte rilevante della tradizione giuspubblicistica, e che come tale rigettava ogni possibile elaborazione di un autonomo concetto di 'costituzione': vedi *supra*, nota 59. Torneremo su questo punto all'inizio del paragrafo sesto.

(173) C. MORTATI, *La costituzione*, cit, pp. 65 ss.

caratteri originari di quel medesimo Stato, dai quali poi far derivare la soluzione dei più specifici problemi di diritto positivo.

Per gli stessi motivi, il giurista non può prendere le mosse dal 'popolo', dalla 'comunità', o dalla 'nazione' ⁽¹⁷⁴⁾, intese come entità indistinte e contrapposte, o comunque contrapponibili, allo Stato, ma deve piuttosto collocare il punto di partenza delle sue indagini in una concreta situazione storica in cui già si sia prodotta una certa « differenziazione e specificazione nel seno della comunità » ⁽¹⁷⁵⁾, ovvero si sia già prodotta una situazione in cui « alcuni riescono ad esercitare un potere sugli altri in modo da ottenere obbedienza » ⁽¹⁷⁶⁾, così da determinare la già attuale esistenza di una struttura autoritativa di potere, seppure ancora non articolata mediante un vero e proprio sistema di norme formali: di nuovo lo Stato in embrione.

È di grande rilievo l'introduzione nel processo discorsivo di Mortati dei concetti di differenziazione e specificazione. Siamo qui

⁽¹⁷⁴⁾ C'è un sottile, ma solido, filo polemico che attraversa tutto il saggio del 1940, dirigendosi contro quell'organicismo che per lungo tempo, a partire da Orlando, aveva dominato la tradizione giuspubblicistica italiana. A questo Mortati — come subito vedremo nel testo — opporrà i principi di differenziazione e di specificazione, ed un connesso diverso ruolo del partito politico nel processo costruttivo dello Stato. La critica in questione riguardava probabilmente in modo diretto anche Carl Schmitt, e la sua concezione della costituzione assoluta come *Zustand* di unità del popolo: sul punto vedi M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, cit., pp. 95 ss. Essa concerneva inoltre la dottrina della 'rappresentanza istituzionale' di Carlo Esposito, che si andava costruendo proprio in quegli anni: su questa si veda L. PALADIN, *Il problema della rappresentanza nello Stato fascista*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova 1972, vol. II, pp. 851-891. Non è possibile ora neppure ricordare i molteplici luoghi dell'opera mortatiana nei quali viene preso in considerazione, spesso con accenti critici, il lavoro teorico di Esposito: i rapporti tra i due giuristi, in verità assai complessi, meriterebbero forse uno studio a parte.

⁽¹⁷⁵⁾ C. MORTATI, *La costituzione*, cit., p. 72.

⁽¹⁷⁶⁾ *Ibid.*, p. 75. È rilevante, in connessione con i temi teorici indicati nel testo, l'apparire sempre più frequente in queste pagine mortatiane del riferimento ai contributi delle scienze sociali, come nel caso di Weber, Mosca e Gumpłowicz. In tale contesto, è forse utile ricordare come Mortati abbia in seguito lungamente insegnato in una Facoltà di Scienze politiche, vedendo in questa « il luogo ideale di insegnamento e di ricerca per un costituzionalista »: sul punto vedi E. TOSATO, *Presentazione agli Scritti in onore di Costantino Mortati*, cit., p. X.

al tentativo, del tutto consapevole, d'imprimere un consistente mutamento di rotta nelle tendenze tradizionalmente dominanti nel costituzionalismo italiano. Infatti, a partire da Orlando, e poi attraverso le varie elaborazioni teoriche di stampo istituzionistico, la giuspubblicistica italiana aveva oscillato tra l'assorbimento della costituzione nella sfera delle manifestazioni di sovranità dello Stato-persona, in verità mai compiuta e definitiva, ed il riferimento alla 'comunità nazionale' o 'popolare', o comunque al livello 'istituzionale' della esperienza politica collettiva. Ma soprattutto — come abbiamo già visto — quella giuspubblicistica si era sempre mostrata assai timida nel procedere oltre, sulla via di una vera e propria dottrina della costituzione, individuando in questa, quasi di necessità, la creazione politico-ideologica di una parte vincente, sia essa quella giacobina o più tardi quella fascista, quindi qualcosa di estraneo al campo d'indagine dei giuristi, ed anzi di tendenzialmente pericoloso.

Ora, Mortati cerca appunto di uscire da questa vera e propria posizione di stallo. Infatti, la costituzione in senso materiale, essendo individuata nella fase iniziale di vita dello Stato, quando questo è semplicemente una condizione-situazione di potere già sufficientemente istituzionalizzata, ma certamente non articolata in senso formale, non può essere assimilata alle manifestazioni ordinarie di sovranità dello Stato-persona; quella costituzione è certamente per il giurista una norma — come già abbiamo visto — dalla quale derivano poi le norme scaturenti direttamente dai poteri e dalla esplicazione delle funzioni dello Stato, ma che si colloca per le sue origini e le sue caratteristiche in una zona precedente la definizione di un vero e proprio Stato-ente positivamente normativizzato. Nello stesso tempo, la medesima costituzione non è neppure il mero riflesso di un'entità staccata dallo Stato, come il 'popolo', o la 'nazione', appunto perché rappresenta il carattere storico fondamentale di uno Stato in gestazione, la norma-base che deve dare sostanza unitaria, e preciso indirizzo, allo stesso Stato-persona.

Dunque, la costituzione non può essere decisamente assimilata, come avrebbe voluto la dottrina tradizionale, né alle manifestazioni di sovranità dello Stato inteso come ente compiuto e formalizzato, né alle manifestazioni di potere della società, assunta

dal giurista nella indistinta forma della 'nazione', o del 'popolo'. Anche in questo caso, il ragionamento di Mortati presuppone il superamento della separazione liberale Stato-società, collocando la costituzione nella zona, fino a quel momento inesplorata dal giurista, della costruzione dello Stato *nella* società attraverso i processi di differenziazione e specificazione, ovvero mediante l'individuazione — come subito vedremo — di una classe dirigente capace di porsi come autorità, e dunque di chiedere ed ottenere obbedienza.

Questo mutamento di rotta rispetto alla tradizione dottrinale è ora possibile perché Mortati esplicitamente accetta l'idea che alla base dello Stato non vi sia un'entità data, come il 'popolo', o la 'nazione', ma un processo di selezione tra « gruppi antagonisti portatori d'interessi diversi » (177). Tornano quindi in queste pagine i riferimenti alla « forza politica » ed allo stesso partito (178), come strumenti essenziali di differenziazione della società, che consentono a questa di produrre Stato, ovvero di produrre un'autorità stabile, in crescente posizione di supremazia. Ecco perché lo Stato è « ente politico » (179), perché fin dalla sua origine esso consegue alla vittoria di una parte sull'altra, al determinarsi di un positivo indirizzo fondamentale, che è poi il contenuto della costituzione in senso materiale.

Si potrebbe ora chiedere: per questa via non si rischia forse di riscoprire di nuovo quel primato del partito, dal quale — come sappiamo — Mortati intendeva rimanere ben distante già dal 1931 (180)? In realtà, il discorso mortatiano è ben più articolato,

(177) C. MORTATI, *La costituzione*, cit., p. 76.

(178) *Ibid.*, p. 75 e pp. 80 ss.

(179) *Ibid.*, p. 108, per un luogo specifico del saggio del 1940, che comunque è tutto attraversato dalla problematica della qualità politica dello Stato. Essa risaliva — come si ricorderà — al saggio del 1931 sull'ordinamento del governo, ed in particolare alla dottrina dell'indirizzo politico e della funzione di governo: vedi *supra*, paragrafo precedente.

(180) Vedi *supra*, note 112 e 129 ss., soprattutto per ciò che riguarda le differenze sul punto rispetto a Panunzio. Si deve poi ricordare che Mortati ebbe occasione di ritornare sul tema nel 1941, con un saggio scritto in diretta connessione con la ricerca principale sulla costituzione in senso materiale, di cui esso costituisce in certo senso parte integrante: C. MORTATI, *Sulla posizione del partito nello Stato*, ora in *Id.*, *Raccolta di scritti*, vol. IV, *Problemi di politica costituzionale*, Milano, 1972, pp. 495 ss., dove si ribadisce ancora la nota tesi

e si mantiene anche per questo aspetto nella linea più volte richiamata delle norme e delle funzioni statali quali primari oggetti d'indagine della giuspubblicistica. In effetti, il partito non è affatto nel saggio del 1940 la ' istituzione originaria ' dalla quale derivano tutti i contenuti del diritto positivo statale. Anzi, si può avanzare l'ipotesi che la stessa figura dottrinale della ' costituzione in senso materiale ' sia stata introdotta da Mortati per creare un filtro di carattere propriamente giuridico-normativo tra l'ingombrante presenza del partito alle origini della esperienza statale e lo Stato medesimo. Ed infatti per Mortati il partito, a sua volta, non è altro che *strumento di costruzione dello Stato attraverso la differenziazione della società*: interessa al giurista solo in quanto questo ricerca nella società lo Stato nella sua fase iniziale, per cogliere di esso i caratteri essenziali. Così, una volta scartata — come abbiamo visto — la duplice via della costituzione come manifestazione di sovranità dello Stato, e come espressione di potere della società, il discorso giuspubblicistico non rimane sospeso nel vuoto, né ha bisogno di agganciarsi al primato del partito; esso si snoda ora piuttosto nella zona, al di là della vecchia separazione Stato-società, del ' costituzionale ', inteso come qualità propria di una situazione storico-sociale di avvenuta differenziazione della società in forma produttiva di Stato. Così, infine, la qualità politica dello Stato, così apertamente proclamata da Mortati, non riduce questo, in modo inammissibile per il giurista, a mero strumento prescelto da una certa forza politica vincente al fine di meglio perseguire i propri interessi; all'inverso, è proprio questa vittoria di quella forza politica ad essere direttamente funzionale — ed in quanto tale interessante per il giurista — alla creazione di quelle condizioni minime di stabilità, di quell'accordo di fondo sui valori e sugli scopi fondamentali, di quella capacità d'imporre obbedienza, che sono poi i requisiti essenziali per l'esistenza, ed il progressivo consolidamento, dello Stato medesimo. Non è la giuspubblicistica

del partito come vero organo dello Stato. Tra i saggi di questo periodo in qualche modo rilevanti per la problematica principale della costituzione in senso materiale, vedi C. MORTATI, *Sulle attribuzioni del Gran Consiglio del Fascismo* (1941); *Id.*, *Sulla partecipazione del Gran Consiglio alla determinazione dell'indirizzo politico* (1942); e soprattutto *Id.*, *La rilevanza giuridica del concetto di Nazione* (1943): tutti in *Id.*, *Raccolta di scritti*, vol. IV, cit., pp. 517 ss.

a ' politicizzare ' il proprio campo d'indagine, ed è invece il partito ad essere attratto in questo, ovvero in un campo in cui rimane largamente preminente la figura dello Stato sovrano.

Ma c'è di più. In realtà, il processo di differenziazione della società tramite il partito produce Stato attraverso un passaggio intermedio, nel quale si situa la stessa costituzione in senso materiale, quindi — come sappiamo — una norma, come tale apprezzabile da parte del giurista. Con ciò s'intende dire che il giurista deve essere consapevole della origine politica dello Stato, del suo scaturire dalla vittoria di una parte politica sull'altra, ma che poi egli guarda a tutto questo processo dal suo punto di vista, traendo da esso ciò che gli serve, ovvero la produzione di una norma, di una « regola materiale », di una « norma di scopo »⁽¹⁸¹⁾, dalla quale sia possibile far derivare certe soluzioni nella interpretazione e nella sistemazione del diritto positivo statale. Il rapporto tra quella norma e questo diritto è così per il giurista un rapporto di derivazione tra norme, che rende anzi il secondo meno arbitrario: lo stesso Stato, in questa prospettiva, nasce in sé limitato, e ' di diritto ', appunto perché nasce come ordine determinato dalla necessità di perseguire certi scopi, cosicché i titolari dei poteri in senso formale non potranno non agire in quella certa direzione, a meno di non porsi fuori dalla costituzione in senso materiale, quindi fuori dallo stesso ordinamento giuridico fondamentale. In tal modo, il primato della ' norma di scopo ' non rende per Mortati più debole ed arbitrario il diritto positivo; anzi propone una più solida e garantita forma di Stato, che potremmo definire Stato di diritto ' in senso sostanziale ', in parallelo con la definizione mortatiana della costituzione ' in senso materiale '.

Naturalmente non si vuol dire con ciò che in Mortati alla fine il dato più eminentemente politico della selezione tra gli interessi in conflitto torni di nuovo ad essere nascosto, come spesso accadeva nel contesto della tradizione giuspubblicistica italiana. È invece vero che accanto alla riconduzione delle norme derivate, ovvero delle norme dello Stato, al ' diritto politico ' della norma di scopo, della regola materiale, c'è anche la riconduzione di tale diritto nello Stato, il suo tradursi in senso puramente giuridico-

(181) C. MORTATI, *La costituzione*, cit., pp. 109 ss.

normativo, in modo tale da pretendere di vincolare, e dare senso unitario, allo stesso diritto positivo statale. Si tratta in effetti per Mortati dei due lati della medesima medaglia. Infatti, la costituzione in senso materiale può davvero pretendere di orientare in modo vincolante tutta la produzione del diritto positivo statale solo nel momento in cui è rappresentabile anch'essa pienamente ed integralmente come norma giuridica. La politica determina il diritto, ma solo a condizione che si esprima nell'unico linguaggio conosciuto dai giuristi, quello del vincolo normativo.

Non importa ora prendere in esame l'ultimo capitolo del saggio del 1940, dedicato alla funzione della costituzione in senso materiale. Noi sappiamo già infatti come tutta la ricerca di Mortati sia stata mossa proprio dalla necessità di adoperare con maggiore proprietà e precisione quel concetto di costituzione che era indispensabile per sorreggere tutto il rinnovamento della dogmatica giuspubblicistica, dagli atti politici all'organo supremo, alla forma di governo, fino all'indirizzo politico ed al potere discrezionale: sono questi appunto i problemi che ritroviamo nell'ultima parte del saggio del 1940, assieme alla nuova questione — sulla quale non possiamo soffermarci — della forma di Stato quale limite materiale della modificazione costituzionale⁽¹⁸²⁾.

Preme piuttosto formulare un'ultima osservazione, di carattere sintetico e conclusivo. Già dalla premessa a questo lavoro abbiamo sostenuto che l'originalità del lavoro di Mortati risiede nel suo consapevole porsi tra 'tradizione' e 'rivoluzione'. Siamo ora in grado di meglio capire il significato di questa affermazione. Sul primo versante, tutte le soluzioni di Mortati sembrano divergere, ed in effetti divergono, dalle soluzioni della tradizione giuspubblicistica. Ciò vale per tutti i problemi che abbiamo affrontato, da quelli più generali relativi alla natura 'politica' dello Stato o alla dimensione prescrittiva della costituzione, fino alle costruzioni dogmatiche di raggio più o meno ampio, ad iniziare dalla questione della forma di governo posta in modo così eterodosso già nel 1931. Nello stesso tempo, la ricerca sulla costituzione di Mortati niente ha a che fare con l'apologia di quella 'costituzione' che si sarebbe voluto intendere come diretta espressione della 'ri-

(182) *Ibid.*, pp. 204 ss.

voluzione' e del partito nazionale fascista come suo massimo interprete. Anche per ciò che riguarda questo secondo aspetto, riteniamo di aver accumulato una serie di elementi piuttosto rilevanti, dal significato che costantemente assume nell'opera mortatiana il concetto di 'Stato moderno' o la dottrina del partito come semplice organo dello Stato, fino alla direzione in cui è sospinta l'indagine sulla costituzione in senso materiale, del tutto funzionale a ribadire la centralità dello Stato, e dei problemi che esso pone al giurista a livello di sistemazione delle sue norme e delle sue funzioni.

Anche nelle pagine che concludono il saggio del 1940, Mortati tiene a precisare il fatto che egli ha accolto tutte le idee fondamentali del positivismo giuridico, tra le quali la necessaria traduzione del diritto in norma, in dover essere, ed il bisogno di pensare al diritto in chiave monistica, tale da escludere poteri contrapposti a quelli dello Stato. Di quel positivismo egli ha voluto correggere solo un aspetto particolare, per quanto rilevante, ovvero la sua insensibilità, e quasi il suo timore, per la problematica delle fonti primarie. Se lungo questo cammino egli ha dialogato con le correnti realistiche, dalle quali ha raccolto l'idea del conflitto, o comunque della differenziazione sociale a fini di potere, non per questo — e Mortati lo sottolinea con forza, proprio nelle pagine conclusive — è caduto nella ipotesi di uno Stato mero oggetto della sovranità delle forze politiche, cosicché è ora possibile per Mortati conciliare la presenza determinante di quelle forze « con l'ammissione della personalità e sovranità dello Stato, poiché nulla osta a che le forze in parola si configurino come organi dell'entità statale »⁽¹⁸³⁾.

Così, la ricerca sulla costituzione in senso materiale si rivela finalmente nella sua dimensione più autentica. Essa è direttamente funzionale a ridare vitalità, e senso unitario, all'ormai noto 'Stato moderno'. Del resto, proprio questo era l'intento principale di Mortati già nel 1931, quando — come abbiamo visto — egli propose all'attenzione della giuspubblicistica le dottrine della funzione di governo e dell'indirizzo politico. Non era forse anche quello un tentativo di ritrovare un centro, ed un'ispirazione uni-

(183) *Ibid.*, p. 229.

taria, della esperienza statale? In questo senso, il saggio del 1940 rappresenta davvero il compimento del costituzionalismo mortatiano, poiché è in quella sede che più deciso e determinato è lo sforzo di risalire alla norma fondamentale capace di dare precisa identità, e significato coerente, allo Stato con la sua produzione normativa. Infine, non è certo irrilevante il fatto che tutto questo sforzo teorico si produca in modo altamente formalizzato: il noto recupero di prescrittività della costituzione, spinto fino al punto di affidare ad esso, ed al suo successo, la speranza di ridisegnare una dimensione coerente ed unitaria nella azione dei pubblici poteri, non avviene affatto mediante l'adesione ai valori politici del regime e del partito unico. Questi appaiono al massimo come variabili di un processo storico di ben più vasto significato, che ampiamente li trascende. Ciò consentirà al nostro giurista di riproporre tutto questo complesso di problematiche, e prima tra queste quella dello stesso concetto di costituzione, all'indomani della caduta del regime, in rapporto di diretta continuità con le elaborazioni teoriche che già conosciamo.

6. *Oltre il regime, e verso la democrazia repubblicana. Qualche considerazione conclusiva.*

La presenza della tradizione giuspubblicistica, e più precisamente di quei giuristi della tradizione che si erano formati nel corso dell'età liberale, non si esaurì affatto nell'arco del ventennio fascista. In misura diversa, personaggi di primo piano come Santi Romano, e soprattutto Vittorio Emanuele Orlando, cercarono anche dopo la caduta del regime d'influenzare e determinare gli indirizzi della giuspubblicistica, di interpretare in un certo modo gli eventi che stavano conducendo alla edificazione di un nuovo sistema politico e di una nuova costituzione.

Già in qualche punto della nostra trattazione abbiamo avuto modo di ricordare un importante testo di Santi Romano del 1946, nel quale il giurista siciliano contestava la dottrina della costituzione in senso materiale, pur senza far riferimento esplicito all'opera di Costantino Mortati⁽¹⁸⁴⁾. In quelle pagine, la dottrina tradi-

(184) S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, 1946², pp. 3 ss.

zionale si riproponeva al di là del regime, muovendo significativamente, ancora una volta, dalla critica al noto articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'89⁽¹⁸⁵⁾. Affermando che ogni Stato, semplicemente perché tale, ha una costituzione, si voleva dire che quest'ultima coincideva, e si esauriva, nella *riproduzione* delle strutture fondamentali dello Stato medesimo. Dunque, se non si voleva abbandonare la via maestra della scienza del diritto pubblico, inaugurata nell'Ottocento con la critica al significato materiale-prescrittivo della costituzione imposto dalla rivoluzione francese, si doveva ripartire, anche dopo la caduta del regime, dalla 'realtà' giuridico-istituzionale dello Stato-persona, e non dai cosiddetti 'contenuti' della costituzione in senso materiale.

Inutile sottolineare la grande distanza intercorrente tra simili prese di posizione e le opinioni sul punto espresse da Mortati già dagli anni Trenta. Per questi, infatti, non vi poteva più essere — come sappiamo — alcuna scienza dello Stato-persona, delle sue strutture fondamentali, della sua organizzazione, senza quella correlata dottrina della costituzione, che i giuristi della tradizione, con Romano, sospingevano invece fuori dai confini delle discipline giuspubblicistiche, in quanto ritenuta sin dall'inizio frutto politico-ideologico della rivoluzione.

Sappiamo anche, dall'analisi del saggio del 1940, quali fossero per Mortati gli scopi della dottrina della costituzione. Si trattava, in una parola, di riscoprire lo studio della società dal punto di vista specifico del giurista-costituzionalista, superando una tradizione che a questo ordine di problemi si era sempre riferita secondo il modello organicista del 'popolo', o della 'nazione'. Si trattava quindi di studiare i processi di differenziazione e specificazione della società indotti dal prevalere di una forza politica — o di più forze politiche coalizzate, ora che era caduto il regime

(185) L'articolo in questione statuiva: « Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha costituzione ». In esso si esprimeva una delle più classiche formulazioni della nozione contenutistica della costituzione, che consentiva di distinguere le società dotate di costituzione da quelle che ne erano prive, in modo evidentemente inammissibile per un giurista come Romano che tramite il concetto d'istituzione presupponeva una perfetta identità tra società (o Stato) e costituzione. Vedi anche *supra*, nota 14.

del partito unico⁽¹⁸⁶⁾ — quali processi costitutivi dello Stato attraverso la formulazione di una norma fondamentale capace di dare ad esso senso unitario, e precisa identità. A quello Stato, ed ai tradizionali dogmi della personalità e della sovranità, si poteva giungere ora *solo* percorrendo la via indicata dalla costituzione, ovvero solo chiedendosi *in cosa consistesse* l'accordo fondamentale che sorreggeva lo Stato.

Tale contrasto tra la giuspubblicistica d'impronta più tradizionale ed il tentativo di rinnovamento impersonato da Mortati ebbe modo di prodursi anche nel corso dei lavori dell'Assemblea Costituente. Dell'episodio fu protagonista l'ormai vecchissimo, ma evidentemente ancora assai vitale, Vittorio Emanuele Orlando, che nella seduta del 23 aprile presentò un suo ordine del giorno, tendente ad eliminare dalla costituzione, o comunque a collocare in una sorta di preambolo iniziale, le norme del titolo secondo della parte prima, relative ai rapporti etico-sociali, alla famiglia, alla scuola, alla salute, all'arte ed alla scienza. Sembrava ad Orlando che si trattasse di un elenco confuso, di scarso valore normativo; ma più ancora, nel caso invece che queste disposizioni costituzionali riuscissero davvero e nei fatti ad assumere tale valore, sembrava a lui che esse potessero minacciare la certezza del diritto, introducendo principii vaghi e difficilmente controllabili, in materie, come ad esempio la famiglia, che da tempo immemorabile erano

(186) Avremo occasione di tornare su questo punto, Intanto è opportuno ricordare il saggio di P. BARILE, *La costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951, pp. 38 ss., che aderiva alla dottrina mortatiana della costituzione in senso materiale, ma introducendo in essa la dimensione della pluralità delle forze politiche e del conflitto tra esse. Per parte sua, come subito vedremo nel testo, Mortati non ebbe dubbi sulla non essenzialità del partito unico per la piena configurazione della costituzione in senso materiale ma tenne a precisare, rispondendo a Barile e ad altri che erano intervenuti sul punto, che comunque doveva rimanere chiara e netta « la differenziazione di posizione fra chi partecipa alla formulazione delle direttive e chi ne è escluso, fra chi possiede certi strumenti di dominio e chi invece ne è privo »: ciò che appariva evidentemente necessario affinché l'esperienza costituzionale materiale svolgesse il suo compito di determinazione di un chiaro indirizzo politico. Sul punto si veda C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1952, p. 69. Ancora per ciò che riguarda il partito, e sempre nella linea della continuità dell'opera mortatiana tra fascismo e democrazia repubblicana, vedi P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 354 ss.

affidate alla salda e collaudata disciplina civilistica, al saggio e continuo aggiornamento giurisprudenziale ⁽¹⁸⁷⁾.

Fu l'ultima battaglia perduta da Orlando alla Costituente. Contro il suo ordine del giorno, a nome della Democrazia Cristiana, prese la parola proprio Costantino Mortati. Questi, dopo i formali ossequi di rito all'antico maestro, affermò a chiare lettere: « non esistono materie assolutamente legislative e materie assolutamente costituzionali, ed invece sono esclusivamente le valutazioni che le forze politiche fanno, in un certo momento, circa la rilevanza di una norma che decidono per il contenuto legislativo o costituzionale della medesima » ⁽¹⁸⁸⁾. In queste semplici parole c'è la sicura ed orgogliosa affermazione di un potere costituente, esplicitamente fondato sulle forze politiche e sulle loro decisioni, che segue quella unica logica che esso medesimo si è dato, appunto in quanto costituente, e che proprio per questo non è chiamato a rispondere ad alcuna preconstituita 'certezza del diritto' nel senso

⁽¹⁸⁷⁾ *Assemblea Costituente. Discussione generale sui rapporti etico-sociali*, 23 aprile 1947, vol. III, pp. 3239 ss. Il ruolo giocato da Orlando alla Costituente fu tutt'altro che marginale, e deve ancora essere studiato analiticamente: per qualche approfondimento si veda la nostra biografia politica di Orlando, di prossima pubblicazione in *Il Parlamento italiano* (19861-1988). Si veda anche V.E. ORLANDO, *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, in *Rivista trimestrale in diritto pubblico*, I (1951), pp. 5-45, dove si ribadisce il criterio tradizionale dell'equilibrio dualistico (p. 34), ed anche la visione della storia costituzionale italiana come progressiva integrazione dello Statuto in senso parlarmentare (pp. 14-15). Noi sappiamo ora — e non importa insistere sul punto — come Mortati fosse già nel 1931 in disaccordo con la dottrina tradizionale su questi due aspetti decisivi, che dal suo punto di vista erano accomunati dalla elusione del fondamentale problema dell'indirizzo politico come fattore unificante e caratterizzante l'azione dei pubblici poteri. In tema di forma di governo, più in generale, vedi i saggi contenuti in *Quaderni costituzionali*, I (1981), ed in particolare quello di G. AMATO-F. BRUNO, *La forma di governo italiana. Dalle idee dei partiti all'Assemblea Costituente*, pp. 33-86.

⁽¹⁸⁸⁾ *Assemblea Costituente. Discussione generale sui rapporti etico-sociali*, cit., p. 3249. Per una prima ricostruzione del contributo dato da Mortati alla Costituente, si veda F. BRUNO, *I giuristi alla Costituente: l'opera di Costantino Mortati*, in *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, a cura di U. De Siervo, vol. II, *Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, Bologna, 1980, pp. 59-178. I testi più interessanti — sia a livello di relazioni che d'interventi — sono comunque in C. MORTATI, *Raccolta di scritti*, vol. I, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Milano, 1972, pp. 575 ss.

di Orlando. Anzi, ciò che per Orlando è lesione della certezza del diritto di stampo liberale, è per Mortati ormai da ricondurre per intero alla problematica dell'attuazione della costituzione, della sua necessaria pervasività quale programma fondamentale dei pubblici poteri e dell'intera collettività.

Dunque, ancora una volta il riferimento principale è dato dalle 'forze politiche': da esse bisogna ripartire per comprendere che cosa si avvia a divenire 'costituzione' nel nuovo regime politico, senza più presupporre un tipo di 'certezza del diritto', che può e deve essere compresa nelle nuove soluzioni costituzionali, ma che non può essere essa medesima la 'costituzione', così come era in quella società liberale dei privati e del Codice, che ancora non conosceva la dimensione unificante dell'indirizzo politico — sostituita dalla presunta armonia della società di mercato —, e quindi neppure il fondamentale valore prescrittivo della costituzione stessa. È inutile sottolineare quanto queste prese di posizione di Mortati siano saldamente ancorate nelle convinzioni che il nostro giurista aveva maturato in pieno periodo fascista, e che abbiamo incontrato a proposito di forma di governo, di potere discrezionale — come abbiamo visto riferito anche alla autonomia dei privati, in modo evidentemente inconcepibile per un giurista come Orlando —, della stessa costituzione in senso materiale, fondata appunto sul ruolo decisivo delle forze politiche.

Si pone così, tra fascismo e democrazia repubblicana, il rilevante problema della continuità dell'opera mortatiana, che può essere verificato su diversi testi del nostro giurista, ad iniziare da quello assai noto del 1945 sulla Costituente⁽¹⁸⁹⁾. Discutendo dello specifico problema costituzionale italiano dopo la caduta del regime fascista, ed in particolare della Costituente, dei suoi compiti, dei limiti della sua attività⁽¹⁹⁰⁾, Mortati muove proprio dai principii e dai criteri che sul piano della teoria generale erano stati enunciati nel 1940 nel saggio sulla costituzione in senso materiale.

(189) C. MORTATI, *La Costituente* (1945), in *Id., Raccolta di scritti*, vol. I, cit., pp. 3 ss.

(190) Non è certo qui il caso di discutere del saggio di Mortati da questo punto di vista, che coinvolgerebbe anche l'altra tematica del governo provvisorio. Per altri scritti mortatiani di argomento affine, e dello stesso periodo, si veda comunque C. MORTATI, *Raccolta di scritti*, vol. I, cit., pp. 349 ss.

Infatti, se si deve parlare di un vero e proprio nuovo potere costituente, se si deve interpretare l'attività di questo potere nel modo più estensivo possibile — tra l'altro, anche su questo punto, in contrasto con le opinioni della dottrina più tradizionale, che in varia misura tendeva a porre limiti in questa direzione, come abbiamo già visto poco sopra nel caso specifico di Orlando —, non è già in nome di una mitica ed astratta idea di 'popolo', ma in quanto le nuove forze politiche scaturite dalla dissoluzione del vecchio regime si rivelino capaci di esprimere con il loro accordo una determinata norma fondamentale, una autentica, e ben definita, costituzione in senso materiale⁽¹⁹¹⁾. È in questa direzione che deve essere ricercato il vero soggetto del potere costituente, in direzione cioè dei partiti politici, di « gruppi più o meno ampi della popolazione ispirati ad orientamenti che riflettono e sono espressione di una data struttura e distribuzione di forze e di interessi »⁽¹⁹²⁾.

Ora, a noi sembra che questa straordinaria rilevanza dei partiti politici nelle riflessioni di Mortati non derivi affatto esclusivamente, e neppure per la parte più consistente, dal fatto che in essi erano identificabili nel 1945 i protagonisti radicalmente nuovi della istituenda democrazia, in opposizione al trascorso e battuto regime fascista. Anzi, quasi nessun aspetto decisivo dell'opera mortatiana della seconda metà degli anni Quaranta, e degli anni successivi, può dirsi comprensibile senza far riferimento a quanto il nostro giurista aveva elaborato sul piano teorico nel corso degli anni Trenta: e ciò vale appunto in modo particolare per il complicato rapporto partito-costituzione-Stato. Infatti, come del resto già sappiamo, Mortati non aveva fornito durante il ventennio una 'dottrina del regime', ma aveva piuttosto aperto un certo discorso sui caratteri nuovi dello 'Stato moderno', che prosegue ora, nel contesto politico ed istituzionale della democrazia repubblicana. Tra quei caratteri era centrale, e si ripropone ora come tale, proprio la questione del partito come strumento di differenziazione

⁽¹⁹¹⁾ C. MORTATI, *La Costituente*, cit., pp. 21 ss., per gli aspetti teorici del problema, sui quali poi Mortati farà perno — nell'ultima parte del saggio — al fine d'interpretare in un certo modo la concreta situazione costituzionale italiana del tempo.

⁽¹⁹²⁾ *Ibid.*, p. 26.

della società, quindi di formazione di un preciso indirizzo politico dal quale muovere per individuare una certa norma fondamentale, e dunque una definita e coerente forma di Stato. Certo, il fatto che si sia passati dal regime del partito unico ad una pluralità di partiti sposta inevitabilmente i termini del discorso: mentre nel corso del ventennio la preoccupazione principale del costituzionalista era quella di far sì che il partito unico non stravolgesse alcuni principii tradizionali dello stesso Stato moderno, ad esempio quello di separazione dei poteri, ora l'attenzione cade in un certo senso sul pericolo opposto, ovvero sulla possibile mancanza di solidarietà e di unità tra più forze politiche spesso collegate da rapporti di coalizione episodici e strumentali. Non v'è dubbio però che lo schema-base della versione mortatiana dello Stato moderno transiti inalterato nei suoi lineamenti essenziali dal fascismo alla democrazia repubblicana: *non vi può essere alcuno Stato senza una norma fondamentale dotata di contenuti positivi, e non vi può essere una tale norma senza un'adeguata differenziazione della società da raggiungere con lo strumento del partito.*

Tutto ciò costituirà anche l'ideale filo conduttore della interpretazione mortatiana della nuova costituzione, ad iniziare dal principio di sovranità popolare⁽¹⁹³⁾. Infatti, Mortati, pur sottolineando con vigore il distacco che tale principio necessariamente produceva in rapporto alle vecchie formule ottocentesche della 'sovranità dello Stato' e della 'sovranità nazionale' — la prima legata alle ipotesi autoritarie, soprattutto tedesche, del popolo

(193) Ci riferiamo naturalmente al commento di Mortati all'articolo primo della Costituzione, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, vol. I, *Principi fondamentali*, Bologna, 1975, pp. 1-50. A nostro parere, questo contributo di Mortati deve essere letto in stretta connessione con un altro saggio meno noto, ma per certi versi concettualmente più nitido: C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano* (1957), in *Id., Raccolta di scritti*, vol. III, cit., pp. 355-391. Tra l'altro, dal nostro punto di vista del confronto con la tradizione giuspubblicistica, Mortati prende le mosse in questo ultimo saggio da V.E. ORLANDO, *Sui partiti politici. Saggio di una sistemazione scientifica e metodica*, in *Scritti di sociologia e politica in onore di Luigi Sturzo*, Bologna, 1953, vol. II, pp. 603-621, che ancora si muoveva, nel sistemare la figura del partito politico, nella doppia ottica tradizionale dello Stato-persona con i suoi organi, e della complicazione organizzativa nell'esercizio delle libertà politiche individuali.

come mero organo dello Stato, la seconda connessa ad un liberalismo oligarchico storicamente superato dai nuovi regimi democratici di massa —, non aderì mai alle opinioni dottrinali che, proprio in reazione a quelle vecchie formule, proponevano una piena rivalutazione della autonoma soggettività giuridica del popolo, con la connessa riduzione dello Stato-persona a mero strumento di esercizio della sovranità scaturente dallo stesso popolo, ora inteso come universalità dei cittadini viventi⁽¹⁹⁴⁾.

Infatti, per Mortati, se quel popolo deve essere davvero sovrano, se esso deve davvero superare la fase storica in cui era semplice tramite di designazione della classe politica per divenire soggetto decisivo nella scelta dell'indirizzo politico fondamentale, è necessario pensare ad esso non più come ad una soggettività indistinta — seppure ora nei rinnovati termini, di provenienza giacobina, della universalità dei cittadini —, ma *attraverso il partito*, che dividendo il popolo medesimo rende questo in ultima analisi sovrano, perché capace di esprimere un preciso indirizzo politico vincolante l'azione dei pubblici poteri. Di contro, ma per gli stessi motivi, non è più possibile pensare allo Stato-persona come ad una 'macchina' politicamente inanimata, che recepisce solo dal suo esterno, ovvero dal popolo, l'indirizzo medesimo. Infatti, quello stesso Stato esiste solo come 'unità teleologica' — già dal 1931 —, quindi *solo nel momento in cui* si sia prodotta la norma fondamentale, di nuovo con il contributo decisivo delle forze politiche.

In tal modo, la svolta indotta dalla nuova costituzione repubblicana non può essere letta nella ottica semplicemente neogiacobina della 'sovranità popolare', come recupero di autonomia della

(194) Era questa la linea lungo la quale si muoveva V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (Note preliminari)* (1954), in Id., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, pp. 90-136. Sulla sovranità popolare, sulla tradizione dottrinale della sovranità dello Stato, sul dibattito in sede d'interpretazione della costituzione, vedi il saggio di G. AMATO, *La sovranità popolare nell'ordinamento italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, XII (1962), pp. 74-103. Dello stesso autore vedi anche Id., *Recensione a C. MORTATI, Raccolta di scritti*, cit., in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, XXIII (1973), pp. 1025-1039, più in genere sull'opera di Mortati all'indomani della promulgazione della costituzione repubblicana; ed anche Id., *Costantino Mortati*, in *Quaderni costituzionali*, 1987, n. 3, pp. 557 ss.

soggettività giuridica del popolo nei confronti della vecchia, autoritaria, ed assorbente 'sovranità dello Stato'. In realtà, quella svolta è piuttosto da inserire nella linea più risalente delle grandi trasformazioni dello Stato moderno, ed induce così a proseguire, nel caso di Mortati, una riflessione già ampiamente avviata nel corso degli anni Trenta. In questa prospettiva, il popolo come 'universalità dei cittadini' è altrettanto astratto ed indistinto del popolo della tradizione organicistica ottocentesca. Infatti, la novità vera, quella con cui deve fare i conti comunque il costituzionalista, è data, ben da prima dell'avvento della democrazia repubblicana, dal declino inarrestabile della duplice ipostatizzazione dello 'Stato' e del 'popolo': entrambi vengono ora contemporaneamente a concreta esistenza solo attraverso il prodursi di un adeguato processo di differenziazione e specificazione della società, che rende *nello stesso tempo* sovrano il popolo, mediante la scelta di un determinato indirizzo, e realmente operante come unità politica lo stesso Stato, che da quella scelta ricava i propri fondamentali caratteri, senza i quali neppure esisterebbe. Non ha quindi molto senso per Mortati la rinnovata contrapposizione del popolo sovrano allo Stato-persona, semplicemente perché nessuno dei due termini del rapporto esiste in modo separato rispetto all'altro, prescindendo cioè dal decisivo termine medio che li lega insieme, ovvero dalla costituzione in senso materiale, da quell'indirizzo politico fondamentale che solo può dare senso unitario e concretezza all'esercizio della sovranità popolare come anche alla azione di tutti i poteri pubblici (195).

Il tema delle forze politiche richiama quindi — come già, del resto, nel 1940 — quello della costituzione come programma, come scelta d'indirizzo. È su questa base che la problematica della *attuazione della costituzione* assume un rilievo particolare e specifico nell'opera mortatiana, soprattutto nel corso degli anni Cin-

(195) Naturalmente, Mortati era nello stesso tempo ben attento anche a non far ricadere questa sua impostazione del rapporto Stato-popolo nelle vecchie ipotesi autoritarie, o totalitarie, dell'assorbimento-identificazione del secondo nel primo; a tal fine sottolineava con forza il rapporto « in senso dicotomico » tra Stato e società quale carattere specifico della democrazia politica, in opposizione ai trascorsi « regimi a partito unico »: vedi C. MORTATI, *Commento all'articolo primo della Costituzione*, cit., pp. 33 ss.

quanta. Infatti, per tutti i motivi che ormai conosciamo, è su questo terreno del recupero di prescrittività della costituzione, del suo contenuto positivo come frutto di scelte determinate, che si giocano tutte le partite decisive: così era — come sappiamo — già nel 1931, a partire dalla problematica, in apparenza così tecnica, degli atti politici. Senza quella dimensione della costituzione, diviene scarsamente apprezzabile, da parte dello stesso giurista, non solo la grande novità della sovranità popolare, ma anche — non lo dimentichiamo mai — lo stesso Stato, che in questa fase più recente di vita dello Stato moderno può esistere solo come 'unità teleologica'; quindi esclusivamente in funzione delle prescelte finalità fondamentali.

Tutto ciò, proprio con riferimento al problema generale della attuazione della costituzione, sembra essere lo sfondo ideale dell'intenso impegno mortatiano in tema di norme 'programmatiche' della costituzione, di diritto al lavoro, di disciplina costituzionale della proprietà privata⁽¹⁹⁶⁾. Anche in questo ambito troviamo infatti, in posizione del tutto centrale, il concetto di costituzione in senso materiale. Questo opera ora, non solo sul versante — come abbiamo visto — del potere costituente e della sovranità

(196) C. MORTATI, *Indirizzi costituzionali nella disciplina della proprietà fondiaria* (1947); ID., *La Costituzione e la proprietà terriera* (1952); ID., *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica (Natura giuridica, efficacia, garanzie)* (1953); ID., *Il lavoro nella Costituzione* (1954): tutti in ID., *Raccolta di scritti*, vol. III, cit, risp. pp. 13 ss., 105 ss., 141 ss., 225 ss. Per quanto riguarda la dottrina del tempo, vedi anche V. CRISAFULLI, *Le norme 'programmatiche' della Costituzione* (1952), ora in ID., *Stato, popolo, governo*, cit., pp. 55 ss., che si avvale ampiamente del saggio mortatiano sulla costituzione in senso materiale, e come Mortati muove da quel nesso tra indirizzo politico e forma di Stato che era stato elaborato nel corso degli anni Trenta. Si può inoltre solo ricordare come anche la discussione sulle norme 'programmatiche' si radicasse nel dibattito svoltosi durante il fascismo sulla efficacia normativa vincolante dei principi generali e degli atti direttivi, a partire dalla Carta del lavoro ed attraversando poi la problematica del diritto corporativo e della codificazione civile in genere. Ciò valeva in particolare anche per Crisafulli e per Mortati: V. CRISAFULLI, *I principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, vol. II, pp. 665 ss.; e C. MORTATI, *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principi generali di diritto* (1943), in ID., *Raccolta di scritti*, vol. II, cit., pp. 663 ss.

popolare richiamando il ruolo decisivo delle forze politiche, ma anche per ciò che riguarda il delicato aspetto del contenuto economico-sociale della nuova costituzione. In tale contenuto era individuato da Mortati uno degli elementi essenziali della costituzione medesima, che rendeva questa — come voleva la sua stessa dottrina costituzionale — norma d'indirizzo, e di programma, per un'intera società. In particolare, il saggio sul diritto al lavoro del 1953⁽¹⁹⁷⁾ appariva completamente fondato sulle acquisizioni teoriche contenute nella ricerca del 1936 in tema di potere discrezionale⁽¹⁹⁸⁾, ovvero sul modello di una costituzione in senso materiale capace di dettare gli indirizzi vincolanti l'esercizio di tutti i poteri discrezionali, ad iniziare da quello del legislatore, per giungere poi alle stesse sfere di autonomia dei privati: è sulla base di una tale costituzione che è possibile pensare alla determinazione di alcuni contenuti positivi dell'esercizio del diritto di proprietà vincolati sul piano costituzionale, come anche alla configurazione di alcuni nuovi obblighi giuridici dello Stato, ad esempio proprio in materia di diritto al lavoro.

Dunque, la costituzione in senso materiale, in linea con tutta la precedente elaborazione teorica mortatiana, appare all'inizio della nuova esperienza costituzionale repubblicana nella sua veste più autentica di 'nucleo essenziale' della costituzione, voluto dalle forze politiche dominanti, in modo tale da attivare l'esercizio della sovranità popolare sulla base di un certo indirizzo politico fondamentale, e conseguentemente muovere in una certa direzione tutto il reticolo dei poteri discrezionali, sia pubblici che privati, nella linea della attuazione della costituzione medesima.

Si potrebbe ora anche procedere oltre, nell'indicare sui testi di Mortati le concordanze concettuali tra l'opera del periodo fascista e quella del periodo repubblicano⁽¹⁹⁹⁾. A noi premeva però

⁽¹⁹⁷⁾ Vedi *supra*, nota precedente.

⁽¹⁹⁸⁾ Vedi *supra*, note 156 ss.

⁽¹⁹⁹⁾ Sfogliando un pò alla rinfusa le principali opere mortatiane del dopoguerra si può osservare quanto meno per due di esse una presenza determinante, a volte quasi letterale, delle argomentazioni svolte nel saggio del 1940 sulla costituzione in senso materiale: vedi C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1952, pp. 62 ss.; Id., *Costituzione. Dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, XI (1962), pp. 150 ss., dove

solo mostrare come alcune celebri prese di posizione di Mortati tra la fine degli anni Quaranta e l'inizio degli anni Cinquanta, in tema di Costituente e più tardi di attuazione del contenuto economico-sociale della costituzione, siano esplicitamente connesse ad una certa convinzione di fondo maturata nel corso degli anni Trenta, che è in sintesi questa: nell'età postindividualistica e postliberale la costituzione — in senso materiale, come nucleo di valori essenziali dominanti — è *l'ultima grande speranza di ordine collettivo*. Senza questo indispensabile punto di riferimento, le tradizionali grandezze dello 'Stato' e del 'popolo' rimangono inerti, perché prive di quell'indirizzo positivo della costituzione, che solo può tenere unito un sistema sempre più complesso di poteri pubblici e privati. Si potrebbe anche dire, in ultima analisi: la linea di Mortati, già durante il fascismo ed ora dopo la sua caduta, è *la linea della dottrina della costituzione*.

Si tratta di una prospettiva teorica estranea — per motivi che ormai conosciamo — alla giuspubblicistica più tradizionale, che da Orlando in poi aveva dominato la scena, tentando anche d'interpretare in un certo modo — come abbiamo visto — l'avvento del fascismo e più tardi della stessa democrazia repubblicana. In un piccolo saggio del 1964, destinato alla *Enciclopedia del diritto* ⁽²⁰⁰⁾, Mortati rivendicò alla fase nella quale egli medesimo si trovò ad operare nel corso degli anni Trenta il merito di aver finalmente emancipato il concetto di costituzione dalla tradizionale configurazione dello Stato-persona e delle sue manifestazioni di sovranità, e di aver così finalmente proposto una

si ripercorre palesemente il filo argomentativo del 1940. Troviamo inoltre molte delle convinzioni espresse da Mortati nel 1931 in tema di forme di governo e d'indirizzo politico in C. MORTATI, *Lezioni sulle forme di governo*, Padova, 1973, spec. p. 92 e pp. 145 ss., per ciò che riguarda la valutazione storica del governo parlamentare; ed in Id., *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pp. 97 ss., per il collegamento diretto, già individuato nel 1931, tra costituzione ed indirizzo politico, che rimane evidentemente il criterio di fondo per la valutazione della forma di governo anche in età repubblicana, anche se ora — per motivi fin troppo ovvi — la *suprema potestas* titolare dell'indirizzo torna ad essere distribuita tra una pluralità di organi (*id.*, p. 322 ss.).

⁽²⁰⁰⁾ C. MORTATI, *Diritto costituzionale. Nozione e caratteri*, in *Enciclopedia del diritto*, XII (1964), pp. 947-961.

« scienza indirizzata alla determinazione del proprio oggetto »⁽²⁰¹⁾, ovvero della costituzione medesima. Ed in effetti per Mortati proprio negli anni Trenta si era aperta quella *età della costituzione e della sua dottrina*, che con la costituzione repubblicana aveva celebrato uno dei suoi punti più alti, in cui più evidente era apparsa a molti la necessità d'interpretare le vicende collettive dal punto di vista dei valori costituzionali, e della loro idoneità a sorreggere un grande progetto di trasformazione politica e sociale. Inoltre, non si poteva certamente dimenticare il fatto che per la via della dottrina della costituzione erano penetrate nel costituzionalismo italiano quelle problematiche dell'indirizzo politico e del ruolo dei partiti che erano al centro della nuova fase storica delle istituzioni politiche, e che la tradizionale riflessione giuspubblicistica — come sappiamo — non aveva saputo o voluto affrontare.

Ora, nel contesto della battaglia per l'attuazione della costituzione apertasi negli anni Cinquanta, e soprattutto sul terreno dei contenuti economico-sociali della stessa carta costituzionale, la dottrina della costituzione assumeva ulteriori significati di ordine civile e politico, tentando d'individuare il significato unitario della nuova esperienza collettiva, immaginata come un armonico progredire di tutti i poteri, pubblici e privati, sulla base dei valori espressi nella norma fondamentale. Lo stesso Stato — crescentemente definito da Mortati 'Stato sociale' — è ora più che mai unità politica solo ed esclusivamente in chiave teleologica, non quindi in quanto sia statica rappresentazione del 'popolo', o della 'nazione', ma in quanto sia portatore di un indirizzo positivo, di un progetto di trasformazione ispirato e sorretto dalla stessa costituzione. È quest'ultima, e solo essa, che consente di pensare allo Stato sociale non come ad un mero complesso burocratico di servizi e di prestazioni, ma come ad un vero e proprio processo dinamico di unità politica, che è tale proprio perché i molteplici poteri discrezionali in esso incardinati si muovono nella logica concorde della attua-

⁽²⁰¹⁾ *Ibid.*, pp. 951 ss. Si vedano in questo contesto le critiche alla tradizione giuspubblicistica, ed alle stesse dottrine orlandiane, che appaiono a Mortati deboli proprio sul versante del tanto conclamato — dal medesimo Orlando — impegno metodologico.

zione della costituzione. È proprio la costituzione, in un'età di crescente pressione sullo Stato di una domanda sociale differenziata, di crescente complicazione della struttura e delle modalità di azione dei pubblici poteri, sia a livello legislativo che amministrativo, *il nuovo punto focale della unità politica*, che consente ancora di rappresentare il 'politico' in termini sufficientemente unitari, appunto nei termini dello 'Stato sociale'.

Mortati visse abbastanza a lungo per avvertire i primi segnali di crisi della sua dottrina della costituzione, per percepire le difficoltà, ed anche il possibile declino, di quella che abbiamo definito l'età della costituzione. Non possiamo qui certo occuparci di questo ultimo Mortati, spesso anche assai critico verso le modalità concrete con cui si andava svolgendo l'esperienza costituzionale repubblicana. Si vuole solo osservare come le difficoltà sopra nominate finiscano spesso per convergere su un punto decisivo delle dottrine mortatiane, che è dato ancora una volta dal ruolo del partito politico. Si tratta — come sappiamo — di un ruolo di grande rilevanza fino dal tempo del regime fascista. E non si dimenticherà il fatto che la nuova fase della riflessione mortatiana, sviluppatasi dopo la caduta di quel regime, inizia con il saggio sulla Costituente del 1945, richiamando il compito di primo piano delle forze politiche nella definizione delle nuove soluzioni costituzionali. A quelle forze viene poi affidata — come pure abbiamo visto — la concreta attivazione dell'esercizio della sovranità popolare, come anche gran parte dello stesso processo di attuazione della costituzione. Ora, non v'è dubbio che Mortati abbia sempre concepito queste forze, e quindi lo stesso partito, in un modo che vorremmo definire *intensamente politico*, nel senso di una loro stretta funzionalità alla costruzione dello Stato ed alla definizione della stessa norma fondamentale. Tale era del resto il ruolo che al partito veniva assegnato nello stesso saggio del 1940 sulla costituzione in senso materiale.

Tutto ciò aveva, nel caso di Mortati, profonde radici, che affondavano nello stesso periodo fascista, quando il nostro giurista aveva certamente contrapposto alla dottrina tradizionale la nuova concezione dello Stato come 'ente politico' necessariamente dotato d'indirizzo con il decisivo sostegno del partito, ma aveva anche contrapposto — come ricorderemo — alle dottrine fasciste

del partito come istituzione sovrana ed originaria la necessità, imprescindibile per la giuspubblicistica, di una piena riconduzione del partito medesimo nello Stato, in qualità di suo organo. Ora, nel nuovo tempo storico della democrazia repubblicana, quest'ultima soluzione non è più praticabile, e si torna inevitabilmente, in un mutato clima politico-culturale, a sottolineare la natura di « istituzione sociale » dello stesso partito⁽²⁰²⁾. Tuttavia, tale mutamento di rotta, per quanto rilevante, può dirsi certamente tutto interno, a ben guardare, ad un tipo di relazione tra Stato e partito, che è ormai definito, e che segna anche i confini non valicabili di questo riconoscimento di 'socialità' del partito. Questo infatti è stato attratto, già dagli anni Trenta, al campo del diritto costituzionale per un motivo ben preciso, per essere cioè concreto strumento di differenziazione del corpo sociale in senso strettamente funzionale alla individuazione di un indirizzo politico di base destinato a divenire dominante: sullo sfondo rimane comunque pur sempre lo Stato, e l'indagine sui suoi caratteri essenziali e più qualificanti. È appunto in questi confini che deve rimanere la figura del partito anche nel nuovo contesto politico-istituzionale della democrazia repubblicana. Così, quel partito è sì parte, perché altrimenti non potrebbe neppure essere strumento di differenziazione, ma è soprattutto *quella* organizzazione di parte che è dotata di più intensa politicità, nel senso che più di ogni altra organizzazione è capace di porsi in modo direttamente funzionale alla costruzione di una comune norma fondamentale, ed in definitiva dello Stato medesimo; e quindi è capace anche di « farsi interprete di una ideologia di politica generale con la finalità di tradurla nell'azione dello Stato »: il partito è insomma per Mortati una sorta di 'parte totale', è parte specificamente vocata a costruire totalità⁽²⁰³⁾.

Torniamo ora al Mortati già consapevole delle difficoltà, ed anche della incipiente condizione di crisi, della nuova età della costituzione. In effetti, il punto critico è dato proprio dal partito politico, che anche a Mortati appare sempre più rivolto alla cura

(202) C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 389 e pp. 384 ss., in generale sul partito politico.

(203) *Ibid.*, p. 386. L'espressione 'parte totale' è dello stesso Mortati, ed anche da lui posta tra virgolette.

delle « pressioni particolaristiche », sempre meno adatto a svolgere quel ruolo intensamente politico, di costruzione dello Stato e della sua norma fondamentale, di cui poco sopra abbiamo discusso ⁽²⁰⁴⁾. Se così è, appare allora difficile l'individuazione di questa medesima norma: se i partiti si avviano ad essere sempre più federazioni d'interessi, è evidente che dalla loro lotta, ed anche dal loro accordo, non può più scaturire alcuna soluzione costituzionale, alcun indirizzo politico fondamentale, ma solo una debole e provvisoria convergenza su questioni definite. Infine, da tutto ciò deriva, in ultima analisi, una grave carenza d'identità dello stesso Stato, che non è più lo Stato moderno nella sua ultima fase, o lo Stato sociale della costituzione, ma un complesso più o meno formalmente ordinato di provvedimenti, di prestazioni, e di servizi, al massimo dotato di una qualche razionalità di tipo funzionale e sistemico, ma non più certo di tipo costituzionale.

A partire dalla questione specifica del partito politico, Mortati vide dunque tutti questi pericoli, intuì cioè la possibilità che anche la dottrina della costituzione — come già era accaduto a certe versioni della dottrina dello Stato-persona — potesse rapidamente giungere al capolinea, lasciando i giuristi privi di un sicuro punto di riferimento, alle prese con un sistema sempre più complesso di pubblici poteri d'incerta definizione e tutto sommato privo di un'unitaria fonte d'ispirazione. La sua opposizione a questa tendenza in atto, a questa progressiva perdita di quota dello stesso concetto di costituzione, e della sua capacità di presa sulla realtà delle istituzioni pubbliche, e della stessa società, fu assai ferma e decisa, e non poteva essere altrimenti.

Così, ad esempio, uno dei più celebri saggi di Mortati, scritto come voce per la *Enciclopedia del diritto* ⁽²⁰⁵⁾, è certamente mosso,

⁽²⁰⁴⁾ Vedi ad esempio C. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Torino, 1959, 1971 (seconda edizione), pp. 174 ss., per la critica all'operato dei partiti politici nel senso indicato nel testo. Anche in questo saggio Mortati contrapponeva a tale operato il proprio modello ideale di partito: « partito viene da parte, ma ciò non significa che suo oggetto sia il perseguimento di interessi parziali, frazionari, perché invece ciò che lo caratterizza è una concezione del bene comune considerato nella totalità dei suoi aspetti, ma orientato secondo indirizzi specifici » (*id.*, p. 134).

⁽²⁰⁵⁾ C. MORTATI, *Costituzione. Dottrine generali*, cit., pp. 139-233.

nella sua struttura di fondo, dalla necessità di dimostrare la permanente attualità della costituzione e del suo primato, pur in un mutato contesto storico, contrassegnato da fenomeni sempre più vasti di 'crisi dello Stato' e della funzione politica dei partiti, di frammentazione del corpo sociale e politico; e di confutare così quelle opinioni, sempre più diffuse, che ormai in modo esplicito consideravano la costituzione stessa come una 'sopravvivenza', come un relitto appartenente ad un tempo storico trascorso, nel quale era ancora possibile pensare ad un modello politico unitario sulla base di comuni valori costituzionali⁽²⁰⁶⁾.

Ed infine, è certamente di assoluto rilievo il fatto che Mortati, chiamato a discutere per la ennesima volta di Carl Schmitt, si sia soprattutto occupato, in un saggio del 1973, di questo medesimo problema, ovvero della sorte della costituzione in una società ormai fortemente articolata in senso pluralistico e neo-corporativo, in particolare confutando le ipotesi teoriche di Ernst Forsthoff, che da una certa rigida tipizzazione dello Stato di diritto in Schmitt faceva derivare un giudizio negativo piuttosto drastico circa la proponibilità di un ruolo ampio della costituzione nel nuovo tempo storico — ritenuto non conciliabile con quello 'classico' dello Stato di diritto — dello Stato sociale⁽²⁰⁷⁾.

(206) *Ibid.*, pp. 146-147, con riferimento specifico a BURDEAU, *Une survivance: la notion de constitution*, in *L'évolution du droit public. Études en l'honneur d'A. Mestre*, Paris, 1956, pp. 53 ss.

(207) C. MORTATI, *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2 (1973), pp. 511-532. Ovviamente, vi sarebbe molto altro da dire su questa rigida opposizione tra 'Stato di diritto' e 'Stato sociale' presente nella linea teorica Schmitt-Forsthoff. Ai nostri fini basti osservare la radicale contrarietà sul punto dello stesso Mortati, che fondò gran parte della sua opera costituzionalistica dell'ultimo periodo proprio sulla convinzione di un'ampia conciliabilità, ed anzi di un solido reciproco rafforzamento, tra i due termini del rapporto. A questo proposito si veda C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, in genere, e spec. p. VIII della prefazione: «ottenere che l'ampliamento delle sfere di interessi affidati alla cura dello Stato non comprometta la salvaguardia di alcuni dei valori di stabilità e di certezza considerati essenziali per lo Stato di diritto, e da ritenere non estranei neanche allo Stato sociale, quando di questo si assuma l'esatta concezione che lo raffigura non già dissolutore ed antagonista dell'altro, bensì rivolto a potenziare ed estendere l'effettivo

Ma Mortati, e la sua dottrina della costituzione, dovevano guardarsi anche da altri nemici, più interni alla giuspubblicistica ed alla sua tradizione. Infatti, in una situazione come quella descritta, poteva essere più che plausibile la tendenza della giuspubblicistica medesima a ritornare alle vecchie ipotesi dello Stato amministrativo, a ricercare cioè il necessario punto focale della unità politica di nuovo nella amministrazione. Se i partiti apparivano sempre più privi di autentica vocazione politica — nel senso che sopra abbiamo visto —, se la stessa costituzione sempre meno sembrava essere 'fondamentale', e sempre più frutto di compromessi di carattere transitorio ed episodico, non si riscoprivano forse le condizioni necessarie per ripensare — come già era stato per una parte della giuspubblicistica italiana tra Stato liberale e fascismo — allo Stato come unità politica in forma di amministrazione, nei termini tradizionali, o anche magari parzialmente rinnovati, della neutralità, della obiettività, della imparzialità? Alla fine, dopo tanto discorrere di primato della costituzione, non tornava forse ad essere collocato qui, quasi di necessità, l'oggetto primario d'indagine della giuspubblicistica? Non era forse lo studio della costituzione a dover presupporre — e non viceversa, come pensava Mortati — un soggetto solidamente già formato, ovvero lo Stato come amministrazione? Anche a questa tendenza, di « amministrativizzazione del diritto pubblico », si oppose Mortati, rilanciando con forza l'idea « della più estesa ed intensa subordinazione dell'amministrazione alla costituzione »⁽²⁰⁸⁾. Per lui dalla crisi della legalità formale, di cui discuteva già dagli anni Trenta, non si usciva tentando di rendere sempre più autonoma l'amministrazione ed il suo diritto, ma piuttosto ponendo anch'essa, come la stessa legge, sotto l'impero della costituzione, e dell'indirizzo fondamentale che da essa scaturiva come criterio direttivo vincolante l'azione di tutti i pubblici poteri.

godimento dei valori medesimi». A testimonianza della rilevanza per Mortati di questa problematica, coinvolgente la questione della esistenza stessa di una costituzione — appunto quella propria dello 'Stato sociale di diritto' —, si osservi come essa sia presente anche in C. MORTATI, *Commento all'articolo primo della Costituzione*, cit., pp. 45-48.

⁽²⁰⁸⁾ C. MORTATI, *Diritto costituzionale. Nozione e caratteri*, cit., pp. 958-59.

Non è certo ora il caso di spingerci oltre Mortati. È chiaro però che il terreno da lui individuato, di crisi del primato della costituzione, è quello sul quale ci stiamo attualmente muovendo, in una situazione difficile e piena di contrasti, nella quale ad indubbi risultati conseguiti nella linea mortatiana di attuazione della costituzione si sommano fenomeni, anche diffusi e crescenti, di caduta del grado di pervasività della costituzione medesima, sia in direzione della società dei privati, sia in direzione della stessa pubblica amministrazione. La battaglia avviata da Mortati è dunque ancora in pieno svolgimento. La posta in palio è evidente, e consiste nella sorte ultima dello stesso primato della costituzione, nello scoprire quanto questo sia davvero attendibile ed adeguato come strumento d'individuazione del necessario principio di unità politica in una situazione di crescente frammentazione della società e delle istituzioni politiche.

Può darsi che per certi versi l'opera di Mortati appaia da questo punto di vista non più del tutto attuale, soprattutto per la sua quasi ossessiva insistenza sul carattere intensamente prescrittivo e progettuale della costituzione e della stessa normazione dello Stato, non a caso inteso — come sappiamo — come 'unità teleologica'; può darsi cioè che la costituzione — in senso materiale, con il linguaggio di Mortati — sia già oggi rappresentabile esclusivamente nei termini di una sufficiente condizione di stabilità e di equilibrio, tale da consentire una continua e non arrestabile negoziazione tra interessi e forze distinte, tra loro unite *solo* dall'accordo sul metodo, ovvero dalla negoziazione medesima: insomma qualcosa di ben diverso dallo 'Stato in embrione' del 1940, qualcosa che non produce più necessariamente, e neppure di norma, o che addirittura forse esclude del tutto, quell'indirizzo positivo fondamentale dal quale avrebbe poi dovuto scaturire, secondo Mortati, l'intera dimensione unitaria del diritto pubblico, ed in fondo lo stesso principio di unità politica.

Si deve allora concludere nel senso di un davvero rapido declino dell'età della costituzione? E la dottrina della costituzione ha forse già esaurito il suo compito? Cosa resta di essa dopo la discussione sul principio di sovranità popolare o sul contenuto economico-sociale della costituzione, dopo il grande sforzo intrapreso da giuristi come Mortati al fine di progettare un'intera

società operante nella linea della attuazione costituzionale? Tutto questo è davvero già il nostro passato?

Non si può qui certo rispondere a domande così impegnative. Noi crediamo però che oggi più che mai possa essere attuale, ed anzi indispensabile, l'indagine sulla dimensione costituzionale — 'materiale', nel senso di Mortati — della esperienza politica collettiva. È probabile però che tale indagine debba essere condotta utilizzando anche strumenti diversi da quelli adoperati da Mortati. Non senza dimenticare tuttavia che proprio in questo sforzo di rinnovamento può tornare ancora in primo piano l'opera di Mortati, per quella sua specifica tendenza a non escludere il colloquio con le scienze sociali, di fatto già avviato in pieno periodo fascista, e poi sviluppato in seguito, anche se in modo debole e frammentario⁽²⁰⁹⁾. Da qui dovrebbe forse ripartire

(209) Vedi *supra*, nota 176 per il periodo del fascismo. Per il periodo successivo, sarebbero da rileggere, sotto il profilo indicato nel testo del colloquio con le scienze sociali, soprattutto due importanti corsi di lezioni: C. MORTATI, *Corso di lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, Roma, a.a. 1957-58; e *Id.*, *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, Roma, a.a. 1959-60, spec. pp. 27 ss. e 64 ss. Troviamo infatti nelle pagine di questi corsi, non a caso tenuti in una Facoltà di Scienze politiche, concetti come quello di 'media obbedienza', o di 'normalità di funzionamento', o di 'media reattività' nei confronti di comportamenti antinormativi, che indubbiamente rappresentano nel loro complesso il tentativo di Mortati di armarsi di strumenti nuovi, anche di dichiarata provenienza sociologica, al fine di scavare più in profondità nella stessa costituzione in senso materiale già individuata nel 1940. Bisogna tuttavia aggiungere che tale tentativo di Mortati rimase ben presto lettera morta, cosicché di esso non troviamo più traccia nelle opere successive. Sulle ragioni di ciò vi sarebbe molto da dire. Basterà osservare come in Mortati, a nostro avviso, rimanga sempre prevalente il dato di fondo della sua appartenenza ed una generazione di giuspubblicisti che, in continuità con quelle precedenti ottocentesche — ad esempio di Orlando —, sentiva ancora di dover portare a compimento una sorta di 'missione', consistente nel conseguimento di un pieno monopolio, o comunque di un primato non condivisibile, delle discipline di diritto pubblico su oggetti d'indagine come lo 'Stato', o la 'costituzione'. Del resto, non v'è dubbio che una delle motivazioni principali che condussero Mortati alla stesura del saggio del 1940 sulla costituzione in senso materiale fu data proprio dalla esigenza, da lui fortemente sentita, di costruire uno specifico giuridico-costituzionale nella analisi di quei processi di differenziazione della società che conducevano a suo giudizio alla formazione di una costituzione. Certo, il

quel costituzionalista di oggi, che legittimamente diffidi delle ambiziose concettualizzazioni del passato, ma che nello stesso tempo non voglia adeguarsi ad una logica di pura registrazione della problematicità del presente. In fondo, proprio da una diffidenza di questo tipo, e da una simile aspirazione, aveva preso le mosse Costantino Mortati. Oggi, per parte nostra, è certamente più che opportuno continuare la ricerca su ciò che è costituzione nella società contemporanea.

bisogno di specificità è ben diverso dalla pretesa di primato o addirittura di monopolio: ma è appunto questo confine che risulta di assai difficile individuazione, nel caso di Mortati in particolare, come in genere in diverse fasi della storia della nostra giuspubblicistica. Sullo spirito di 'giuridicizzazione' che indubbiamente animò l'opera mortatiana, vedi anche le interessanti osservazioni di M. NIGRO, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, in *Quaderni fiorentini*, cit, pp. 718-719.

FULCO LANCHESTER

IL PERIODO FORMATIVO DI COSTANTINO MORTATI (*)

1. Premessa. — 2. La famiglia e gli studi fino al 1917. — 3. La Corte dei Conti e l'incontro con Rossi e Panunzio. — 4. Mortati e la dottrina giuspubblicistica nel primo quinquennio degli anni Trenta. — 5. *Segue*: i « giovani » giuspubblicisti romani. — 6. « La volontà e la causa » all'origine della Costituzione materiale. — 7. Il secondo quinquennio degli anni Trenta fino a « La costituzione in senso materiale ». — 8. Il dibattito giuspubblicistico italiano alle soglie degli anni Quaranta e la posizione di Mortati. — 9. Il crollo del regime e la continuità della ricerca mortatiana.

1. In queste pagine cercherò di tracciare un breve profilo del periodo formativo di Costantino Mortati fino alle soglie degli anni Quaranta, al fine di ricostruire alcuni intrecci e le influenze diverse che su di lui si concentrarono. Il costituzionalista Mortati è conosciuto sia per la sua opera giuridica sia per la sua azione politica nell'immediato secondo dopoguerra, ma lo è molto meno per quanto riguarda la sua attività durante gli anni Venti e Trenta. Sono invece praticamente ignote le sue vicende biografiche e l'*iter* di formazione culturale e scientifico. Ciò per almeno due motivi. In primo luogo la dottrina italiana utilizza poco il genere della biografia giuridica, molto in uso nei paesi anglo-americani per acclarare l'origine e la reale consistenza delle posizioni scientifiche

(*) Per la redazione di questo lavoro sono stati utilizzati: i documenti raccolti nel costituendo Archivio Mortati (da ora AM), non ancora completamente ordinato e solo parzialmente consultabile; il fascicolo personale depositato presso il Ministero della Pubblica Istruzione - Direzione generale universitaria (da ora AMPI); i fascicoli personali depositati presso le Facoltà di Giurisprudenza, Lettere e Filosofia e Scienze politiche dell'Università di Roma « La Sapienza » (da ora AUR).

Desidero ringraziare il dr. Mario Lupi del Ministero della Pubblica Istruzione per la gentile collaborazione.

e politiche dei più eminenti fra gli studiosi e gli operatori del diritto. In secondo luogo esiste a tutt'oggi una remora fortissima a ricostruire il nesso di continuità/rottura che lega la dottrina costituzionalistica italiana del « regime » a quella del secondo dopoguerra (1).

Da queste due mancanze, rivelatrici di precise tendenze metodologiche e di evidenti interessi pragmatici, discendono una certa astrattezza nella concreta valutazione delle singole posizioni dei giuristi, cui si è collegata una insufficiente analisi delle radici concrete del dibattito metodologico avvenuto nell'ambito del diritto pubblico.

È evidente che la recente scomparsa di alcuni notevoli personaggi del mondo costituzionalistico italiano (dallo stesso Mortati ad Ambrosini, da Amorth a Crisafulli per arrivare a Lavagna) può oggi favorire quest'opera di riconsiderazione e di rimediazione del percorso fatto dalla dottrina negli ultimi cinquanta anni. In questa prospettiva le considerazioni effettuate da Mario Galizia e da Livio Paladin sul dibattito interno alla giuspubblicistica del « regime » hanno contribuito a sollevare, in maniera diversa, il velo dell'opacità e dell'omogeneità su vicende invece molto ricche e piene di sfaccettature (2).

Non si tratta solo di tenere conto delle posizioni più tradizionali né di quelle più fortemente impegnate con il fascismo, ma di distinguere in modo ormai più consapevole da un lato come la scienza del diritto costituzionale sia stata pienamente coinvolta nella dialettica del regime, dall'altro come molte delle posizioni allora assunte si siano trasferite, tenendo ovviamente conto dei mutamenti avvenuti, nella realtà del secondo dopoguerra. In questa prospettiva la recente relazione di Pietro Scoppola sulla Costituente ed i giuristi ha riaperto, da un lato, il tradizionale problema

(1) v. M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale in Italia*, in *Archivio giuridico 'Filippo Serafini'*, 1963, pp. 1 ss.; F. UNGARI, *A. Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, 1974; S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971.

(2) v. M. GALIZIA, *Profili...*, cit., e *Autorità, autonomie e « democrazia di massa » nell'evoluzione del pensiero di Vincenzo Zangara*, in *Quaderni costituzionali*, 1988, pp. 109 ss., e L. PALADIN, *Il problema della rappresentanza nello Stato fascista*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, Cedam, 1970, II, pp. 851 ss.

della necessità di approfondire i modi e gli aspetti attraverso cui i giuristi hanno contribuito alla continuità dello Stato, dall'altro ha posto la questione mai analizzata del peso che hanno avuto le varie « scuole » in questa vicenda ⁽³⁾.

In un simile complesso ambito problematico cercherò di dimostrare come Costantino Mortati sia stato profondamente influenzato dalla crisi del positivismo ben prima della sua estrinsecazione in Italia e sia stato partecipe della ricerca metodologica e politica che attraversò buona parte della dottrina giuspubblicistica italiana durante gli anni Trenta. A mio avviso, se lo stesso costituzionalismo italiano del secondo dopoguerra non può essere compreso senza risalire a questo periodo, ciò è particolarmente vero per il pensiero e l'opera di Costantino Mortati, che devono necessariamente essere analizzati alla luce delle posizioni assunte durante gli anni Trenta. In questa prospettiva, oltre agli elementi di continuità, è possibile comprendere una delle principali aporie della posizione mortatiana e cioè la assunzione, nella continuità di una ricerca metodologica realista tesa alla massima giuridicizzazione del politico, non solo di opzioni teleologiche diverse tra fascismo e post-fascismo, ma — in quest'ultima fase — di impostazioni progressivamente più radicali.

2. Costantino Napoleone Mortati nacque a Corigliano Calabro, in provincia di Cosenza, il 27 dicembre 1891 « nella casa posta in via San Francesco al numero 10 », da Tommaso, allora pretore in quella cittadina, e da Maria Nicoletta Tamburi ⁽⁴⁾. La famiglia Mortati apparteneva al ceppo italo-albanese e di questa minoranza Costantino si può dire che abbia conservato alcuni tratti

⁽³⁾ v. P. SCOPPOLA, *La cultura giuridica dei costituenti*, relazione presentata al Convegno « Autorità e democrazia » organizzato nel Novembre 1987 dal Dipartimento di Teoria dello Stato dell'Università di Roma « La Sapienza » e dal Goethe Institut Rom (Auletta dei gruppi di Montecitorio) in pubblicazione presso l'editore Giuffrè a cura di F. LANCHESTER.

⁽⁴⁾ v. *Atto di nascita* n. 583 - Testimoni Francesco Ripoli, di anni 26 - civile, e Eduardo Mancini, di anni 24 - civile (Municipio di Corigliano Calabro). Il padre di Mortati era nato nel 1848, la madre nel 1867. Il nome Costantino Napoleone deriva rispettivamente dal nonno paterno e da quello materno (v. AM e AUR - Facoltà di Giurisprudenza).

tipici quali la riservatezza e la tenacia⁽⁵⁾. Tommaso Mortati, originario di Civita (la madre era invece di S. Basile), era un rappresentante di quella piccola e media borghesia intellettuale che aveva trovato nell'amministrazione dello Stato unitario una nuova consapevolezza. Lo zio di Mortati, professore di scuola media, ed il padre, magistrato, descrivevano un ceto sociale ben preciso nella Calabria della seconda metà dell'Ottocento, ma anche un progressivo liberarsi dai legami con la terra e le proprietà immobiliari, invero non cospicue, ereditate⁽⁶⁾.

Figlio di statale Costantino Mortati seguirà suo padre prima a Termini Imerese e poi a Messina, dove questi era stato trasferito come sostituto procuratore, indi come magistrato del Tribunale locale⁽⁷⁾. Nel 1908 il terremoto produsse un profondo scompaginamento nella vita del Mortati: la sorella Esterina vi perse la vita e la madre rimase gravemente menomata⁽⁸⁾. Una simile tragedia familiare segnerà profondamente Mortati, che vedrà pochi anni dopo ammalarsi anche il padre.

(5) v. G. ROHLFS, *Dizionario dei cognomi e soprannomi in Calabria, Repertorio storico e filologico*, Ravenna, Longo, 1979 per cui il cognome Mortati deriva forse dall'albanese « möttertät » (zia paterna). Sia Civita che S. Basile sono comuni calabresi con popolazione di origine albanese.

(6) Sulla Calabria del periodo v. P. BEVILACQUA, *Uomini, terra, economia*, in « *Storia d'Italia - Le regioni dall'unità a oggi - La Calabria* », Torino, Einaudi, 1985, p. 183 ss.

(7) Tommaso Mortati, figlio di Costantino e di Mariangela D'Agostino, si laureò in Giurisprudenza a Napoli; nominato uditore presso la Corte di Appello di Catanzaro, divenne vice-pretore di Santa Severina nel settembre 1881 e poi pretore nel novembre successivo. Nel marzo 1883 venne trasferito nel mandamento di Cariati fino al giugno 1885 in cui passò alla pretura di Cirò, per poi occupare il posto di Corigliano Calabro nell'agosto 1886 fino al 1895. In quell'anno Tommaso Mortati divenne sostituto procuratore del Re a Termini Imerese fino a quando non venne trasferito, nell'agosto 1897, con le stesse funzioni a Messina; nel maggio 1910 diventò Consigliere della Corte d'Appello di Catania, dove fu posto in aspettativa per infermità nell'ottobre 1917 e fuori ruolo nel dicembre dello stesso anno. Mortati venne collocato a riposo a domanda nel marzo 1918 con il titolo onorifico di Presidente di sezione di Corte d'Appello (v. AM, parte relativa Tommaso Mortati).

(8) v. D. EMMANUELE, *Costantino Mortati: padre della Costituzione italiana*, in « *Katundi Ynë* » - *Rivista italo albanese di cultura albanese*, 1985, n. 4 (Civita).

Iscritto subito dopo gli avvenimenti del 1908 nel Liceo pareggiato del Collegio italo-albanese di S. Demetrio Corone⁽⁹⁾, egli vi conseguirà brillantemente la licenza liceale nel 1910 con la media del nove⁽¹⁰⁾. Figlio di un magistrato divenuto Consigliere di Corte d'Appello a Catania, Mortati non poteva che iscriversi alla Facoltà di Giurisprudenza: egli si immatricolò nel novembre 1910 presso la Facoltà catanese per poi trasferirsi nell'Ateneo romano nel maggio 1912⁽¹¹⁾. Nel « *Syculorum gymnasium* » catanese, onusto di più di quattro secoli e mezzo di storia, Mortati si iscrisse a 27 corsi, ottenendo 10 « attestati di diligenza » (le firme) e sostenendo cinque esami⁽¹²⁾.

Non è dato sapere con certezza quali fossero le ragioni del trasferimento né i contatti intellettuali che egli ebbe a Catania, dove insegnava allora Diritto costituzionale un giurista antifor-

⁽⁹⁾ Sul Collegio di S. Demetrio Corone, fondato da un Rodotà (anch'egli di origine albanese) sotto il pontificato di Clemente XI (Albani), sul pareggiamento del Liceo nel 1909 e l'opera di Arcangelo Scalabrini, Ispettore generale delle scuole italiane all'estero v. A. SCURA, *Gli albanesi in Italia e i loro canti tradizionali*, pref. di A. Julia, New York, Tocci (tip. Bertocini, Milano, s.d., ma pref. del 1912).

⁽¹⁰⁾ Costantino Mortati ottenne la licenza d'onore con le seguenti votazioni:

Lettere italiane	nove (scritto)	dieci (orale)
Lettere latine	otto »	nove »
Storia della cultura greca	—	nove »
Storia e geografia storica	—	nove »
Filosofia	—	nove »
Matematica	—	nove »
Fisica e chimica	—	nove »

v. AUR - Facoltà di Scienze politiche.

⁽¹¹⁾ v. R. Università degli Studi di Catania - foglio di congedo del 4 maggio 1912 e *Annuario della R. Università di Roma* 1912/13, p. 390, in cui si dà notizia che Costantino Mortati di Tommaso da Corigliano Calabro, proveniente dalla R. Università di Catania, era stato iscritto al II anno di Giurisprudenza (v. anche *Annuario R. Università di Catania*, anno acc. 1910/1911, Catania, Galati, 1911, p. 208 e *idem*, 1911/12, p. 295).

⁽¹²⁾ Ist. diritto privato (28/30): Giovanni Abate Longo; Ist. diritto romano (28/30): Pietro Delogu; Storia del diritto romano (24/30): Antonio Zocca Rosa; Statistica (25/30): Aldo Contento; Economia politica (27/30): Giuseppe Majorana (v. AUR - Facoltà di Giurisprudenza).

lista come Siotto-Pintor⁽¹³⁾. Un indice dei suoi interessi non puramente giuridici è però già evidenziato nella frequenza ai corsi di Filosofia teoretica e di Letteratura italiana.

Passato alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Ateneo romano, Mortati vi incontrò alcuni tra i massimi docenti del periodo, sostenendo gli esami rimanenti⁽¹⁴⁾. Nella Facoltà romana il Preside Francesco Schupfer insegnava Storia del diritto e esegesi delle fonti del diritto; Luigi Luzzatti Diritto costituzionale; Francesco Filomusi-Guelfi Diritto civile e Filosofia del diritto; Francesco Scaduto Diritto canonico; Antonio De Viti De Marco Scienza delle finanze e diritto finanziario; Alfredo Codacci-Pisanelli e Antonio Salandra Scienza dell'Amministrazione e Diritto amministrativo; Enrico Ferri Diritto penale; Cesare Vivante Diritto commerciale; Giuseppe Chiovenda Procedura civile; Dionisio Anzilotti Diritto internazionale; Vittorio Scialoja Diritto romano. Tutti questi prestigiosi docenti Mortati ebbe modo di incontrare durante i corsi e gli esami, ma nella Facoltà romana insegnavano anche personaggi come Vittorio Emanuele Orlando (Diritto pubblico interno), Maffeo Pantaleoni (Economia politica) e Gaetano Semeraro (Diritto romano).

Nella Roma di quegli anni, piena di umori culturali e politici è probabile che Mortati fosse principalmente teso a raggiungere in modo veloce l'obbiettivo: egli si laureò, infatti, il 12 luglio 1914 (prima sessione utile), discutendo una tesi in Diritto civile con Filomusi-Guelfi su « La vendita in prova »⁽¹⁵⁾ e riportando una votazione pari a 99/110. Si trattava di un lavoro di tesi su un

(13) Per le opere del Siotto Pintor v. *Annuario R. Università di Catania*, anno acc. 1910/11, cit., pp. 121 ss. Per quanto riguarda il trasferimento, è probabile che Mortati abbia potuto usufruire di una borsa di studio in favore di giovani meritevoli.

(14) A Roma Mortati sostenne i seguenti esami: Filosofia del diritto (27/30), Diritto canonico (27/30), Diritto costituzionale (23/30); Storia del diritto it (24/30), Scienza delle Finanze (22/30), Diritto amministrativo (26/30), Diritto e procedura penale (27/30), Diritto commerciale (24/30), Procedura civile (30/30), Diritto internazionale (24/30), Medicina legale (27/30), Diritto romano (21/30), Diritto civile (18/30) (AUR, Facoltà di Giurisprudenza).

(15) Tesi in Diritto civile discussa il 12 luglio 1914 *La vendita in prova* (il voto reale fu 90/100). Tesine orali: 1) *Esecutorietà nel Regno di sentenze straniere fra italiani diventati apolidi*; 2) *Sulla delegazione dell'aumento di capitale agli amministratori delle società per azioni* (AUR - Facoltà di Giurisprudenza).

tema molto particolare in cui Mortati intendeva « esaminare l'intima struttura (dell'istituto) e affrontare l'esame di quelle difficoltà che s'incontrano nella sua ricostruzione sistematica » (pp. 1-2). Per fare questo il giovane Autore compiva una disamina della normativa napoleonica ed italiana e criticava le vigenti disposizioni del codice civile (p. 3) sulla base di una pluralità di riferimenti alla letteratura comparata.

Non è necessario soffermarsi sulle conclusioni di questo dattiloscritto più che dignitoso. È semmai più opportuno mettere in evidenza come lo scarto tra le potenzialità del giovane Mortati ed i risultati brillanti, ma non eccellenti, da lui conseguiti avessero alla loro base da un lato la condizione di studente fuori sede, dall'altro la malattia del padre, che presto dovrà ritirarsi dalla magistratura. Costantino Mortati fu, infatti, costretto ad assistere il padre nel suo ministero⁽¹⁶⁾ e percorrerà per molti anni una sua battaglia in salita per recuperare lo svantaggio.

Iscrittosi subito dopo la prima laurea al corso di laurea in Filosofia dell'Università di Catania ed ammesso al III anno, Mortati seguì i corsi sia a Catania che a Roma⁽¹⁷⁾, dove si laureò il 17 novembre 1917 con una tesi su « La funzione del sentimento nell'etica », discussa con Bernardino Varisco⁽¹⁸⁾, riportando una votazione pari a 100/110.

⁽¹⁶⁾ È sintomatica la correlazione tra la richiesta d'aspettativa del padre e l'arruolamento di Mortati sotto le armi nell'autunno 1917.

⁽¹⁷⁾ Dalle carte dell'AM si può ricostruire che Mortati ottenne il congedo dall'Università di Catania il 18 gennaio 1915 per l'Università di Roma dove si fermò sino al maggio 1916, per poi tornare a Catania nel settembre del 1916 e ritrasferirsi a Roma nel gennaio 1917. In queste due Università egli sostenne i seguenti esami: Storia della filosofia I (28/30), Filosofia teoretica I (27/30), Filosofia morale I (30/30), Pedagogia (29/30), Letteratura latina (27/30), Psicologia sperimentale (25/30), Storia moderna (30/30), Letteratura italiana (26/30), Storia della filosofia II (28/30), Storia della filosofia (30/30), Filosofia teoretica (27/30) e Filosofia morale II (29/30) (v. AUR - Facoltà Lettere).

⁽¹⁸⁾ Su B. Varisco v. M. FERRARI, *Introduzione a Lettere a Bernardino Varisco (1867-1931)*. Materiali per lo studio della cultura filosofica italiana tra Ottocento e Novecento, Firenze, La Nuova Italia, 1982 e ora M. ANNA ROCCHI, *Pantaleo Carabellese. Storico della filosofia*, Fasano, Schena, 1988, pp. 14 ss. e 366 ss. In questa linea andrebbero studiati anche i rapporti e gli influssi che Mortati ebbe con il Carabellese, l'allievo prediletto del Varisco, cui fu sempre legato da sincera amicizia.

L'influenza del pensiero di Varisco, che traspare dalle pagine dell'elaborato di Mortati, è a mio avviso importante per spiegare alcuni aspetti della futura eccentricità della posizione del Maestro calabrese rispetto alla giuspubblicistica nazionale. Esso definisce una singolare transizione dal positivismo allo spiritualismo: in « Scienza e opinioni » (1901) il Varisco aveva infatti effettuato la prima autocritica del positivismo italiano dimostrandone l'astrattezza. Il richiamo alla realtà concreta dell'uomo in quanto tale, oltre alla realtà astratta fornita dalla scienza, costituisce infatti — ad avviso della critica contemporanea — il contributo primo di Varisco. In una seconda fase lo stesso Varisco aveva sostenuto che il sentimento (come dottrina del valore) e la sua richiesta si traducono in ragione. In questo modo egli aveva ritenuto di poter giustificare sia il sentimento religioso che la persona umana, finendo negli anni Venti (pur critico nei confronti dell'attualismo gentiliano), per essere acclamato come il filosofo dell'incontro tra pensiero laico e cattolicesimo.

Il lavoro di tesi di Mortati (un dattiloscritto di 56 pagine) tende a « mostrare come l'ammissione del sentimento non debba necessariamente dar luogo ai danni » rilevati da Kant nella « Critica della ragion pura »⁽¹⁹⁾ e presenta aspetti interessanti per comprendere (come già detto) alcune sfaccettature del Mortati costi-

(19) v. C. MORTATI, *tesi cit.*, p. 10, in AUR, *cit.* Dopo aver analizzato le costruzioni dottrinarie di Shaftesbury, Hutcheson, Hume, Smith e Schopenhauer, Mortati esamina in modo approfondito l'opera di Rosmini, che loda per la posizione dei problemi ma non per la soluzione degli stessi (p. 33). Per Mortati « il Rosmini insiste nell'approvare la differenza fra l'attività teorica e speculativa e la ragione pratica, ma non cura di indagare e mettere in rilievo il carattere specifico di quest'ultima rispetto alla prima » (p. 34). In sostanza, « il mancato riconoscimento del carattere sentimentale della stima, fa cadere il Rosmini nello stesso errore notato nel Kant e lo porta a escludere l'amore pratico dell'atto veramente morale, da quello cioè che tende il bene oggettivo » (p. 37). « I risultati delle precedenti indagini paiono confluire nella conclusione che sia impossibile prescindere dal sentimento nella costruzione della morale » (*idem*). In questi ragionamenti Mortati è confortato dall'opera di Alexander Bain, il filosofo e psicologo inglese del XIX secolo, di cui cita l'opera « The Emotion and the Will », London, Longman, 1899⁴. Su questa base il sentimento non può porsi come « principio della morale », ma è « indubbiamente una delle condizioni di fatto perché la morale possa sorgere » (pp. 43-*bis*).

tuzionalista antiformalista. L'autore critica, infatti, il formalismo kantiano che concepisce i termini « ragione-sensibilità come assolutamente staccati e senza intimo rapporto fra loro » (p. 16).

Le conclusioni dell'indagine non interessano tanto per l'originalità della stessa, visto che paiono collegarsi alla lezione di Varisco, quanto per l'influenza che avranno per la posizione successiva di Mortati. Sotto un primo punto di vista il collegamento mortatiano con le speculazioni di Varisco individua un nesso con l'antiformalismo e la crisi del positivismo, prodromo di quella ricerca realistica nello stesso diritto pubblico che troverà piena esplicazione nell'approfondimento del dibattito della giuspubblicistica tedesca. La teoria realistica della costituzione materiale trova insomma radici anche nel rifiuto giovanile della forma staccata dalla realtà. In secondo luogo le tendenze spiritualistiche ed idealistiche di Varisco possono spiegare l'apertura mortatiana per influssi che solo nel corso degli anni Trenta/Quaranta diverranno palesi come quelli del personalismo di Maritain e di Mounier.

Ovviamente non si vuole sostenere in questa sede che in Mortati questi elementi fossero già radicati, ma solo ipotizzare che essi contribuirono in modo fattivo alla formazione del suo pensiero.

L'influsso di Varisco, così come quelli successivi di Luigi Rossi, Sergio Panunzio e Santi Romano, fu quindi importante per Mortati sia sotto il profilo personale che culturale.

3. Il tempo della formazione di Mortati fu tuttavia più lungo e travagliato di quello di altri colleghi della sua generazione. Quando nel novembre 1917, egli ottenne la sua seconda laurea due avvenimenti si erano correlati fra loro: da un lato suo padre aveva chiesto di essere posto anticipatamente in pensione, dall'altro egli era stato dichiarato, dopo un periodo di rivedibilità dovuto a problemi di vista, « abile e arruolato »⁽²⁰⁾ per il servizio militare per cui partì alla fine dell'anno.

(20) v. *Prefettura di Roma - Ufficio Leva* 10 novembre 1917 (AM): « è stato visitato per delegazione presso questo consiglio di leva il 26 ottobre 1917 ed inviato in osservazione per allegata miopia (art. 36) ed astigmatismo. In seguito all'osservazione il 6 novembre 1917 su giudizio del Direttore dell'Ospedale militare di Roma in data 28 ottobre fu dichiarato abile e arruolato ».

Subito dopo il conflitto, passato come sottotenente dei servizi di commissariato nella zona di Padova (21), dovette rispondere agli interrogativi classici di ogni giovane laureato meridionale, facendo una serie di concorsi. Tra le varie carriere (dopo aver rifiutato l'insegnamento nelle scuole medie superiori e un posto sia nell'amministrazione del Ministero dell'Interno sia in quella delle Finanze (22), gli si aperse quella di segretario della Corte dei Conti, che abbandonò solo dopo la vittoria della Cattedra nel 1936. Furono questi gli anni in cui Mortati si sposò con Ester Valentini e si radicò nella Roma degli anni Venti, andando ad abitare nella casa di Piazza Verdi, che lo ospitò sino alla morte (23). Iscrittosi al PNF nel 1927 (24), in quello stesso anno Mortati intraprese nuovamente gli studi immatricolandosi nella Facoltà romana di Scienze politiche da poco costituita.

Nella nuova Facoltà, il cui primo Preside per l'anno 1925/26 fu Giorgio Del Vecchio e poi ininterrottamente sino al 1944 Alberto De Stefani, insegnavano alcune delle maggiori personalità del mondo accademico (e politico) italiano: da Alfredo Rocco (Legislazione economica e del lavoro) a Gioacchino Volpe (Storia politica moderna), da Corrado Gini (Politica e statistica economica) a Luigi Rossi (Diritto pubblico comparato), da Livio Livi (Demografia) allo stesso Alberto De Stefani (Politica economica e finanziaria). È probabile che Mortati, divenuto Primo segretario

(21) Mortati prestò servizio come ufficiale di Commissariato presso l'11° e l'8° autoparco mobilitato nel Veneto (v. *Comando distretto militare di Roma - Ufficio matricola ufficiali*, 15 giugno 1929, in AMPI).

(22) Mortati si era inoltre iscritto all'albo dei procuratori di Catania, a cui aveva « rinunziato » nel luglio 1917. Iscritto a quello di Roma con anzianità dal 4 giugno 1919 (v. *Certificato rilasciato dal Consiglio di disciplina del Collegio dei procuratori di Roma* il 30 agosto 1919, in AM).

(23) v. *Comune di Roma - Atto di matrimonio* del 20 aprile 1921 tra Costantino Mortati e Ester Valentini, nata a Cassano all'Ionio il 26 giugno 1896 da Stanislao, Consigliere di Corte d'Appello, e Maria Caruso (v. AMPI). In quello stesso anno Mortati provvide a vendere la casa di Civita ai parenti americani, trasferendo i genitori a Roma (v. anche AM).

(24) La data d'iscrizione al PNF (il 1 gennaio 1927) si può desumere dal doc. della Federazione dei Fasci di combattimento di Roma dell'8 giugno 1936 (v. AMPI).

nel ruolo del Gruppo A della Corte dei Conti nel luglio 1926⁽²⁵⁾, si sia iscritto alla Facoltà romana di Scienze politiche sia per interesse per il corso di studi sia come simbolo di impegno politico-civile.

In questa decisione potrebbe aver giocato un ruolo anche la presenza nella Facoltà di Bernardino Varisco, che resse a Scienze politiche sino al 1927 l'incarico di Dottrina generale dello Stato⁽²⁶⁾ e che venne sostituito nell'insegnamento della materia proprio da Sergio Panunzio, un docente che seguì Mortati molto da vicino nella sua carriera sin dal lavoro di tesi⁽²⁷⁾. Mortati si laureò però con Luigi Rossi in Diritto pubblico comparato nel 1929 con una dissertazione poi pubblicata nel 1931 su « *Il governo nel nuovo diritto pubblico italiano* ». Panunzio fu presidente della Commissione di concorso che — dopo la conquista della libera docenza — lo dichiarò nel 1936 primo fra i ternati nel concorso per la cattedra di Diritto costituzionale bandita dall'Università di Cagliari. Sempre Panunzio partecipò alla sua Commissione di ordinariato, evidenziando — al di là delle differenze metodologiche e politiche di cui si dirà — un legame molto stretto, che verrà confermato anche in tempi difficili⁽²⁸⁾.

(25) v. *Boll. Ufficiale del personale, Ministero delle finanze e Corte dei conti*, 16 agosto 1926, n. 16, p. 1645. Durante il suo servizio presso la Corte egli venne classificato sempre con « ottimo » (v. AMPI), ma per maggiori notizie v. la nota (1) del saggio di S. CASSESE, *I controlli sulla pubblica amministrazione*, in questi stessi studi.

(26) Bernardino Varisco era stato nominato Senatore e i suoi *Discorsi politici* erano stati pubblicati con una prefazione di Giovanni Gentile (Roma, 1926).

(27) Panunzio, nato il 20 luglio 1886 a Molfetta e morto l'8 ottobre 1944 a Roma, si era laureato in Giurisprudenza nel 1908 a Napoli e in Filosofia nello stesso Ateneo nel 1911. Socialista e sindacalista aveva fondato a Ferrara con Italo Balbo il Fascio nazionale interventista. Collaboratore de' « Il popolo d'Italia » dal 1914, era stato membro del direttorio nazionale del PNF nel 1924. Ordinario di Filosofia del diritto a Ferrara dal 1920 al 1925 e dal 1925 al 1927 a Perugia, ricoprì la Cattedra di Dottrina generale dello Stato a Roma dal 1927.

(28) Sergio Panunzio, praticamente cieco, venne ospitato nella casa di piazza Verdi da Mortati nel periodo immediatamente successivo alla liberazione di Roma v. V. PANUNZIO, « *Secondo fascismo* » (1936-1943). *La reazione della nuova generazione alla crisi del Movimento e del regime*, Milano, Mursia, 1988, pp. 162-163.

L'ambiente dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale della Facoltà romana di Scienze politiche, nata con precise finalità nell'ambito del consolidamento del regime, era particolarmente adatto per lo svilupparsi di tendenze antiformalistiche e tuttavia, proprio per il suo essere situata nella capitale, non era pervasa dagli spinti fermenti di novità e di radicalismo che caratterizzavano, ad esempio, la facoltà di Perugia e di Pisa o dal misticismo della Facoltà di Pavia.

I due docenti, a cui Mortati (ammesso al IV anno) fu più legato durante i due anni accademici che precedettero la laurea con il massimo dei punti e la lode⁽²⁹⁾, furono indubbiamente Luigi Rossi e Sergio Panunzio, personaggi dai percorsi e dall'impostazione metodologica molto differenti. In seguito, accanto a questi due docenti, si affiancò — ovviamente — la presenza autorevole di Santi Romano, che operava nella vicina Facoltà di Giurisprudenza.

Luigi Rossi, che aveva insegnato Diritto costituzionale nella Facoltà di Giurisprudenza di Bologna dal 1890 sino al 1924 e che dal 1925 era titolare a Roma di Diritto pubblico comparato (Cattedra che tenne fino al 1937), aveva alle sue spalle una carriera brillante, che lo aveva portato a reggere i ministeri delle Colonie e della Giustizia, prima di ritirarsi (con l'avvento del regime) dalla vita pubblica. Partecipe della rivoluzione metodologica orlandiana, Rossi si era posto sempre più in disparte, sviluppando gli studi comparatistici. Nel periodo dell'incontro con Mortati Luigi Rossi, che alla fine del secolo scorso era stato in stretti rapporti

(29) Mortati, laureatosi di Scienze politiche il 15 novembre 1929, sostenne nella Facoltà i seguenti esami: Economia teorica (25/30), Diritto pubblico comparato (30/30 e lode), Storia delle colonie e politica coloniale (28/30), Storia politica moderna (30/30), Legislazione economica e del lavoro (30/30), Politica e statistica economica (27/30), Politica e legislazione finanziaria (30/30), Dottrina generale dello Stato (30/30), tedesco (27/30), francese (22/30) (v. AUR - Facoltà Scienze politiche).

Subito dopo la laurea Mortati venne nominato, su proposta di Luigi Rossi, Assistente volontario presso l'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale (v. *Decreto rettorale* del 9 dicembre 1929, in *AM*) e collaborò con lo stesso nella redazione della parte del corso di Diritto pubblico comparato relativa allo Stato federale. Nel 1928/29 Mortati fu anche incaricato dell'insegnamento del Diritto e dell'Economia nel R. Istituto superiore professionale di Roma.

con il giuspubblicista bavarese Seydel ed un attento osservatore della dottrina francese, aveva accentuato il suo interesse per lo sviluppo del dibattito metodologico tedesco e per l'evoluzione della forma di governo nella Germania di Weimar⁽³⁰⁾. Invero il Rossi non produsse nulla sull'argomento, ma dal suo archivio risultano sistematicamente appuntate, sunteggiate e tradotte tutte le più importanti pubblicazioni apparse sulle riviste tedesche dell'epoca⁽³¹⁾.

Si può quindi dire che Mortati trovò in Rossi, con cui collaborò nella preparazione dei corsi dopo la laurea curando in particolar modo la parte relativa agli Stati federali, un primo stimolo particolarmente prezioso per indirizzarsi nell'ambito della letteratura giuspubblicistica tedesca e, in ogni caso, per allargare il suo campo d'interessi al diritto costituzionale comparato.

L'altro polo attorno a cui Mortati operò nei suoi primi anni di carriera scientifica fu invece rappresentato dalla vulcanica personalità di Sergio Panunzio. Questi e, anche se in modo diverso, Pietro Maraviglia, che dal 1930/31 ricoprì la Cattedra di Diritto

(30) Su L. Rossi v. A. GIANNINI, *Luigi Rossi nel suo ultimo anno d'insegnamento*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, V, Milano, Giuffrè, 1939, pp. VII ss. e A. ORIGONE, *Luigi Rossi*, in *Archivio giuridico «Filippo Serafini»*, 1942 (107), n. 1, pp. 96 ss. Per l'elenco delle opere v. *Scritti in memoria*, Milano, Giuffrè, 1952.

(31) Indicativo del metodo di Rossi è il programma, da lui predisposto per l'anno scolastico 1925/26, del « Corso di diritto pubblico-comparato » nella Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Roma, dove — dopo una robusta parte introduttiva relativa al diritto comparato, alla scienza del diritto pubblico e allo Stato moderno — venivano analizzate in modo sistematico le varie costituzioni moderne, i caratteri comuni e differenziali degli Stati e, infine, effettuato uno « studio esegetico della Costituzione Germanica in confronto ad altre costituzioni ». Il programma, stampato dalla tipografia della Camera dei deputati, consta di 20 pagine fittamente articolate ed è rivolto alla formazione di studenti nella maggior parte dei casi già laureati in giurisprudenza. Una simile impostazione ha sicuramente avuto un influsso sulla stessa produzione di Mortati in campo comparatistico: si v. le *Lezioni sulle forme di governo*, Padova, Cedam, 1973 che nell'articolazione analitica ricordano il programma di Rossi, e l'interesse per la Costituzione weimariana espresso sia nelle lezioni sia nel volume degli studi preparatori per la Costituente *La costituzione di Weimar*, Firenze, Sansoni, 1946. Per il metodo di studio di Rossi v. il materiale depositato nel Fondo Rossi, in Facoltà di Scienze politiche - Roma « La Sapienza » - Dipartimento di Teoria dello Stato.

pubblico interno a Scienze politiche di Roma, rappresentavano l'ala ufficiale dei giuspubblicisti impegnati del regime ed erano volti pragmaticamente a costruirne la fisionomia in modo sempre più pronunciato. Soprattutto Panunzio ebbe un influsso molto rilevante sul gruppo di giovani che in quegli anni si stavano dedicando agli studi.

Panunzio, la cui biografia politico-intellettuale aveva alle basi esperienze socialiste e sindacaliste, aveva come centro di interesse principale la costruzione del nuovo Stato fascista. Nella prospettiva di una simile opera egli poteva però servire da stimolo, ma non voleva né forse poteva costruire una teoria su basi strettamente giuridiche. Sia nelle varie raccolte di scritti da lui pubblicate che nella ponderosa *Teoria generale dello Stato fascista* il Panunzio aveva dimostrato forti doti di intuizione nella individuazione delle categorie dello Stato fascista, anche se non sempre queste erano corroborate da capacità dommatiche di costruzione⁽³²⁾. Questo gli venne fatto presente molto spesso proprio dai giovani giuristi che egli riuscì ad allevare con grande fervore e capacità organizzative sia a Perugia che a Roma. Nonostante fosse stato chiamato nella Facoltà romana, Panunzio aveva infatti fondato e diretto come « Commissario del Governo » la Facoltà fascista di Scienze politiche di Perugia⁽³³⁾ dove si stavano formando giovani come Chiarelli, Maranini, Zangara accanto a personaggi di varia estrazione e tendenza come Maraviglia, Coppola, Orano, Curcio, Amedeo Giannini, Bonaudi, Michels e Ambrosini.

Il destino di Panunzio fu segnato dal fatto che tutti gli allievi più brillanti si allontanarono da lui, non tanto dal punto di vista personale quanto da quello metodologico. Tra gli allievi perugini il Chiarelli, che aveva iniziato la sua carriera universitaria con Panunzio specializzandosi su temi corporativi e dedicando al Maestro il suo primo volume, si accostò alla scuola padovana di Donato Donati in cui stavano forgiandosi giovani come Tosato,

(32) Per le opere principali di Panunzio v. a cura di F. PERFETTI il volume *Il fondamento giuridico del fascismo* (Roma, Bonacci, 1987).

(33) v. R. Università di Perugia, *La facoltà fascista nei primi sei anni di vita. Relazione del Commissario del Governo Prof. Sergio Panunzio al Duce del Fascismo e Capo del Governo*, Perugia, Tipografia della Rivoluzione Fascista G. Domini, 1935.

Monaco, Amorth e Lucatello. Mortati venne invece attratto in modo sempre maggiore dalla scuola istituzionalistica di Santi Romano così come altri giovani dello Studium Urbis, caratterizzato d'altro canto a Giurisprudenza dalla presenza sin dal 1934 di un amministrativista come lo Zanobini.

Il gruppo dei « giovani » giuspubblicisti romani (Mortati, Origone, Lavagna, Crisafulli, Biscaretti di Ruffia, Massimo S. Gianini) risultano tutti partecipi di un dibattito metodologico che tendeva a rivisitare le principali categorie del diritto pubblico alla luce delle innovazioni apportate dal « regime » fascista nell'ordinamento, ma non ad abbandonarle. In questo si evidenziò la frattura, su cui mi soffermerò in seguito, tra i giuristi « impegnati » — come Costamagna e Chimienti — e gli « accademici » da loro vituperati. Il tentativo di alcuni di essi fu quello di inserire in una dimensione giuridica categorie nuove quali quelle di partito e sindacato. Tuttavia, con l'andare del tempo, l'impostazione sostanzialmente pre-orlandiana e politicamente determinata di Panunzio non poteva soddisfarli, al di là degli apprezzamenti formali. Mortati stesso, così come Chiarelli, non nascose nel tempo la sua perplessità per un approccio non attento al problema del metodo in Panunzio⁽³⁴⁾. Alla fine degli anni Trenta, inizio degli anni Quaranta sia la polemica Maranini-Crisafulli su « Stato e diritto », conclusa con una nota di Chiarelli, sia il volume di Mortati su « La costituzione in senso materiale » costituiscono degli indici empirici di come la nuova giuspubblicistica fosse arrivata ad identificare con sicurezza il nodo problematico con cui si era dovuta confrontare la dottrina italiana. Essi, però, evidenziano anche i confini che la stessa dottrina non era disposta a superare.

L'analisi attenta di una simile discussione sulla base del filo conduttore delle riflessioni di Mortati porterà a verificare come molte delle categorie utilizzate e molte delle soluzioni adottate verranno adoperate, con adattamenti del caso, nel secondo dopoguerra, oppure verranno dimenticate *tout court* nell'ambito di un ritorno ad impostazioni positivistiche, funzionali alla nuova realtà ordinamentale.

(34) v. C. MORTATI, recensione a S. PANUNZIO, *Popolo, nazione, Stato*, in *Lo Stato*, 1934, n. 3, pp. 206 ss. e *Per una teoria dello Stato fascista*, in *Archivio di studi corporativi*, 1939, n. 4, pp. 339 ss.

4. È stato affermato ancora di recente che il complesso rapporto di continuità-rinnovamento tra Stato liberale e Stato fascista è evidenziato dal dibattito metodologico nelle scienze del diritto pubblico⁽³⁵⁾. Il Galizia aveva in precedenza osservato che « malgrado il condizionamento negativo che lo stato fascista esercitò sulla ricerca costituzionalistica, questa mantenne... una sua alta serietà scientifica anche sotto la dittatura »⁽³⁶⁾. In quest'ambito il lavoro di Ungari ha, d'altro canto, messo in rilievo la importante funzione di Alfredo Rocco nell'indirizzare la dottrina italiana⁽³⁷⁾. Ne *La trasformazione dello Stato* (1927) Rocco aveva infatti affermato che « la conquista dello Stato da parte del fascismo doveva portare necessariamente alla sua trasformazione. Gradualmente, ma incessantemente... prima nel fatto, poi nelle leggi, si è venuto ponendo lo Stato fascista che come contenuto e come forma si differenzia totalmente dallo Stato liberale »⁽³⁸⁾.

L'azione di Rocco, il più intelligente dei « leaders » nazionalisti e colui che contribuirà a dare forma alla continuità dello stesso regime in periodo repubblicano, era ambivalente così come la dinamica del fascismo. Da un lato egli contribuì a trasformare le istituzioni dello Stato sulla base di una concezione che non pareva porsi in contraddizione con la teoria dello Stato ottocentesco, ma anzi completarla su un versante organicamente conservatore; dall'altro provvide a smontare il meccanismo dello Stato liberale, costruendo passo a passo le nuove istituzioni.

Per ciò che interessa in queste pagine è opportuno porre in evidenza che, all'interno del mondo giuridico-accademico, il programma di Rocco venne accettato nella sua versione più continuista, anche se — come sottolinea il Cianferotti — « il quadro delle posizioni teoriche, presenti nell'insieme della dottrina giuridica, è assai più complesso »⁽³⁹⁾. La posizione di D'Amelio, Santi Romano e Ranalletti — per citare i più prestigiosi rappresentanti

(35) v. G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 219 ss.

(36) v. M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi...*, cit., p. 103.

(37) v. P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, cit.

(38) v. A. ROCCO, *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Roma « La Voce », 1927, pp. 15-16.

(39) v. G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando*, cit., p. 226.

della giuspubblicistica del tempo — tenderà ad inserire sistematicamente il materiale legislativo del nuovo ordine entro le categorie tradizionali del diritto pubblico italiano.

A questo programma « conservatore », che ha il pregio di mantenere una metodicità ed una sistematicità di approccio, ma che ha i limiti di non poter abbracciare e comprendere il nuovo, si oppongono i giuristi « impegnati » del regime in una dialettica che tra il 1930 e il 1935 ha i suoi momenti decisivi con il tentativo di conquistare la nuova generazione di giuristi. I « giovani » si schiereranno su posizioni attente alle novità, ma anche ferme nel non farsi accalappiare in una nuova dogmatica, le cui basi parevano non sufficientemente consolidate. A differenza di ciò che accadde in Germania, dove il cambio di regime sarà meno indolore e i giuristi che non saranno esclusi dall'Università abbracceranno le nuove impostazioni, in Italia la classe accademica mantenne un controllo sostanziale sulla nuova generazione anche attraverso il classico strumento concorsuale⁽⁴⁰⁾.

Quando, nel 1931, Mortati pubblica nella serie dell'*Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma (serie I)* la sua prima opera scientifica su « L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano », egli sembra avere già deciso la sua posizione. Il suo programma metodologico tende a tenere conto — in considerazione della peculiarità di « zona grigia »⁽⁴¹⁾ del diritto costituzionale dell'argomento prescelto — anche dei presupposti di fatto e delle finalità politiche, ma vuole « evitare nell'esposizione di un sistema di diritto positivo, la ragione politica sopraffaccia quella giuridica »⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ Sull'evoluzione della dottrina tedesca durante il periodo nazista v. E.W. BÖCKENFÖRDE (Hrsg.), *Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich*, Heidelberg, Müller, 1985.

Per una trattazione sintetica del tema relativo alla gestione concorsuale si rinvia a F. LANCHESTER, *Mortati e la dottrina degli anni Trenta*, in « *Costantino Mortati costituzionalista calabrese* », a cura di F. Lanchester, Napoli, ESI, 1989.

⁽⁴¹⁾ Mortati non lo cita, ma probabilmente si riferisce a M. SOTTO PINTOR, *Nella zona grigia del diritto costituzionale. Ancora in tema di immunità dei deputati*, in *Annali dell'Univ. di Perugia*, vol. I, 1904, n. 2.

⁽⁴²⁾ C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, Anonima editoriale, 1931, p. 6.

Proprio nel 1931 Carlo Costamagna, sulle pagine della Rivista « Lo Stato », si era scagliato contro la dogmatica tradizionale e la sua incapacità di comprendere le caratteristiche dello Stato fascista ⁽⁴³⁾. Per il Costamagna, che significativamente ha fra i suoi referenti anche il Paschukanis ⁽⁴⁴⁾, il conflitto si poneva tra « Scuola nuova » e « scuola tradizionale » (in cui egli inseriva normativisti ed istituzionalisti) sulla base del differente metodo. In sostanza egli intendeva applicare il principio di una nuova dogmatica che doveva correlarsi con la realtà del regime. La discussione che coinvolge la dottrina italiana sulla natura dello Stato fascista come Stato di diritto o Stato moderno o Stato corporativo è quindi della più alta significazione per individuare la posizione di giovani giuristi come Mortati.

Nel volume del 1931, frutto della rielaborazione della tesi di laurea ⁽⁴⁵⁾, l'assistente volontario di Luigi Rossi presenta una posizione che potremmo chiamare — al di là dell'introduzione — di tipo intermedio: attenta al nuovo, ma radicata nel metodo giuridico. Si trattava di un'ottima carta da visita che analizzava un tema molto attuale. Come sosterrà Arturo Carlo Jemolo nella recensione al volume ⁽⁴⁶⁾, v'è nella prima parte del lavoro un ripensamento di forte originalità delle classiche funzioni dello Stato. L'identificazione della funzione di governo come quarta funzione unificante le tre tradizionali sistematizzava l'intuizione di Panunzio relativa alla cosiddetta funzione corporativa, permettendo a Mortati di chiarire — dopo un'analisi comparata sulla modificazione degli assetti costituzionali nell'Europa del primo dopoguerra, i caratteri generali del nuovo ordinamento italiano.

L'analisi di Mortati, originale e sicura, tende a mantenere l'ordinamento italiano all'interno dello Stato moderno e quindi ad escludere la sua transizione al di fuori dall'area dello Stato

⁽⁴³⁾ v. C. COSTAMAGNA, *Considerazioni sulla qualifica dello Stato fascista*, in *Lo Stato*, 1931, u. 241 ss e prima *Tradizionalismo giuridico e rivoluzione politica*, in *idem*, 1930, n. 3, pp. 325 ss.

⁽⁴⁴⁾ v. C. COSTAMAGNA, *Diritto pubblico e diritto privato nel nuovo sistema del diritto italiano*, in *Studi Cammeo*, Padova, Cedam, 1933, I, p. 287.

⁽⁴⁵⁾ Non è stato possibile operare un confronto tra l'elaborato del 1929 e il volume per l'irreperibilità del primo negli Archivi universitari.

⁽⁴⁶⁾ v. A.C. JEMOLO, recensione in *Rivista di diritto pubblico*, 1932, I, pp. 177-179.

costituzionale e di diritto⁽⁴⁷⁾. Essa si spinge con l'ausilio delle categorie tradizionali e alla luce della più recente dottrina weimariana (Smend in particolare) fino ai limiti della giuridicità senza oltrepassarli. L'attenzione per il fatto, che viene d'altro canto giuridicizzato, e per il fine politico e le forze sottese all'ordinamento non gli fa perdere una posizione scientificamente rigorosa. Ciò gli costerà riserve sia da parte dei cosiddetti giuristi impegnati, sia da parte di alcuni esponenti della scuola tradizionale.

Le soluzioni positive prospettate da Mortati non risultarono infatti completamente gradite ad un giurista « tradizionale » come Oreste Ranalletti, che — nelle sue *Istituzioni di diritto pubblico* — le criticò in relazione al ruolo dell'intervento regio rispetto alle deliberazioni del Governo; né esse potevano essere accettate dal costituzionalista padovano Donato Donati, teso a ricostruire la forma di governo italiana all'interno della categoria « monarchico-presidenziale »⁽⁴⁸⁾. Mortati tendeva infatti a rendere evanescente nella pratica il controllo attribuito alla Corona, anche se riconosceva al Sovrano « la potestà discrezionale... di assumere alla carica di Capo del Governo la persona che egli reputi più idonea a interpretare le esigenze collettive e ad avviare l'attività dello Stato verso una determinata direzione »⁽⁴⁹⁾.

(47) v. C. MORTATI, *L'ordinamento del governo...*, p. 179.

(48) v. O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1937⁶, pp. 77 e 217.

D'altro canto lo stesso DONATI nel: *Il Governo del Re nella classificazione delle forme di governo*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1933, pp. 514 ss., nel tentativo di dare una sistemazione formale alle innovazioni della fine degli anni Venti, criticava sia la tesi continuista del Romano sia quella costituzionale pura del Ranalletti sia, infine, quella innovatrice basata sul criterio della competenza a determinare l'indirizzo del Governo (De Francesco, Bodda, Mortati, Panunzio, pp. 517 ss.) per proporre una soluzione che qualificava la forma di governo allora vigente come « monarchicopresidenziale ». Sotto il profilo strettamente politico la soluzione di Donato Donati può quindi considerarsi molto più favorevole al « regime » fascista, poiché svuotava completamente i poteri del monarca a favore del Primo ministro. Si evidenzia anche sotto questo profilo come il dibattito metodologico non sia completamente sovrapponibile alle soluzioni prescelte dai singoli autori.

(49) v. C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo...*, cit., p. 77. Ma ciò era coerente con la visione schmittiana della sovranità sostenuta implicitamente da

D'altro canto Carlo Curcio, nella recensione al volume redatta su le pagine de « Lo Stato », espresse, accanto a giudizi molto positivi, « qualche riserva », per il fatto che Mortati mantenesse l'Italia nell'« ambito di quel particolare tipo di Stato che si è convenuto chiamare Stato moderno »⁽⁵⁰⁾. Proprio su questo tema lo stesso Costamagna attaccherà più volte lo stesso Ranalletti, in una polemica che evidenzia un'accesa dialettica interna al regime. La lotta di Costamagna si sviluppa infatti perlomeno su due fronti (da un lato Ranalletti-Romano, dall'altro Ugo Spirito), ed ha come referenti polemici sia le categorie tradizionali dello Stato di diritto sia la « rivoluzione corporativa »⁽⁵¹⁾.

In questo primo periodo la capacità di attrazione sui giovani giuristi esercitata e da Costamagna e da Panunzio derivò senza dubbio dalle incoerenze che affliggevano la dottrina ufficiale nella ricostruzione delle novità normative del regime. La resistenza passiva della dottrina tradizionale si esplicava nel tentativo di inserire nell'ambito della continuità statutaria le trasformazioni avvenute alla fine degli anni Venti. Un simile tentativo poneva in primo piano il problema teorico e pragmatico del metodo applicato allo studio delle forme di Stato e delle forme di governo.

Alle soglie degli anni Trenta solo pochi giuristi tentarono un adeguamento sistematico delle categorie tradizionali sulla base dell'esperienza comparata e dell'applicazione del metodo storico-politico. Lo studio di Emilio Crosa su *Il fattore politico e le costituzioni*⁽⁵²⁾ costituì un tentativo originale per risolvere il problema

Mortati, per cui vi è una profonda differenza fra situazioni normali e quelle eccezionali.

⁽⁵⁰⁾ v. *Lo Stato*, 1933, n. 5, pp. 398-9, ma anche in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1932, n. 5, p. 688.

⁽⁵¹⁾ v. ad es. il commento, firmato dalla direzione, *Per una chiarificazione delle idee: Stato di diritto e Stato moderno*, in *Lo Stato*, 1932, n. 2, pp. 116 ss. oppure nella recensione di Costamagna al Corso di diritto costituzionale di Santi Romano, in *idem*, 1933, n. 6, p. 471 e *La riforma della scienza giuridica. La dottrina giuridica dello Stato e la sua crisi*, in *idem*, 1933, n. 8/9, pp. 561 ss. Per l'evoluzione del pensiero di Costamagna in materia si v. però *Lo Stato corporativo quale Stato di diritto*, Roma, ed. del « Diritto del lavoro », 1928, pp. 10 e 50 ss. Per i contrasti con Panunzio v. invece *Parlamentarismo sindacale e vecchia filosofia*, in *Lo Stato*, 1934, n. 10, pp. 685 ss.

⁽⁵²⁾ In *Studi in onore di O. Ranalletti*, Padova, Cedam, 1931, I, p. ...

della distinzione tra il complesso dogmatico, il fine politico ed il sistema costituzionale. L'impostazione di Crosa, di cui in altro luogo ci siamo occupati⁽⁵³⁾, costituiva però un elemento sufficientemente eccentrico nel panorama costituzionalistico italiano, perché l'Autore torinese proveniva da studi storici e comparatistici. Anche Crosa con le sue aperture non poteva però essere utilizzato dai giuristi impegnati, perché incapace di inserire in modo organico il P.N.F. all'interno dell'ordinamento⁽⁵⁴⁾.

Sulla via della definizione dei caratteri del sistema risultava quindi oggetto di attenzione polemica da un lato la definizione del concetto di « regime », dall'altro quella del ruolo del partito all'interno del sistema.

5. In questo coacervo problematico giovani come Mortati, Crisafulli, Chiarelli, Biggini, Maranini, Origone parteciparono attivamente al dibattito e si schierarono per una posizione autonoma solo dopo il 1935.

Il Chiarelli, in un suo saggio su *Il concetto di regime nel diritto pubblico*⁽⁵⁵⁾, riallacciandosi alle suggestioni sollevate da Panunzio ne « Il sentimento dello Stato », aveva rilevato come uno dei più importanti problemi del diritto pubblico fosse costituito dalla determinazione del concetto di regime. In questo scritto egli sostenne « doversi ammettere che il concetto di regime, pur essendo un concetto politico, (avesse) un intrinseco contenuto giuridico, in quanto sono le istituzioni giuridiche che caratterizzano un regime, traducendo in atto delle aspirazioni o degli ideali che trovano attraverso il diritto, la loro realizzazione storica »⁽⁵⁶⁾.

A differenza di Costamagna, che qualificava il concetto di regime come uno degli elementi costitutivi dello Stato⁽⁵⁷⁾, Chiarelli intendeva per regime « l'insieme degli istituti giuridici coordinati allo scopo dell'attuazione di una determinata concezione

(53) v. F. LANCHESTER, voce *E. Crosa*, in *Dizionario Biografico degli italiani*.

(54) v. E. CROSA, *Diritto costituzionale*, Torino, Utet, 1937, p. 479.

(55) v. *Archivio giuridico « Filippo Serafini »*, 1932 (108), pp. 203 ss.

(56) *Idem*, p. 212.

(57) v. C. COSTAMAGNA, *Elementi di diritto costituzionale corporativo fascista*, Firenze, Bemporad, 1929, p. 26 ss.

politica dello Stato e della Società ». Si trattava di un'impostazione che tentava di conciliare « il dissidio... tra concetto di regime come sistema di organizzazione sociale ed il concetto di regime come governo »⁽⁵⁸⁾. Il Chiarelli, nell'esaminare il tema del regime nel vigente diritto pubblico italiano, negava recisamente l'interpretazione fornita da Herman Heller in *Europa und der Faschismus*⁽⁵⁹⁾ che riduceva lo Stato fascista ad una dittatura⁽⁶⁰⁾ e sottolineava come la posizione del PNF nell'ambito dello Stato costituisse un elemento essenziale, ma non esclusivo del regime fascista, il quale assumeva la forma di Stato costituzionale caratterizzata dalla posizione giuridica del Capo governo, della Corona e dell'ordinamento corporativo⁽⁶¹⁾.

In questa prospettiva poteva inquadrarsi anche la posizione di Mortati che definiva « l'ordinamento dello Stato moderno, caratterizzato dalla pluralità di organi, alcuni dei quali sono considerati sovrani, perché dotati di autonomia di volere ed indipendenti nell'ambito delle competenze loro assegnate e garantite dalla legge »⁽⁶²⁾. Nell'ambito dell'analisi concreta della situazione italiana Mortati riteneva di poter inserire la forma di governo vigente fra quelle monarchiche poiché « è al Re... che compete il potere di suprema decisione politica... »⁽⁶³⁾, ma osservava anche che dalla riforma dell'organo governo risultava evidente come la direzione politica dello Stato si fosse trasferita al Capo del governo, rimanendo al Sovrano « solo il compito della preposizione a quest'ultima carica della persona fisica per essa prescelta e il controllo politico sull'attività di questa, allo scopo di accertare la convenienza del mantenimento di quel determinato indirizzo da essa rappresentato, in relazione alla situazione politica del Paese »⁽⁶⁴⁾.

Nell'approvare l'equilibrio diarchico della monarchia fascista il Mortati individuava anche le condizioni pregiuridiche per il funzionamento del regime (costituzione sociale, tradizione, costume)

⁽⁵⁸⁾ *Idem*, p. 213.

⁽⁵⁹⁾ Berlin, de Gruyter, 1929, p. 65.

⁽⁶⁰⁾ v. G. CHIARELLI, *Il concetto di regime*, cit., p. 217.

⁽⁶¹⁾ *Idem*, p. 220.

⁽⁶²⁾ v. C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., p. 10.

⁽⁶³⁾ *Idem*, p. 181.

⁽⁶⁴⁾ *Ibidem*, p. 182.

e all'interno di questa vi inseriva l'importanza del Partito nazionale fascista, considerato come pietra angolare del regime e generatore della classe politica ⁽⁶⁵⁾.

Una simile soluzione, che escludeva una considerazione organica del PNF dalla trattazione, veniva giustificata con motivazioni di tipo metodologico e dimostrava come egli si fosse schierato con coloro che non volevano o non potevano riconoscere l'*Inkorporierung* del partito nello Stato.

È a questo proposito significativo che nello stesso 1931 Vezio Crisafulli si fosse cimentato sulle pagine de « Lo Stato » in una lunga rassegna su « Il partito nella recentissima letteratura italiana » ⁽⁶⁶⁾. In questo scritto Crisafulli riteneva indispensabile « una accurata revisione di molte teorie correnti sull' 'organizzazione dello Stato' e sulla 'personalità giuridica di diritto pubblico' » ⁽⁶⁷⁾. Lo spunto per le riflessioni del giovanissimo autore venivano dal numero speciale di « Università fascista » dedicato appunto al PNF (1931), in cui Chiarelli, Gentile, Volpicelli, Panunzio, Salemi, Maranini, Michels, Cesarini-Sforza si erano occupati del problema nell'ambito di un dibattito più ampio.

Criticando ufficialmente l'opera di Liuzzi ⁽⁶⁸⁾ e quella di Girola ⁽⁶⁹⁾, Crisafulli sottolineava come simili teorie dimostrassero le gravi difficoltà cui si andava incontro se si persisteva nel voler inquadrare i nuovi istituti « negli schemi in parte ormai tramontati o almeno sbiaditi, del diritto pubblico tradizionale » ⁽⁷⁰⁾.

Alla luce della nuova situazione normativa Crisafulli invitava a rivedere « tutta la teoria della *persona giuridica di diritto pubblico* » e anche « *la teoria dell'organo* » ⁽⁷¹⁾. Egli — a differenza

⁽⁶⁵⁾ *Ibidem*, p. 186.

⁽⁶⁶⁾ v. *Lo Stato*, 1931, n. 12, pp. 897 ss. È da notare che Crisafulli sarà responsabile della rivista durante il 1932/1933.

⁽⁶⁷⁾ *Idem*, p. 898.

⁽⁶⁸⁾ v. B. LIUZZI, *Il partito nazionale fascista nel diritto pubblico italiano*, Roma, Soc. ed. « Il foro italiano », 1930 su cui v. la recensione negativa di COSTAMAGNA, *Regime o partito*, in *Lo Stato*, 1930, n. 4, pp. 460 ss.

⁽⁶⁹⁾ v. P. GIROLA, *Il partito nazionale fascista*, in *Studi urbinati*, 1931, n. 1/2, pp. 1 ss.

⁽⁷⁰⁾ v. V. CRISAFULLI, *Il partito nella recentissima letteratura italiana*, cit., p. 906.

⁽⁷¹⁾ *Idem*, p. 906.

di Mortati — propendeva insomma per l'impostazione che « il Partito (fosse) organo dello Stato, e più precisamente *organo politico di governo* »⁽⁷²⁾ e finiva per porsi anche il problema (sulla scia di Jemolo)⁽⁷³⁾ di quale fosse la posizione giuridica dell'iscritto al Partito.

La posizione di Crisafulli, allora nella segreteria particolare di Grandi, appare dunque più « impegnata » di quelle di Mortati e Chiarelli. Ciò viene confermato dalla sua recensione allo scritto di Francesco Ercole su *Genesi e caratteri costitutivi dello Stato fascista corporativo*⁽⁷⁴⁾, in cui egli aveva negato che la maggiore originalità dello Stato fascista corporativo stesse nell'equilibrio tra Partito e sindacati, per affermare invece un criterio di subordinazione gerarchica in cui il Partito, « essendo la più importante istituzione politica e morale dello Stato fascista, (è) una vera *super-istituzione*; ed i sindacati uno dei mezzi di cui dispone lo Stato corporativo per l'attuazione dei suoi fini »⁽⁷⁵⁾.

6. La posizione di Mortati in questo primo periodo, attenta ai problemi metodologici, risultava relativamente deflata rispetto al dibattito allora in corso, anche se nella stessa recensione al volume di Panunzio su *Popolo, nazione, Stato* (Firenze, La nuova Italia), proprio sulla rivista di Costamagna⁽⁷⁶⁾, ribadirà il suo giudizio che lo Stato fascista si inseriva nel processo storico « di quel complesso ordinamento che si è convenuto chiamare Stato di diritto » e « ne realizza una fase di ulteriore perfezionamento »⁽⁷⁷⁾.

Gli interessi di Mortati, che in questi anni deve dividersi tra Corte dei Conti e gli edifici de « La Sapienza » di S. Ivo, sono

(72) *Ibidem*, pp. 910-911.

(73) v. A.C. JEMOLO, *Natura giuridica del P.N.F.*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1929, I pp. 544 ss. per cui il P.N.F. era « organo statale nel senso che svolge un compito che è al tempo stesso compito dello Stato, che ha interessi i quali sono tutti senza eccezione, al tempo stesso interessi statali » (p. 548).
Sulle varie impostazioni sul tema nel primo lustro degli anni Trenta v. L. LEVI, *La posizione giuridica del partito nazionale fascista nell'ordinamento dello Stato*, estr. dall'*Archivio di Studi corporativi*, 1933, n. 3.

(74) In *Lo Stato*, 1930, n. 5, pp. 609 ss.

(75) *Idem*, p. 610.

(76) v. *Lo Stato*, 1934, n. 3, pp. 206 ss.

(77) *Idem*, p. 213.

però volti alla elaborazione della sua seconda monografia dedicata al tema strettamente tecnico-giuridico de « La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge »⁽⁷⁸⁾. Il volume (una edizione provvisoria a scopi concorsuali), teso — dopo un esame del concetto di discrezionalità — ad analizzare i requisiti della volontà e della causa sia in ambito privatistico sia in quello pubblicistico, interessa soprattutto perché Mortati evidenzia una teoria soggettiva della decisione. « La decisione rivolta al fine, senza previa deliberazione sui mezzi non è vera volontà — afferma Mortati — è velleità »⁽⁷⁹⁾. Quest'indagine, che ricorda in alcune suggestioni una delle prime opere di Carl Schmitt⁽⁸⁰⁾ sulla piccola decisione, verrà ripresa in alcuni saggi sulla discrezionalità della fine degli anni Trenta⁽⁸¹⁾.

Il lavoro, diviso in quattro parti, esaminava il problema della volontà nel diritto, per poi analizzare il tema della volontà e della causa nel diritto privato, in quello amministrativo ed infine nel diritto costituzionale. La parte sicuramente più interessante dell'indagine risulta essere la quarta (la volontà e la causa nella legge) dove Mortati si confronta con alcuni temi che saranno poi ripresi e sviluppati ne *La costituzione in senso materiale*. La critica all'impostazione kelseniana⁽⁸²⁾ che « nega che agli enti produttori del diritto possa competere l'attributo di organi statali »⁽⁸³⁾ si fonda sulla concezione romaniana della compenetrazione Stato e diritto. La volontà sta — per Mortati — alla base della giuridicità, « in altri termini, la volontà originaria dello Stato si confonde con la sua vitalità, sia pure embrionale, ossia con la capacità di agire nella forma ad esso impressa »⁽⁸⁴⁾.

In questa prospettiva per Mortati « nell'ordinamento che assume aspetto giuridico al momento dell'inizio dell'agire da parte

(78) Roma, De Luca, 1935 - Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale della R. Università di Roma.

(79) *Idem*, p. 16.

(80) v. C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, Berlin, Liebmann, 1912 (2ª ed. München, Beck, 1969).

(81) v. C. MORTATI, voce *Potere discrezionale*, in *Nuovo digesto italiano*, vol. X, pp. 76 ss.

(82) v. C. MORTATI, *La volontà e la causa*, cit., p. 142 ss.

(83) *Idem*, p. 142.

(84) *Ibidem*, p. 148.

dell'ente... appare inscindibile il nesso fra il momento esistenziale e quello deontologico »⁽⁸⁵⁾. Mortati prosegue affermando che « ogni singolo Stato sorge sulla base di presupposti, che sono lo scopo e la ragion d'essere del suo costituirsi e si compenetrano con la sua struttura, predisposta per l'attuazione di esso. Tale scopo lo Stato desume dai fattori sociologici... ma, una volta sorto, fa proprio nel modo che s'è visto, sicché esso allora cessa di essere presupposto di fatto, per divenire vera condizione di validità dell'agire; limite intrinseco all'ordinamento, che una volta assunto da questo, non potrebbe essere rinnegato senza contraddire la propria essenza »⁽⁸⁶⁾.

Le radici smendiane ma soprattutto schmittiane di queste posizioni vengono evidenziate dall'affermazione che « la volontà dello Stato, anche quella suprema, è vincolata pertanto fin dall'origine di esso, dalla necessità di rispettare la legge fondamentale della sua struttura, la sua forma, intesa in senso ampio, comprensiva cioè dello scopo »⁽⁸⁷⁾ e dal riferimento esplicito ad un concetto materiale di costituzione contrapposto a quello formale.

In un'ampia nota, in cui vengono citati sia Smend che Schmitt, Mortati evidenzia come la decisione politica fondatrice dell'ordinamento di carattere pregiudiziale scompaia una volta costituito l'ordinamento stesso per informare « l'intera struttura, o esplicitamente, o attraverso le c.d. convenzioni della costituzione... »⁽⁸⁸⁾. In questa prospettiva, dove lo stesso concetto di regime non possiederebbe autonomia « rispetto alle fondamentali istituzioni di un dato ordinamento »⁽⁸⁹⁾, Mortati sembra accogliere nel testo la tesi « dell'esistenza della persona reale dello Stato, costituita dalle forze politiche che hanno dato luogo al sorgere di esso e che permane, quale rapporto di coordinazione e subordinazione di organi, simmetrica alla personalità giuridica ». Egli afferma quindi « l'innammissibilità di un mutamento di regime in forma legale, e la necessità della connessione fra tale mutamento e la rivoluzione »⁽⁹⁰⁾.

⁽⁸⁵⁾ *Ibidem*, p. 150.

⁽⁸⁶⁾ *Ibidem*, p. 150.

⁽⁸⁷⁾ *Ibidem*, p. 151.

⁽⁸⁸⁾ *Ibidem*, p. 151-2.

⁽⁸⁹⁾ *Ibidem*, p. 152.

⁽⁹⁰⁾ *Ibidem*, p. 153. Sul concetto di persona reale dello Stato v. D. DONATI,

L'indagine di Mortati ruotava, dunque, sui presupposti ed i limiti giuridici dell'attività legislativa e finiva per connettersi, al di là della tecnicità e — a volte — dell'oscurità dell'argomento, con temi di alta valenza pragmatica che interessavano la dottrina del periodo alla luce delle ipotesi di riforma della costituzione che sempre più insistentemente venivano formulate e che troveranno esplicazione — dopo la proclamazione dell'Impero — nell'approvazione del nuovo Statuto del PNF (r.d. 28 aprile 1938 n. 513)⁽⁹¹⁾ e con la legge 19 gennaio 1939 sulla Camera dei fasci e delle Corporazioni.

Il compromesso diarchico tra monarchia e fascismo doveva affrontare le sfide della progressiva trasformazione formale statutaria. Le affermazioni di Mortati sui limiti alle riforme e sull'alternativa tra mutamento infrasistemico e rivoluzione si inseriscono quindi in modo evidente — ma ancora molto discreto — nel grande dibattito interno al fascismo sulla trasformazione dell'ordinamento in Stato totalitario. A questo proposito Renzo De Felice ha messo opportunamente in luce realtà e mito dell'esperienza totalitaria di quegli anni, affermando che il fascismo si configurò piuttosto come « Stato autoritario in cui convissero alcune garanzie dello Stato di diritto, alcuni aspetti dello Stato di polizia e — quasi come una sorta di equilibrio — l'iniziativa personale, paternalistica demagogica del 'duce' »⁽⁹²⁾.

Queste affermazioni danno conto della complessità del fenomeno e della sua poliedricità. La dottrina giuspubblicistica mantenne le sue divergenti impostazioni, ma anche quella più tradizionalistica dovette cimentarsi con la mutata realtà istituzionale. Tuttavia — e tenteremo di dimostrarlo — le posizioni non si diversificarono di molto rispetto agli anni precedenti, pur individuando l'intervento di una nuova generazione di giuristi che incominciava a muoversi all'interno del regime con sempre maggiore autonomia.

La persona reale dello Stato, in *Scritti di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1966, vol. II, pp. 227 ss.

⁽⁹¹⁾ v. anche d.l. 11 gennaio 1937, n. 4 sul segretario del PNF ministro segretario di Stato.

⁽⁹²⁾ v. R. DE FELICE, *Mussolini il duce*. II. *Lo Stato totalitario* (1936-1940), Torino, Einaudi, 1981, pp. 45 ss. la cit. è tratta da p. 48.

In questo contesto Mortati confermò le sue qualità di giurista attento al fatto e alla dinamica socio-politica, ma anche molto coerente nel difendere la specificità del ruolo del costituzionalista.

7. Si è già detto che Mortati, divenuto libero docente⁽⁹³⁾ e redattore de « Il foro amministrativo » nel 1936⁽⁹⁴⁾, vinse la cattedra quello stesso anno, giudicato da una Commissione composta da Sergio Panunzio, Gaspare Ambrosini, Emilio Crosa, Giuseppe Menotti De Francesco, Antonio Falchi e Maurizio Maraviglia. I risultati del concorso videro la formazione di una terna costituita dal Mortati, da Agostino Origone e da Carlo Alberto Biggini. Dalla relazione della Commissione si evincono alcuni aspetti dello stato del dibattito interno al mondo costituzionalistico italiano, capaci di illuminare l'equilibrio raggiunto. In questo quadro, il richiamo all'esigenza che « l'ingegno si disciplini rigorosamente nel metodo e si tempri e si nutra di cultura » faceva sì che « la Commissione, ritenendo, particolarmente nella fase attuale di vive discussioni sul metodo negli studi di diritto pubblico, che il diritto costituzionale, come ogni altro ramo del diritto, non può essere trattato che col metodo giuridico, ha tenuto però sempre presente che, nel diritto costituzionale in ispecie, il metodo giuridico ha i suoi limiti nel « fatto » e nelle reali forze operanti nella società e dello spirito umano, donde la sua indiscutibile e necessaria integrazione col criterio storico-giuridico »⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹³⁾ v. decreto Ministro dell'Educazione nazionale del 18 maggio 1936 (*Boll. Uff.*, II, del 9 luglio 1936, n. 28, p. 952). Erano componenti della Commissione Gaspare Ambrosini, Giuseppe Menotti De Francesco e Arnaldo Volpicelli. Nella relazione, recuperata in dattiloscritto in AMPI, si recita tra l'altro che « Il candidato dimostra completa padronanza della dottrina e larga conoscenza della legislazione positiva, nonché facoltà critica e attitudine alla sistemazione degli argomenti presi a trattare. Nella discussione sulle pubblicazioni e nella lezione di prova sul tema: « Le leggi costituzionali », il candidato ha confermato le sue ottime qualità di studioso serio e colto e ha dimostrato di possedere apprezzabili attitudini didattiche ».

⁽⁹⁴⁾ v. vol. XII (1936). Nel consiglio di Direzione della Rivista erano inseriti: Borsi, D'Amelio, De Francesco, De Vito, Furguele, Gasparini, Malinverno, Pironti, Pistolesi, Ranelletti, Zanobini.

⁽⁹⁵⁾ *Ministero dell'Educazione nazionale* (Estr. dal *Bollettino ufficiale*, parte II, dell'8 aprile 1937, anno XV, n. 14, p. 5).

Ho riportato integralmente questa lunga citazione perché indicativa di un equilibrio che alla metà degli anni Trenta stava per stabilizzarsi. Nel caso più specifico, il giudizio della Commissione staccò in modo netto la posizione di Mortati da quella degli altri candidati⁽⁹⁶⁾ sottolineando, in particolare, l'opera su *Il governo nel nuovo ordinamento pubblico italiano*. La Commissione si dichiarò « lieta di potere segnalare nel candidato uno degli studiosi italiani che fra i primi (aveva) dato una sistemazione intorno alla figura del Capo del Governo nel nuovo diritto costituzionale »⁽⁹⁷⁾. Il giudizio era lusinghiero⁽⁹⁸⁾ e tuttavia la Commissione ritenne che nuoceva al candidato « una certa tendenza all'eccesso di analisi », che si era rivelata nel volume su « La volontà e la causa » e che doveva a suo giudizio essere contenuta⁽⁹⁹⁾.

Simili osservazioni ci riconducono al nucleo del dibattito metodologico e politico della seconda metà degli anni Trenta, dove la stessa dottrina tradizionale si dovette cimentare con le innovazioni del regime. Mortati, che dopo i tre anni di straordinario nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Messina⁽¹⁰⁰⁾, si

(96) Essi erano Giuseppe Lo Verde, Enrico Sailis, Carlo Alberto Biggini, Giuseppe Ferri, Agostino Origone, Giuseppe Meloni, Vincenzo Sinagra, Renzo Ravà, Biagio Vincenti, Salvatore Maiorana, Beniamino Petrone. Oltre ai ternati vennero giudicati « maturi » Ravà, Sinagra e Lo Verde.

(97) v. *rel. concorso cit.*, p. 3.

(98) « Studioso molto serio e accurato, capace di affrontare temi difficili con preparazione adeguata, con piena consapevolezza critica della vastità del tema e dello studio preliminare che deve essere compiuto » (*idem*).

(99) *Idem*, p. 3.

(100) Il Mortati venne chiamato a Messina a far tempo dal 16 dicembre 1936 (v. *Comunicazione del Rettore prof. Gaetano Vinci* del 17 dicembre 1936 in AM) probabilmente per collegamenti regionali e per la presenza nella Facoltà di Giurisprudenza di quell'Ateneo di Pietro Bodda, docente di diritto amministrativo, a lui collegato per studi sui supremi organi costituzionali e vicino a Crosa. Di Pietro Bodda si v. in relazione con MORTATI, *La Corona di fronte agli altri organi costituzionali secondo le riforme fasciste*, Torino, Edizioni de' « L'Erma », 1931 e *La nozione di « causa giuridica » della manifestazione della volontà nel diritto amministrativo*, Torino, Memorie dell'Istituto giuridico », 1933. Insegnavano a Messina nella stessa Facoltà di Mortati: Salvatore Pugliatti, Francesco Degni, Angelo Ermanno Cammarata, Attilio Da Empoli, Rodolfo De Nova, Giovanni Leone, Renzo Ravà e altri (v. *Annuario Ministero dell'Educazione nazionale*, Roma, 1937). Nell'Ateneo siciliano Mortati insegnò per incarico anche Contabilità di Stato e Diritto corporativo.

era trasferito nell'Università di Macerata succedendo a Carlo Esposto nell'insegnamento e divenendo ben presto Rettore di quell'Ateneo⁽¹⁰¹⁾, continuò a mantenere quella peculiare posizione intermedia all'interno del dibattito giuridico che già negli anni precedenti lo aveva caratterizzato. Di fronte alle posizioni di giuristi come Costamagna⁽¹⁰²⁾, sempre più impegnato nella comparazione dell'esperienza italiana con quella tedesca, e volti alla costruzione di una dottrina correlata con le esigenze dello Stato totalitario in costruzione, Mortati aveva — sin dagli inizi degli anni Trenta — individuato i suoi referenti scientifici nella giuspubblicistica tedesca antiformalistica del periodo weimariano, con una curiosità significativamente molto inferiore nei confronti degli sviluppi successivi operati durante il periodo nazista. Tra i giovani giuristi italiani dell'epoca c'era indubbiamente un forte interesse per questi sviluppi, come dimostrano le ampie ed informate rassegne di Biscaretti di Ruffia, di Lavagna e di Pierandrei sulla nuova dottrina nazional-socialista⁽¹⁰³⁾. È evidente però come, anche per

(101) Mortati venne trasferito con Decreto del Ministro dell'Educazione nazionale del 21 novembre 1939 a Macerata e nominato Rettore di quella stessa Università per il biennio 1940/41 e 1941/42 (v. *Comunicazione del Ministro* del 19 ottobre 1940 in AM). Egli ricoprì anche la carica di preside della Facoltà di Giurisprudenza. Erano suoi colleghi Antonio Marongiu, Enrico Allorio, Tancredi Delogu, Giuseppe De Meo, Bruno Rossi, Giovanni Pugliese, Mario Stolfi (v. *Annuario Ministero dell'Educazione nazionale*, Roma, 1941) Nell'Ateneo marchigiano insegnò per incarico anche Diritto amministrativo nel 40/41 e Diritto internazionale nel 1939/40. Sulla sua attività di Rettore v. la *lettera del Prefetto di Macerata Alessandri* del 25 gennaio 1942 in cui si perora la nomina di Mortati a Commissario dell'Università (v. AMPI).

(102) Per il programma di Costamagna v. le voci *Diritto*, in *Dizionario di politica*, a cura del PNF, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1940, p. 791. Forse si è sottovalutato il lavoro condensato in questi quattro volumi, dove — accanto a Costamagna, si individuano parecchi giuspubblicisti (ad es. Bodda, De Francesco, Maranini, Jemolo), ma non Mortati, Chiarelli o altri. Mortati cerca di porsi in collegamento con il gruppo di giuristi a lui più correlati. Non è un caso infatti che fin dal 1937 avesse fatto passi presso il Ministero per essere trasferito a Perugia (v. *lettera* dell'aprile 1937, AMPI) e poi verso Pisa (v. *lettera* dell'1 novembre 1940, *idem*), ambienti impegnati, a lui vicini per interessi e metodo.

(103) v. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Il diritto costituzionale dell'Impero germanico nei primi cinque anni di regime nazionalsocialista*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1938, n. 1, pp. 111 ss.; C. LAVAGNA, *La dottrina nazionalsocialista del*

questi autori, al di là delle differenti motivazioni ed impegno, le soluzioni tedesche non potessero essere accettate. Lo stesso Mortati rifiuta significativamente qualsiasi rapporto con le stesse elaborazioni schmittiane del periodo nazista e si impegna nella sistemazione concettuale di quelle suggestioni già presenti ne « La volontà e la causa ».

Nel giurista calabrese, ormai impegnato anche a livello ufficiale, il piano teorico e quello dell'interpretazione sui singoli istituti risultano inscindibili. Nelle pagine seguenti si cercherà di dare conto di come questi due livelli si integrassero in un'opera per alcuni aspetti eccentrica al regime stesso, per la possibilità di conversione della stessa sulla base di altri fini.

Il volume su « La costituzione in senso materiale »⁽¹⁰⁴⁾ pubblicato nel 1940 nella seconda serie di pubblicazioni dell'« Istituto di diritto pubblico e di legislazione sociale » di Roma, è dedicato significativamente a Santi Romano. In esso Mortati prosegue la sua ricerca sul « fondamento primo di un concreto ordine giuridico », evidenziando come esso non sia staccato dall'indagine giuridica per poter comprendere la realtà di un ordinamento positivo⁽¹⁰⁵⁾. In questa prospettiva egli conferma le critiche alle premesse del positivismo empirico⁽¹⁰⁶⁾, dimostrando un'approfondita conoscenza della dottrina tedesca pre-weimariana e weimariana.

La critica alla concezione dei positivisti più avvertiti come Hans Kelsen si sostanzia nell'evidenziazione « della contraddizione fra l'esigenza di escludere dal concetto di diritto ogni riferimento con la realtà dei rapporti sociali e l'implicita deduzione della norma presupposta proprio da questa realtà »⁽¹⁰⁷⁾. Una simile contraddizione comporta la necessità di ammettere « l'esistenza di un doppio ordinamento, di un doppio aspetto o di un doppio fondo del diritto, corrispondente alla distinzione fra l'atto di volontà creativo del diritto e la conoscenza del diritto »⁽¹⁰⁸⁾.

diritto e dello Stato, Milano, Giuffrè, 1938; F. PIERANDREI, *I diritti subiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino, Giappichelli, 1940.

⁽¹⁰⁴⁾ Milano, Giuffrè, 1940.

⁽¹⁰⁵⁾ *Idem*, p. 20-21.

⁽¹⁰⁶⁾ *Ibidem*, pp. 25.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibidem*, p. 33.

⁽¹⁰⁸⁾ *Ibidem*, p. 35.

Mortati riconosce che l'impostazione problematica kelseniana è riuscita a porre i « presupposti necessari, per la soluzione del problema, in termini strettamente giuridici »⁽¹⁰⁹⁾. Egli vede però nell'impostazione metodologica del Kelsen un prodotto tipico dei presupposti politici liberali, riacciandosi implicitamente alla critica operata in numerosi scritti da Carl Schmitt.

Superata velocemente la teoria dualistica jellinekiana di separazione tra ordine giuridico e ordine reale, con i vari tentativi di mediazione (tra cui quello dell'Esposito)⁽¹¹⁰⁾, l'analisi di Mortati si dirige ad esaminare quelle dottrine capaci di determinare « un concetto di costituzione che non costringa a mutilare la realtà giuridica o a farla muovere su due piani diversi, non indifferenti fra loro », consentendo « di considerare questa armonicamente nel suo complesso, in una superiore e comprensiva unità »⁽¹¹¹⁾.

Dopo un esame approfondito delle teorie smendiana, schmittiana e romaniana, Mortati sostiene di poter proseguire fruttuosamente « la ricerca intrapresa della fonte giuridica primigenia, la quale determina il sorgere dell'ordinamento e conferisce ad esso un'unità più ampia di quella che non possa essere data dal sistema delle norme »⁽¹¹²⁾. Lo Stato per Mortati ha fra i suoi caratteri ineliminabili di essere « stabile, autoritario, coattivo, necessario e totale »⁽¹¹³⁾, ma gli « elementi organizzativi... da considerare necessari perché possa sussistere l'ordine in cui lo Stato stesso si concreta »⁽¹¹⁴⁾ non sono da ricercarsi né nella comunità, né nella nazione ma « al momento del formarsi stesso nel senso della comunità di una forza politica »⁽¹¹⁵⁾. « Questa forza, risultante dall'organizzazione di un gruppo sociale che si differenzi dagli altri, in quanto riesce, trionfando su gruppi antagonisti portatori di interessi diversi e orientati verso un diverso modo di intendere l'unità politica, a far valere effettivamente

⁽¹⁰⁹⁾ *Ibidem*, p. 37.

⁽¹¹⁰⁾ *Ibidem*, pp. 40 ss.

⁽¹¹¹⁾ *Ibidem*, pp. 41-43.

⁽¹¹²⁾ *Ibidem*, p. 65.

⁽¹¹³⁾ *Ibidem*, p. 67.

⁽¹¹⁴⁾ *Ibidem*, p. 68.

⁽¹¹⁵⁾ *Ibidem*, p. 75.

la forma particolare di ordine, da essa affermata, offre il contenuto della costituzione originaria, fondamentale »⁽¹¹⁶⁾. Ad avviso di Mortati è il partito « l'elemento attivo dell'istituzione originaria, necessario perché questa assuma una forma politica » ed è questo « il soggetto da cui emana la costituzione fondamentale »⁽¹¹⁷⁾.

Il partito è dunque l'elemento strumentale della costituzione, mentre quello materiale è costituito dall'idea o scopo che raccoglie in modo unitario gli interessi che si raccolgono attorno allo Stato⁽¹¹⁸⁾. Per Mortati la costituzione fondamentale è dunque giuridica e non sociologica o politica⁽¹¹⁹⁾. In questa prospettiva « il fine politico, in quanto incorporato in un'istituzione statale, non solo non appartiene (ad) uno stadio pregiuridico, ma formando l'essenza stessa della costituzione fondamentale, diviene la fonte prima del diritto dello Stato »⁽¹²⁰⁾.

8. L'ampia indagine di Mortati si sofferma in sostanza su tutti i temi caratterizzanti del diritto costituzionale dimostrando capacità di adattamento anche in situazioni differenti da quella di riferimento⁽¹²¹⁾. La giuridicizzazione del fine e la posizione di un parametro materiale capace di inglobare nel proprio ambito con sufficiente elasticità la mutazione dei rapporti concreti all'interno dell'ordinamento, non riesce a risolvere tutti i problemi logici della teoria della costituzione mortatiana. Tuttavia essa può e deve essere giudicata alla luce del dibattito allora vigente tra i giuristi e, in questo contesto, si evidenzia come un frutto estremamente rigoglioso, ma anche relativamente eccentrico.

La recensione che della *Costituzione in senso materiale* fece « Lo Stato »⁽¹²²⁾ evidenzia come « l'A. conferm(i) il suo ossequio all'impostazione formalistica della scienza del diritto e riduc(a) il

⁽¹¹⁶⁾ *Ibidem*, p. 76.

⁽¹¹⁷⁾ *Ibidem*, p. 87.

⁽¹¹⁸⁾ *Ibidem*, pp. 87-88.

⁽¹¹⁹⁾ *Ibidem*, pp. 94 ss.

⁽¹²⁰⁾ *Ibidem*, p. 127.

⁽¹²¹⁾ *Ibidem*, pp. 230 ss.

⁽¹²²⁾ v. 1940, n. 5, pp. 239-40 non firmata, ma per lo stile e il contenuto da attribuire a Costamagna.

risultato del suo travaglio a poca cosa ». Al di là di questo polemico giudizio, l'opera venne riconosciuta come indubbiamente valida, anche se complessa ⁽¹²³⁾, staccando l'autore da altri giovani giuristi per l'originale tentativo realistico, che tuttavia rimane inserito all'interno della scuola giuridica ufficiale.

Al fine di chiarire meglio la posizione di Mortati in questi anni è però opportuno mettere in rilievo che egli fu partecipe dell'esperienza della rivista « Stato e diritto », fondata da Chiarelli nel 1940, un'iniziativa che — come venne affermato nell'editoriale del primo numero — voleva « cogliere nelle trasformazioni degli istituti giuridici che si compiono in Italia ai giorni nostri, la loro essenza storica » ⁽¹²⁴⁾. Il gruppo di giuristi che si raccolse attorno alla rivista, di cui Mortati sarà uno dei collaboratori più assidui, credeva fosse « venuto il tempo di uscir fuori dalle preliminari questioni di metodo, e di approfondire la realtà delle nuove istituzioni » sulla base della convinzione che « il diritto non rappresent(i) la storia che si immobilizza nelle formule della legge, ma rappresent(i) la storia che, nel fluire degli eventi, fissa la certezza di alcuni ordinamenti e fa di essi la forma per la quale ogni vera conquista dura nei secoli » ⁽¹²⁵⁾. Un simile programma, impegnato ma tecnicamente inserito nella tradizione giuridica nazionale, non poteva non trovare d'accordo Mortati.

Altri giuristi attorno a Donato Donati e all'*Archivio di diritto pubblico* avevano invece tentato nel corso del biennio 1936/38 di operare con un approccio più tradizionale e meno politicamente orientato. La rivista padovana, che schierava tra i collaboratori Tosato, Monaco, Guicciardi e Amorth e raccoglieva adesioni anche tra gli allievi di Romano (Biscaretti di Ruffia), ebbe tuttavia una vita effimera: palestra di metodo rigoroso dove si censuravano con severità approcci che non rientrassero nei canoni del metodo giu-

(123) v. *Relazione della Commissione giudicatrice per la promozione del Professore Costantino Mortati a ordinario di Diritto costituzionale nella R. Università di Macerata*, Roma, 27 aprile 1940 (commissari: L. Raggi, G. Zanobini, S. Panunzio); v. anche la recensione di F. MILANI in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1942, n. 2, pp. 184-5.

(124) v. *Stato e diritto*, 1940, n. 1, p. 5.

(125) *Idem*, pp. 5 e 7.

ridico ⁽¹²⁶⁾, essa seguì la sorte del suo direttore che venne travolto nel 1938 dalle inique leggi razziali. In un simile contesto, che vide parecchi giuristi raccogliersi attorno alla rivista dell'Università cattolica « Jus » ⁽¹²⁷⁾, risultavano invece sicuramente esterne al dibattito le posizioni « dottrinarie » di Costamagna, sulla cui rivista aveva un'importanza sempre maggiore la penna di Julius Evola.

Mortati, in questo periodo, scelse temi di ricerca più politicamente impegnati di ciò che avesse fatto in precedenza, anche se risultano altamente tecnici i suoi contributi sulla discrezionalità ⁽¹²⁸⁾. Per individuare la valenza di questa sua posizione è della più alta significazione il saggio « Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano », che egli pubblicò nel 1940 ⁽¹²⁹⁾. In esso Mortati affronta nuovamente il tema della divisione dei poteri che, come si è visto, era già risultato oggetto di scontro fra varie impostazioni agli inizi degli anni Trenta ⁽¹³⁰⁾, scontro che si rinnova in occasione delle riforme operate nel secondo lustro degli anni Trenta. Mortati, di fronte alle impostazioni che negano la persistenza della divisione dei poteri all'interno del regime, sostiene che — a differenza di quello sovietico — lo Stato fascista riconosce « una sfera di autonomia dei soggetti » anche davanti allo Stato, « sfera di autonomia suscettibile (com'era del resto anche nello stesso Stato liberale) di venire limitata nell'interesse collettivo, con la forma della legge, ma non di essere annullata » ⁽¹³¹⁾.

La costruzione mortatiana, pur essendo inserita nella logica del regime, è dunque tutt'altro che totalitaria: i vari organi dello Stato, benché unificati dal fine politico e dalla stessa dipendenza

⁽¹²⁶⁾ Si v. ad es. la rec. di TOSATO al manuale di *Diritto costituzionale* di Crosa, in *Archivio di diritto pubblico*, 1938 (III), n. 1, pp. 161 ss. (ma soprattutto p. 163) e, al contrario, quella positiva sempre di Tosato nei confronti di C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, in *idem*, 1936 (I), n. 1, pp. 159 ss.

⁽¹²⁷⁾ È significativo che nella rivista *Jus* dell'Università cattolica di Milano si fossero raccolti molti dei giuristi orfani di Donati.

⁽¹²⁸⁾ Su cui si v. ora il saggio di G. AZZARITI, *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati e la polemica con Massimo S. Giannini*, in *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, cit., pp. 408 ss.

⁽¹²⁹⁾ v. *Rassegna di diritto pubblico*, 1940, parte I, pp. 301 ss.

⁽¹³⁰⁾ Per la bibliografia v. quella citata da MORTATI nella nota 1 di p. 303.

⁽¹³¹⁾ *Idem*, p. 312.

gerarchica dal Capo del Governo, mantengono una loro autonomia relativa; il partito, cui viene riconosciuta una funzione determinante ed è unico e totalitario, lungi dall'essere una formazione omogeneizzante rappresenta ed articola, anche attraverso il Gran Consiglio, i vari aspetti della società⁽¹³²⁾. In questo quadro Mortati evidenzia insospettite possibilità di pluralismo all'interno del Regime, affermando che « il rapporto di consonanza politica, che sottostà all'attività degli organi non può sopprimerne l'autonomia »⁽¹³³⁾.

In questo importante saggio dell'inizio del 1940 egli sosterrà che « neppure il giuramento di fedeltà e di obbedienza, che lega ogni fascista al Capo del movimento, potrebbe essere invocato per potere giungere ad una conclusione contraria, perché si deve presupporre che l'assunzione ad una carica costituzionale consenta implicitamente quella libertà di apprezzamento (nell'ambito si intende del Regime) senza la quale la carica stessa perderebbe il suo specifico contrassegno »⁽¹³⁴⁾. Portando alle estreme conseguenze questa tesi, con una convergenza sintomatica con alcune conclusioni tratte in quel periodo da Carlo Esposito⁽¹³⁵⁾, Mortati afferma che « lo stesso allontanamento di un titolare di organo costituzionale (da parte del Capo del Governo) può essere indizio rivelatore di una crisi nei supremi poteri, crisi la quale trova nel nostro diritto uno sbocco legale attraverso l'intervento del Re, il quale com'è ben noto, ha il compito di giudicare dell'esistenza nei singoli casi della necessaria consonanza fra l'indirizzo impersonato nel Capo del Governo in carica e il sentimento del Partito, e che quindi può promuovere, quando la gravità del caso lo richieda, la sostituzione del titolare di detto organo »⁽¹³⁶⁾.

Per Mortati, a tre anni dal 25 luglio, così come già nel 1931, il decisore nelle situazioni estreme era il Sovrano. Si tratta di una

(132) *Ibidem*, pp. 328.

(133) *Ibidem*, p. 331.

(134) *Ibidem*.

(135) v. per questo il ricordo di C. MORTATI, *Carlo Esposito*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1965, n. 3, pp. 981-2. Ma al di là di ciò non bisogna sottovalutare le profonde differenze metodologiche ed interpretative su cui v. lo stesso Mortati nel necrologio cit.

(136) v. C. MORTATI, *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase...*, cit., p. 331.

concezione senza dubbio all'interno del regime, ma complessa. In questo periodo Mortati disegna, infatti, una concezione del « regime » come « rivoluzione conservatrice », introducendovi però una serie di limiti e di contrappesi che, lungi dal farlo divenire totale, paiono addirittura democraticizzarlo. In questa specifica chiave devono essere lette anche le note, invero polemiche, nei confronti dell'opera del Biscaretti⁽¹³⁷⁾, che servono a Mortati (in via di trasferimento alla cattedra di Istituzioni di diritto pubblico dell'Istituto universitario navale di Napoli) da un lato per ribadire la natura giuridica delle direttive del Gran Consiglio agli organi costituzionali, dall'altro per respingere l'asserzione della « subordinazione all'arbitrio del Capo del Governo »⁽¹³⁸⁾. Il Gran Consiglio per Mortati entra a far parte attivamente della funzione di governo. Nella replica alla risposta del « giovane » Biscaretti Mortati affronta l'ulteriore problema della normatività dell'indirizzo politico⁽¹³⁹⁾, criticando l'impostazione assunta dallo stesso Crisafulli nell'ampio saggio dedicato a *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*⁽¹⁴⁰⁾.

Non tutto è però lineare, né tutto può essere racchiuso a sistema nella posizione di Mortati di questo periodo, influenzata fortemente anche dalle trasformazioni normative degli ultimi anni. In questa dimensione, a due anni scarsi dal crollo del fascismo, Mortati evidenzia alcune posizioni precise in tema di rappresentanza.

In una recensione al volume di Persico, apparsa sugli *Annali dell'Università di Macerata* (1941)⁽¹⁴¹⁾ egli affrontò infatti il problema della riforma della rappresentanza politica, analizzando in

⁽¹³⁷⁾ v. C. MORTATI, *Sulle attribuzioni del Gran Consiglio del fascismo*, in *Archivio giuridico « Filippo Serafini »*, 1941 (125), n. 1, pp. 96 ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le attribuzioni del Gran Consiglio secondo la dottrina e la prassi più recente*, in *Idem*, 1942, n. 2 e C. MORTATI, *Sulla partecipazione del Gran Consiglio secondo la dottrina e la prassi più recente*, in *Idem*, 1942 (128), n. 1, pp. 61 ss.

⁽¹³⁸⁾ C. MORTATI, *Sulle attribuzioni del Gran Consiglio del fascismo*, cit., p. 97.

⁽¹³⁹⁾ C. MORTATI, *Sulla partecipazione del Gran Consiglio del fascismo alla determinazione dell'indirizzo politico*, cit., pp. 62 ss.

⁽¹⁴⁰⁾ v. V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, estr. da « Studi urbinati », (XII) 1939.

⁽¹⁴¹⁾ v. pp. 207 ss.

modo sintetico le ragioni del crollo degli ordinamenti liberali e democratici. Mortati mostra di credere in quei regimi, « che si sono posti in una posizione non di antitesi ma di superamento di quelli a base democratica », nella misura in cui essi riusciranno a fornire una soluzione « al problema della collaborazione attiva alla vita dello Stato delle masse popolari, da essi sottratte all'influenza di movimenti a tendenza internazionalistica, ed educati al sentimento nazionale » (142).

Al di là di affermazioni eccentriche allo stile del solito Mortati, si evidenzia in questo scritto l'esigenza che da un lato l'autorità acquisti concretezza e credito, dall'altro che la fiducia popolare assuma carattere di intima e convinta adesione all'obbedienza dal basso sulla base della concezione politica dominante.

Sulla base di queste suggestioni moschiane Mortati, riferendosi all'ordinamento vigente, sottolinea come lo stesso avesse « superata la situazione nella quale era stat(a) scritt(a) l'opera di Persico ». « Il nodo gordiano dei partiti — proseguiva Mortati — (era) stato tagliato con l'unico mezzo idoneo: con la spada, ed (era) stato creato un sistema di rappresentanza organica, sulla base della rilevanza attribuita ai gruppi professionali, diretto anche al fine della formazione degli organi legislativi dello Stato ».

In questa prospettiva « il partito, da un punto di vista di logica politica, costituisce il *prius* di questo sistema, in quanto offre il criterio primo per l'attribuzione del valore rappresentativo da conferire ai gruppi ». Esso deve però, « per dare concretezza alla sua azione », affondare le sue radici nel vivo tessuto della vita sociale, « cui è necessario dare pienezza di sviluppo e di espressione, affinché i bisogni, che in essa si manifestano, si definiscano, ed attraverso l'opera degli elementi veramente e direttamente rappresentativi, si precisino in aspirazioni e movimenti determinati » (143).

Una simile impostazione si connette con le riflessioni attuate da Mortati « Sulla posizione del partito nello Stato » (144), dove

(142) v. p. 208.

(143) *Idem*, p. 212.

(144) v. C. MORTATI, *Sulla posizione del partito nello Stato*, in *Stato e diritto*, 1941, n. 4/5, pp. 279 ss.

— rispondendo ad alcune suggestioni stimolanti proposte da Ubaldo Prosperetti⁽¹⁴⁵⁾ — egli aveva affermato « la impossibilità di intendere lo Stato fascista, nella sua peculiare organizzazione e nel suo funzionamento, senza precisare il posto occupato in esso dal Partito »⁽¹⁴⁶⁾. Continua in queste pagine la polemica nei confronti della posizione di Schmitt, il quale aveva ipotizzato in *Stato, movimento e popolo* una concezione in cui il partito unifica gli altri due elementi del rapporto. Mentre la concezione schmittiana viene giudicata « arbitrari(a) e incert(a) »⁽¹⁴⁷⁾, Mortati critica anche la posizione di Esposito sostenuta ne « Lo Stato fascista »⁽¹⁴⁸⁾, pur riconoscendogli di aver cercato « di tradurre in termini più precisi e più strettamente giuridici i rapporti tra le tre membra dell'ordinamento statale a partito unico »⁽¹⁴⁹⁾.

Rispetto alla problematica « più modesta » dell'intensità del vincolo fra Stato e partito e cioè all'alternativa tra partito come organo dello Stato e partito come ente ausiliare autonomo, Mortati opta ormai per la prima sottolineando come ciò « non può significare burocratizzarlo, assimilarlo ad una delle comuni branche dello Stato, ma anzi esige il mantenimento del suo carattere di formazione volontaria »⁽¹⁵⁰⁾. Per Mortati ciò vuol dire invece « potenziarlo poiché ad esso, per la natura della sue funzioni, viene ad attribuirsi il carattere di propulsore di tutta la vita statale »⁽¹⁵¹⁾.

La conclusione dell'analisi di Mortati veniva a precisare sue precedenti posizioni, o meglio a riconoscere una nuova realtà. Egli infatti sottolineava che « il Partito è vero organo dello Stato e che il suo ordinamento autonomo è uno dei tanti possibili a presentarsi nella gamma infinita, che l'organizzazione diretta dello Stato può offrire »⁽¹⁵²⁾.

(145) v. U. PROSPERETTI, *La posizione del P.N.F. nell'ordinamento dello Stato*, in *Stato e diritto*, 1941, n. 1, pp. 47 ss.

(146) v. C. MORTATI, *Sulla posizione del partito nello Stato*, cit., p. 279.

(147) *Idem*, p. 280.

(148) v. C. ESPOSITO, *Lo Stato fascista*, in *Jus*, 1940.

(149) v. C. MORTATI, *Sulla posizione del partito nello Stato*, cit., p. 280.

(150) *Idem*, p. 292.

(151) *Ibidem*, p. 293.

(152) *Ibidem*, p. 295.

Una simile conclusione deve essere però valutata all'interno del dibattito politico-giuridico del « regime », alle spalle della riforma della rappresentanza che aveva stabilizzato il processo innovatore. Essa conferma nella sua articolazione la posizione intermedia tra « radicali » e « conservatori » assunta da Mortati: in questo modo egli riusciva (anche se non totalmente) ad evitare le secche e le aporie interpretative cui finivano per condurre le tesi del partito organo dello Stato.

9. Siamo giunti all'epilogo di questa breve analisi degli anni formativi di Costantino Mortati. Ormai più che cinquantenne, per Mortati il 25 luglio e poi l'8 settembre furono — così come per tanti altri intellettuali del periodo — momenti di cesura epocale. Indubbiamente il processo di distacco dal « regime » era iniziato per la classe dirigente italiana sin dal 1941, con il disciogliersi del blocco che aveva sorretto il fascismo durante il Ventennio. Se per i giuristi un simbolico punto di svolta si concretizzò nella riflessione di Giuseppe Chiarelli su *Il pensiero giuridico italiano e i problemi del diritto pubblico* ⁽¹⁵³⁾ alla fine del 1942, non è dato sapere come Mortati si mosse in quei mesi cruciali. Certo è che nel corso di pochi mesi Mortati mutò profondamente le sue coordinate politico-culturali. Dopo l'8 settembre egli rimase a Roma, impossibilitato a recarsi a Napoli dove era docente, e militò durante il periodo dell'occupazione nazifascista nelle file di Democrazia del lavoro, per poi avvicinarsi alla Democrazia cristiana.

Troppo pochi sono i referenti documentari per stabilire delle ipotesi concrete sui contatti e sul travaglio che tra il 1943/44 coinvolse profondamente il Mortati. L'analisi delle sue posizioni durante il periodo pre-costituente e durante i lavori della Assemblea costituente fuoriesce dalle finalità di questo scritto e, d'altro canto, il suo contributo dottrinario e politico è stato oggetto di ampie analisi da parte di altri autori.

Erhard Denninger ha sottolineato recentemente come i giuristi italiani abbiano contribuito ampiamente alla redazione del testo costituzionale a differenza della dottrina tedesca, sostanzial-

⁽¹⁵³⁾ v. G. CHIARELLI, *Il pensiero giuridico italiano e i problemi del diritto pubblico italiano*, in *Stato e diritto*, 1943 ora in *Scritti di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1977, pp 3 ss.

mente esclusa dai lavori di redazione della *Grundgesetz* ⁽¹⁵⁴⁾. Ciò non vuol dire che la dottrina italiana abbia potuto incidere sulle grandi scelte operate alla Costituente, ma piuttosto che alcuni esponenti del mondo giuridico accademico siano stati utilizzati dalle forze politiche. In una comparazione fra i processi costituenti del secondo dopoguerra credo si evidenzerebbe la maggiore influenza che invece ebbero, in modo certo indiretto ma duraturo, i dibattiti effettuati in Germania alla fine dell'esperienza weimariana.

In questa prospettiva Pietro Scoppola ha messo anche giustamente in rilievo come la stessa esperienza costituente italiana dovrebbe essere studiata sotto lo specifico profilo dell'apporto che ad essa diedero le varie scuole giuspubblicistiche italiane ⁽¹⁵⁵⁾. In un simile panorama — al di là del suo indubbio contributo ai lavori di redazione — mi sembra che Costantino Mortati sia risultato — sia per la sua vicenda accademica sia per le sue posizioni metodologiche sia, infine, per quelle politiche — sufficientemente isolato. Chi voglia operare però una sintesi che non perda il senso della continuità nella cesura della caduta del fascismo non può però fare a meno di evidenziare che Mortati sembra scoprire progressivamente la società civile e tende a porre al suo servizio, nell'ambito delle finalità di un ordinamento democratico, la struttura dello stato autorità. Nell'ambito di una simile impostazione, che riconosce il mutamento copernicano della base materiale ed ideologica del nuovo ordinamento, può essere riconosciuta la continuità dell'ispirazione concettuale mortatiana che spiega la sua posizione alla Costituente ed il suo agire sino agli anni 70.

Le posizioni sostenute durante il fascismo dal Mortati si basavano sul riconoscimento di precisi equilibri raggiunti dal compromesso diarchico fra monarchia e fascismo. Lo svuotamento del regime liberale e la sua sostituzione progressiva con le istituzioni del fascismo trovavano un limite nella figura e nel ruolo del Sovrano, estremo decisore in tempo di crisi. Si è già accennato come la posizione di Mortati, così come quella di Esposito, finissero — seppure in modo e con valenza differente — per individuare nel Capo dello Stato il contrappeso ad una struttura accentrata

⁽¹⁵⁴⁾ v. relazione al Convegno « Autorità e democrazia », cit.

⁽¹⁵⁵⁾ *Idem.*

sul Duce, ma relativamente pluralistica nelle componenti. Per Mortati alla base del sistema stava però il partito e ciò che esso rappresentava nel sociale. Con il crollo del regime non c'è più lo *Staatspartei* ma il *Parteienstaat*, nell'ambito di una concezione di inveramento dell'ideologia democratica.

La continuità di Mortati tra fascismo e post-fascismo sta dunque fundamentalmente nella sua concezione della Costituzione e nel tentativo di giuridicizzare al massimo il *politico*, nell'ambito di una ricerca problematica che ha le sue radici ne *L'ordinamento del governo* e ne *La volontà e la causa*, ma che ha certo il suo apice ne *La costituzione materiale*.

Coinvolto intelligentemente dagli esponenti del partito cattolico sia nei lavori preparatori sia in quelli della Costituente⁽¹⁵⁶⁾, Mortati non ebbe però una esperienza politica né facile né felice. Militante della sinistra democristiana ed eletto all'Assemblea costituente nella lista nazionale, dopo aver partecipato ai lavori della Commissione dei 75 e a quelli della Commissione dei 18, non venne rieletto nel 1948. Di questa sconfitta egli si dolse, perché frutto di una esclusione pensata al centro (attraverso la sua esclusione dalla lista nazionale) e perpetrata nella sua terra d'origine. Nel suo Archivio personale egli conservava le tracce di quella battaglia dove finì per scontare sia una posizione politica sia una mancanza di radicamento locale⁽¹⁵⁷⁾. Ma queste sono vicende che interessano relativamente in questa sede ed anzi furono funzionali ad un maggior coinvolgimento di Mortati nell'attività di ricerca. Trasferitosi nel 1955 dalla Facoltà di Economia e Commercio di Napoli alla Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Roma egli continuerà la sua attività di docente prima insegnando Istituzioni di diritto pubblico poi Diritto costituzionale italiano e comparato

(156) v. F. BRUNO, *I giuristi alla costituente: l'opera di Costantino Mortati*, in *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, a cura di U. De Siervo, Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 59 ss.

(157) Nel Collegio calabrese venne invece eletto proprio nel 1948 Salvatore Foderaro, mentre la campagna contro Mortati venne condotta senza esclusione di colpi. Si v. in AM, la lettera invero un po' ironica, di Moro e quella di Dossetti, addolorata che prefigura una sistemazione di Mortati nella costituenda Corte costituzionale.

fino alla sua nomina a Giudice costituzionale il 20 luglio 1960 e, poi, al suo collocamento a riposo e alla sua nomina a professore emerito ⁽¹⁵⁸⁾.

⁽¹⁵⁸⁾ Mortati, trasferitosi da Macerata all'Istituto Universitario di Napoli a partire dal 23 novembre 1942 (v. AMPI) per le Istituzioni di diritto pubblico (ma insegnò per incarico anche Diritto internazionale nel 1944/45), venne chiamato nella Facoltà di Economia e Commercio di Napoli dall'anno accademico 1948/49 (v. *Verb. Fac. Economia e Commercio*, 18 ottobre 1948, AMPI). Nel giugno 1946 gli era stato invece preferito Carlo Maria Jaccarino. Il suo ritorno a Roma non fu facile: all'inizio degli anni Cinquanta sia Mortati che Esposito avevano vinto il ricorso al Consiglio di Stato (ord. del 21 aprile 1952) contro la chiamata di Alfonso Tesauro. In seguito venne chiamato a ricoprire nella Facoltà romana la Cattedra di Diritto costituzionale italiano e comparato Carlo Esposito, che aveva poi contribuito in modo determinante al passaggio di Mortati all'insegnamento di Istituzioni di Diritto pubblico (v. *Verb. Consiglio di Facoltà di Scienze politiche* del 2 luglio 1955 - Presenti Amoroso - preside -, Ciasca, Volpicelli, Morelli, De Mattei, Esposito, D'Addario, Capograssi, Toscano; D.M. 9 agosto 1955 con decorrenza 1 novembre 1955; in AMPI). Il trasferimento alla Cattedra di Diritto costituzionale italiano e comparato avvenne l'anno dopo (v. *parere favorevole del Cons. sup. pub. istruzione* del 20 luglio 1956, AMPI). Collocato a riposo con D.M. 28 novembre 1966 dal 1 novembre 1967, venne nominato professore emerito su proposta del Consiglio di Facoltà di Scienze politiche 1 ottobre 1968 (rif. delibera 22 dicembre 1967) e con D.P.R. 27 dicembre 1968.

GIULIANO AMATO

COSTANTINO MORTATI
E LA COSTITUZIONE ITALIANA.
DALLA COSTITUENTE
ALL'ASPETTATIVA MAI APPAGATA
DELL'ATTUAZIONE COSTITUZIONALE

L'istanza che sta alla base del principio democratico — ha scritto Mortati nel commentare l'art. 1 della Costituzione — ha trovato « il suo profondo fondamento e la più essenziale giustificazione nell'etica cristiana che, mentre attribuisce valore assoluto alla persona umana e così riconosce a ognuno pari dignità, quale che sia la condizione e posizione occupata, impone poi di considerare gli altri simili a sé e a tutti di prodigarsi in una reciproca, operosa gara di affratellamento » (1).

È tra le più sintetiche, ma anche tra le più chiare ed eloquenti, fra le indicazioni che offre Mortati della propria visione del mondo, dell'etica in cui si riconosce e dalla quale parimenti discendono la sua progettazione istituzionale alla Costituente, la sua ansia di veder attuato il progetto negli anni '50, la sua delusione negli anni successivi di fronte a quella che continuava a sembrargli una Costituzione inattuata, anche quando era giunta la Repubblica delle autonomie e vigoroso era ormai divenuto il pluralismo sindacale.

Cerchiamo allora di addentrarci nella sua Costituzione, che nonostante le sconfitte subite da alcune sue proposte in Assemblea, egli difese e spiegò dopo l'entrata in vigore, sostenendone la coerenza a un disegno limpido e unitario che continuò a rite-

(1) C. MORTATI, *Commento all'art. 1*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Principi fondamentali*, Bologna, Zanichelli, 1975, p. 6.

nere il suo. Capiremo così perché egli parlasse ancora di inattuazione quando altri, Enzo Cheli per esempio, esaltava — come vedremo — l'intervenuta attuazione della Costituzione presbite; e capiremo perché la sua posizione rimanesse ciò nondimeno diversa da quella di altri che come lui di inattuazione aveva parlato, non ravvisando nello sviluppo economico e sociale nel frattempo maturato il regime che aveva caldeggiato dopo la Resistenza. Sotto entrambi i profili, sarà il suo esplicito richiamo all'etica cristiana la chiave essenziale di spiegazione.

La Costituzione, secondo Mortati, doveva costruire, con i suoi principi e con i suoi assetti organizzativi, uno Stato capace di affrontare il problema cruciale del nostro tempo: l'ingresso nella vita politica di decine di milioni di cittadini, che portano in essa istanze e pressioni a cui occorre rispondere con istituzioni che siano ricettive quanto serve per essere condivise e autorevoli e stabili quanto basta a non essere travolte. È il problema che, nel 1946, l'Europa continentale non ha ancora saputo risolvere e che ha generato il fascismo dopo aver frantumato le istituzioni liberali (2).

Da queste parte Mortati, come molti, per sottolineare i loro difetti e per prospettare poi il suo, contrapposto modello. Lo Stato liberale, prigioniero della libertà di mercato e incapace di interventi correttivi delle diseguaglianze che crescevano nella sua società, non seppe darsi una base sociale omogenea e risultò privo per ciò stesso del primo e più essenziale dei fondamenti. I suoi istituti rappresentativi, indifferenti alle riemerse articolazioni economiche e categoriali e tutti poggianti sulla sola rappresentanza politica, costituirono un legame sempre più attenuato e parziale. Le sue istituzioni di governo, plasmate sulla omogeneità di una società elitaria non più esistente, non ebbero alla fine la stabilità e la forza necessarie (3).

Il modello di Mortati punta su forti innovazioni relative a ciascuno di questi tre punti essenziali: su uno Stato che si im-

(2) Cfr. *Il potere legislativo nel progetto di Costituzione*, un saggio del 1947, ora in *Raccolta di scritti*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1972, p. 454 ss.

(3) Cfr., in particolare, *Dallo Statuto albertino alla Costituzione della Repubblica*, saggio del 1961, ora in *Raccolta di scritti*, cit., vol. II, p. 329 ss.

pegna nella rimozione delle diseguaglianze, promuovendo l'occupazione, la più equa distribuzione del reddito, lo sviluppo della economia e della stessa iniziativa privata in funzione dell'interesse collettivo; su un collegamento fra società e Stato che poggia sulle comunità intermedie e sulle rappresentanze sociali e di categoria; su istituzioni di governo a stabilità preconstituita e con più forti poteri di indirizzo e di coordinamento.

Nel lavoro di Commissione e di Assemblea il contributo di Mortati investe l'intero arco di questi temi, ma è indubbio che il suo maggiore impegno, ed anche, per la verità, le sue maggiori sconfitte, riguardano il secondo, al quale dedica le sue proposte più articolate e più originali. Se si eccettua infatti quanto dice per il Presidente del Consiglio (che dovrebbe avere poteri nettamente distinti e superiori a quelli dei Ministri) e per la durata del governo (che, sul modello di quello direttoriale, dovrebbe essere non rimovibile per almeno due anni dopo la fiducia)⁽⁴⁾, le proposte che più si ricordano di Mortati sono quelle che innestano su Maritain una rivisitazione delle forme di rappresentanza pre-liberali.

È di Maritain il principio ispiratore di Mortati, così come lo è di Dossetti e di La Pira, che lo travasano in quello che sarà l'art. 2 della Costituzione: il principio del prioritario riconoscimento delle comunità intermedie e del loro ruolo di luoghi privilegiati per lo sviluppo della persona umana.

Diversamente da Dossetti e da La Pira, che vedono in ciò la preminenza della società sullo Stato e la premessa quindi per affermare la funzione puramente integrativa e residuale dello stesso Stato, Mortati, cattolico ma anche giurista formato su letture tedesche, ha una visione più equilibrata, che diventa, nella sintesi fra le sue diverse ispirazioni, più compattamente organicistica. Le comunità intermedie sono gli anelli necessari per congiungere i singoli allo Stato, per educarli ad interessi via via più generali e per rendere quindi lo Stato più forte, più capace di sintesi che la frammentazione degli interessi renderebbe altrimenti impossibili⁽⁵⁾.

(4) Vedi gli interventi nella Seconda Sottocommissione, rispettivamente del 4 gennaio 1947 (in Prima Sezione) e del 3 settembre 1946, ora in *Raccolta di scritti*, cit., Vol. I, pp. 710 e ss. e 692 e ss.

(5) Vedi, in particolare, *La rappresentanza di categoria*, saggio del 1949,

Di qui una serie di proposte, che cercano di innestare sulle istituzioni politiche di derivazione liberale criteri e forme di rappresentanza territoriali e categoriali. Le più note sono quelle relative alla seconda Camera, per la quale Mortati propone prima un'elezione per collegi corporativi, poi, arretrando di fronte alle critiche, un'elezione a suffragio universale e indistinto, ma su liste formate dalle categorie, poi ancora un'elezione di secondo grado ad opera delle Regioni e dei Comuni. Ma non ci sono solo queste, c'è un disegno molto più ampio, che si articola nella proposta di elezione del Capo dello Stato ad opera di un collegio rappresentativo delle forze sociali e degli enti locali (per dargli l'autorità — egli dice — che non può venirgli dal Parlamento e per evitare l'eccesso di autorità che gli verrebbe dall'elezione popolare); nella proposta sulla formazione della Corte Costituzionale, che dovrebbe essere di 18 componenti, nominati su terne del Consiglio Superiore della Magistratura, del Consiglio Nazionale forense, dei professori ordinari di Università; nella proposta, infine, di derivazione weimariana, dei consigli ausiliari, da istituire presso le amministrazioni centrali con rappresentanti eletti dal Parlamento, dalle associazioni sindacali e da altri enti, che insieme dovrebbero dar vita al Consiglio Nazionale dell'economia e del lavoro (e che potrebbero predisporre regolamenti esecutivi delle leggi e formulare pareri sui disegni di legge, sostitutivi in Parlamento di quelli delle stesse commissioni referenti) (6).

Nessuna di queste proposte — com'è noto — ha fortuna e difficilmente potrebbe essere altrimenti in un ambiente dominato dalla diffidenza verso tutto ciò che ricorda il precedente regime, che del corporativismo aveva fatto una bandiera (più ancora, per la verità, che un sistema operante). Si aggiunga poi, al di là di tutto, il peso allora dei partiti, veri pilastri costituenti del nuovo regime, che mai avrebbero potuto spogliare se stessi del proprio ruolo nella formazione delle rappresentanze. Rimane l'art. 2, rimangono la libertà d'associazione, la libertà sindacale, un CNEL

ora in *Raccolta di scritti*, cit., Vol. IV, p. 33 ss., nonché i ripetuti interventi alla Costituente, in *Raccolta di Scritti*, cit., vol. I, p. 734 ss.

(6) Le proposte sono tutte leggibili attraverso gli interventi alla Costituente, in *Raccolta di Scritti*, cit., Vol. I, alle pp. 734 ss., 700 ss., 819 ss., 825 ss.

senza i rami e senza le radici a cui Mortati aveva pensato. Allo stesso modo, sugli altri versanti del sistema costituzionale, rimangono tracce degli intendimenti iniziali, attenuate e frenate dai compromessi sopraggiunti: così è per il ruolo interventista dello Stato e per i limiti funzionali alla iniziativa economica e alla proprietà, così è per la stabilità governativa, rimessa in sostanza alla volontà dei partiti.

Calamandrei dirà presto che la Costituzione è un assemblaggio confuso di principi contrapposti e che vane sono le speranze di chi voleva vincolare con essi l'azione e i fini della nuova Repubblica⁽⁷⁾. Ma è proprio Mortati, che pure avrebbe tanti motivi per dargli ragione, a contrapporgli con più fermezza e con più convinzione la linea della « necessaria » attuazione costituzionale, lungo i binari di quanto aveva detto e proposto nei lavori della Assemblea Costituente.

Il Mortati del 1950 nega che la Costituzione uscita dai compromessi dell'Assemblea sia solo un patto di garanzia tra forze contrapposte e ne mette in luce tutte le residue e ancor forti coerenze⁽⁸⁾. Aver fondato la Repubblica sul lavoro — egli dice — significa aver spazzato via ragioni di distinzione e di prevalenza sociale diverse dal merito di ciascuno e dal contributo di ciascuno al progetto collettivo (Mortati arriva a dire, su questa via, che con un tale fondamento la nostra non poteva non essere una Repubblica e non avrebbe mai potuto essere Monarchia). Aver impegnato la Repubblica a rimuovere gli ostacoli economici e sociali che impediscono la partecipazione di tutti alla vita collettiva significa aver creato le premesse della omogeneità del tessuto sociale, che è essenziale alla funzionalità del regime democratico e che lo Stato liberale, sopravanzato dall'allargamento della sua base, non fu in grado di avere.

(7) Cfr. P. CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, Barbera ed., 1950, p. CXXIX ss.

(8) Da ricordare soprattutto, una triade di saggi del 1952, *La Costituzione e la proprietà terriera*, del 1953, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, e del 1954, *Il lavoro nella Costituzione*, ora in *Raccolta di Scritti*, cit., Vol. III, pp. 105, 141, 225. Si veda anche *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, Vol. XI, 1962, p. 214 ss.

Aver garantito le comunità intermedie, la famiglia, le associazioni, le confessioni religiose, i sindacati, significa aver preconstituito quei gradini essenziali per educare i singoli a fuoriuscire dai loro interessi particolari e a consentire il radicamento di interessi via via più ampi, a beneficio delle scelte e degli indirizzi di competenza dello Stato.

Aver sottolineato, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, i suoi inderogabili doveri di solidarietà collettiva, significa aver percepito la correlazione essenziale fra democrazia e virtù civica, che già Montesquieu aveva percepito e che il liberalismo aveva obnubilato.

È con queste aspettative che Mortati indica la via dell'attuazione costituzionale al Governo, al Parlamento, soprattutto ai partiti, nei quali confida nei primi anni '50 come nei principali custodi ed interpreti della volontà popolare, in vista dell'emancipazione dei più deboli e dell'elevazione collettiva⁽⁹⁾.

Le sue aspettative vanno presto deluse. E in quel primo periodo la sua voce concorre, con la passione e l'autorità che le sono proprie, a un coro assai ampio di critiche severe per il congelamento costituzionale, la Costituzione inattuata, il principe lasciato senza scettro⁽¹⁰⁾. È il periodo della inutile scadenza dei termini, fissati dai Costituenti, per la costruzione delle Regioni; della Corte Costituzionale che non arriva; della Corte di Cassazione che definisce programmatiche le norme della Costituzione e che lascia per questo sopravvivere tutte quelle anteriori che pure le violano; dei conflitti sociali che sboccano a volte in contrasti violenti tra forze dell'ordine e dimostranti, con morti e feriti da quest'ultima parte assai più che dall'altra.

Ce n'è quanto basta per alimentare quel coro e coloro che ne fanno parte non possono non sentirsi uniti da una comune

(9) Si veda, in particolare, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, cit. alla nota precedente, in cui M. rimette alle forze politiche la concretizzazione dei concetti indeterminati, presenti nella Costituzione.

(10) Cfr. G. BALLADORE-PALLIERI, *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, in *Foro padano*, 1954, p. 47 ss.; P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in AA.VV., *Dieci anni dopo, 1945-1955*, Bari, Laterza, 1955; L. BASSO, *Il principe senza scettro*, Milano, Feltrinelli, 1958.

battaglia. Ad ascoltare attentamente le voci, però, ci si accorge che ci sono fra loro differenze anche profonde.

Per una parte sono tutti d'accordo, da Calamandrei a Basso, da Mortati a Balladore Pallieri: è quella che riguarda la perdurante incompiutezza del disegno organizzativo della Costituzione (principalmente per il rinvio della Corte Costituzionale e delle Regioni) e la vigenza ancora riconosciuta alle norme fasciste sul terreno delle libertà civili. C'è però chi va oltre e, per restare ai nomi citati, sono Mortati e Basso a farlo. Per loro l'inattuazione è più profonda, investe il regime prima ancora della forma di governo e va al tessuto dei rapporti strutturali, che si sono congelati negli squilibri e nelle diseguaglianze che la Costituzione imponeva invece di rimuovere.

Basso è molto esplicito in questo e lo è partendo da una ricostruzione del testo costituzionale metodologicamente assai simile a quella di Mortati: la Costituzione è frutto di compromessi, ha subito delle deformazioni — egli dice — soprattutto nella fase finale, quando già era intervenuta la rottura fra la DC e i partiti di sinistra, ricalcando una divisione del mondo in due che aveva imposto la sua frattura anche in Italia. Tuttavia il nocciolo è rimasto in fondo omogeneo e coerente e proprio da qui si deve partire per cogliere i termini della inattuazione successiva.

Anche nella identificazione del nocciolo Basso e Mortati sono abbastanza vicini. La Costituzione intendeva spostare l'asse economico e sociale dai ceti capitalistici ai lavoratori, affidava allo Stato compiti di programmazione e di coordinamento delle attività economiche a fini di riequilibrio, prevedeva che all'interno delle stesse imprese si affermasse il potere dei lavoratori attraverso la partecipazione alla gestione.

Ebbene, nulla di questo è accaduto, si sono anzi seguite politiche — dice Basso — che vanno nella direzione esattamente opposta. E qui la sua critica, come quella di altri, si sposta al regime economico e sociale che si è venuto delineando dopo la ricostruzione e fa balenare un regime diverso, più orientato verso il socialismo, come sbocco naturale di una Costituzione che fosse efficacemente attuata ⁽¹¹⁾.

(11) Cfr. L. Basso, *Il principe senza scettro*, cit., in partic. p. 134 ss.

Si coglie a questo punto la valenza schiettamente politica dell'analisi di Basso, che è per ciò stesso profondamente diversa da quella degli autori che identificano l'inattuazione con l'incompletezza organizzativa. L'inattuazione di Basso è bandiera di una parte politica che fa propria la Costituzione, accusa chi governa di averla tradita, promette che la Costituzione sarà attuata quando la sinistra avrà il potere e attuerà i propri disegni; ai quali fornisce una forte legittimazione, perché lascia intendere che sta in essi, e solo in essi, il rispetto della Carta fondamentale.

Ma qui, in questo essenziale risvolto dell'impostazione basiana, c'è ancora l'analogia con Mortati? Mortati non condivide la promessa del socialismo, non si identifica con le parti politiche portatrici di tale promessa, di sicuro non può quindi seguire Basso e la sinistra sin qui. C'è anzi un dato testuale che chiaramente ci fa capire come egli la pensi sotto questo profilo: andando alle ragioni che provocano l'inattuazione dei principi sostanziali — non della parte organizzativa della Costituzione — Mortati la imputa agli ostacoli che impediscono la necessaria omogeneità sociale e che tengono vive per ciò stesso le tensioni classiste e antisolidaristiche. Ebbene il primo degli ostacoli che egli indica, ancora nel 1973, è il partito Comunista, i cui legami con l'Unione Sovietica portano a farlo ritenere « antisistema »⁽¹²⁾.

Si dirà che questo, in ogni caso, poco ha a che vedere con le idee di Basso e con le stesse analisi di tante parti della cultura comunista, ampiamente slegate dai legami con l'URSS. Resta vero che Mortati affida la costruzione della sua società alla solidarietà, non al conflitto ed è pertanto lontano dalla sinistra di cui condivide soltanto l'analisi delle diseguaglianze e l'esigenza di una società futura diversa da quella presente e più simile alla sua Costituzione.

Resta vero, soprattutto, che Mortati non fa dell'attuazione una bandiera strumentale, identificandola con il destino di una parte politica. Mosso da una visione più ancora etica che politica, è perciò immune, nella valutazione dei fatti, dalle convenienze di qualunque parte politica. È questo a spiegare ciò che apparirebbe altrimenti un paradosso: e cioè che sarà lui l'unico a parlare ancora di Costituzione inattuata, quando tutti gli altri,

(12) C. MORTATI, *Senato corporativo*, in *Gli Stati*, gennaio 1973, p. 16 ss.

compresi i fautori di un socialismo di cui lui mai era stato fautore e che certo nel frattempo non ha mai avuto attuazione, lasceranno silenziosamente cadere l'argomento, o addirittura si riconosceranno nella formula della Costituzione « presbite », della Costituzione cioè pienamente attuata con l'avvento dello statuto dei lavoratori e delle Regioni.

La formula è — come è noto — di Enzo Cheli⁽¹³⁾ e scaturisce dalla sua analisi del primo trentennio repubblicano in chiave di progressiva rimarginazione della frattura determinatasi nell'assetto politico, proprio mentre i costituenti erano nel pieno del loro lavoro. Quella frattura — dice Cheli — restò fuori dall'Assemblea Costituente e i costituenti, pienamente consapevoli della portata storica del loro ruolo, si concentrarono sulle distanze lunghe, costruendo un tessuto istituzionale fatto apposta per quel dialogo, quel pluralismo politico e sociale che allora si stava interrompendo, ma per la cui ripresa era essenziale lavorare. Il disegno costituzionale risultò così fortemente anticipato rispetto alla realtà italiana degli anni '40 e '50.

Ma l'evoluzione successivamente intervenuta lo ha reso lungimirante e ne ha consentito per ciò stesso lo scongelamento, non appena le condizioni lo hanno reso possibile.

Le premesse dello scongelamento sono di carattere sociale, ma anche di ordine politico e riguardano la semi-accettazione del partito comunista come partito di governo: le Regioni si fanno anche perché, almeno a quel livello, verso i comunisti, sperimentati amministratori di comuni e provincie, non c'è più preclusione. I comunisti in quel momento, cercano di caratterizzare il loro ingresso in una con il riordinamento dell'intero settore delle autonomie che ora si rende possibile, come veicolo di quell'attuazione costituzionale, non solo organizzativa, di cui erano stati fautori. Parlano di « irruzione delle masse sul terreno delle istituzioni », di saldatura della « battaglia autonomista con quella per la socializzazione del potere e dell'economia fino a farne il punto di partenza per realizzare una nuova tappa della rivoluzione democratica e antifascista, entro il quadro di riferimento della Costituzione

(13) E. CHELI, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 61.

repubblicana » (14). È — rispetto all'evoluzione reale dei fatti — una vampata di retorica. Nei fatti, il pluralismo sociale e istituzionale con il quale si completa la Costituzione presbite introduce e potenzia in Italia le tensioni centrifughe, i particolarismi, le scale di mediazione faticosa e sempre parziale, che caratterizzano tutte le società mature. Questo non disturba Cheli che con lucidità assoluta non ritiene si possa chiedere nulla di più o di diverso e che si pone caso mai il problema dei correttivi da introdurre nella Costituzione pur presbite, per renderla più idonea al governo, oltre che alla canalizzazione della società matura (15). Non disturba, al fondo, neanche i comunisti i quali ne prendono atto, si impegnano nel governare ciò che loro ora governano e cessano comunque di parlare di Costituzione inattuata.

Rimane invece fermo nel suo giudizio Mortati, che critica i partiti, tutti i partiti, per i compromessi a cui si adattano senza più la capacità di indirizzi dirimenti, che segnala il prevalere, ormai, degli interessi particolari, da nessuno orientati verso visioni più generali, vede le stesse tendenze eversive degli anni '70 come un frutto della inattuazione della Costituzione (le diseguaglianze che questa ha lasciato generano moti di sovversione e i moti di sovversione fanno da alibi per continuare nell'inattuazione...) (16).

Siamo alla fine del ciclo e dovrebbero esserci chiare le ragioni dei protagonisti che abbiamo seguito: la Costituzione risulta attuata per coloro che ne hanno visto agli inizi mutilato il disegno organizzativo; risulta parimenti attuata per coloro che hanno visto in essa il teatro della convivenza e del dialogo, negati nei primi anni ma affermatasi con il trascorrere del tempo e intrecciatisi, non casualmente, con il completamento del disegno organizzativo; risulta infine largamente attuata anche per coloro che ne sostengono il valore di promessa socialista negli anni della propria emarginazione e che prendono atto oggi della propria progressiva legittimazione nel quadro costituzionale (oltre che dello straordina-

(14) P. BARCELLONA, *Prefazione a A. BARBERA, Le istituzioni del pluralismo*, Bari, De Donato, 1977, p. 8.

(15) E. CHELI, *Parlamento e Governo: le riforme possibili e utili*, in AA.VV., *Governare il cambiamento*, Roma, Ediz. Avanti!, 1982, p. 53 ss.

(16) Si veda *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., p. 223 e p. 230, nonché *Senato corporativo*, in *Gli Stati*, cit.

rio progresso, nonostante i perduranti squilibri, nelle condizioni economico-sociali degli italiani); non risulta invece attuata per chi la vide come promessa di una società di eguali, armonicamente legati dalla « virtù », dalla consapevolezza diffusa dei doveri oltre che dei diritti, dall'etica della solidarietà, che era e rimane un ideale inadempito.

Residua per noi, oltre alla comprensione, un giudizio? Chi scrive si identifica nella sostanza con l'analisi e le conclusioni di Cheli: la crescita della società porta con sé, insieme, l'attenuazione delle durezza e delle contrapposizioni ideologiche e l'esplosione di un pluralismo necessariamente nutrito da interessi particolari, che chiedono ciascuno voce in capitolo e risorse e che rendono sempre più ardua l'azione non puramente mediatrice di governo.

In questa luce, l'inattuazione era destinata a cedere il passo all'attuazione e l'attuazione non avrebbe potuto di molto discostarsi da quella che in concreto c'è stata.

L'inattuazione a lungo lamentata dalla sinistra in nome del socialismo e di sé, non ha del resto altro senso se non quello strumentale qui segnalato. Storicamente, anzi, non ne ha alcuno, proprio perché l'attuazione che essa evocava era, sin dall'inizio, un non-sense storico. La Costituzione, infatti, non era e non poteva essere l'anno zero del nostro regime economico e sociale; e la sinistra ha sempre saputo che quel regime risultava già ipotecato, in parte contro la sua volontà, in parte però per suo stesso contributo, grazie alle tendenze messi in moto mentre a Montecitorio si scriveva la Costituzione. Con esse non solo si era rimessa in moto la macchina del capitalismo (altro non si poteva e non aveva senso fare); ma lo si era fatto con indirizzi e decisioni che avevano concesso assai poco, non diciamo al socialismo, ma neppure alle aspirazioni interventiste, equilibratrici e programmatiche della sinistra. Erano presto cadute — lo si ricorderà — la richiesta del cambio della moneta e quella connessa dell'imposta sulle giacenze liquide; erano state messe da parte — per bocca dello stesso Togliatti — le istanze pianificatorie; si era usciti da una situazione debitoria pericolosissima attraverso la drastica stabilizzazione di Einaudi; si era quindi avviata la ripresa della produzione, orientata verso l'esportazione e con consapevole sacrificio dell'occupazione e

dei salari, allo scopo di tenere compressa la domanda interna ed evitare rinnovati avviticamenti inflazionistici (17).

Erano questi i binari su cui si era avviato il Paese. Se altri avrebbero potuto essere è questione su cui gli storici hanno a lungo disputato. Di certo, una volta che li si era scelti non erano più le norme costituzionali che li potevano cambiare. Il regime era ormai definito e la Costituzione inattuata della sinistra poteva solo valere come arma polemica nei confronti dei partiti al governo, per sottolineare, in chiave di rafforzante « illegittimità », gli squilibri, le ingiustizie, le diseguaglianze che concretamente rimanevano. E così è stato: nulla di meno, ma neanche nulla di più.

Rimane l'inattuazione di Mortati. Anch'essa, per certi versi, è fuori dalla storia, così come lo è la pretesa di qualunque visione etica di uniformare a sé regimi e governi di Stati democratici. Mortati, però, aveva rinunciato, già alla Costituente, all'architettura organizzativa conseguente alla sua visione e di questa aveva fatto sopravvivere con tenacia, i cardini morali. In questi termini, la sua insoddisfazione si riporta alla correlazione essenziale di Montesquieu fra repubblica (Mortati dice: democrazia) e virtù. Nulla di più, ma neanche nulla di meno. E proprio per questo non è facile sbarazzarsi né della correlazione, né dell'insoddisfazione di chi ne ha ricordato e ne ricorda, a tutti, lo scarso rispetto.

Per chi sia convinto che la nostra è una buona, ancorché perfettibile, democrazia e sia altresì convinto che lo sviluppo non può non far crescere il gusto anche pagano del privato, le aspettative di consumo, le istanze appropriative, sarebbe sciocco e contraddittorio correre ai ripari, tornando a immaginare regimi e governi diversi.

Altrettanto sbagliato sarebbe tuttavia non cogliere le questioni, attualissime e aperte, che l'insoddisfazione di Mortati ancora segnala: la prima questione è quella dello spazio che, nella

(17) Si vedano, sulla effettività del regime economico-sociale costruito nel dopoguerra e sul rapporto a tal fine determinatosi fra le posizioni dei partiti di governo, V. FOA, *La ricostruzione capitalistica e la politica delle sinistre*, in AA.VV., *Italia 1945-48, Le origini della Repubblica*, Torino, Giappichelli, 1974, p. 99 ss., nonché A. GRAZIANI, *L'economia italiana, 1945-70*, Bologna, Il Mulino, 1972, p. 19 ss.

regolazione di società complesse e articolate, è utile lasciare, o forse restituire, a forme di solidarietà spontanea, nelle aree delle relazioni comunitarie associative, cooperativistiche, che fungono da miscelatori di interessi privati e alle quali non arriva, o arriva con effetti distorsivi, la regolazione statale.

Ancorché più limitato e parziale è questo l'ambito più coerente a quello a cui storicamente si riferiva lo stesso Mortati nella sua costruzione organicistica della società che sale allo stato, e all'interesse generale, attraverso i successivi gradini delle comunità intermedie. Se questa costruzione generale è fuori della storia, non lo è invece il recupero e l'incoraggiamento dell'autoregolazione comunitaria ovunque possibile⁽¹⁸⁾.

La seconda questione, che non è di modellistica istituzionale ma di cultura e di etica politica, investe la specifica professionalità di chi si assume il compito di occuparsi dei problemi degli altri. Proprio perché i confini delle società organizzate si sono allargati e l'accesso ai molteplici canali che immettono nelle nostre molteplici istituzioni è riconosciuto a chiunque abbia voce per pretenderlo, la legittimazione di chi fa politica, e si trova perciò nei passaggi cruciali, sta e cade con il rispetto della sua funzione: occuparsi dei problemi degli altri con l'occhio ad equilibri generali, ispirati a fini e a valori di interesse generale. È nel senso più pregnante e palese, la correlazione fra democrazia e virtù; ed è un connotato, senza il quale far politica diviene soltanto partecipare, con titoli assai più contestabili di quelli degli altri, al torneo appropriativo, che è tanta parte della vita democratica.

Datato forse più di altri nella sua formazione culturale e nei modelli organizzativi che ne poté derivare, Mortati deve alla sua straordinaria sensibilità e al suo acuto senso della storia la lungimiranza di tante sue analisi. A volte, spinto dalla sua ansia morale, è stato sin troppo generoso, come quando ha affidato alla contestazione giovanile e alle turbolenze sindacali degli anni '70 le

(18) Al di là di una letteratura neo-utopica, che ha avuto breve corso nei tardi anni '70, in connessione con l'aspettativa della fine dello sviluppo, si vedano utili indicazioni in W. SHEECK e P.H. SCHMITTER, *Comunità, mercato, stato e associazioni. Il possibile contributo dei governi privati all'ordine sociale*, in *Stato e mercato*, aprile 1985, p. 47 ss.

speranze di quella « attuazione » di cui i partiti si erano rivelati incapaci. Può darsi perciò che i problemi che ha sollevato valgano di più di alcune soluzioni che lui stesso ha indicato. Ma a ben pensare è proprio per questa sua qualità, per i problemi che ha visto, per quelli che ha continuato a considerare aperti quando altri o li riteneva chiusi o non li coglieva neppure, che lo annoveriamo fra i grandi maestri.

LEOPOLDO ELIA

APPUNTI SU MORTATI
E LE FORME DI GOVERNO

1. A rileggere, tanto tempo dopo, le lezioni sulle forme di governo tenute da Costantino Mortati per l'anno accademico 1959-60 si prova un sentimento di gratitudine profonda accresciuto dalla prospettiva *à rebours* per un'opera così pionieristica. Le lezioni (meritoriamente raccolte dal Fois) ⁽¹⁾ erano indirizzate, non a caso, agli studenti di una facoltà di scienze politiche per il corso di diritto costituzionale italiano e comparato. Ma, se molto c'era da attendersi dall'autore dell'ordinamento di governo e della costituzione in senso materiale, il risultato superava le aspettative per ampiezza di respiro storico e per concretezza di visione mirata: del resto, il capitolo aggiunto nel 1973 sulla forma di governo vigente in Italia aggiornava con riflessi di carattere più generale il tema dei rapporti tra assetto giuridico del potere di direzione politica e sistema dei partiti, tenuto conto degli apporti politologici e costituzionalistici più recenti. Anche se da allora sono trascorsi molti anni (quasi un trentennio a partire dalle prime lezioni) la rilettura è sempre stimolante, specie se accompagnata da raffronti con la seconda parte della *voce* sulla Costituzione della Repubblica italiana ⁽²⁾ e con i paragrafi corrispondenti delle Istituzioni di diritto pubblico 1975/6 ⁽³⁾.

2. Una caratteristica costante della trattazione del Mortati è data dallo strettissimo nesso tra forma di stato e forma di

(1) E apparse in forma definitiva nel volume C. MORTATI, *Le forme di governo*, Padova, 1973.

(2) In *Enc. del diritto*, vol. XI, Milano, 1962, specie pp. 222-231.

(3) Cfr. in particolare tomo I, pp. 384-420.

governo in senso proprio. Certo, in dottrina è frequente la trattazione abbinata dei due argomenti⁽⁴⁾; nel nostro autore la concezione « compatta » di costituzione esercita un peso assai forte nel senso di rendere « strumentale » la forma di governo al conseguimento delle finalità assunte dalle forze politiche portatrici dell'ordinamento. Questo nesso (che consente di trattare separatamente le forme di governo solo per motivi di comodità didattica o espositiva) non è meno forte nello stato democratico contemporaneo: è vero che tale forma di stato consente, a differenza di altre, di realizzarsi in una molteplicità di forme di governo, il che può conferire in qualche modo una maggiore autonomia alla trattazione di questo tema; ma lo stato democratico, oltre a requisiti comuni a tutte le sue diverse manifestazioni di struttura e di funzionamento⁽⁵⁾, si caratterizza in primo luogo per una variabile che coinvolge forma di stato e forme di governo; e cioè per il ruolo che riescono effettivamente a svolgere nella dinamica dell'ordinamento il corpo elettorale e l'intero popolo.

La trattazione dei due temi cui ora ho fatto cenno presuppone certo una sintesi storica; e su questo piano mi sembra che la più ricca ripresa e integrazione del testo di Mortati (soprattutto per le sopravvenute revisioni critiche nella recente storiografia) si trovi nel contributo del 1984 di Giuliano Amato⁽⁶⁾.

3. Proprio dagli scritti di Mortati dei quali ho fatto menzione all'inizio emerge una autorevole conferma a proposito di una distinzione di Amato⁽⁷⁾ tra elementi costitutivi ed elementi condizionanti della forma di governo, e di quella parlamentare in primo luogo. La conformazione del sistema partitico può incidere (anche in modo pervasivo), come è noto, sui rapporti tra corpo elettorale e organi competenti a deliberare l'indirizzo po-

(4) Cfr. ora G. AMATO, in *Man. di dir. pubbl.*, Bologna, 1984; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al dir. cost. comparato*, 6^a ed., Milano, 1988; L. PALADIN, *Lezioni di dir. cost.*, Padova, 1989; F. CUOCOLO, nel *Digesto IV edizione*, Torino, 1989.

(5) Vedile riassunte da ultimo, sulle tracce di Dahl, in A. LIJPHART, *Le democrazie contemporanee*, Bologna, 1988, pp. 11-12.

(6) Cfr. *Manuale*, cit., pp. 35-87.

(7) *Eod. loco*, pp. 71-72.

litico, nonché sulle relazioni tra i titolari di questi. Peraltro, a mio avviso, questa constatazione non comporta che tutte le modificazioni della conformazione partitica determinino l'alterazione della forma di governo: alcune possono essere condizionanti in misura tale da mutare il sottotipo di governo parlamentare (dal pluripartitismo al bipartitismo), altre invece provocano soltanto la fine di una situazione di preminenza all'interno di una coalizione, o trasformano in « partito di governo » una formazione politica che, secondo le convinzioni prima prevalenti, non poteva considerarsi tale. In ogni caso si tratta di distinguere bene gli effetti delle variazioni nella struttura partitica e riconoscere che si tratta di condizionamento o elemento condizionante non di mero fatto ma legittimato da noi, sul piano giuridico, dall'art. 49 Cost.⁽⁸⁾. Orbene, troviamo negli scritti di Mortati precedenti precisi che confortano la distinzione di Amato: malgrado qualche inevitabile oscillazione di linguaggio, la formula che incontriamo più spesso in queste pagine è quella dell'*influenza* del sistema partitico sull'assetto formale degli organi e soprattutto sul loro funzionamento⁽⁹⁾. È evidente che tra « l'influenza » di Mortati e di molti altri autori e il « condizionamento » di Amato la differenza è soltanto verbale. Inoltre Mortati distingue nitidamente l'organizzazione della base dello stato democratico (partiti) dalla organizzazione delle sue strutture di governo (nonché dei limiti esterni che gli organi di direzione politica incontrano ad opera di altri organi estranei a tale funzione, come la Corte costituzionale, ecc.).

Piuttosto è da chiedersi se, secondo una non recente indicazione di M.S. Giannini, nello stato contemporaneo non si debba parlare di un « governo di partiti » o di partito, che avrebbe estinto la forma di governo parlamentare⁽¹⁰⁾. Recentemente questa opinione alternativa è stata espressa, rovesciandola, a pro-

(8) Per una precedente precisazione cfr. L. ELIA, in AA.VV., *Critica dello Stato sociale*, a cura di Baldassarre e Cervati, Bari, 1982, pp. 104-106.

(9) Ad es. in *Forme di gov.*, cit., p. 448.

(10) Cfr. *Prefazione* a G. BURDEAU, *Il regime parlamentare nelle costituzioni europee del dopoguerra*, trad. it., Milano, 1950 (testo francese del 1932), pp. XIX e XXII.

posito del governo presidenziale statunitense, al cui avvento in questo secolo si sarebbe accompagnata la scomparsa del governo di partito, affermatosi con la presidenza Jackson e dominante fino ai primi del novecento⁽¹¹⁾. Queste posizioni dottrinali risentono delle nette cesure che Carl Schmitt ebbe a segnare tra il parlamentarismo europeo del XIX e quello del XX secolo⁽¹²⁾: cesure che si contrappongono alle affermazioni di continuità dei congegni delle forme di governo, pur nel succedersi di forme diverse di stato nelle quali essi si collocano. Inoltre, per gli stati democratici, la maggior parte degli autori, come si è visto, ritiene che essi presuppongono in ogni caso la presenza di un sistema partitico e la sua capacità di incidere sulla vita costituzionale, risultando così concausa delle diverse forme di governo, dei loro sottotipi e del loro modo di funzionare.

Sembra che, malgrado taluni aspetti suggestivi della proposta, si debba tener ferma, soprattutto per le democrazie europee, la combinazione-distinzione tra sistema politico e organizzazione delle strutture di governo. Ma è utile che chi studia le forme di governo dello stato democratico non dia per pacifica l'« importanza essenziale » per la loro comprensione e spiegazione, assunta dai sistemi partitici odierni⁽¹³⁾: è anzi necessaria una verifica, caso per caso, del *ruolo* che i partiti riescono effettivamente ad esercitare, ruolo che appare certamente ridotto nell'ordinamento statunitense rispetto agli *standards* ottocenteschi. Su questo punto si possono richiamare i dati e le considerazioni sviluppate qualche anno fa da Baldassarre⁽¹⁴⁾, non senza notare che l'obsolescenza o la trasformazione dei partiti di massa tradizionali si connette a tendenze che incidono non soltanto sulla forma di governo, ma finiscono per chiamare in causa la stessa

(11) Cfr. M. CALISE, *Governo di partito - Antecedenti e conseguenze in America*, Bologna, 1989, *passim*, ma specialmente l'*Introduzione* (pp. 11-61).

(12) Cfr. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, München, 1923, ripreso poi da M. DUVERGER, *La nostalgie de l'impuissance*, Parigi, 1988, pp. 13 e 78-85.

(13) Cfr. G. PASQUINO, voce *Forme di governo*, in *Dizionario di politica*, Torino, 1983, p. 439 ss.

(14) Cfr. il saggio premesso a J. RASCHKE, *I partiti dell'Europa occidentale*, Roma, 1983, pp. IX-LVIII.

forma di stato delle democrazie contemporanee. La riduzione o semplificazione operata da Calise nei confronti del regime di Washington (governo presidenziale e insieme ampie deleghe alle *corporations*) è probabilmente eccessiva sacrificando troppo il ruolo del Congresso e delle sue commissioni: ma coglie un fenomeno che non sempre viene percepito in Europa, con conseguenze serie circa la proponibilità di trapianti nel nostro continente della forma di governo presidenziale. Basti pensare che alla emarginazione dei partiti statunitensi fa sì riscontro nelle democrazie europee una grave crisi dei partiti di massa, una crisi che tuttavia non mette in pericolo, malgrado qualche eccezione proprio nel Regno Unito, la disciplina di voto ottenuta dalla dirigenza dei gruppi parlamentari.

Comunque, anche sulla debolezza dei partiti statunitensi (e della loro organizzazione) Mortati aveva pagine molto precise, identificando le cause del fenomeno che è poi venuto accentuandosi⁽¹⁵⁾, e trattando con grande equilibrio il tema dei « gruppi » di pressione nel maggior stato nord-americano.

4. La distinzione (o contrapposizione) recentemente sistematizzata dal Lijphart tra democrazie - modello Westminster e democrazie - modello consensuale⁽¹⁶⁾ mette in crisi le classificazioni più accreditate delle forme di governo? Com'è noto, si tramandano in questo campo tipizzazioni accolte spesso acriticamente (forma parlamentare e presidenziale, generalmente arricchite da quella direttoriale di tipo elvetico e dall'altra semi-presidenziale di creazione francese a partire dal 1962)⁽¹⁷⁾. Indubbiamente, la « trasversalità » della nuova partizione appare un criterio distintivo di rilievo per valutare forme di governo disposte lungo un arco che vede contrapposti ai due estremi il Regno Unito e la Confederazione svizzera, lasciando al centro il governo presidenziale statunitense.

(15) Cfr. *Le forme di governo*, cit., pp. 301-340; sui gruppi di pressione in particolare pp. 337-338.

(16) Cfr. *Le democrazie*, cit., in particolare pp. 11-46.

(17) Cfr. DOGLIANI, *Spunti metodologici per un'indagine sulle forme di governo*, in *Giur. cost.*, 1973, pp. 235 ss. in particolare. Più di recente cfr. P. RIDOLA, *La classificazione dei regimi parlamentari*, Roma, 1988.

Anche qui (trattandosi di esprimere giudizi di maggiore o minore democraticità e di idoneità relativa alle singole situazioni circa l'applicazione del principio maggioritario e di quello consensuale secondo cui « il governo deve rispondere agli interessi del maggior numero possibile di persone »⁽¹⁸⁾) si trascende il dibattito sulle forme di governo in senso stretto, per toccare problemi che coinvolgono la caratterizzazione della forma di stato. Valenza trasversale avrebbe pure una classificazione che si fondasse sull'incidenza del voto del corpo elettorale in ordine alla scelta dei titolari della carica di governo, affiancando sul piano sostanziale la designazione del Presidente statunitense e del Premier inglese.

Tornando al criterio argomentato da Lijphart, esso si risolve relativisticamente nella conclusione che il modello di democrazia maggioritaria si rivela particolarmente adatto alle società omogenee ed in queste funziona meglio, mentre il modello consensuale è più adatto alle società *plurali* o meno omogenee per la persistenza di *cleavages* di varia natura. È evidente, peraltro, che il politologo olandese giustifica (e in qualche modo preferisce da un punto di vista di valore) l'uso del sistema proporzionale e il ricorso alle più ampie intese possibili di coalizione (consociativismo adottato dal 1959 per il Consiglio federale svizzero con la cosiddetta formula magica del 2.2.1. per i tre maggiori partiti della Confederazione).

Contro la proporzionale (e più velatamente contro il modello consensuale di democrazia) ha preso posizione l'anno scorso Karl Popper che, anche sul piano etico, ha massimizzato come caratteristica propria del sistema democratico la possibilità di sostituire pacificamente i governanti, perché sia sul piano funzionale che su quello morale la condotta dei partiti può migliorare solo se questi sono realmente minacciati dal pericolo di sostituzione nelle cariche di governo⁽¹⁹⁾. Da questo punto di vista è chiaro che la stabilità elvetica non corrisponderebbe affatto ai canoni di una democrazia migliore: né al pluralismo delle opi-

(18) Cfr. LIJPHART, *Le democrazie*, cit., p. 14.

(19) Cfr. articolo « La proporzionale tradisce la democrazia », su *La Stampa* del 7 agosto 1987, terza pagina.

nioni che si affermano in una società aperta dovrebbe corrispondere quello che chiamerei il multipartitismo stagnante delle democrazie consensuali o consociative. Può apparire singolare che dal favore di Popper per i sistemi maggioritari esca, per così dire, delegittimata una prassi di governo come quella svizzera presa a modello, fino a qualche tempo fa, per grandi coalizioni in Austria, nel Benelux e, transitoriamente, anche in altri paesi, magari come *gradus ad Parnassum* per il sistema popperiano, fornito di minaccia effettiva di rimozione nei confronti dei detentori del potere. Ma l'importanza della presa di posizione di Popper (al di là del caso elvetico che potrebbe essere considerato la classica eccezione) consiste nel rifiuto tendenziale del relativismo di Lijphart e comunque degli eccessi del proporzionalismo accolto in più di un paese del continente europeo. Come si situa il pensiero di Mortati nei confronti di queste tesi « sopravvenute » rispetto ai suoi lavori in argomento ma tutte già in qualche modo presenti, anche se in forme meno esplicite, nel dibattito degli anni '50 (si pensi alla legge maggioritaria del '53)? Preferisco rispondere nel paragrafo successivo, dedicato alle opinioni del nostro autore sulla forma di governo della Repubblica italiana nel periodo 48-75.

5. In realtà nel giurista politico Mortati (tenuto conto, a modo di premesse, anche delle posizioni assunte negli anni intensi precostituenti e costituenti) si sviluppano sia la tendenza al modello Westminster sia la spinta alla democrazia consensuale. Detto così può sembrare che questa duplice pulsione, specie se verificata in contemporanea, sia contraddittoria e perfino paradossale. Da una parte la forma di governo parlamentare è concepita da Mortati, anche prima del secondo dopoguerra, all'interno di uno schema monista, secondo un continuo maggioranza elettorale-maggioranza parlamentare-governo, che esclude dualismi vecchi e nuovi⁽²⁰⁾; del resto, già nei lavori dell'Assemblea costi-

(20) Per la scelta del regime parlamentare monistico e maggioritario da parte della Assemblea Costituente v. *Le forme di governo*, cit., p. 430. Apparentemente « dualistica » sembrerebbe al contrario la definizione del nostro regime parlamentare in *Istituzioni*, cit., tomo I, p. 525; ma in sostanza Mortati

tuate Mortati, insieme con Tosato (anche se con significativi dissensi tra i due costituzionalisti) era stato in prima fila tra i « tecnici » fautori di soluzioni stabilizzatrici dell'esecutivo nel rapporto Parlamento-Governo⁽²¹⁾. Né si può dimenticare che durante e dopo la Costituente l'autore è stato uno dei più convinti sostenitori della superiorità effettiva del Primo ministro rispetto agli altri membri del Governo; è vero che, in dissenso da Tosato, volle che fosse mantenuta la figura di organo costituzionale dei ministri sul fondamento della loro riaffermata responsabilità davanti al Parlamento⁽²²⁾, ma poi proprio Mortati, in posizione minoritaria, ritenne l'esistenza, nel nostro ordinamento repubblicano, di un potere del presidente del consiglio di proporre al Presidente della Repubblica la revoca dei ministri⁽²³⁾. Questa propensione a rafforzare l'unità e la capacità operativa del Governo è poi accresciuta nel nostro autore dalla consapevolezza che senza governi stabili non si possono attuare le promesse contenute nella prima parte della Costituzione⁽²⁴⁾. Da ultimo si possono ritenere sul versante propriamente popperiano le implicazioni del procedimento dialettico caratterizzante lo Stato democratico, ravvisate da Mortati nell'alternativa al governo con lo scambio della maggioranza e dell'opposizione nella direzione della politica nazionale⁽²⁵⁾ e nella assunzione di precise responsabilità di fronte

vuole respingere la concezione « monistico-assembleare » tipica delle posizioni enunziate dalla sinistra e particolarmente da quella comunista durante i lavori dell'Assemblea Costituente. Mi sono riferito ai dualismi vecchi perché l'A. esclude anche quelli orleanisti e weimariani.

(21) Cfr. F. BRUNO, *I giuristi alla Costituente: l'opera di Costantino Mortati*, in AA.VV., *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, a cura di U. De Siervo, t. II, Bologna, 1980; G. AMATO e F. BRUNO, *La forma di governo italiana. Dalle idee dei partiti all'Assemblea Costituente*, in *Quaderni costituzionali*, 1981, n. 1, p. 64 ss.; e ancora *Presentazione* di G. AMATO negli *Scritti in onore di E. Tosato*, vol. I, Milano, 1984, p. X ss. Qui è sufficiente evocare la proposta Mortati per la durata minima biennale del governo; cfr. F. BRUNO, *I giuristi*, cit., pp. 82, 100, 103 e 137-141.

(22) Cfr. F. BRUNO, *eod. loco*, p. 135.

(23) Cfr. *Istituzioni*, cit., tomo I, p. 553.

(24) Cfr. voce *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., p. 222.

(25) Cfr. voce *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., p. 222 ss., nonché *Le forme di governo*, cit., p. 436.

al giudizio del corpo elettorale sulla base di programmi impegnativi ad esso sottoposti⁽²⁶⁾.

Ma, sul lato opposto, si deve dare atto che Mortati ha valorizzato troppo quelli che oggi si chiamerebbero i contropoteri: o, meglio, ha espresso un favore troppo spinto per istituti e congegni di « pluralizzazione » o frammentazione del consenso perché esso fosse realmente conciliabile con l'adozione del modello Westminster. Mortati è stato notoriamente un sostenitore convinto della proporzionale senza correttivi, come si è concretata nelle leggi votate dalla Costituente per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica⁽²⁷⁾: è stato il massimo promotore italiano dell'innovazione referendaria in molteplici forme, pur essendosi posto il problema della compatibilità tra abrogazioni per referendum e continuità dell'indirizzo politico di maggioranza⁽²⁸⁾; Mortati, infine (ma si tratta piuttosto di un esempio-limite) proponeva la formazione di Commissioni parlamentari di inchiesta al di fuori di deliberazioni maggioritarie, su iniziativa di gruppi di minoranza⁽²⁹⁾. Queste scelte di politica istituzionale, tutte espresse già nel periodo della Costituente, spiegano perché De Gasperi considerasse e dichiarasse Mortati uno dei suoi più rigidi (e pericolosi?) « radicali ». E certo il radicalismo democratico del costituzionalista non era sulla stessa lunghezza d'onda delle intenzioni del leader democristiano, preoccupato di non avere troppi impacci per la realizzazione dei suoi disegni politici.

A prima vista, anche nei lunghi anni che seguono l'entrata in vigore della Costituzione, Mortati non cerca una uscita di sicurezza in proposte riformatrici. Egli riconosce certo l'« imperfetta adeguazione della parte organizzativa alle finalità cui dovrebbe

(26) Cfr. *Le forme di governo*, cit., p. 438.

(27) Cfr. F. BRUNO, *I giuristi*, cit., pp. 147-153. Per una critica alla legge elettorale della Camera riformata nel 1953 cfr. *Istituzioni*, tomi I, p. 456; in una breve osservazione l'A. afferma: « effettivamente sembra che essa contrastasse, più che con singole disposizioni, con lo spirito animatore dell'intero sistema, che tende ad assicurare una corrispondenza fra la distribuzione delle forze politiche nel Parlamento e quella esistente nel Paese ».

(28) Cfr. *Istituzioni*, cit., tomo II, pp. 837-839.

(29) Cfr. *eod. loco*, p. 693.

informarsi » ma dichiara una sorta di « stato di necessità » nel quale venne a trovarsi l'Assemblea Costituente⁽³⁰⁾. La compresenza di aspetti antinomici tra esigenza garantistica e domanda di forte capacità deliberativa non impedisce al nostro autore di ammettere la « fragilità » delle razionalizzazioni della forma di governo parlamentare, dacché « i governi di coalizione, quali erano resi necessari dalla rappresentanza proporzionale, non potevano trarre garanzia di durata dalla disciplina del voto di fiducia, rimasta perciò inapplicata e sostituita dalla prassi delle crisi extraparlamentari »⁽³¹⁾; ma a questa constatazione degli anni sessanta Mortati non fa seguire, nemmeno nell'addizione del 1973 sulla forma di governo dell'Italia repubblicana⁽³²⁾, una proposta di cambiamento.

In sostanza Mortati rimane fedelissimo al proporzionalismo all'italiana, rifiuta con fermezza ogni forma di presidenzialismo e riversa le sue critiche sui comportamenti dei maggiori partiti politici⁽³³⁾. Egli vede nella centralità democristiana e nel correntismo di questo partito « un fattore ritardatore » della evoluzione delle istituzioni verso le direttive tracciate dalla Costituzione e verso precise assunzioni di responsabilità programmatiche di fronte al corpo elettorale. L'autore critica anche il « massimalismo senza concrete prospettive di sbocchi »⁽³⁴⁾ che caratterizza l'opposizione di sinistra e contribuisce a mantenere statica la situazione italiana: attuazione inadeguata della Costituzione, assenza di alternativa tra le forze politiche al governo sono gli elementi costitutivi della nostra staticità. La via d'uscita potrà trovarsi soltanto nelle sollecitazioni provenienti da larghi settori popolari, in un movimento di massa che dia effettivo impulso, nella carenza dei partiti, all'attuazione degli imperativi costituzionali⁽³⁵⁾.

(30) Cfr. voce *Costituzione Repubblica italiana*, cit., p. 222.

(31) Cfr. *eod. loco*, p. 223.

(32) Vedi *Le forme di governo*, cit., pp. 427-443. Questo capitolo colma in qualche modo una lacuna delle *Istituzioni*, in cui manca una sintesi sulla forma di governo dell'Italia repubblicana; anche se amplissima ed analitica è la trattazione dedicata agli elementi costitutivi di essa.

(33) Cfr. *Le forme di governo*, cit., pp. 438-441.

(34) Cfr. *eod. loco*, p. 441.

(35) Cfr. *eod. loco*, pp. 441-443.

Col senno di poi, o meglio, di oggi, può sembrare che l'invocazione finale di Mortati ed il suo rifiuto delle riforme si risolvano in un velleitarismo impotente. In realtà non è così per chi guardi alle cose con il lume della storia istituzionale. Il nostro giurista politico, pur nella insofferenza per la scarsa fecondità del centrismo e del centro-sinistra afferma drasticamente senza dimostrazione adeguata), valorizza al massimo i congegni del garantismo e sviluppo dei contropoteri perché sa (o sente) che l'Italia compie una lunga marcia di avvicinamento alla « normalità » delle democrazie occidentali. Perciò, rispetto agli anni sessanta e settanta, finisce per avere ragione Mortati e non coloro che vogliono « anticipare » le riforme. Forse sta finendo solo ora la lunghissima transizione iniziata nel 1947 e destinata a durare per più di quarant'anni: sicuramente fino al 1979, ma forse anche nel decennio successivo (malgrado la caduta della *conventio ad excludendum*), prosegue un processo di unificazione del paese secondo linee interpretative della Costituzione, inverate dall'adesione dell'Italia alle regole del Mercato comune europeo. Qualsiasi forzatura in direzione riformatrice dei rami alti delle istituzioni avrebbe compromesso (con scontri fuorvianti) quel processo tutto politico che va sotto il nome di « allargamento della base democratica dello Stato » per giungere infine a coprire interamente l'area popolare. Questo era anche il pensiero di Moro: e non può meravigliare che fosse condiviso da Mortati, portato ad insistere piuttosto sull'attuazione della Costituzione che sui cambiamenti della parte ordinamentale della Carta o anche delle leggi elettorali ⁽³⁶⁾.

In conclusione, Mortati anticipa il criterio finale di Lijphart ⁽³⁷⁾: per le società omogenee modello Westminster, per

⁽³⁶⁾ Credo che, distinguendo i tempi, si debba convenire sulla sostanziale coerenza del pensiero di Mortati in tema di forma di governo della nostra Repubblica. Ma ritengo che alla stessa conclusione si porrebbe anche per altri argomenti, come ho accennato in un breve intervento al Convegno dell'Università di Catanzaro, parlando di contraddizioni più apparenti che reali (cfr. ora AA.VV., *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, a cura di F. Lanchester, Napoli 1989, p. 326).

⁽³⁷⁾ Soprattutto nelle *Istituzioni*, cit., tomo I, pp. 408-410. Cfr. altresì BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione*, cit., pp. 315-317.

quelle *plurali* modello consensual-garantistico. Le norme della nostra Costituzione sulla forma di governo possono essere applicate secondo convenzioni e prassi corrispondenti ai due modelli: si tratta di uno schema aperto a tutta la fluidità dei processi di integrazione politica e sociale⁽³⁸⁾. Perciò non parlerei né di Costituzione miope né di Costituzione presbite: in fondo è soprattutto nelle leggi elettorali e nei regolamenti parlamentari che si può promuovere la tendenza a passare dalla democrazia consensual-garantistica a quella che valorizza più fortemente il principio maggioritario, pur senza raggiungere la semplificazione e la linearità del tipo Westminster, proprie del Regno Unito o della Nuova Zelanda.

Proprio sul piano storico, Amato limita ai « suoi primi anni » la validità della normativa costituzionale sulla forma di governo, per mantenere unita e consolidare la Repubblica. Ma tutto sta ad intendersi sui « primi anni »; a mio avviso questo periodo abbraccia sicuramente più di tre decenni e anche oggi, quando deve fare aggio l'acquisizione di una più forte capacità deliberativa nelle Camere e nell'esecutivo, è di gran lunga preferibile non modificare la forma di governo a maglie larghe accolta nella Costituzione repubblicana e lavorare soprattutto sui rami parordinati (ma soltanto per rilievo politico-istituzionale) delle regole per le elezioni e per l'attività parlamentare.

Comunque, la ricchezza del discorso di Mortati sugli argomenti che abbiamo accennato è ancora utile per orientarsi nel difficile cammino delle riforme: ed anche quando le sue risposte appaiono legate ad una fase specifica della nostra storia costituzionale, esse sono sempre « sistemiche », e mai dettate da convenienze di parte o di principe. Giurista politico, sì: ma al servizio di tutto il sistema⁽³⁹⁾.

(38) Cfr. AMATO-BRUNO, *La forma di governo*, cit., p. 85.

(39) Malgrado tutto Mortati era tenacemente ottimista a proposito della Costituzione italiana e dunque anche degli sviluppi della sua forma di governo. Ricordiamo le parole conclusive della voce *Costituzione* più volte citata: « La vitalità della Costituzione poggia sulla corrispondenza del nucleo fondamentale dei suoi principi allo spirito dei tempi, sulla sua consonanza con il moto susci-

tato in tutti i continenti da un irresistibile impulso di liberazione dai vincoli che tolgono all'uomo di essere pienamente sé stesso; sicché non è da dubitare che forze sempre meglio agguerrite sapranno eliminare gli ostacoli sinora opposti al suo pieno svolgimento ». È evidente la consonanza di questa certezza con la fiducia del movimento di massa destinato a promuovere l'attuazione degli imperativi costituzionali (cfr. nota 35).

PAOLO RIDOLA

DEMOCRAZIA E RAPPRESENTANZA NEL PENSIERO DI COSTANTINO MORTATI

1. I rapporti fra democrazia e rappresentanza e la teoria delle forme di Stato. — 2. Il superamento dei presupposti della rappresentanza politica nello Stato liberale e il problema della sovranità nella democrazia pluralistica. — 3. Il concetto di «rappresentanza degli interessi politici» e il distacco dalla nozione schmittiana della *Repräsentation*. — 4. Il nesso rappresentanza-pluralismo e la concezione kelseniana del parlamentarismo. — 5. Il recupero del modello rappresentativo e la critica di Leibholz e della interpretazione plebiscitaria dello Stato dei partiti. Il regime maggioritario e lo sdoppiamento del circuito rappresentativo. — 6. I «convegni» organizzativi del raccordo fra società e Stato come fulcro della teoria pluralistica di Mortati. — 7. L'adozione dello schema rappresentativo in funzione selettiva. Componenti rappresentative e componenti plebiscitarie del regime maggioritario. — 8. Il problema dei caratteri essenziali della rappresentanza politica. L'inversione del rapporto fra rappresentanza e rappresentatività e la critica della teoria della rappresentanza istituzionale di Esposito. — 9. Il ruolo dei partiti e le trasformazioni della rappresentanza politica. La crisi dei partiti e degli istituti rappresentativi nella riflessione degli ultimi scritti.

1. Attenta a cogliere le trasformazioni politico-sociali dell'Europa del Novecento, sensibile a percepire le suggestioni di un'atmosfera culturale in grande fermento, l'opera di Costantino Mortati si presenta come un poderoso sforzo di ricostruzione delle modificazioni delle strutture costituzionali determinate dall'avvento delle masse sulla scena politica. Di questa trasformazione Mortati tentò una sistemazione muovendo, come è noto, da una teoria della costituzione, che rappresentò anche un tentativo di definire su nuove basi il rapporto fra società e stato dopo la crisi dello stato liberale. In questa cornice, il tema del rapporto fra democrazia e rappresentanza occupa un rilievo fondamentale. Su di esso Mortati compì una riflessione che si snoda nell'arco di

oltre quarant'anni. Avviatasi con la crisi delle democrazie europee del primo dopoguerra e con la svolta autoritaria di alcuni stati europei fra gli anni venti e gli anni trenta, essa si sarebbe misurata quindi con lo sviluppo delle democrazie pluralistiche del secondo dopoguerra, e successivamente con la crisi di legittimazione dei tradizionali soggetti del pluralismo durante gli anni '60, spingendosi fino alle soglie della trasformazione delle democrazie nell'epoca del capitalismo maturo e della complessità sociale.

Ne emerge il quadro di un pensiero che si dipana con momenti di forte tensione fra organicismo e pluralismo, fra « unità armonica » dell'assetto costituzionale e conflittualità sociale, ma conserva un filo conduttore unitario: ciò non soltanto per il radicamento nella cultura degli anni '30, che fornirà il solido retroterra su cui sarebbero stati impiantati anche i contributi successivi, ma soprattutto per il nodo fondamentale intorno al quale esso si sviluppa. È stato osservato che la « carica politologica » dell'opera di Mortati « agitava le acque apparentemente tranquille del costituzionalismo italiano », dando la spinta « a una visione più larga del diritto costituzionale », inclusiva dello stato comunità oltretché dello stato persona⁽¹⁾. Il tema del rapporto fra società e stato, che con la crisi degli assetti liberali improntati alla separatezza imponeva un radicale ripensamento, spingerà Mortati a rimeditare il tema della sovranità, ponendo il teorico della costituzione materiale dinanzi al problema centrale di riformulare le basi, dopo l'eclissi di un universalismo fondato sulla omogeneità della base sociale, di un inedito monismo, capace di armonizzarsi con la differenziazione crescente della struttura della società. Lungo questo itinerario intellettuale, incentrato sulla tensione dialettica fra sovranità del popolo come unità e sovranità del popolo come molteplicità⁽²⁾, Mortati si sarebbe evidentemente imbattuto nel nodo delle trasformazioni della rappresentanza politica: se essa aveva oramai la funzione di dar corpo non più ad un'ipotetica « razionalità assopita nelle masse », ma,

(1) L. ELIA, *Diritto costituzionale, in Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1981, 347.

(2) Così H. HELLER, *Die Souveränität*, Berlin u. Leipzig, 1927, 70 ss.

alla traduzione del pluralismo sociale in unità politica⁽³⁾, ciò comportava anzitutto la revisione dello strumentario concettuale sul quale erano state elaborate le teorie della rappresentanza politica nello stato liberale⁽⁴⁾.

Dopo questa premessa, occorre partire dal rilievo che, sebbene l'intera opera di Mortati abbia fornito uno dei contributi più alti all'analisi della trasformazione delle strutture costituzionali nel passaggio dal parlamentarismo liberale rappresentativo agli ordinamenti di democrazia pluralistica, la riflessione mortatiana non fu indirizzata né all'elaborazione di un'organica concezione della democrazia (come quella kelseniana) né alla ricostruzione di una teoria della rappresentanza, come a quella di Leibholz. Ciò nonostante, dall'intuizione degli sviluppi in senso plebiscitario della democrazia parlamentare nel libro sull'ordinamento del governo del '31, al commento all'art. 1 del '74, l'ultimo poderoso sforzo di riflessione sul problema della sovranità nelle democrazie pluralistiche⁽⁵⁾, tutta l'opera di Mortati è percorsa dal filo conduttore dei grandi mutamenti prodottisi nella struttura costituzionale per effetto dell'allargamento della partecipazione politica e della formazione dei partiti di massa organizzati.

Mortati sottolineò a più riprese che con le costituzioni del primo dopoguerra si era dischiuso uno scenario affatto inedito nello sviluppo del costituzionalismo, è che alla rottura della tradizione liberale rappresentativa aveva corrisposto un radicale mutamento del « sostrato sociale », ciò che aveva comportato anche una nuova dimensione del rapporto fra società e stato e nuovi assetti della sovranità. Se lo stato liberale rappresentativo, « attraverso il concetto di *nazione* » aveva inteso « affermare un nuovo principio » per salvaguardare « l'unità della volontà sovrana », e così « legittimare il predominio della classe borghese e giusti-

(3) R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, II ed., Berlin, 1968, 203 ss.

(4) Per un quadro sintetico di esse, v. G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation* (1928), Berlin-New York, 1973, 72 ss.

(5) Cfr. *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1931, spec. 26 ss.; *Commento all'art. 1*, in *Commentario della Costituzione* diretto da G. Branca, Bologna-Roma, 1974, 1 ss.

ficare la struttura aristocratica » dello stato medesimo⁽⁶⁾, il problema della sovranità si presentava, negli ordinamenti democratici, in termini del tutto capovolti: si era anzi determinata « una radicale modificazione dell'intero sistema dei rapporti costitutivi dell'ordine politico e sociale, tale da provocare la rottura della preesistente unità e l'insaturazione al suo posto di una situazione di conflittualità fra parte e parte della popolazione »⁽⁷⁾.

Sebbene sia necessario ricostruire il pensiero mortatiano su questi temi raccogliendo gli spunti contenuti in una molteplicità di opere, il carattere « dispersivo » della riflessione sulle trasformazioni della rappresentanza politica è solo apparente, giacché essa si lega intimamente alla teoria della costituzione materiale, che Mortati venne elaborando sul finire degli anni '30, e che, come si vedrà più avanti, fu anzi emblematicamente accompagnata e stimolata da alcuni studi minori sulla rappresentanza e sul partito politico⁽⁸⁾. L'attenzione costante al « sostrato », alla trama di relazioni di sovra- e di sottordinazione che si stabiliscono nella struttura sociale, alle forze politiche dominanti capaci di promuovere la formazione dell'ordine normativo e di permearlo, di ordinare l'assetto costituzionale intorno ad un nucleo di principi supremi⁽⁹⁾, condusse Mortati ad un approccio storicistico della teoria delle forme di stato del tutto peculiare. Ne emerse una prospettiva attenta allo sviluppo storico degli assetti fondamentali della relazione fra governanti e governati, ma indirizzata altresì a far corrispondere ciascuna delle forme di stato sorte dalla esperienza storica ad un inedito assetto dei rapporti di dominio affermatosi nella struttura sociale. Era certamente questa una ten-

⁽⁶⁾ *Le forme di governo*, Padova, 1973, 38.

⁽⁷⁾ *Commento*, cit., 10.

⁽⁸⁾ V. *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano* (1941); *Sulla posizione del partito nello Stato* (1941); *La rilevanza giuridica del concetto di Nazione* (1943); ristampati ora in *Raccolta di scritti* (d'ora in avanti citata RS), Milano, 1972, IV, 429 ss., 495 ss., 553 ss.; nonché la recensione a A. ORIGONE, *La riforma della rappresentanza politica in Italia*, in *Arch. giur.*, 1941; *Per una teoria dello Stato fascista*, in *Arch. studi corporativi*, 1939, 148 ss.

⁽⁹⁾ Cfr. sinteticamente su ciò *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Padova, 1975, I, 30 ss.

denza storicizzante, sensibile peraltro, piuttosto che alla transizione, alla stabilizzazione dei nuovi rapporti di dominio, di un nucleo di fini e d'interessi fondamentali corrispondenti all'emersione di nuove forze politiche dominanti; attenta, in breve, a rimarcare gli elementi di rottura, piuttosto che quelli di continuità.

2. Questo approccio doveva collocare Mortati in una posizione affatto peculiare nel dibattito sui rapporti fra rappresentanza politica e pluralismo sociale sviluppatosi nella prima metà del Novecento. Tale prospettiva, invero, se da un lato consentiva a Mortati di dare adeguato rilievo agli antagonismi di classe ed ai conflitti di interessi che stanno alla base dei nuovi assetti costituzionali, dall'altro indirizzava però ad una ricostruzione di tipo essenzialmente monistico del problema della sovranità.

« Il riconoscimento della sovranità in testa ad uno o altro soggetto — osservava Mortati — è anch'esso il risultato di un processo storico attraverso cui si realizza la preminenza di alcune forze sociali portatrici di una determinata concezione politica; ciò che spiega il carattere polemico che ogni tipo di potere sovrano viene ad assumere, in quanto risultante dalla vittoria conseguita contro quello che era prevalso in precedenza »⁽¹⁰⁾. Su queste basi, Mortati avrebbe risolto, ad esempio, il nodo dell'opposizione monismo/dualismo nella storia del regime parlamentare, che egli periodizzò, come è noto, facendo di volta in volta emergere nel corso di essa poli differenti di aggregazione politica⁽¹¹⁾. Ponendo sostanzialmente in discussione la possibilità di identificare fasi dualistiche del governo parlamentare, Mortati proiettava in un arco temporale più ampio la critica schmittiana alle teorie dell'equilibrio, dalle quali egli vedeva emblematicamente raffigurata solo una fase « instabile », destinata al superamento quando la evoluzione storica non avesse più reso possibile « l'elusione del problema della supremazia politica »⁽¹²⁾.

Mortati non si nascondeva peraltro che questo profilo appare, nella « situazione attuale » degli ordinamenti democratici,

⁽¹⁰⁾ C. MORTATI, *Commento*, cit., 21.

⁽¹¹⁾ *Istituzioni*, cit., I, 404 ss.; e già *L'ordinamento del governo*, cit. 26 ss.

⁽¹²⁾ Cfr. *Le forme di governo*, cit., 151 s.

estremamente arduo, poiché « all'unità che contrassegnava i ristretti gruppi di cittadini forniti dei diritti politici, è subentrata una pluralità di forze divise da interessi differenziati e spesso antagonistici ». In coerenza con l'assunto monista, peraltro, la stabilizzazione della costituzione materiale, l'attitudine di questa a sorreggere l'assetto costituzionale, e a dar vita ad una unità armonica » appariva indissolubilmente legata, in un contesto così caratterizzato, alla « organizzazione » del pluralismo sociale, e precisamente ai « modi della organizzazione della base sociale affinché se ne possa estrarre un responso decisionale », e al « raccordo fra la base stessa ed i vertici al fine di realizzare la costante consonanza » (13).

Le grandi trasformazioni che fanno da sfondo al costituzionalismo democratico del '900 posero dunque Mortati dinanzi al fondamentale nodo problematico della coerenza fra la struttura articolata e conflittuale della società civile, e la ricomposizione del tessuto pluralistico attraverso processi di organizzazione e aggregazione, in cui si riflettesse il nuovo assetto dei rapporti di dominio. Non si può fare a meno di rilevare che l'intreccio fra questa trasformazione della società civile e una teoria costituzionale che sembrava invece fondare la stessa « normatività » della costituzione materiale sulla semplificazione della sfera societaria conseguente alla individuazione di posizioni di sovra- e di sottoordinazione, sulla riduzione della complessità sociale entro il rigido schema della relazione fra la classe dominante e quella dominata, « includente quanti non sono partecipi del potere o lo sono in posizione di effettiva subordinazione » (14), era assai problematico. Ed è d'altronde comprensibile che queste premesse condussero Mortati a misurarsi con il problema della adeguatezza del modello rappresentativo nelle democrazie pluralistiche, e ad inserirsi in un dibattito che era oscillato fra i due poli della trascendenza della *Repräsentation* rispetto alla differenziazione sociale e dell'aderenza del sistema rappresentativo alla dimensione empirico-naturalistica della comunità statale (15).

(13) Cfr. *Commento*, cit., 26.

(14) Cfr. *Dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana* (1962), Milano, 1986, 161 ss.

(15) Su ciò v. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *Quad.*

3. In questo dibattito, l'apporto di Mortati occupa una posizione del tutto peculiare. Sebbene egli muova da una teoria della costituzione che presenta, anche nella sua connotazione monistica, significativi tratti di affinità col pensiero schmittiano, Mortati non condivide con questo il giudizio radicale di un'unità ontologica del potere sovrano irrimediabilmente spazzata via dall'avvento dello stato pluralista⁽¹⁶⁾. Alla tematica della « presenza dell'assenza », sulla quale Schmitt, e poi, con svolgimenti diversi, Leibholz, avevano costruito una teoria della *Repräsentation* fondata sull'idea che il popolo potesse raggiungere, come unità politica, un modo di essere « più alto, più sviluppato e più intenso » rispetto al particolarismo sociale⁽¹⁷⁾, Mortati contrappone una concezione della rappresentanza politica meno intrisa di componenti mistico-religiose⁽¹⁸⁾, più economicistica e secolarizzata, ma soprattutto calata nella dinamica dei rapporti fra le formazioni sociali.

costituzionali, 1985, 227 ss.; nonché, dello stesso a., *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in *Handbuch des Staatsrechts der BRD*, a cura di J. ISENSEE e P. KIRCHOFF, Heidelberg, 1987, I, 893 ss. In generale, sulla centralità della dialettica unità/differenziazione sociale nel pensiero di Mortati, v. le notazioni di G. ZAGREBELSKY e F. LANCHESTER, in *Mortati costituzionalista*, cit., 76 s., 98 ss.

(16) Si veda C. SCHMITT, *Il custode della costituzione* (1931), trad. ital. a cura di A. Caracciolo, Milano, 1981, 111 ss. In generale sul complesso rapporto fra Mortati e Schmitt, v., oltre al saggio dello stesso C. MORTATI, *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quad. fiorentini per la storia del pens. giur.*, n. 2, 1973, 511 ss.; D. SCHEFOLD, *Mortati e la dottrina tedesca*, in *Mortati costituzionalista calabrese*, a cura di F. Lanchester, Napoli, 1989, 130 ss. Sul « monismo » di Carl Schmitt, ed in particolare sulla scelta teorica di separare liberalismo e democrazia, v. G. FERRARA, *La teoria della costituzione di Carl Schmitt come critica alla liberaldemocrazia*, in *Pol. del dir.*, 1986, 461 ss.

(17) Per questa concezione della rappresentazione, v. C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), trad. ital. a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984, 270 ss.; G. LEIBHOLZ, *op. ult. cit.*, 25 ss. Sulle matrici culturali di essa, v. H. HOFMANN, *Repräsentation*, Berlin, 1974, 15 ss.; C. GALLI, *Immagine e rappresentanza politica*, in *Filosofia politica*, 1987, 11 ss. Sui rapporti fra Schmitt e Leibholz, v. G. DUSO, *La rappresentanza: un problema di filosofia politica*, Milano, 1988, 83 ss.; C. MÜLLER, *Das imperative und freie Mandat*, Leiden, 1966, 13 ss.

(18) Su questa componente delle teorie della *Repräsentation*, v. H. HOFMANN, *op. ult. cit.*, spec. 65 ss.; G. DUSO, *op. cit.*, 13 ss.

Solo questo legame ad una visione pluralistica della società, nella quale vari gruppi competono per « far valere in modo efficace le esigenze proprie di ciascuno », può invero spiegare il tentativo di ridefinire quella politica come « rappresentanza di *interessi* politici ». Una ricostruzione che, da un lato, ponendo a fondamento della rappresentanza politica la corposa trama degli interessi confliggenti nella società, ne individuava il « requisito caratteristico » nella cura degli interessi dei rappresentati, o nell'« effettiva corrispondenza fra i comportamenti del rappresentante e gli interessi dei rappresentati » e nella « permanenza nel tempo di tale corrispondenza »⁽¹⁹⁾; dall'altro, connetteva la peculiare funzione aggregante, il raggiungimento di « una sintesi armonica dei vari interessi collettivi » a congegni di organizzazione del pluralismo sociale, alla attitudine di esso ad ordinarsi intorno a soggetti capaci di farsi portatori di visioni politiche generali⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ Cfr. *Istituzioni*, cit., I, 219 ss.

⁽²⁰⁾ Cfr. *op. ult. cit.*, 221 e 422 s. Occorre aggiungere che, secondo Mortati, la configurazione della rappresentanza politica come rappresentanza di interessi politici dipende da significative varianti del funzionamento della forma di governo e dalla trasformazione del sistema politico determinata dal superamento del partito come « parte totale », cioè del partito diretto « ad elaborare ed esprimere un'idea politica ». Fra i fattori di questa trasformazione, egli ricordava la moltiplicazione del numero dei partiti, l'adozione della proporzionale, la quale « conduce anche ad un riavvicinamento delle formazioni politiche a interessi concreti parziali », il funzionamento del principio maggioritario in contesti multipartitici, « che induce a coalizioni che rendono più oscillante la linea direttiva dell'azione statale ed accentuano il carattere di compromesso delle decisioni politiche ». Per altro verso, l'estensione dell'intervento pubblico nell'economia tende ad allargare il campo istituzionalmente proprio del sindacato aldilà del regolamento dei rapporti di lavoro, accrescendo le « interferenze » sull'« intero indirizzo dell'economia nazionale » (cfr. *La rappresentanza di categoria* (1949), in *RS*, IV, partic. 36 ss.). Le trasformazioni della rappresentanza politica apparvero pertanto a Mortati parallele a quelle della rappresentanza di categoria, che si svolge attraverso le associazioni sindacali. Mortati si discosta nettamente da una configurazione spontaneistica del pluralismo sindacale, ed in particolare dagli indirizzi che concepiscono la libertà sindacale come una mera protezione della libertà di associazione: il carattere « funzionale » (rispetto ad un disegno globale di trasformazione dei rapporti fra le classi) che egli ravvisò nella libertà di organizzazione sindacale, si legava intimamente alla realizzazione di « un'esigenza organizzativa interna » analoga a quella che si pone per il corpo elettorale, giacché le divergenze fra le associazioni sindacali nella visione dei problemi particolari « tendono a divenire

4. In questa visione pluralistica della democrazia, il pensiero di Mortati incontrò evidentemente sul proprio cammino gli apporti della concezione kelseniana del parlamentarismo come insieme di procedure per la formazione di un compromesso fra interessi antagonisti. Mortati non esitò a riconoscere che « il regime democratico assume necessariamente un presupposto relativistico, che, escludendo ogni criterio aprioristico ed assoluto di verità intorno al modo di soddisfare il bene comune, ne affida la determinazione ai gruppi che, di volta in volta, riescono, attraverso un libero dibattito ed una gara ordinata, a far prevalere la loro volontà » (21). Ma si affrettò a precisare che « tale pluralismo, lungi dal porsi come fattore di frammentarietà e di particolarismo, tende a sottrarre lo stato dall'azione di fattori individualistici, o più precisamente di temperarla nella parte più manifestamente in contrasto con gli interessi collettivi » (22).

La convinzione che gli ordinamenti democratici fossero il prodotto di nuovi rapporti di dominio susseguenti al declino della borghesia liberale ed all'ascesa politica delle masse popolari segnava del resto una netta linea di demarcazione dalla concezione kelseniana del parlamentarismo e, più in generale, dalle interpretazioni democratico-liberali del pluralismo. Questo apparve a Mortati non riducibile ad una condizione di mero compromesso fra i gruppi sociali in funzione di reciproco temperamento, interpretazione in cui egli non esitò infatti a ravvisare una riedizione dello spontaneismo liberale, ma la condizione per promuovere nella

più sensibili via via che si presenta meglio chiara la connessione dei problemi relativi al rapporto di lavoro con quelli propri della politica generale dello stato » (cfr. *Il lavoro nella Costituzione* (1954), in RS, III, 300 ss.).

(21) Cfr. *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano* (1957), in RS, III, 374; nonché, sostanzialmente negli stessi termini, *Legittimità e opportunità della legge sulle paramilitari* (1948), e *Disciplina dei partiti politici nella Costituzione italiana* (1950), entrambi in RS, III, 32 ss., 48 ss. Nell'ultima fase del suo pensiero, Mortati avrebbe però sensibilmente ridimensionato la sua adesione alla teoria relativistica della democrazia, tendendo a riportare alla « credenza nell'assolutezza del valore da riconoscere ad ogni uomo » il criterio di valutazione « circa il grado di approssimazione alle esigenze in esso racchiuse quale realizzato dai singoli ordinamenti positivi » (*Commento*, cit., 6).

(22) Cfr. *Note introduttive*, cit., 375.

società le trasformazioni necessarie ad imprimere alla comunità statale la direttrice di sviluppo coerente con le basi della costituzione materiale (23). La « normatività » della costituzione materiale sottolinea pertanto una concezione profondamente diversa del processo politico. Se Kelsen e Mortati diedero entrambi forte rilievo al ruolo dei partiti, per l'uno essi sono però solo gli attori di una discussione parlamentare regolata da procedure, per l'altro essi sono invece « i nuovi ordini », intorno ai quali si organizza, risalendo attraverso i vari gradi della socialità, il consenso intorno ad un nucleo di principi supremi che orientano la vita della comunità statale (24).

Non è certo casuale che, a differenza di Kelsen, il quale ritenne, in un quadro di parlamenti stabilmente e rigidamente divisi in partiti, la teoria della rappresentanza politica una mera finzione contrastante con i presupposti del principio democratico, Mortati abbia invece largamente ripreso e rielaborato lo schema teorico della rappresentanza, fornendone una versione peraltro strettamente aderente all'organizzazione sociale. Quella della « rappresentanza degli interessi politici » sembra, a ben vedere, una formula riassuntiva della complessità di un processo politico, nel quale, per effetto della crescente politicizzazione della società civile, appariva sempre più difficile elevare rigide paratie nella definizione del ruolo politico dei soggetti del pluralismo, e la stessa funzione aggregante dei partiti risultava condizionata, non solo dalla stabilità dei legami che essi fossero capaci di stabilire a livello societario, ma altresì dall'integrazione fra modelli di rappresentanza politico-partitica ed altre forme di rappresentanza di interessi (25).

(23) V. soprattutto *Ispirazione democratica della Costituzione* (1955), 279 ss.; nonché *Dottrine generali*, cit., 222 s.

(24) Per le due configurazioni dei partiti, v. rispettivamente H. KELSEN, *La democrazia*, Bologna, 1981, 25 ss.; C. MORTATI, *Note introduttive*, cit., 372, 382.

(25) V. sinteticamente, sull'integrazione fra rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi organizzati, *Dottrine generali*, cit., 226 s. Per la critica kelseniana della rappresentanza, v. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. ital., a cura di S. Cotta e R. Treves, V ed., Milano, 1986, 296 s.; su di essa, v. KOJA, *Das freie Mandat des Abgeordneten*, Salzburg,

Non è il caso di tentare per ora una valutazione critica dell'assetto costituzionale che, ancora con forti divaricazioni rispetto alla teoria democratica di Kelsen⁽²⁶⁾, Mortati avrebbe delineato fra la fine degli anni '40 e gli anni '50, nella fase più matura del suo pensiero, un assetto del quale istituzionalizzazione del principio maggioritario, differenziazione strutturale fra le due camere e strutturazione dei rapporti fra partiti e sindacati erano elementi integranti⁽²⁷⁾. Deve essere però messo in evidenza che il nesso stabilito fra le forme della rappresentanza e l'organizzazione del pluralismo rivelava una consapevolezza della complessità dei rapporti fra le formazioni sociali, e dei rapporti fra queste e i partiti, che alla visione kelseniana così « neutrale » della democrazia, che portava a ravvisare in questi ultimi solo uno strumento « tecnico » della divisione del popolo nell'ambito del processo politico, evidentemente mancava.

Da tale visione realistica delle dinamiche interne alla società civile la riflessione mortatiana faceva discendere un'intuizione di grande rilievo, quella che nelle costituzioni democratiche contemporanee, i processi di organizzazione del pluralismo non possono essere interpretati secondo chiavi di lettura « neutrali » rispetto ai rapporti di forza sui quali ogni assetto costituzionale è impiantato, ma che essi ordinano la comunità statale « modellandosi » sul livello di integrazione, al quale, in relazione al grado di omogeneità sociale, alla resistenza degli ostacoli opposti « dai rapporti di forza ancora esistenti e radicati nel vecchio assetto »⁽²⁸⁾, si è inteso attestare « il consenso diffuso intorno ad alcuni valori fondamentali » necessari ad « alimentare » la convivenza⁽²⁹⁾.

1971, 12 ss.; ed *amplius*, B. MONTANARI, *La questione della rappresentanza politica in Hans Kelsen*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1972, 200 ss.

(26) Per la critica kelseniana delle forme di rappresentanza di tipo corporativo, v. H. KELSEN, *La democrazia*, cit., 88 ss.

(27) Per un'esposizione organica di tutti questi aspetti, v. *La Costituente* (1945), in *RS*, I, *passim* e partic. 65 ss., 251 ss., 325 ss. Per il profilo particolare dei rapporti fra partiti e sindacati, v. *Sindacati e partiti politici* (1952), in *RS*, III, 83 ss.

(28) Cfr. *Dottrine generali*, cit., 222.

(29) Cfr. *Note introduttive*, cit., 374.

5. Decisamente critico, dunque, verso l'idea di una « democrazia indifferente ai valori »⁽³⁰⁾, verso un relativismo democratico in cui egli ravvisava solo una rilettura del parlamentarismo liberale, Mortati si schiera invece, con Schmitt e Leibholz, fra gli assertori della rottura fra lo stato liberale rappresentativo e il costituzionalismo democratico. La peculiarità della posizione di Mortati, che situò la rottura all'interno della cornice dei sistemi rappresentativi, si connette precisamente al profilo dell'adeguatezza del modello rappresentativo come forma del processo di decisione politica, che invece Schmitt e Leibholz negarono, sebbene nel quadro di valutazioni differenti dello stato di partiti.

Assai difficile appare però l'interpretazione delle critiche che Mortati mosse al pensiero di Leibholz, il quale caratterizzò il moderno stato di partiti per il definitivo abbandono del modello rappresentativo ereditato dalla tradizione liberale ottocentesca, in quanto esso avrebbe dato vita ad una forma di democrazia plebiscitaria fondata su un processo di identificazione fra il popolo, i partiti e l'organizzazione statale⁽³¹⁾. Si trattava — obbietto Mortati — di una ricostruzione generica e poco « aderente alla realtà » dei rapporti fra popolo e stato, proprio perché l'uno non si avvicina all'altro ponendosi come un'unità indistinta, ma attraverso la funzione aggregante dei partiti. Invero, il sistema dei partiti può « rendere il popolo capace di esprimere una volontà politica "solo" a condizione di dividerlo secondo la diversità delle concezioni », e precisamente di « stabilizzare la differenziazione da essi operata nel corpo elettorale » e di « trasferirla nell'interno delle assemblee politiche »⁽³²⁾. Se ne traeva la conseguenza che « titolare dell'esercizio della sovranità non è il popolo genericamente inteso, né l'intero corpo elettorale, bensì la mag-

⁽³⁰⁾ L'espressione è di O. KIRCHHEIMER, *Sulla dottrina dello stato del bolscevismo e del socialismo* (1928), in *Costituzione senza sovrano*, a cura di A. Bolaffi, Bari, 1982, 4 s.

⁽³¹⁾ v. G. LEIBHOLZ, *Das Wesen*, cit., 211 ss.; *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, Karlsruhe, 1967. Per una rassegna del dibattito su questo aspetto del pensiero di Leibholz, v. H. HOFMANN, *Recht - Politik - Verfassung*, Frankfurt a.M., 1986, 249 ss.; W. RÖHRICH, *Die repräsentative Demokratie. Ideen und Interessen*, Opladen, 1981, 106 ss.

⁽³²⁾ Cfr. *Note introduttive*, 373 ss., e partic. 376.

gioranza ». La posizione di quest'ultima risultava in questo modo istituzionalizzata, conferendo ad essa il regime maggioritario la natura di « vero potere statale »: un potere composito — aggiungeva Mortati — « perché a formarlo concorrono soggetti appartenenti all'organizzazione diretta dello stato e soggetti estranei ad essa ». Su queste basi, Mortati contestò che l'istituzionalizzazione del regime maggioritario di partito si realizzi « senza mescolanza di elementi di struttura rappresentativa ». Se quest'ultima resta invece, sostanzialmente intatta, l'intermediazione del partito determinerebbe uno sdoppiamento del rapporto di rappresentanza politica nella relazione corpo elettorale-partiti ed in quella fra partiti e rappresentanti. Ma tale sdoppiamento conduce altresì a privare il popolo della veste di organo di decisione politica nella fase della escuzione dell'indirizzo, trasferendosi la responsabilità di questa in capo ai partiti della maggioranza ⁽³³⁾.

Ci si è soffermati più diffusamente a riassumere questo aspetto, perché esso rappresenta un passaggio importante per cogliere la collocazione di Mortati nel dibattito sulle trasformazioni della rappresentanza politica. Si sarebbe potuto pensare invero che proprio il rilievo che, nella società contemporanea, le masse, non trovando più « elementi di unificazione politica né in entità territoriali né in altre d'indole puramente professionale o classista », devono « necessariamente strutturarsi in partiti » ⁽³⁴⁾, orientasse la ricostruzione di Mortati verso un modello di integrazione di tipo identitario, senza il ricorso allo schema della rappresentanza. Oppure, al contrario, che il recupero di questo dovesse essere posto in relazione ad un'istanza di « equilibrio » fra gli interessi eterogenei che si intersecano fra loro » ⁽³⁵⁾, che le sintesi politico-partitiche dovrebbero soddisfare, o, meglio, ad un'esigenza di maggiore vischiosità dei rapporti fra i partiti e le altre formazioni sociali. Tale vischiosità del resto, era, in qualche misura, implicita nella duttilità della funzione che lo stesso Mortati assegnava, nello stato contemporaneo, alle formazioni sociali, le quali apparivano ad un tempo fattori di stabilizzazione dell'assetto

⁽³³⁾ Cfr. *op. ult. cit.*, 375 ss.

⁽³⁴⁾ Cfr. *op. ult. cit.*, 382.

⁽³⁵⁾ Cfr. *loc. ult. cit.*

costituzionale ed elementi dinamici di trasformazione della società⁽³⁶⁾: una duttilità che sembrava lasciare ampi spazi ad una cornice essenzialmente dialettica dei rapporti fra i soggetti del pluralismo, e che al contrario l'ipotesi leibholziana di una democrazia plebiscitaria che irrigidiva il nesso partiti-stato evidentemente precludeva.

6. Può meravigliare tuttavia che allo stato di partiti integrato di Leibholz, così come al relativismo democratico di Kelsen, accomunati, pur nella radicale diversità dei fondamenti metodologici, da una visione sostanzialmente rigida del pluralismo sociale e dalla denuncia dell'inadeguatezza del modello teorico della rappresentanza, Mortati opponga l'istituzionalizzazione di un principio maggioritario temperato dal potenziamento anche a livello societario di adeguate « controforze »⁽³⁷⁾: opponga il recupero del modello rappresentativo, inteso peraltro non come strumento di unificazione trascendente il particolarismo, né come luogo di mediazione dialettica fra partiti e società civile⁽³⁸⁾, ma piuttosto come forma di una società civile che si ordina e si struttura organicamente per influire sulla direzione politica dello stato.

Se tuttavia non ci si vuole arrestare all'obiezione che la teoria mortatiana delle società intermedie sacrifica la mobilità dei soggetti del pluralismo a questa istanza di tipo organizzativo, occorre aggiungere che, collocando la tendenza alla istituzionalizzazione del rapporto fra società e stato entro le coordinate della teoria della costituzione materiale, essa non sembra interamente riducibile allo schema di una rigida dicotomia fra una visione organicistica ed una visione conflittuale del pluralismo⁽³⁹⁾. Prendendo le distanze dalle teorie di stampo meramente procedurale e concorrenziale della democrazia, che avevano trovato in Kelsen

(36) V. *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Torino, 1971, 75 ss.; *Istituzioni*, cit., II, 1158.

(37) Su di esse, v. *Note introduttive*, cit., 384.

(38) Secondo la distinzione tracciata da E.W. BÖCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, cit., 234 ss.

(39) Su di essa, v. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, 123 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Società - Stato - Costituzione*, Torino, 1988, 23 ss.; P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, 1985, 45 ss.

e Schumpeter i più convinti assertori, Mortati precisava che la democrazia « entra come elemento costitutivo della forma di stato, inteso quale ordine complessivo di vita associata, in quanto compendia in sé i presupposti e le condizioni, cioè l'insieme dei fattori spirituali, economici, sociali, le convinzioni, le strutture e i fini che informano di sé un ordinamento e rendono possibile ed efficiente « la partecipazione dei cittadini ». Condizioni — aggiungeva ancora — che richiedono, da un lato, il riconoscimento di larghe sfere di autonomia, e, « dall'altro, un sistema di rapporti associativi da cui siano eliminate le antitesi radicali di interessi fra parte e parte della consociazione, poiché la loro presenza renderebbe estremamente ardua la formazione della volontà comune ». Richiamandosi a Montesquieu, Mortati segnava il solco dalle concezioni procedurali della democrazia in quella « correlazione fra la democrazia e la virtù civica » che, « obnubilata nell'epoca del liberalismo è del positivismo, deve riprendere vigore ora, per l'avvenuta connessione con lo Stato di tutta la società, resa estremamente complessa e differenziata »⁽⁴⁰⁾.

E tuttavia, proprio per il rilievo dato da Mortati ai fattori di differenziazione e di complessità sociale, il conflitto non fuoriesce dagli orizzonti della teoria delle società intermedie: esso è, al contrario, radicato nella conformazione della società, ove questa venga considerata « nella concretezza dei bisogni che ricercano nuovi strumenti di soddisfazione »⁽⁴¹⁾. Mosso dall'esigenza di evitare di sacrificare l'ispirazione di fondo del costituzionalismo democratico alla riedizione di uno spontaneismo liberale, trasferito sul terreno dei rapporti fra i gruppi sociali, Mortati avvertì pertanto la necessità di tratteggiare una relazione « funzionale » fra il libero dispiegarsi della conflittualità latente nella società e la nuova « concezione dei fini e della funzione dello stato, non più solo garante delle libertà, chiamato com'è ad intervenire nella disciplina dei rapporti sociali per contrastare da una parte le prevaricazioni del potere economico e promuovere dall'altra una più equa distribuzione fra le classi dei beni della vita »⁽⁴²⁾. La con-

(40) Cfr. *Commento*, cit., 7.

(41) Cfr. *op. ult. cit.*, 10.

(42) Cfr. *loc. ult. cit.*

fittualità sociale non appare dunque a Mortati un valore da garantire di per sé, ma un fattore di trasformazione della società da incanalare attraverso appositi « congegni », affinché essa possa promuovere nella realtà le modificazioni dei rapporti sociali verso le quali indirizzano gli assetti di fondo della costituzione materiale.

Lo sdoppiamento del circuito rappresentativo, che riconduce la relazione popolo-partiti-stato agli schemi della rappresentanza politica, e fa della maggioranza il fulcro della direzione politica dello stato, illumina la centralità che riveste, nella riflessione di Mortati, tutto un complesso di congegni organizzativi del pluralismo, collocati a cavallo fra la dimensione societaria e l'apparato statale. La natura e la funzione di tali congegni appaiono, nell'ambito dell'organizzazione costituzionale, perfettamente speculari alla opzione circa il rapporto fra ordine sociale e ordine giuridico, che Mortati pose a fondamento della teoria della costituzione materiale: « o si configura l'entità sottostante all'ordinamento normativo anch'essa in termini giuridici, e allora si deve trovare *il modo di riunire i due ordini in un'unità armonica*, oppure si pone la medesima su un piano diverso da quello del diritto, e, in tal caso, si deve rinunciare a qualsiasi possibilità di comunicazione con questo e quindi alla sua utilizzabilità » (43). In armonia con questo presupposto, poiché assicurano l'adeguazione della parte organizzativa della costituzione al « sistema dei principi sostanziali » (44), i congegni giocano pertanto un ruolo decisivo nella tenuta della costituzione materiale sul terreno dell'integrazione fra la forma di stato e la forma di governo (45).

(43) Cfr. *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, 43.

(44) Su questa esigenza, v. C. MORTATI, *Dottrine generali*, cit., 222.

(45) Sul nesso fra forme di stato e forme di governo, v. C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., I, 134 ss.; *Le forme di governo*, cit., 73 ss. Sul rapporto fra la teoria della costituzione materiale e la teoria delle forme di governo, v. M. GALIZIA, *Studi sui rapporti fra parlamento e governo*, Milano, 1972, 131 ss., 176 ss. Deve essere qui solo accennato che il risalto dato da Mortati ai « congegni » della parte organizzativa della costituzione richiamano assonanze col pensiero di un autore che, come è stato di recente sottolineato (cfr. D. SCHEFOLD, *op. cit.*, 120 s.), egli ben conosceva: v. W. BURCKHARDT, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, Zürich, 1944, 123 ss. (ove si sviluppa ampiamente il concetto che la *Verbindlichkeit* derivante dall'organizzazione è « il nocciolo e l'essenza di ogni istituzione giuridica »).

Se si trascura di dare risalto a questo aspetto, è difficile comprendere i tratti peculiari del pluralismo di Mortati. È significativo che, solo dopo il definitivo tramonto, negli anni della costituente, di una seconda camera fondata sulla « utilizzazione dei gruppi sociali » legati al territorio e al mondo del lavoro e delle categorie, concepita da Mortati come « un'assemblea politica » piuttosto che a carattere meramente corporativo, ma caratterizzata da una funzione di integrazione fra gli interessi economici e il « sistema di rappresentanza sulla base del suffragio universale indifferenziato »⁽⁴⁶⁾, la riflessione avrebbe ripiegato, agli inizi degli anni '50, sulla configurazione di congegni operanti esclusivamente sul terreno della istituzionalità interna delle formazioni sociali, e precisamente sulla democrazia interna dei partiti e su forme di raccordo fra questi ed i sindacati⁽⁴⁷⁾. Fu questa, peraltro, una parentesi in una linea di pensiero che ritenne largamente inadeguati strumenti di autoorganizzazione della società, solo una transizione verso la ben più complessa concezione del regime maggioritario che Mortati elaborò nel saggio sui partiti del '57, premessa teorica di un modello di « democrazia di indirizzo », al quale egli avrebbe guardato con crescente fiducia negli ultimi anni della sua opera scientifica⁽⁴⁸⁾.

Per questa attenzione al profilo organizzativo del raccordo fra società e stato il pensiero mortatiano si proietta per un verso oltre una visione di stampo puramente societario del pluralismo, e per altro verso non appare solcato dalle venature antistatualistiche di altri filoni del pluralismo di ispirazione cattolica, riallacciandosi per più di un aspetto ai filoni del pensiero democra-

(46) Cfr. C. MORTATI, *Il potere legislativo: unicameralismo o bicameralismo?* (1946), in *RS*, I, 431 ss.; *Il potere legislativo nel progetto di Costituzione* (1947), *ivi*, 459 ss.

(47) C. MORTATI, *Sindacati e partiti*, cit., 100 ss. Sull'orientamento di Mortati favorevole all'introduzione di controlli sulla democrazia interna dei partiti, v., in precedenza, *Relazione sui diritti pubblici subiettivi* (1946), 666 ss.; nonché gli interventi in Assemblea Costituente a sostegno di un emendamento in tal senso presentato insieme a Ruggiero, in *RS*, I, 833 ss.

(48) Sul concetto di « democrazia di indirizzo », v. L. ELIA, *Da una democrazia di investitura a una di indirizzo*, in *Il politico*, 1988, 47 ss.

tico-sociale della prima metà di questo secolo⁽⁴⁹⁾. Inoltre, il tema dell'adeguatezza dei congegni sarebbe divenuto il principale criterio interpretativo delle esperienze del costituzionalismo democratico europeo. Appare a questo proposito emblematico il giudizio sulla costituzione di Weimar. Non all'organicismo che la ispirava avrebbe dovuto imputarsi, secondo Mortati, la sua debolezza: ma invece all'assenza di una democratizzazione sostanziale dei corpi intermedi, di una effettiva utilizzazione di questi e di una loro coordinazione, oltretutto nei rapporti reciproci, in quelli con lo stato »⁽⁵⁰⁾. Cosicché, « se la storia può offrire degli ammaestramenti », quello emergente dalla esperienza weimariana è che « una democrazia moderna non può validamente poggiare sulla impalcatura caratteristica dello stato liberale dell'800, ma esige che l'assetto istituzionale democratico permei tutte le strutture economiche e sociali, poiché è dalla profonda ed intima penetrazione di queste nel proprio organismo che può trarre le vere ragioni della sua solidità »⁽⁵¹⁾.

È parziale offrire di queste posizioni di Mortati una chiave di lettura che ne evidenzia soltanto la pur appariscente ispirazione organicista. Non va trascurato infatti che, nel tentativo di porre degli argini a sviluppi spontaneistici della compagine sociale, egli

⁽⁴⁹⁾ v. C. MORTATI, *Autonomie e pluralismo nel pensiero di Adriano Olivetti* (1963), in RS, IV, 136 ss. Lo scritto testimonia con forza l'interesse di Mortati per gli indirizzi federalistici e pluralistici della sinistra democratica, dei quali egli mostrava di apprezzare e condividere il tentativo di elaborare, attraverso la costruzione di uno stato concepito come « ordine delle autonomie », un'alternativa all'atomismo liberale, basata su un modello di « democrazia integrata ». Su questi indirizzi, v. la ricostruzione di N. BOBBIO, *Introduzione a S. TRENTIN, Federalismo e libertà. Scritti teorici 1935-1943*, Venezia, 1987, XXVI ss. Rileva il mancato raggiungimento di un'intesa, negli anni della Costituente, fra il pluralismo cattolico ed i disegni delle correnti federalistiche della sinistra democratica G. AMATO, *Aspetti vecchi e nuovi del « politico » e del sociale nell'Italia repubblicana*, in *Il sistema delle autonomie: rapporti fra stato e società civile*, Bologna, 1981, 91 ss. (che sottolinea anche la diversa intonazione del pluralismo di Mortati rispetto a quello prevalente fra i cattolici in quegli anni). Sui legami di Mortati con la cultura cattolica in tema di formazioni sociali, v. E. BALBONI, *Note introduttive allo studio delle formazioni sociali nel pensiero di Mortati*, in *Mortati costituzionalista*, cit., 157 ss.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. *Introduzione alla Costituzione di Weimar* (1946), in RS, IV, 345.

⁽⁵¹⁾ Così ancora C. MORTATI, *op. ult. cit.*, 350 s.

si mosse lungo coordinate differenti sia rispetto alle teorie conflittualistiche del pluralismo di ispirazione liberaldemocratica⁽⁵²⁾, sia rispetto alle concezioni moderate di esso che, a partire da Montesquieu, avevano espresso l'idea di un ordine fondato sulla mediazione e sull'equilibrio fra le componenti della società⁽⁵³⁾. I congegni organizzativi ai quali Mortati fa costante riferimento debbono far sì che la direzione politica dello stato rispecchi le articolazioni in cui la società si presenta divisa, ma debbono altresì indirizzare la conflittualità sociale a dar corpo ad un sistema di forze politiche dominanti. Per converso, l'inadeguatezza di tali congegni rende meno « garantiti » i nuovi rapporti di dominio, ed accresce il rischio del capovolgimento di questi, con il sopravvento delle forze che oppongono resistenza alle virtualità di trasformazione racchiuse nelle carte costituzionali democratiche.

Sullo sfondo, si intravedeva ancora il *leit motiv* della frat-tura con gli assetti dello stato liberale, la percezione del ruolo politico giocato, nello sviluppo storico del costituzionalismo, dalla prevalenza dei partiti di origine popolare e operaia su quelli di derivazione borghese. Questa svolta aveva posto « la necessità di imprimere all'azione dello Stato che sorgeva una funzione di mediazione dinamica fra le forze sociali in contrasto, diretta a realizzare un diverso equilibrio intorno al sistema di fini che si ponevano a base dell'ordine nuovo »⁽⁵⁴⁾. Ma, per imprimere al-

(52) v. N. BOBBIO, voce *Pluralismo*, in *Dizionario di politica*, diretto da N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, II ed., Torino, 1983, 815 ss.; R. DAHL, *I dilemmi della democrazia pluralista*, Milano, 1988. Per un quadro sintetico delle teorie conflittuali della società, v. N. MATTEUCCI, voce *Libertà (scienze sociali)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 240 ss. Sull'insufficienza di un approccio di tipo « spontaneistico » nella considerazione del pluralismo sociale, v. G. BERTI, *Diritto e stato. Riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986, 19 ss.

(53) Già in uno dei suoi primi scritti (*Esecutivo e legislativo*, cit., 435), C. Mortati ricordava, a proposito del pensiero di Montesquieu, che in esso « il problema dell'unità dell'azione statale non viene posto, in quanto si presuppone che la composizione delle diverse volontà sia da attendere in via di fatto, dalla variabile distribuzione dei reciproci rapporti di forza ». Sulle teorie « moderate » del pluralismo, v. G.H. SABINE, *Pluralism: a point of view*, in *Am. Pol. Sc. Rev.*, 1923, 39 e 49 s.; R. EISEFELD, *Il pluralismo fra liberalismo e socialismo*, Bologna, 1975, 173 ss.

(54) Cfr. C. MORTATI, *Ispirazione democratica*, cit., 281.

l'azione dello stato il dinamismo sufficiente — precisava Mortati — si rendeva indispensabile, in aggiunta alla garanzia della libertà di azione dei gruppi sociali (« poiché nella ricchezza e varietà di tali nucleazioni è da rinvenire il mezzo più efficace per la redistribuzione di forze politiche, necessario a sostenere e ad alimentare l'azione riformatrice dello Stato »⁽⁵⁵⁾), l'introduzione di congegni organizzativi « idonei ad essere utilizzati dai gruppi interessati onde neutralizzare la resistenza delle controforze legate al mantenimento di posizioni tradizionali, che la costituzione vuole progressivamente eliminare »⁽⁵⁶⁾. Non sarebbe difficile scorgere in queste pagine una visione « dinamica » della traduzione del pluralismo sociale in unità politica, quasi un'eco della *Integrationslehre* di Rudolf Smend, nell'ambito della quale l'unità non si configura come un dato, ma come un risultato continuamente costituito e dialetticamente rinnovato attraverso un processo di decisione⁽⁵⁷⁾. Appare però, quella di Mortati, una visione nella quale, in coerenza con le obiezioni di ordine generale che egli mosse alla teoria smendiana⁽⁵⁸⁾, il dinamismo immanente nel processo di integrazione è corretto proprio dalla presenza di quei congegni che operano come fattori di stabilizzazione degli assetti sui quali poggia l'ordine costituzionale.

7. La funzione di stabilizzazione della costituzione materiale, che Mortati ravvisa nei « congegni » organizzativi del pro-

(55) Cfr. *op. ult. cit.*, 305.

(56) Cfr. *Il lavoro nella Costituzione* (1954), 235.

(57) Su questa concezione, con particolare riguardo ai suoi riflessi sulla configurazione del circuito rappresentativo, v. R. SMEND, *op. cit.*, 171 e 189; M. DRATH, *Die Entwicklung der Volksrepräsentation* (1954), in *Zur Theorie und Geschichte der Repräsentation und Repräsentativverfassung*, a cura di H. Rausch, Darmstadt, 1968, 278. Ma non è sempre agevole distinguere nel pensiero di Mortati le assonanze con questa visione dinamica della *Integrationslehre* dalla influenza della concezione kelseniana del parlamentarismo: v. ad esempio un passo di C. MORTATI (*Note introduttive*, cit., 385), ove egli osservava che « la sovranità nazionale appare così non già un'unità data, precostituita, indivisibile, bensì un'unità sempre in via di formazione attraverso un procedimento dialettico ».

(58) V. *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato. La costituzione dello stato e le garanzie costituzionali*, Roma, 1959-60, 42 ss.

cesso di decisione politica, contribuisce a rimarcare la linea di confine fra un « dinamismo integrativo » che sottopone i supremi valori politici ad « un incessante mutamento »⁽⁵⁹⁾, ed una sorta di dinamismo orientato e strutturato, quale appare quello che egli delineava. Se tuttavia, per effetto di questo intreccio fra dinamismo e decisionismo, la formazione della volontà politica è il risultato di un processo selettivo, quale è quello dal quale si enuclea la volontà maggioritaria, ciò suggerisce qualche ulteriore riflessione sulla peculiarità della configurazione mortatiana del sistema rappresentativo rispetto alle interpretazioni pluralistiche di questo. È stato osservato che la teoria pluralistica della democrazia non può accordarsi con lo schema della rappresentanza a condizione che la ricerca di un « plusvalore democratico » non contragga gli spazi del compromesso nei processi decisionali, a condizione, cioè, che questi non facciano a meno di ricorrere a quelle forme di mediazione, che, in contesti di tipo democratico, appaiono le uniche in grado di incanalare la tendenza alla « segmentazione » della formazione della volontà politica⁽⁶⁰⁾. Nella versione pluralistica, dunque, il sistema rappresentativo è sufficientemente strutturato per fondare una trama ordinata di relazioni fra la dimensione comunitaria e la direzione politica dello Stato, ma sufficientemente duttile per preservare una certa vischiosità dei rapporti nell'ambito del tessuto pluralistico.

Non può negarsi che, in qualche misura, il dinamismo sociale che Mortati poneva sullo sfondo delle esperienze del costituzionalismo democratico, e di quella italiana in particolare, si accordasse con questa visione della rappresentanza. Mortati additava l'insufficienza degli indirizzi che tendevano a disperdere la sovranità popolare in una molteplicità di centri, così come, si è già visto, di quelli che avevano irrigidito il processo di decisione politica in una relazione identitaria. Egli non condivise pertanto l'idea leibholziana di una mera « razionalizzazione » della democrazia diretta nello stato di partiti, avvertendo chiaramente che la premessa su cui essa poggiava, la completa inclusione all'interno

⁽⁵⁹⁾ Cfr. *op. ult. cit.*, 43.

⁽⁶⁰⁾ Così E.W. BÖCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, cit., 234 ss.

del sistema dei partiti della formazione dell'indirizzo politico, si connetteva ad una recinzione degli spazi del pluralismo politico non sempre aderenti al grado di differenziazione sociale. A proposito dei limiti imposti dal metodo democratico, egli riconosceva infatti che l'intensità di essi risulta proporzionata al grado di omogeneità sociale, e che l'eliminazione di alcune forze dalla competizione politica può raggiungere « l'opposto risultato di esasperare i contrasti, e ciò non solo per la tendenza dei partiti soppressi a trovare nell'intensificato impiego della violenza un compenso all'azione legale loro inibita, ma altresì per il prevedibile rafforzamento delle posizioni di rigida conservazione del vecchio assetto da parte delle classi ad esso interessate »⁽⁶¹⁾.

Sull'altro versante, Mortati criticò la teoria di Crisafulli, che concepì la sovranità popolare come una potestà avente il proprio fondamento nel diritto di ogni cittadino di partecipare all'esercizio di essa, ed articolantesi in una serie di atti parziali e particolari, e diffusa in una molteplicità di manifestazioni⁽⁶²⁾. Essa invero, secondo Mortati, sacrificava alla diffusione del potere sovrano la connessione fra la formazione della volontà politica del popolo e l'individuazione di « un criterio organizzativo, non solo dell'apparato autoritario, ma dell'intera struttura sociale, che consenta la costante comunicazione dei cittadini con gli organi di direzione politica, ed assicuri le condizioni che consentano una eguale, effettiva e consapevole partecipazione dei singoli alla cosa pubblica »⁽⁶³⁾. Nel mancato rilievo dato ad « un'organizzazione da cui si possa enucleare una volontà che valga ad imprimere unità all'azione statale »⁽⁶⁴⁾, Mortati da un lato ravvisava una configurazione poco selettiva del processo politico, che non distingueva, fra le molteplici forme di partecipazione alla vita della comunità, le attività preparatorie e indirette, collocate nella sfera delle garanzie o delle controforze, ed « un potere direttivo e creativo, di impulso e di movimento »⁽⁶⁵⁾, dall'altro, paventava il

(61) Cfr. *Disciplina dei partiti*, cit., 50.

(62) v. V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione* (1955), in *Stato Popolo Governo*, Milano, 1985, 122.

(63) Cfr. *Note introduttive*, cit., 363 s.

(64) Cfr. *Commento*, cit., 27.

(65) Cfr. *Note introduttive*, cit., 365; nonché, negli stessi termini, *Com-*

rischio di veder ricomparire, sotto le ceneri di una concezione « più organica » della democrazia⁽⁶⁶⁾, l'individualismo liberale.

Occorre precisare peraltro che lo stesso Crisafulli non si nascondeva come « il popolo, modernamente, non sia affatto una massa indifferenziata e disorganizzata di individui », e che esso si presenta sempre « organizzato, anche indipendentemente e al di fuori del corpo elettorale »⁽⁶⁷⁾. Ciò nonostante, rimaneva fra i due, nel modo di concepire l'organizzazione della sovranità, un dissidio profondo. Per Crisafulli, le articolazioni della sovranità sono proiezioni di un fascio di diritti individuali di partecipazione politica. Per Mortati l'ossatura della sovranità è il popolo ordinato in comunità intermedie, capace di esprimere una volontà unitaria, selezionando la decisione politica maggioritaria. All'unità indistinta di Leibholz come alla articolazione del potere sovrano di Crisafulli, Mortati oppone un'unità strutturata e selezionata dal funzionamento della regola maggioritaria. A differenza di Crisafulli, che dava un fondamento individualistico alle manifestazioni della sovranità, la visione che Mortati aveva di questa rifletteva

mento, cit., 28. Su questo punto, v. la critica di un difetto di « considerazione integrale » della collettività popolare mosso a Mortati da G. AMATO, *La sovranità popolare nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 84 s. (nonché — pp. 98 s. — un accenno critico sulla contraddittorietà della nozione mortatiana delle « controforze »). Sulla teoria mortatiana dell'indirizzo politico, v. M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, Napoli, 1985, spec. 198 ss.; P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Napoli, 198., 26 ss. Secondo E. TOSATO (*Sovranità del popolo e sovranità dello stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 14 s.), la tesi di Mortati, che assegna alla maggioranza la posizione di organo dello stato, ed alle controforze la natura di entità del tutto estranee allo stato, « segna un momento di arresto e quasi un passo indietro nello svolgimento della più recente dottrina ».

(66) Alla quale faceva non a caso criticamente riferimento V. CRISAFULLI, *Partiti e rappresentanza politica*, in *Ann. civ.*, 1958, n. 10-11, 27. Ma v. ancora, per il rilievo che l'ipotesi maggioritaria di Mortati denoterebbe una concezione troppo « strutturata » della sovranità popolare, ingabbiandone l'esercizio entro le maglie di un meccanismo regolativo proprio degli organi collegiali politici, G. FERRARA, *Alcune osservazioni su popolo, Stato e sovranità nella Costituzione italiana*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1965, 286 s.

(67) Cfr. V. CRISAFULLI, *La sovranità*, cit., 123.

la realistica presa d'atto che la istituzione di partito aveva acquisito un'autonoma cittadinanza nel processo politico. Ma, in dissidio con Leibholz, egli si preoccupava di preservare gli spazi di una dimensione comunitaria nella sfera dei rapporti fra i partiti e la formazione dell'indirizzo politico. La « politica nazionale » appariva dunque a Mortati il perno intorno al quale ruotava, attraverso la funzione dei partiti, il rapporto di unità-distinzione fra volontà del popolo e volontà dello Stato, realizzantesi peraltro non già mediante l'immedesimazione fra partiti di maggioranza e organi dello Stato, ma attraverso la loro collaborazione⁽⁶⁸⁾. La posizione delle forze di maggioranza stabiliva un legame molto stretto fra l'indirizzo politico e una fase prestatuale svolgentesi nell'ambito del sistema dei partiti⁽⁶⁹⁾, la quale veniva « indirizzata » verso un assetto maggioritario, piuttosto che verso una « diffusione generalizzata » del potere di determinazione della politica nazionale⁽⁷⁰⁾.

Tuttavia, la configurazione del regime maggioritario non riesce a fugare il dubbio che in essa coesistano componenti rappresentative e componenti plebiscitarie. Se alle une è riferibile l'idea di un popolo stabilmente ordinato in partiti, quando si muova dalla più moderna premessa teorica che il sistema rappresentativo si basa sulla differenziazione sociale ed è « la sovrastruttura politica di una società cosciente del proprio carattere pluralistico », al presupposto plebiscitario di una volontà del popolo unitaria si riallaccia invece l'assunto di un'aprioristica identificazione fra la maggioranza e l'indirizzo politico⁽⁷¹⁾. Da un lato, pertanto, Mortati prende le distanze dalla configurazione identitaria del processo politico, la quale opera ad un tempo una semplificazione verso il basso, in quanto non da adeguato rilievo

(68) Cfr. *Note introduttive*, cit., 386 ss.

(69) V. sul punto le osservazioni di M. GALIZIA, *Studi*, cit., 225 s., nt. 127.

(70) Secondo la critica mossa da G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, Milano, 1973, 49 ss. Ma v. anche la replica di C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., I, 461 s. Sulla nozione di « politica nazionale » in Mortati, v. S. MERLINI, *Sovranità popolare e partiti politici*, in *Mortati costituzionalista*, cit., 185 ss.

(71) Per questa distinzione, v. le fondamentali pagine di E. FRAENKEL, *Die repräsentative und die plebiszitäre Komponente im demokratische Verfassungsstaat* (1958), in *Zur Theorie und Geschichte*, cit., 330 ss.

alla fase ascendente che fa giungere al partito le domande che questo dovrà filtrare; ed una semplificazione verso l'alto, nella misura in cui il sistema dei partiti riesca ad esprimere, attraverso la formazione del blocco maggioritario, una ulteriore selezione delle sintesi politiche da tradurre in scelte di indirizzo politico.

Dall'altro lato, tuttavia, gli spazi della mediazione fra partiti e pluralismo sociale, in cui è stata ravvisata l'assenza del principio rappresentativo nelle democrazie pluralistiche⁽⁷²⁾, vengono in questo modo, se non anche ristretti, rigidamente strutturati dall'assetto maggioritario. L'interrogativo che Schmitt si poneva a proposito dello stato di partiti, se l'autoorganizzazione della società sia capace di esprimere unità o soltanto la parcellizzazione della svolta verso il totale⁽⁷³⁾ può essere, traendo spunto dalla riflessione di Mortati, capovolto: come può un circuito rappresentativo strutturato per esprimere una decisione maggioritaria preservare un quadro di differenziazione idoneo a promuovere il dinamismo sociale? Non si può fare a meno di concludere che, in un'ottica di questo genere, il ricorso allo schema della rappresentanza non appare da solo sufficiente ad inquadrare il congegno maggioritario, e che su di esso si innesta una componente plebiscitaria, ridimensionata dalla coincidenza dell'indirizzo politico, piuttosto che con il sistema dei partiti riguardato nella sua globalità, con la maggioranza⁽⁷⁴⁾.

Le conseguenze che discendono da questa impostazione teorica si riallacciano ad uno degli snodi fondamentali dell'itinerario

(72) Nella ricca letteratura in argomento, v. soprattutto U. SCHEUNER, *Das repräsentative Prinzip in der Demokratie* (1961), ora in *Staatsbeorie und Staatsrecht*, Berlin, 1978, 245 ss.; C. MÜLLER, *op. cit.*, 214 ss.; J. KAISER, *Die Repräsentation organisierter Interessen*, II ed., Berlin, 1978, 232 ss., 338 ss.

(73) Cfr. C. SCHMITT, *Il custode*, cit., 129-131.

(74) Lo stesso Mortati, sebbene nel più volte citato saggio sui partiti del '57 abbia insistito sul suo dissenso dal pensiero del Leibholz, aveva sostenuto in precedenza, sui rapporti fra componenti rappresentative e plebiscitarie nella democrazia parlamentare, posizioni più sfumate, ricordando che i partiti hanno trasformato profondamente gli istituti rappresentativi, « avvicinandoli nella sostanza agli ordinamenti della democrazia diretta », in misura tanto maggiore quanto più salde appaiono le organizzazioni partitiche, e quanto più i congegni elettivi sono capaci di regolare la conquista della maggioranza (*La Costituente*, cit., 84).

intellettuale di Mortati, il quale, a causa dell'abbandono di un modello di struttura del parlamento fondato sull'integrazione fra forme differenti di rappresentanza, vide compromessa la attuazione di uno dei « congegni » di organizzazione del pluralismo in cui egli riponeva maggiori speranze⁽⁷⁵⁾. Lo sdoppiamento del circuito rappresentativo, che egli giunse a teorizzare negli anni successivi, faceva riprendere forza alla antica tesi mortatiana di un regime parlamentare che, dopo l'eclissi del parlamentarismo liberale, sarebbe stato caratterizzato da un raccordo diretto fra corpo elettorale e governo, ordinato peraltro, nel nuovo quadro costituzionale, dal pluralismo partitico⁽⁷⁶⁾. Ma questo sdoppiamento, non a caso, finiva per indebolire sensibilmente proprio la posizione del parlamento nello schema rappresentativo, parlamento di cui il congegno maggioritario depotenzia l'attitudine a configurarsi come la sede istituzionale della mediazione fra partiti e società civile.

Nonostante le perplessità che essa suscita sotto il profilo della esclusiva utilizzazione dello schema rappresentativo, l'elaborazione teorica del regime maggioritario offerta da Mortati presentava suggestivi elementi di novità, poiché essa coglieva e dava rilievo centrale alla problematica dell'impatto dell'assetto pluralistico della società sui modelli di organizzazione costituzionale. Lo schema maggioritario presupponeva invero una relazione fra corpo elettorale, parlamento e governo raccordata da un sistema di partiti saldamente strutturato. Ma questa condizione del tessuto pluralistico, così come il pregio di una maggiore funzionalità democratica che da essa sarebbe stato fatto discendere, di assicurare minore vischiosità del « giuoco delle responsabilità » e minore ramificazione nel circuito delle decisioni politiche⁽⁷⁷⁾, circoscriveva anche i limiti della utilizzabilità dello schema come cri-

(75) Sulle « delusioni » di Mortati per gli svolgimenti dell'esperienza costituzionale italiana, v. G. AMATO, *Costantino Mortati*, in *Quad. cost.*, 1987, 557 ss.

(76) Per le prime formulazioni di un modello di regime parlamentare maggioritario a prevalenza del raccordo corpo-elettorale-governo, v., oltre al citato studio su *L'ordinamento del Governo*, il saggio su *Esecutivo e Legislativo*, cit.

(77) Come avrebbe scritto più tardi L. ELIA, voce *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano. 1970, 22 (estr.).

terio interpretativo di assetti nei quali il sistema di partiti non risulti in grado di assorbire il pluralismo sociale. In tali contesti l'organizzazione costituzionale tende a modellarsi secondo equilibri differenti, o perché, come negli assetti di tipo neocorporativo, essa venga alimentata da canali di accesso al processo politico regolati da modalità selettive antitetiche rispetto al principio maggioritario⁽⁷⁸⁾, o perché la conflittualità sociale tende a scaricarsi secondo circuiti di accesso differenti su parlamento e governo, che divengono perciò « sedi separate » di mediazione fra i partiti e la società civile⁽⁷⁹⁾.

8. Occorre ora esaminare più da vicino in che modo la consapevolezza del nesso fra il sistema rappresentativo e l'assetto della società si ripercuota sull'elaborazione teorica dei connotati essenziali della rappresentanza politica. In sintonia con l'origine e i fondamenti oligarchici dello stato liberale, la rappresentanza politica, quanto meno nelle elaborazioni che ebbero maggior seguito in Italia, fortemente influenzate dal costituzionalismo francese⁽⁸⁰⁾, aveva finito per designare una posizione giuridica derivante da un'investitura svincolata dalla cura degli interessi dei rappresentati. Sebbene la posizione di preminenza assunta nello stato liberale dalla camera elettiva avesse portato a dare un certo risalto all'elemento della derivazione dei rappresentanti, questo fu tuttavia ritenuto per lo più un carattere non indispensabile a qualificare l'essenza della rappresentanza⁽⁸¹⁾: un presupposto accolto

(78) Sul distacco dei modelli neocorporativi dallo schema maggioritario, v. P.C. SCHMITTER, *Teoria della democrazia e pratica neocorporativa*, in *Stato e mercato*, n. 9, 1983, 385 ss. Sui profili problematici del principio maggioritario nelle democrazie contemporanee, v., per un quadro comparatistico, *Mehrheitsprinzip, Konsens und Verfassung*, a cura di H. HATTENHAUER e W. KALTEFLEITER, Heidelberg, 1986.

(79) Su questo aspetto della evoluzione dei regimi parlamentari sia consentito rinviare a P. RIDOLA, *La classificazione dei regimi parlamentari*, ed. provv., Roma, 1988, 44 ss.

(80) V., invece, per i differenti indirizzi teorici diffusi nel mondo anglosassone, e per la tendenza a configurare la rappresentanza politica in stretta aderenza agli interessi esistenti nella società, A.H. BIRCH, *Representative and responsible government*, London, 1964, spec. 65 ss. (sul pensiero utilitarista).

(81) Il dibattito fra i giuristi italiani sulla inerenza del requisito della

implicitamente dalla oramai classica distinzione di Constant fra una « *représentation de la durée* » e una « *représentation de l'opinion publique* », che rappresentanti eletti erano chiamati ad interpretare peraltro liberamente attraverso una discussione razionale⁽⁸²⁾. Nelle elaborazioni dei giuristi, la rappresentanza politica avrebbe sostanzialmente smarrito una propria autonomia concettuale, e sarebbe stata configurata nel quadro di un indirizzo ricostruttivo largamente modellato sulla distinzione privatistica fra rappresentanza e mandato. Essa venne pertanto concepita come fonte di una *situazione* sganciata da uno stabile rapporto con i rappresentati e strutturalmente collegata con i congegni di formazione di organi dello Stato⁽⁸³⁾. « Così intransigentemente ridotta a funzione del *centro* statale », la rappresentanza non doveva più garantire la rappresentatività dello stato, e perdeva anzi del tutto la possibilità di introdurre « una qualche complicazione, sia pure larvatamente, dualistica che permettesse di rappresentare il politico non solo nel momento della sua statocentrica unità, ma anche nel momento della pluralità dei suoi poli costitutivi »⁽⁸⁴⁾.

Quando, agli inizi degli anni '40, Mortati cominciò a misurarsi con questo filone ricostruttivo, le posizioni della dottrina italiana del tempo apparivano dislocate lungo due differenti direttrici. Da una parte, gli indirizzi più legati alla ideologia corporativa si orientarono verso la ricostruzione dello stato fascista muovendo dalla critica radicale del modello della rappresentanza

derivazione elettiva all'essenza della rappresentanza politica è esaminato diffusamente da L. ROSSI, *I principi fondamentali della rappresentanza politica*, Bologna, 1894, 46 ss.; E. CROSA, *Osservazioni sulla rappresentanza politica*, in *Studi Vacchelli*, Padova, 1938, 150 ss.; A. ORIGONE, *Note critiche sul concetto di rappresentanza politica*, Roma, 1936, 100 ss.; C. ESPOSITO, *Lo stato e la nazione italiana*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 466 ss.; ed ora da D. NOCILLA e L. CIAURRO, voce *Rappresentanza politica*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 560 ss.

⁽⁸²⁾ v. B. CONSTANT, *Principi di politica*, a cura di U. Cerroni, Roma, 1970, 85 ss.

⁽⁸³⁾ V. soprattutto V.E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica* (1895), in *Diritto pubblico generale*, Milano, 1954, 417 ss.; V. MICELI, *Il concetto giuridico moderno della rappresentanza politica*, Bologna, 1891.

⁽⁸⁴⁾ Così efficacemente P. COSTA, *Lo stato immaginario*, Milano, 1986, 324 ss.

liberale-parlamentare, alla quale esso aveva inteso contrapporre un collegamento organico fra lo stato e la società⁽⁸⁵⁾. Tuttavia, mentre questa premessa condurrà alcuni autori a ritenere la categoria della rappresentanza decisamente inadeguata ad inquadrare la relazione stato-società nell'ordinamento fascista, ed a sostituirvi un modulo « organizzativo » strutturato attraverso il partito ed il sindacato, un altro filone di pensiero si sarebbe indirizzato al recupero della categoria della rappresentanza, la quale veniva però collocata entro la cornice della rappresentatività dello stato, così come essa risultava complessivamente dalla ordinata confluenza della società nell'organismo statale realizzata dall'ordinamento corporativo⁽⁸⁶⁾. Le implicazioni di questa prospettiva sul modo di essere della rappresentanza sono rilevanti. Poiché invero la società era concepita non come un aggregato di volontà individuali, ma come una trama di corporazioni e di interessi organizzati, l'essenza stessa della rappresentanza veniva modellata su una qualificazione rappresentativa che, su queste nuove basi, allo stato era riconosciuta. Quando si muovesse dalla premessa — sottolineata con decisione dallo stesso Mortati — che « ogni stato, se vuole porsi come effettivo centro di unificazione delle attività svolgentisi nel suo abito, deve riflettere, soddisfacendoli, gli interessi della comunità che organizza, deve presentarsi come strumento per la migliore attuazione di questi »⁽⁸⁷⁾, era inevitabile farne discendere il trasferimento della rappresentanza poli-

(85) Su questi indirizzi della cultura corporativa, v. L. ORNAGHI, *Stato e corporazione*, Milano, 1984, spec. 65 ss.

(86) Per un'ampia ricognizione delle posizioni della dottrina sul problema della rappresentanza durante il periodo fascista, v. C. ESPOSITO, *La rappresentanza istituzionale*, Padova, 1939; C. LAVAGNA, *Per un'impostazione dottrinale del problema della rappresentanza politica* (1942), in *Problemi giuridici delle istituzioni*, Milano, 1984, 97 ss.; nella letteratura più recente, L. PALADIN, *Il problema della rappresentanza nello stato fascista*, in *Studi Esposito*, II, Padova, 1972, 851 ss.; P. COSTA, *op. cit.*, 334 ss. Sugli indirizzi dottrinali che, già nell'età giolittiana, prepararono le successive elaborazioni della rappresentanza degli interessi, v. G. GOZZI, *Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi nella riflessione giuridico-politica fra Ottocento e Novecento*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, a cura di A. MAZZACANE, Napoli, 1986, 231 ss.

(87) Così C. MORTATI, *Sulla posizione del partito*, cit., 501.

tica dall'area della rappresentanza di volontà a quella della rappresentanza di interessi.

Lungo l'altra direttrice che si ricordava, Esposito utilizzò gli strumenti più raffinati del positivismo giuridico per trarre le implicazioni più conseguenti dalle premesse storico-politiche della separazione fra stato e società, sul cui ceppo erano sorte le concezioni liberali della rappresentanza politica. Esposito mosse, come è noto, dal presupposto della natura meramente fattuale della nazione, da lui identificata col sostrato reale dello stato, per giungere alla conclusione che essa, in quanto tale, può acquistare rilevanza giuridica, può *volere* nel mondo del diritto solo per il tramite di un soggetto che ne assuma la rappresentanza giuridica. Sulla base del riconoscimento della « naturale insuscettibilità di azione diretta nel campo giuridico da parte dell'ente nazionale »⁽⁸⁸⁾, Esposito inquadrò la relazione fra questo e lo stato nell'ambito della categoria generale della rappresentanza istituzionale, alla quale è necessario fare ricorso tutte le volte che « una istituzione, una associazione, una organizzazione riconosciuta prende il posto nella vita giuridica di un ente che il diritto non eleva a persona »⁽⁸⁹⁾. La necessità *oggettiva* di far ricadere sul rappresentato gli effetti della dichiarazione del rappresentante individuerebbe il *proprium* della rappresentanza politica, di cui ad Esposito non apparivano elementi essenziali « la elezione del rappresentante da parte del rappresentato, la aderenza alle tendenze spirituali di lui, la interpretazione della volontà del rappresentato, la cura dei suoi interessi »⁽⁹⁰⁾.

Il dissidio Esposito-Mortati sulla rappresentanza, dunque, volava alto, trascendendo di gran lunga i confini degli studi sul governo rappresentativo e sul mandato libero, entro i quali era rimasta circoscritta l'elaborazione dei giuristi liberali: la teoria

(88) Così come si sarebbe ancora espresso C. MORTATI, *La rilevanza giuridica del concetto di nazione*, cit., 560.

(89) Cfr. *La rappresentanza istituzionale*, cit., 47.

(90) Cfr. C. ESPOSITO, *Lo stato e la nazione*, cit., 462. Su questo aspetto del pensiero di Esposito, v. le osservazioni di G. AMATO, *La sovranità*, cit., 75 ss., secondo il quale esso si inquadra in un filone teorico che concepì la sovranità nazionale, sulla scia di Bluntschli piuttosto che di Esmein e Carré, come molto vicina alla sovranità dello stato.

della rappresentanza istituzionale assumeva, infatti, nel pensiero espositivo, un rilievo speculare alla teoria della costituzione materiale di Mortati, presentandosi anch'essa con una valenza assai ampia, come generale chiave interpretativa dei rapporti fra il diritto e la realtà sociale⁽⁹¹⁾. Della teoria della rappresentanza istituzionale, non a caso, Mortati avrebbe criticato diffusamente l'assunto della esclusione della natura giuridica della nazione. La sussistenza di un minimo elemento organizzativo, la conformazione come un corpo collettivo distinto dai singoli, e quindi in possesso di una vita propria, caratterizzato da una serie di rapporti di forza e di obbedienza, apparivano tutti fattori (in difetto dei quali la nazione non sarebbe stata, peraltro, ad avviso di Mortati, neppure configurabile come ente di fatto) che fornivano argomenti per sostenere la tesi della intrinseca giuridicità del « sostrato reale »⁽⁹²⁾.

Da queste premesse, che, del resto, erano in larga misura implicite nella visione della socialità del diritto cui Mortati si riallacciava, discendevano due obiezioni di fondo alla teoria espositiva, di grande rilievo per gli sviluppi che se ne sarebbero tratti in tema di rappresentanza. In primo luogo, sullo sfondo dell'assunto della irriducibilità del sostrato reale dello stato all'ordine giuridico, Mortati avvertiva la tendenza ad escludere qualsiasi possibilità di contatto e di ricomposizione unitaria fra l'ordine sociale e l'ordine giuridico⁽⁹³⁾. In secondo luogo, imputando ad Esposito un approccio metodologico che precludeva di « risalire a momenti che trascendono quello della validità formale delle norme », Mortati contestava che « il momento genetico, per il fatto che non procede da una norma preesistente, si sottragga al

(91) Sembrano emblematici in tal senso gli sviluppi che dalla teoria espositiva avrebbe tratto V. ZANGARA, *La rappresentanza istituzionale*, Padova, 1952. Su questa op. v. le notazioni di M. GALIZIA, *Autorità autonomie e « democrazia di massa » nell'evoluzione del pensiero di Vincenzo Zangara*, in *Quad. cost.*, 1988, 113 s. (il quale sottolinea peraltro i limiti dell'accostamento fra la concezione espositiva e quella dello Zangara, che pose come fulcro del rapporto istituzionale rappresentativo il popolo « nella varietà delle sue reali componenti »).

(92) Cfr. *La rilevanza giuridica*, cit., 561.

(93) In questo senso, v., molto chiaramente, *La costituzione in senso materiale*, cit., 43.

mondo del diritto, e ad esso pure si sottraggano quegli altri momenti che, presupponendo rapporti effettivi di forza o atti di adesione spirituale, sfuggono alla previsione dell'ordine normativo »⁽⁹⁴⁾. Ma il dissidio con Esposito era altresì emblematico e rivelatore del completo distacco di Mortati dalla concezione liberale della rappresentanza politica. Ad essa invero non era riconducibile anzitutto l'idea della finalizzazione dello schema della rappresentanza ad un obiettivo di ricomposizione armonica del rapporto fra società e stato, che Mortati faceva discendere dalle premesse teoriche della costituzione materiale: « per il nascere dello stato, osservava Mortati, è necessario che i rapporti particolari all'interno della società civile si coordinino fra loro e in quanto siano in contrasto, è necessario che sia dato il criterio capace di eliminare questo, per inserire gli interessi discordi in una superiore unità »⁽⁹⁵⁾. Alla concezione liberale era inoltre sostanzialmente estraneo il legame fra rappresentanza e rappresentatività che egli, invece, sottolineava con forza, additando nel « nesso diretto in cui essi, per il modo della loro formazione, si trovano rispetto alle forze sociali politicamente efficienti » il criterio per riconoscere il carattere rappresentativo degli organi dello stato⁽⁹⁶⁾. A questa stregua la rappresentanza politica non poteva più essere studiata da un'ottica tutta interna agli organi dello stato: osserva infatti Mortati, ancora a proposito dell'opera di Esposito, che, mentre il carattere rappresentativo, « se fosse effettivo », si dovrebbe tradurre « in una posizione speciale o in uno speciale atteggiamento degli uffici o delle persone fisiche agenti per lo stato », la posizione del rappresentante, così come era ricostruita da Esposito, conduceva inevitabilmente « a sovrapporre nei pubblici uffici alla qualità di organi dello stato da essi rivestita quella di rappresentanti della nazione, oppure ad ammettere una duplice rappresentanza, nel caso che si voglia qualificare come rappresentativo il rapporto che l'opinione dominante ritiene di carattere organico »⁽⁹⁷⁾. Infine la struttura organizzativa del so-

(94) Cfr. *La rilevanza giuridica*, cit., 562 s.

(95) Così ancora *La costituzione in senso materiale*, cit., 70.

(96) Cfr. C. MORTATI, *Recensione a A. Origone*, cit., 4; nonché *La costituzione in senso materiale*, cit., 80.

(97) Cfr. *op. ult. cit.*, 42.

strato reale assumeva per Mortati un inedito risalto per la definizione dei caratteri della rappresentanza politica: se è vero — egli osservava — che le carte liberali non avevano fatto riferimento all'organizzazione politica del popolo, « la realtà per conto suo si incaricò di porre, in modo più o meno adeguato secondo il grado di sviluppo politico raggiunto da ogni stato, gli elementi necessari all'espressione di una volontà unitaria del corpo elettorale » (98).

La critica ad Esposito segna dunque un passaggio importante nella riflessione di Mortati sulla rappresentanza politica, perché essa contribuì a mettere a fuoco le basi teoriche sulle quali questi avrebbe dato uno svolgimento compiuto, nel mutato clima politico e costituzionale del secondo dopoguerra, al nesso fra rappresentanza e rappresentatività. Mortati si riallacciava alla tendenza alla inversione dei termini della relazione fra l'una e l'altra che si era già delineata nella letteratura del periodo fascista, per suggerire una ricostruzione della posizione dei rappresentanti, che ne individuava l'aspetto caratterizzante nel legame con le « forze sociali politicamente efficienti », e dunque con una società civile ora ordinata in una pluralità di partiti. In un assetto ispirato dal principio democratico, ciò comportava peraltro una sostanziale riformulazione del concetto della rappresentanza politica. Da un lato, infatti, Mortati ribadiva che il punto di partenza nello studio di questa non poteva che essere costituito dalla rappresentatività, ossia dalla « corrispondenza fra la composizione socio-economica del gruppo sociale e quella dell'organo che la rappresenta », ma aggiungeva che alla rappresentanza doveva essere riconosciuto « l'ulteriore elemento qualificante costituito dalla responsabilità » dei rappresentanti nei confronti del gruppo sociale (99).

Su queste basi erano poste le premesse di una visione della rappresentanza politica che avrebbe sensibilmente ridimensionato le principali conclusioni cui erano giunte le elaborazioni dei giuristi liberali. Il nesso fra rappresentatività e rappresentanza si poneva evidentemente in antitesi con una prospettiva incentrata sulla svincolatezza della situazione rappresentativa, e ad un tempo

(98) Così ancora nella *Recensione* a *A. Origone*, cit., 4.

(99) Cfr. *Istituzioni*, cit., I, 425.

la funzione di snodo svolta dai partiti nello sdoppiamento del circuito rappresentativo rimarcava il profilo relazionale della rappresentanza politica, ponendo l'accento su un rapporto stabilmente mediato e istituzionalizzato fra elettori ed eletti⁽¹⁰⁰⁾. A ben vedere, la più antica premessa che aveva guidato l'analisi del rapporto fra lo stato e il partito unico, che « ogni istituto giuridico, costituendo la traduzione in termini di coazione di una realtà sociale, deve trovare in essa il suo fondamento di fatto ed i suoi limiti »⁽¹⁰¹⁾, non era sostanzialmente abbandonata, ma piuttosto calata in un contesto che rapportava fondamento e limiti della rappresentanza politica alla coppia controllo/responsabilità⁽¹⁰²⁾. Non può negarsi peraltro che l'innesto del principio democratico sul tronco dello schema della rappresentanza rendesse a Mortati assai problematica la collocazione del divieto del mandato imperativo in un quadro così sensibilmente modificato. E Mortati infatti rifiutò di considerare il divieto un relitto storico o un istituto in radicale contrasto col principio democratico⁽¹⁰³⁾. Pur riconoscendo che il divieto fa prevalere « sulla logica del sistema rappresentativo proporzionalistico l'esigenza di autonomia del singolo »⁽¹⁰⁴⁾, egli prospettò il dubbio che il significato di esso trascendesse il nesso fra disciplina di partito e garanzia dello *status* del parlamentare: esso invece richiedeva una visione più comprensiva dei riflessi delle relazioni fra parlamentari e partiti sulla rappresentatività delle camere, « in considerazione del presupposto dell'equilibrio politico, onde è composta l'assemblea, equilibrio de-

(100) Sulla distinzione fra la rappresentanza come situazione e la rappresentanza come rapporto, v. ampiamente D. NOCILLA e L. CIAURRO, *Rappresentanza politica*, cit., 556 ss.

(101) Cfr. C. MORTATI, *Sulla posizione del partito*, cit., 501.

(102) Sui rapporti fra rappresentanza e responsabilità, v. D. NOCILLA, *Brevi note in tema di rappresentanza e responsabilità politica*, in *Scritti Crisafulli*, II, Padova, 1985, 563 ss.; G.U. RESCIGNO, voce *Responsabilità politica*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1358 ss.

(103) Sui profili problematici della sopravvivenza del divieto del mandato imperativo nello stato di partiti, v. F. KOJA, *op. cit.*, 26 ss.; S. SPADARO, *Riflessioni sul mandato imperativo di partito*, in *Studi parl. e di pol. cost.*, n. 3-4, 1985, 106 ss.; nonché il mio *Divieto del mandato imperativo e pluralismo politico*, in *Scritti Crisafulli*, II, Padova, 1985, 679 ss.

(104) Cfr. C. MORTATI, *Note introduttive*, cit., 387.

terminatosi in seguito alla espressione della volontà popolare, e che potrebbe venire turbato dalla espulsione da un partito di deputati che si sottraggono alla disciplina »⁽¹⁰⁵⁾. Nella interpretazione del divieto del mandato imperativo, che era qui problematicamente abbozzata, si colgono però i temi dominanti intorno ai quali ruota la riflessione sul mutamento dei caratteri della rappresentanza politica. L'insoddisfazione verso una prospettiva interpretativa attenta solo alla dimensione individualistica del rapporto rappresentativo spingeva infatti Mortati a dare peculiare risalto, da un lato, al profilo del controllo degli elettori sulla libertà del deputato, e dall'altro a quello dei riflessi del principio della indipendenza del deputato sugli equilibri del pluralismo politico.

9. Si è ricordato più volte che la riflessione mortatiana sulla rappresentanza politica si interseca spesso con quella sul ruolo del partito politico. Né ciò può meravigliare, ove si considerino la correlazione fra il problema della rappresentanza e la teoria della costituzione materiale, e la posizione che il partito occupa nell'ambito di questa, come il « soggetto da cui emana la costituzione fondamentale e che si pone come uno degli elementi, quello strumentale, necessari a comporre il suo contenuto, la sua

⁽¹⁰⁵⁾ V. l'intervento in Assemblea costituente, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Roma, 1970-71, VII, 905. Il problema posto da Mortati nell'intervento che si è ricordato era stato in precedenza sviluppato in *La Costituente*, cit., 90, nt. 39: esaminando la principale obiezione alla tesi dell'ammissibilità della revoca del mandato politico conseguente alla espulsione del deputato dal partito (che il deputato non trae la sua investitura dal solo partito), Mortati replicava infatti: « Pur non contestandosi l'esattezza del presupposto da cui muove tale opinione (presupposto tanto più fondato quanto meno intensa e diffusa sia l'organizzazione dei partiti) non sembra tuttavia che esso faccia venir meno la conseguenza prospettata, e ciò per la considerazione che i non appartenenti al partito, votando per un candidato da questo proposto, intendono fare implicitamente adesione ai principi politici sostenuti dal medesimo. Considerazione che sembra logicamente deducibile dal principio secondo cui i deputati rappresentano correnti politiche, pur continuando a volere per la nazione, secondo le formole ottocentesche, nel senso che le loro manifestazioni valgono a formare la volontà obbiettiva dello stato ».

materia tipica »⁽¹⁰⁶⁾. Proprio sul terreno dei rapporti fra la teoria del partito e la riflessione sulla rappresentanza, la continuità del pensiero mortatiano può però apparire problematica. Se è vero che la rimediazione dei caratteri della rappresentanza politica aveva spinto Mortati a dare risalto ad alcuni indicatori fondamentali della trasformazione del processo di decisione politica negli ordinamenti democratici, è anche vero che le basi teoriche su cui essa venne impostata nell'opera su « La costituzione in senso materiale » del '40 risultavano intimamente legate allo studio dei regimi autoritari europei fra le due guerre ed alla cultura sociologico-politica sul partito unico.

È noto che Mortati, muovendo dalla premessa che la società può « offrire quello stabile assetto complessivo capace di formare il contenuto della costituzione materiale » solo a condizione che essa riesca a presentarsi « non più indifferenziata, ma ordinata secondo un minimo di elementi organizzativi », necessari per imprimerle un assetto unitario⁽¹⁰⁷⁾, individuò tale elemento nel « formarsi nel seno della comunità di una forza politica »: « questa forza, risultante dall'organizzazione di un gruppo sociale che si differenzi dagli altri, in quanto riesca, trionfando su gruppi antagonisti portatori di interessi diversi e orientati verso un diverso modo di intendere l'unità politica, a far valere effettivamente la forma particolare di ordine, da essa affermata, offre il contenuto della costituzione originaria, fondamentale »⁽¹⁰⁸⁾. Con l'organizzazione politica delle masse, la forza politica dominante posta a base della costituzione materiale venne individuata da Mortati nel partito politico, che egli configurò come una struttura capace di ordinare il gruppo intorno ad un'idea politica generale e di « porsi come fattore di unificazione dell'intera vita di comunità »⁽¹⁰⁹⁾. Del partito, peraltro, Mortati riproponeva una con-

(106) Cfr. C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., 87. Sulla concezione mortatiana del partito politico, v. ora i contributi di O. MASSARI e di S. PRISCO in *Mortati costituzionalista calabrese*, cit., 356 ss., 381 ss.

(107) Cfr. *op. ult. cit.*, 65 ss.

(108) Cfr. *op. ult. cit.*, 75 ss. Sulla formazione del concetto mortatiano di « forza politica dominante », v. S. BARTOLE, *Costantino Mortati e le minoranze*, in *Mortati costituzionalista*, cit., 288 ss.

(109) Cfr. *op. ult. cit.*, 84 ss.

cezione *alta*, in larga misura debitrice verso la teoria paretiana delle *élites*, legata alla capacità di improntare la forma di stato, indirizzando alla « realizzazione di un'idea politica ». Dai partiti « caratterizzati da divisioni secondarie », corrispondenti alle necessità organizzative del parlamentarismo liberale, Mortati distingueva il partito capace di realizzare « un'omogeneità politica, che unisca in un'unità più alta maggioranza e minoranza e formi il presupposto per l'esistenza di una volontà coerente ed armonica dello stato »⁽¹¹⁰⁾. In definitiva, concludeva Mortati, in quanto elemento attivo dell'istituzione originaria, il partito « non può che essere unico, come unico è il principio di qualsiasi forma politica »⁽¹¹¹⁾.

Con il crollo della dittatura ed il completo ristabilimento delle libertà politiche, l'impianto teorico basato sul concetto di forza politica dominante non poté non essere sottoposto a revisione. La stessa distinzione, che Mortati aveva tracciato, fra la forza politica dominante e le componenti estranee ad essa, che « comunque appaiono non partecipi, o partecipi solo passivamente, alla funzione di formazione e di mantenimento dell'ordine giuridico, e per esse l'obbedienza a questo è l'espressione della convinzione di obbedire al potere più forte »⁽¹¹²⁾, appariva, nel mutato clima costituzionale, non più riproponibile nei medesimi termini. Mortati avrebbe compiuto pertanto una sorta di traslazione del concetto di forza politica dominante dal nesso col partito unico al sistema pluralistico. A questa operazione egli fu indirizzato, oltre che dall'ampio riconoscimento costituzionale del pluralismo dei partiti, dal ruolo fondante del nuovo assetto costituzionale che i partiti antifascisti avevano svolto nella fase transitoria della collaborazione nel CLN, e successivamente in quella della formazione della costituzione repubblicana⁽¹¹³⁾. Occorre ricordare però che, nel disegno di Mortati, quale si venne tratteggiando negli anni della Costituente, la tenuta della coerenza fra l'originario

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. *op. ult. cit.*, 86 s.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. *op. ult. cit.*, 87. Per inquadrare la visione mortatiana del partito unico nella dottrina contemporanea, v. P. COSTA, *op. cit.*, 344 ss.

⁽¹¹²⁾ Cfr. C. MORTATI, *op. ult. cit.*, 78.

⁽¹¹³⁾ V. in proposito C. MORTATI, *Ispirazione democratica*, cit., 281 s.

impianto teorico e la nuova dimensione pluralistica, e dunque l'obiettivo di unificazione politica, apparivano riposti, da un lato, nella funzione aggregante del sistema dei partiti nella sfera della rappresentanza costituita sulla base del suffragio universale indifferenziato, e dall'altro nel raccordo con una seconda camera a struttura rappresentativa differenziata.

Caduta questa seconda possibilità di organizzazione della differenziazione sociale, la dialettica unificazione politica/pluralismo restava interamente affidata al sistema dei partiti, il quale delimitava un'area di pluralismo sottratta al particolarismo e idonea a promuovere « la formazione di sintesi politiche »⁽¹¹⁴⁾: un'area, occorre aggiungere, i cui contorni erano segnati, nell'ambito dello stesso sistema dei partiti, dall'« assicurazione delle condizioni cui rimane legata l'alternativa al potere delle forze politiche »⁽¹¹⁵⁾, e dunque da una visione tendenzialmente ampia della legittimazione dei partiti nella competizione politica; e all'esterno, da un composito sistema di « controforze », reso necessario dall'esigenza di temperare l'assolutismo della maggioranza. Questo assetto, così come esso si venne delineando nell'opera di Mortati fra gli anni della Costituente e l'inizio degli anni sessanta, rivelava peraltro un notevole equilibrio fra organizzazione e garanzia del tessuto pluralistico, e lasciava margini consistenti per immettere nel processo di decisione politica uno spettro ampio di divisioni e di orientamenti. D'altronde la forte consapevolezza della eterogeneità delle ideologie confluite nel compromesso costituzionale e delle forze che formavano l'ossatura della costituzione materiale non potevano che suggerire a Mortati molta cautela nel delineare il nostro assetto costituzionale con i connotati di una democrazia protetta attraverso la prefigurazione di un sistema di partiti ideologicamente coeso. Da un lato, caldeggiando a più riprese strumenti che rendessero effettiva la democrazia interna dei partiti, egli sembrò preoccupato di tenere aperti i canali di comunicazione fra la società civile e gli apparati di partito⁽¹¹⁶⁾. Dall'altro, la

(114) Così C. MORTATI, *Note introduttive*, cit., 389 s.

(115) Cfr. *op. ult. cit.*, 387 s.

(116) Occorre ricordare però che la fiducia nella regolamentazione dell'istituzionalità interna dei partiti si andò progressivamente attenuando: v. C. MOR-

considerazione riduttiva del ruolo delle controforze diffuse nella pubblica opinione era compensata da una visione lata dei limiti di compatibilità della competizione politica con l'adesione a valori fondamentali di aggregazione, e da una decisa opzione proporzionalista. Quest'ultima venne del resto configurata da Mortati non soltanto in funzione di contrappeso del principio maggioritario⁽¹¹⁷⁾. Nel principio proporzionale Mortati fu incline a ravvisare anzitutto quasi un surrogato della democrazia diretta, in quanto esso mira a riprodurre fedelmente le divisioni della società⁽¹¹⁸⁾, e soprattutto un criterio organizzativo del pluralismo poiché, laddove il corpo elettorale « non si presenta naturalmente raggruppato in poche e grandi formazioni politiche spontaneamente ordinate nel loro interno secondo principi di libertà », esso « tende a decisioni atte a raggiungere il massimo di armonizzazione fra i vari elementi costitutivi dell'assetto sociale »⁽¹¹⁹⁾.

TATI, *Intervento in Indagine sul partito politico*, a cura dell'ISLE, Milano, 1970, III, 945 (ove egli prospettava il rischio che un intervento legislativo alterasse « quel rapporto fiduciario su base volontaristica che forma la ragion d'essere di qualsiasi organizzazione partitica »; nonché, per una posizione decisamente più scettica, l'intervento nel dibattito su *La Costituzione e la crisi*, in *Gli stati*, n. 10, gennaio 1973, 18 (« I partiti sono organismi indirizzati alla lotta per la conquista del potere e quindi naturalmente portati a darsi quelle strutture oligarchiche meglio idonee ad assicurare loro il successo nella competizione di ciascuno con gli altri. Si potrebbe piuttosto intervenire con riguardo all'esercizio di quelle funzioni che più direttamente si riflettono sull'interesse generale »).

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. *La Costituzione*, cit., 70.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. *Sui limiti all'attività della Costituente* (1946), in *RS*, I, 393.

⁽¹¹⁹⁾ In questo senso, cfr. *La Costituente*, cit., 258; *Il potere legislativo*, cit., 459; ma v. anche *Relazione sui diritti pubblici subiettivi*, cit., 656 s. (per un riferimento più diffuso al nesso fra disomogeneità sociale e sistema proporzionale). La decisa opzione proporzionalistica di Mortati rappresenta un significativo temperamento dell'intonazione plebiscitaria che è certamente presente — v. *supra* § 7 — nella teoria del principio maggioritario. A questo proposito, è interessante valutare in parallelo il giudizio espresso da Mortati sulla costituzionalizzazione del principio maggioritario, e, correlativamente, sulla configurazione complessiva dell'istituto referendario nell'esperienza weimariana. Da un lato, Mortati dissente dalle critiche all'esasperato proporzionalismo weimariano e, sviluppando la tesi appena illustrata nel testo, sottolinea con forza la congruità, in contesti sociali altamente conflittuali, dell'opzione proporzionalista, la quale, riducendo il rischio della radicalizzazione dello scontro politico, gli appariva

All'inizio degli anni '60, questa visione del circuito rappresentativo tende a modificarsi, muovendo peraltro lungo due linee differenti. La prima, sviluppando le premesse teoriche del saggio sui partiti del '57, era indirizzata a potenziare i pregi di funzionalità democratica del regime maggioritario, postulando un legame più saldo fra la stabilità del circuito di formazione dell'indirizzo politico ed una maggiore strutturazione del sistema dei partiti, da realizzarsi anche attraverso una correzione del proporzionalismo estremo del sistema elettorale italiano⁽¹²⁰⁾: ciò allo scopo di sottoporre al corpo elettorale chiare scelte di indirizzo politico,

« una delle garanzie cui è affidata la conservazione dell'ordinamento democratico in una società non omogenea » (*Le forme di governo*, cit., 205 s.). Dall'altro, egli appare scettico sulla compatibilità con il regime parlamentare dell'asse corpo elettorale-presidente che, anche attraverso un ventaglio ampio di applicazioni dell'istituto referendario, la Costituzione di Weimar aveva delineato (*op. ult. cit.*, 207 s.). Queste riflessioni offrono spunti che illuminano un profilo saliente del pensiero di Mortati: se invero di un organicismo di questo può correttamente parlarsi, esso è inseparabile — come l'opzione proporzionalistica sottolinea — dal rispecchiamento di una realtà sociale considerata nella molteplicità delle sue articolazioni e nella varietà delle sue connesure. Per questa peculiare intonazione, esso appare profondamente diverso dall'organicismo al quale furono ispirate le interpretazioni della forma di governo weimariana, che ne hanno valorizzato gli strumenti di arbitrato popolare e le componenti plebiscitarie (v. R. REDSLOB, *Le régime parlementaire*, Paris, 1924, 277 ss.; *Le régime parlementaire en Allemagne*, in *Riv. dr. publ.*, 1923, 511 ss.). Che al fondo di esse vi fosse una marcata componente organicista, fu avvertito lucidamente da G. BURDEAU, che, traendo argomento da esse, sottolineò che la forma di governo weimariana, tendendo all'unità dei poteri ed alla loro concentrazione nelle mani della collettività nazionale (« debitrice di tale dono non tanto all'ideale democratico, quanto al prestigio di un mitico *Reich* »), si era posta nel solco della « dottrina organicistica dello stato », imperniandola sul *Volksstaat* (*Il regime parlamentare nelle costituzioni europee del dopoguerra* (1932), Milano, 1950, 52 ss.). Non è qui possibile valutare se la lettura della forma di governo weimariana suggerita da Burdeau ne cogliesse davvero problematicamente tutte le pieghe, o non fosse invece troppo condizionata dall'intento polemico nei confronti di Redslob. Da essa emerge però con chiarezza lo stacco fra una visione organicistica incentrata sul tessuto delle società intermedie, ed un organicismo portato a valorizzare momenti di forte aggregazione della volontà popolare al di sopra delle divisioni. Sulla opzione proporzionalistica di Mortati, v. E. BETTINELLI, *Alle origini della democrazia dei partiti*, Milano, 1982, 236 ss.

⁽¹²⁰⁾ Per questa fase della riflessione di Mortati, v. *Dottrine generali*, cit., 223; *Istituzioni*, cit., I, 460 ss.; *Intervento*, in *Gli stati*, cit., 16 ss.

e di promuovere « consapevoli adesioni ad esse ed alle forze politiche che, facendosene banditrici, assumono l'impegno di garantirne l'attuazione »⁽¹²¹⁾.

La seconda linea lungo la quale si muove la riflessione di Mortati sul rapporto fra pluralismo e rappresentanza si delinea più tardi: anticipata da un'analisi critica delle disfunzioni del sistema partitico, che, mentre aveva progressivamente esteso il proprio raggio di influenza, per altro verso si rivelava vieppiù incapace a fronteggiare le tendenze al « neo-feudalismo » crescenti nella società contemporanea, questa linea sarebbe sfociata, sul finire degli anni '60, in un atteggiamento fiducioso verso il fiorire di « associazioni, circoli e movimenti », accomunati « dallo stesso intento di estendere la partecipazione e la verifica popolare alla e sulla vita politica nazionale », ed espressione della « generale insoddisfazione » per « l'inadeguatezza dei logori istituti di rappresentanza a riflettere la ricchezza di tessitura della presente società »⁽¹²²⁾. Il potenziamento di queste espressioni della politicizzazione della società civile avrebbe dovuto far leva, secondo Mortati, non più tanto sulla riedizione dell'antica differenziazione del bicameralismo⁽¹²³⁾, quanto sulla « funzionalizzazione dei gruppi in cui si articola l'odierna società pluralistica » attribuendo ai medesimi una propria funzione nel sistema politico, in modo che la partecipazione politica si effettui secondo « un processo che passi attraverso una molteplicità di gradi intermedi »⁽¹²⁴⁾.

Alla luce dell'itinerario intellettuale che si è tentato di ricostruire, questa seconda linea di sviluppo appare peraltro assai problematica. Il passaggio che si è appena ricordato induce invero a ritenere che l'attenzione di Mortati per i movimenti e le nuove forme di partecipazione sottendesse non soltanto la presa d'atto realistica della crisi di legittimazione dei tradizionali soggetti del pluralismo, ma la prefigurazione di nuovi canali della formazione della volontà politica del popolo: un disegno, si può aggiungere,

(121) Cfr. *Commento*, cit., 36.

(122) Cfr. *Istituzioni*, cit., II, 882 s.

(123) Sulla quale egli ritorna peraltro nel cit. *Intervento*, in *Gli stati*, 20 s.

(124) Cfr. *Commento*, cit., 49.

che faceva leva su nuovi soggetti sociali ,i quali tendono ad uscire dall'alveo delle « controforze », ma la cui incidenza sul processo politico, in mancanza della formazione di corrispondenti adeguati congegni, resta allo stato *diffuso*. Gli spunti estremamente suggestivi che emergono dalla riflessione dell'ultimo Mortati ripropongono l'interrogativo circa la adeguatezza dello schema della rappresentanza in un quadro sociale caratterizzato dalla dispersione dei luoghi della partecipazione e dalla crisi delle forme di aggregazione tradizionali. Ma l'interrogativo riporta a quello che appare davvero il punto nodale della riflessione di Mortati sulla rappresentanza, riflessione che è costantemente riconducibile al dissidio fra l'attenzione alla genesi dei moti di organizzazione della società, ed un'istanza, resa peraltro sempre più problematica dalla complessità sociale, di stabilizzazione dei congegni di organizzazione del pluralismo.

UGO DE SIERVO

PARLAMENTO, PARTITI E POPOLO
NELLA PROGETTAZIONE COSTITUZIONALE DI MORTATI

1. *Mortati corporativista?*

Chi rilegga gli scritti di Mortati può agevolmente constatare la sua continua esplicita polemica, fin dai primi mesi successivi all'adozione della Costituzione, contro l'inadeguatezza del modello istituzionale adottato rispetto alla intervenuta profonda ridefinizione del fondamento e dei fini dello Stato: « Le mécanisme auquel la Constitution a donné naissance est calqué en substance sur le schéma caractéristique des Constitutions de type parlementaire du siècle passé. Une seule innovation timide peut être relevée: c'est l'institution d'un Conseil de l'économie et du travail qui doit avoir des fonctions consultatives, d'initiative législative ou même des fonctions législatives par délégation réglementaire; ce Conseil est formé d'experts et de représentants des diverses catégories productrices.

Il est douteux que cette organisation puisse suffire au double objectif suivant: assurer en premier lieu une marche ordonnée et résolue vers les réformes nécessaires à la réalisation du programme projeté; éviter, en second lieu, que les interventions de l'Etat dans l'économie ne soient effectuées par des organes et selon des procédés incapables d'assurer la liaison suffisante avec les forces sociales productrices » (1).

(1) MORTATI, *L'évolution constitutionnelle italienne: perspective historique et signification politique*, in *La Constitution italienne de 1948*, Librairie Armand Colin, Paris, 1950, p. 41. Ma analogamente si vedano quanto meno *Parlamento e democrazia* (*Studium*, 1948, n. 11), *La partecipazione del popolo al Governo* (*Cronache sociali*, 1948, n. 5), *La rappresentanza di categoria* (*Per l'azione*,

Il fatto è tanto più significativo in quanto l'intensissimo impegno di Mortati nei lavori costituenti e, prima ancora, nella cosiddetta Commissione Forti e nel dibattito culturale e istituzionale nel 1945 e 1946⁽²⁾ hanno contribuito — senza alcun dubbio — a farne l'esponente che più ha inciso sui lavori costituenti, con un apporto del tutto eccezionale sia in riferimento alla configurazione dei principi fondamentali e dei diritti e doveri, che in relazione all'assetto organizzativo dello Stato: ci si potrebbe allora domandare perché mai un giudizio così severo e amareggiato in riferimento ad una parte di una Costituzione che, ciò nonostante, difenderà attivamente in tutta la sua successiva vicenda umana e scientifica.

D'altra parte non può dimenticarsi che analoga esplicita delusione era manifestata da un altro significativo costituente democristiano che nel valutare in modo positivo il nuovo testo costi-

1949), *Sulla funzionalità delle istituzioni rappresentative* (Cronache sociali, 1949, n. 21), ora in *Raccolta di scritti*, Giuffrè, Milano, 1972, IV, p. 3 ss., p. 65 ss. Né a distanza di anni Mortati sembra aver mutato opinione: in via esemplificativa cfr. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, ERI, Torino, 1959, pp. 129 ss., 178 ss.; *La riforma del Senato*, in *Rass. Parl.*, 1960, pp. 1534 ss.; *Considerazioni sui mancati adempimenti costituzionali*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, Vallecchi, Firenze, 1969, IV, pp. 490 ss.; *La Costituzione e la crisi*, in *Gli Stati*, 1973, n. 1, pp. 17 ss.; *Art. 1*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975, pp. 49-50.

(2) In generale su Mortati alla Costituente si veda l'ampio saggio della BRUNO, *I giuristi alla Costituente: l'opera di Costantino Mortati*, in *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, a cura di De Siervo, Il Mulino, Bologna, 1980, II, p. 59 ss., nonché AMATO, *Costantino Mortati*, in *Quaderni costituzionali*, 1987, pp. 557 ss.; DE SIERVO, *Scelte e confronti costituzionali nel periodo costituente. Il progetto democratico cristiano e le altre proposte*, in *Jus*, 1979 (il testo è pubblicato anche in *Democrazia cristiana e Costituente*, a cura di Rossini, Ed. Cinque Lune, Roma, 1980, II), pp. 138 ss., 157 ss., 175 ss.; BALBONI, *La riforma della pubblica amministrazione nel periodo costituente e nella prima legislatura*, in *Scelte*, cit., pp. 225 ss., 302 ss.

Per gli scritti di Mortati si veda la *Raccolta di scritti*, 4 volumi, Giuffrè, Milano, 1972 ed ivi (I, p. VI ss.) l'elenco (pressoché completo) degli scritti non compresi nella raccolta.

Per gli estremi di tutti i suoi interventi in sede di Assemblea Costituente, si veda ASSEMBLEA COSTITUENTE, *ATTI DELLA ASSEMBLEA COSTITUENTE, Attività dei deputati*, Tip. della Camera dei deputati, Roma, 1948, pp. 187 ss.

tuzionale, ne individuava la maggiore carenza proprio nella mancata rappresentanza nel Parlamento « dei "corpi" in cui si articola la società »; ed in quella occasione Giorgio La Pira affermava anzi che a ciò si sarebbe dovuto rapidamente rimediare attraverso una apposita revisione costituzionale⁽³⁾. Né una preoccupazione del genere si fermava ai confronti svoltisi nella nostra Assemblea costituente, se poco più di un anno prima Marcel Prélot, noto costituzionalista francese vicino alle posizioni del M.R.P., aveva sconsolatamente concluso il suo commento alla Costituzione francese approvata nell'ottobre 1946 con l'affermazione che restavano del tutto irrisolti « les deux grande problèmes de l'avant guerre, qui sont aussi ceux de l'après guerre, faire un Gouvernement, intégrer à l'État les forces collectives »⁽⁴⁾.

Queste significative consonanze potrebbero originare una troppo facile risposta nell'affermazione che tutto ciò è stato il frutto della condivisione delle concezioni del cosiddetto « corporativismo cattolico »: d'altra parte rilievi del genere sono già stati avanzati da più parti, in modo più o meno esplicito, proprio in riferimento ad alcune proposte di Mortati⁽⁵⁾. Anche se il di-

(3) LA PIRA, *Il valore della Costituzione italiana*, in *Cronache sociali*, 1948, n. 1, ora in LA PIRA, *La casa comune - Una Costituzione per l'uomo*, a cura di De Siervo, Cultura ed., Firenze, 1979, p. 283.

(4) F. LE RECLUS (pseudonimo di Marcel Prélot), *Le vote de la Constitution*, in *Politique*, sett. ott. 1946, pp. 351. Sugli orientamenti costituzionali del M.R.P. e sul contributo di Prélot, cfr. LETAMENDIA, *Le M.R.P.*, Université de Bordeaux, Thèse, 1975, p. 342 ss.; FERRY, *Le problème constitutionnel et l'opinion publique en France de 1940 à 1946*, Thèse, 1947, p. 66 ss.; DE SIERVO, *Le idee e le vicende costituzionali in Francia nel 1945 e 1946 e la loro influenza sul dibattito in Italia*, in *Scelte della Costituente*, cit., I, p. 327 ss.

Sul particolare rapporto dei programmi costituzionali del M.R.P. con la progettazione dibattuta durante la Resistenza francese, cfr., anche MICHEL, MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les idées politiques et sociales de la Résistance*, PUF, Paris, 1954; MICHEL, *Les courants de pensée de la Résistance*, PUF, Paris, 1962; CALLOT, *Le Mouvement Républicain populaire*, Marcel Rivière, Paris, 1978, p. 95 ss.

(5) Per tutti cfr., AIMO, *Bicameralismo e Regioni*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, p. 117 ss. (e *ivi*, p. 11, ROTELLI, *Prefazione*); ATRIPALDI, *L'organizzazione costituzionale dello Stato nel dibattito alla Costituente: il contributo di Renzo Laconi*, in *Studi in onore di Antonio Guarino*, Jovene, Napoli, 1983, pp. 22 ss. dell'estratto; FERRARA, *Art. 55*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Zanichelli - Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1984, p. 7 ss.;

battito intorno ai confronti costituenti in generale purtroppo non è esente da notevoli forzature polemiche o dalla acritica ripetizione di vecchi stereotipi, rilievi del genere lasciano assai perplessi poiché dovrebbe essere ben nota la diversità fra il pluralismo organicistico della moderna tradizione cristiano-sociale ed il corporativismo come teoria politico-sociale ed esperienza storica⁽⁶⁾. Soprattutto giudizi del genere non trovano riscontro negli scritti e nelle proposte di Mortati, malgrado egli operasse in un contesto in cui teorie e proposte di tipo corporativo ancora esistevano: ecco che allora l'uso di categorie concettuali improprie può indurre a non pochi errori di valutazione o, quanto meno, a non approfondire seriamente l'analisi delle proposte avanzate.

INCISA, *Comporativismo*, in *Dizionario di politica*, diretto da Bobbio, Matteucci e Pasquino, 2^a, UTET, Torino, 1983, p. 258. Perfino l'intitolazione redazionale di un suo intervento sui sintomi di crisi del nostro sistema costituzionale (*La Costituzione e la crisi*, cit.), è intitolata: « *Mortati: Senato « corporativo* ».

Per diversi e più condivisibili giudizi, cfr., oltre gli autori di cui alla n. 2, ARDIGÒ, in *L'Italia negli ultimi trent'anni*, Il Mulino Bologna, 1978, pp. 235 ss.; ELIA, *Costituzione e movimento cattolico*, in *Dizionario storico del movimento cattolico in Italia*, diretto da Campanini e Traniello, Marietti, Torino, 1981, I/2, pp. 260-1; BETTINELLI, *All'origine della democrazia dei partiti*, Ed. di Comunità, Milano, 1982, pp. 232 s., 296 ss.; MATTARELLA, *Il bicameralismo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, pp. 1166-7.

(6) Per le diffuse forzature ed inesattezze nelle ricostruzioni dei dibattiti costituenti, ci si permette di rinviare a DE SIERVO, *Scelte*, cit., pp. 127 ss., 257 ss.; *Il contributo alla Costituente*, in *Cultura e politica nell'esperienza di Aldo Moro*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 81 ss.; *Costituzione e movimento cattolico*, in *Dizionario storico del Movimento cattolico in Italia*, cit., pp. 238-9; *Modelli stranieri e influenze internazionali nel dibattito dell'Assemblea costituente*, in *Quaderni Costituzionali*, 1981, pp. 279 ss.

Per la distinzione fra pluralismo e corporativismo, per tutti si vedano: CAPOGRASSI, *La nuova democrazia diretta*, Arti grafiche Pinnarò, 1922, ora in *Opere*, Giuffrè, Milano, 1959, I, pp. 488-9; BOBBIO, *Pluralismo*, in *Dizionario di politica*, cit., pp. 815 ss.; *La società neo-corporativa*, a cura di Maraffi, Il Mulino, Bologna, 1981; *La politica degli interessi nei paesi industrializzati*, a cura di Lehmbuch e Schmitter, Il Mulino, Bologna, 1982; *Le società complesse*, a cura di Pasquino, Il Mulino, Bologna, 1983; TRANIELLO, *Concezioni cristiane del pluralismo sociale* e RUFFILLI, *L'esperienza storica del pluralismo sociale nell'Italia contemporanea: pluralismo sociale e potere statale dopo l'unità*, in *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Vita e pensiero, Milano, 1980, pp. 17 ss., 39 ss.; CAMPANINI, *Personalismo e democrazia*, Ed. dehoniana, Bologna, 1987, pp. 164 ss., 174 ss.

Anzitutto, se per corporativismo cattolico si intendesse in termini di concezione politica una visione sociale arcaica e oggettivamente mirante a ridurre il tasso di democratizzazione dello Stato e della sua interna dialettica sul piano sociale e politico, non si capirebbe il contemporaneo esplicito impegno di questi stessi costituenti in riferimento alla configurazione di nuovi incisivi poteri di democrazia diretta o di strumenti di lotta politica e sociale (7).

Tra l'altro, lo stesso Mortati ha sempre spiegato il suo impegno in tema di estensione della rappresentanza in tutt'altro significato: solo per ricordare due fra i tanti possibili esempi, Mortati alla Costituente si dichiara ben consapevole che proposte del genere nel passato erano state espressive sul piano storico ed anche dottrinale di « intenti reazionari o conservatori », ma afferma che egli invece le avanza « nello spirito della nostra Costituzione che è diretta a dar vita ad una Repubblica fondata sul lavoro »; quando poi discute nel 1948 su Cronache Sociali con Lelio Basso sui modi di partecipazione effettiva del popolo al governo del paese, imputa proprio ai partiti della sinistra marxista di aver contribuito in modo decisivo a far respingere in sede di Costituente tutte le « proposte relative o all'introduzione di forme di democrazia diretta, o all'utilizzazione dei gruppi sociali per la forma-

(7) Se la rivendicazione della « rappresentanza degli interessi » alla Costituente è l'ultimo residuo di quel corporativismo cattolico « controrivoluzionario o tradizionale » (INCISA, *Corporativismo*, cit., p. 258; ma si veda pure GALLI DELLA LOGGIA, *Corporativismo*, in *Enciclopedia europea*, Garzanti, 1977, III, p. 785) e se il nucleo delle proposte di La Pira sta nella riproposizione di un « regime corporativo » (ATRIPALDI, *L'organizzazione costituzionale*, cit., pp. 24 ss.; *Il patto costituzionale in Assemblea costituente: i dati fisionomici del modello di struttura politica*, in *Studi in onore di Biscaretti di Ruffia*, Giuffrè, Milano, 1977, I, pp. 15 ss.), davvero diviene incomprensibile come al tempo stesso Mortati possa essere qualificato come uno dei costituenti che più si impegna « nella rimozione delle diseguglianze, promuovendo l'occupazione, la più equa distribuzione del reddito, lo sviluppo dell'economia e della stessa iniziativa privata in funzione dell'interesse collettivo » (AMATO, *Costantino Mortati*, cit., pp. 558-9) e La Pira possa dire del corporativismo che « la sola parola ci dà fastidio » ed essere uno dei massimi protagonisti nella configurazione di una Costituzione finalizzata ad un processo di profonda trasformazione sociale (DE SIERVO, *Introduzione*, in LA PIRA, *La casa comune*, cit., pp. 36 ss.; GRASSI, *Il contributo di Giorgio La Pira ai lavori dell'Assemblea costituente*, in *Scelte della Costituente*, cit., pp. 203 ss.).

zione del Parlamento, o comunque ad un maggiore accostamento fra società e Stato ». E aggiungeva che ciò « è avvenuto non in virtù di una critica costruttiva, che abbia opposto certe proposte più audaci ad altre ritenute insufficienti, ma in nome del principio rappresentativo tradizionale, cioè muovendo da una esplicita affermazione programmatica, secondo cui solo nel Parlamento formato con il suffragio universale indifferenziato si realizzi la vera democrazia » (8).

Se, invece, con l'espressione corporativismo cattolico ci si riferisse ad una concezione istituzionale che sostenga la necessità di attribuire almeno parte delle funzioni pubbliche ad organismi sociali rappresentativi delle categorie professionali, magari addirittura nella forma delle cosiddette Unioni miste, o che escluda o riduca il potere di influenza di ciascun cittadino sul sistema istituzionale (9), occorrerebbe spiegare il motivo di proposte assai differenziate proprio in riferimento alla composizione della seconda Camera all'interno della stessa area politica e culturale entro cui Mortati operava e, più in generale, occorrerebbe cercare di considerare il dibattito che si svolgeva in quegli anni nel mondo cattolico, in modo più o meno esplicito, proprio in riferimento all'attualità di continuare ad utilizzare modelli e categorie concettuali come quelle del corporativismo.

Non può, infatti, sfuggire che, proprio negli anni della Costituente ed in quelli immediatamente successivi, quelle che possono dirsi le diverse teorie corporative elaborate in vari momenti storici da esponenti del mondo cattolico subiscono un riesame critico radicale, fino ad essere in sostanza ridotte ad alcuni dei valori di

(8) Cfr., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Camera dei deputati, Roma 1970, IV, p. 2922; MORTATI, *La partecipazione*, cit., p. 27. D'altra parte si ricordi che Mortati aveva imputato il fallimento della Costituzione di Weimar ad una mancata democratizzazione della società e dell'economia, « all'assenza di una democratizzazione sostanziale dei corpi intermedi, di una effettiva utilizzazione di questi e di una loro coordinazione, oltretutto nei rapporti reciproci, in quelli con lo Stato » (*Introduzione a La Costituzione di Weimar*, Sansoni ed., Firenze, 1946, pp. 76-7).

(9) Si veda, ad esempio, PERGOLESI, *Corporativismo*, in *Novissimo Dig. it.*, UTET, Torino, 1964, IV, p. 861; GALLI DELLA LOGGIA, *Corporativismo*, cit., p. 785. Per le concezioni di Prélôt e le sue opinioni cfr., PRÉLÔT, *Histoire des idées politiques*, Paris, 1961, pp. 616 ss.

cui volevano essere portatrici in periodi storici ormai trascorsi: se ciò è del tutto evidente sul piano del pensiero economico⁽¹⁰⁾, in generale spetterà proprio a Don Sturzo, in nome di un « sano relativismo storico », spiegare la assoluta diversità tra loro delle diverse concezioni elaborate nel passato nel mondo cattolico, la loro finalizzazione alla tutela del lavoro e delle libertà associative, la volontà del P.P.I. di attuare a suo tempo attraverso la proposta riforma del Senato regio la rappresentanza della pluralità territoriale e sociale del paese, la stessa inopportunità di continuare a parlare di corporativismo allorché i veri valori sono ormai quelli della « libertà ed organicità della società »⁽¹¹⁾.

D'altra parte proprio Mortati e l'ambiente politico a lui più vicino polemizzavano in quello stesso periodo in modo esplicito con esponenti del mondo politico italiano e francese che, in nome dell'attuazione delle teorie corporative, ipotizzavano soluzioni non pienamente democratiche⁽¹²⁾. Ma soprattutto Mortati, che non

⁽¹⁰⁾ Per tutti cfr., BARUCCI, *Ricostruzione, pianificazione, Mezzogiorno*, Il Mulino, Bologna, 1978; ROGGI, *Il mondo cattolico e i « grandi temi » della politica economica*, in *La cultura economica nel periodo della ricostruzione*, a cura di Mori, Il Mulino, 1980, pp. 547 ss.; PARIGI, BARUCCI, *Cultura e programmi economico-sociali nel movimento cattolico*, in *Dizionario storico del movimento cattolico*, cit., I/1, pp. 232 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr., STURZO, *Unioni, sindacati, corporazioni* (*La via*, 18 ottobre 1950) e *Corporativismo e libertà* (*La via*, 30 dicembre 1950), ora in STURZO, *Politica di questi anni (1950-1951)*, Zanichelli, Bologna, 1957, pp. 275 ss., 307 ss.

Si noti che Sturzo interviene in relazione ad alcune vivaci polemiche sorte proprio in ambienti del mondo cattolico italiano, che accusavano l'area democristiana di aver tradito gli ideali corporativistici (cfr. *Verso il corporativismo democratico*, a cura di Canaletti Gaudenti e De Simone, Cacucci ed., Bari, 1951).

Per il mondo cattolico francese possono vedersi, ad esempio, gli atti della Settimana sociale del 1954 ed in particolare l'ampia relazione di RIVERO, *Corps intermédiaires et groupes d'intérêts*, in *Crise du pouvoir et crise de civisme*, Chronique sociale, Paris, 1954, pp. 317 ss. Ancora più in generale può considerarsi il mutamento rilevabile in materia fra due testi espressivi di organizzazioni cattoliche come i cosiddetti « Codice di Malines » del 1933 e « Codice di Camaldoli » del 1943-1945: li si veda in *Civitas*, 1982, pp. 27 ss., 128-9.

⁽¹²⁾ Sul corporativismo Mortati esprime opinioni assai polemiche: esplicito è il timore che si voglia « far passare sotto il solenne appello a ideali solidaristici cari al cuore di tutti, della merce di contrabbando » e cioè una qualche limitazione di una effettiva democrazia; sul piano generale il corporativismo « non esprime una meta, salva quella dell'accordo tra le classi, che non significa

parla mai di corporativismo, ma della necessità di portare nei supremi organi dello Stato la rappresentanza dell'intera complessità sociale, viene elaborando una ipotesi — a cui rimarrà a lungo fedele — di correzione dei procedimenti di selezione dei rappresentanti popolari, che fa sempre riferimento a determinazioni di tutti i cittadini, mentre invece nel suo stesso partito le pur sommarie prime progettazioni relative alla composizione della seconda Camera sembravano aver come costante comune, pur nella diversificazione di modelli, una rappresentanza almeno in parte mediata da designazioni interne agli organismi rappresentativi di svariate attività professionali (13).

Rifutando quindi aprioristiche schematizzazioni, che possono indurre a non lievi fraintendimenti, occorre analizzare le proposte effettivamente avanzate, cercando di comprenderne il significato e

nulla perché essa è il fine generico di ogni comunità organizzata»; sul piano pratico può avere una applicazione solo sul piano economico e del lavoro tramite il riconoscimento delle funzioni dei sindacati (MORTATI, *A proposito di corporativismo e I limiti di una trasformazione corporativa dello Stato*, Pagine libere, 1951, n. 4-5, pp. 5 ss. e n. 10-12, pp. 167 ss.; qui è la definizione di corporazione come termine « per designare gli organismi rappresentativi dei vari rami della produzione »).

Ma si vedano anche ARDIGÒ, *Gli errori del programma sociale di De Gaulle, Cronache sociali*, 1948, n. 4, ora in *Cronache sociali 1947-1951*, antologia a cura di Glisenti ed Elia, Luciano Landi ed., S. Giovanni Valdarno-Roma, 1961, pp. 112 ss.; DOSSETTI, *Funzioni ed ordinamento dello Stato moderno*, in *I problemi dello Stato* [1951], ora Ed. cinque lune, Roma, 1977, pp. 45 ss. (che riprende il dibattito in cui era intervenuto Mortati negli articoli citati nella presente nota).

(13) Si può fare riferimento, da una parte, a proposte dotate di una certa ufficialità come le *Idee ricostruttive della Democrazia cristiana* del 1943 (cfr., *Atti e documenti della Democrazia cristiana 1943-1967*, a cura di Damilano, Ed. Cinque lune, Roma, 1968, I, pp. 2, 6), le proposte di Umberto Tupini del 1945 (U. TUPINI, *La nuova Costituzione*, SELI, Roma, 1945, pp. 12-13) e la relazione di Guido Gonella al congresso nazionale della D.C. dell'aprile 1946 (GONELLA, *Il programma della Democrazia cristiana per la nuova Costituzione*, SELI, Roma, 1946, pp. 56-7, 93-4) e, dall'altra, anche alle proposte avanzate a titolo personale da Ambrosini (AMBROSINI, *La rappresentanza degli interessi ed il voto obbligatorio*, SAET, Roma, 1945, pp. 129 ss.) e da Giorgio Tupini (G. TUPINI, *Il Senato*, Zanichelli ed., Bologna, 1946, pp. 143 ss.).

Per una ricostruzione delle prime elaborazioni istituzionali nell'area democristiana, ci si permette di rinviare a DE SIERVO, *Scelte*, cit., pp. 129 ss.

l'origine, e collocarle nell'ambito della più complessiva progettazione del nuovo assetto costituzionale: fortunatamente il materiale a disposizione è vasto, comprendendo non solo i numerosi scritti di quel periodo di Mortati, ma anche gli atti della Commissione Forti e della Assemblea Costituente⁽¹⁴⁾; in allegato alla presente relazione si pubblica, inoltre, una versione, che finora sembrerebbe inedita, delle proposte che Mortati aveva predisposto per la formazione della seconda Camera durante una fase dei lavori della seconda sottocommissione dell'Assemblea costituente e che bene illustra la sua opinione in materia, nonché alcune sue significative osservazioni ad un altro progetto di quel periodo⁽¹⁵⁾.

(14) Per gli scritti di MORTATI di questo periodo si vedano, oltre il volume *La Costituente* (Darsena ed., Roma, 1945), la *Introduzione a La legge elettorale cecoslovacca* (Sansoni ed., Firenze, 1946) e la *Introduzione a La Costituzione di Weimar*, cit., gli articoli *Il potere legislativo: unicameralismo o bicameralismo* (*Realtà politica*, 1946, n. 8), *Il potere legislativo nel progetto di Costituzione* (*Studium*, 1947, n. 7/8), *La seconda Camera* (*Cronache sociali*, 1947, n. 9), *Il problema della direzione politica dello Stato e il progetto di Costituzione della Repubblica Italiana* (*Idea*, 1947, n. 9), *Significato dei dibattiti sui problemi costituzionali* (*Cronache sociali*, 1947, n. 11), tutti ora in MORTATI, *Raccolta di scritti*, cit., I, pp. 427 ss., 453 ss.

Per il contributo di Mortati durante i lavori della Commissione Forti, cfr., *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (1945-1946)*, a cura di D'Alessio, Il Mulino, Bologna, 1979.

Per gli atti della Assemblea Costituente ci si riferirà alla riedizione parziale del 1970 a cura della Camera dei deputati, apparsa come *La Costituzione della Repubblica*, cit. Va peraltro quanto meno aggiunto: MORTATI, *Relazione sul potere legislativo*, in *Atti della Commissione della Costituzione*, II.: *Relazioni e proposte*, bozza di stampa, pp. 183 ss.

(15) I documenti, a suo tempo cortesemente forniti allo scrivente dal prof. Mortati, consistono in un articolato ancora non completamente rifinito (vengono riportate anche alcune integrazioni e correzioni a penna apposte al dattiloscritto) redatto da Mortati nella fase finale di lavoro della seconda Sottocommissione, nel progetto elaborato dall'esponente politico socialista Luzzatto sul medesimo problema (testo pubblicato in *Socialismo*, 1946, n. 10, p. 249 ss. e pertanto non riprodotto) e nelle osservazioni critiche di Mortati al progetto Luzzatto, che evidenziano anche la diversa *ratio* del proprio progetto: temporalmente vanno collocati nella prima quindicina del mese di ottobre 1946, allorché emerse in sede costituente un tentativo di accordo dei democristiani con i partiti

2. *La insufficienza della sola rappresentanza sulla base di opzioni politico-ideologiche.*

Mortati interviene sul problema del bicameralismo già nella fase precedente ai lavori costituenti sia attraverso scritti che mediante la sua partecipazione alla cosiddetta Commissione Forti: in queste diverse occasioni motiva con assoluta precisione le proprie opinioni in proposito, risponde alle possibili obiezioni ed avanza alcune proposte precise, restando peraltro già da questa fase in sostanza soccombente.

Innanzitutto egli spiega che cosa ben diversa è l'esigenza di creare una seconda Camera in funzione « di limite e di freno all'eccessiva influenza che potrebbe essere assunta da un'assemblea che fosse unica titolare della funzione legislativa », dal fine di conseguire in tal modo « il perfezionamento del congegno rappresentativo, onde ottenere che questo riproduca tutta la struttura del corpo sociale, riflettendone nel modo più perfetto i vari interessi, tendenze, aspirazioni » (16).

Ciò che interessa Mortati appare la seconda esigenza, poiché egli appare profondamente convinto della insufficiente aderenza a quelli che chiama gli « interessi concreti » del cittadino di un meccanismo rappresentativo fondato solo sui procedimenti elettorali di tipo proporzionale (e quindi anche dei partiti politici che operino all'interno di questi sistemi): mentre negli Stati liberali censitari la omogenea « borghesia del possesso e della cultura » attraverso i procedimenti elettorali maggioritari riusciva a rappresentare, oltre che interessi politici e di ceto, anche le diverse realtà territoriali dei diversi collegi elettorali, nelle grandi democrazie di massa, caratterizzate da una grande pluralità di realtà sociali, i sistemi proporzionali svolgono certo un ruolo assolutamente inso-

di sinistra intorno alle proposte Luzzatto (cfr. BETTINELLI, *All'origine*, cit., p. 317 n. 27 e n. 39 di questo lavoro).

Si tenga presente che Mortati aveva già presentato nella seduta del 27 settembre 1946 della seconda sottocommissione un articolato sulla composizione del Senato ed un altro ne presenterà nella seduta del 29 gennaio 1947 della Commissione dei 75 (cfr., *La Costituzione della Repubblica*, cit., VII, p. 1118 e VI, p. 228, nonché le n. 37 e 42 di questo lavoro).

(16) MORTATI, *Il potere*, cit., p. 429.

stituibile⁽¹⁷⁾, ma non riescono a rappresentare correttamente che uno solo dei « tre interessi insopprimibili, quali sono quelli sorgenti dai rapporti necessari con il suolo con cui si abita, con l'attività di lavoro che si esercita, con le aspirazioni politiche che si perseguono »⁽¹⁸⁾.

Mortati quindi si riferisce a tre categorie di interessi, di cui è partecipe ogni cittadino, e la sua proposta di bicameralismo, che non può pertanto che essere paritario, è finalizzata a far emergere, accanto alla prima Camera selezionata sulla base di esigenze esclusivamente politico-ideologiche, una seconda Camera capace di rappresentare gli interessi territoriali e professionali di ciascun cittadino. Questo non certo — si badi bene — in una visione ostile al primato della politica, ma al fine di renderla adeguata alla reale complessità della struttura sociale e dei problemi da affrontare: Mortati aveva già chiarito in una primissima fase in cui — come vedremo al par. 5 — pur si dichiarava contrario ad una Camera rappresentativa delle organizzazioni professionali, che fra proporzionalisti ed organicisti non bisognava scegliere, ma utilizzare entrambi i procedimenti al fine di ottenere che gli organi rappresentativi « siano collegati in tal modo con le strutture sociali sottostanti da riflettere esattamente le idee e gli interessi ». E ciò senza negare il necessario ruolo unificante dei partiti politici, poiché « questi nessi fra i partiti e gli altri gruppi sociali sono diretti al duplice e concorrente scopo: di sottrarre il partito al pericolo dell'estraneità e alla mancanza di aderenza ai problemi concreti, e di elevare i gruppi particolari alla consapevolezza delle esigenze generali, che solo il partito, in quanto portatore di una ideologia politica, di una ideologia cioè che riesce ad inquadrare gli indirizzi dell'azione in una concezione generale della vita, può dare »⁽¹⁹⁾.

Venendo alla proposta concreta, dal 1946 Mortati ipotizza una seconda Camera eletta su collegi regionali, in cui gli eletti di ciascuna Regione rappresentino le diverse esperienze professionali

(17) Si tenga presente che Mortati è stato giustamente definito un « convinto proporzionalista » (BETTINELLI, *All'origine*, cit., p. 59, n. 12).

(18) MORTATI, *Il potere*, cit., p. 433. Analogamente cfr. anche *Introduzione a La Costituzione di Weimar*, cit., pp. 80 ss.

(19) MORTATI, *La Costituente*, cit., p. 56 e n. 2.

(ma non gli interessi delle organizzazioni professionali): ciò significa che tutti i cittadini hanno diritto di voto e devono votare su collegi elettorali corrispondenti alle diverse aree di attività prevalente svolta da ciascuno. Non deve quindi « cadersi nell'errore di confondere la seconda Camera organica con un consiglio economico », né un sistema del genere presuppone « l'esistenza di sindacati o di organizzazioni professionali riconosciute, ed altresì l'obbligo di appartenenza ad esse di tutti coloro che facciano parte della categoria » (20).

Se quindi non si mira affatto a limitare la sovranità popolare né a negare il suffragio universale, complesso è individuare le diverse categorie e « la difficoltà veramente grave da superare per l'attuazione completa della rappresentanza organica risiede nella determinazione del valore da assegnare a ciascuna delle categorie rappresentate » (21), dal momento che questo non potrà essere meramente proporzionale alla consistenza della categoria. Difficoltà che solo la Costituente potrà superare con una decisione politica, così come peraltro politica è — secondo Mortati — « qualsiasi altra decisione che ordini in un modo o in un altro l'apparato rappresentativo, con l'effetto di dare un peso maggiore o minore a certi interessi (es. l'estensione del suffragio, l'età e il sesso degli elettori e degli eleggibili, i sistemi elettorali, ecc.), poiché nessuna di queste può trovare la sua giustificazione in esigenze di logica astratta » (22).

Al tempo stesso una rappresentanza che non si esaurisca in una selezione sulla base delle esclusive opzioni politico-ideologiche è resa necessaria dai nuovi compiti statali di intervento nell'economia e di correzione delle situazioni di diseguaglianza, che esigono una classe politica adeguata, ed un organo supremo dello Stato idoneo a compiere davvero una sintesi politica efficace: non a caso l'ammonimento finale che Mortati traeva dall'esperienza della Costituzione di Weimar era che « una democrazia moderna non può validamente poggiare sull'impalcatura caratteristica dello Stato

(20) MORTATI, *Il potere*, cit., p. 436; ed analogamente in *Introduzione a La Costituzione di Weimar*, cit., p. 33.

(21) MORTATI, *Il potere*, cit., p. 638.

(22) MORTATI, *Il potere*, cit., p. 438.

liberale dell'800, ma esige che l'assetto istituzionale democratico permei tutte le strutture economiche e sociali, perché è dalla profonda ed intima compenetrazione di queste nel proprio organismo che può trarre le vere ragioni della sua solidità » (23).

È su questa base che Mortati pose il problema nella Commissione Forti in sede di dibattito sul bicameralismo, avanzando la proposta di un bicameralismo eguale (poiché Camere « ambedue di carattere politico »), con una rappresentanza eguale per ogni Regione, con procedimenti elettorali a cui prendono parte « tutti i cittadini, nessuno escluso », peraltro nell'ambito di collegi professionali (24). In quella sede illustrerà a più riprese la propria proposta che sembra risentire delle tante progettazioni di quel forme della Commissione ed è interessante notare come emerga fra le motivazioni addotte anche quella di obbligare in tal modo i partiti politici, di cui non si nega affatto il ruolo essenziale, a farsi carico nella loro attività dei problemi concreti « degli individui produttori » e degli « enti locali »; così pure significativo è che ribadisca di non confondere con « la rappresentanza di interessi in senso sindacale » la sua proposta di una rappresentanza organica, che vorrebbe rappresentativa sia delle realtà culturali che di quelle economico-produttive.

In alternativa passa, invece, la proposta di procedere ad una composizione del Senato mediante elezioni indirette su categorie, proposta cercando — invano — di modificare l'orientamento difeso sulla composizione della seconda Camera da parte di diverse forze politiche moderate (25), ed ancora diversa sarà la rela-

(23) MORTATI, *Introduzione a La Costituzione di Weimar*, cit., p. 84.

(24) Cfr., *Alle origini della Costituzione*, cit., p. 455, 515 ss., 527 ss. La proposta Mortati viene infine respinta con lievissimo scarto (*ivi*, p. 536).

In termini identici fu la sua proposta in sede di Congresso nazionale della D.C. (MORTATI, *Mozione sulla riforma costituzionale dello Stato*, in *Politica d'oggi*, 30 maggio 1946, p. 14).

(25) Cfr. BETTINELLI, *All'origine*, cit. p. 240. Per le progettazioni precedenti si veda *ibidem*, pp. 196 ss. e AIMO, *Bicameralismo*, cit., pp. 80 ss. Si tenga presente che lo stesso MORTATI (*Cenni di storia di legislazione del Senato*, in *Le elezioni politiche del 1948. Elezioni del Senato della Repubblica*, Tip. Favilli, Roma, 1951, p. 6 dell'estratto) parla di un consenso in questa fase sulla rappresentanza delle categorie nel Senato « di personalità di varia intonazione politica, come gli onorevoli Nenni, Bonomi, Ruini ».

zione finale, che ipotizzerà alternativamente un Senato rappresentativo delle autonomie locali o un procedimento elettorale all'interno di categorie di eleggibili « su una rappresentanza regionale temperata » ⁽²⁶⁾.

3. *Le proposte in tema di formazione della seconda Camera in Assemblea Costituente.*

In sede costituente Mortati presenta, come ben noto, una ampia e problematica relazione sul potere legislativo, tutta costruita sulla inderogabile necessità di dare risposte adeguate ai problemi emersi nella concreta esperienza dei grandi Stati democratici contemporanei, tanto più apprezzabile in un contesto di progettazioni spesso assai semplicistiche ⁽²⁷⁾: le motivazioni sociali che hanno prodotto « la crisi dello Stato moderno » sono così individuate nel « complicarsi della struttura sociale » e nella conseguente « difficoltà di giungere ad una sintesi armonica » degli interessi; nel « ricostituirsi e potenziarsi dei gruppi sociali »; nell'« interventivismo statale in settori sempre più vasti »; nel « formarsi di gruppi o coalizioni capaci di esercitare un'influenza occulta e a dominare in effetti la vita dello Stato »; nella « instabilità della direzione politica »; nella « incapacità degli organismi e dei procedimenti legislativi ad adeguarsi alle nuove esigenze ed a disciplinare nelle forme tradizionali il nuovo contenuto nella legislazione »; nella « deficienza di competenza specifica all'adempimento di compiti sempre più tecnici dello Stato ». Ecco che allora il primo problema da affrontare è « l'ordinamento della rappresentanza politica, che deve mirare a riflettere la composizione complessa che sono venuti ad assumere gli Stati moderni », di modo

⁽²⁶⁾ MINISTERO PER LA COSTITUENTE, Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, *Relazione all'Assemblea costituente*, I: *Problemi costituzionali - Organizzazione dello Stato*, Roma 1946, pp. 199 ss.

Giustamente si è notato (BETTINELLI, *op. cit.*, pp. 242-3) che la relazione finale non sembra riprodurre fedelmente gli esiti del dibattito. Comunque è certo che non sembra esatta l'opinione di AIMO (*Bicameralismo*, cit., p. 116), secondo il quale la proposta sarebbe di « ispirazione cattolica », essendo stata la proposta di Mortati non accettata ed essendo gli estensori della relazione un liberale ed un azionista.

⁽²⁷⁾ Cfr., DE SIERVO, *Scelte*, cit., pp. 250 ss., 175 ss.

che i problemi da affrontare non attengono solo ai principi ed ai procedimenti elettorali, ma anche ai partiti, alla rappresentanza professionale ed a quella territoriale⁽²⁸⁾.

Venendo alla composizione della seconda Camera, Mortati non sembra affatto mutare le proprie precedenti opinioni: il bicameralismo eguale trova la sua ragione d'essere nella necessità di integrare la rappresentanza puramente politico-ideologica al fine di « consentire l'espressione di interessi, i quali rimarrebbero o compressi, o confusi, o solo implicitamente espressi con le altre forme di rappresentanza »; questa rappresentanza integrativa deve peraltro manifestarsi in termini politici (« cioè suscettibili di inquadrare gli interessi di cui sono portatori nell'ambito di quelli generali ») e non in termini particolaristici, né presuppone il riconoscimento o l'esistenza di organismi rappresentativi, « essendo sufficiente un'anagrafe degli appartenenti alle varie attività professionali »; i procedimenti di elezione di questi rappresentanti dovrebbero svolgersi all'interno di ciascuna Regione⁽²⁹⁾.

Non è questa la sede per ricostruire il complesso confronto che si svilupperà a lungo in Sottocommissione prima, poi in Commissione dei 75 ed infine in Assemblea plenaria sul bicameralismo, d'altra parte più volte analizzato⁽³⁰⁾; ciò che merita invece attenzione è la considerazione delle esatte posizioni di Mortati, non di rado invece genericamente confuse con altre, alquanto diverse, provenienti da esponenti del suo partito od anche di altri gruppi⁽³¹⁾. Solo così, oltre a tutto, riesce a spiegarsi il fatto che

(28) MORTATI, *Relazione sul potere legislativo*, cit., pp. 185-6.

(29) *Ibidem*, pp. 188-9. Forzata la ricostruzione di chi (AIMO, *Bicameralismo*, cit., pp. 117-8) prima equipara nell'opinione di Mortati sul Senato la finalità di decantamento delle tensioni politiche a quella di integrazione della rappresentanza e poi riduce quest'ultima finalità alla volontà di « un'assemblea tendenzialmente conservatrice » e che esprima e tuteli « gli interessi delle categorie e dei ceti produttivi ».

(30) Cfr., in particolare BETTINELLI, *All'origine*, cit., pp. 295 ss.; BRUNO, *I giuristi*, cit., pp. 105 ss.; OCCHIOCUPO, *La « Camera delle Regioni »*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè ed., Milano, 1977, II, pp. 411 ss.; AIMO, *Bicameralismo*, cit., pp. 117 ss.

(31) Anche in saggi analitici come quelli di AIMO (*Bicameralismo*, cit., pp. 117 ss., 121 ss.), di OCCHIOCUPO (*La Camera*, cit., pp. 413 ss.), della BRUNO (*I giuristi*, cit., pp. 105 ss., 118 ss.) non si approfondiscono i motivi di queste differenze, pur qua e là rilevate, e che invece rivelano non tanto diversità me-

le sue proposte appaiono ben presto isolate anche rispetto al gruppo democristiano⁽³²⁾, mentre il dibattito assume un indirizzo fortemente difforme, sui cui esiti Mortati interverrà certo ancora, ma solo per cercare di ridurre in parte qualche elemento di differenziazione dalla sua proposta originaria.

Dopo i primi vivaci dibattiti iniziali sulle relazioni di Mortati e di Conti e l'adozione dell'ordine del giorno secondo cui il motivo della istituzione della seconda Camera stava nella « necessità di dare completezza di espressione politica a tutte le forme della società nazionale »⁽³³⁾, Mortati interveniva il 24 settembre 1946 sul tema con « alcune dichiarazioni di carattere personale », richiamando in realtà tutte le sue precedenti opinioni, ivi compresa (ed espressa per prima) l'affermazione che « per l'elezione del Senato debbano essere escluse le elezioni di secondo grado, perché esse annullerebbero l'immediatezza del rapporto rappresentativo tra elettori ed eletti, che è la condizione necessaria per l'efficienza politica di ogni assemblea elettiva »⁽³⁴⁾. Forse non casualmente, proprio nella seduta seguente l'on. Tosato presenta invece un articolato sulla composizione del Senato omogeneo solo nelle linee generali alle opinioni di Mortati, ma caratterizzato, invece, dal fatto che i senatori sarebbero stati eletti in numero pari per ogni Regione dalle Assemblee regionali « su designazione delle isti-

ramente tecniche (che non sarebbero durate a lungo in un dibattito così importante) quanto visioni istituzionali differenziate. Addirittura AIMO (*ibidem*, pp. 204-5) sembra notare interessanti novità in uno scritto successivo alla Costituente (*Parlamento*, cit.), allorché in realtà non vi si fa che confermare scelte già largamente esposte fin dal 1946; semmai in questo scritto per la prima volta si ammette un bicameralismo diseguale: ma la scelta derivava probabilmente dalla volontà di cercare di riaprire una prospettiva che era stata appena contraddetta dall'approvazione finale del testo costituzionale.

(32) Mentre per la dimostrazione di quanto affermato si veda oltre nel presente par., può ricordarsi che sul finire dei lavori costituenti Mortati lamenta in modo esplicito che il suo partito non si sia impegnato a fondo a mobilitare energie su questo tema; inoltre « si sono fatti notare degli elementi di insicurezza sulla via da seguire, ed è apparso insufficiente altresì l'impegno messo nella ricerca di intese con altri gruppi » (*Significato di dibattiti*, cit., p. 517, analogamente in *La rappresentanza*, cit., p. 41 ss.).

(33) L'o.d.g. era stato proposto da Mortati, Bozzi, Castiglia ed Einaudi: cfr. *La Costituzione della Repubblica*, cit., VII, pp. 967 ss.

(34) *La Costituzione della Repubblica*, cit., VII, p. 1082.

tuzioni e delle associazioni che perseguono gli interessi di cui all'art. precedente nelle Regioni » e che in queste elezioni le Assemblee regionali avrebbero disposto di una certa discrezionalità di scelta ⁽³⁵⁾.

Una soluzione del genere, se veniva incontro alla esigenza di rappresentare le Regioni, urtava con troppe consolidate opinioni di Mortati, che trovò occasione nella seduta seguente di ribadire « che la seconda Camera debba trovare la fonte del potere di tutti i suoi membri... in una investitura popolare su una larghissima base di suffragio, con la necessaria differenziazione di procedimenti elettivi rispetto alla prima Camera » ⁽³⁶⁾; nella seduta ancora successiva addirittura presentò un proprio articolato sulla formazione e composizione del Senato: non a caso la rappresentanza di ciascuna Regione (in proporzione, con qualche temperamento, alla popolazione residente) avrebbe dovuto essere eletta per metà da tutti i cittadini e per la residua metà « con elezioni da effettuarsi nell'ambito di speciali collegi elettorali, formati in base alla appartenenza dei cittadini ad una delle seguenti categorie di attività produttive » ⁽³⁷⁾.

A riprova ulteriore di una notevole diversificazione interna alla stessa D.C., nella seduta successiva vengono però avanzate altre due proposte, rispettivamente da Ambrosini e da Fuschini: la prima, caratterizzata dalla elezione di due terzi dei senatori ad opera di un collegio rappresentativo degli amministratori regionali e locali e del residuo terzo « da collegi speciali delle varie attività produttive »; la seconda, invece, punta a far eleggere dagli elettori delle Regioni i componenti del Senato all'interno di una serie di categorie ⁽³⁸⁾.

⁽³⁵⁾ *Ibidem*, p. 1098.

⁽³⁶⁾ Si veda l'ordine del giorno proposto da Mortati (e non messo ai voti) in *ibidem*, p. 1110.

⁽³⁷⁾ *Ibidem*, pp. 1118. Per la illustrazione della proposta cfr. *ibidem*, pp. 1120 ss.: in questa occasione, esplicita è la differenziazione dalle opinioni di Tosato e la previsione di elezioni a suffragio diretto e universale per metà di rappresentanti è motivata dalla necessità di non escludere alcun cittadino non inquadrabile nelle categorie

⁽³⁸⁾ *Ibidem*, pp. 1127 ss. Da rilevare che Ambrosini dovrà replicare a Fuschini, che aveva notato qualche affinità della sua proposta ad un sistema corporativo (*ivi*, 1131).

È proprio in relazione ad un intervento di Fuschini, che aveva affermato la necessità di doversi riferire a tutti i cittadini e non a distinti collegi, inesistenti in linea giuridica, che Mortati consente a modificare la propria posizione, accettando « un collegio unico anche per la seconda Camera »; ciò anche per accelerare un'intesa: è in questo contesto che si fa esplicito riferimento alle opinioni espresse da Luzzatto, significativo esponente di area socialista, che a più riprese aveva seguito i problemi istituzionali e che aveva accennato ad ammettere l'esistenza di categorie di eleggibili ⁽³⁹⁾.

La successiva proposta di Mortati (non resa pubblica) e la sua replica al progetto di Luzzatto (le si veda in allegato al presente scritto) bene evidenziano la concezione di Mortati, certo ora precisamente articolata, ma ancora molto analoga alle sue prime proposte in sede di Commissione Forti: l'elettorato è universale, gli eletti devono appartenere a determinati settori professionali o avere esperienze professionali o di gestione amministrativa, le liste possono essere anche esplicitamente espressione di forze politiche, ma si cerca di tutelare la effettiva possibilità degli elettori di votare anche « in favore di quelle liste i cui candidati per competenza tecnica o per qualità personali godono della loro fiducia ». Da una parte, quindi, la rappresentanza degli interessi non viene lasciata alla mera volontà politica del sistema dei partiti, ma dall'altra si conferma ancora una volta che la scelta è dei cittadini e non degli organismi esponenziali delle varie categorie.

Abbastanza paradossale è che, mentre Mortati lavora su questa nuova ipotesi, dopo alcune richieste di rinvio, intervenga Piccioni, che dinanzi alla diversificazione delle proposte avanzate da costituenti democristiani e dovendo cercare un punto di incontro con le altre forze politiche, difende il principio della rappresentanza organica, ringrazia tutti i diversi costituenti democristiani intervenuti con proposte (ivi compreso anzitutto Mortati), ma poi condivide in sostanza la proposta Ambrosini ⁽⁴⁰⁾. Ed ancora: al-

⁽³⁹⁾ *Ibidem*, p. 1134. Dei due progetti se ne parlerà esplicitamente nella seduta del 10 ottobre 1946 (*ibidem*, pp. 1151 ss.).

⁽⁴⁰⁾ *Ibidem*, pp. 1147 ss. Si tenga presente che Piccioni, da pochi giorni segretario nazionale del partito, interviene chiaramente per esporre la linea uff-

lorché ci si confronta con l'ipotesi Luzzatto, mentre Mortati in Assemblea Costituente, così come nel progetto e nelle « note » che si pubblicano, accetta il suffragio universale diretto (ma non il possibile venir meno della rilevanza delle categorie), Piccioni, a nome del gruppo democristiano non accetta « l'elezione a suffragio universale diretto » (41).

L'adozione infine, tramite l'o.d.g. Perassi, del modello del Senato eletto indirettamente, all'interno di ciascuna Regione, per un terzo dal Consiglio regionale e per due terzi dai consiglieri comunali, altera in radice il progetto di Mortati, che pur tuttavia si impegna tenacemente per reinserire come requisiti per la eleggibilità almeno parte delle categorie in precedenza configurate; la disposizione infine approvata non doveva evidentemente soddisfare le esigenze iniziali, se Mortati ripropone nella Assemblea plenaria della Commissione, attraverso una formulazione sintetica, la precedente proposta di formazione del Senato che aveva elaborato nell'ottobre 1946 (42).

La ben nota adozione da parte della Commissione, attraverso vivaci dibattiti, delle tesi più lontane da quelle di Mortati, rappresenta, come ben noto, la vittoria sostanziale delle sinistre, che per

ciale sul punto. È probabilmente in relazione a questa scelta, che sui problemi del bicameralismo « Il Popolo » prima intervista Mortati (29 settembre 1946) e successivamente Ambrosini (6 ottobre 1946).

(41) *Ibidem*, pp. 1161 ss., 1171. D'altra parte però assai singolare è che Piccioni (*ibidem*, p. 1172) per illustrare ufficialmente la posizione del partito allorché è ormai sicuro il passaggio dell'o.d.g. Perassi, richiami un o.d.g. Mortati in sostanza identico all'articolato da lui presentato a titolo personale dopo quello di Tosato (cfr., *retro*, n. 37).

(42) Il testo era il seguente: « La Camera dei Senatori è eletta dagli elettori aventi venticinque anni di età, fra gli eleggibili appartenenti alle categorie: 1) dell'agricoltura; 2) dell'industria; 3) del commercio e credito; 4) delle professioni: a) d'impiego pubblico; b) della scuola e della cultura; c) professioni legali; d) sanitarie; e) tecniche; f) di altri rami.

I seggi sono ripartiti fra tali categorie, per ciascuna delle quali sono presentate apposite liste da parte degli appartenenti ad esse, ed attribuiti per mezzo di distinti scrutini, con il sistema maggioritario se il numero degli eleggibili delle categorie è inferiore a tre, col sistema proporzionale se è superiore ».

La proposta fu respinta, avendo ottenuto i voti dei soli democristiani (*ibidem*, pp. 228 ss., 248).

conseguire il risultato di omogeneizzare al massimo la composizione del Senato alla configurazione della Camera, non rinunciano ad ogni ricerca di intese anche con le forze più legate al tradizionale parlamentarismo liberale⁽⁴³⁾, riuscendo infine a far adottare un testo nel quale restava la designazione di un terzo di senatori da parte di Consiglieri regionali, mentre i residui senatori erano semplicemente eletti su collegi regionali fra coloro che disponevano di alcuni requisiti attestanti fundamentalmente l'esperienza politica, amministrativa o la qualificazione professionale⁽⁴⁴⁾.

Da ciò il minore interesse degli interventi seguenti di Mortati, ormai sostanzialmente estraneo al modello istituzionale che viene costruendosi di un bicameralismo fondato su due organi sempre più tra loro omogenei: anzi, il lungo ed animato dibattito in Assemblea costituente continuò a verificare, anche attraverso le famose convergenze fra Togliatti e Nitti sull'elezione del Senato su collegi uninominali⁽⁴⁵⁾, la scomparsa dell'elezione di parte dei senatori da parte delle Regioni ed anche dell'elencazione dei requisiti, tanto da potersi concludere che al termine del lunghissimo dibattito « era insomma integralmente prevalsa la concezione, propugnata soprattutto dalle sinistre, del primato della sovranità del corpo elettorale nella sua unità, organizzato politicamente dai partiti politici »⁽⁴⁶⁾.

In questo clima cade molto rapidamente anche la proposta di Mortati di creare presso le varie amministrazioni statali appositi Consigli ausiliari, formati da esperti nominati dal Parlamento e da rappresentanze dei sindacati, degli ordini professionali e di altri organismi, con compiti di consulenza del Governo e del Parlamento, nonché a livello centrale un consiglio economico nazionale, composto da tutti i Consigli ausiliari, con funzioni consultive del Parlamento nei settori economico-produttivi, arbitrali « nelle controversie di carattere economico » e di ratifica dei « contratti col-

(43) Cfr., BETTINELLI, *All'origine*, cit., pp. 301 ss.

(44) Cfr., artt. 55 e 56 del progetto di Costituzione.

(45) Cfr., BETTINELLI, *All'origine*, cit., pp. 300 ss.; AIMO, *Bicameralismo*, cit., pp. 158 ss.

(46) BETTINELLI, *All'origine*, cit., p. 310.

lettivi di lavoro, in quanto essi siano suscettibili di ripercuotersi, attraverso aumenti dei prezzi, su tutta l'economia nazionale » (47).

Dinanzi ad una proposta del genere, significativa non solo per il tentativo di inserire a livello istituzionale con funzioni fondamentalmente consultive i rappresentanti delle organizzazioni sociali, sulla base di una tradizione addirittura prefascista (48), ma anche per il tipo di modificazioni che ne sarebbero scaturite in tema di rapporti fra Parlamento, Governo e amministrazione, il confronto in sede costituente fu particolarmente scarno dopo le preliminari obiezioni di Einaudi e Terracini e produsse solo l'adozione di quella che sarà successivamente la generica disposizione sul Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (49).

Occorre peraltro riferirsi ad un ultimo intervento di Mortati alla Costituente, perché vi si può individuare ancora una volta l'esposizione delle sue opinioni sulla necessità dell'allargamento

(47) Per il testo della proposta ed il rapido dibattito successivo cfr., *La Costituzione della Repubblica*, cit., VII, pp. 1719 ss.

Mortati aveva già in precedenza proposto di istituire i Consigli « presso ogni gruppo di amministrazioni dello Stato » nonché un « Consiglio legislativo » come organo ausiliario del Parlamento (*Mozione*, cit., p. 15; *Relazione*, cit., p. 192); al tempo stesso Mortati era pienamente consapevole del difficile funzionamento di organi come quello previsto dall'art. 165 della Costituzione di Weimar: cfr., *Introduzione a La Costituzione di Weimar*, cit., pp. 32-3, 65 ss., 147; *I limiti di una trasformazione*, cit., pp. 167 ss.

Di Consiglio economico nazionale aveva parlato anche FANFANI (*Relazione sul controllo sociale dell'attività economica*, in *Atti della Commissione*, cit., p. 123) in una configurazione peraltro molto diversa: si sarebbe trattato di un organo costituito « dai rappresentanti delle professioni e degli interessi in seno alla seconda Camera » e che avrebbe disposto anche di « funzioni di coordinamento di tutta l'azione pubblica disciplinare, coordinatrice ed integratrice dell'attività economica, con particolare riguardo al settore del credito ».

(48) Cfr., BALBONI, *Le origini dell'organizzazione amministrativa del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1968 e *Il Consiglio Superiore del lavoro (1903-1923)*, a cura di Vecchio, Franco Angeli ed., Milano, 1989; GOZZI, *Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi nella riflessione giuridica e politica fra ottocento e novecento*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra otto e novecento*, a cura di Mazzacane, Liguori ed., Napoli, 1986, pp. 233 ss.

(49) Il testo adottato in Sottocommissione fu quello proposto da Terracini: « Un Consiglio economico, il cui ordinamento sarà stabilito dalla legge, funzionerà sia per la consulenza in materia economica del Parlamento e del Governo, sia per quegli altri compiti che gli vengano legislativamente attribuiti ».

della rappresentanza, nel quadro peraltro di una più generale valutazione del complessivo sistema democratico che si stava cercando di costruire: si tratta del noto intervento tenuto il 18 settembre 1947 al termine del dibattito sul potere legislativo, allorché erano evidenti l'isolamento delle tesi democristiane e la stessa irrisolta diversità di opinioni fra Mortati ed i suoi colleghi di gruppo sulle modalità con cui tradurre in pratica la « rappresentanza organica »⁽⁵⁰⁾.

In quella sede Mortati ripercorre puntigliosamente i passaggi che lo conducono ad avanzare le sue proposte in tema di bicameralismo: il bicameralismo trova la sua ragione di essere « nel bisogno dell'integrazione del suffragio » politico, assolutamente necessario in una società di massa enormemente più varia e complessa di quanto possa essere espresso attraverso la sola mediazione dei partiti, incapaci di esaurire la intera rappresentatività del paese e spesso anzi tendenti « al dogmatismo e alle generalizzazioni »; occorre quindi collegare lo Stato con la società, riportando tutti gli interessi (e non solo quelli economici) nel circuito politico, nel quale devono potersi esprimere, al tempo stesso responsabilizzandosi; la soluzione migliore quindi è « di fare del Senato regionale una rappresentanza di interessi professionali » ed il problema della parità di posizione fra Camera e Senato deriva « dall'uguale efficacia rappresentativa, che deriva alle due Camere dalla uguale origine popolare, dal carattere di reciproca integrazione che esse vengono a rivestire »⁽⁵¹⁾.

⁽⁵⁰⁾ La finale posizione democristiana, espressa dall'ordine del giorno Piccioni-Moro (*La Costituzione della Repubblica*, cit., IV, p. 2890) prevedeva che a livello regionale si procedesse all'elezione dei senatori « con metodo democratico, mediante elezioni a doppio grado alle quali concorrono tutti gli appartenenti alle categorie sociali »: in realtà una formula del genere permetteva attuazioni ancora differenziate, come notò Piccioni (*ibidem*, pp 2893-4). Si tenga pure presente che il giorno successivo alla presentazione dell'ordine del giorno, Don Sturzo proponeva su *Il Popolo*, di « demandare ai consiglieri regionali la nomina dei senatori assegnati alla Regione, da scegliersi dagli albi regionali delle categorie senatoriali », formati dalle categorie interessate secondo le disposizioni di legge e sotto la vigilanza del Consiglio regionale.

⁽⁵¹⁾ *Ibidem*, pp. 2917 ss. Si veda pure MORTATI, *La seconda Camera*, cit., pp. 479 ss. (qui è la recisa affermazione che « l'unico elemento da cui possa

Peraltro questo sviluppo argomentativo è inserito in un più ampio quadro di riferimento: il regime politico che si sta cercando di costruire non è il « regime parlamentare puro », ma un « tipo di regime parlamentare misto o semi diretto », nel quale il popolo non esaurisce le sue funzioni nel momento elettivo, ma è chiamato, quantomeno mediante la previsione dello scioglimento anticipato delle Camere ed i referendum popolari, a dire « la sua parola decisiva quando si presentino questioni di vasto rilievo politico »; la vigorosa difesa dell'istituto referendario trova la sua radice proprio nella volontà di non ridurre la nuova democrazia a un sistema solo rappresentativo e quindi, in ultima istanza, ridotto alla sola dialettica fra i partiti: « la constatazione di uno scarto tra partiti e opinione pubblica viene a giustificare ancora di più l'adozione di questo istituto, perché questo contrasto fra rappresentanti e rappresentati può significare o una deficienza dei primi o una deficienza dei secondi. O sono i primi che interpretano male la volontà popolare e i bisogni reali del popolo, e allora è giusto che la loro attività sia arrestata dal popolo; o è il popolo scarsamente educato, e allora è ai partiti che si deve imputare tale situazione, ed il rimedio non può essere quello di escludere il popolo, bensì di eccitare il suo spirito politico, la sua sensibilità ai problemi politici, la sua capacità di intendere gli interessi generali, che è il compito specifico dei partiti, che non possono rigettare i mezzi per facilitare il raggiungimento di tali fini » (52).

Ecco che allora può comprendersi come la stessa rivendicazione dell'allargamento del circuito di formazione degli organi parlamentari si inserisca come un importante elemento di un tentativo di costruire un modello complesso di ordinamento democratico, nel quale nessun soggetto politico possa pretendere di rappresentare la volontà popolare, titolare, invece, essa, nella sua libera ed incompressibile articolazione pluralistica, dei poteri ultimi di direzione, all'interno dei principi e valori costituzionali (53).

argomentarsi con sufficiente fondamento l'esigenza di una duplicità degli organi legislativi sia quella dell'efficienza rappresentativa del Parlamento »).

(52) *Ibidem*, pp. 2919, 2929-30.

(53) MORTATI, *Art. 1*, cit., pp. 26 ss.

4. *Popolo, partiti e Parlamento nelle proposte di Mortati.*

L'esame delle effettive proposte di Mortati in tema di formazione della seconda Camera dovrebbe aver chiarito, al di là di ogni dubbio, l'improprietà di qualificarle come corporative, a meno di usare questa espressione in termini così generici ed ormai impropri da farla corrispondere ad ogni tipo di riferimento ad entità sociali autonome, così come la usavano gli antichi giuristi che volevano evidenziare la necessaria considerazione delle entità sociali: c'è da ricordare, in particolare, la costante attenzione di Mortati ad attribuire l'elettorato attivo a tutti i cittadini⁽⁵⁴⁾ e, soprattutto, la permanente esclusione dell'attribuzione di poteri di nomina o anche solo di designazione di eligendi solo ad organismi rappresentativi delle categorie. Mortati in realtà, pur convinto pluralista, vede lucidamente tutti i rischi di una possibile degenerazione del pluralismo a danno della autonomia del singolo⁽⁵⁵⁾ e proprio per questo, a più riprese, chiede addirittura per gli organismi associativi che assumano un ruolo nel procedimento elettorale quello che potremmo dire un ordinamento interno di tipo democratico, garantito da una apposita legislazione. D'altra parte questo è esattamente il nucleo dell'opinione di Mortati relativa allo stesso partito politico; ciò non a caso, poiché il partito è nella sua concezione, il primo e più rilevante soggetto del pluralismo sociale: è il partito politico la prima grande forza sociale che riesce ad imporsi contro il parlamentarismo liberale rappresentativo di limitatissimi ceti sociali, facendosi portatore nelle istituzioni elettive delle attese politiche e sociali di vasta parte del popolo e questo suo ruolo di principale strumento di rappresentanza sociale non viene affatto negato, ma anzi decisamente difeso e valorizzato⁽⁵⁶⁾. Proprio gli evidenti grandi poteri del

(54) Ciò sia nel modello di riservare la metà degli eletti agli appartenenti ai collegi professionali e l'altra metà a tutti i cittadini (cfr., n. 37), sia nell'altro modello di estendere l'elettorato attivo a tutti i cittadini (cfr. testo allegato e n. 42).

(55) Cfr., ad esempio, MORTATI, *Parlamento*, cit., p. 15; *La partecipazione*, cit., p. 30.

(56) L'individuazione nel partito della forza di trasformazione più signifi-

partito impongono però che questi operi correttamente ed alla luce del sole, adeguandosi ad una disciplina estesa quanto meno alla regolarità della sua vita interna ed al procedimento di selezione delle candidature⁽⁵⁷⁾; ma ciò non basta, perché i partiti non possono pretendere di esaurire la rappresentatività politica dell'intera società, che si esprime anche attraverso altre forme; ciò importa un delicato problema di raccordo fra partiti e forze sociali affini⁽⁵⁸⁾, ma pure la necessità che siano lasciati spazi ai gruppi autonomi rappresentativi di altri interessi idonei a confrontarsi sulle tematiche di interesse generale⁽⁵⁹⁾.

Su questo piano è significativo il frequente riferimento, da una parte, al debole radicamento dei partiti, sia a livello di masse che di élites tecnico-professionali e, dall'altra, alla « tendenza dei partiti al dogmatismo ed alle generalizzazioni »⁽⁶⁰⁾, che potrebbe

cativa nel superamento dello Stato liberale è in Mortati antica e ricorrente: solo per ricordare quattro fra gli innumerevoli scritti in questo senso nel decennio 1940-1950 cfr., MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940, pp. 84 ss.; *Sulla posizione del partito nello Stato (Stato e diritto*, 1941, n. 4 e 5), in *Scritti*, cit., IV, pp. 507 ss.; *La Costituente*, cit., pp. 54 ss.; *Sulla funzionalità*, cit., pp. 77-8.

Per Mortati come convinto teorico del ruolo dei partiti nel nuovo Stato democratico cfr., BETTINELLI, *All'origine*, cit., cap. I e II, *passim*.

Si tenga presente che Mortati esprime addirittura pieno apprezzamento per una legislazione elettorale particolarmente proporzionalistica e che lasciava assai poco spazio alla volontà del singolo elettore di influire all'interno del partito da lui prescelto (*Introduzione a La legge elettorale*, cit., pp. 8-11).

(57) Anche questa è una caratteristica assolutamente ricorrente per Mortati: per il periodo precedente all'Assemblea costituente cfr. *La Costituente*, cit., pp. 172-3, 177 ss., 215 s. Si tenga inoltre presente che Mortati fu proponente già in sede di Commissione ministeriale per l'elaborazione della legge elettorale per la Costituente di un progetto che prevedeva elezioni primarie all'interno dei partiti (cfr., BETTINELLI, *All'origine*, cit., p. 97 n. 33).

(58) Anche questo è un tema ricorrente: si veda, ad esempio, *La Costituente*, cit., 56; *Sindacati e partiti politici*, in ICAS, *L'organizzazione professionale*, Ed. dell'Ateneo, Roma, 1962.

(59) Cfr., MORTATI, *Il potere legislativo*, cit., p. 462.

(60) *La Costituzione della Repubblica*, cit., IV, p. 2522; MORTATI, *La seconda Camera*, cit., 482-3; *Il problema*, cit., 490; *Parlamento e democrazia*, cit., p. 167.

Si tenga d'altra parte presente la motivazione addotta da Mortati per sostenere l'opportunità per gli « organi di decentramento » di « forme di rappre-

essere in parte corretta proprio dalla immissione nel circuito politico e negli stessi partiti di personale politico più tecnico e raccordato a problemi politico-sociali più concreti. Al di sotto di tutto ciò emerge la visione di fondo di Mortati sui problemi da risolvere per edificare su solide basi lo Stato democratico: non bisogna, infatti, dimenticare che egli dimostra di conoscere bene la complessità dello Stato contemporaneo, la trasformazione delle sue funzioni, il mutamento della realtà sociale e politica⁽⁶¹⁾, e rispetto a queste caratteristiche si pone il problema di una democratizzazione effettiva, che non potrà quindi certamente riferirsi al modello liberale, da lui ritenuto assolutamente superato, in quanto idoneo — nel migliore dei casi — ad ammettere nel circuito decisionale nuovi soggetti politici senza però volere la riforma, invece assolutamente necessaria, della società e della economia⁽⁶²⁾.

Ma per una democratizzazione effettiva dello Stato vi è la necessità, innanzi tutto, « di creare le condizioni idonee a rendere la partecipazione delle masse alla cosa pubblica effettiva e consapevole, ed, in relazione ad essa, di ordinare la struttura del governo in modo che, pur garantendo la costante aderenza della sua azione al sentimento politico della massa, le conferisca un sufficiente grado di stabilità e di forza »⁽⁶³⁾.

sentanza mista, formata sulla base, da una parte di tutte le categorie degli addetti al lavoro produttivo, manuale e intellettuale, e dall'altra dei partiti, al duplice scopo di dare concretezza alle concezioni politiche di cui questi ultimi sono portatori, avvicinandole ai bisogni ed ai punti di vista dei singoli gruppi di lavoratori, e di sollevare costoro alle esigenze della coordinazione secondo valutazioni di interesse generale » (MORTATI, *Mozione*, cit., p. 14).

⁽⁶¹⁾ Oltre alla *Relazione sul potere legislativo* (cfr. n. 28), si consideri quanto meno *La Costituente, Introduzione a La Costituzione di Weimar*, cit., *passim* e *Il potere legislativo*, cit., pp. 457 ss.

⁽⁶²⁾ Si pensi alla valutazione politica sulle cause del fallimento dell'esperienza di Weimar: « La vera forza di questo assetto sociale è detenuta dalla burocrazia e dai capitani d'industria ed in misura minor dal possesso fondiario: mentre l'ordinamento democratico rimane alla superficie, affidato nel suo funzionamento a congegni, i quali, appunto perché non collegati in profondità con tutta la struttura economico-sociale del paese, appaiono insuscettibili di funzionare in armonia con i fini loro propri » (MORTATI, *Introduzione a La Costituzione di Weimar*, cit., pp. 76-7).

⁽⁶³⁾ MORTATI, *La Costituente*, cit., p. 215.

Ciò pone però al costituzionalismo dei problemi in larga parte nuovi, perché l'esperienza fatta nel lungo periodo in cui gli Stati liberali hanno cercato di adeguarsi al processo di trasformazione imposto dalle trasformazioni politiche, ha messo bene in luce la inadeguatezza di una serie di meccanismi del costituzionalismo ottocentesco: da una parte la concentrazione di sempre maggiori poteri nelle assemblee elettive senza una condivisa piattaforma di precisi valori accomunanti rischia di rendere pericolosamente fragile e rischiosa la dialettica maggioranza-minoranza, dall'altra la tecnica garantistica della divisione dei poteri rischia di non funzionare più in un assetto nel quale tutti i poteri tendono a concentrarsi pericolosamente intorno alle forze politiche maggioritarie nel Parlamento (64).

Mentre al primo ordine di problemi si cerca di rispondere con la rigidità costituzionale intorno ad un profondamente rinnovato elenco di diritti e doveri pubblici, estesi ormai anche ai cosiddetti diritti sociali (65), al secondo si cerca di rispondere con

(64) Sul fenomeno nello Stato liberale cfr. RIVERO, *Les libertés publiques*, I: *Les droits de l'homme*, PUF, Paris, 1973, pp. 58 ss., 107 ss.; DE SIERVO, *Valori fondamentali e legittimazione delle istituzioni*, in *Iustitia*, 1987, n. 2, pp. 84 ss.

Per Mortati « ... è da rilevare che il principio della separazione dei poteri, a cui è affidato il mantenimento dell'impronta legalitaria, non possa più venire realizzato in base allo schema tipico degli ordinamenti organizzati intorno alla contrapposizione di distinti centri di unità politica, destinati ad operare come contrappesi o freni reciproci Il principio democratico, non consentendolo più, per l'unitarietà che realizza con il riavvicinamento da esso operato degli interessi delle classi, e per la derivazione di tutti gli organi da un'unica fonte, un equilibrio basato sulla coesistenza di forze eterogenee dal punto di vista della loro derivazione e composizione, conduce a ricercare nella molteplicità dei centri di vita associati, relativamente autonomi, i mezzi destinati a moderare i possibili eccessi del potere centrale. È nella ricchezza del sistema organizzativo della struttura sociale (i partiti, gli enti locali, i gruppi economici, ecc, che perciò vengono ad assumere rilevanza costituzionale) che sono da ricercare le controforze atte a mantenere l'azione dello Stato sull'alveo della legalità. La diversa distribuzione dei singoli in corpi, che sono promossi da interessi diversi fra loro e tendono a fini anch'essi diversi opera nel senso di determinare orientamenti non sempre convergenti e quindi influire in senso benefico nel frenare gli eccessi, più facilmente possibili invece, in una società indifferenziata » (MORTATI, *La Costituente*, cit., p. 218; analogamente in *Il problema della direzione*, cit., pp. 490-1).

(65) MORTATI, *La Costituente*, pp. 212 ss.; *Sulla dichiarazione dei diritti*.

il superamento della forma puramente rappresentativa mediante il riconoscimento di alcuni diretti poteri di partecipazione del popolo « alle supreme decisioni politiche » e ricercando « nella molteplicità dei centri di vita associati, relativamente autonomi, i mezzi destinati a moderare i possibili eccessi del potere centrale » (66).

In tutto ciò è evidente che il partito ha un ruolo assolutamente insostituibile, ma, di conseguenza agli spazi creati agli altri soggetti sociali, non illimitato; per di più proprio il suo ruolo costituzionale di principale canalizzatore della partecipazione popolare e l'ormai individuato zoccolo di valori unificanti posti alla base del patto costituzionale gli impongono doveri di comportamento al suo interno ma anche nel metodo di operare all'esterno (67).

Considerazioni generali, in *Alle origini*, cit., pp. 247 ss. (ed analogamente nel testo, quasi eguale, della relazione finale della Commissione Forti: cfr., *Relazione sui diritti pubblici subiettivi*, in MINISTERO PER LA COSTITUENTE. Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, cit., I, pp. 80 ss.).

(66) MORTATI, *La Costituente*, cit., p. 218. Si noti che Mortati appare pienamente cosciente di un ruolo attivo richiesto ai costituenti nell'inserimento di elementi del corpo sociale nel processo decisionale: « certamente l'intervento del legislatore non può trasformare la struttura sociale. Esso può però sensibilizzare alle esigenze del sistema elementi che, pure partecipando a quella realtà, non posseggono di per sé l'impulso sufficiente a svolgere le capacità potenzialmente in essi racchiuse. In modo particolare e preliminarmente l'attenzione del legislatore dovrebbe rivolgersi a mettere in rilievo ed utilizzare quelle naturali tendenze all'aggregazione, che si verificano nel seno della massa elettorale, corrispondenti ad interessi stabilmente radicati in essa, con lo scopo di sottrarre per quanto possibile, le pronunce popolari alle fluttuazioni di opinioni troppo arbitrarie e inconsiderate, e nello stesso tempo di creare impedimenti allo spiegarsi degli impulsi illiberali, delle tendenze tiranniche cui possono inchinare le maggioranze al potere » (MORTATI, *La direzione*, cit., pp. 490-1).

(67) Non vi è dubbio che la esperienza storica dei vari partiti, sia interni ai sistemi politici che eversori degli assetti costituzionali è ben presente alla riflessione giuridica di quegli anni: basti ricordare fra gli autori citati in questo periodo da Mortati, OSTROGORSKI, *La démocratie et les partis politiques*, Paris, 1902; LOEWENSTEIN, *Contrôle législatif de l'extrémisme politique dans les démocraties européennes*, Paris, 1939.

In Mortati è comune in questo periodo la preoccupazione che in assenza di una sufficiente omogeneizzazione della società nazionale le forze politiche non restino entro i limiti del « giuoco leale »: cfr., *Il problema della direzione*, cit., p. 490; *Parlamento*, cit., pp. 5-6.

Mortati quindi si pone lucidamente nella prospettiva di usare tutte le tecniche costituzionalistiche per cercare di costruire una effettiva democrazia adeguata ai problemi di un grande Stato contemporaneo e in quest'opera certo non sfuggirà sempre al tipico rischio di qualche eccesso di astrattezza o di complessità⁽⁶⁸⁾.

Abbastanza insoddisfacente è però la critica a proposte come quelle di Mortati secondo la quale operazioni del genere di quelle da lui ipotizzate in riferimento alla integrazione dei procedimenti di rappresentanza politica, anche se per ipotesi concettualmente condivisibili, peccavano per la strumentazione proposta, troppo statalistica per rapporti invece più naturalmente risolvibili mediante istituti di tipo negoziale⁽⁶⁹⁾ o addirittura mediante processi di dinamica sociale, non comprimibili in termini di procedure istituzionalizzate, necessariamente farraginose, se non impotenti e pericolose⁽⁷⁰⁾.

La insoddisfazione deriva dal fatto che nello specifico settore della disciplina relativa alla rappresentanza politica e all'assetto dei partiti, la mancata disciplina in termini innovativi non lascia semplicemente impregiudicata la questione, dal momento che at-

(68) Si consideri, ad esempio, la soluzione originariamente ipotizzata per evitare la nomina del Presidente della Repubblica da parte della contingente maggioranza politica, sistema che avrebbe contraddetto il ruolo del Presidente della Repubblica di garante degli interessi comuni: un collegio formato da rappresentanti dei vari partiti « in numero uguale per ciascuno », rappresentanti delle forze sindacali, delle Regioni ed eventualmente gli ex Presidenti della Repubblica e del Consiglio, i Consigli di presidenza delle Camere, i giudici costituzionali (*La Costituente*, cit., pp. 208-9; analogamente *Mozione*, cit, p. 15). Altro esempio di progettazione in cui la volontà innovatrice sembra non far considerare appieno tutti i problemi derivanti da un ipotetico pieno accoglimento delle proposte è quello degli istituti di democrazia diretta (cfr. *Relazione sul potere legislativo*, cit., VII, pp. 1641 ss.) configurati in una tipologia estremamente ricca e diversificata (ma qualche dubbio emerge dopo il dibattito in Commissione: cfr. *Il potere legislativo*, cit., pp. 471 ss.).

In generale sulle concezioni di Mortati sul Presidente della Repubblica e sui referendum, cfr., BRUNO, *I giuristi*, cit., pp. 124 ss., 157 ss.

(69) Si veda in particolare AMATO, BRUNO, *La forma di governo italiana. Dalle idee dei partiti all'Assemblea costituente*, in *Quaderni costituzionali*, 1981, pp. 39, 79.

(70) Si vedano, ad esempio, le opinioni espresse da P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Il Mulino, Bologna, 1966, *passim*.

traverso le disposizioni costituzionali in tema di formazione degli organi supremi e quelle legislative in materia elettorale (si ricordi che Mortati più volte mette in evidenza come qualsiasi disposizione in materia elettorale presuppone un certo concetto di interessi da voler rappresentare) si lascia concretamente lo spazio alla edificazione di un determinato tipo di rappresentanza politica, tutto ed esclusivamente costruito intorno al ruolo assolutamente autonomo del partito politico, sottoposto alla tentazione di esaurire nelle sue articolazioni interne la complessiva pluralità sociale, se non addirittura di porsi come soggetto egemone, tramite le istituzioni statali, sull'intera società civile ⁽⁷¹⁾.

Comunque è certo che proposte come quelle di Mortati non vengono recepite non certo per difficoltà di tecnica legislativa, ma per opposte visioni di politica costituzionale, che si affermano sempre più nettamente durante il confronto costituente, man mano che ci si allontana dalle progettazioni, magari ora tacciate di utopismo, di buona parte delle forze politiche e culturali nel periodo precedente alla Costituente, se non nella fase resistenziale ⁽⁷²⁾, ed il sistema politico si costruisce intorno al sistema dei partiti, ormai legittimati anche dalla elezione per l'Assemblea costituente: giustamente si è messa in evidenza la naturale tendenza del nuovo sistema politico italiano a riprodurre nella Carta costituzionale che si sta redigendo le condizioni per il suo definitivo consolidamento ⁽⁷³⁾.

(71) Analogamente può ricordarsi che durante il dibattito sui Consigli ausiliari ed il Consiglio economico nazionale, Mortati cercò di far comprendere che la mancata disciplina in Costituzione di alcune caratteristiche di organi del genere ne avrebbe resa impossibile l'introduzione in via legislativa (*La Costituzione della Repubblica*, cit., VII, p. 1730-1).

(72) Ancora nella prima Sottocommissione sia Basso che Merlin e Mancini proponevano disposizioni tali da garantire la democrazia interna dei partiti, ma il netto dissenso di Marchesi e di Togliatti indusse a modificare sostanzialmente la formulazione (cfr., *La Costituzione della Repubblica*, cit., VI, pp. 700 ss.). Sul punto Mortati intervenne in Assemblea proponendo un emendamento, secondo il quale i partiti avrebbero dovuto uniformarsi « al metodo democratico nella organizzazione interna e nell'azione diretta alla determinazione della politica nazionale », ma, malgrado un intervento adesivo di Moro a nome del gruppo democristiano, la formula fu respinta (cfr., *ibidem*, III, pp. 1181 ss.).

(73) Cfr., CARETTI, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costi-*

Se questo è il quadro generale, che forse aiuta a comprendere anche un certo parziale isolamento di un costituente motivato e determinato come Mortati nel suo stesso partito⁽⁷⁴⁾, certamente le forze vittoriose nel confronto sulla rappresentanza e sull'assetto dei partiti sono innanzi tutto i partiti della sinistra marxista ed i gruppi più legati alla tradizionale configurazione del parlamentarismo liberale. Mentre, infatti, in generale l'intesa sull'assetto delle istituzioni costituzionali vede una confluenza fra democristiani e costituenti dei vari movimenti riconducibili ai diversi filoni della liberaldemocrazia⁽⁷⁵⁾, in questo particolare settore (così come anche in alcuni altri profili della definizione della forma di governo⁽⁷⁶⁾) si opera una saldatura fra le opinioni favorevoli alla ridefinizione di un sistema il più possibile analogo a quello prefascista, in nome anche di una concezione tradizionale del rapporto fra eletto a forze sociali, e l'assemblearismo dei partiti della sinistra marxista, tutto costruito invece sul ruolo assolutamente centrale del partito politico⁽⁷⁷⁾.

tuzionale provvisorio, in *La fondazione della Repubblica*, a cura di Cheli, Il Mulino, Bologna, 1979; BETTINELLI, *All'origine*, cit.

(74) Al di là dei dati caratteriali e di qualificazione professionale, che possono spiegare un certo isolamento rispetto a chi interpretava le esigenze più palesemente tattico-politiche, c'è da ricordare che Mortati ha sempre appartenuto a tendenze minoritarie della sinistra del partito: prima al gruppo di esplicito impegno repubblicano, che pubblica « *Politica d'oggi* », rivista cui collabora regolarmente dall'inizio del 1945 (cfr. l'elenco degli articoli in BRUNO, *I giuristi*, cit., pp. 72-3 n. 30) ed a nome del quale presenta al Congresso nazionale dell'aprile 1946 un'apposita mozione sulle linee di politica costituzionale (MORTATI, *Mozione*, cit., pp. 13 ss.) abbastanza divergente dalla relazione Gonella e dalle opinioni di Tupini (cfr. n. 13); successivamente diviene un collaboratore assiduo di « *Cronache sociali* » (ARDIGÒ, in *L'Italia*, cit. p. 235). Si tenga infine presente che prima e durante la Costituente Mortati più volte sostiene la estensione dei suoi poteri anche a quelli legislativi ordinari, in esplicito dissenso dalle posizioni del gruppo democristiano (cfr., ONIDA, *I cattolici e la continuità dello Stato: profili costituzionali*, in AA.VV., *La successione. Cattolici, Stato e potere negli anni della ricostruzione*, Ed. Lavoro, Roma, 1980, pp. 71 ss.).

(75) DE SIERVO, *Le scelte*, cit., pp. 176 ss., 186 ss., 194 ss.

(76) AMATO, BRUNO, *La forma di governo*, cit., pp. 64 ss., 80 ss.

(77) In realtà, fra i partiti laici, il partito liberale si era fino dai dibattiti pre-costituenti dichiarato contrario ad ogni tipo di disciplina dei partiti politici, ritenuta « né possibile, né utile, né prudente » (ASTURI, *I principi informatori della*

Se è significativa, al di là di ogni dubbio, la vicenda della disponibilità da parte di alcuni dei massimi esponenti dei partiti di sinistra perfino all'elezione dei senatori su collegi uninominali e con metodo maggioritario, pur di escludere ogni tipo di integrazione della rappresentanza, la assoluta ostilità ad ogni tipo di legislazione sui partiti politici muove da esplicite preoccupazioni politiche specialmente del partito comunista, ma incontra comprensioni proprio nelle forze moderate liberali, che sembrano puntare sulla riedificazione del vecchio sistema politico ⁽⁷⁸⁾.

Si tenga infine presente che il clima di crescenti forti contrapposizioni politiche interne ed internazionali che caratterizza il periodo finale di lavoro dell'Assemblea Costituente e la conseguente preoccupazione per l'ormai prossimo confronto elettorale, non altera in radice il clima di serrato ma sereno confronto in sede costituente, ma certamente incide non poco nel favorire la riedificazione di un sistema istituzionale in cui si riducono gli elementi di maggiore innovazione sul piano della forma di governo (si pensi — ad esempio per altri fenomeni di nostro interesse — alla ulteriore riduzione degli istituti di democrazia diretta o alla scomparsa della previsione del diritto di resistenza).

nuova Costituzione, Partito liberale italiano, Roma, 1946, p. 49 ss.), mentre la posizione del partito comunista era di palese ostilità nei riguardi di ogni tentativo in tal senso anche per motivi di ordine ideologico (si consideri, ad esempio, la motivazione del noto attacco di Laconi alla complessità organizzativa emergente dal progetto di Costituzione: « dietro questo tentativo e dietro questa tendenza si vede unicamente e soltanto una fondamentale paura del popolo, un timore della volontà popolare, una paura del popolo e dei partiti in cui il popolo si organizza, dai quali invece deve partire, sui quali deve fondarsi ed a cui deve tenderè tutta l'organizzazione dello Stato »: la si veda in *La Costituzione della Repubblica*, cit., I, p. 199).

Per la denuncia polemica di Mortati del « tradizionalismo » emergente nei dibattiti costituenti in tema di partiti politici, cfr., MORTATI, *Il potere legislativo*, cit., pp. 463-4.

Ben presto Mortati potrà amaramente constatare che, in assenza di ogni legislazione, la formazione delle liste deriva « spesso dalla volontà di piccole oligarchie, né oneste, né illuminate » (*Parlamento*, cit., p. 9; analogamente cfr., *Corso di istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1949, p. 245).

⁽⁷⁸⁾ Sul significativo episodio cfr., BETTINELLI, *All'origine*, cit., p. 301 ss., 307 ss.

5. *La provenienza delle proposte di Mortati.*

Non è agevole individuare le radici delle proposte avanzate in sede costituente da Mortati, perché i rischi sono molteplici, anche una volta che si sfugga alle forzature polemiche di antica matrice politica: da una parte, infatti, vi è il rischio di confondere totalmente il suo contributo con la posizione, evidentemente motivata essenzialmente in termini politico-ideologici, del suo partito, di cui fu certo illustre rappresentante fino dalla Commissione Forti⁽⁷⁹⁾, e, dall'altra, vi è l'altrettanto grave rischio di leggerne il contributo solo nei termini della sua cultura giuridica, sottovalutando in modo errato il suo essere organico rappresentante di un grande partito in quegli anni così difficili e così caratterizzati da forti contrapposizioni ideali e politiche⁽⁸⁰⁾.

Per di più occorre considerare che, prima e durante i lavori costituenti, l'intensità dei confronti culturali e politici sono stati all'origine anche di alcuni mutamenti di opinioni: e se ciò fu assai rilevante per i complessivi movimenti politici, lo fu anche per i singoli esponenti, anche se certo in minor misura per esponenti fortemente motivati in termini culturali e tecnici come Mortati.

In realtà le forze politiche italiane riuscirono ad elaborare piattaforme di programmi costituzionali traendo ovviamente spunto dalle rispettive tradizioni culturali e dalle loro esperienze storiche, ma anche con evidenti collegamenti con le forze culturali affini operanti nel più ampio ambito europeo; in questa dimensione più ampia possono certo comprendersi meglio alcune costanti, legate a tradizioni culturali o ad appartenenze a movimenti po-

(79) Per l'impegno anche in Commissioni di partito e nella preparazione della legge elettorale per la Costituente cfr. BRUNO, *I giuristi*, cit., pp. 73-4.

(80) Si tenga pure presente che l'elaborazione delle posizioni da parte dei democristiani dovette confrontarsi anche con le elaborazioni interne ai movimenti di Azione Cattolica: significativamente la XIX Settimana sociale, tenutasi nell'ottobre 1945 su « Costituzione e Costituente », fece registrare posizioni alquanto divaricate ed anche in alcuni oratori alcuni espliciti dissensi da opinioni espresse da Mortati (DE SIERVO, *Scelte*, cit., pp. 133 ss.; MORO, *I movimenti intellettuali cattolici*, in *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente*, a cura di Ruffilli, Il Mulino, Bologna, 1979, I, pp. 232 ss.).

litici sovranazionali, e individuarsi, invece, tipicità legate a tradizioni politiche e culturali dei vari paesi⁽⁸¹⁾. In questo ambito certamente i giuristi più impegnati nei vari movimenti politici svolsero, ovviamente nella misura in cui furono chiamati a contribuire all'opera di predisposizione delle proposte costituenti, un ruolo essenziale, specie là dove ci si riferiva a piattaforme sufficientemente articolate e non più alle sole piattaforme politico-culturali, potendo attingere anche alla vasta (anche se in certa misura eterogenea) progettazione riformista degli Stati democratici durante i difficili anni seguiti in Europa alla prima guerra mondiale⁽⁸²⁾.

Qui però emerge un primo dato fondamentale: se non esiste più un mitico « modello liberale » di Stato, a cui anzi ci si contrappone in genere più o meno radicalmente, in questo periodo non si verifica affatto la formazione di precisi modelli alternativi o per opzioni di tipo tecnico-dottrinale o di omogeneità politico-culturali; anzi, il diffondersi di regimi totalitari e le difficoltà politiche che colpiscono non poche democrazie europee in conseguenza dell'impatto delle masse popolari nel circuito decisionale e della trasformazione dell'azione dello Stato specie in risposta alla grande crisi economica del 1929, inducono non pochi giuristi ad un atteggiamento di scettico isolamento, per non parlare di quelli che si allineano con i dominanti totalitarismi⁽⁸³⁾.

(81) Mi permetto di rinviare alle considerazioni svolte in DE SIERVO, *Modelli stranieri*, cit., pp. 279 ss.

(82) Mentre per l'area culturale italiana e tedesca si rinvia alle due note seguenti, per l'area francese, ad integrazione del vasto panorama contenuto in GALIZIA, *Il « positivismo giuridico » di Raymond Carré de Malberg*, in *Quaderni fiorentini*, 1973, cfr., BURDEAU, *Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après guerre*, Les éditions internationales, Paris, 1932; MIRKINE GUETZEVITCH, *Saggio sintetico*, in *Le Costituzioni europee*, Ed. di Comunità, Milano, 1954, pp. 17 ss.; MICHEL, *Les courants*, cit.; GICQUEL, SFEZ, *Problèmes de la réforme de l'Etat en France depuis 1934*, P.U.F., Paris, 1965; FAVRE, *Histoire de la science politique*, in *Traité de science politique*, P.U.F., Paris, 1985, I, pp. 35 ss.

(83) Per la dottrina italiana cfr. GALIZIA, *Profili*, cit., pp. 89 ss.; ELIA, *Diritto costituzionale*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 348 ss.; CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, pp. 30 ss.; COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura italiana fra ottocento e novecento*, Giuffrè, Milano, 1986.

Fra gli scritti più importanti sulla crisi dello Stato liberale va certamente

Ciò non significa certo che alcune importanti innovazioni istituzionali non siano progettate e realizzate anche con il contributo significativo di giuristi (basti pensare alla Costituzione di Weimar o alle Costituzioni austriache⁽⁸⁴⁾), ma anche il fallimento di queste esperienze storiche e il deludente immobilismo in tanti altri paesi inducono ad una riflessione assai frammentaria e più spesso riferita a tematiche di teoria generale, seppur significativamente collegate con le trasformazioni dello Stato liberale.

Si pensi, ad esempio, al comune riferimento che si fa, anche con specifico riferimento a Mortati, all'utilizzazione che si sarebbe avuta da parte dei costituenti democristiani delle teorie istituzionali di Hauriou e di Romano: affermazione che ha una parte di vero, nella misura in cui le concezioni pluralistiche possono certo trovare una conferma nell'intervenuta riscoperta a livello di dibattito dottrinale della esistenza come fenomeno rilevante anche giuridicamente di una pluralità di soggetti collettivi, ma che — a ben vedere — non spiega affatto la maggior parte delle proposte allora elaborate specie sul versante dell'ordinamento dei poteri, per il fondamentale motivo che queste teorie istituzionali non estendevano le proprie articolazioni a questo tipo di problemi⁽⁸⁵⁾, rispetto ai quali, anzi, questi autori esprimevano valutazioni spesso alquanto lontane da quelle che saranno proprie dei costituenti italiani⁽⁸⁶⁾; non a caso, Mortati preferirà semmai con-

inserirlo per la sua eccezionale lucidità (e non solo per gli indubbi influssi su Mortati) quanto meno un'opera di un filosofo come CAPOGRASSI (*La nuova democrazia diretta*, cit.).

(84) Fra le pubblicazioni più recenti che analizzano anche il ruolo dei giuristi coinvolti in quei confronti, cfr. PETTA, *Il sistema federale austriaco*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 78 ss.; CARAVITA, *Corte « giudice a quo » e introduzione del giudizio sulle leggi. I: La Corte costituzionale austriaca*, Cedam, Padova, 1985, pp. 34 ss., 57 ss.; LANCHESTER, *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco fra il 1900 e il 1918*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 85 ss.; SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Giuffrè, Milano, 1987.

(85) Si ricordi che lo stesso Mortati aveva giudicato inutilizzabili le teorie istituzionalistiche sia di Romano che dei giuristi francesi in riferimento ad una riflessione sulla Costituzione dello Stato (*La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940, pp. 59 ss., 62 ss.).

(86) SPEZ, *Maurice Hauriou et l'avènement des exécutifs forts dans les démocraties occidentales modernes*, in *Annales de la Faculté de droit et des sciences*

tinuare a riferirsi ad alcune delle ricostruzioni di Carl Schmitt proprio in riferimento ad applicazioni della teoria istituzionale su tematiche relative all'assetto dei fondamentali poteri dello Stato⁽⁸⁷⁾. E ciò anche prescindendosi dal fatto che, se il riferimento alle concezioni di Hauriou trova delle conferme dirette ed indirette (a causa del legame di questa riflessione con una certa tradizione del pensiero del cattolicesimo politico francese⁽⁸⁸⁾), il riferimento a Romano appare assai discutibile per un duplice motivo di opportunità politica, il primo riferito alla particolare vicenda umana del grande giurista⁽⁸⁹⁾ ed il secondo riferito alla dimostrata compatibilità della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici con un regime come quello fascista⁽⁹⁰⁾.

Piuttosto occorrerebbe riflettere sul fatto che Mortati sembra muoversi con grande sicurezza nell'utilizzazione di alcuni apporti dottrinali o di alcune esperienze straniere, da lui prescelti non per affinità metodologiche o culturali, ma per il contenuto delle pro-

économiques de Toulouse, XVI, Toulouse, 1968, pp. 111 ss.; GALIZIA, *Il « positivismo giuridico »*, cit., pp. 451 ss.; BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 38 ss.; FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in *I giuristi e la crisi*, cit., pp. 339 ss.

(87) Cfr., MORTATI, *Brevi note sul rapporto fra Costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1973, pp. 511 ss.

(88) Di Hauriou si trova esplicita traccia negli scritti di La Pira (uno dei pochi costituenti che elenca con grande franchezza le sue fonti), mentre di Romano ciò non si riscontra: cfr., LA PIRA, *Principi relativi ai rapporti civili*, in *Atti della Commissione*, cit., p. 160. D'altra parte Maurice Hauriou era in certa misura collegato con il movimento cristiano sociale francese, tanto da pubblicare il saggio sulla «Teoria della istituzione e della fondazione» in una collana promossa dagli ambienti democristiani francesi e da essere ritenuto un teorico del movimento (cfr., VAUSSARD, *Storia della Democrazia Cristiana*, Cappelli, Bologna, 1959, pp. 109-110; PRÉLOT, *Storia del pensiero politico*, Mondadori, Milano, 1975, p. 597).

(89) TARELLO, *La dottrina dell'ordinamento e la figura pubblica di Santi Romano*, in *Le dottrine giuridiche*, cit., pp. 254 ss. Non per questo peraltro Mortati ne *La Costituente* non utilizza le teorie sull'instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale di Romano, così come pure quelle di Schmitt.

(90) RUFFILLI, *Santi Romano e l'analisi liberal-riformista della « crisi dello Stato » nell'età giolittiana*, in *Le dottrine giuridiche*, cit., pp. 231 ss.

poste, omogenee alla sua ipotesi di riforma costituzionale: può essere significativo notare che l'autore più citato ne « La Costituente » appare proprio il positivista Carré de Malberg, dalle cui tesi Mortati spesso si distingue, ma dalle cui concezioni (unitamente a quelle di Jellinek) trae, ad esempio, conferma del superamento, ad opera del sistema dei partiti, « delle istituzioni rappresentative, quali erano state intese nella concezione liberale, e una loro trasformazione che le avvicina nella sostanza agli ordinamenti della democrazia diretta »⁽⁹¹⁾. Del pari, per le tecniche di garanzia delle situazioni soggettive Mortati fa riferimento al costituzionalismo nord-americano⁽⁹²⁾ e non alle esperienze europee, che pure ben conosceva.

In realtà Mortati anzitutto utilizza a fondo le proprie concezioni, già in precedenza espresse: per fare l'esempio più importante, è trasparente la trasposizione della sua concezione di « Costituzione in senso materiale » nel tentativo (che caratterizzerà vittoriosamente tutto il dibattito intorno ai principi fondamentali della Costituzione) di costruire un vasto e solido accordo fra le forze politiche costituenti intorno ad un rinnovato zoccolo di valori e di principi fondamentali, poiché vi è una priorità logica, rispetto ai pur importanti problemi organizzativi dello Stato, di una intesa su questi tipi di problemi⁽⁹³⁾.

(91) MORTATI, *La Costituente*, cit., p. 55 n. 1. Si noti su questo punto particolarmente importante l'affinità con le opinioni a suo tempo espresse da CAPOGRASSI, *La nuova democrazia*, cit., 475 ss.

(92) VOLTERRA, *La Costituzione italiana e i modelli anglosassoni, con particolare riguardo agli Stati Uniti*, in *Scelte della Costituente*, cit., I, pp. 190-1, 200 ss., 217 ss.

(93) Si consideri in particolare il primo punto della importantissima « Relazione sui diritti pubblici subiettivi » (in *Ministero per la Costituente*, cit., p. 79) e la sua conclusione a proposito della necessaria individuazione del « fine politico specifico del tipo di Stato che si intende porre in essere »: « nella determinazione di cui si parla si concreta, infatti, la base comune di intesa delle varie forze politiche, che si pongono a sostegno di una concreta forma statale, ed è ovvio che quanto più precisa e approfondita sia tale base, tanto più salda debba riuscire l'organizzazione cui si dà vita. Onde la necessità, da parte delle forze politiche più efficienti, di giungere ad un accordo sostanziale effettivo, ad un orientamento il meno incerto intorno al sistema dei diritti e dei doveri fra i cittadini e Stato, essendo alla concretezza e saldezza di questo accordo subordinata la vitalità della Costituzione ».

Ma potrebbero farsi esempi analoghi per la considerazione del ruolo essenziale dei partiti politici⁽⁹⁴⁾ o per i problemi della necessaria stabilità del Governo⁽⁹⁵⁾.

Utilizzando quindi essenzialmente il proprio robusto fondamento di teoria giuridica, Mortati cerca di tradurre in pratica un progetto di riforma radicale dello Stato liberale e del regime parlamentare, riutilizzando certo le esperienze del costituzionalismo democratico europeo successivo alla prima guerra mondiale, ma ispirandosi in modo trasparente alla piattaforma riformista elaborata da alcuni dei critici più acuti dello Stato liberale sul finire degli anni trenta ed arricchitasi durante i tragici anni quaranta: la esatta considerazione che Mortati conosce ed utilizza a pieno il testo costituzionale di Weimar non deve indurre a sottovalutare, infatti, il rilievo che egli in realtà vi si riferisce nella sua progettazione prevalentemente per ciò che attiene la definizione dei principi fondamentali e dei diritti e doveri dei cittadini, mentre per la parte organizzativa poche sono le tracce nelle sue proposte (anche se certo la esperienza costituzionale di Weimar è tenuta continuamente presente)⁽⁹⁶⁾.

In realtà elementi come la rigidità costituzionale garantita anche da una apposita Corte di giustizia costituzionale, forti istituti di democrazia diretta a limitazione del potere degli organi rappresentativi, significative forme di autonomia territoriale, la stabilizzazione dei Governi, la disciplina dei partiti politici e la stessa integrazione della rappresentanza, costituiscono una sorta di « vulgata » istituzionale delle diverse forze politiche e culturali che si pongono in vari paesi europei in una posizione riformista più o meno accentuata dello Stato liberale: ciascuno poi aggiunge o toglie qualcosa, spesso anche ricorrendo (magari non sempre felicemente) a vecchie proposte o a istituti tratti da altre esperienze costituzionali.

⁽⁹⁴⁾ MORTATI, *La Costituzione*, cit., pp. 84 ss.; *Sulla posizione del partito*, cit., pp. 507 ss.

⁽⁹⁵⁾ MORTATI, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, ARE, Roma, 1931, pp. 7 ss., 40 ss.

⁽⁹⁶⁾ BASILE, *La cultura politico istituzionale e le esperienze « tedesche »*, in *Scelte della Costituente*, cit., I, pp. 110 ss.; BRUNO, *I giuristi*, cit., pp. 89 ss.

Mortati ovviamente si muove con grande sicurezza, traendo spunti e modelli di istituti da esperienze eterogenee, ma riuscendo a omogeneizzarli su una piattaforma unitaria e certamente coerente alla complessiva concezione del partito in cui militava, ma che più precisamente sembra ispirata in modo palese alla analisi condotta sul finire degli anni trenta dal movimento personalista francese ed in particolare da Maritain.

Con ciò non ci si riferisce alla ricorrente affermazione, in questi termini generici alquanto insoddisfacente, che i costituenti democristiani si sarebbero fondati nella loro progettazione sulla concezione pluralista di Maritain (magari ridotta alla rivendicazione dell'esistenza delle comunità intermedie), perché in questi termini c'è da obiettare che di pluralismo se ne parlava nel movimento cattolico ben prima degli anni '30 e che comunque proprio per gli specifici stimoli in tema di comunità intermedie si deve fare riferimento semmai, all'interno del complesso movimento personalista⁽⁹⁷⁾, anche ad un altro importante esponente culturale come Mounier⁽⁹⁸⁾.

(97) Sul complesso ed articolato movimento culturale del personalismo (non riducibile certo al solo pensiero di Mounier, come asserito da ZOLO, *Personalismo*, in *Dizionario della politica*, cit., pp. 813 ss.) si vedano quanto meno RIGOBELLO, *Il personalismo*, Città nuova editrice, Roma, 1975 e CAMPANINI, *Personalismo*, cit. Specie nella concezione più ampia del movimento personalista (cfr. CAMPANINI, *Personalismo*, cit., pp. 5 ss.) potrebbero ricomprendersi pure gli influssi operati dal pensiero di Capograssi, le cui analogie con le opinioni di Mortati sono notevoli e riguardano (oltre che le materie di cui alle note 6 e 91) quanto meno la concezione del partito, del sindacato, degli istituti referendari, della necessaria stabilità del Governo (cfr., CAPOGRASSI, *La nuova democrazia*, cit., pp. 459 ss.; sulle concezioni di Capograssi in quest'opera cfr., CAMPANINI, *Personalismo*, cit., cit., pp. 253 ss.). Ho peraltro in altra sede cercato di argomentare la difficoltà di valutare in generale l'incidenza di un movimento filosofico su un prodotto costituzionale (DE SIERVO, *La Costituzione francese del 1946*, in *L'apporto del personalismo alla costruzione dell'Europa*, Ed. Massimo, Milano, 1981, pp. 141 ss.).

(98) È sicuramente comprovabile, infatti, un diretto e forte influsso di un significativo testo di Mounier sulle proposte in tema di comunità intermedie presentate in sede costituente da Giorgio La Pira (DE SIERVO, *Introduzione a LA PIRA, La casa*, cit., pp. 42 ss.), ma non per questo può argomentarsi, sulla base della parzialmente diversa impostazione filosofica di Mounier da Maritain, una influenza dell'uno piuttosto che dell'altro; in un complesso processo di ricerca di rinnovate normative costituzionali, entro certi limiti le concrete articolazioni

Ciò che invece è assai significativo è l'analisi complessiva che da parte di un importante filosofo della politica come Maritain (e quindi però — almeno di norma — ad un livello ancora assai generale, senza tutte le articolazioni tecniche necessarie per chi poi opera al livello del riassetto delle istituzioni) si fa della crisi dello Stato liberale all'interno di un vasto dibattito svoltosi durante gli anni '30⁽⁹⁹⁾, perché le consonanze con le scelte di fondo operate da Mortati sono molte e significative⁽¹⁰⁰⁾. Al tempo stesso, invece, le specifiche proposte di Mortati in genere divergeranno non poco da quelle dallo stesso Maritain ipotizzate sul finire del 1943, superando l'obiezione che « non conviene ad un filosofo pretendere,

proposte potevano, infatti, essere espressione di più generali tendenze politiche o culturali accomunanti interi ambienti culturali.

⁽⁹⁹⁾ Per gli intensi dibattiti che, specie a livello delle diverse organizzazioni intellettuali del mondo cattolico dell'epoca, si erano sviluppati, cfr. SCOPPOLA, *La democrazia nel pensiero cattolico del Novecento*, in *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, diretta da Firpo, UTET, Torino, 1972, pp. 172 ss.; LOUBET DEL BAYLE, *I non conformisti degli anni trenta*, Ed. Cinque lune, Roma, 1972, pp. 235 ss.; MORO, *La formazione della classe dirigente cattolica (1929-1937)*, Il Mulino, Bologna, 1979, pp. 413 ss.; POMBENI, *Il gruppo dossettiano e la fondazione della democrazia italiana (1938-1948)*, Il Mulino, Bologna, 1979, pp. 44 ss.; CAMPANINI, *Cristianesimo e democrazia. Studi sul pensiero politico cattolico del 1900*, Morcelliana, Brescia, 1980 e *Personalismo*, cit., 57 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Sul pensiero politico di Maritain si vedano fra gli autori italiani più recenti quanto meno PAVAN, *Il personalismo comunitario di J. Maritain*, in *Il pensiero politico di Jacques Maritain*, a cura di Galeazzi, Ed. Massimo, Milano, 1978, pp. 44 ss.; CAMPANINI, ANTONETTI, *Maritain politico*, Ed. Cinque lune, Roma, 1974; CAMPANINI, *Personalismo*, cit., pp. 57 ss., 149 ss.

Con specifico riferimento a influenze sui costituenti italiani cfr., ELIA, *Maritain e la rinascita della democrazia*, in *Jacques Maritain e la società contemporanea*, a cura di Papini, Ed. Massimo, Milano, 1978, pp. 220 ss.; RUFFILLI, *La Costituzione italiana*, in *L'apporto del personalismo*, cit., p. 159 ss.

È lo stesso Mortati che in modo esplicito si riferisce all'«umanesimo integrale» ed al «personalismo comunitario» (*Parlamento*, cit., p. 11) come a impostazioni del tutto condivisibili, anche se resterebbero ideali sterili «se non fossero accompagnati da una accurata precisazione delle cause che hanno per il passato isterilita l'azione sociale dei cattolici, da una chiara consapevolezza dei presupposti da realizzare per conferire a tali azione la decisione e la tempestività per l'innanzi mancate, da un realistico approfondimento degli istituti e dei mezzi meglio adeguati alla realizzazione di un ordine solidaristico, al superamento delle resistenze che tendono ad impedirlo o a ritardarlo».

come l'imprudente autore del Contratto sociale, al ruolo di legislatore »⁽¹⁰¹⁾.

In questo quadro di complessiva consonanza e di sicura attenzione, è semmai interessante notare che potrebbe trovare una spiegazione sia il modello di rappresentanza organica proposto da Mortati, che un mutamento molto netto di opinioni precedente alle sue prime proposte in sede di Commissione Forti in tema di integrazione della rappresentanza: in realtà, allorché Mortati scrive « La Costituente », egli appare da una parte convinto della necessità di rappresentare all'interno dello Stato sia le forze politiche che quelle sociali, ma dall'altra anche esplicitamente convinto « della scarsa idoneità delle organizzazioni professionali ad essere utilmente impiegate nella composizione degli organi di rappresentanza politica negli ordinamenti democratici »⁽¹⁰²⁾. I mutamenti successivi potrebbero certo in parte addebitarsi all'esigenza di rappresentare ufficialmente le posizioni democristiane o alla intervenuta conoscenza delle analoghe proposte avanzate in Francia dal M.R.P.⁽¹⁰³⁾, ma resterebbe il problema di comprendere il motivo

(101) È lo stesso Maritain che, affermato ciò, peraltro poi, « perché non si pensi che noi non abbiamo alcuna idea del modo con cui le concezioni esposte qui possano applicarsi », avanza alcune ipotesi di riforma costituzionale: un sistema presidenziale con un Governo dotato di significativi poteri, un Parlamento eletto a suffragio universale titolare della sola legislazione di interesse generale, sistemi elettorali non proporzionali, libertà per tutti i partiti ma riduzione dei loro poteri alla sola sede parlamentare, ampie autonomie locali, organi consultivi rappresentativi delle forze sociali (*Potere legislativo e potere esecutivo*, in *La République française*, 1 dicembre 1943, ripubblicato in *Principes d'une politique humaniste*, Editions de la Maison française, New York, 1944, da noi citato nella traduzione italiana *Per una politica più umana*, Morcelliana, Brescia, 1977, pp. 55 ss.).

(102) Mortati affronta il problema se sia opportuno prevedere « forme di rappresentanza professionale o di categorie » nella legge elettorale per la Costituente, ma la risposta negativa va esplicitamente oltre questa ipotesi per riguardare tutti i procedimenti elettorali, con ricchezza di argomentazioni ed anche di rinvii bibliografici: cfr. *La Costituente*, cit., pp. 166 ss.

(103) Come abbiamo visto più indietro (cfr., n. 13), nella D.C. erano però prevalenti forme di rappresentanza tramite gli organismi rappresentativi delle categorie. Da parte del M.R.P. si ipotizzava una « Camera rappresentativa » composta dai rappresentanti delle collettività locali (dipartimenti, comuni, territori coloniali), dai rappresentanti delle associazioni sindacali e degli organismi economici, dai rappresentanti delle associazioni familiari, ma si trattava di una

per cui Mortati esclude la formazione della seconda Camera sulla base di designazioni da parte degli organismi rappresentativi delle categorie, modalità che invece caratterizza quelle proposte, a favore invece di un vero e proprio duplice voto di ciascun cittadino (differenza che — come abbiamo visto — resterà irrisolta fino in fondo).

Né proposte del genere erano presenti nelle progettazioni di questo tipo provenienti da altre aree politiche⁽¹⁰⁴⁾.

Ebbene, in un importante testo del 1944 proprio Maritain sviluppa la sua ricorrente tematica sulla necessità di una « democrazia organica » riaffermando il valore del suffragio universale, ma aggiungendo che « esso non prenderà, a nostro avviso, un valore reale uguale al suo valore simbolico, se non quando sarà esso stesso impegnato in una organizzazione pluralistica.

Con ciò non voglio dire soltanto che il suffragio personale da cui dipendono le assemblee legislative e la designazione dei dirigenti (e al quale le donne hanno diritto come gli uomini, perché sono ugualmente persone civiche) dovrebbe essere completato con la rappresentanza (ma soltanto *consultiva*) dei diversi corpi sociali, sindacati professionali, comunità di lavoro, grandi associazioni, famiglie spirituali, istituzioni regionali ecc. Voglio anche dire che il suffragio personale stesso potrebbe funzionare in modo meglio accordato con la struttura organica della comunità e, con ciò, in modo più favorevole all'esercizio del giudizio personale di ciascuno, se fosse organizzato secondo categorie più umane delle semplici categorie geografiche e facesse appello ad ogni cittadino, preso nel contesto concreto della sua vita di membro della città.

L'oggetto salva il soggetto; preso in quanto partecipe alla più umile opera comune (dico misurata sul reale e comportante responsabilità reali) è secondo ciò che ha di meno malvagio e di più saggio in sé che l'uomo potrà probabilmente esprimersi.

Attualmente io voto come un atomo astratto situato geograficamente in una determinata area elettorale. Supponete che tutti

Camera dotata di assai ridotti poteri, non essendo « veramente politica nella sua composizione » (DE MENTHON, *Vers la Constitution de la IV^e République*, Les cahiers politiques, agosto 1945, p. 19).

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr., AIMO, *Bicameralismo*, cit., pp. 79 ss.

i cittadini siano ripartiti in comunità o grandi categorie sociali disponenti, ognuna, di un certo numero di rappresentanti, proporzionato al numero dei suoi membri e che io votassi come membro di una tale comunità. Il mio voto ha più probabilità di essere ragionevole nel secondo caso che nel primo. E la rappresentanza della nazione sarebbe assicurata in modo più organico e più veramente politico ».

Ciò per quanto riguarda i procedimenti attraverso cui si esprime la volontà popolare per comporre gli organi titolari del potere legislativo, mentre invece « gli organi consultivi non costituiscono un potere. Si fanno portavoce dei desideri e hanno un ruolo preparatorio nella elaborazione delle leggi. Essi non fanno le leggi. Rappresentano i gruppi professionali, i sindacati operai e padronali, le famiglie spirituali ecc. Non rappresentano la nazione » ⁽¹⁰⁵⁾.

Non è ovviamente provabile un'influenza diretta od anche mediata di questi testi sulle opinioni di Mortati, ma certo il modello ipotizzato nelle parole del filosofo francese può bene illustrare il senso delle proposte che Mortati verrà tenacemente proponendo nella Commissione Forti e nei lavori della Commissione per la Costituzione, sia per ciò che riguarda le modalità di integrazione della rappresentanza, sia per l'inserimento solo in sede consultiva degli organismi rappresentativi dei gruppi sociali.

6. *L'attualità dei problemi individuati da Mortati.*

Le amarissime previsioni di Mortati « sul rendimento del sistema parlamentare » uscito dai dibattiti costituenti, minato da disfunzioni così gravi « da compromettere ogni ordinato svolgimento di vita democratica » ⁽¹⁰⁶⁾ sono, con ogni probabilità, da

⁽¹⁰⁵⁾ MARITAIN, *Per una politica*, cit., pp. 51-2, 56.

⁽¹⁰⁶⁾ MORTATI, *Parlamento*, cit., p. 10. Qui si afferma anche: « Come sperare di fare corrispondere alla grandezza degli eventi, all'attesa delle moltitudini, alla necessità delle trasformazioni che dovrebbero evitare lo scontrarsi violento degli interessi, un apparato non collegato organicamente alla società, privo di capacità direttive opportunamente selezionate, costretto a subire gli attacchi delle forze politiche che si impongono ad esso dal di fuori, indebolito dai continui mutamenti di indirizzo, sfornito dei congegni idonei ai nuovi com-

leggere in relazione al dubbio più complessivo che tutte le novità del nuovo sistema costituzionale potessero sopravvivere in un contesto di violento scontro politico e sociale e nel quale l'intervenuta « scomparsa dello Stato di tipo liberale » e della sua « assemblea di notabili »⁽¹⁰⁷⁾ lasciava peraltro un vuoto preoccupante, in assenza di ogni consolidato rapporto fra i partiti, le altre grandi forze sociali, i valori di fondo della nuova convivenza. E ciò tanto più in quanto, come scriverà poco dopo Dossetti, « ancora una volta il romanzo della rivoluzione è presto finito » e « i gruppi e le forze sociali più interessate alla conservazione ed alla struttura del regime del vecchio Stato hanno ormai saputo adattarsi alla nuova situazione e reinserirsi in essa »⁽¹⁰⁸⁾. È, in altre parole, la diffusa sensazione di delusione e di preoccupazione di tutto un gruppo di costituenti (alcuni dei quali addirittura si ritirarono progressivamente dall'impegno politico) più fortemente motivati nel tentativo di costruire una democrazia profondamente rinnovata, dinanzi ad un sistema politico che sembra muoversi in tutt'altra direzione e sulla base di valori largamente estranei a quelli individuati a fondamento del patto costituente.

D'altra parte è anche comprensibile che lo sforzo argomentativo per cercare di rimuovere quelli che Mortati chiamava « gli abiti mentali invecchiati » avesse caricato di significati addirittura eccessivi l'una o l'altra proposizione; si pensi, ad esempio, proprio alle stesse assai diversificate conseguenze che Mortati attribuisce alla integrazione della rappresentanza: mentre può comprendersi il riferimento all'arricchimento dei procedimenti di rappresentanza ed anche alla rappresentazione in tal modo originale delle diverse specificità regionali, meno comprensibile è che un sistema del genere potesse anche « inserire nella organizzazione dello Stato, senza in alcun modo comprimere la spontaneità di formazione e la libertà di azione, le grandi associazioni sorte nel mondo moderno

piti attribuiti al potere centrale? Non certo un ordinato assetto democratico è possibile realizzare in tale situazione, bensì l'anarchia delle fazioni e dei gruppi, che con l'intrigo, la corruzione e la forza riescono ad assicurarsi di volta in volta posizioni di privilegio, il dominio delle oligarchie capitaliste o proletarie, e quello della burocrazia ».

⁽¹⁰⁷⁾ MORTATI, *Sulla funzionalità*, cit., pp. 77-8.

⁽¹⁰⁸⁾ DOSSETTI, *Funzioni*, cit., pp. 32-3.

per la tutela degli interessi di categoria, e che sono venute assumendo nel fatto una tale estensione ed una tale forza da paralizzare la potenzialità dello Stato e da far pensare ad una rottura dell'unità del potere centrale, analoga a quella caratteristica del regime pluralistico feudale » (109).

Su questo profilo, infatti, sembra pesare ancora — magari inconsapevolmente — l'illusione che un migliorato sistema di rappresentanza politica possa davvero riuscire a canalizzare tutto il pluralismo culturale, sociale ed economico, oltre quello politico, quasi che l'operare autonomo nelle società contemporanee di grandi gruppi sociali rappresentativi dei più vari interessi non sia un dato in certa misura naturale ed ineliminabile (per non parlare del cosiddetto pluralismo minore, di per sé inidoneo a conseguire forme di rappresentatività a livello nazionale). Certo, un sistema diverso di selezione della classe politica, agevolando un confronto al massimo livello rappresentativo dei soggetti portatori delle attese di tutte le maggiori e più organizzate forme di aggregazione sociale, contribuirebbe non poco a ridurre le separatezze ed i particolarismi eccessivi ed al tempo stesso opererebbe per far emergere allo scoperto tutto ciò che di nuovo si manifesta nelle realtà sociali e territoriali, con ciò stesso spingendo le forze interessate a mantenere un più corretto rapporto con le rispettive basi sociali.

Il versante su cui proposte come quelle ipotizzate da Mortati inciderebbero in modo assai significativo sarebbe però quello della selezione della classe politica: al di là, infatti, della possibilità dell'autonoma elezione dell'uno o dell'altro rappresentante di qualche categoria, un modello del genere avrebbe inevitabilmente spinto i partiti a selezionare in modo diverso la stessa propria classe dirigente, in rapporto più stretto e rispettoso con i vari ambienti rappresentativi, di quanto siano indotti a fare in un sistema esclusivamente fondato su una selezione politico-ideologica. La stessa successiva concreta esperienza di funzionamento del nostro sistema costituzionale ha ben messo in luce una netta tendenza egemonica dei partiti sulle diverse realtà sociali, seppur con modalità evidentemente diverse nelle varie fasi storiche ed in riferimento alle differenziate concezioni politico-ideologiche. Anzi — co-

(109) MORTATI, *La seconda*, cit., p. 481.

me ben noto — alla concentrazione di grandissimi poteri nei partiti politici non ha corrisposto un funzionale ed effettivo sistema di responsabilità, tanto da farne quasi (più in via di prassi che per teorizzazioni, che pure non sono mancate) organismi *legibus soluti*, naturalmente tentati di ridurre ad unità quello che in termini di assetto sociale è il pluralismo dei soggetti sociali ed in termini istituzionali è il complessivo sistema dei pesi e contrappesi istituzionali.

Non si può allora non apprezzare la realistica previsione di Mortati che occorresse usare tutte le tecniche costituzionalistiche per evitare il paradosso di uno Stato democratico nel quale si verifica un progressivo distacco del Parlamento dal corpo elettorale se i partiti operano chiusi su sé stessi, senza garanzie di vita democratica interna, e soprattutto per evitare un pericoloso eccesso di concentrazione di tutto quel potere che è indispensabile in uno Stato che non può non intervenire sui problemi sociali e sull'economia. Da molte parti giustamente si è messa in evidenza la positiva attenzione di Mortati ai dati effettuali dell'assetto sociale e politico⁽¹¹⁰⁾, ma ciò che più colpisce è come egli riesca lucidamente, senza farsi affascinare da troppo facili conciliazioni ideologiche o verbali di problemi invece oggettivamente complessi, a cogliere quelle che saranno le difficoltà effettive nel funzionamento della democrazia; ad esempio, molti anni prima che il tema emergesse a livello di diffusa sensibilità, si poneva il problema di come costruire una effettiva e funzionante democrazia in una complessa società di massa: « La pubblicizzazione dell'economia porta ad affidare allo Stato una somma di attività e di funzioni così ingente da trasformarlo in una macchina enorme, che, se mossa solo da poche mani, stritolerebbe l'individuo e ne annullerebbe la libertà. Si deve perciò tendere a creare un sistema complesso, come complessa è la struttura sociale sottostante all'organizzazione giuridica, dai molti centri di vita, attraverso i quali sia reso possibile ai singoli di partecipare alla cosa pubblica. È sotto questo riguardo che bisogna considerare la rappresentanza degli interessi: mezzo

⁽¹¹⁰⁾ Per tutti cfr., GALIZIA, *Profili*, cit., 106; BRUNO, *I giuristi*, cit., pp. 64 ss.; TOSATO, *Presentazione*, a *Scritti in onore di Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, I, pp. IX ss.

di progressiva espansione dell'individuo verso la collettività, di più solida e concreta connessione di questa con gli interessi umani posti alla sua base » (111).

Da qui l'importanza estrema per Mortati di un sistema costituzionale profondamente rinnovato che riuscisse a costruire canali di partecipazione popolare diretta accanto a quelli della democrazia rappresentativa, opportunamente integrata, bilanciando così (unitamente a tutti gli altri istituti di partecipazione, di controllo e di garanzia) la altrimenti prevedibilmente eccessiva concentrazione di potere intorno ai soli partiti; da qui la conseguente grande preoccupazione per la caduta di non pochi degli istituti progettati, per la dubbia accettazione da parte delle forze politiche della piattaforma dei rinnovati valori del patto costituzionale, per lo stesso rischio che nel quadro politico diverso da quello del periodo costituente le stesse innovazioni costituzionali deliberate non potessero tradursi davvero in pratica.

In realtà, seppure in mezzo a contraddizioni ed a contrasti non lievi e con ritardi gravi e che spesso hanno lasciato non poche tracce, il sistema costituzionale deliberato dalla Costituente si è venuto in buona sostanza costruendo e gli stessi valori costituzionali sono stati largamente condivisi, tanto da potersi parlare di una Costituzione pienamente capace di guidare lo sviluppo del Paese anche a distanza di ormai vari decenni (112). Certo che però il principale elemento di debolezza del sistema ruota proprio intorno allo scorretto ruolo di unificazione sul piano della pluralità sociale e della complessità organizzativa dei pubblici poteri posto in essere dai partiti politici, che sembrano incapaci di rinunciare al ruolo finora svolto (forse anche magari in parte per supplire ad alcune carenze altrui) largamente eccedente quello loro proprio: si assiste, infatti, ad un loro continuo oscillare fra la tendenza a tutto rappresentare e addirittura ad essere (il partito

(111) MORTATI, *La rappresentanza*, cit., p. 47.

(112) Per tutti cfr., CHELI, *Il problema storico della Costituente*, in *Italia 1943-1950. La ricostruzione*, a cura di WOOLF, Laterza, Bari, 1974, pp. 247 ss.; BOBBIO, *Origine e caratteri della Costituzione*, in *Dall'Italia giolittiana all'Italia repubblicana*, a cura di Mola, E.D.A., Torino, 1976, pp. 260 ss.; DE SIERVO, *Scelte*, cit., pp. 198 ss.

che colonizza e domina la società) e la incapacità di riuscire a trovare una mediazione accettabile fra i vari interessi che comunque si manifestano (e tanto più perentoriamente quanto si sentono male rappresentati tramite il sistema istituzionale).

Non è quindi tanto la recente riscoperta dell'esistenza della società « corporata »⁽¹¹³⁾ che dà ragione alle preoccupazioni di Mortati, dal momento che questa riscoperta è semmai indicativa del ritardo culturale con cui si prende atto di un fenomeno già conosciuto ed esistente da tanto tempo (anche se certo ora ha assunto alcune caratteristiche nuove), quanto la constatazione che in questa situazione il sistema politico non è riuscito a costruire canali di partecipazione effettiva e corretti moduli di rapporto fra partiti e ambienti rappresentativi che riducessero quel senso di estraneazione di troppi singoli e gruppi sociali dalle sedi istituzionali, che è alla base delle attuali grandi difficoltà a ricondurre a sintesi unitarie i troppi interessi contrapposti.

Tutto ciò ha poi una verifica empirica ma assai significativa nella composizione dei gruppi parlamentari e degli altri organi rappresentativi a livello regionale e locale, ormai massicciamente caratterizzata dalla fortissima preminenza di esponenti che hanno fatto una scelta di tipo professionale per la attività politica⁽¹¹⁴⁾,

(113) Cfr., per tutti *La società neo-corporativa*, a cura di Maraffi, cit.; *La politica degli interessi nei paesi industrializzati*, a cura di Lehmbruch e Schmitter, cit.; *Le società complesse*, a cura di Pasquino, cit.; PIZZETTI, *Il rapporto fra la democrazia politica e la democrazia corporata. L'esperienza italiana ed il problema della istituzionalizzazione delle forze della economia produttiva*, in GRUPPO DI MILANO, *Verso una nuova Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1983, I, pp. 441 ss.; ORNAGHI, *Introduzione*, a *Il concetto di interesse*, antologia a cura di Ornaghi, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 3 ss.

(114) Per tutti si vedano *Il Parlamento italiano*, a cura di Sartori, ESI, Napoli, 1963; BETTIN, *Partito e comunità locale*, Il Mulino, Bologna, 1970; COTTA, *Classe politica e Parlamento in Italia. 1946-1976*, Il Mulino, Bologna, 1979; gli scritti di GUADAGNINI, CAZZOLA e MOTTA, BARBERA, DE SIERVO, in *Le Regioni*, 1984, pp. 589 ss.; PASQUINO, *Degenerazione dei partiti e riforme istituzionali*, Laterza, Bari, 1982, pp. 51 ss.; BARBERIS, *La classe politica municipale*, Angeli, Milano, 1988; BETTIN, *Per una ricerca sulla leadership municipale*, in *Leadership e democrazia*, Cedam, Padova, 1987, p. 433 ss.; FEDELE, *Autonomia politica regionale e sistema dei partiti*, II, Giuffrè, Milano, 1988; TASSARA, *La classe politica regionale*, in *Autonomia politica regionale e sistema dei partiti*, a cura di Fedele, III, Giuffrè, Milano, 1988.

mentre l'inserimento di rappresentanti di gruppi di interesse si riduce ad eccezionali inserimenti di esponenti di alcuni dei massimi gruppi economico-sociali, per lo più in funzione rappresentativa di un legame privilegiato fra l'organizzazione sociale ed il partito nelle cui liste il candidato viene presentato.

Ma proprio questo comune carattere della classe politica, sia nazionale che locale, cui si somma il tipo dei nostri partiti nazionali, assai omogenei ed accentrati, riduce al minimo ogni differenziazione della classe politica anche su scala locale, tanto da far dubitare della stessa incisività — almeno sul breve periodo — che potrebbe avere la mera trasformazione del Senato in « Camera delle Regioni », così come da alcuni auspicato nell'ambito delle attuali tendenze di revisione delle istituzioni repubblicane: proposta senza alcun dubbio essenziale se si vuole garantire davvero un sistema di significative autonomie regionali, quali previste nella Costituzione e negli Statuti speciali, ma che può produrre scarsissime novità ove la qualità della classe politica che fosse chiamata a farne parte fosse del tutto omogenea per cultura ed esperienza a quella della Camera dei deputati.

La soluzione del problema peraltro, proprio per far riferimento alla concreta realtà in cui si opera, non può essere quella ipotizzata oltre quaranta anni fa da Mortati in una fase economico-sociale e politica così diversa da quella attuale: da una parte la attuale società è fondata su stratificazioni sociali e professionali assai meno rigide che nel passato ed è investita sul piano culturale da rapidi e continui processi di mutamento; d'altra parte il radicamento sociale, pur in parte opinabile e tuttora sottoposto a non pochi problemi, dei partiti politici è intervenuto ed è difficile ipotizzare un drastico mutamento in materia.

In una stagione nella quale sembra che forse ci si avvii infine a mettere concretamente mano ad alcuni dei problemi istituzionali irrisolti, varrebbe allora la pena semmai di riprendere sia la proposta di un ordinamento autonomo, ma trasparente e democratico, dei partiti politici, sia il suggerimento di recuperare almeno a livello di elezioni per il Senato l'esigenza di rappresentare anche le differenziate realtà culturali, sociali ed economiche: mentre per il primo punto non sembra che occorran particolari spiegazioni, dato il dibattito già tanto sviluppatosi ormai da anni e giustamente

rinfocolatosi dopo la legislazione sul finanziamento pubblico dei partiti ⁽¹¹⁵⁾, per il secondo è bene rammentare che il vasto dibattito sul mutamento della legislazione elettorale ha fatto cadere — almeno a questo livello — tutta una serie di aprioristiche ostilità contro ogni tipo di innovazione che non si muovesse lungo la linea di sistemi accentuatamente proporzionalistici, ma con ciò stesso ha inevitabilmente messo in luce il fatto che ogni sistema elettorale — come più volte sosteneva Mortati — muove da presupposti necessariamente opinabili, scelti dal legislatore secondo opzioni politiche per conseguire determinati interessi istituzionali e per meglio rappresentare questa o quella componente del corpo elettorale ⁽¹¹⁶⁾.

Tra l'altro quello che nel dibattito finora sembra essere ancora un pacifico punto fermo e cioè il necessario riferirsi di ogni

⁽¹¹⁵⁾ Mentre in generale si rinvia al noto e vasto dibattito in materia, si riportano solo le assai significative e del tutto condivisibili parole di Roberto Ruffilli, tragicamente strappato ad un importante e positivo impegno nel tentativo di riformare le nostre istituzioni, a proposito della assoluta necessità che si proceda alla riforma dei partiti politici in parallelo alla riforma delle istituzioni: « Si tratta di far prendere coscienza agli stessi che sono arrivati per taluni profili all'ultima sponda; per quanto riguarda la legittimazione del loro ruolo, e che ormai è in gioco la democrazia da loro consolidata e sviluppata, pur in mezzo a tanti limiti. A questo si deve accompagnare la battaglia per una revisione del finanziamento pubblico, che elimini la mancanza di trasparenza nell'uso dello stesso. Così come occorre una legge sulle spese elettorali, che ponga termine agli scontri attuali. Ma forse la battaglia va portata soprattutto a livello di perfezionamento dell'art. 49 della Costituzione. Occorre ottenere l'applicazione del metodo democratico nella vita di ogni partito con lo sviluppo dei controlli interni ed esterni. Va ripresa in definitiva la grande intuizione dei costituenti più lucidi circa il porsi della democrazia interna dei corpi e degli attori collettivi della vita politica e sociale come la garanzia più valida per l'intera democrazia e la sua capacità di coniugare pluralismo e riforma » (RUFFILLI, *L'ultima occasione per superare lo « stallo »*, in *Appunti di cultura e politica*, 1988, n. 1, p. 29).

⁽¹¹⁶⁾ Basti rinviare per i problemi attuali in tema di rappresentanza, che inevitabilmente investono elementi essenziali dei sistemi elettorali, a SARTORI, *Democrazia e definizioni*, Il Mulino, Bologna, 1972, pp. 362 ss.; LANCHESTER, *Sistema elettorale e strategie di riforma del sistema politico italiano*, e FISICHELLA, *La rappresentanza politica: alcuni problemi concettuali*, in *Quale riforma della rappresentanza politica?*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 2 ss., 37 ss.; NOCILLA, CIAURRO, *Rappresentanza politica*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1987, XXXVIII, pp. 543 ss.

sistema elettorale a collegi elettorali territoriali, diviene in realtà sempre meno significativo, in corrispondenza ad una società estremamente più mobile che nel passato, specie in riferimento alla stessa libertà di soggiorno, alla diffusa diversità del luogo della residenza da quello del lavoro, e comunque caratterizzata da sistemi di mobilità delle persone e di trasmissione delle informazioni assolutamente imprevisi nelle epoche trascorse. Ecco che allora il riferimento esclusivo al rapporto di residenza in un certo territorio diviene assai meno significativo che nel passato, mentre riemerge — magari anche solo nella forma minimale di considerare anche la sfera territoriale nella quale si esercita l'attività lavorativa — la dimensione del rapporto dell'uomo con la propria attività lavorativa (e si pensi quanto aumenterebbe di importanza il problema ove ci si muovesse verso sistemi elettorali maggioritari su collegi uninominali).

Ma al di là dell'una o dell'altra specifica proposta, il problema di fondo attualissimo individuato da Mortati è quello di riuscire a garantire davvero in una moderna democrazia un sistema istituzionale nel quale i partiti abbiano certo un ruolo assolutamente centrale, ma non possano chiudersi su sé stessi in quanto macchine politiche professionalizzate ed in ultima istanza largamente autonome dalla complessiva società che pur devono rappresentare; un sistema istituzionale quindi che possa garantire attraverso tutta una serie differenziata di istituti e di soggetti una democrazia più effettiva e partecipata, alla cui vita siano chiamati a partecipare responsabilmente i tanti soggetti individuali e sociali operanti nella società.

SCHEMA PER LA FORMAZIONE DELLA SECONDA CAMERA *

ART. 1. Il senato è composto di membri eletti dalle regioni, in numero di 304 (trecentoquattro), per la durata di cinque anni.

ART. 2. Le eventuali vacanze durante il periodo della legislatura saranno coperte nel modo che sarà fissato dalla legge.

ART. 3. Le elezioni avranno luogo a suffragio universale, diretto e segreto da parte di tutti i cittadini i quali abbiano compiuto il 25° anno di età.

ART. 4. I seggi assegnati ad ogni regione saranno ripartiti con le modalità di cui ai successivi articoli fra membri appartenenti alle seguenti categorie:

- 1) rappresentanti esperti del lavoro agricolo, della caccia e della pesca;
- 2) rappresentanti esperti del lavoro industriale e dell'artigianato;
- 3) rappresentanti esperti del lavoro commerciale, dei trasporti, del credito e delle assicurazioni;
- 4) esperti di problemi dell'assistenza sociale, del lavoro e dell'igiene;
- 5) esperti di problemi della scuola e della cultura;
- 6) esperti di problemi della giustizia, dell'amministrazione e della politica generale dello Stato.

ART. 5. Sono eleggibili alla carica di senatore i cittadini, i quali, oltre a possedere gli altri requisiti richiesti per le elezioni alla camera dei deputati, abbiano raggiunto l'età di anni 35 e posseggano inoltre i seguenti requisiti:

1) per le prime tre categorie di cui al precedente articolo esercitino effettivamente una delle attività di lavoro ivi considerate, ed inoltre abbiano coperto una delle seguenti cariche:

a) membri dei consigli direttivi delle camere di commercio, industria ed agricoltura, con almeno tre anni di effettivo esercizio di funzioni;

b) membri dei consigli direttivi di consorzi agrari con almeno tre anni di funzioni;

c) presidenti dei consigli direttivi di società cooperative, o di consorzi di cooperative aventi non meno di 500 soci, con almeno 3 anni di esercizio;

* Per notizie sui due allegati che si pubblicano, si veda *retro* alla nota 15.

- d) presidenti e consiglieri delegati di consigli di amministrazione di società
 - e) membri di consigli direttivi di associazioni di categorie registrate aventi almeno 500 membri, dopo 5 anni di funzioni;
 - f) dirigenti di aziende
 - g) dirigenti di aziende artigiane
 - h) lavoratori specializzati
- 2) per le ultime tre categorie:
- a) membri del governo;
 - b) membri del parlamento per almeno una legislatura;
 - c) membri di assemblee regionali dopo 3 anni di funzioni;
 - d) sindaci di comuni di più di 15.000 abitanti o capi di comunità, dopo almeno 5 anni di funzioni;
 - e) funzionari dello Stato e di enti pubblici locali dei primi quattro gradi, o di gradi equiparati;
 - f) professori di ruolo di istituti superiori che abbiano ricoperto per almeno un biennio la carica di rettore, direttore, o preside;
 - g) membri dell'accademia dei Lincei, o del Consiglio nazionale delle ricerche;
 - h) presidi di istituti di istruzione media dopo cinque anni di funzioni;
 - i) membri di consigli direttivi di associazioni professionali;
 - l) membri di consigli superiori delle pubbliche amministrazioni.

È altresì requisito di eleggibilità essere nato, o avere almeno da 5 anni la residenza nella regione nella quale si presenta la candidatura.

ART. 6. Il numero complessivo dei senatori è ripartito fra le varie regioni in misura proporzionale al numero dei cittadini domiciliati in ciascuna.

I resti superiori alla metà del quoziente sono attribuiti come numeri interi.

Tuttavia nessuna regione potrà avere un numero di rappresentanti superiore a 35, né inferiore a 10.

La regione della Valle d'Aosta ha un rappresentante.

Il riparto fra le varie regioni è effettuato con legge dopo ogni censimento generale della popolazione.

Per le prime elezioni che seguiranno all'entrata in vigore della costituzione si applicherà il riparto di cui all'allegato A.

ART. 7. La ripartizione dei seggi, assegnati ad ogni regione fra i rappresentanti delle varie categorie di cui all'art. 4 sarà fatta con legge, su deliberazione di ogni assemblea regionale, dopo ogni censimento generale della popolazione.

Per le prime elezioni dopo l'entrata in vigore della costituzione si procederà al riparto in base all'allegato B).

ART. 8. Le elezioni avverranno nel modo che sarà fissato dalla legge, con l'applicazione dei seguenti principi.

Per ognuno dei gruppi di eleggibili di cui all'art. 4 saranno predisposte distinte liste di candidati. Per la validità della presentazione nei primi tre gruppi è necessaria la sottoscrizione di almeno 300 elettori appartenenti alla stessa categoria degli eleggibili. Per quella degli altri tre gruppi è necessaria la sottoscrizione di non meno di 500 elettori.

Insieme alle liste dev'essere presentato un modello di contrassegno anche figurato. È consentito che uno stesso contrassegno caratterizzi liste relative a due o più gruppi di eleggibili.

ART. 9. Ogni lista deve contenere un numero di candidati corrispondente al numero dei senatori da eleggere nel gruppo.

I nomi dei candidati sono elencati e contrassegnati con numeri arabi progressivi, secondo l'ordine di precedenza fissato dai presentatori non modificabile dall'elettore.

ART. 10. La votazione avviene su schede, le quali riproducono in facsimile i contrassegni di tutte le liste presentate nella circoscrizione, distintamente per ogni gruppo di eleggibili.

Le liste le quali hanno lo stesso contrassegno per più gruppi precedono le altre, assumendo un unico numero progressivo per tutti i gruppi di eleggibili in esse compresi.

ART. 11. L'elettore esprime il suo voto tracciando un segno nell'apposita casella a fianco del contrassegno posto accanto alla lista preferita, per ogni gruppo di eleggibili.

Per le liste che hanno lo stesso contrassegno, a termini dell'articolo precedente la scelta può essere effettuata apponendo un unico segno a fianco della colonna che indica il numero progressivo delle liste.

ART. 12. L'attribuzione dei seggi avviene mediante distinti scrutini compiuti per ognuno dei gruppi di eleggibili.

Per i gruppi di eleggibili che comprendono due o più seggi si procede allo scrutinio stabilendo anzitutto la cifra elettorale di ogni lista concorrente, dividendo poi per 1, 2, 3, ecc. la cifra elettorale di ogni lista, e disponendo i quozienti nell'ordine della loro importanza fino alla somma di un numero di quozienti uguale a quello dei membri da eleggere.

L'ultimo quoziente serve da divisore elettorale.

La ripartizione dei mandati fra le liste si opera attribuendo a ciascuna di esse tanti seggi quante volte la sua cifra elettorale comprende questo divisore.

Per i gruppi cui siano assegnati meno di due seggi si applica il sistema maggioritario.

NOTE SUL PROGETTO LUZZATTO E CONFRONTO COL PROGETTO MORTATI

I due progetti differiscono sostanzialmente per la diversa concezione che si ha della seconda Camera, e per i mezzi tecnici adottati.

Per quanto si attiene alla struttura.

Nel progetto L. la ripartizione in categorie della seconda Camera ha un valore meramente interno. In sostanza questa seconda Camera si concepisce come un duplicato perfetto della prima con la sola differenza che in essa si troveranno un certo determinato numero di esperti e di competenti. In sostanza si finisce col creare un doppione, ed il sistema unicamerale uscito dalla porta entra dalla finestra. Per far ciò vengono escogitati virtuosismi tecnici alquanto arbitrari e certe volte paradossali, mentre viene completamente distrutto il concetto di dar modo, quando possibile, ad un gruppo di elettori di un determinato ceto sociale di avere un loro rappresentante tecnico alla seconda Camera con opportune coalizioni. Si potrebbe arrivare all'assurdo che, in una Regione, anche se tutti gli appartenenti alle amministrazioni pubbliche e private, statali, parastatali ecc. volessero un loro rappresentante alla seconda Camera, questo non potrebbe avvenire se non attraverso una trasformazione di questo gruppo professionale in partito o tendenza politica, e nemmeno poi sarebbe sicuro il risultato.

Il progetto Mortati invece mette l'accento sulla possibilità di creare una seconda Camera complementare ed integratrice della prima: per competenza tecnica e per possibilità di fare pervenire ad essa esperti rappresentanti delle grandi categorie della produzione, del lavoro, della cultura, ecc. dando il massimo possibile peso agli elettori.

Ecco perché col progetto Mortati sono resi possibili tanti voti di lista per quante sono le categorie, il che non esclude che gli elettori appartenenti ad un disciplinato partito limitino la espressione del loro voto ad un segno col quale si intendono votate in blocco tutte e sei le liste. Ma si dà però la possibilità agli altri elettori di votare categoria per categoria in favore di quelle liste i cui candidati per competenza tecnica o per qualità personali godono della loro fiducia. E sarebbe anche consentito che si votasse soltanto per una o due ecc. delle sei liste disinteressandosi delle altre. Come nel caso di un gruppo di elettori-impiegati che volesse portare un proprio rap-

presentante alla seconda camera allo scopo di ottenere una tutela per i loro interessi, indipendentemente dal partito politico cui il medesimo appartiene.

Quindi si tratta di decidere sul piano strettamente politico quale struttura si vuol dare alla seconda Camera. Ma si tenga presente che, in ogni caso, il sistema escogitato nel progetto Luzzatto presenta svariati artifici e perviene a conclusioni talora assurde.

Per quanto si attiene alla tecnica.

Fra le condizioni poste vi è (n. 8) quella che « la ripartizione per quota « degli eligendi e degli eletti non deve alterare la proporzione tra le liste « e non deve essere raggiunta con liste distinte ma attuata con influenza sulla « selezione dei candidati singoli nell'ambito di ciascuna lista ».

Per rendere chiaro il mezzo tecnico escogitato onde raggiungere lo scopo facciamo un esempio:

Circoscrizione della Basilicata: 10 seggi.

Alla categoria A: 3 seggi; categoria B: 2 seggi; categoria C: 1 seggio; categoria D: 3 seggi; categoria E: 1 seggio.

Si presentano cinque liste le quali riportano i seguenti voti di lista: 50.400; 20.600; 5.500; 4.500; 19.000. In totale 100.000 voti. Quoziente 10.000. Vengono assegnati alla lista I, 5 seggi; alla lista II, 2 seggi; alla lista III, un seggio; alla lista IV, zero seggi; alla lista V, 2 seggi.

Liste	Seggi assegnati alle liste	Ordine dei candidati nelle varie categorie					Candidati eletti nella categoria:					
							A	B	C	D	E	
I	5	A'	B'	C'	E'	D'	...	A'	B'	C'	D'	E'
II	2	C'	D'	A'	B'	E'	...	A'			D'	
V	2	E'	E''	D'	A'	A'			D'	
III	1	D'	B'					B'			
IV	-	A'	B'								
								3	2	1	3	1

Nel prospetto che precede sono state effettuate le seguenti operazioni:

1) sono state disposte le liste in ordine decrescente secondo i voti ottenuti. Il progetto dice infatti: « la lista che abbia riportato maggior numero di voti coprirà per prima i posti che le spettano ecc. ». Questo è un primo arbitrio che dà un ingiustificato diritto di prelazione ad una lista rispetto ad un'altra anche se la differenza di voti sia minima.

2) nelle singole categorie sono stati prescelti i candidati delle singole liste tenuto conto delle precedenze di cui al punto 1). Così, ad esempio, la lista II ha avuto assegnato due seggi. Il primo suo eletto sarebbe stato C'; ma siccome alla categoria C spetta solo un seggio che è stato occupato dal candidato C' della lista I, e ciò per effetto della graduatoria arbitraria fra le liste, si passa al candidato D' e poi al candidato A'. In questo caso si verifica che un candidato in testa alla lista non risulta eletto per motivi completamente estranei alla volontà degli elettori che hanno votato questa lista. Questo è un secondo inconveniente, che si presenta ancora più grave nel caso della lista V in cui sono trascurati i primi due candidati della lista medesima.

Ne deriva in sostanza una specie di ingranaggio automatico per cui la distribuzione dei seggi per lista e per categoria avviene meccanicamente una volta assegnato con la proporzionale il numero dei seggi spettanti alle singole liste. Da questa distribuzione meccanica possono derivare, come accennato strane conseguenze pratiche. Può darsi ad esempio che i rappresentanti della categoria E (un decimo) nelle piccole Circoscrizioni deve spettare un solo seggio siano costantemente provenienti dalla medesima lista; e può darsi che in una Circoscrizione prevalentemente agricola tutti i rappresentanti del lavoro industriale provengano da una lista formata prevalentemente da interessi rurali, e viceversa. In sostanza la desiderata differenziazione della seconda Camera per quanto si attiene alla rappresentanza delle categorie economiche ecc. si esaurisce in una inutile e quindi dannosa duplicazione.

Altre considerazioni di dettaglio.

1) Quanto precede presuppone in ogni caso la lista rigida. Se si dovesse introdurre anche il voto di preferenza per categoria sarebbe inaccettabile il principio di assegnare sempre un voto di preferenza, indipendentemente dall'ampiezza delle categorie e delle Circoscrizioni. Il *voto preferenziale unico per categoria* poi darebbe luogo ad altre confusioni e complicazioni difficilmente comprensibili all'elettore.

2) Il riparto in decimi delle categorie sembra debba essere riveduto in relazione con la effettiva struttura sociale-economica del Paese. Sembra esagerata, ad esempio, la quota di 3/10 agli esperti di amministrazione eguale cioè a quella assegnata all'agricoltura. Mentre sembra insufficiente la quota di un decimo alla cultura, istruzione, problemi assistenziali, sociali ed igienici.

NOTA — Il progetto Mortati mira a creare un organismo rappresentativo che avvicini di più gli elettori ai candidati in quanto persone e competenze tecniche, in maniera da giustificare la conservazione di una Camera dei Deputati fondata sulla proporzionale con lo scrutinio di lista rigido.

PAOLO CARETTI

IMMUNITÀ PARLAMENTARI
E RUOLO DEL PARLAMENTO NEL CONTRIBUTO DI
COSTANTINO MORTATI

1. I mutamenti intervenuti nel nostro sistema politico-costituzionale nel periodo che ci separa dall'avvento della Repubblica hanno richiamato a più riprese l'attenzione di politici e studiosi sulle disposizioni dedicate dalla Costituzione alla disciplina del particolare « status » di membro del Parlamento. Un'attenzione prevalentemente critica che muove innanzitutto dall'analisi delle prassi applicative degli istituti che danno corpo alle garanzie soggettive ed oggettive del collegio parlamentare, ossia dalla denuncia degli abusi (veri o presunti) registrabili su questo piano, ma che poi finisce per mettere in discussione gli stessi presupposti su cui quegli istituti poggiano ⁽¹⁾.

Questa tendenza ad un ripensamento complessivo della disciplina delle gaurentigie parlamentari rappresenta una costante nel dibattito che in questi anni ha accompagnato lo sviluppo della nostra forma di governo. Pur presentandosi come aspetto particolare della più vasta tematica connessa alla funzionalità delle nostre istituzioni rappresentative, l'insieme dei problemi connessi allo « status » di membro del Parlamento ha finito per assumere il

(1) Fra i contributi più significativi a questo dibattito vedi LOJACONO, *Le prerogative dei membri del parlamento (Art. 68 della Costituzione)*, Milano, 1954; TRAVERSA, *Immunità parlamentare*, voce in *Enc. del dir.*, vol. XX, pp. 178 ss.; CHIEPPA, *Le prerogative parlamentari*, in *I controlli sul potere*, Firenze, 1967, pp. 31 ss.; TOSI, *Diritto Parlamentare*, Milano, 1974, pp. 70 ss.; ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari*, Torino, 1979; LONG, *Art. 68*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di G. BRANCA), Bologna, 1986, pp. 185 ss.; DI CIOLO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, 2^a ed., Milano, pp. 100 ss.

significato di settore « sintomatico » della « resa » dell'istituto parlamentare. E ciò proprio a causa della matrice storica della disciplina costituzionale di quello « status », tutta da rintracciare viceversa nella fase ascendente dell'organo-parlamento, al periodo della sua stabile collocazione al centro del sistema costituzionale in posizione prima di equilibrio e poi di prevalenza rispetto agli altri poteri dello Stato ⁽²⁾.

Quanto maggiori le insoddisfazioni registrate sul terreno applicativo, tanto più incisive le critiche mosse alla strumentazione applicativa del principio rappresentativo; quanto più frequenti i casi di scorrettezza presenti nella « giurisprudenza » parlamentare, tanto più accese le critiche al funzionamento del Parlamento ed al suo ruolo complessivo.

Un dibattito, dunque, che dalla stretta correlazione tra i due termini ora accennati si è sviluppato in questi anni assumendo ora i contenuti tipici di una ricorrente e mai sopita polemica antipartitica, ora quelli più avvertiti della riconduzione dei problemi in esame entro il quadro più generale della crisi che un po' dovunque stanno attraversando i meccanismi della rappresentanza politica e della ricerca, in questo contesto, delle soluzioni più appropriate per rifondare su nuove e meno equivocate basi le garanzie dei membri del parlamento.

In questa seconda e più feconda direzione, la quale tuttavia non ha sin qui sortito effetti particolari sul piano della disciplina attualmente vigente in materia, si collocano ad esempio i contributi di chi offre una chiave di lettura aggiornata della funzione delle garanzie in esame proprio ricollegandole alle difficoltà che si registrano sul terreno di una compiuta rappresentazione della domanda politica.

Se è vero che in società complesse come quelle che caratterizzano gli odierni sistemi di democrazia industriale avanzata riesce sempre più difficile per i partiti filtrare e rendersi interpreti della massa eterogenea degli interessi presenti nel tessuto sociale, un modo per contenere gli effetti negativi di questo fe-

(2) Per una sintetica ma puntuale ricostruzione delle origini storiche delle immunità parlamentari nell'esperienza costituzionale inglese e poi in quella francese vedi ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 5 ss.

nomeno potrebbe essere — si afferma — quello di immaginare il ruolo dei parlamentari come specificamente orientato in questa direzione. In questo senso essi svolgerebbero un duplice compito: quello volto al perseguimento degli obiettivi che caratterizzano la linea del partito di appartenenza ma insieme anche quello diretto alla tutela di tutti quegli interessi che in quella linea si trovano sottorappresentati o non rappresentati del tutto.

Di qui allora il fondamento dello « status » speciale da assicurare ai membri del Parlamento: non più (o non tanto) un'esigenza di tutela nei confronti degli altri poteri dello Stato (Esecutivo - Magistratura); non più (o non solo) un'esigenza di tutela dell'opposizione nei confronti degli abusi della maggioranza; ma, invece, un'esigenza di tutela delle libertà del singolo parlamentare nella sua duplice veste di eletto nelle liste di un partito, ma al tempo stesso anche di rappresentante degli interessi generali della collettività nazionale. Un fondamento dunque tutto ricostruito nell'ottica di un rin vigorimento delle istituzioni rappresentative che finisce per risolversi anche in una garanzia per l'organo nel suo insieme e per il ruolo che esso è chiamato a svolgere nell'ambito del sistema.

Di qui ancora la rigorosa delimitazione dell'ambito di applicazione delle guarentigie, secondo un criterio di stretta funzionalizzazione all'esercizio dei compiti inerenti al mandato, e le proposte di modifica dell'attuale disciplina tendenti ad eliminare quegli aspetti presenti nella prassi che paiono muovere nella opposta direzione della loro trasformazione in veri e propri privilegi riservati ad una specifica categoria soggettiva⁽³⁾.

Quali che siano le valutazioni che questa linea ricostruttiva suscita, resta il fatto che essa conferma come il tema in esame, lungi dal rappresentare una sorta di residuo storico frutto del peso esercitato sui costituenti da una tradizione risalente al vecchio Stato liberale pre-fascista e della vischiosità che spesso caratterizza

(3) È la posizione, ad esempio, di ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, il quale, in quest'ottica, propone una serie di modifiche dell'attuale disciplina delle immunità parlamentari: dall'introduzione dell'obbligo di motivazione a carico della Camera in sede di decisione sulle autorizzazioni a procedere, alla previsione di meccanismi (silenzio-assenso) tali da ovviare ai comportamenti omissivi delle Camere in questo settore.

certi istituti pur nel passaggio da un sistema costituzionale all'altro, mantenga una carica di vitalità suscettibile di futuri sviluppi innovativi (4).

L'interrogativo che in questa sede intendiamo porci riguarda il grado di consapevolezza del costituente circa il rapporto di interdipendenza esistente tra disciplina delle gaurentigie parlamentari e ruolo complessivo del Parlamento come organo costituzionale; del grado di consapevolezza cioè del fatto che è dalle decisioni assunte su questo secondo punto che debbono coerentemente discendere le linee direttrici degli istituti che caratterizzano lo « status » di membro del parlamento.

Filo conduttore delle pagine che seguono sarà appunto quello di tentare una risposta a questo interrogativo attraverso il contributo di uno dei maggiori protagonisti del dibattito sull'assetto e sull'organizzazione del potere legislativo nella nuova Carta costituzionale repubblicana, quale fu senza alcun dubbio Costantino Mortati.

2. La prima occasione che si presenta a Mortati di prendere posizione sul tema qui esaminato è rappresentata dalla discussione che si svolge nell'ambito della 1ª Sottocommissione della

(4) Una prova di quanto affermato nel testo è fornita dalla recentissima vicenda, connessa all'interpretazione dell'art. 68, 1° comma e, più in particolare, del potere da riconoscere alle Camere di interpretazione « esclusiva » dell'ambito di operatività di tale disposizione. Un problema che vede di fronte su posizioni contrapposte il Senato della Repubblica e la Corte d'Appello di Roma. Si tratta di una vicenda per molti versi assai significativa giacché per la prima volta, di fronte all'opposizione al giudice della garanzia di insindacabilità per i voti e le opinioni espresse di cui alla citata norma costituzionale, quest'ultimo ha sollevato conflitto di attribuzione davanti alla Corte Costituzionale, mettendo appunto in discussione questo potere di interpretazione « esclusivo » del Parlamento che, in quanto tale, finirebbe per bloccare, sempre e comunque, il normale esercizio della funzione giurisdizionale (ricorso dichiarato ammissibile dalla Corte con ordinanza 18 febbraio 1988 n. 33). Su questa vicenda vedi N. ZANON, *Commenti diffamatori e responsabilità civile dei parlamentari*, in *Giur. Cost.*, 1987, II, p. 25 ss. (in nota alla sent. n. 8275 del 19 giugno 1985 del Tribunale di Roma che per primo si era occupato della questione relativa al contenuto diffamatorio di un'intervista rilasciata da un parlamentare in relazione ad una interrogazione presentata in Parlamento).

Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (la c.d. Commissione « Forti », dal nome di Ugo Forti che la presiedette), la quale era incaricata appunto di affrontare i « problemi costituzionali » di impianto generale delle nuove strutture statuali ⁽⁵⁾.

Tale discussione prende le mosse da due atti specifici: la relazione preliminare dedicata a « organi e funzioni legislative », predisposta da un apposito comitato ristretto ⁽⁶⁾ e la relazione sulle « immunità e indennità parlamentari », predisposta da Mario Stolfi ⁽⁷⁾.

Si tratta dei primi atti ufficiali che traducono in proposte concrete il dibattito sul ruolo dell'istituto parlamentare e come tali essi rappresentano una testimonianza particolarmente significativa degli orientamenti generali che contraddistinguono questa fase d'avvio del processo costituente.

La prima e fondamentale impressione che suscita la lettura di questi due atti, del resoconto dei lavori preliminari alla loro stesura e della discussione che sui medesimi si svolse, è quella di una almeno parziale sottovalutazione della disciplina delle guarentigie dei membri del Parlamento e, in ogni caso, di una non chiara ed esplicita percezione del rilievo che questo tassello era in grado di assumere nell'opera di creazione del mosaico complessivo destinato a descrivere la funzione delle Assemblee elettive nell'ambito del nuovo sistema costituzionale. E ciò nonostante la sapiente costruzione della relazione Stolfi, la sua articolazione, la ricchezza dei dati, anche di natura comparatistica, offerti all'attenzione dei membri della Commissione.

⁽⁵⁾ Sui lavori della Commissione « Forti » vedi *Alle origini della Costituzione italiana; I lavori preparatori della Commissione per Studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato* (1945-1946), a cura di G. D'ALESSIO, Bologna, 1979.

⁽⁶⁾ Composto da Vezio Crisafulli, Leopoldo Piccardi, G. Battista Rizzo, Mario Stolfi e Guido Zanobini. La relazione è riportata in allegato al verbale della seduta del 26 aprile 1946 della prima sottocommissione per i « problemi costituzionali » (cfr., *Alle origini della Costituzione italiana*, cit., pp. 458 ss.).

⁽⁷⁾ La relazione Stolfi è riportata in allegato al verbale della seduta del 10 maggio 1946 della prima sottocommissione per i « problemi costituzionali » (cfr., *op. ult. cit.*, pp. 552 ss.).

La relazione affronta infatti distintamente i due aspetti del problema: quello delle garanzie oggettive dell'organo e quello delle garanzie soggettive da assicurare ai singoli membri.

Quanto alle garanzie dell'organo, l'attenzione è portata soprattutto sulla protezione penale assicurata alle due Camere contro atti rivolti ad impedirne o a svilirne le funzioni, nonché sulla immunità della sede di fronte ad interventi della forza pubblica. Nonostante il richiamo ad alcuni esempi stranieri di costituzionalizzazione di siffatte garanzie, appare chiara la preferenza accordata ad un affidamento della relativa disciplina a norme di legge ordinaria o a quelle dei regolamenti parlamentari, secondo del resto la tradizione precedente⁽⁸⁾.

Quanto alle garanzie soggettive la relazione Stolfi compie una ricognizione di tutte le possibili loro estrinsecazioni, sempre nel quadro di una visione allargata alla disciplina costituzionale altrove adottata, e di una puntuale ricostruzione delle matrici storiche dello speciale « status » assicurato ai membri del Parlamento. Si va dunque ben oltre il richiamo delle soluzioni contenute al riguardo nello Statuto Albertino; richiamo che pure è presente secondo una lettura di quegli istituti che dal dato testuale si allarga alla loro successiva evoluzione. A ciò si affianca la ragionata esposizione di istituti del tutto estranei alla nostra tradizione, quali quello della dispensa dall'obbligo di testimoniare⁽⁹⁾ o quello della dispensa dall'obbligo di prestare il servizio militare in tempo di pace durante il periodo delle sessioni⁽¹⁰⁾ e così via.

Una relazione, dunque, che se pur priva di particolari svolgimenti in chiave propositiva (che del resto non le erano richiesti), offriva tutti gli elementi per un ripensamento complessivo degli istituti ereditati dalla tradizione liberale.

(8) Una tradizione cui dava corpo da un lato la normativa penale (così gli artt. 203, 289, 304 e 306 c.p. in relazione agli « attentati rivolti ad impedire alle Camere l'esercizio delle loro funzioni » e l'art. 290 c.p. in riferimento al vilipendio delle stesse); dall'altro (per ciò che attiene al c.d. *right to exclude strangers*) quanto disposto dai regolamenti interni nonché la prassi parlamentare.

(9) Come disposto, ad esempio, dall'art. 38 della Costituzione di Weimar del 1919 e dall'art. 26 della Costituzione cecoslovacca del 1920.

(10) Secondo quanto disposto, ad esempio, dagli artt. 1 e 2 della legge francese 20 luglio 1895.

Di tutto ciò nella relazione del Comitato non resta invece che l'auspicio di una sostanziale conferma della disciplina allora vigente, ad eccezione della « giurisdizione domestica » prevista a favore dei membri del Senato dall'art. 37 dello Statuto, il quale aveva più tardi trovato attuazione con la legge 6 dicembre 1928, n. 2170. Una disciplina che, al di là del profilo ora citato, era tutta centrata sulla insindacabilità dei senatori e deputati « per ragione delle opinioni emesse e dei voti dati alle Camere » (art. 51) nonché sulle immunità attinenti alla sfera penale grazie alle quali nessun deputato poteva essere arrestato, « fuori del caso di flagrante delitto, nel tempo della sessione, né tradotto a giudizio in materia criminale, senza il previo consenso della Camera » (art. 45) e nessun senatore poteva essere arrestato, anche in questo caso eccezione fatta per l'ipotesi di flagranza, « se non in forza di un ordine del Senato » (art. 27, 1° comma).

Le uniche modifiche di un qualche rilievo che vengono proposte, rispetto a questo impianto, attengono ad una più specifica definizione dell'insindacabilità mediante l'esplicita affermazione di una irresponsabilità, sia penale che civile, o disciplinare; nell'allargamento delle immunità ad ogni forma di limitazione della libertà individuale che possa intralciare l'esercizio del mandato parlamentare; nell'introduzione del principio della non gratuità della funzione.

Anche l'occasione per trarre qualche spunto originale dal problema, pure affrontato, dei rapporti tra il singolo parlamentare e il partito di appartenenza non viene colta nel modo dovuto: prospettata l'alternativa tra un rafforzamento del vincolo disciplinare collegando, ad esempio, alla espulsione dal partito la perdita dello « status » di membro del Parlamento e, al contrario, un rafforzamento dell'autonomia del singolo parlamentare si conclude per l'esclusione della materia dal novero di quelle da disciplinare direttamente in Costituzione e per il suo affidamento alle regole dettate dalla evoluzione del costume politico.

A questi aspetti della relazione del Comitato ristretto la Commissione non dedica che una modesta attenzione mostrando così implicitamente di dividerne la impostazione di fondo. Altri sono i temi che ormai hanno occupato stabilmente il centro del

dibattito e precisamente quelli della struttura mono o bicamerale del Parlamento, dei criteri di possibile differenziazione delle due Camere, in una parola della natura e della funzione dell'istituto parlamentare nel quadro dei mutamenti intervenuti nella realtà politico-sociale⁽¹¹⁾. La saldatura tra la rimeditazione avviata sul fondamento e l'articolazione del principio rappresentativo e il tema delle guarentigie dei membri del Parlamento appare dunque precaria o comunque non sufficientemente esplicitata. La ragione principale di questo andamento del dibattito va ricercata nel peso di una tradizione che faceva apparire in qualche modo come scontata una disciplina della materia perché connaturata e inscindibilmente connessa all'esistenza stessa del Parlamento. Ma con ciò, mentre da un lato si evitava una pur doverosa verifica della « tenuta » di certi istituti a fronte del nuovo quadro politico-costituzionale che andava allora prendendo corpo, si rischiava dall'altro di avallarne sostanzialmente, anche se inconsapevolmente, una funzione, quella di « privilegio » accordato ad una determinata categoria soggettiva, che era quanto di più estraneo ai principi democratici sui quali quell'assetto poggiava.

In questo contesto, il contributo di Mortati ad una più consapevole riflessione sulla funzione e sulla disciplina delle guarentigie dei membri del Parlamento appare in tutta la sua importanza se letto alla luce non tanto di alcuni pur significativi interventi specificatamente dedicati all'argomento, quanto a quelle linee portanti della sua concezione del principio rappresentativo che già in seno alla Commissione Forti egli ha modo di impostare.

Il riferimento vale innanzitutto al richiamo costante alla esigenza di reinterpretare quel principio alla luce dei profondi mutamenti intervenuti nella fase di transizione dal vecchio Stato liberale ottocentesco alle moderne democrazie di massa: dall'affacciarsi alla partecipazione politica attiva di classi sociali che prima ne erano escluse (partecipazione sanzionata dall'introduzione del principio del suffragio universale), alla conseguente eterogeneità ed instabilità delle maggioranze parlamentari, alla crescente

(11) Per il dibattito su questi temi si vedano i verbali delle sedute del 26 aprile, del 7, del 10, del 15 e del 20 maggio, tutti riportati in *Alle origini della Costituzione italiana*, cit., pp. 447 ss.

difficoltà da parte di queste ultime a rendersi fedeli interpreti dell'intera gamma degli interessi espressi dalla società civile. Mutamenti tali da imporre una approfondita verifica circa la rispondenza della disciplina dell'istituto parlamentare al corretto ed efficiente funzionamento di una democrazia moderna. Al fondo di questa impostazione ⁽¹²⁾ sta dunque un interrogativo centrale, o se si vuole un dubbio, che investe chi come Mortati si è formato ed ha vissuto nel corso di quella crisi dello Stato liberale a cavallo tra i due secoli, che doveva aprire la strada all'esperienza dittatoriale fascista. Il dubbio cioè che il recupero del regime parlamentare senza l'introduzione dei correttivi ritenuti indispensabili ad una rifondazione su nuove basi della rappresentanza politica finisse per approdare ad un risultato tale da pregiudicare in radice uno sviluppo positivo di quel modello.

È ben presente in Mortati, sin da questi suoi primi interventi, la consopevolezza dell'irrimediabile tramonto di quella pressoché automatica corrispondenza ed immedesimazione che si era realizzata, agli inizi dell'esperienza liberale, tra rappresentanti e rappresentati, là dove il Parlamento si presentava come collegio di notabili, esponenti dell'unica classe attiva sul piano sociale, quella borghese, in perfetta sintonia con una concezione fortemente elitaria dell'esercizio del potere politico.

In questa fase il principio rappresentativo trova un'applicazione che non sembra presentare smagliature di sorta, ma che è tuttavia destinata ad entrare presto in crisi proprio nel momento in cui questa consonanza ed omogeneità tra classe politica e classe sociale dominante si incrina per frantumarsi poi definitivamente sotto la pressione, a un certo punto insostenibile, delle nuove classi emergenti (dalla piccola e media borghesia, al proletariato urbano e contadino).

Quale Parlamento dunque per la nuova società? Quale Parlamento nel quadro « di una Costituzione non meramente rappresentativa, ma di una Costituzione in cui il popolo abbia un potere operante »? ⁽¹³⁾ Lungo questo filo conduttore Mortati articola

⁽¹²⁾ Si vedano al riguardo soprattutto gli interventi svolti da Mortati nel corso della riunione del 26 aprile, del 30 aprile e del 10 maggio 1946.

⁽¹³⁾ Così si esprimerà Mortati aprendo l'illustrazione della sua relazione

la sua linea e le soluzioni operative che sottopone via via ai suoi interlocutori e che continuerà a sostenere anche quando, ormai varata la nuova Costituzione repubblicana, di fronte agli sviluppi della cronaca politica di quegli anni, egli avrà modo di riprendere polemicamente molte delle proposte lasciate cadere in sede costituente.

Sulla base di queste premesse, non stupisce allora il rilievo tutto particolare che assumono negli interventi di Mortati tutti i meccanismi che raccordano società civile e Parlamento. Innanzitutto i sistemi elettorali i cui principi di fondo egli vorrebbe, a differenza di altri⁽¹⁴⁾, direttamente inseriti nella Costituzione proprio per sottrarre alle valutazioni di maggioranze occasionali la disciplina di uno dei pilastri dell'intera impalcatura costituzionale. In secondo luogo, i criteri di composizione della seconda Camera. In terzo luogo, gli istituti diretti a risolvere le eventuali ipotesi di conflitto tra le due Camere o tra le due Camere e il Governo.

Sul primo punto (sistemi elettorali) la scelta di campo è subito netta a favore di un sistema di tipo proporzionale. Una scelta che non conosce tentennamenti di sorta proprio perché costruita sulla base di valutazioni relative all'« impatto » dei diversi sistemi non condotte sul piano di una astratta comparazione, bensì, al contrario, con l'attenzione sempre rivolta alle conseguenze che in concreto, tenuto conto delle caratteristiche di fondo del nostro sistema politico-sociale, l'adozione dell'uno o dell'altro avrebbe potuto produrre. Se dunque l'obiettivo doveva essere quello di arrivare ad una composizione del massimo organo rappresentativo in grado di rispecchiare nella maniera più fedele possibile l'eterogeneità delle tendenze, degli interessi, delle culture, delle ideologie presenti nel tessuto sociale, riducendo al minimo i rischi di eccessiva semplificazione, di sottorappresentazione, di « massificazione » della domanda politica, l'opzione per un sistema

sul « Potere legislativo », predisposta per la 2ª Sottocommissione della Commissione per la Costituzione (la relazione è pubblicata in *La nuova costituzione italiana, Progetto e relazioni*, Roma, 1947, pp. 143 ss.).

(14) In questo senso si era espresso lo stesso Presidente della Commissione, Forti.

proporzionalistico, presenta, nel pensiero di Mortati, quasi come una opzione obbligata.

In stretta connessione col tema della scelta del sistema elettorale, si pone subito come centrale nella linea sostenuta da Mortati la preoccupazione di assicurare la massima tutela possibile alle minoranze politiche. E ciò sia in sede elettorale (una tutela che si realizza attraverso la garanzia di una loro presenza in seno al Parlamento appunto proporzionale al seguito che ciascuna forza politica è in grado di conquistarsi nel Paese), sia sul piano dell'organizzazione interna delle Camere (dove egli auspica che lo stesso principio proporzionalistico venga adottato per la costituzione di tutti gli organi interni).

Sul secondo punto (composizione della seconda Camera) Mortati inizia ad impostare quel concetto di rappresentanza degli interessi che costituirà poi il fondamento del modello bicamerale dal medesimo proposto; un concetto che si indirizza alle categorie professionali ma in una logica non di valorizzazione settoriale, corporativa, bensì, al contrario, di riassunzione delle medesime in una più ampia ed arricchita dimensione della rappresentanza politica.

Sul terzo punto, infine, la preferenza è accordata a soluzioni che riconducono comunque al popolo, e quindi alla sede di espressione più diretta della sovranità, la soluzione delle « impasse » cui il regolare funzionamento dell'ordinamento può andare incontro.

3. Esigenza di rinvigorire i meccanismi della rappresentanza politica, tutela rigorosa delle minoranze politiche, valorizzazione dei gruppi intermedi, soprattutto per la loro funzione strumentale ad una più fedele e completa trasmissione alle Camere delle reali domande politiche presenti nella società, sono tutti elementi che già presenti nel Mortati consulente-tecnico del Ministro per la Costituente hanno poi modo di essere ripresi e sviluppati dal Mortati « costituente » con riflessi immediati anche sul tema specifico della disciplina delle immunità parlamentari.

Da una concezione in cui certamente fondamentale è il rilievo assegnato a tutte le strutture che concorrono a ricondurre a sintesi politica generale la congerie di spinte ed interessi in contrasto nel tessuto sociale, ma in cui l'attenzione è costantemente

rivolta alla libertà del singolo all'interno di dette strutture, non potevano che derivare conseguenze precise anche su questo più specifico terreno.

La riprova di questo assunto la si ha subito scorrendo le pagine della relazione sul « potere legislativo » che Mortati predispone per la 2ª sottocommissione della Commissione per la Costituzione, e più in particolare la seconda parte di tale relazione, dedicata espressamente ai profili di carattere organizzativo⁽¹⁵⁾.

Gli echi della linea mortatiana si colgono immediatamente nella impostazione e nella soluzione prospettata con riferimento al problema della c.d. verifica dei poteri. Non è a caso che si richiamano a questo riguardo l'esperienza inglese e quella weimariana, entrambe ispirate ad un modello di eterocontrollo dei requisiti di eleggibilità dei membri delle Camere.

A dimostrazione della priorità accordata da Mortati alla tutela delle minoranze, ma in questo caso anche al singolo parlamentare, la soluzione prospettata come preferibile è appunto quella della creazione con legge costituzionale di un Tribunale elettorale a composizione mista (« in parte giudici, in parte rappresentanti delle due Camere ») cui affidare ogni competenza in materia.

Sempre alla luce delle premesse generali, riassunte nel paragrafo precedente, ci si spiega la decisa affermazione della necessità di concepire l'esercizio del massimo potere di autoorganizzazione delle Camere, quello regolamentare, come obbligo a carico delle medesime e obbligo da assolversi nel rispetto di un largo consenso qual'è quello assicurato dalla previsione di una maggioranza qualificata per l'approvazione di tali atti.

Così, ancora, si spiega la sottolineatura della necessaria tutela delle minoranze nella disciplina della composizione e dei compiti degli organi interni di ciascuna Camera (dagli uffici di Presidenza alle Commissioni permanenti) nonché delle modalità di espressione del voto in seno alle Assemblee legislative.

Così, infine, si spiega la particolare attenzione riservata da Mortati agli aspetti più problematici, ma anche più attuali e significativi connessi al tema delle immunità parlamentari.

(15) Cfr., nota 13.

Su questo terreno le indicazioni più interessanti contenute nella relazione, e poi approfondite nel corso della discussione in sottocommissione⁽¹⁶⁾, non attengono infatti né alla determinazione del carattere retribuito o gratuito delle funzioni parlamentari (profilo del resto che poteva considerarsi ormai superato da una prassi che, per quanto equivoca⁽¹⁷⁾, già da tempo aveva escluso l'applicazione del principio statutario di gratuità⁽¹⁸⁾), né alla disciplina della c.d. libertà dall'arresto dei componenti delle Camere e del divieto di sottoposizione al giudizio dei tribunali ordinari senza previo assenso delle Camere d'appartenenza (profilo questo che vede inizialmente Mortati orientato ad un recupero « aggiornato » degli elementi desumibili dalla tradizione precedente)⁽¹⁹⁾. Si tratta invece di indicazioni tutte svolte sul terreno del rapporto che in una democrazia moderna viene ad instaurarsi tra il singolo e il partito politico per il cui tramite viene ricoperto l'ufficio di membro del Parlamento; su un terreno dunque particolarmente impervio e che, come si è ricordato, proprio per

(16) Cfr., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, VII, *Seconda Sottocommissione*, pp. 896 ss.

(17) In ordine alla natura retributiva o meno da attribuire all'indennità stessa.

(18) Il principio di gratuità delle funzioni parlamentari sancito dall'art. 50 dello Statuto Albertino era stato, come è noto, completamente stravolto dai successivi interventi del legislatore in materia. E infatti la legge 30 giugno 1912, n. 655 aveva introdotto (art. 11) una doppia indennità (una sotto forma di rimborso spese di corrispondenza; una « a compenso per altri titoli ») per i Deputati che non godessero di altro compenso a carico dello Stato o degli enti pubblici autarchici. Con la legge 5 aprile 1920, n. 395 si fissa un'unica indennità annua per i Deputati mentre per i Senatori viene previsto un gettone di presenza. Infine la legge 24 maggio 1925 n. 790 equipara il trattamento dei Deputati e dei Senatori portando l'indennità annua a L. 15.000 poi aumentata con deliberazione interna delle due Camere.

Sul punto vedi ZAMPETTI, *Art. 69*, in *Commentario della Costituzione*, cit., pp. 241 ss.

(19) Il testo proposto da Mortati era il seguente: « I deputati non possono essere sottoposti a procedimento penale, né essere privati della loro libertà personale, neanche in esecuzione di sentenza penale, senza l'autorizzazione della Camera. L'autorità che abbia proceduto all'arresto di un deputato in caso di flagrante reato, deve darne senza alcun indugio comunicazione alla Presidenza della Camera che promuove l'immediata deliberazione dell'Assemblea » (cfr., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, VII, *Seconda Sottocommissione*, p. 1043).

questo era stato subito abbandonato dai membri della Commissione Forti, che si erano specificatamente occupati di questo tema. Di queste difficoltà di approccio è del resto perfettamente consapevole Mortati che non esita a definire come « molto scabrosi » i problemi che al riguardo devono essere affrontati. E tuttavia ogni atteggiamento elusivo viene abbandonato, nella convinzione che proprio qui, in una definizione di quel rapporto che faccia salva la funzione del partito e quella di partecipazione attiva del singolo, debba ricostruirsi il significato nuovo delle garanzie connesse allo « status » di membro del Parlamento.

In questa direzione, il primo punto affrontato è quello relativo alla fase precedente l'entrata in carica, quella cioè connessa alle procedure elettorali, e più in particolare ai meccanismi di selezione del personale politico in sede di composizione delle liste dei candidati. In proposito « potrebbe farsi luogo », afferma Mortati, « ad una base popolare nella presentazione delle liste, sollecitando l'intervento anche dei non iscritti ai partiti, in modo da determinare le preferenze in ragione al numero degli elettori presentatori e non già a quello dei voti di preferenza ». Quanto poi alla fase successiva, quella relativa alla esplicazione del mandato, Mortati affronta espressamente il problema dell'ossequio alla disciplina di partito in relazione all'assunzione dello « status » di membro del Parlamento e, anche a questo proposito, la sua posizione assume contorni tutt'altro che evasivi. Il richiamo ad istituti propri di altre esperienze costituzionali⁽²⁰⁾, tendenti a sottolineare il vincolo suddetto e a sanzionare con la perdita della carica le eventuali dimissioni o l'eventuale espulsione degli eletti dai partiti politici, lungi dal poter essere letto come prospettazione di una possibile linea da seguire, appare come un modo per esplicitare le conseguenze contraddittorie (e perciò inaccettabili) che l'adozione di istituti siffatti comporterebbe sul versante della tutela del principio della irresponsabilità dei membri del Parlamento per le opinioni espresse nonché su quello della natura del man-

(20) Il riferimento è alla Costituzione cecoslovacca del 1920 che appunto prevedeva la decadenza dalla carica in caso di dimissioni o di espulsione dal partito; decadenza che doveva essere accertata da uno speciale organo giurisdizionale incaricato anche della c.d. verifica dei poteri dei parlamentari.

dato ai medessimi affidato, mediante l'introduzione di elementi propri del mandato imperativo. Si tratta, invece, di conservare al singolo, nell'intero arco della vicenda in cui trova attuazione il principio rappresentativo, quella libertà di valutazione e di azione, in coerenza con i propri intimi convincimenti, senza la quale quel principio rischia di vedere fortemente attenuato il suo significato di massima espressione della partecipazione del popolo al governo del Paese.

È difficile sottrarsi alla tentazione di attribuire a questa serie di affermazioni un significato premonitore dei fenomeni degenerativi che nei decenni successivi erano destinati a manifestarsi nel costume politico dell'Italia repubblicana e di interpretarle pertanto come una sorta di polemica antipartitica « ante-litteram ». Eppure, per quanto possa forse leggersi in filigrana una sorta di diffidenza (o prudenza) verso il nuovo sistema dei partiti che si va affermando per la dimensione, la natura e il ruolo del tutto inusitato (per lo meno per un intellettuale di formazione cattolica come Mortati, che dei partiti aveva conosciuto una versione assai diversa, prima quella ancora ottocentesca di inizio secolo e poi quella totalitaria del regime fascista), se lette alla luce delle premesse generali che si sono richiamate, quelle affermazioni appaiono dettate non da un intento polemico ma invece da un intento costruttivo, diretto a sollecitare un approfondimento su di un tema ritenuto ineludibile sulla strada della definizione degli istituti di una moderna democrazia rappresentativa. Una democrazia, in cui i partiti sono chiamati a svolgere un ruolo da protagonisti assoluti, essendo loro affidato il compito di fungere da strumento principale di raccordo tra istituzioni e società civile, ma che proprio per questo non possono correre il rischio di venir meno a questa funzione trasformandosi in mere bardature organizzative di un sistema in cui un'oligarchia politica si erge ad interprete esclusiva della volontà popolare (21).

(21) In fondo, a questa « idea » di partito Mortati si ispirava anche quando nel periodo tra le due guerre aveva avuto modo di occuparsi di questo tema nel quadro di un sistema a partito unico quale quello fascista. Anche quel modello egli interpreta (e giustifica) alla luce dell'esigenza (che gli parve allora soddisfatta) di una funzione di sintesi complessiva, ma anche di valorizzazione

La particolare attenzione dedicata alla posizione del singolo parlamentare non è dunque da leggersi né come contrapposizione tra una dimensione di libertà e una dimensione autoritaria (rappresentata quest'ultima dal partito), e tanto meno come rievocazione ingenua di un mitico (e come tale appartenente al mondo dell'immaginario) modello rappresentativo in cui esigenze ed interessi sociali trovano quasi per incanto la loro sintesi e la via della loro soddisfazione attraverso l'azione di individui da null'altro guidati che dalla loro personale « probità ».

Certo nel pensiero di Mortati è assente (o comunque non risulta facilmente percepibile) la dimensione ideologica dei rapporti tra membro del Parlamento e partito politico di appartenenza, che pure è una chiave di lettura indispensabile per coglierne appieno tutta la complessità. Si può dire anzi che si tratti proprio della dimensione rispetto alla quale più trasparente è quell'atteggiamento di diffidenza di Mortati, cui abbiamo fatto riferimento. Ma, ancora una volta, occorre cautela nel trarre da ciò conclusioni troppo affrettate. Con ogni probabilità non siamo di fronte né ad una preveggenza (ma valutabile in questi termini col senno di poi e cioè di oggi) prospettazione di temi e problemi che, sostanzialmente elusi in sede costituente, dovevano rivelare negli anni successivi tutta la loro importanza, né, al contrario, ad una anacronistica rivisitazione di una idea di rappresentanza politica così astratta da rimanere confinata appunto nel mondo delle idee.

L'ipotesi ricostruttiva più credibile torna ad essere quella di un tentativo originale di coniugare insieme gli elementi propri di una tradizione culturale cattolica, le cui matrici sono facilmente identificabili⁽²²⁾ con i dati offerti da una realtà sociale e politica

di tutti i diversi interessi e gruppi presenti nella società (cfr., ad es., MORTATI, *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano*, in *Annali della Università di Macerata*, vol. XIV, 1941, ora in *Raccolta di scritti*, cit., vol. IV, pp. 431 ss.; nonché *Sulla posizione del Partito nello Stato*, in *Stato e Diritto*, 1941, ora in *Raccolta di scritti*, cit., pp. 496 ss.).

(22) Dal personalismo comunitario di Maritain e Monnier a tutta la tradizione organicista della cultura cattolica, alla teoria istituzionalistica di Hauriou (sul punto vedi ad es. BRUNO, *I giuristi alla Costituente: l'opera di Costantino Mortati*, in *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, a cura di U. DE SIERVO, Bologna, 1980, pp. 94 ss.). Sull'influenza esercitata su Mortati (ma anche su

in tumultuosa e rapida evoluzione, le cui tensioni interne e le cui esigenze Mortati si sforza di interpretare e di porre alla base di un'organica proposta sul terreno istituzionale. Un tentativo dunque di contribuire, al di là di aprioristiche preclusioni e di altrettanto aprioristici preconetti, alla definizione di un quadro d'insieme in cui fosse possibile immaginare un corretto e democratico sviluppo del sistema politico.

4. Su questi temi Mortati insiste con coerenza, e nonostante l'ormai chiara ostilità che molte delle sue proposte incontrano presso gli stessi rappresentanti della sua parte politica, anche quando il dibattito si sposta in Assemblea e si approssima il varo della nuova Costituzione repubblicana⁽²³⁾. In questa fase, egli ripropone ed arricchisce l'intera gamma delle soluzioni istituzionali avanzate in precedenza, con i correttivi che le resistenze incontrate gli suggeriscono.

Per gli aspetti che qui più direttamente interessano va ricordata innanzitutto la ripresa e la precisazione della proposta diretta ad affidare ad un organo « ad hoc » a composizione mista, presieduto dal primo presidente della Corte di Cassazione, i compiti connessi alla c.d. « verifica dei poteri » (ma prevedendo che l'ultima parola resti comunque alla Camera di appartenenza del singolo parlamentare)⁽²⁴⁾. In secondo luogo, e con più diretto

Dossetti e La Pira) soprattutto da Maritain insiste anche AMATO, *Costantino Mortati*, in *Quaderni Costituzionali*, 1987, n. 3, p. 559.

(23) Gli interventi più significativi di Mortati in questa fase dei lavori dell'Assemblea sono ora raccolti e pubblicati nella *Raccolta di scritti*, vol. I, Milano, 1972, pp. 769 ss. Nello stesso periodo di tempo si moltiplicano anche i contributi che Mortati dà al processo costituente come pubblicista (si vedano in particolare: *Il potere legislativo: unicameralismo o bicameralismo?*, in *Realtà politica*, maggio 1946, n. 8, pp. 104 ss. (ora in *Raccolta di scritti, cit.*, vol. I, pp. 427 ss.); *Il potere legislativo nel progetto di Costituzione*, in *Studium*, luglio-agosto 1947, nn. 7-8, pp. 242 ss. (ora in *Raccolta di scritti, cit.*, vol. I, pp. 453 ss.); *Il problema della direzione politica dello Stato e il progetto di costituzione della Repubblica italiana*, in *Idea*, 1947, n. 9, pp. 516 ss. (ora in *Raccolta di scritti, cit.*, vol. I, pp. 485 ss.).

(24) L'emendamento presentato da Mortati nella seduta del 10 ottobre 1947 dell'Assemblea era il seguente: « Un tribunale elettorale, composto, in numero pari, di magistrati di Cassazione, del Consiglio di Stato e di membri eletti

riferimento alle guarentigie da riconoscere ai membri delle Camere, il sostegno accordato ad un allargamento delle immunità a tutta l'area delle limitazioni alla libertà personale e domiciliare disposte anche non in connessione con uno specifico procedimento penale.

In terzo luogo, la riproposizione dell'esigenza di introdurre una apposita disposizione circa la insindacabilità delle opinioni e dei voti espressi nell'esercizio del mandato parlamentare, che esplicitasse l'esclusione, a questo riguardo, di ogni tipo di responsabilità compresa quella di tipo disciplinare se non nel caso in cui quest'ultima fosse attivata dalla stessa Camera di appartenenza, attraverso i suoi organi interni⁽²⁵⁾. Una proposta, quest'ultima, che puntava a rafforzare le garanzie a tutela della libertà di espressione dei parlamentari verso forme indebite di pressioni esterne, ma che, come è stato puntualmente rilevato⁽²⁶⁾, era diretta anche ad eliminare alcune incertezze interpretative circa l'ammissibilità e la latitudine di un potere disciplinare delle Camere nei confronti dei propri membri con riferimento ai comportamenti in esame (i voti ma soprattutto le opinioni).

Al di là della formula testuale proposta, è da sottolineare, ad ulteriore conferma della coerenza di questi interventi più specifici di Mortati rispetto al suo disegno generale, che proprio alla

dalle due Camere, e presieduto dal primo presidente della Cassazione, giudica del possesso dei requisiti per la nomina a membro del Parlamento, nonché delle questioni relative alla perdita del mandato. Compete a ciascuna Camera la pronuncia definitiva sull'ammissione dei propri membri e sulla loro cessazione» (cfr., A.C., vol. VI, pp. 1099-1101).

(25) L'emendamento che già in seno alla Seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione Mortati aveva presentato così recitava: « I deputati non possono essere chiamati a rispondere in via giudiziaria o disciplinare dei voti o delle opinioni espressi nell'esercizio delle loro funzioni. Una responsabilità per le dichiarazioni formulate non può essere fatta valere se non dalle Camere stesse » cfr., anche per il dibattito in argomento *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, VII, Seconda Sottocommissione, pp. 1044 ss.).

(26) Così LONG, *op. cit.*, p. 190. L'adozione integrale della proposta Mortati avrebbe, ad esempio, resa più agevole la soluzione della questione interpretativa che sta alla base della vicenda giudiziaria citata alla nota 4. Essa infatti avrebbe da un lato reso indiscutibile il potere disciplinare « interno », mentre dall'altro avrebbe ricompreso espressamente ogni forma di responsabilità « esterna » nell'ambito di operatività della garanzia in questione.

presentazione di questa proposta si deve il recupero nel quadro della nuova disciplina di questa materia del profilo connesso alla insindacabilità, fino ad allora accantonato dai costituenti probabilmente, come è stato detto⁽²⁷⁾, perché considerato principio implicito (e quindi di superflua definizione e delimitazione) di ogni sistema parlamentare.

Un principio che invece Mortati vuole esplicitato e rigorosamente ancorato ai soli comportamenti che ancorché tenuti al di fuori delle Camere potessero con certezza ricondursi ad un esercizio delle funzioni parlamentari, in modo da porre al riparo queste garanzie dal rischio di essere intese quale ingiustificabile « privilegio » accordato ai membri del Parlamento.

Infine, la affermazione del carattere retributivo della « indennità », in relazione al carattere assorbente dei compiti gravanti sui parlamentari rispetto ad ogni altra attività lavorativa⁽²⁸⁾. Un'affermazione, anche questa, diretta a far chiarezza e ad eliminare una serie di equivoci di cui tuttora v'è traccia nella disciplina che l'istituto ha sin qui ricevuto⁽²⁹⁾.

Ma si tratta di interventi che ancora una volta, pur importanti in sé per il contributo alla soluzione dei problemi specifici che toccano, acquistano uno spessore assai più consistente se letti ed interpretati alla luce delle posizioni assunte in questa fase da Mortati sul tema dei partiti, visti nel loro rapporto con i singoli appartenenti, sul tema cioè del rispetto del metodo democratico da parte dei medesimi non solo nell'esercizio della loro attività esterna, ma anche con riferimento alla loro organizzazione interna. È una posizione che si riflette subito nell'emendamento che Mortati presenta in Assemblea sull'argomento (« Tutti i cittadini hanno diritto di raggrupparsi liberamente in patriti *ordinati in forma democratica*, allo scopo di assicurare, con la organica espressione delle varie correnti della pubblica opinione ed il concorso di esse

(27) Cfr., ancora LONG, *op. cit.*, *loc. cit.*

(28) Posizione questa già assunta da Mortati, in sintonia con quanto sostenuto in quell'occasione da Targetti, nella seduta del 20 settembre 1946 in seno alla Commissione per la Costituzione (cfr., A.C., *Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione*, pp. 233 ss.).

(29) Sull'attuazione legislativa del disposto dell'art. 69 Cost. si rinvia a ZAMPETTI, *op. cit.*, pp. 245 ss.

alla determinazione della politica nazionale, il regolare funzionamento delle istituzioni rappresentative.

« La legge può stabilire che ai partiti in possesso dei requisiti da essa fissati, ed accertati dalla Corte costituzionale, siano conferiti propri poteri in ordine alle elezioni o ad altre funzioni di pubblico interesse. Può inoltre essere imposto, con norme di carattere generale, che siano resi pubblici i bilanci dei partiti » e, in maniera ancora più esplicita nell'emendamento sostitutivo a quello ora ricordato che Mortati presenta in un momento successivo (« Tutti i cittadini hanno diritto di riunirsi liberamente in partiti che si uniformino al metodo democratico nell'organizzazione interna e nell'azione diretta alla determinazione della politica nazionale ») ⁽³⁰⁾.

Una posizione che si precisa poi negli interventi successivi come diretta ad estendere anche ai partiti « che sono alla base dello stato democratico », la sede « in cui si preparano i cittadini alla vita politica e si dà modo ad essi di esprimere organicamente la loro volontà », la sede in cui « si selezionano gli uomini che rappresenteranno la nazione nel Parlamento », quella esigenza di democratizzazione già ipotizzata dalla Costituente con riferimento non solo all'organizzazione dei poteri pubblici ma anche di alcune strutture private come ad esempio i sindacati.

Benché avesse articolato la sua proposta intorno alla previsione di un sistema di controllo dei soli statuti da parte di un organo che offrisse le massime garanzie di imparzialità come la Corte costituzionale ovvero da parte di organismi a composizione mista, in cui sedessero anche rappresentanti degli stessi partiti, Mortati si vede ben presto costretto a ritirare l'emendamento di fronte alle diffidenze ed alle opposizioni diffuse che esso suscita, esprimendo accenti particolarmente critici nei confronti di chi (da Calamandrei a Basso a Saragat) in altra fase del dibattito costituente si era espresso in senso pienamente favorevole ad una regolamentazione dell'ordinamento dei partiti, di chi cioè aveva mostrato di intendere « il bisogno che uno Stato, il quale voglia poggiare su basi saldamente democratiche, non possa tollerare

⁽³⁰⁾ L'emendamento è presentato da Mortati nel corso della seduta del 22 maggio 1947 (cfr., A.C., vol. III, pp. 4159-4160).

organismi politici che non si ispirino anche nella loro struttura interna a sistemi e metodi di libertà » (31).

5. Gli anni che seguono vedono Mortati impegnato nella difesa di un « prodotto » costituzionale, nel quale certo egli non ritrovava molte delle proposte in cui il suo disegno generale si era articolato nell'arco di tempo che va dalla sua nomina a membro della Commissione Forti all'approvazione della nuova Carta da parte dell'Assemblea Costituente, ma nel quale egli riconosceva la presenza delle premesse fondamentali per l'avvio di un completo rinnovamento del sistema politico, economico e sociale.

Si tratta di un atteggiamento tuttavia non scevro da critiche puntuali che Mortati esprime sia nella sua veste di studioso che in quella più « politica » di pubblicista. Basti pensare per un verso alle pagine del suo manuale, a cominciare dalla prima edizione del 1949 (32); e per altro verso alla frequente collaborazione di quegli anni a riviste come « Studium » e « Cronache sociali » (33).

Ritornano così gli accenti polemici nei confronti di chi non aveva inteso l'importanza dell'introduzione in Costituzione del principio proporzionalistico, garanzia massima di rappresentazione e valorizzazione del pluralismo sociale e politico; l'insoddisfazione per la mancata differenziazione dei criteri di composizione della seconda Camera, con conseguente rinuncia all'obiettivo di arricchire per questa via i congegni della rappresentanza politica; la denuncia delle lacune della disciplina costituzionale relativa al settore dei rapporti tra il singolo e il partito sia in sede di elaborazione delle linee politiche di cui quest'ultimo si fa interprete e sostenitore, sia in sede di esercizio del mandato parlamentare, con conseguente parziale svuotamento, a quest'ultimo riguardo, del

(31) Così Mortati nell'intervento svolto sempre nel corso della seduta del 22 maggio 1947 dell'Assemblea (cfr., A.C., vol. III, p. 4167).

(32) Si tratta delle famosissime « Istituzioni di diritto pubblico », nate appunto come « Corso di istituzioni di diritto pubblico, Anno accademico 1948-1949, Appunti delle lezioni », Padova, 1949, la cui ultima edizione è del 1976.

(33) Cfr., soprattutto MORTATI, *Parlamento e democrazia*, in *Studium*, 1948, n. 11, pp. 507 ss.; IDEM, *La partecipazione del popolo al Governo*, in *Cronache Sociali*, 1948, pp. 65 ss. ora pubblicati in *Raccolta di scritti*, cit., vol. IV, pp. 3 ss. e 23 ss.).

divieto di mandato imperativo, pure solennemente affermato nell'art. 67 Cost.

Ritornano dunque tutti i temi « classici » dell'azione del Mortati costituente, svolti con costante aderenza ad una interpretazione della complessa vicenda in cui si articola la partecipazione del popolo al governo del Paese, vista quale insieme di sintesi e di mediazioni successive che si risolvono alla fine nell'espressione di volontà da parte degli organi dello Stato, quale processo dunque in cui ogni apporto (anche quello individuale) deve poter trovare un suo spazio garantito.

Di qui, ancora, la ripresa del discorso sulle immunità parlamentari in un'ottica che ha come obiettivo prioritario quello di escludere la loro applicazione in chiave di ingiustificati privilegi, nonché quello del loro saldo radicamento all'esercizio del mandato.

Così, mentre da un lato vengono denunciati gli abusi che contraddistinguono la prassi applicativa degli istituti in questione dall'altro, nella convinzione che proprio dalla prassi emerga chiaro il venir meno della loro funzione di garanzia verso indebite ingerenze esterne, si propone l'abolizione di quelli più direttamente connessi alla sottrazione al giudice ordinario del membro del Parlamento coinvolto in procedimenti di natura penale⁽³⁴⁾. Abolizione del vincolo dell'autorizzazione a procedere per la perseguibilità dei parlamentari, ma non anche delle garanzie dirette a tutelare la loro libertà di espressione politica, di quell'insindacabilità delle opinioni espresse e dei voti dati che proprio Mortati aveva riportato alla ribalta del dibattito costituente, sottraendola dall'area equivoca dei principi costituzionali impliciti. È in questo sostanziale ribaltamento della prospettiva tradizionale (che da sempre aveva privilegiato il profilo connesso alla libertà dagli arresti dei parlamentari) che si coglie appieno l'originalità del contributo di Mortati, tutto collocato in una dimensione che guarda ben al di là dei limiti angusti in cui quella tradizione aveva consegnato ai costituenti le « guarentigie » parlamentari. I problemi che ne sono al centro sono problemi essenzialmente (se non esclusivamente) interni ai protagonisti della vita parlamentare (rapporti maggioranza-opposizione; rapporti singoli parlamentari-gruppo parlamentare e/o

(34) Cf.r. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pp. 495 ss.

partito di appartenenza) ed è soprattutto con riferimento a questi profili che le garanzie speciali assicurate ai membri del Parlamento vanno, secondo Mortati, studiate e consegnate.

6. Quando, con il passare degli anni, gli svolgimenti della vita politica italiana si mostreranno orientati in direzioni assai lontane da quelle auspiccate, quando la speranza riposta nell'azione rinnovatrice dei partiti gli apparirà come una speranza andata largamente delusa, le critiche si faranno più marcate, ma senza mai far venir meno la ricchezza di un contributo sempre volto a sollecitare mutamenti di rotta nel rispetto della linea a suo tempo tracciata⁽³⁵⁾.

La mancata rinuncia ad un'attuazione, secondo quella linea, della Costituzione può essere valutata come atteggiamento anti-storico⁽³⁶⁾ e forse, si può aggiungere, come contraddittorio proprio per chi come Mortati aveva scelto un metodo di impostazione e di soluzione dei problemi di politica costituzionale che, rifuggendo da operazioni di astratta modellistica, muoveva proprio dall'analisi dei dati offerti dalla realtà sociale rispetto alla quale certi istituti sono destinati a svolgere i loro effetti. E tuttavia difficilmente avrebbe potuto essere diverso per chi aveva vissuto in posizione di primo piano quella stagione costituente, prima nella storia dell'Italia unita, in cui tutto sembrava potesse essere rimesso in discussione, e nella quale egli aveva immaginato che potesse procedersi ad una completa rifondazione del rapporto Stato-cittadino, secondo i principi di un'etica superiore in grado di sconfiggere la tendenza naturale agli egoismi, ai particolarismi, ai settarismi. Una visione in cui egli aveva impegnato ben più che la sua sola maestria di giurista e che quindi non gli consentiva concessioni o cedimenti od interpretazioni « adeguatrici ». Dei vari aspetti che

(35) Si veda in questo senso, ad esempio, l'intervento su *La crisi del Parlamento*, in Atti del Convegno promosso dal Movimento Salvemini su: *La sinistra davanti alla crisi del Parlamento*, Milano, 1967, pp. 107 ss. (ora pubblicata in *Raccolta di scritti*, cit., vol. IV, pp. 155 ss.); *Costituzione della Repubblica italiana*, voce in *Enc. del dir.*, vol. XI, pp. 214 ss.; *Note introduttive a uno studio dei partiti politici nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, Padova, 1957, vol. II, pp. 114 ss.

(36) Così è valutato da AMATO, *Costantino Mortati*, cit., p. 568.

insomma compongono la risultante di questa visione etica di fondo possono oggi darsi valutazioni diverse.

Per tornare agli interrogativi posti all'inizio di queste pagine, con riferimento specifico al tema preso in esame, ciò di cui è difficile dubitare è che Mortati, forse come nessun altro, avesse colto in pieno il nesso esistente tra la definizione del nuovo significato da attribuire alle immunità parlamentari e la definizione del ruolo che al massimo organo rappresentativo andava riconosciuto nel nuovo sistema costituzionale. Questa chiara consapevolezza del grado di interdipendenza tra i due termini del problema non è affatto patrimonio comune dei costituenti, sì che la disciplina costituzionale poi varata risulterà assai più volta verso il passato che non proiettata verso la soluzione delle diverse esigenze che la « specialità » dello *status* di membro del Parlamento avrebbe dovuto soddisfare.

Tutto quanto precede testimonia non solo dell'originalità del contributo di Mortati, ma anche della sua particolare lungimiranza se è vero che traccia evidente di quel contributo si ritrova in quegli interventi più recenti in cui valorizzazione dell'autonomia dei singoli parlamentari e rilancio del ruolo complessivo dell'istituto parlamentare appaiono come aspetti inscindibili di un unico problema. Un problema che, si afferma, « ritorna ad essere centrato sulla figura del parlamentare, sul suo ruolo in quanto rappresentante di una particolare realtà sociale di base ed in quanto membro di un organo capace di porsi come effettivo e attivo interprete di istanze politiche di base e non come luogo di mera registrazione di decisioni altrove maturate. In questo quadro, le obiezioni fondate su un presunto carattere di privilegio delle garanzie parlamentari apparirebbero certamente senza fondamento. Lo *status* accentuatamente garantito dei deputati e dei senatori riacquisterebbe appieno il suo valore di presidio di libertà per l'essenziale funzione pubblica ad essi demandata e da essi svolta »⁽³⁷⁾. Affermazioni queste che in maniera più chiara non potrebbero dimostrare la carica d'attualità che tuttora mantiene la lezione mortatiana.

(37) Così ZAGREBELSKY, *Le immunità, cit.*, p. 102.

GIORGIO BERTI

IL PENSIERO DI MORTATI E L'AMMINISTRAZIONE

I. L'assillo delle « forze politiche dominanti » non si è mai allentato nella tensione intellettuale di Mortati.

Tutta la sua elaborazione ha continuato a ruotare intorno a questo asse e bisogna forse rifarsi ad esso per comprendere il dipanarsi del pensiero di questo autore, tenendo conto sia delle direttrici del pensiero stesso sia delle epoche e dei regimi politici nei quali Mortati è vissuto.

Come in ogni pensatore che si rispetti, la meditazione originaria ha segnato ogni tappa successiva, cosicché una coerenza di fondo non è stata disturbata o alterata, ma ha anzi avuto modo di manifestarsi proprio nei momenti di trasformazione della vita politica dello Stato e nel mutare, che non si è tanto sicuri di dire profondo e radicale, di quelle forze politiche dominanti su cui Mortati ha impostato la sua lunga riflessione.

Le « Istituzioni di diritto pubblico » rispecchiano i convinimenti profondi di Mortati nella distribuzione stessa della materia. Per esempio, la divisione netta fra l'organizzazione dei poteri e delle funzioni tradizionali dello Stato come apparato e l'organizzazione e le funzioni dello Stato comunità è segno non tanto della volontà di dar valore alla comunità rispetto all'apparato, quanto di preservare la parte istituzionale dello Stato nella sua continuità, in modo che la pur auspicata valorizzazione delle prorompenti forze sociali non la danneggiasse troppo.

È vero che Mortati, anche contribuendovi personalmente come membro dell'assemblea costituente, ha dato grande evidenza alla prima parte della Costituzione, ai principi di libertà e di solidarietà, ai mezzi per assicurare l'effettività delle garanzie e l'applicazione dei principi costituzionali, ai diritti sociali e alla loro

attuazione ad opera dello Stato o delle categorie economiche, alle formazioni sociali e religiose ecc. Nè può trascurarsi il valore da lui riconosciuto al binomio persona-società o alla « persona sociale » come sintesi dei principi consacrati nella prima parte della Costituzione.

Peraltro tutto questo è visto anche in funzione di legittimità e di espansione dei poteri statali colti come strumenti occorrenti a soddisfare l'esigenza personalistica, sia pure a patto che i poteri dello Stato trovassero giusti collegamenti con la società. Collegati dunque tra loro questi poteri, ma quasi originati al di fuori della società, come appare dallo scritto sul potere costituente (Raccolta di scritti, vol. 1°, p. 25), ove l'affermazione: « ogni singolo Stato non viene ad esistere se non per il determinarsi di un principio organizzativo specifico, che introduca certi rapporti di dominio e di soggezione fra gli appartenenti ad esso, e cioè il predominio di certe forze, le quali riescono ad imporre una propria concezione dell'ordine associativo, ed a coordinare intorno ad essa tutta la serie delle relazioni sociali ». Un conto è insomma partecipare politicamente alla funzionalità dello Stato, un altro è l'essere protagonisti o creatori dal processo formativo: questa seconda prospettiva non trovava adesione da un pensatore formatosi in altro ambiente culturale.

Mortati era molto sensibile, come a tutti noto, alla trasformazione costituzionale: da un lato si doveva dunque giustificare il processo formativo della nuova Costituzione oppure il mutamento istituzionale, dall'altro vedere riflessi nelle disposizioni della Costituzione dei valori basilari della convivenza, peraltro rigenerati o rinnovati dalle formule costituzionali.

Dal potere costituente al potere di governo dello Stato costituito non sembra esservi tuttavia un taglio netto: rimane sempre il gioco delle forze politiche dominanti al quale non ci si può sottrarre, e questo rimane il motivo conduttore di tutta la riflessione di Mortati.

In ciò è evidente che Mortati ha sofferto degli stessi condizionamenti che hanno gravato sulla maggior parte del pensiero costituzionalistico: da un lato, infatti, anch'egli ha predicato che l'ordinamento si fonda sulle libertà, dall'altro si è guardato dallo spingere a fondo questo postulato ed ha preferito raccogliere

le libertà fra le autonomie e le prerogative dei singoli, ponendo in primo piano, e quindi in posizione dominante, i poteri e le funzioni dello Stato.

L'ordinamento, insomma, soltanto in apparenza o nei limiti di una dichiarazione di fede, è espressione di libertà: nella ricostruzione degli istituti riprende invece pieno vigore l'immagine dell'ordine che scaturisce dalla saldezza delle istituzioni, dalla loro armonia.

Quando Mortati passa a trattare le autonomie degli enti e dei soggetti, dopo essersi a lungo diffuso sulla descrizione giuridica dei soggetti e degli organi costituzionali dello Stato, sembra quasi voltar pagina. Egli stesso infatti dichiara il suo convincimento sincero: lo Stato nella sua totalità risulta dai suoi elementi costitutivi, e fin qui Stato e ordinamento giuridico quasi si confondono. Poi vi è un settore di questa totalità che invece si raccoglie « in una unità personalizzata in cui si accentra il potere autoritario più elevato ».

Ai piedi di questo potere autoritario si distende la grande pianura « delle strutture organizzative promosse dall'esigenza della soddisfazione dei bisogni più particolari che rimangono affidati alla cura dei vari gruppi sociali (territoriali, famigliari, economici, religiosi, culturali ecc.) che pure entrano a comporre l'ordinamento generale dello Stato nella accezione più ampia ». (*Istituzioni*, IX ed., p. 821).

E poi vengono lo *status libertatis* e lo *status civitatis*, ricomposti nell'ottica del principio di uguaglianza, inteso questo quale principio generale che condiziona sia la regolamentazione degli *status* da parte del legislatore, sia il concreto riconoscimento a favore dei loro titolari (p. 1017). E allora ne viene confermata la grande gerarchia o la grande piramide al cui vertice siede lo Stato come potenza sovrana e come dispensatore di soggezioni e di gerarchie.

In un pensatore così attento e dichiaratamente sensibile alla democraticità dello Stato mi ha sempre stupito che nella traduzione giuridica degli istituti prendesse il sopravvento e assumesse tratti così imponenti il quadro del dominio e dei poteri, quasi che l'ordine giuridico, sia pure riflesso sulle cose dello Stato, non potesse reggersi separatamente e per sua forza. Cosicché permane

anche in Mortati la scissione tra un'idea o un'ideale di libertà e di presenza umana, racchiuso in una sorta di ordine naturale o pregiuridico, e la rappresentazione giuridica dei fenomeni, che sembra non poter prescindere dall'ordine appoggiato all'autorità. Insomma anche in Mortati la giuridicità del potere non ne riduce, ma anzi ne accresce lo spessore, e il raccordo fra il potere e le libertà avviene in un'atmosfera giuridica, da cui emerge prepotentemente l'immagine dell'autorità.

Va riconosciuto a Mortati, in ciò interprete fedele del pensiero sociale cattolico, di aver operato l'inserzione, tra l'autorità statale sovrana e accentrata da una parte e le autonomie private dall'altra, di quella fascia intermedia rappresentata appunto dalle autonomie territoriali, famigliari, economiche, religiose, culturali ecc. In tal modo egli ha ritenuto di poter celebrare il superamento dello Stato liberale, nemico dei corpi intermedi.

Però, anche in questa operazione, che per lui doveva essere fondamentale, quasi come il pendant democratico della più vecchia e autoritaria costituzione materiale, la raccolta dei soggetti intermedi rimane per così dire poco presidiata e scarsamente elaborata, sia dal punto di vista politico che da quello giuridico. Risalta più che altro l'accettazione di questi corpi e la loro descrizione, come fattori della trasmissione, che vorrebbe essere appunto in chiave democratica, dell'autorità dello Stato alla società dei privati.

Ma, quanta eterogeneità in questi soggetti intermedi, quanto diverse le loro radici, le loro origini, il loro formarsi e le stesse loro funzioni, oppure la loro capacità! Sembra impossibile riconnetterli in modo che occupino insieme uno spazio, dando altrettanto comunemente ragione del loro essere.

I principi fondamentali della Costituzione possono giocare in modo vario e talora contrapposto: l'autonomia è parola che si riempie di troppi significati quando la si adopera su più fronti anche se con intuizione di unità o di convergenze di significati. Il processo avviato dai principi fondamentali della Costituzione induce l'interprete a più di una sosta nel percorrere il cammino che va dalla persona allo Stato.

Il solo punto veramente unitario e indistruttibile dello Stato contemporaneo è rappresentato dall'originarsi dell'ordinamento dalla libertà umana. Da qui parte il processo costruttivo dello Stato,

che avviene attraverso una serie di passaggi o di tappe, le quali puntualizzano la varietà dei modi e degli istituti mediante i quali la società si ordina, consentendo differenze anche profonde quanto al criterio di formazione dei corpi collettivi e degli enti artificiali. Mortati ha potuto raccogliere in un fascio unico una grande varietà di soggetti diversi nella struttura, nelle ispirazioni e nelle finalità, proprio perché egli ha conservato l'impianto tradizionale dello Stato poggiato sull'autorità politica, dove l'ordinamento giuridico riesce a gran fatica a scoprirsi, anche solo concettualmente, come altra cosa dallo Stato.

Il fondo positivistico che è implicito nella supremazia politica ha sempre ostacolato l'emergere di un ordinamento di uomini, rimasto così una pura idealità, ovvero una speranza, che nella figurazione giuridica non può oltrepassare la soglia di una mera descrizione.

Lo stesso Mortati, del resto, nell'affrontare i problemi delle autonomie territoriali dimostra abbondantemente la sfiducia nella capacità di queste di essere veramente significanti come fattori di trasformazione democratica dell'ordinamento e anche come ambiti di creazione di istituti o di regole giuridiche diversi da quelli imposti dall'autorità politica dello Stato. Enti intermedi, essi debbono subire il peso dell'organizzazione statale, che resta dunque sufficientemente compatta e centralizzata. La contraddizione di fondo in questa dottrina di mezzo tra l'illuminismo moderno e il post-moderno (stato sociale, nelle sue molteplici contaminazioni con lo stato di diritto) si rivela proprio nella conservazione della fedeltà ai principi e agli istituti fondamentali dello stato di diritto accentrato, o che aveva nell'accentramento politico-legislativo e amministrativo il suo punto di forza; e nella esaltazione, dall'altra parte, di una autonomia, suddivisa peraltro tra centri di imputazione così differenti tra loro, da risultarne anche per questo estremamente debole.

La fiducia nella rappresentanza politica generale doveva compensare, agli occhi di questi costituzionalisti, il persistere della tradizionale struttura dello Stato, produttrice di per se stessa di autorità e tendenzialmente predisposta a ridurre, per ricondurle a se stessa, le potenzialità sociali.

L'obiettivo puntato sulla rappresentanza politica e sui corpi elettivi ha fatto scendere su un piano di secondarietà quell'altra grossa parte dell'organizzazione statale che è l'amministrazione. Prova ne è che questi autori, e tra loro il Mortati, si sono preoccupati maggiormente di dare evidenza e sistemazione ai raccordi tra legislatore e governo attraverso una certa enfaticizzazione dell'indirizzo politico. Il bilanciamento tra il governo e il parlamento corre appunto sul filo di questo « indirizzo », nel quale in realtà va a condensarsi la forza politica dei partiti. Di questa forza politica e quasi istituzionale Mortati era assai consapevole e il suo torto semmai, comune peraltro a molti altri autori, fu quello di riporre fiducia in meccanismi di razionalizzazione, desunti dalla mappa istituzionale, come se questi avessero in sé attitudini sufficienti a ridurre l'arbitrio politico (impostazione questa, ancor più trasparente nel volume espressamente dedicato alle forme di governo - Roma 1959).

La partita insomma si è giocata tutta nel campo istituzionale, anche a questo riguardo ripristinandosi quasi per intero il bagaglio di credenze e di dogmatiche nel quale si era lavorato nella stagione del liberalismo, nel persistente convincimento che occorresse rinforzare a tutti i costi i meccanismi di razionalizzazione del gioco politico per assicurare la democraticità dello Stato.

Cosicché, certo contro le intenzioni più riposte, si sono gettate le basi per rendere impossibile una effettiva partecipazione dei privati e delle loro organizzazioni alla vita politica al fine di rinsaldare attraverso questa partecipazione la coscienza della libertà.

Per vero molta parte del pensiero costituzionalistico è stato pervaso, anche nel periodo dell'attuazione costituzionale, da una sorta di illuminismo, che ha contribuito a viziare o a rendere alla fine asfittica la stessa discussione intorno alle cose dello Stato. L'osservazione, portata talora con pedanteria e persino pignolescamente sui meccanismi di azione o di coordinazione fra i soggetti istituzionali della parte alta dello Stato, ha dato luogo ad una sistematica falsamente giuridica, proprio perché a servizio troppo diretto della politicità e delle connesse e ritenute esigenze di razionalizzazione. Le istituzioni, tenute per loro conto, non generano diritto, ma solo politica.

Si è così toccato il fondo della cosiddetta giuridicizzazione dello Stato, processo che sarebbe stato vitale se avesse invece coinvolto in modo aperto e deciso istituzioni e società o istituzioni e cittadini, ma che era destinato a chiudersi in se stesso e anche a perdersi nella inutilità una volta mantenuto, ed esasperato, nella sola cerchia dei protagonisti istituzionali.

L'esito di un processo siffatto lo si è saggiato negli stessi atteggiamenti della Corte Costituzionale, la quale ha largheggiato, soprattutto nei primi venticinque anni della sua esperienza, nel riconoscere e garantire le libertà solo però fino al punto in cui questa garanzia non urtasse con la sovranità dello Stato legislatore e con la discrezionalità legislativa, nonché con la centralità del potere politico.

Di fronte alla esperienza regionalistica, ma anche delle autonomie amministrative, la Corte non ha avuto remore a far prevalere, anche a costo di forzare la stessa razionalità o ragionevolezza di cui si faceva vindice rispetto alla produzione legislativa, la centralità dello Stato o della decisione politica governativa, in nome della unità organizzativa dello Stato: una posizione di difesa ad oltranza di questa unità, in un'ottica decisamente negativa verso iniziative o tentativi di rinnovamento che da varie parti venivano allo scoperto, dopo aver forato la spessa coltre della politica dei partiti per sua natura accentrativa.

Di ciò non si può forse far carico tanto alla Corte, quanto a una cultura costituzionalistica eccessivamente preoccupata di non turbare la meccanica istituzionale, studiata e celebrata potrebbe dirsi ossessivamente, quasi che in essa si celasse e anche si esaurisse lo spirito della Costituzione.

Siffatta mentalità ha condizionato alla fine anche il pensiero di chi, come Mortati, aveva dimostrato, sia come studioso che come costituente, una grande sensibilità a esigenze, sin troppo evidenti, di rinnovamento giuridico.

Peraltro l'idea che gli apparati di democraticità dello Stato fossero i soli a dover funzionare come garanzia per tutti, era ancora un'eredità culturale dello Stato prefascista. Da questa eredità gli stessi costituenti e anche Mortati non seppero uscire del tutto: una certa sfiducia di fondo verso la capacità creativa e in ogni caso positiva dei soggetti sociali e individuali ha origini remote e non

poteva non influire illuministicamente sugli elaboratori della stessa sistematica giuridica dello Stato.

II. Per venire più puntualmente all'amministrazione, potrebbe dirsi che, nonostante che una larga parte sia riservata ad essa nel complesso della trattazione dello Stato e degli istituti del potere pubblico, essa stessa rimane un'area nella quale i processi di attuazione delle misure soddisfattive dei bisogni pubblici appaiono interamente condizionati, sia per effetto del predominio di principio dell'indirizzo politico di governo e legislativo, sia come riflesso di una trama organizzativa e funzionale quasi irrigidita, priva di ogni capacità autonoma o spontanea di rinnovamento. La dottrina costituzionalistica, proprio per l'impianto di cui si è detto, è stata nella maggioranza degli Autori assai poco sensibile al fenomeno amministrativo, come se questo non ponesse a modo suo e secondo ispirazioni e motivazioni proprie problemi non solo di funzionalità ma anche e soprattutto, sul piano costituzionale, di rapporti con le libertà.

Altrove, e si può pensare subito agli Stati Uniti, ma ora anche in Francia, il problema amministrativo è tutt'altro che racchiuso nella logica di meccanismi esecutivi o attuativi, posti al di fuori di ogni connessione diretta con le libertà. L'amministrazione non è solo il braccio esecutivo dello Stato, rispetto al quale i rapporti con le persone e i gruppi risultano precostituiti e non possono rimettersi in discussione.

Il fatto è che non c'è momento o aspetto dell'esperienza statale che non sollevi problemi di compatibilità con la tutela e la valorizzazione delle libertà personali: anche l'amministrazione è un complesso di fenomeni, e quindi di istituti, rilevante e talora decisivo proprio nell'ottica costituzionale dei diritti di libertà.

La divisione fra diritto costituzionale e diritto amministrativo è stata invece solo apparentemente e solo descrittivamente superata da Mortati: ad esempio, attratto e forse dominato dalla articolazione da lui stesso data alla materia del diritto pubblico in cui le autonomie territoriali vorrebbero apparire altra cosa dallo Stato, Mortati non si è posto il problema di una qualità amministrativa o di un metodo amministrativo della conoscenza e della pratica dell'ordinamento giuridico.

Vedere l'amministrazione come insieme di apparati normalmente etero-regolati ha consentito di non dare troppo peso a differenze, per certi aspetti decisive, tra investitura burocratica e legittimazione rappresentativa, così da non far nascere neppure un dubbio intorno alla tenuta di schemi disegnati e collaudati nell'esperienza dello Stato accentrato.

L'autonomia definita nell'art. 5 Cost. doveva vedersi, in realtà, non come un aumento di capacità concessa dallo Stato agli enti intermedi, ma come una sorta di liberazione dell'organizzazione sociale, che voleva riflettersi immediatamente nell'amministrazione come specchio di se stessa e non come propaggine addomesticata del potere politico. Occorreva saggiare il rapporto di fondo tra burocrazia e rappresentatività e allora si sarebbe compresa la valenza costituzionale dell'amministrazione e l'autonomia dell'amministrazione stessa come ordinamento, al di là della pluralità, della diversa matrice o della diversa dimensione degli interessi collettivi.

Ma il peso delle antiche geometrie ha impedito anche a Mortati di rendersi conto, traendone le dovute conseguenze, del significato profondo dell'art. 5 della Cost., che era ed è quello di dare corpo ad una autonomia di amministrazione, come espressione fedele dell'organizzazione sociale colta nel momento del superamento delle particolarità.

Anch'egli è rimasto dunque ancorato all'idea di autonomia come espressione di corpi intermedi destinati a fare i conti con il potere politico centrale ed anche a soggiacere ad esso.

E questo mi sembra un limite fondamentale, nel senso che non incide solo in una sistematica esteriore o in un ordine che potremmo dire addirittura estetico degli istituti e delle figure del diritto pubblico, ma impedisce di applicare alla fenomenologia giuridica nel campo del diritto pubblico un metodo di conoscenza appropriato ed aggiornato culturalmente. Non si può infatti evitare di intravedere una correlazione tra la sistematica pubblicistica impostata su figure soggettive e su dinamiche ricollegate alla capacità di queste figure e una impostazione di studio di tipo meramente ontologico, ispirata dalla ricerca idealistica dell'essenza degli istituti (ricerca di per sé destinata al fallimento e in ogni caso a non concludersi) e lontana dall'accogliere modi di pensare o criteri di speculazione filosofico-scientifica informati alla conoscenza e alla

analisi: meno inclini ai dogmi, e più sensibili al bisogno di esprimere fedeltà, attraverso la valorizzazione del rapporto e del dialogo, al dispiegarsi delle forze e degli interessi.

La tradizione della dottrina giuridico-pubblica è, come si è più volte detto, nel segno culturale del potere, come forza politica giuridicizzata, riconnessa strettamente all'organizzazione di soggetti artificiali, coprenti i protagonisti reali, quali elementi di effusione del potere.

L'insistere sulla democraticità dello Stato e sui corpi intermedi, conservando in partenza il vecchio impianto culturale, e facendo sgorgare ordine e garanzie da centri di potere, ha significato per la maggioranza degli autori e così anche per Mortati riuscire solo in apparenza o in superficie a rompere gli ormeggi dello Stato autoritario (tardo liberale): accontentarsi di adattamenti o di modificazioni epidermiche, quasi accettando, per un realismo male interpretato, il peso della continuità o della conservazione.

Anche gli spiriti più sensibili ai valori democratici hanno ceduto a questo tipo di realismo, e ciò spiega l'estrema lentezza e la persistenza di gravi ostacoli nel tradurre la parte migliore e più ispirata della Costituzione in nuove concezioni e nuove pratiche di statalità e di giuridicità. Ha nuociuto probabilmente anche l'endemica e quasi celebrata distanza fra la società e le istituzioni: una concezione del diritto pubblico tutta basata sulla separazione di principio tra governanti e governati e sull'esasperazione dell'egemonia politica, anche come forma di pensiero. È prevalso il bisogno d'ordine rimasto strettamente ancorato alla valorizzazione della politicità; e molti giuristi non hanno avuto sufficiente sensibilità per provocare a se stessi dubbi a questo riguardo, metterli in evidenza e farli circolare. È stato un po' insomma come se il mestiere di giurista nel campo dello Stato implicasse un'adesione quasi incondizionata al principio del potere, della politica come forza, e come matrice del diritto.

L'ispirazione giusnaturalista di taluni, e in parte anche di Mortati, si è accontentata di pochi varchi per penetrare nella costruzione giuridica degli istituti. Ha sentito il peso della positività, vi si è adeguata ed assuefatta.

Quindi, l'amministrazione è il braccio del potere politico, mentre il legislatore ne è la mente. Una parte non certo piccola

del pensiero pubblicistico europeo doveva alimentare invece il dubbio che l'amministrazione potesse essere alcunché di profondamente differente dal potere esecutivo e cioè da quell'insieme di funzioni eterogenee tenute insieme solo in ragione della doppia dipendenza dal governo politico e dal legislatore.

Così si spiega l'insistere invece sulla discrezionalità amministrativa come risultanza del piegarsi della libertà amministrativa alle ora dette dipendenze, come trasfigurazione di una idoneità a operare per bisogni concreti in una capacità di agire interamente condotta dalla stella polare del potere politico.

La dottrina dello Stato moderno è certo contrassegnata da forzature logiche, da sintesi artificiose tra valori o principi contrastanti: come il potere politico viene ricondotto alla capacità di un soggetto disegnato peraltro in funzione del potere stesso per conferirgli una parvenza di giuridicità, così la libertà dell'amministrazione viene sottomessa e ridisegnata al confronto della volontà legislativa e di quella politica, così da farla riemergere come discrezionalità. Questa invero altro non è, nel suo contenuto più profondo, che l'adattamento di una direttiva d'azione a matrice politica o politico amministrativa ai cosiddetti limiti positivi desumibili dalle leggi regolanti i diversi settori amministrativi.

Ebbene su questa discrezionalità gli scrittori hanno molto insistito, nella ricerca di una sorta di razionalità interiore alla stessa discrezionalità: il che ha ovviamente consolidato il distacco dell'amministrazione dalla società, nel senso che il criterio del decidere di volta in volta non è comunque mai direttamente reperito tra i bisogni reali della popolazione o di un settore di essa: questi bisogni vengono al contrario filtrati una prima volta dalla legge e una seconda volta da quella direzione politica che per definizione è presente nelle gerarchie e nell'organizzazione amministrativa.

Lo scritto di Mortati sulla discrezionalità dell'atto amministrativo e della legge (ora in Raccolta di scritti, II vol., Milano, 1972, p. 471 ss.), risalente al 1935, è alquanto significativo al riguardo: egli insiste sui vincoli che gravano sull'organo nel momento della traduzione del potere in atto, quando l'attività non sia interamente vincolata dal legislatore.

Vien fatto di pensare che l'atto vincolato sia quello nel quale non può influire in alcun modo una decisione politica distinta

da quella assunta dal legislatore, mentre l'atto discrezionale è quello nel quale la direttiva del legislatore non assorbe per intero l'interesse da perseguire, ma lascia spazio ad ulteriori determinazioni ad opera dell'organizzazione amministrativa, in quanto questa è destinata per sua natura a ridefinire, secondo un metodo di politicità, reso giuridico dalla divisione e dal coordinamento degli organi, gli interessi reali, come obbiettivi della sua azione.

Ed ecco allora che questa stessa discrezionalità permea anche l'attività amministrativa di enti diversi dallo Stato (regioni, provincie, comuni). Anzi qui la politicità cresce in virtù della preminenza di organi rappresentativi. E cresce a scapito dei vincoli legislativi.

La confusione tra legislazione e amministrazione è poi raddoppiata nelle regioni, dal momento che anche il legislatore regionale è afflitto dagli stessi vincoli legislativi e politici che gravano sull'amministrazione statale. Anche le regioni sono quindi enti essenzialmente amministrativi, e la loro qualità di corpi intermedi non esprime dunque alcuna significanza sul piano giuridico.

A proposito della discrezionalità, vi è ancor da dire che quella amministrativa, proprio per essere dipendente dalla fondamentale ispirazione politica dell'amministrazione, mette in evidenza netti caratteri differenziali in confronto alla discrezionalità del giudice: quest'ultimo si trova sempre a misurare immediatamente la norma con la realtà e i fatti, oppure con i rapporti giuridici conosciuti appunto come fatti: l'ambito dell'adattamento delle norme viene dunque rappresentato da ciò che occorre per realizzare la giustizia del caso singolo, vale a dire la conoscenza degli accadimenti progressi nella luce delle situazioni soggettive delle parti e dei termini della contesa, quali le parti stesse definiscono. Per questo aspetto è molto più servizio la giustizia che l'amministrazione.

Il fallimento costituzionale delle autonomie politiche, di cui è testimonianza la stessa investigazione di Mortati, sta proprio nel non aver ispirato, a chi se ne è occupato sul piano culturale e scientifico, una concezione dell'amministrazione idonea a far scaturire l'immagine di una organizzazione della società, e quindi dell'amministrazione stessa, che non apparisse ancora così segnata, come quella della tradizione statale, dalle decisioni politiche, e cioè dal-

l'azione dei partiti sia pure condotta attraverso i meccanismi istituzionali.

L'autonomia avrebbe dovuto rappresentare non già una capacità di enti distinti dallo Stato di ripercorrere, sia pure con parvenza diversa, le tracce dei poteri statali, ma il formarsi di una fascia organizzativa che fungesse da terreno d'incontro fra la società e il legislatore politico.

Le autonomie dovevano insomma trasfigurarsi in un nuovo concetto di amministrazione; autonomie appunto non in quanto corpi slegati da gerarchie formali, ma in quanto congegnati in modo da esprimere liberamente i bisogni e formare le strutture di servizi generali e speciali a seconda delle società locali e dei gruppi o dei settori di interessi, quali storicamente emergenti.

I problemi delle autonomie non sono dunque quelli, solitamente individuati dalla dottrina, relativi alla dotazione a favore delle comunità locali di rappresentanze politiche e di una certa elasticità nell'individuazione di interessi e bisogni, il cui soddisfacimento resta poi in ogni caso condizionato all'uso degli strumenti propri dello Stato.

Non si trattava di trasferire a livello locale, munendoli di una certa differenziabilità, gli schemi del diritto pubblico dello Stato. Così facendo non si sarebbe raggiunto altro obiettivo che quello di un decentramento o di una deconcentrazione formale dei poteri pubblici.

Si doveva concepire una diversa organizzazione amministrativa, dove fosse effettiva ed evidente, e non solo mediata dalla rappresentanza politica, la presenza o la partecipazione sociale. La quale non era già da intendersi nei termini angusti di procedimenti consultivi o di consultazioni referendarie, ma come segno di un abbandono degli schemi autoritari ed imperativi a vantaggio di strumenti comunicativi e di decisione che rispecchiassero la dipendenza dei centri organizzativi da un effettivo controllo sociale. Si trattava insomma di predisporre una sorta di diritto pubblico a diversa intensità di potere politico; di diminuire la quota autoritaria degli atti e di allargare lo spazio conoscitivo delle procedure, in modo che queste fossero sensibili alla diversità degli interessi e non fossero ancora riconducibili alla forma astratta dell'interesse

generale, sul quale sono stati calibrati gli istituti del diritto pubblico statale.

L'amministrazione doveva apparire come quella parte dello Stato designata a rappresentare il nuovo corso dell'organizzazione statale, e a costituire ordinamento autonomo, nel senso di rappresentare l'ordine nella invenzione degli interessi e dei bisogni e nella predisposizione dei mezzi per soddisfarli.

In una concezione adatta e moderna dell'autonomia l'amministrazione doveva essere quindi pensata ed effettivamente congegnata in guisa tale da rappresentare l'ambito di attuazione e disciplina della doverosità sociale: i doveri dei singoli e dei gruppi riproposti e riprodotti in misure giuridiche, in una serie di procedure occorrenti anzitutto a renderli tra loro comunicanti e coordinati e a raccoglierne la carica positiva, che si sarebbe poi riversata sui singoli non per effetto di un comando autoritario, ma come esito di una serie di processi giuridici che dovevano far tornare nell'obbligazione del singolo ciò che la sua stessa personalità aveva promanato nel versante del dovere sociale.

In questa luce era dunque accettabile un ordine giuridico dotato di una sufficiente capacità di modellarsi in relazione ai bisogni effettivi e soprattutto a quel bisogno fondamentale di ordine dei rapporti che contrassegna qualsiasi ordinamento.

L'adozione di strutture di azione di tipo convenzionale e l'allargamento delle procedure, specialmente quanto all'aspetto conoscitivo, sarebbero state niente altro che normali conseguenze di un'impostazione siffatta; e anche il passaggio dall'oggettivo al soggettivo, e cioè dalla regola al produttore formale di essa si sarebbe determinato alla stregua di una reciproca accettazione dei diritti e dei doveri nell'ambito di interessi collettivi, comunitari, sociali, non senza influenze o condizionamenti a seconda del tipo di interesse da perseguire.

La qualità pubblica dei soggetti rappresentativi di siffatti incontri d'interessi avrebbe dovuto emergere così dall'essere essi veramente punti di convergenza o di incontro, rappresentativi di per se stessi di un confronto perenne e ripetuto e anche singolarizzato tra interessi, nel che sarebbe consistita una più moderna e trasparente discrezionalità. Si sarebbe visto così che l'amministrazione, in uno Stato storicamente aggiornato, è altra cosa dalle tipiche

funzioni o potestà statali e che lo spazio tra il potere politico e i cittadini è coperto da un'area istituzionale in cui la società esprime un'attività concreta e verificabile, come sintesi o composizione delle libertà e dei doveri dei suoi partecipi.

Questa speciale attività amministrativa, destinata indubbiamente a prevalere in futuro, deve fare i conti col legislatore dello Stato nei limiti in cui questo riesca a raccogliere o a definire interessi ancora ulteriori rispetto a quelli delle varie collettività; e deve definire anche il suo rapporto con il potere politico, legittimo solo alla stregua di un interesse generale che è sempre frutto di artificio, anche se costituisce un ineliminabile termine dialettico rispetto agli interessi colti invece nella dimensione della concretezza e della fattualità.

L'insegnamento della costituzione indica dunque questo tipo di amministrazione, attraverso la quale l'affrancamento della società dal peso dell'autorità politica (che finisce sempre con l'essere autolegittimata) si compie nella consapevolezza diffusa prima che nella realtà delle azioni concrete.

La composizione tra amministrazione e altre potestà o funzioni od organizzazioni pubbliche è il punto dolente della storia costituzionale. Con maggiore o minore coscienza del problema, tutti hanno avvertito che l'amministrazione è alquanto di differente dallo Stato secondo politica: e il diritto amministrativo in contrapposto al diritto costituzionale ha perpetuato una sorta di doppia storia, solo artificialmente ricomposta nell'unità dello Stato.

C'è da chiedersi ora se un'esigenza profonda di autenticità dello Stato e dell'ordinamento non richieda l'abbandono dell'unità formale dello Stato e l'acquisizione di mezzi giuridici adeguati a secondare le diverse parti, a far riemergere ciò che ha radici differenti, a dare un senso più vero alla pluralità delle fonti della disciplina.

Di fronte all'opera di Mortati, il quale ha operato indubbiamente delle scomposizioni nell'unità pensata secondo la tradizione, ma non le ha condotte a compimento, si rimane così avvolti da un'ombra di insoddisfazione o di interrogativi senza risposta. Probabilmente Mortati ha raggiunto, per la dottrina del suo tempo, le colonne d'Ercole, spingendosi solo qua e là nell'oceano del futuro.

Ma la sua formazione culturale, come quella di giuristi a lui contemporanei, ed anche di più recente formazione, non gli consentiva di allontanarsi troppo dalla base di partenza e voleva anzi che dai principi storici dello Stato si continuasse a spremere ogni succo di ammodernamento democratico.

In ciò, la vasta e intensa produzione di Mortati mostra un punto limite: l'uso, in ogni caso sapiente, delle fonti dottrinali, una simpatia spontanea, oltre la critica razionale, per la cultura Weimariana, lo sforzo di adattamento degli schemi ricevuti alla esperienza attuale e reciprocamente di questa a quegli schemi, osservati e rielaborati sino al limite della tenuta, mi sembrano costituire elementi basilari per la considerazione e anche per la critica di questo autore, così immedesimato nelle sue radici e quindi nel suo tempo.

Dei guizzi di modernità e di superamento dell'ordine concettuale più accreditato si ebbero in scritti relativamente recenti, per esempio in quello sulle leggi-provvedimenti o in quello sul sindacato di costituzionalità rispetto all'esercizio del potere regolamentare delegato: anche questi lavori sono però significativi non tanto perché Mortati abbia manifestato con essi nuova attenzione al fenomeno amministrativo: al contrario, sia nell'arco delle leggi provvedimento sia in quello dell'unificazione del procedimento di controllo di costituzionalità degli atti normativi ivi compresi i regolamenti delegati, Mortati conferma la sua netta propensione alla consolidazione della legittimità come specchio della garanzia delle leggi o del legislatore, talora addirittura sottovalutando la garanzia giudiziaria. Nessun rapporto diretto dunque dell'amministrazione con la Costituzione, ma esaltazione della fascia normativa come effetto della centralità politica.

Anche questo atteggiamento, sia pure giustificato alla stregua di troppi elementi o fattori culturali e positivi, rimane frutto evidente ed ultimo di quella sottovalutazione, nell'impianto costituzionale, dello spessore amministrativo dello Stato, che come si è veduto, ha radici abbastanza profonde nella dottrina costituzionale e alla quale neppure Mortati si è sottratto.

III. Singolare dissociazione dunque tra il Mortati pensatore e costituente cattolico, e il Mortati giurista: secondo la prima im-

magine, acutamente sensibile alle libertà, alla solidarietà, alle formazioni sociali e alle autonomie.

Nella seconda, attratto invece dal predominio sulla società delle forze politiche e puntigliosamente attento ai giochi riservati ai protagonisti politici, istituzionali e non istituzionali. Davvero singolare o non piuttosto specchio e raffinata traduzione della dissociazione che pervade tuttora la società italiana, attratta nello stesso tempo dalla autonomia delle sue formazioni spontanee e dalla subordinazione ai poteri politici? E non è così per molti altri scrittori e pensatori delle cose pubbliche, a cominciare dallo stesso Santi Romano, padre dell'istituzionalismo italiano e nello stesso tempo sagace e puntiglioso sistematore e descrittore delle istituzioni del potere, diviso quindi tra un'ispirazione di razionalità sociale ed una inclinazione alla suggestione positivista? E simili contrastanti fermenti e intuizioni non si trovano forse anche nella produzione di M.S. Giannini?

Il discorso allora si farebbe assai lungo e complesso, e dovrebbe includere le matrici culturali o gli ambienti nei quali questi e altri importanti studiosi si sono formati. Il giurista è del resto per sua natura diviso fra la contemplazione del sistema e dei punti di attacco del sistema stesso alla storia dell'ordinamento, e l'osservazione delle cose, la rincorsa degli avvenimenti o anche delle modeste vicende del quotidiano. Allora la coerenza dell'uomo-giurista o dell'uomo-pensatore *tout court* va ricercata più in profondità, al di sotto degli scritti o delle occasioni per scrivere. Gli scritti non sono infatti interamente fedeli al pensiero o al sentimento più riposto: il linguaggio di cui si fa uso è allo stesso tempo obbligante e deviante. Onde, a seconda degli oggetti di volta in volta osservati o trattati, può uscire dell'autore un'immagine diversa. Sapiente è chi riesce in ogni caso a far trasparire la fatica del proprio pensiero, ed è questa sapienza che riscatta l'autore dalle incertezze e dalle contraddizioni.

SABINO CASSESE

I CONTROLLI SULLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE IN MORTATI

1. Corte dei conti e « Ombudsman » al centro degli interessi di Mortati. Sfiducia nelle altre forme di controllo. — 2. Varietà degli istituti del controllo. — 3. Necessaria discrezionalità dell'amministrazione e sue condizioni « catastrofiche », secondo Mortati. — 4. La Corte dei conti collaboratore del Parlamento e consigliere dell'amministrazione. — 5. L' « Ombudsman » secondo Mortati (prima e seconda versione). — 6. Conclusioni.

1. Parlare dei controlli sulla pubblica amministrazione in Mortati, vuol dire parlare della Corte dei conti e dell'« Ombudsman ». Della prima, perché, forte della sua quindicennale esperienza alla Corte dei conti (1920-1936)⁽¹⁾, Mortati, sia in sede

(1) Nell'archivio della Corte dei conti, sono conservati lo stato di servizio e le note di qualifica di Mortati. Questi mi sono stati forniti dall'amico consigliere Enrico Gustapane, che vivamente ringrazio. Da essi risultano i dati che qui di seguito si riassumono.

Mortati, nato a Corigliano Calabro il 27 dicembre 1891, si era laureato in Giurisprudenza a Roma il 12 luglio 1914 con 90 punti su 100 (sic) e, poi, il 26 novembre 1917, sempre a Roma, in Filosofia, con punti 100 su 110. Nel 1931 (secondo altro documento, nel 1929) si laureerà anche in Scienze politiche. Procuratore legale dal 1915 e avvocato dal 1919, presta servizio militare nel 1918-1919. Dal 1926 insegnante (sic) di materie giuridiche ed economiche negli istituti tecnici.

Entra in servizio il 16 giugno 1920, come 11° vincitore del concorso per titoli a 58 posti di segretario. Dal dicembre 1923 fu collocato al grado 11° (vice-segretario). Promosso nel luglio 1925 al grado 10°. Primo vincitore del concorso per esami a 11 posti di primo segretario (grado 9°) nel luglio 1926, nel 1933 viene collocato nel grado 9° gruppo A, col titolo di aiuto referendario e, nello stesso anno, promosso vice referendario di II classe (grado 8°). L'anno successivo viene promosso vice referendario di I classe (grado 7°). Il 16 dicembre 1936, viene cancellato dal ruolo del personale dipendente dalla Corte dei conti per

politica alla Costituente, sia in quella scientifica, è un sostenitore convinto del controllo preventivo. Del secondo, perché Mortati ne è stato il più ardente ed autorevole sostenitore, ed, anzi, è l'autore di una complessa proposta di interpretazione costituzionale atta a consentire l'introduzione dell'istituto scandinavo, in Italia, al più alto livello.

Non si vuole dire, con questo, che altri metodi e procedure di controllo della pubblica amministrazione siano ignoti al Mortati. Come studioso che ha coltivato approfonditamente sia temi costituzionalistici, sia temi amministrativistici e come autore del più ampio manuale di diritto pubblico (pubblicato in ben nove edizioni e numerose ristampe, dal 1949 al 1976), Mortati ha certamente

essere nominato dalla stessa data professore straordinario di diritto costituzionale nell'Università di Messina.

Da questi elementi, si ricava che Mortati entrò alla Corte con un concorso per soli titoli e non ha mai esercitato funzioni di magistrato. Entrato nella carriera di concetto (ora carriera direttiva amministrativa), nel 1933 entrò nella carriera direttiva, dalla quale si accedeva alla vera e propria magistratura della Corte, che iniziava col grado di referendario (6°).

Detto della carriera burocratica, può essere interessante ricordare gli uffici ai quali è stato addetto. Cominciò (1920-1926) il suo lavoro alla Procura generale (settore del contenzioso delle pensioni di guerra); passò (1926-33) al riscontro degli atti relativi agli affari generali e al personale dell'amministrazione centrale della Marina, della Guerra e dell'Agricoltura; dal 1933, svolse le funzioni di segretario della I sezione giurisdizionale del contenzioso contabile, interessandosi anche della compilazione del massimario e svolgendo, poi, funzioni di segretario di udienza, salvo un breve periodo, nel quale fu addetto all'ufficio di controllo Agricoltura.

A partire dal 1926, le note di qualifica fino allora molto poche, pur se positive, sottolineano la « non comune » (poi, « vastissima ») cultura giuridica e amministrativa, il senso pratico, l'interessamento nella trattazione degli affari di ufficio, la grande serietà di carattere, la grandissima competenza, scrupolosità ed esattezza e, nel complesso, l'eccezionale valore.

Per completezza, si aggiunge che dagli atti di archivio si traggono i seguenti altri elementi: aveva conoscenza di nozioni di tedesco e di francese (poi si dice: legge e traduce francese e tedesco); dal 1933 (secondo altro documento dal 1929), assistente volontario nell'Università di Roma, Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale; nel 1936, libero docente di diritto costituzionale; con decreti del 7 e 15 giugno 1921, « sospeso dallo stipendio giorni 6 per mancanza prevista dall'art. 1 R.D. legge 24 aprile 1920 n. 473 astensione dal servizio giorni 6 durante lo sciopero e i comizi del giugno 1921 degli Impiegati ».

trattato di altre forme di controllo dell'amministrazione. Ma si può dire che su nessuna specie di controllo è tornato con tanto impegno come su quelli prima ricordati.

D'altra parte, questo si spiega anche con la sfiducia che Mortati manifesta per altre forme di controllo. Su quello del Parlamento sul governo si pronuncia nelle « Istituzioni », dove ricorda che, col crescente trasferimento al governo dell'attività legislativa, il Parlamento, nelle forme parlamentari contemporanee, diventa prevalentemente organo di controllo del governo. E aggiunge: « siffatta tendenza non si manifesta da noi, dove si abbonda in leggi regolanti i più minuziosi dettagli (ma non già nelle materie più importanti, affidate ancora a leggi antiquate e insufficienti!) o in leggende di carattere settoriale, mentre viceversa il controllo è esercitato malamente e sporadicamente » (2).

Ancor maggiore è la sfiducia di Mortati nella giustizia amministrativa. Nel 1965, scrive che questa è « sempre più imperfetta, tardigrada, costosa e spesso del tutto apparente; ciò che induce i singoli a ricercarla nell'influenza di protettori, fattori potenti di ulteriore disordine e corruzione » (3).

Né alcuna speranza ha Mortati nell'interessamento del cittadino al buon andamento del potere pubblico. Questo controllo è « praticamente inesistente, dato da una parte il nessun conto che il Parlamento fa delle petizioni ad esso indirizzate e dall'altra l'inutilizzabilità dell'azione popolare, oltretutto l'estrema limitatezza delle materie che ne possono formare oggetto per la mancanza dei presupposti cui è legato il suo rendimento » (4).

2. Individuato il centro degli interessi di Mortati in tema di controllo, occorre fare un passo indietro, per capire come è cambiato nel tempo il tema stesso del controllo, per essere, poi, in grado di valutare storicamente il pensiero di Mortati in materia, e il suo contributo scientifico e di proposta. Vedremo, infatti, che

(2) *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, VIII ed., 1969, II, p. 666, e IX ed., rielaborata ed aggiornata, Padova, Cedam, 1976, p. 696.

(3) *Il controllo parlamentare sulla pubblica amministrazione*, in *Rassegna parlamentare*, 1965, p. 353-363, ora in *Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, vol. IV, 1972, p. 147.

(4) *Ibidem*.

il controllo è uno di quegli istituti plurimi, che variano col procedere del tempo, per cui vengono ad assumere significati diversi in epoche diverse. Per cui il giudizio su chi se ne interessò va rapportato all'epoca, alle condizioni e agli sviluppi delle istituzioni di controllo.

Cominciamo col dire che quello del controllo è un problema non ignoto, ma assente nelle analisi della cultura giuridica del secolo scorso. In assenza di ricerche storiografiche, in Italia, bisogna far riferimento alla Francia, dove, se non la data di nascita, almeno lo sviluppo del diritto amministrativo è precedente a quello di altri paesi, come l'Italia. Ora, un'indagine recente ha messo in luce che, nella Francia del penultimo decennio del secolo scorso, nessuna opera giuridica presenta il controllo dell'amministrazione come una necessità. Che vi è una tendenza accentuata ad assimilare il controllo amministrativo al controllo detto di tutela degli enti locali. E che il solo controllo veramente studiato è quello giurisdizionale, ma senza che l'accento venga messo realmente sul suo aspetto di protezione del cittadino. Solo con Hauriou comincia lo sviluppo della tematica del controllo⁽⁵⁾.

I risultati — appena riassunti — dell'indagine francese confermano, dunque, che occorre procedere in modo analitico, perché il controllo non è il medesimo istituto nelle diverse epoche storiche. E, anzi, in alcune non appare neppure, mentre, poi, è andato ingrossandosi, fino ad apparire a taluno come l'argomento centrale del potere pubblico.

Cominciamo col rilevare che la circostanza che il tema del controllo non apparisse neppure, nel secolo scorso, non vuol dire che non vi fossero controlli. Solo che questi avevano altri nomi e corrispondevano ad altri scopi. In particolare, negli ordinamenti dello scorso secolo, vi erano almeno due istituti che noi faremmo ricadere nel genere del controllo. Da un lato, i controlli interni, in forme ispettive e di controllo gerarchico. Dall'altro, i controlli sui poteri locali. Ma i primi erano considerati parte dell'attività amministrativa, dalla quale non si distinguevano. Qui davvero « *juger l'administration, c'est aussi administrer* ». I secondi, più

(5) J. WALINE, *L'évolution du contrôle de l'administration depuis un siècle*, in *Revue du droit public*, 1984, sept.-oct., p. 1327.

che controlli, erano una tutela (i francesi hanno conservato anche il termine) essendo gli enti locali — come Santi Romano ricordava agli inizi di questo secolo — considerati alla stregua di minori.

Il tema del controllo si affaccia con l'affermarsi della tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione. Ma non si deve credere che il definitivo affermarsi del Consiglio di Stato come organo giurisdizionale (1872 in Francia, 1889 in Italia) produca subito lo sviluppo del concetto moderno del controllo giurisdizionale come azione diretta dal cittadino a tutelare una propria situazione soggettiva nei confronti dell'amministrazione. In origine, l'iniziativa del cittadino è vista piuttosto in funzione dello Stato, come modo per assicurare la legittimità della sua azione (prima è indifferente, poi secondario, che, così, la situazione soggettiva di un privato possa trovare una salvaguardia).

Il controllo cambia una terza volta quando le amministrazioni divengono corpi di grandi dimensioni e, per così dire, sfuggono di mano al governo. Ciò che era scontato in un'epoca precedente, con amministrazioni di proporzioni limitate, e cioè il « continuum » classe politica-governo-amministrazione, diventa ora un problema. Di qui nascono le istituzioni dirette ad assicurare il controllo del governo sull'amministrazione.

Il suffragio universale complicherà le cose, perché anche il Parlamento vorrà controllare l'amministrazione, non accontentandosi più di farlo attraverso il governo (ciò che si comprende, e giustifica se quest'ultimo, a sua volta, incontra numerose difficoltà nel controllare l'amministrazione).

L'ultimo sviluppo è imposto dal moltiplicarsi delle amministrazioni di servizio, le quali fanno sorgere problemi nuovi, come quello del controllo diretto dei cittadini (sia che avvenga in modo mediato, attraverso istituti del tipo del difensore civico, sia che avvenga in modo immediato, con forme di autoamministrazione) e quello del controllo diretto ad assicurare la funzionalità del servizio e la bontà del risultato.

Proprio dinanzi a questa multifunzionalità potenziale dei controlli, si affermano, infine, gli obblighi di pubblicità e quelli di « disclosure », che servono una pluralità di scopi, e consentono di porre in essere i vari possibili correttivi, perché rendono « visibile » il potere (secondo l'efficace espressione di Shonfield).

Questa breve ricapitolazione dei successivi modi di presentarsi del problema nel corso dell'ultimo secolo, permette di comprendere perché la questione sia così intricata, perché quasi tutti quelli che ci si sono dedicati ci hanno lasciato qualche penna e perché una vera e propria teoria dei controlli sia impossibile se non si storicizza (se — cioè — non si è veri giuristi e non si interrogano le norme e gli ordinamenti).

Infatti, nella prima delle epoche indicate, il controllo opera nell'interesse dell'amministrazione stessa, tanto che il controllare confina con l'amministrare. Così è anche all'inizio della seconda delle fasi, con la giustizia amministrativa, dove, poi, si sviluppa — però — il concetto del controllo nell'interesse del cittadino (ma l'ambiguità continua fino ad epoca recente, se il giudice amministrativo, oltre che tutore delle situazioni soggettive del cittadino, è garante delle prerogative della amministrazione). Tutt'altro significato assume il controllo nella terza fase, nella quale esso perde persino il suo significato originario, e diventa guida o comando (del governo e del Parlamento). Nell'ultima fase, l'attività di controllo amministrativo diventa mero strumento dell'azione civile o sociale, quando non arretra dinanzi a questa.

Né mancano complicazioni, per così dire, interne poiché — ad esempio — la guida parlamentare dell'amministrazione è alternativa a quella governativa (si pensi, ad esempio, agli organi amministrativi in gestione parlamentare diretta, come la R.A.I., o al controllo parlamentare sulle nomine governative sugli enti pubblici).

Come si vede, dunque, quello dei controlli è un tema pieno di intrichi. Nuovi controlli si affiancano ai vecchi. La funzione di molti di essi è multidirezionale. Molti rappresentano immagini superate del potere pubblico. La crisi dei controlli, di cui si parla da tanto tempo, è — ad un tempo — crisi dell'assetto dei controlli e crisi della scienza giuridica che, nonostante i molti inseguimenti, non è mai riuscita ad afferrare e ad analizzare il tema dei controlli.

3. Questa breve digressione sulla varietà degli istituti di controllo (e sulla loro scarsa omogeneità) è servita, per così dire, a dipingere lo sfondo sul quale collocare l'interesse e le proposte

di Mortati relative al controllo preventivo della Corte dei conti e al controllo popolare attraverso l'« Ombudsman ».

Ma — prima di passare ad esaminare queste due specie di controllo nel pensiero del Mortati — occorre vedere quali caratteristiche ha per lui l'attività controllata, l'oggetto stesso del controllo, l'attività amministrativa.

Ora, si può dire, a questo proposito, che Mortati è fermo ad una linea di pensiero costante. Un motivo ricorrente, nei suoi scritti, è che la pubblica amministrazione ha e deve avere (o meglio, non può non avere) ampia discrezionalità.

Il motivo è annunciato nel 1935, in « La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge »⁽⁶⁾, dove, in polemica con Zanobini, sostiene: « se si prescinde dalla norma generale e tuttavia si voglia affermare il carattere vincolato dell'attività amministrativa, si dovrebbe poter dimostrare che ogni parte di tale attività trovi la sua predeterminazione specifica in concrete disposizioni legali. Ma ammettere che vi sia una tale regolamentazione da parte della legge intesa come fonte positiva, non sembra corrispondente alla realtà di un ordinamento positivo e, quello che più conta, contrastante ad ogni pratica possibilità. La complessità, la molteplicità, l'imprevedibilità dell'azione statale rendono impossibile la predeterminazione — attraverso precise norme giuridiche — delle modalità dei singoli atti, sia pur considerati nel loro aspetto generico: onde la necessità di affidare all'iniziativa dei singoli funzionari la scelta o del tempo, o delle modalità o della qualità dell'azione ». « Da queste premesse si desume come, nel difetto di ogni criterio razionale per poter affermare una distinzione di principio fra attività amministrativa vincolata e attività discrezionale, l'esistenza della discrezionalità, in un dato caso, possa affermarsi solo a posteriori... ».

Questi concetti sono ribaditi nel 1966, nel discorso su « La crisi del Parlamento »⁽⁷⁾, dove Mortati critica le proposte di accrescere la attività legislativa del Parlamento, sostenendo che, così,

(6) Roma, Istituto di diritto pubblico, ora in *Raccolta di scritti*, cit., vol. II, p. 523 e p. 529.

(7) In Atti del convegno su *La sinistra davanti alla crisi del Parlamento*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 107 e ora in *Raccolta di scritti*, vol. IV, p. 163.

si distrarebbe il Parlamento dal buon andamento dei suoi compiti più importanti, si accrescerebbe l'ambito delle leggi inosservate e si diminuirebbe la discrezionalità che « non può non essere rilasciata all'amministrazione », essendo « più conveniente che sia essa stessa a disciplinarne l'esercizio ».

Gli stessi concetti sono spiegati costituzionalmente nelle « Istituzioni di diritto pubblico »⁽⁸⁾, dove afferma che « è da ritenere che l'esigenza della legalità intesa nel senso dell'intervento diretto (o delegato) del legislatore non vada oltre l'ambito risultante dal complesso delle riserve richieste espressamente dalla Costituzione (ed in questo senso risulta assorbito da queste ultime), ed altresì che essa trovi espressioni e soddisfazione anche nell'attività normativa non legislativa qual'è esplicata dalle fonti secondarie ».

Come un « leit-motiv », la tesi ricorre anche nella « Introduzione » al volume, di vari autori, su « L'Ombudsman »⁽⁹⁾, dove osserva che « l'enorme estensione assunta dai compiti statali conduce non solo ad accrescere gli interventi nella sfera dell'autonomia privata, ma a renderli poi sempre più ampiamente discrezionali facendo assumere loro un ruolo maggiormente autonomo rispetto a quello del legislatore (così da far apparire del tutto impropria la qualifica di « esecutivo » con cui la tradizione contrassegnava il potere dell'amministrazione)... ».

Dunque, secondo Mortati, l'amministrazione ha e deve avere un'ampia discrezionalità. Egli non si schiera con quegli utopisti che pensano che il Parlamento possa far tutto, anche amministrare il paese, eliminando, così, la ragione stessa del controllo. Si annuncia già da queste osservazioni l'idea di Mortati del controllo come contropotere, o almeno come strumento di correzione che proviene dall'esterno dell'amministrazione.

Questo è tanto più necessario — secondo Mortati — perché la condizione in cui si trova la pubblica amministrazione è — a suo parere — catastrofica. Nelle « Istituzioni di diritto pubblico »⁽¹⁰⁾ parla di « situazione di confusione o addirittura di semi-

(8) Cit., p. 329, ma si vedano anche le pp. 350 e 743 della VIII ed., nonché la p. 347 dell'IX ed.

(9) Utet, Torino, 1974, p. 4.

(10) Pp. 756 e 674 della VIII ed. e pp. 696, 808 e 697 della IX ed.

anarchia in cui si trova la pubblica amministrazione ». Più avanti, soggiunge « per unanime opinione l'attività della nostra amministrazione è inefficiente, tardigrada (al punto tale che spesso essa giunge a compimento quando le esigenze da cui era richiesta sono venute a cessare, oppure quando i mezzi predisposti per realizzarle non appaiono più adeguati alle situazioni mutate nel frattempo), senza contatto con le circostanze reali che la promuovono, né con gli interessati che ne sono destinatari. Una siffatta organizzazione mentre assorbe una parte cospicua delle entrate statali fornisce un rendimento del tutto inadeguato ». Dopo aver richiamato le vicende del ministero per la riforma della pubblica amministrazione e quelle delle proposte di riforma del procedimento, conclude: « la classe politica mostra di essere del tutto insensibile al problema fondamentale per la vita dello stato qual'è quello della funzionalità della pubblica amministrazione, e ciò sembra sia da addebitare più ancora all'abulia che la caratterizza che all'interesse a mantenere l'attuale stato di inefficienza e di disordine, propizio alle operazioni di sottogoverno. Solo un forte movimento di opinione pubblica potrà, dal basso, avviare ad un mutamento della catastrofica situazione ».

Con minore ampiezza di sviluppi, le stesse preoccupazioni si affacciano in « Parlamento e democrazia »⁽¹¹⁾, dove l'indipendenza (relativa) del governo dal Parlamento è vista come mezzo per « preservare l'amministrazione dalla invadenza dei parlamentari », e nella recensione al volume del Preti sul governo⁽¹²⁾, dove si segnala « un problema di grande importanza, che sorge dall'esigenza di garantire l'imparzialità dell'azione della pubblica amministrazione di fronte alle inframmettenze politiche ».

Un giudizio completamente negativo è ribadito, nel 1974, nell'« Introduzione » al volume su « L'Ombudsman »: « un modello burocratico di corpo chiuso in se stesso, che si ammanta di segretezza e si adagia nel tradizionalismo, poco permeabile al dinamismo della vita sociale, ma, per converso, non sempre insensibile a pres-

(11) In *Studium*, 1948, n. 11, p. 507, ora in *Raccolta di scritti*, cit., vol. IV, p. 20.

(12) In *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1955, p. 162.

sioni settoriali e clientelari di cui sono strumenti i gabinetti dei ministri » (13).

Dunque, Mortati afferma che l'amministrazione deve avere latitudine di poteri, ma sa bene che l'amministrazione che dovrebbe esercitare tali poteri è in condizioni — per così dire — subottimali. È difficile trovare nella scienza giuridica giudizi così pesanti come questi di Mortati, sia sulle condizioni amministrative, sia sull'atteggiamento della classe politica. Giudizi che si concludono quasi con un'incitazione alla rivolta, tanto più forte in quanto l'uno e l'altra sono contenuti in un manuale per l'Università.

4. Che cosa propone Mortati, dopo aver dato e ripetuto un giudizio così severo dell'amministrazione?

Si può dire, sinteticamente, che Mortati si pone da due punti di vista opposti, quello dell'amministrazione e quello del cittadino, ed ha fiducia nella prima e nell'ultima delle specie di controllo che si sono sopra indicate.

Sulla Corte dei conti e sulla sua funzione di controllo, Mortati ha occasione di esprimersi prima all'Assemblea costituente, nella seduta del 27 gennaio 1948 e, poi, nelle sue « Istituzioni di diritto pubblico ».

Nella prima occasione (14), dopo aver lamentato come « una delle più gravi jatture nel momento presente » la « mancanza di ogni controllo efficace sulle spese pubbliche », nell'illustrare l'articolo da lui proposto sul controllo preventivo della Corte dei conti, afferma che questo « non si risolve soltanto in atti annullati o dichiarati illegittimi, ma anche in una mancata emanazione di provvedimenti contrari alle disposizioni di legge. In altri termini, la Corte dei conti, mediante i suoi contatti con le diverse amministrazioni dello Stato, fa preventivamente sapere che certi provvedimenti non possono essere adottati, perché contrari alla legge. È così che molti provvedimenti illegittimi non vengono adottati da

(13) P. 4.

(14) A proposito della quale va ricordato che, in ordine al Consiglio di Stato e alla tutela giurisdizionale del cittadino, Mortati, si preoccupa solo che non vengano posti limiti all'esercizio del diritto di impugnativa degli atti amministrativi da parte dei cittadini.

parte delle varie amministrazioni. Il controllo preventivo sugli atti del governo riguarda anche l'uniformità di interpretazione di norme che, pur avendo un unico oggetto, si riferiscono a varie amministrazioni. L'intervento preventivo della Corte dei conti giova così a conferire unità di esecuzione a disposizioni di legge, che altrimenti potrebbero essere applicate con criteri diversi dalle singole amministrazioni. È da osservare soltanto che in tale campo il controllo preventivo della Corte dei conti dovrebbe essere reso assai più efficace » (15).

Il discorso è ripreso, in forma di interpretazione costituzionale, nelle « Istituzioni di diritto pubblico » (16). Qui egli si riferisce sia al controllo preventivo, sia a quello consuntivo, sia al controllo sugli enti sovvenzionati dallo Stato. Colpisce, innanzitutto, l'ampiezza della trattazione, specialmente se comparata al controllo, parallelo a quello della Corte dei conti, delle Ragionerie (17). Sembra quasi che Mortati ritenga quello delle Ragionerie un controllo minore per importanza.

Quanto al controllo della Corte dei conti, Mortati afferma che esso ha estensione molto ampia, perché deve accertare anche l'esistenza di sviamenti, errori, contraddittorietà nell'esercizio del potere discrezionale e sostiene che la Corte dei conti, in tale funzione, svolge un'attività amministrativa, che ha « come destinatari, da una parte, l'amministrazione controllata, alla quale rimane attribuita la facoltà di decidere circa la convenienza o meno di arrestare il corso dell'atto non ammesso a registrazione, e, dall'altra, il parlamento chiamato a dire l'ultima parola in ordine a tale giudizio di convenienza ». Si ha, in una parola, una « collaborazione della Corte con la funzione di sorveglianza del parlamento sulla gestione amministrativa dello Stato, onde assicurarne la conformità alla legge ».

Questo è — dunque — uno dei rimedi che Mortati indica alla « catastrofica » situazione della pubblica amministrazione, inefficiente e dominata dalle ingerenze politiche. Un corpo indipendente, ma in veste di consigliere. Si noti — infatti — con quanta

(15) Ora in *Raccolta di scritti*, cit., vol. I, p. 867-868.

(16) P. 757 ss. dell'VIII ed. e p. 808 della IX ed.

(17) P. 566 dell'VIII ed. e p. 602 della IX ed.

larghezza Mortati interpreti, prima e dopo, la funzione della Corte dei conti, fino a considerarla quasi l'« angelo custode » dell'amministrazione. La Corte è garante della legittimità, non meno del Consiglio di Stato, e con potestà di esame dell'attività amministrativa dotata di non minori capacità di penetrazione. Essa assicura l'uniformità dell'interpretazione delle leggi, nell'interesse dell'eguaglianza dei cittadini. Opera come consulente delle amministrazioni indicando quali progetti di atti amministrativi sono legittimi quali no. La Corte dei conti, secondo Mortati, è, quindi, un collaboratore, in posizione di indipendenza, del Parlamento, e un consigliere dell'amministrazione, nell'interesse dell'amministrazione stessa.

5. Se con la Corte dei conti siamo tra i controlli di ieri (la sua attività è ascrivibile alla prima delle varie specie di controlli prima elencate), con l'« Ombudsman » siamo tra quelli di oggi.

L'istituto è ben noto. Anzi, è ben noto che, a causa del suo sviluppo in due secoli di storia svedese e della sua diffusione, negli ultimi trent'anni, in almeno settanta paesi, in amministrazioni centrali e in amministrazioni locali, non si tratta, ormai, più di un solo istituto, ma di una famiglia di istituti. Per cui, ad esempio, il « Parliamentary Commissioner » inglese è diverso dal « Mediateur » francese.

Al difensore civico (adoperiamo ora l'espressione usata, in Italia, per regolare una specie di « Ombudsman », con ambito di operatività regionale, in circa una decina di regioni) Mortati arrivò lentamente. Era stato colpito — come molti — da quella sopravvivenza dell'antico diritto che è l'azione popolare, alla quale, nel volume per la R.A.I. su « La persona, lo Stato e le comunità intermedie »⁽¹⁸⁾, aveva dedicato una pagina.

Ha — però — modo di occuparsene a fondo nel 1965, nello scritto su « Il controllo parlamentare nella pubblica amministrazione », già menzionato. Lo scritto prende lo spunto dalla proposta socialista di introdurre — come poi è stato fatto — una « relazione al Parlamento sullo stato della pubblica amministrazione », ma presto abbandona il tema della « relazione », per osservare che la

(18) ERI, Roma, 1959, II ed., 1971, p. 226.

forma di governo parlamentare maggioritaria adottata dalla Costituzione e l'assenza di un potere d'inchiesta della minoranza fanno sì che il Parlamento non controlli l'amministrazione. Mortati conferma così il giudizio negativo sul Parlamento come strumento di controllo amministrativo, che abbiamo già trovato nelle « Istituzioni di diritto pubblico ». Né maggior successo hanno — dice Mortati — l'interessamento diretto dei cittadini e la giustizia amministrativa. Di qui la necessità di un difensore civico, che sia mezzo di difesa del cittadino e ausilio del Parlamento nel controllo dell'amministrazione.

Del difensore civico, Mortati configura una collocazione costituzionale, svolgendo un complesso ragionamento e articolando la seguente proposta. Una « commissione di inchiesta per il controllo della pubblica amministrazione », istituita con legge, per la durata dell'intera legislatura, potrebbe avere poteri maggiori, specialmente in ordine al segreto di ufficio, rispetto alle commissioni istituite da una sola Camera e regolate dalla Costituzione; e potrebbe, inoltre, valersi di esperti esterni alle Camere. Il difensore civico potrebbe — continua Mortati — essere un esperto, operante come organo inquirente della Commissione, con compiti di segnalazione, raccomandazioni e denuncia.

Sul difensore civico Mortati si trattiene anche nelle « Istituzioni di diritto pubblico », dopo aver rilevato la « carenza dei controlli » parlamentari sulla pubblica amministrazione. Per rimediare a tale carenza, egli dice che appare opportuna l'introduzione del difensore civico, così definito: « organo che... è collegato col Parlamento, chiamato ad eleggere il titolare attraverso votazioni a maggioranza qualificata, così da garantirne l'indipendenza dai partiti di governo, ma dotato di autonomia nell'esercizio delle funzioni affidategli, consistenti nel controllo dell'operato dei preposti alla pubblica amministrazione, a cominciare dai ministri, su segnalazione dei cittadini lesi dai comportamenti dei medesimi, o d'ufficio, con l'obbligo, oltretutto di riferirne al parlamento, di procedere altresì a denuncia di quelli fra essi suscettibili di dar vita ad illeciti disciplinari o penali, ed inoltre di facilitare il promuovimento delle azioni di annullamento o di risarcimento, da parte di coloro che risultino lesi nei loro diritti o interessi senza però mai sostituirsi

agli organi dell'amministrazione attiva o della giurisdizione, ma solo agevolando l'adempimento dei compiti loro spettanti » (19).

Mortati ritornerà sul tema nella « Introduzione » al volume *ad hoc*, già menzionata, dove, però, attenua la portata dell'istituto, chiamato sia « alla tutela e soddisfazione delle esigenze del cittadino nei suoi rapporti con l'amministrazione », sia « al fine di cooperare al miglioramento funzionale di quest'ultima ». Qui, in certo modo, Mortati riscopre l'ambivalenza originaria della giustizia amministrativa, applicandola all'« Ombudsman ». Questo dovrebbe operare come tramite tra cittadini e amministrazione, per assicurare la partecipazione dei primi alla seconda; agire come strumento selettivo delle pretese dei singoli e come promotore della diffusione di senso civico; giungere alla migliore utilizzazione dell'attività amministrativa: compito, questo, che dovrebbe essere facilitato dalla posizione dell'osservatore, « in immediato contatto con il reale funzionamento della macchina burocratica, così da poter cogliere all'interno dei luoghi di gestione, ma con il distacco proprio dell'estraneo alla gestione, una messe di elementi che sfuggirebbero altrimenti ». Questi elementi, portati all'attenzione dell'opinione pubblica, servirebbero a sensibilizzarla e ad interessarla all'amministrazione.

Mortati, dunque, qui aggiunge un elemento nuovo, la finalità « di risalire dalla constatazione delle disfunzioni ai fattori che le determinano », nell'interesse della riforma dell'amministrazione.

Anche circa l'organizzazione, Mortati modifica la sua prima proposta. L'« Ombudsman » potrebbe essere un organo bicamerale, ma non un delegato di una commissione d'inchiesta. Una commissione di vigilanza bicamerale dovrebbe, invece, essere — continua Mortati — l'organo destinatario delle relazioni e delle denunce dell'« Ombudsman », per evitare che esse rimangano insabbiate.

6. Dei molti controlli, due sono, dunque, quelli presenti in Mortati, il più antico e il più nuovo. Il primo diretto ad operare dall'interno, il secondo dall'esterno. Ambedue affidati ad organi vicini all'amministrazione, come loro consiglieri, ma da questa

(19) P. 674 della VIII ed. e p. 696 della IX ed.

indipendenti. Ma il primo svolto d'ufficio, il secondo su iniziativa di chiunque.

Sono compresenti, in Mortati, una rivolta profonda nei confronti dell'amministrazione e della classe politica (nei confronti delle quali nessuno studioso di diritto pubblico ha adoperato, in opere scritte per l'insegnamento, parole più gravi) e un convinto realismo (che lo induce a soppesare le proposte e a muoversi con equilibrio). In nessun momento, Mortati pensa — come molti pensarono ingenuamente in quegli stessi anni — che l'amministrazione potesse essere esclusa o limitata. Anzi, è sempre preoccupato di aiutarla a funzionare, nonostante i tanti difetti interni ed esterni, sua preoccupazione ultima essendo l'efficienza amministrativa. Altri — quando sarà l'ora di studiare non il pensiero soltanto di Mortati, ma il modo in cui esso si lega ai successi delle sue proposte — valuterà la bontà della proposta di Mortati. Oggi, nel tracciarne una storia intellettuale, si può solo suggerire ai futuri autori che Mortati, nella fase della confusione delle lingue, seppe vedere giusto, pensando solo a quel che contava.

ANGELO ANTONIO CERVATI

LE GARANZIE COSTITUZIONALI NEL PENSIERO DI COSTANTINO MORTATI

1. Cenni generali a proposito delle garanzie costituzionali e delle garanzie del diritto obbiettivo. — 2. Garanzie dirette e garanzie indirette; eterogeneità e complessità del sistema delle garanzie costituzionali. — 3. Le garanzie del mantenimento della continuità repubblicana e la potestà di revisione della Costituzione; altri congegni di garanzia. — 4. L'interpretazione della Costituzione e le garanzie di un ordinamento democratico e pluralista. — 5. Cenni sul diritto di resistenza nel pensiero di C. Mortati. — 6. Le garanzie giurisdizionali del diritto obbiettivo. - Conclusioni.

1. Il tema delle garanzie costituzionali, così inscindibilmente legato alla capacità di un ordinamento costituzionale di imporsi e di farsi valere, ma anche di assicurare effettivi ambiti di libertà e di autonomia, si colloca obbiettivamente al centro di ogni ricostruzione sistematica del diritto costituzionale. Ad esso hanno dedicato attenzione i classici del pensiero politico e filosofico⁽¹⁾ ed ogni esposizione organica del diritto costituzionale

(1) Tra i molti scrittori di filosofia e di politica che si sono occupati delle garanzie del diritto obbiettivo e delle garanzie costituzionali in particolare, ci limitiamo a ricordare ARISTOTELE, *Politica* (traduzione di R. Laurenti), libro V, spec. 1310a (ma anche 1307a e ss.), del quale sono spesso richiamate le considerazioni sull'importanza dell'educazione « *nello spirito della costituzione* », al fine di « *assicurare la stabilità della costituzione* », e quelle sulla necessità, sempre allo scopo di conservare le costituzioni, di assicurare « *che non si trasgredisca la legge* » e che « *i cittadini stiano in guardia e non allentino la vigilanza intorno alla costituzione* », nonché sull'importanza, sempre in vista dello stesso fine, della determinazione dei requisiti o qualità necessarie per accedere alle magistrature supreme; PLATONE, *Le leggi*, XII, 10, 961a e ss., dove si tratta dei compiti del consiglio dei custodi delle leggi e della sua composizione; tra i moderni, HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, § 286 (tra-

avverte l'esigenza di esaminare i principali istituti che svolgono una funzione di garanzia costituzionale, mentre non mancano d'al-

duzione di F. Messineo, che insiste sulla reciproca funzione di garanzia oggettiva delle diverse parti della costituzione; ma sono soprattutto gli autori che hanno trattato più ampiamente della separazione dei poteri che hanno dedicato maggiore attenzione al tema delle garanzie costituzionali, a partire da MONTESQUIEU, *Esprit de lois*, parte II, libro IX, cap. IV, VI e *passim*, al quale si possono idealmente ricondurre le dottrine che vedono nella divisione dei poteri e nel sistema di reciproci equilibri che ne discende la garanzia fondamentale della costituzione; a tale impostazione si contrappone la concezione kantiana (KANT, *Metafisica dei costumi* (traduzione G. Vidari), parte II, sez. I, par. 45 ss.) della separazione dei poteri, legata a presupposti più rigidi nella distinzione tra le funzioni statali. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, ed. IX, Padova, 1975, p. 391 s., dedica particolare attenzione alla funzione di garanzia propria della separazione dei poteri nel pensiero di Montesquieu, « la teorizzazione più aderente all'ordinamento voluto attuare nel continente » e la più fedele ad uno schema nel quale si realizzi un reciproco controllo tra i poteri statuali, corrispondente ad un equilibrio tra le forze sociali (da tale separazione si fa discendere « la necessità per ciascuno (dei poteri) di mantenersi nella sfera assegnatagli, per non incorrere nell'opposizione » proveniente da altri poteri); MORTATI, *ivi*, p. 393, contrappone alla visione garantistica montesquiviana quella kantiana ed ogni altra concezione che finisce per « considerare la ripartizione tripartita delle funzioni sub specie aeternitatis » ed è condotta a concepire i poteri quali « entità distinte », col risultato di « disconoscere l'effettivo valore empirico, relativistico, strumentale da assegnare alla tripartizione stessa, perché collegata alla struttura politico-sociale ed ai fini propri di una particolare fase dell'ordinamento statale » (*ivi*, p. 393 s.); MORTATI, *Istituzioni*, tomo I, cit., p. 395 e *passim*, insiste ripetutamente sulla impossibilità di far corrispondere ad ogni funzione delimitata sotto l'aspetto materiale del suo contenuto, atti sempre correlativi a questo (v. anche Id., *Istituzioni*, tomo II, cit., pp. 783 ss., 763 ss.; Id., *Lezioni sulle forme di governo*, Padova, 1973, spec. p. 83 ss.; Id., *Le leggi-provvedimento*, Milano, 1968, p. 47 ss. e *passim*). Tra le dottrine delle garanzie costituzionali più articolate e di maggiore interesse per i giuristi è il caso di ricordare B. CONSTANT, *Principes de politique* (si veda la traduzione italiana a cura di U. Cerroni, Roma, 1965, pp. 65 ss., 77 ss., 228) e il discorso *Della libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, *ivi*, p. 262 ss.); sul garantismo di Constant si veda BARBERIS M., *Benjamin Constant (rivoluzione, costituzione, progresso)*, Bologna, 1988, pp. 173 ss., 303 ss.; ZANFARINO A., *La libertà dei moderni nel costituzionalismo di Benjamin Constant*, Milano, 1961, p. 145 ss. Si veda inoltre l'opera di BENTHAM, *Constitutional Code*, vol. I, Oxford, 1983, p. 87 s., *ivi* i continui riferimenti al sistema delle « securities » o garanzie del diritto obiettivo (si pensi alla connessione tra il sistema delle securities ed il costante riferimento al tribunale del-

tra parte trattazioni specifiche su questo tema⁽²⁾. Il panorama delle ricostruzioni dogmatiche del sistema delle garanzie costitu-

l'opinione pubblica, alle garanzie disposte per la nomina dei funzionari e per la responsabilità di questi ultimi ed all'orientamento a trasporre in termini di garanzia obbiettiva ogni discorso sulla libertà individuale) piuttosto che alle enunciazioni dei diritti del singolo contenuti nelle carte dei diritti (diritti che questo A. considerava « *fictious entities* »; per la critica alle dichiarazioni dei diritti si veda spec. BENTHAM, *Anarchical Fallacies*, in *The works of J. Bentham*, a cura di Bowring, 1838-43, vol. II, p. 501 ss.

(2) Si veda anzitutto GALEOTTI S., voce *Garanzia costituzionale*, in *Enc. del dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, spec. p. 492 e ss., p. 500 ss., p. 509 ss.; Id., voce *Controlli costituzionali*, in *Enc. del dir.*, vol. X, Milano, 1962, p. 326 ss.; Id., *La garanzia costituzionale (presupposti e concetto)*, Milano, 1950, spec. p. 151 ss.; Id., *Introduzione alla teoria dei controlli*, Milano, 1963, spec. p. 72 ss., p. 123 ss. (secondo il GALEOTTI, le garanzie costituzionali in senso tecnico e specifico devono « necessariamente entificarsi », organizzandosi in entità soggettive distinte e contrapposte rispetto ad altre, contro cui agire al fine di garanzia »); FERRARI G., voce *Guarentigie costituzionali*, in *Novissimo Dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1962, p. 44 ss., e spec. p. 46, secondo il quale, « *si ha garanzia giuridica, quando il congegno, positivamente disciplinato, si risolve in una funzione, la quale presuppone un organo, caratterizzato a sua volta dall'estraneità ad ogni interesse particolare e dall'accessorietà nei confronti dell'organo agente* »; Id., *Gli organi ausiliari*, Milano, 1965, p. 319 ss.; CHIARELLI G., *Appunti sulle garanzie costituzionali*, in *Studi Crosa*, tomo I, Milano, 1960, spec. p. 530 ss., dove afferma che in senso tecnico la garanzia si caratterizzerebbe per « *l'accessorietà* », e costituirebbe un ulteriore rafforzamento della tutela di un bene giuridico; PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, *Lezioni*, capp. III-IV, Padova, 1984, p. 68 ss., secondo il quale « *più che sugli 'organi' di garanzia, l'attenzione deve essere rivolta alle 'tecniche' di garanzia, con ciò alludendosi a quelle discipline... che, pur potendo svolgere anche una funzione diversa, ciò non di meno costituiscono un rafforzamento della tutela accordata ai diritti dal puro e semplice riconoscimento di essi* »; diversamente piuttosto nel senso di un ampliamento del concetto di garanzia costituzionale sembrano invece orientati LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, V ed., Torino, 1982, p. 516 ss., che distingue tra garanzie di diritto pubblico, garanzie costituzionali e garanzie della costituzione, e queste ultime distingue ulteriormente in garanzie di conservazione e garanzie di osservanza (che comprendono tanto i mezzi diretti ad assicurare l'attuazione della costituzione che quelli volti ad evitare la violazione delle norme costituzionali); Id., *Moderni istituti di democrazia*, Roma, 1968, p. 91 ss.; e TOSATO E., *La garanzia delle leggi costituzionali*, in *Costituente e costituzione*, Roma, 1946, p. 131 ss., che distingue dalle garanzie sociali, le garanzie politiche dell'ordine costituzionale e quelle giurisprudenziali, ed afferma che le garanzie politiche « *sono date dalla stessa struttura orga-*

zionali è caratterizzato, come è facile immaginare, da contrasti di opinione piuttosto profondi, proprio con riferimento ai concetti fondamentali, e, di conseguenza, i risultati cui giungono le diverse dottrine giuridiche nell'individuare il ruolo effettivo dei singoli tipi di garanzie costituzionali, divergono notevolmente. Basti pensare che gli orientamenti della dottrina variano a seconda che si abbia riguardo esclusivamente alla funzione di « garanzia costituzionale » assolta da organi di vertice dell'ordinamento ovvero si incentri l'attenzione sulle garanzie dei diritti costituzionalmente previsti e si faccia pertanto riferimento prevalentemente ai mezzi di tutela giudiziaria ed in genere ai rimedi a disposizione del singolo. È d'altra parte conforme alla tradizione delle meno recenti (ma non perciò meno valide) elaborazioni teoriche del diritto

nica assunta dalle supreme autorità dello Stato e dal modo di composizione e di formazione degli organi chiamati ad esercitarle » (ivi, p. 135 ss.); TOSATO considera inoltre la funzione di garanzia della divisione dei poteri, della composizione collegiale degli organi costituzionali, della periodica rinnovabilità degli organi democratici e del controllo politico; PIERANDREI F., *Le garanzie costituzionali nella confederazione elvetica*, in *Studi Crosa*, tomo II, Milano, 1960, p. 1419 ss., il quale esamina le esigenze di garanzia costituzionale in relazione al contenuto strutturale o materiale delle norme e con riferimento allo Stato federale e considera « l'esigenza di salvaguardare il singolare equilibrio su cui i sistemi stessi si fondano » (ivi, p. 1424) e rileva più in generale che i procedimenti di « revisione » della costituzione « sono stati appunto introdotti al fine di creare un mezzo capace di assicurare l'esistenza e l'efficacia di tale garanzia in modo continuo »; questo A. sottolinea che « la prima ed essenziale garanzia di una costituzione non può essere ritrovata se non nel quadro della costituzione medesima, nell'armonia interna del sistema normativo ed istituzionale che di essa è proprio, in quanto tale sistema riflette i dati fondamentali del ' regime politico ' di cui è germinazione » (ivi, p. 1423); Id., voce *Corte Costituzionale*, in *Enc. del dir.*, vol. X, Milano, 1962, p. 886 ss. Per la dottrina delle garanzie istituzionali si veda in particolare KLEIN F., *Institutionelle Garantien und Rechtsinstituts-garantien*, Breslau, 1934, spec. p. 150 ss.; SCHMITT C., *Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung*, in ANSCHÜTZ THOMA, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, vol. II, Tübingen, 1932, p. 595 ss., e soprattutto il saggio *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien*, in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-54*, Berlin, 1958, p. 140 ss.; si veda, inoltre, *Il custode della costituzione*, trad. A. Caracciolo, Milano, 1981, p. 204 ss., nonché *Dottrina della costituzione*, trad. A. Caracciolo, Milano, 1988, pp. 228, 242 e 480 ss.; HÄBERLE P., *Wesengehaltgarantie des art. 19, Abs 2*, Karlsruhe, 1988, pp. 72 ss. e 92 ss.

costituzionale approfondire l'esame delle garanzie costituzionali in tutta la loro ampiezza, considerando l'adeguatezza dei diversi congegni, rimedi o istituti che il diritto positivo di volta in volta presenta per assicurare il mantenimento di una determinata forma di Stato (si pensi ad esempio agli Stati federali) o il corretto funzionamento di una forma di governo, per garantire le libertà del singolo o per attivare congegni di responsabilità dei funzionari⁽³⁾.

(³) Per un esame delle garanzie costituzionali in trattazioni meno recenti di diritto costituzionale, ma sempre di grande interesse ed attualità, si veda ORLANDO V.E., *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, in *Bibl. di Scienze politiche* diretta da A. Bruniati, Torino, 1888, p. 935 ss., p. 1055 ss., secondo il quale « *disunire, come spesso si fa, la considerazione "delle libertà individuali da quelle politiche" è cosa non solamente dannosa per sé stessa, ma altresì perché può contribuire a quella funesta tendenza di credere che tutto si riduca alla mera affermazione dei diritti politici o alla mera difesa dei diritti civili* »; PALMA L., *Corso di diritto costituzionale*, vol. II, Firenze, 1880, p. 16, dove si afferma: « *la vera guarentigia costituzionale si è nell'ordinamento politico ed amministrativo, cioè nello stesso ordinamento dei pubblici poteri* » e si fa riferimento tanto alle garanzie consistenti nei « freni » che ogni potere incontra e che « *lo costringano a rimanere nell'ordine giuridico* », quanto alle garanzie che « *tutelino il cittadino contro gli arbitri, ... riparino i torti fattigli* »; UGO G., *Leggi incostituzionali*, Macerata, 1887, p. 207 ss., ed *ivi* le interessanti considerazioni su varie istituzioni di garanzie, dagli « avogadori » veneziani agli « efori » della costituzione napoletana del 1799; ARANGIO RUIZ G., *Guarentigie costituzionali*, Napoli, 1886, p. 1 ss., 81 ss., 217 ss., il quale distingue le « guarentigie costituzionali », in « *guarentigie fondamentali* » (potere esecutivo e governo degli interessi locali), « *guarentigie regolatrici* » (organizzazione del potere legislativo) e « *guarentigie limitatrici* » (limiti in rapporto ai pubblici poteri, responsabilità dei pubblici funzionari e limiti in rapporto agli individui). SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, 1908, p. 33 ss., dove esamina le « guarentigie politiche del governo legale » distinte da quelle giuridiche; con riferimento alle garanzie nei rapporti tra singoli e pubbliche amministrazioni; si veda inoltre BERTOLINI P., *Delle garanzie e della legalità in ordine alla funzione amministrativa*, Roma, 1890, p. 13 ss.; e, più tardi, RANELLETTI O., *Le guarentigie nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, *passim* e spec. p. 189 ss., che, in linea con le concezioni politiche allora dominanti, esprime forti perplessità sulla funzione di garanzia dei controlli parlamentari e in genere sulle « guarentigie costituzionali »; di grande interesse è sempre la trattazione delle garanzie del diritto pubblico in JELLINEK G., *Allgemeine Staatslehre*, 1928, ristampa Kronberg, 1976, p. 788 ss., ove si distinguono le garanzie giuridiche a seconda che prevalga la considerazione del diritto obbiettivo o di quello soggettivo,

Siffatte considerazioni inducono ad adottare, nell'esame delle garanzie costituzionali, una prospettiva che tenga ferma la connessione tra il tipo di costituzione realmente esistente ed il sistema delle garanzie operante in quell'ordinamento, ponendo in primo piano le esigenze, gli « interessi », i « valori » oggetto di protezione giuridica. Se si considerano in particolare alcune forme di « garanzia costituzionale », alcuni istituti qualificati come tali nella storia costituzionale europea, colpisce anzitutto l'eterogeneità e varietà delle figure giuridiche e delle discipline di volta in volta adottate⁽⁴⁾. Ciò conferma la difficoltà di procedere in questa materia sulla base di definizioni astratte, alla ricerca dei pretesi caratteri « essenziali » del concetto di garanzia costituzionale, anziché muovere dalla connessione tra il tipo di ordinamento costituzionale che si tratta di garantire ed i congegni predisposti a tal fine.

pur riconoscendosi che un momento di tutela del diritto obbiettivo è sempre presente anche nelle garanzie dei diritti soggettivi.

Sulla funzione garantistica della separazione dei poteri si veda SAINT GIRONS A., *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, 1885, p. 88 ss. e spec. p. 91; ESMEIN A., NÉZARD H., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, tome I, Paris, 1927, p. 497 ss.

(4) Si veda in proposito l'interessante monografia di RAUSCHING D., *Die Sicherung der Beachtung von Verfassungsrecht*, Berlin u. Zürich, 1969, p. 75 e passim, nonché i riferimenti ai vari istituti di garanzia costituzionale presenti nelle costituzioni tedesche, alla funzione di garanzia costituzionale del giuramento, alla struttura collegiale degli organi costituzionali, alla dottrina della pubblicità come mezzo di garanzia costituzionale etc. In particolare si rinvia alle indicazioni contenute nella costituzione tedesche del primo '800 e nella costituzione di Francoforte del 1849 sotto il titolo « garanzia della costituzione » (« *Gewähr der Verfassung* », sezione VII della costituzione di San Paolo, §§ 190-196) ed ivi la disciplina del giuramento, l'accusa contro i ministri per violazione della costituzione e la disciplina della revisione costituzionale; cfr. inoltre WELCKER C., voce *Garantien*, in *Staatslexikon*, vol. V, Alton, 1847, p. 344 ss. Tra le opere in tema di garanzie costituzionali più diffuse nel secolo scorso, si ricorda CHERBULIEZ A., *Theorie des garanties constitutionnelles*, tomo I e II, Paris, 1838, spec. tomo I, p. LI ss. e 31 ss., dove distingue tra « *garanties antérieures ou d'élimination* » e « *garanties postérieures* », che operano nei confronti di chi è titolare di funzioni pubbliche e si distinguono in formali e consequenziali (v. spec. tomo II).

È chiaro d'altronde che quanto più un assetto istituzionale si ispiri ai principi della democrazia e del pluralismo, tanto più avrà bisogno di un sistema di garanzie aperto, articolato ed in grado di far fronte all'esigenza di assicurare le condizioni per lo svolgimento di una vita costituzionale più complessa e più libera.

Il problema delle garanzie costituzionali in ordinamenti di questo tipo non può inoltre esaurirsi con l'istituzione di apposite istanze dirette ad assicurare un'interpretazione unitaria dei testi costituzionali, ma investe tutto l'ordinamento costituzionale sotto vari profili, ivi compresi i controlli contro gli abusi da parte dei titolari di funzioni pubbliche, i controlli politici, tutta la serie delle garanzie messe a disposizione delle minoranze, i mezzi a disposizione delle opposizioni non soltanto parlamentari, l'azionabilità di pretese del singolo e delle formazioni sociali che trovino un fondamento nella costituzione. Si potrebbe obiettare che ampliando in questo modo il quadro delle « garanzie costituzionali » vada perduta una rigorosa definizione tecnico-giuridica di garanzia della costituzione; ma è facile replicare che le definizioni giuridiche si legittimano in quanto assolvono la funzione rispetto alla quale sono assunte come strumento e si può d'altra parte aggiungere che per qualificare come costituzionale una determinata garanzia è necessario soltanto poterla ricondurre ad una funzione di mantenimento dell'ordinamento costituzionale ⁽⁵⁾. Ulteriori di-

⁽⁵⁾ Per chi proceda ad uno studio sulle garanzie costituzionali tenendo anzitutto conto dell'ampio arco delle esigenze da garantire — esigenze che non possono ridursi soltanto a quelle dell'uniformità nell'interpretazione della costituzione — il quadro delle garanzie costituzionali dovrà necessariamente risultare ampio e variamente articolato. Opporre agli interessi, diversi tra loro, che reclamano la garanzia di « valori costituzionali » non sempre coincidenti, una pretesa apoliticità della costituzione ed una definizione tecnica del concetto di garanzia costituzionale significa eludere interrogativi essenziali in ogni ordinamento costituzionale con risposte non adeguate al reale svolgimento della vita costituzionale, cfr. MORTATI, *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, a cura di S. Fois, Roma (ed. Ricerche), 1960, p. 224, dove afferma che « il concetto di garanzia non deve essere inteso in senso restrittivo e meramente tecnicistico »; per una critica contro chi « muove da un concetto convenzionale restrittivo di garanzia e che considera come diversità sostanziali quelle che, se mai, possono valere come differenze quantitative », cfr. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in *Studi in memoria di L. Rossi*, Milano, 1952), ed ora in *Raccolta di scritti*, vol. II, Milano, 1972, p. 16.

stinzioni e definizioni sono sempre possibili specialmente ove la serie dei congegni, istituti, rimedi risulti articolata ed eterogenea nelle sue componenti; meno legittime sembrerebbero restrizioni aprioristiche giustificate esclusivamente sulla base di pretese esigenze di costruzione del sistema dei concetti giuridici, senza peraltro tener conto del fatto che nel diritto vigente potrebbe non esserci una netta cesura tra istituti di garanzia costituzionale direttamente disciplinati dalla costituzione e funzioni di garanzia costituzionale assolte da organi o congegni di garanzia del diritto obbiettivo.

L'insegnamento mortatiano in tema di garanzie costituzionali si sviluppa secondo molteplici linee direttive, che hanno sempre il merito di rimettere in discussione luoghi comuni e di porre i presupposti per una più approfondita analisi dei singoli congegni di garanzia. Mortati inserisce anzitutto le garanzie costituzionali nell'ambito più vasto delle « garanzie del diritto obbiettivo », seguendo in ciò una lunga tradizione che suole dare maggior rilievo al modo di operare dei singoli congegni di garanzia, alla loro disciplina nel quadro del diritto obbiettivo, al loro radicarsi nell'ordinamento, piuttosto che alla loro subbiettivizzazione, alla esclusiva analisi degli strumenti processuali previsti per la tutela dei diritti. Questa impostazione non esime, come è evidente, dall'approfondire l'adeguatezza e l'entità dei congegni e strumenti e rimedi processuali predisposti dall'ordinamento tanto per garantire il rispetto del diritto obbiettivo che per assicurare la tutela dei diritti garantiti dalla corte costituzionale o dalle dichiarazioni dei diritti, e non può perciò apparire riduttiva del sistema costituzionale delle garanzie.

Il secondo punto che merita d'essere segnalato fin d'ora è costituito dalla non omogeneità dei congegni o strumenti di garanzia costituzionale. Questa eterogeneità dei congegni di garanzia dipende anzitutto dalla premessa da cui muove Mortati, quella della insufficienza delle tradizionali garanzie dello Stato di diritto a far fronte alle esigenze di adeguamento del disegno organizzativo della costituzione italiana ai nuovi principi costituzionali supremi che caratterizzano l'ordinamento repubblicano. L'ordinamento costituzionale dovrebbe essere posto in grado di reagire ogni volta che tali principi vengano messi in pericolo o venga compromesso

il perseguimento delle finalità costituzionali preminenti, sia che la minaccia derivi da un disegno di legge di revisione costituzionale sia da altri tentativi da parte dei pubblici poteri o da parte di forze sociali che oppongono « *remore occulte... ai mutamenti pur richiesti dalla costituzione* » (6).

Il terzo punto che intendiamo segnalare fin d'ora è il carattere « aperto » dell'elenco delle garanzie costituzionali tracciato da Mortati, che consente di cogliere profili di garanzia anche in istituti o congegni che svolgono prevalentemente funzioni diverse e di mantenere aperto il dialogo tra i diversi poteri statuali sul modo in cui garantire il rispetto della costituzione e dei suoi principi fondamentali. Mortati non identifica le garanzie costituzionali partendo da definizioni aprioristiche, ma tende piuttosto a cogliere e differenziare la funzione di garanzia presente in istituti diversi, tenendo soprattutto conto delle effettive resistenze che può incontrare l'attuazione della costituzione (7) e della stessa evenienza che ad agire a tutela dei valori costituzionali possano essere non gli organi dello Stato ma parti della società che agiscono in funzione di « controforze ». La considerazione che non esistono monopoli nella funzione di garanzia della costituzione non impedisce ovviamente di differenziare il ruolo e talora i limiti dei diversi congegni di garanzia, tenendo anche conto del diverso modo di operare; mentre il frequente richiamo ai processi reali di sviluppo delle istituzioni politiche, suggerisce di tenere anzitutto conto degli interessi in gioco e dei « valori » costituzionali che si tratta di garantire con priorità per mantenere l'identità stessa dell'ordinamento statale.

(6) Cfr. MORTATI, *Istituzioni*, tomo II, ed. IX, p. 1038; Id., *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, cit., p. 232.

(7) Cfr. MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, cit., spec. p. 147 e 168, dove afferma che « *sono la composizione e le finalità delle forze sociali in relazione all'ambiente in cui operano che conducono ad assegnare alla costituzione formale valore diverso* »; si veda anche l'analisi mortatiana del sistema delle garanzie formali proprie dello Stato di diritto nella concezione liberale, un sistema nel quale si tenta di esaurire ogni esigenza di rispetto della costituzione in quello del rispetto delle forme, col risultato di costruire un concetto di costituzione « *che viene ad occultare la sostanza politica* »; cfr. inoltre MORTATI, *La costituzione materiale*, Milano, 1940, p. 135 ss.

Partendo da questo punto di vista, l'individuazione dei vari « congegni » di garanzia ha anzitutto lo scopo di chiarire la stessa evoluzione del concetto di costituzione, sicché la storia delle costituzioni finisce con l'identificarsi in larga misura con la storia delle garanzie costituzionali⁽⁸⁾. Si pensi al giuramento solenne di fedeltà a determinati patti e soprattutto alla funzione di garanzia della « scrittura » di testi aventi rilievo costituzionale, all'affermarsi della « rigidità » delle costituzioni, fino alla predisposizione di sempre più complesse ed articolate procedure di « revisione costituzionale »⁽⁹⁾.

Vicende che costituiranno la base delle prime riflessioni dei giuristi sulle garanzie del rispetto dei patti scritti e poi delle carte dei diritti⁽¹⁰⁾ e che condizioneranno le successive costruzioni teoriche ed elaborazioni del sistema delle garanzie. La riflessione mortatiana sulle garanzie costituzionali continuerà a mettere in evidenza, come avremo modo di vedere, l'eterogeneità dei congegni di garanzia, i diversi profili e funzioni di garanzia assunti da istituti giuridici, rimedi, congegni tra loro profondamente diversi, che vanno dalla « revisione costituzionale » al « diritto di resistenza », dalla giurisdizione costituzionale alle tradizionali garanzie dello Stato di diritto, tutte inserite nel più ampio quadro delle « garanzie del diritto obbiettivo »⁽¹¹⁾.

2. La definizione di garanzia dalla quale Mortati muove ricomprende « ogni congegno di protezione di determinati inte-

(8) MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. del dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 142 ss., a partire dalla funzione delle prime garanzie dei diritti aventi una base consensuale, alla redazione delle carte delle libertà, alla successiva crescente attenzione alla determinazione e stabilizzazione delle « strutture necessarie » ad assicurare un nuovo ordine, fino alla nozione di costituzione distinta dalla dichiarazione dei diritti nelle esperienze francese e americana.

(9) Per i riferimenti alle funzioni di garanzia cfr. RAUSCHNING, *op. cit.*, p. 71 ed ivi riferimenti a varie costituzioni tedesche; KRÜGER H., *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, 1964, p. 313 ss. ed ivi citazioni. Per i riferimenti alle funzioni di garanzia della « scrittura » si veda MORTATI, *op. ult. cit.*, p. 142 ss.

(10) Cfr. MORTATI, *op. ult. cit.*, p. 142 ss. e gli scritti citati più avanti alla nota (15).

(11) MORTATI, *Istituzioni*, tomo II, ed. IX, cit., p. 122 ss.

ressi contro l'eventualità di offese cui siano esposti » (12). Questa definizione, sorretta da una concezione unitaria del diritto obiettivo (13), è quella che ispira la trattazione mortatiana delle varie garanzie costituzionali. Presupposto di tutto il quadro delle « garanzie del diritto obbiettivo » è a sua volta una concezione della « costituzione materiale » intesa principalmente quale nucleo di principi o valori supremi che pervadono l'intero ordinamento giuridico o ne condizionano lo sviluppo, l'interpretazione e l'applicazione.

Questa nozione ampia di garanzia, comprensiva di « congegni » aventi una struttura ed un modo di operare molto diversi l'uno dall'altro, è la sola che possa adeguarsi alla concezione mortatiana delle garanzie costituzionali. Il discorso mortatiano non si sviluppa infatti assumendo come modelli più o meno esclusivi di riferimento alcuni organi dello Stato ed il loro modo di operare al fine di garantire il rispetto della Costituzione, ma è rivolto piuttosto a cogliere in primo luogo le esigenze da garantire, al fine di assicurare un corretto funzionamento della vita costituzionale ed il mantenimento di una certa forma di Stato. Ciò spiega anche d'altra parte perché l'elencazione mortatiana delle garanzie non si presenti come esaustiva e perché Mortati

(12) La definizione è riportata all'inizio della parte VI delle « *Istituzioni* » intitolata « *le garanzie del diritto obbiettivo* »; MORTATI, *Istituzioni*, tomo II, ed. 9^a, Padova, 1976, p. 1224; cfr. ID., *Introduzione alla costituzione di Weimar*, Firenze, 1946, ed ora *Raccolta di scritti*, vol. IV, Milano, 1972, p. 350, « *il successo di una costituzione non può essere affidato ai programmi che essa contiene, bensì all'efficacia dei congegni che essa riesca a porre in essere* »; ID., *La comunità statale*, in *Justitia*, 1957, ed ora *Raccolta di scritti*, vol. IV, cit., p. 100.

(13) MORTATI, *Istituzioni*, tomo I, ed. 9^a, Padova, 1975, p. 6 e p. 301, dove definisce il diritto oggettivo come il « *metro che misura* » o come « *la volontà obbiettivata e costante dell'ordinamento che si assume a criterio* » delle qualificazioni delle relazioni tra i membri del gruppo e sottolinea l'importanza che nella genesi del diritto acquista il momento « *della concreta qualificazione e della concreta garanzia dei particolari e specifici comportamenti e rapporti messi in essere dai membri del gruppo, nell'ambito dell'ordine normativo* »; sulla rilevanza del momento sanzionatorio per la giuridicità della norma si veda MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, cit., p. 148 nota 21; cfr. inoltre MORTATI, *La costituzione materiale*, Milano, 1940, p. 17 ss., 91 ss.

ricollegli funzioni di garanzia costituzionali tutt'altro che trascurabili anche a meccanismi e congegni che si presentano piuttosto come mezzi generali di garanzia del diritto obbiettivo o persino a strumenti che solo indirettamente assolvono la funzione di garanzia costituzionale.

In effetti può non riuscire facile, almeno ad una prima lettura, comprendere il metodo d'indagine secondo cui Mortati procede nella ricostruzione giuridica del sistema delle garanzie costituzionali, inserite nel quadro più ampio delle garanzie del diritto obbiettivo, e soprattutto elencate secondo criteri che consentono di includere nell'ambito delle garanzie del diritto obbiettivo istituti e congegni a volte molto eterogenei nella loro struttura e nel modo di operare. Si pensi ad esempio alla collocazione accanto alle garanzie giurisdizionali, che rappresentano « *il tipo più perfezionato di tali congegni di garanzia* »⁽¹⁴⁾ ed accanto alla stessa giurisdizione costituzionale — che è considerata una forma « *di garanzia diretta e particolarmente perfezionata* »⁽¹⁵⁾ — di garanzie di tipo totalmente diverso, quali la « scrittura »⁽¹⁶⁾, il « diritto di resistenza » e la stessa « revisione costituzionale », per fare solo alcuni esempi. L'insistenza nel richiamare l'attenzione sul metodo d'indagine mortatiana è giustificata dalla considerazione che tutte le sue classificazioni hanno il pregio di essere elaborate nella convinzione della storicità delle costituzioni dogmatiche, non affermata superficialmente ma radicata nel contesto dell'argomentazione giuridica, e sono spesso ispirate dalle insoddisfazioni nei confronti delle definizioni e classificazioni correnti che spesso non sembrano al nostro Autore in grado di cogliere l'« *intima natura dei vari istituti positivi* »⁽¹⁷⁾.

(14) MORTATI, *Istituzioni*, tomo II, cit., p. 1224.

(15) MORTATI, *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, p. 234.

(16) MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento*, cit., p. 16; ID., *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato* (ed. Ricerche), p. 137 ss., dove esamina in particolare i rapporti tra « scrittura » e « rigidità »; *ivi*, p. 225 per l'affermazione che il controllo di costituzionalità — « *una forma perfezionata (tecnicamente) di garanzia* » — non rappresenta una conseguenza necessaria della « rigidità ».

(17) MORTATI, *Istituzioni*, tomo I, ed. IX, cit., p. 53 ss., dove prospetta i compiti di una dogmatica giuridica che « *sulla base dell'indagine dell'intima*

Nel sistema mortatiano non viene mai meno del tutto l'attenzione per le garanzie non giurisdizionali, non solo perché tutto il quadro delle garanzie è sorretto da una concezione unitaria del diritto obbiettivo, che ha come fondamento la « costituzione materiale » dello Stato, ma anche perché, secondo Mortati, non si deve disconoscere che soprattutto le « garanzie interne » svolgono una funzione di garanzia di importanza primaria, di tale rilievo che la considerazione di esse non può essere trascurata in una ricostruzione giuridica del sistema delle garanzie intese ad assicurare il mantenimento dell'ordine costituzionale.

Mortati contrappone, nelle « Istituzioni », alle garanzie « interne » e « indirette », alle garanzie che si pongono cioè come strumenti per il migliore raggiungimento degli scopi in vista dei quali è esplicitata una funzione pubblica, le garanzie « esterne » e « dirette », quelle affidate « ad organi estranei a quelli attivi » e nelle quali la funzione di garanzia si porrebbe come « specifica ed esclusiva »⁽¹⁸⁾. Alle « garanzie del primo tipo », o garanzie

natura dei vari istituti positivi ... tende ad elaborarne criticamente gli elementi costitutivi». Inoltre, « poiché ogni ordinamento positivo emerge da una vicenda storica e ne riflette la peculiarità », secondo MORTATI, *ivi*, p. 54, « non potrà omettersi di attingere dalla ' storia del diritto pubblico ' le nozioni necessarie a meglio intendere il perché del modo di essere e di funzionare degli istituti positivi »; cfr. MORTATI, *Lezioni sulle forme di governo*, a cura di S. Fois, Padova, 1973, *passim* e p. 445 ss.

⁽¹⁸⁾ MORTATI, *Istituzioni*, IV ed., Padova, 1955, p. 772, sottolinea che alle tendenze dei moderni « stati di diritto » « a contenere il potere degli organi statali ... nell'ambito loro assegnato, e a farne corrispondere l'esercizio all'effettiva soddisfazione degli interessi generali affidati alla loro cura » si informano una serie di istituti che vanno dalla separazione dei poteri, al bicameralismo e al pubblico rinnovamento delle cariche politiche, mentre « nel campo dell'attività amministrativa, oltre che a perfezionare le strutture degli organi ausiliari di consultazione e di riscontro, si tende ad estendere i procedimenti che danno vita alle ' decisioni ' emesse previo contraddittorio con la parte interessata e pertanto meglio idonee a realizzare i fini pubblici nel rispetto delle autonomie private ». Si è ritenuto opportuno riportare questa lunga citazione, perché su questo punto il testo mortatiano risulta in parte emendato rispetto alla II e III edizione e non corrisponde sempre in pieno neppure alle successive edizioni. Nella II edizione in particolare MORTATI, *Istituzioni*, Padova, 1952, p. 506 e s., contrappone alle « misure o predisposizioni che ... hanno come specifico scopo proprio e solo la garanzia », le garanzie « incorporate nel pro-

interne, appartengono tutte quelle « *incorporate nel procedimento*

cedimento.» ed afferma che « *nello Stato moderno democratico si rivela la tendenza ad accrescere sempre più le garanzie nell'interno dei procedimenti attraverso cui lo Stato è attivo* » (facendo riferimento agli « *interventi popolari, nelle varie forme che i medesimi possono assumere nei riguardi della formazione degli atti, o del controllo sulle persone titolari degli organi* », ed alla « *adozione di procedure che si svolgono in forme contenziose onde dare al cittadino la possibilità di una più intensa e meglio tutelata partecipazione ad essi* »). Infine si insiste sull'importanza dei « *controlli* », nei quali « *trovano espressione soprattutto* » le « *garanzie del primo tipo* » (garanzie incorporate nel procedimento); *Istituzioni*, II ed., p. 507; II ed., p. 600. Nella prima edizione, intitolata *Corso di Istituzioni di diritto pubblico*, anno accademico 1948-49, appunti dalle lezioni, Padova (Cedam), 1949, manca un capitolo intitolato « *garanzie del diritto obbiettivo* »; tuttavia già in questa prima edizione, nella parte II, cap. II, § 9, intitolato « *i principi costituzionali della funzione giurisdizionale* », sub I, 1, p. 582 ss., si afferma che la funzione giurisdizionale tende « *alla tutela oggettiva dell'ordinamento giuridico* » e, secondo la definizione data precedentemente, (*Corso di Istituzioni*, 1949, pfl 140 s.) che il « *fine caratteristico* » della funzione giurisdizionale è quello « *di garantire l'integrità del sistema normativo* », anche se « *nello Stato moderno, ... l'attività giurisdizionale, pur mirando al mantenimento del diritto obbiettivo, esige sempre ... un impulso che venga dal di fuori e che si pone come condizione per l'esercizio della medesima* » (in questa prima edizione erano dedicati alla « *revisione costituzionale* » (p. 375 ss.), alle « *garanzie costituzionali dell'autonomia regionale* » (p. 524 ss.) ed alle « *garanzie d'indipendenza dei giudici* » (p. 630 ss.), altri capitoli, dai quali possono trarsi le premesse dei successivi sviluppi del tema delle garanzie; in particolare si segnala l'affermazione, contenuta nel capitolo dedicato alla revisione costituzionale, secondo cui tale funzione è diretta ad « *operare degli adattamenti delle norme costituzionali* » alle trasformazioni intervenute nel tempo, senza che tali adattamenti possano « *spingersi fino a toccare quel nucleo basilare della costituzione che ne definisce l'essenza* ». Ma è nell'edizione del 1952 (II ed.) che il capitolo dedicato alle « *garanzie del diritto obbiettivo* » assume una sua autonomia ed il tema è svolto organicamente tenendo presente tanto le garanzie interne che quelle esterne: « *tutte queste garanzie hanno una stessa funzione, che è di accertamento della regolarità degli atti compiuti, allo scopo di assicurare la corrispondenza di questi al diritto obbiettivo, e quindi di giovare alla sua preservazione, mentre la loro differenza sta nella diversità degli interessi cui ineriscono, che possono riguardare o l'esigenza al migliore svolgimento di un'attività diretta al conseguimento di una pubblica utilità, o invece solo quella della conservazione del sistema normativo* »; la differenza tra « *garanzie del primo tipo* » (interne al procedimento) e « *garanzie del secondo tipo* » (quelle che nelle successive edizioni saranno qualificate come « *garanzie dirette* » o « *esterne* ») risiede quindi in linea di principio nella considerazione che nella ga-

attraverso cui si compie una funzione attiva »⁽¹⁹⁾, i vari tipi di « controllo », di legittimità o di merito, quando siano esercitati

ranza esterna la garanzia « è *fine a se stessa* », mentre nelle « garanzie del primo tipo » (o interne) la funzione di conservazione dell'ordinamento normativo non è disgiunta dalla funzione di assicurare direttamente il migliore svolgimento di un'attività pubblica (*Istituzioni*, Padova, 1952, II ed., p. 506 ss.). Quali esempi di garanzie del primo tipo (garanzie interne) Mortati (*Istituzioni*, II ed., Padova, 1952, pp. 506 ss. e 517 s.; III ed., Padova 1955, pp. 698 ss. e 611) cita la scrittura, la separazione dei poteri, il bicameralismo, la temporaneità delle cariche e soprattutto i controlli, mentre tra le garanzie non giurisdizionali del secondo tipo (garanzie esterne) pone il diritto di resistenza, ed il *referendum* abrogativo (indicazione che scompare a partire dalla IV edizione, Padova, 1958, p. 787 s., anche se non sembra possibile trarre delle conclusioni precise da tale esclusione). A partire dalla IV ed., Padova, 1958, p. 772 (V ed., Padova, 1960, p. 851) compare l'indicazione tra le garanzie del diritto obiettivo delle funzioni del Presidente della Repubblica « *idonee a fare di esso il tutore della costituzione* » con la precisa indicazione tuttavia che « *quando gli atti di esercizio di tali funzioni siano a loro volta suscettibili di essere sottoposti al sindacato del giudice, allora essi vengono ad assumere piuttosto carattere di garanzia indiretta* »; in questa edizione la nozione di garanzia indiretta in contrapposizione alla garanzia diretta emerge più precisamente e Mortati sembra orientarsi più nettamente nel senso di ricollegare alla qualifica di un determinato istituto come « garanzia diretta » la conseguenza della insindacabilità dell'atto da parte dei giudici; nella stessa IV ed. delle *Istituzioni*, Padova, 1958, p. 787 s. compare tra le garanzie costituzionali una nuova « garanzia di quella parte della costituzione regolativa delle libertà fondamentali », quella derivante dalla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmato a Roma il 4 novembre 1950 e del protocollo addizionale di Parigi del 20 marzo 1952, mentre scompare il riferimento tra le garanzie indirette al sistema dei controlli di merito e di legittimità. Si deve tuttavia in proposito ricordare che l'elencazione delle garanzie contenute nelle « Istituzioni » ha un valore soltanto esemplificativo e che Mortati è ben lontano dall'idea di predisporre un'elencazione tassativa ed esaustiva delle diverse figure di garanzia costituzionale. A partire dalla IV ed. delle *Istituzioni*, p. 771, si segnala anche la tendenza « *a perfezionare le strutture degli organi ausiliari di consultazione e di riscontro* » nell'ambito dell'attività amministrativa. I continui emendamenti apportati alle « Istituzioni » confermano il travaglio e la costante tensione della riflessione mortatiana ed il raffronto tra le varie edizioni contribuisce spesso a chiarire l'*iter* percorso da Mortati, ma è solo da tutto lo sviluppo delle « Istituzioni », più che dall'esame dei singoli capitoli, che possono trarsi delle conclusioni in ordine al sistema mortatiano delle garanzie costituzionali. Si pensi all'importanza che Mortati riconnette alle garanzie di carattere preventivo che « *si concretano in una serie di principi organizzativi rivolti a*

all'interno del procedimento o comunque da organi che non esercitano una funzione di garanzia « in via specifica ed esclusiva », ma in collegamento con altro tipo di attribuzioni. Nella accezione più ampia rientrano a vario titolo tra gli istituti di garanzia le varie ipotesi di controllo politico esercitato dal parlamento ⁽²⁰⁾, le

preservare dall'arbitrio » nell'amministrazione (« *che l'amministrazione soggiaccia a influenze di parte in contrasto con gli interessi generali* », *Istituzioni*, tomo I, IX ed., Padova, 1975, p. 590ss.). Di grande interesse è in proposito dal punto di vista delle garanzie interne tutto il capitolo dedicato all'organizzazione amministrativa ed in particolare i riferimenti alle « riserve rinforzate » che il Mortati individua nell'art. 97 cost., i mezzi necessari per assicurare il buon andamento, l'imparzialità, la democraticità, la trasparenza e il decentramento, per « *frenare gli arbitri dei ministri* » ed infine garantire « *le responsabilità proprie dei funzionari* » (art. 97, II comma e art. 28 cost.). L'insistenza di Mortati nel riaffermare costantemente l'esigenza di « congegni » diretti a garantire, soprattutto attraverso discipline legislative dirette al perseguimento delle finalità costituzionali ed adeguate allo scopo, è coerente con l'orientamento dello stesso Mortati a non fissare una volta per tutte un *numerus clausus* di garanzie costituzionali. Ancora nelle edizioni più recenti delle *Istituzioni*, VI ed., Padova, 1962, p. 920 ss.; VII ed., tomo II, Padova, 1967, p. 962; VIII ed., tomo II, Padova, 1969, p. 1105 e IX ed., tomo II, Padova, 1976, p. 1224 ss. si continua, come nelle precedenti edizioni, a dare importanza di primo piano alle garanzie che operano in modo indiretto e ad affermare che « *la tendenza dei moderni Stati di diritto è nel senso di perfezionare gli strumenti idonei a contenere il potere degli organi statali* ».

⁽¹⁹⁾ MORTATI, *Istituzioni*, II ed., Padova, 1952, p. 506 ss.

⁽²⁰⁾ Sui controlli politici cfr. MORTATI, *Istituzioni*, IX ed., tomo II, cit., pag. 688 ss.; GALIZIA M., *Studi sui rapporti tra parlamento e governo*, I, Milano, 1972, p. 291 ss., il quale osserva che, anche se i controlli istituzionali realizzano sempre un fine di garanzia, « *essi non realizzano tale fine con la medesima intensità* », e che anche se i controlli si sviluppano nel quadro delle garanzie costituzionali, non si identificano con queste ultime. Secondo GALIZIA, « *il profondo significato della garanzia costituzionale che i controlli politici vengono a completare* » consente a questi ultimi di penetrare di nuovo « *al centro dell'intera organizzazione costituzionale* » (*ivi*, p. 296); questo A. osserva che « *il fine generale dell'osservanza della costituzione si rinfrainge in una vasta gamma di atteggiamenti particolari, variamente e dinamicamente articolati ... così da realizzare nelle varie situazioni storiche, nel modo più pieno e consono agli interessi della comunità, lo svolgimento dinamico della costituzione* » ed afferma che ogni soggetto costituzionale che interviene in funzione di controllo ed è « *incardinato su posizioni strutturali differenziate ed ha quindi una sua propria prospettiva dei valori costituzionali fondamentali* »; svolge

attribuzioni del capo dello Stato⁽²¹⁾ e « gli interventi popolari nelle varie forme che i medesimi possono assumere »⁽²²⁾. Una

una funzione di garanzia costituzionale, perché attraverso tali controlli « si realizza la rispondenza obiettiva dell'attività o dell'atto controllato, rispetto a tutta la serie degli interessi costituzionali e non solo in connessione ad alcuni ». Secondo GALIZIA infatti « l'essenza stessa del principio di democrazia, che ispira la vigente costituzione italiana » è fondato su « ragioni sia sostanziali che procedurali, per cui non bisogna unicamente scegliere quella soluzione che meglio si adegui alle esigenze supreme, ma quella che, in tale adeguazione, attui il più ampio consenso e soprattutto il più forte consenso ».

(21) Sulla funzione di garanzia costituzionale svolta dal Presidente della Repubblica si veda MORTATI, *Istituzioni*, tomo II, IX ed., p. 650 ss., dove prende posizione tra le due opposte dottrine l'una che insiste sull'assegnazione al Capo dello Stato di una funzione di controllo e l'altra che configura un vero e proprio indirizzo politico presidenziale, il Mortati, afferma « il presidente è da collocare fra gli organi che cooperano all'indirizzo politico, ma con una sua funzione peculiare: di influenza indiretta, di garanzia del rispetto delle condizioni che ne rendano possibile la regolarità e continuità di svolgimento » (si veda inoltre p. 668 nonché GALIZIA, *Studi sul parlamento e governo*, cit., p. 237 ss.); MORTATI, *Istituzioni*, tomo II, cit., p. 651 ss. distingue, come è noto, gli atti presidenziali classificandoli in relazione all'interesse cui corrisponde la partecipazione del presidente; più avanti ID., *Istituzioni*, tomo II, p. 1224, afferma che lo stesso « ufficio di presidente della repubblica nella figura assunta in quei regimi parlamentari contemporanei che ne hanno disciplinato l'attività in modo da sottrarla alle forze politiche e gli hanno conferito una posizione neutrale, tale da consentirgli l'esercizio di funzioni idonee a farlo funzionare quale tutore della costituzione », potrebbe essere incluso tra i congegni di garanzia costituzionale. Secondo MORTATI, *loc. cit.*, quando gli atti del presidente non siano suscettibili di impugnazione giurisdizionale, costituirebbero espressione di attribuzioni presidenziali da qualificare come vere e proprie garanzie costituzionali dirette. È comunque da segnalare l'orientamento che tende a riportare, pur in presenza di differenti qualificazioni e classificazioni degli atti presidenziali, la funzione presidenziale, caratterizzata dalla sua « neutralità », a quella di un « tutore della costituzione », garanzia del regolare svolgimento delle istituzioni democratiche. Si veda ancora MORTATI, *Istituzioni*, tomo I, IX ed., p. 410 (secondo cui il capo dello Stato si trova « in una posizione super partes, necessaria per l'espletamento della funzione ... rivolta ad assicurare il mantenimento di un costante accordo fra corpo elettorale, parlamento, governo »), pp. 404, 647 ss. Per diverse considerazioni a proposito della funzione di limitazione e di contrappeso svolta dal capo dello Stato nella Repubblica di Weimar, si veda MORTATI, *Introduzione alla costituzione di Weimar*, in *Raccolta di scritti*, p. 309 ss. e spec. p. 311.

(22) MORTATI, *Istituzioni*, II ed., Padova, 1952, p. 507, ove fa riferi-

fondamentale funzione di garanzia assolvono secondo Mortati tutti i meccanismi intesi a dividere e bilanciare tra più organi o gruppi di organi il potere statale, dalla « separazione dei poteri », di cui sottolinea tuttavia il « valore empirico, relativistico, strumentale »⁽²³⁾, al « bicameralismo » ed ogni altro meccanismo in-

mento ad interventi popolari « nei riguardi della formazione degli atti o del controllo sulle persone titolari degli organi », pur inserendo, ad esempio, l'istituto del referendum tra quelli di partecipazione dei cittadini alla gestione dei pubblici interessi, o più esattamente tra « le autonomie influenti sulla politica generale dello Stato »; Mortati sottolinea ripetutamente la funzione di garanzia costituzionale del referendum; egli afferma anzitutto che il referendum « deve essere inteso come un'arma messa a disposizione della minoranza in parlamento, o di quei gruppi di elettori che ritengano non aderenti alla volontà del paese determinate misure prese dalla maggioranza al potere o intendano provvedere ad omissioni in cui questa sia incorsa, e perciò è rivolto a temperare l'arbitrio della maggioranza stessa » (Istituzioni, tomo II, IX ed., p. 838 ss.). Il referendum può investire « questioni che agitano fortemente l'opinione pubblica e non siano state oggetto di dibattito durante le elezioni » ma anche « singole misure legislative che siano imposte dal parlamento senza che trovino effettivo riscontro nel paese »: esso giova « a temperare l'onnipotenza delle maggioranze e ad indurle a mantenersi in costante contatto con l'opinione popolare », nonché « ad educare politicamente i cittadini incitandoli all'interessamento ed alla comprensione delle più rilevanti questioni di interesse collettivo » (ivi, p. 839). Secondo Mortati tuttavia il referendum deve mantenere carattere di eccezionalità, perché altrimenti diventa un indice dello scarso collegamento tra l'opinione pubblica ed i partiti o comunque di altre disfunzioni nella vita nazionale. È il caso di sottolineare come Mortati abbia colto in anticipo alcune funzioni del referendum che non sono soltanto di garanzia delle minoranze ed abbia per altro verso approfondito le « condizioni per un utile impiego » dell'istituto, inserendolo per altri aspetti nel quadro di quegli strumenti alternativi rispetto al sistema della rappresentanza politica che egli qualifica « controforze ». A proposito degli « interventi popolari possibili a verificarsi, diversi da quelli assegnati al corpo elettorale », MORTATI, Istituzioni, tomo I, IX ed., p. 153 s., afferma che essi possono assumere « due modi diversi »: « il primo si ha allorché insorgano vuoti spontanei che diano vita, in via di fatto ed in modo informale, ad organismi indirizzati all'esercizio di un diritto, che rientra appunto nei poteri impliciti della sovranità popolare, quale è quello di resistenza » ed il secondo si riferisce ai « movimenti di opinione pubblica che rimangono in uno stato fluido ... ed emergono attraverso l'esercizio dei vari mezzi di manifestazione della libertà di pensiero, venendo ad assumere, allorché raggiungono una certa consistenza, una funzione ... solo di influenza sulle decisioni dei poteri costituzionali ».

(23) MORTATI, Istituzioni, tomo I, IX ed., p. 393, dove, dopo aver criti-

teso a porre dei freni nelle relazioni tra organi e ad evitare « esorbitanze » da parte di organi dello Stato⁽²⁴⁾.

Ciò che preme a Mortati è che non vadano perduti essenziali profili di garanzia presenti in istituti certamente eterogenei tra loro, ma che tuttavia svolgono una funzione essenziale al fine di assicurare il mantenimento della forma di Stato e lo svolgersi della vita costituzionale. Mortati richiama perciò l'attenzione del lettore sull'opportunità di tenere presenti « forme di garanzia diverse » dal controllo di costituzionalità delle leggi, « cercando anche di dimostrare la connessione reciproca oltretché, singolarmente il valore e il significato » delle altre forme di garanzia⁽²⁵⁾. Né si può trascurare che al più vasto sistema delle garanzie in senso lato appartiene la predisposizione da parte dell'ordinamento di tutta una serie di « contropoteri », che si aggiungono a quelli esercitabili di fatto, e si contrappongono al sistema della rappre-

cato la concezione tradizionale della separazione dei poteri e quella kantiana, aggiunge. « *si veniva così a disconoscere l'effettivo valore implicito, relativistico, strumentale da assegnare alla tripartizione stessa, perché collegata alla struttura politico-sociale ed ai fini propri di una particolare fase dell'ordinamento statale* »; Id., *Lezioni sulle forme di governo*, Roma, 1973, p. 81 ss.; Id., *Istituzioni*, tomo I, IX ed., Padova, 1976, pp. 296 ss., 291 ss. e p. 391 s., dove dopo aver ricordato LOCKE e BOLINGBROKE, si sofferma sul pensiero di MONTESQUIEU di cui sottolinea il valore di garanzia reciproca insito nel potere « *de statuer* » e « *d'empêcher* », facoltà che attraverso un equilibrio nell'esercizio dei poteri, assicurano « *il regolare corso della vita dello Stato* ». Nell'ordinamento nord americano il sistema dei « *checks and balances* », secondo Mortati, « *continua ad accentuare l'esigenza garantista affidata dal Montesquieu al pouvoir d'empêcher* » e giunge di conseguenza « *a concedere al titolare di ogni potere la possibilità di intervenire nella competenza dell'altro, non per concorrere attivamente al suo esercizio ... ma solo per arrestarlo* ».

(24) MORTATI, *Istituzioni*, tomo I, IX ed., pp. 465 ss., 469 ss.; tomo II, p. 1223.

(25) MORTATI, *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, anno accademico 1958-60 a cura di S. Fois, Roma, 1960, p. 221 ss., dove afferma che nell'« *analizzare specificamente gli istituti* » di garanzia costituzionale dovrà dedicarsi parte preponderante al controllo di costituzionalità « *appunto perché tale istituto rappresenta indubbiamente la forma più diretta e perfezionata di garanzia della costituzione* », ma sarà « *preliminarmente opportuno un cenno a forme di garanzia diverse da quella ora detta, cercando di dimostrare la connessione reciproca, oltretché, singolarmente, il valore ed il significato* ».

sentanza politica⁽²⁶⁾. Tali « controforze » vanno dallo sciopero, alle varie forme di partecipazione popolare, agli istituti di democrazia diretta fino all'esercizio del « diritto di resistenza »⁽²⁷⁾.

L'intera organizzazione dello Stato è percorsa da una ampia serie di meccanismi, di congegni di garanzia. Il significato della assunzione di una prospettiva così ampia va individuato nell'attenzione posta dal Mortati ad evidenziare il valore strumentale dei « congegni » costituzionali ponendo in luce le esigenze, gli interessi che i diversi meccanismi sono volti ad assicurare ed a far valere. Molti istituti tipici delle democrazie parlamentari diretti ad assicurare la composizione di determinati organi collegiali, a differenziare le attribuzioni di organi dello Stato e ad assicurare la partecipazione popolare alle decisioni politiche possono essere considerati come garanzie costituzionali nella misura in cui assolvono una funzione strumentale al fine di assicurare il corretto funzionamento dell'ordinamento costituzionale.

Mortati ha costantemente presente un quadro così ampio del sistema delle garanzie costituzionali che comprende le cosiddette garanzie interne e le garanzie indirette, in altre parole ogni meccanismo avente la funzione di assicurare il rispetto della costituzione.

Dopo aver rilevato, in linea con la dottrina prevalente, che le garanzie dirette ed esterne sono quelle corrispondenti ad « appositi istituti direttamente ed esclusivamente rivolti ad impedire manifestazioni giuridiche in contrasto con la costituzione » che

(26) Cfr. *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, cit., p. 16; Id., *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, anno accademico 1959-60, Roma, 1960, cit., p. 224.

(27) MORTATI, *Commento all'art. 1 cost.*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di S. Branca, Bologna, 1975, p. 32 ss.; Id., *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in *Scritti Orlando*, vol. II, Padova, 1957 ed ora in *Raccolta di scritti*, vol. III, Milano, 1972, p. 384 e nota 30, dove riafferma che « all'attuazione del principio della separazione dei poteri conseguente al regime di partito » debba farsi corrispondere oltre un « rafforzamento dei controlli costituzionali » (da parte del capo dello Stato, della Corte costituzionale, di altri organi e da parte delle minoranze) « anche l'ampliamento delle forze sociali di resistenza » (tra le quali ampliamento delle autonomie locali e sindacali, « azioni popolari » e *referendum*); sul diritto di resistenza si veda più avanti nel testo.

si basa « sull'esistenza di un organo a ciò specificamente deputato »⁽²⁸⁾, Mortati continua in vari scritti a riaffermare che non solo andrebbero inserite nel novero delle garanzie costituzionali, nel senso più specifico e diretto della definizione, tanto la « revisione costituzionale » che il « diritto di resistenza », ma afferma ripetutamente che se si considera il diritto costituzionale nella sua evoluzione storica, è anzitutto la « scrittura » ad assumere una primaria funzione di garanzia⁽²⁹⁾. In particolare si sottolinea come la « scrittura » delle norme che regolano il diritto costituzionale abbia una sua funzione di garanzia, persino a prescindere dal carattere rigido o flessibile della costituzione, per il solo fatto che l'inserimento in un atto scritto rende obiettivamente più facile accertare le eventuali violazioni e provocare le eventuali

(28) MORTATI, *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, Roma, 1960, cit., p. 221, ove qualifica come « troppo restrittivo » il concetto di garanzia inteso esclusivamente con riferimento ad istituti rivolti direttamente ed esclusivamente ad impedire manifestazioni giuridiche in contrasto con la costituzione. Id., *Istituzioni*, tomo II, IX ed., p. 1224 qualifica come organi di garanzia diretta quegli « organi estranei a quelli attivi » cui è affidata « la funzione specifica ed esclusiva » di garanzia (« concretandosi in un ostacolo preventivo, oppure in una reazione successiva »).

(29) Sulla fondamentale funzione di garanzia svolta dalla « scrittura » o « forma scritta » della costituzione e carta dei diritti si veda MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, cit., p. 142; Id., *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, cit., p. 16, dove rileva che con la scrittura si offre « il mezzo idoneo a garantire l'accertamento », sia da parte degli organi dello Stato che dell'opinione pubblica, di ogni deviazione rispetto al testo costituzionale ed in questo modo la scrittura diviene anche un mezzo fondamentale per « provocare le reazioni capaci di ostacolare il mutamento » dell'ordine costituzionale; cfr. infine, Id., *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, cit., p. 222, dove esamina i rapporti tra « scrittura » e « rigidità » delle costituzioni, giungendo alla conclusione che tra scrittura e carattere rigido della costituzione esiste una connessione « non ... logicamente intrinseca e necessaria », poiché « considerando l'esperienza costituzionale nella sua evoluzione storica si può notare che non tutte le costituzioni scritte sono anche rigide »; tuttavia non sarebbe neppure « esatto affermare che la 'rigidità' sia soltanto fenomeno derivante dal perfezionamento degli strumenti e strutture giuridiche proprio del periodo contemporaneo », perché la rigidità, secondo MORTATI, *ivi*, p. 223, è una caratteristica che storicamente si riconnette ad una chiara pronuncia sul problema dell'attribuzione della sovranità, come è confermato dal fatto che sono rigide « tutte le costituzioni che si ispirano al principio democratico ».

reazioni⁽³⁰⁾. Basta considerare la costante contrapposizione tra diritto costituzionale scritto e diritto costituzionale basato sulle « fonti fatto » per rendersi conto del valore di garanzia obiettivamente connesso alla « scrittura » delle norme di diritto costituzionale, senza trascurare ovviamente l'importanza che assume la importanza di un adeguato sistema di garanzie che ne controllino l'applicazione. La scrittura rappresenta, infatti, anche a prescindere dalle specifiche sanzioni predisposte dall'ordinamento nel caso di violazione delle norme, un momento essenziale di garanzia che si ripercuote anzitutto sul piano dell'interpretazione delle singole disposizioni contenute in un testo normativo.

Questo rapporto tra le diverse funzioni di garanzia della scrittura, della rigidità della costituzione e del controllo di costituzionalità costituisce un altro dei punti fondamentali della riflessione mortatiana sull'evoluzione degli istituti di garanzia costituzionale e sulle trasformazioni intervenute con riferimento alle fonti del diritto costituzionale ed all'interpretazione delle disposizioni delle carte costituzionali vigenti. Mortati, pur sottolineando con particolare vigore l'importanza della « scrittura », afferma in primo luogo che occorre storicizzare e relativizzare i caratteri giuridici delle costituzioni. Sulla base di un'ampia indagine di diritto comparato, giunge a relativizzare la portata di alcune enunciazioni dogmatiche correnti ed a cogliere alcune costanti più profonde nel processo che ha portato alla formazione delle prime costituzioni rigide e delle prime carte dei diritti del cittadino⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, cit., p. 147 ss.; Id., *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, cit., p. 8 ss.

⁽³¹⁾ MORTATI, *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, cit., p. 138 ss., p. 222 ss.; con riferimento ai patti o carte dei principi dell'età feudale, voce *Costituzione (dottrine generali)*, p. 142 ss. Mortati sottolinea tuttavia che la funzione di garanzia della scrittura « *riesce adempiuta in concreto solo quando si riescono a stabilizzare i rapporti sociali che sottostanno ai patti* »; con riferimento alle costituzioni contemporanee, *ivi*, p. 145, dove accenna « *all'illusione di trovare in garanzie di carattere formale un surrogato di quelle sostanziali* », che dipendono dalla effettiva capacità dei gruppi sociali di esprimere un coerente sistema di valori ed una struttura organizzativa in grado di garantirne la vigenza. Per l'affermazione dell'« *insostituibile funzione* » delle forze politiche e sociali, si veda spec. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, p. 74 ss. e spec. p. 136 ss.

Riaffermando l'eterogeneità dei congegni di garanzia e rifiutando la tesi secondo cui l'elenco delle garanzie costituzionali si sarebbe andato restringendo e tecnicizzando nelle democrazie pluralistiche contemporanee, Mortati continua a riconnettere grande rilievo al sistema delle garanzie indirette, ai meccanismi che rendono possibile la « regolarità di svolgimento » dell'azione degli organi costituzionali ⁽³²⁾.

In conclusione, l'individuazione di numerosi e tra loro eterogenei congegni di garanzia costituzionale mina alla base ogni tentativo di costruire giuridicamente i presupposti di un monopolio della funzione di garanzia costituzionale e conseguentemente dell'interpretazione della costituzione. Profili di garanzia sono indubbiamente presenti in misura diversa in tutti gli istituti del diritto costituzionale, ma per cogliere la più specifica funzione di garanzia di differenti meccanismi, congegni o istituti, occorrerebbe mettere in evidenza i differenti interessi oggetto di specifica garanzia, le finalità dei singoli strumenti e le reciproche differenze. Dalla ricostruzione di un quadro variegato, complesso e ampiamente articolato quale è quello delle garanzie costituzionali esistenti nell'ordinamento emergono certamente prospettive di grande interesse ai fini della comprensione del diritto costituzionale vigente. Le stesse distinzioni prospettate da Mortati tra garanzie interne al procedimento e garanzie esterne, garanzie indirette e garanzie « in funzione specifica ed esclusiva », rivelano quanto possa essere utile un approfondimento del tema delle garanzie costituzionali non viziato da aprioristiche adesioni a definizioni eccessivamente restrittive.

3. La visione mortatiana del sistema delle garanzie costituzionali procede dalla concezione di una costituzione individuata storicamente nella « considerazione integrale del modo di svolgersi di un ordinamento » ⁽³³⁾, tenendo conto tanto della genesi

⁽³²⁾ Cfr. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, ed. 1952, p. 506 ss. nonché le precedenti citazioni.

⁽³³⁾ MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, cit., pp. 143, 180 s., dove, dopo aver polemizzato con l'utilizzazione dell'« elemento subbiettivo derivabile dall'intenzione del costituente », afferma che « in modo ben diverso » è da

della costituzione quanto del suo evolversi anche attraverso processi di tacita modificazione dell'ordinamento costituzionale. Si tratta di una prospettiva che è ben lontana dal considerare i congegni di garanzia costituzionale come diretti esclusivamente al riscontro tecnico-giuridico del rispetto delle enunciazioni costituzionali, ma anche dal concepirli come meri strumenti di conservazione di un disegno costituzionale originario destinato a rimanere immutato nei suoi contenuti normativi. Partendo dalla genesi della costituzione italiana e collocandone l'evoluzione nel panorama delle costituzioni contemporanee, Mortati coglie i tratti peculiari della esperienza costituzionale repubblicana in Italia nella prevalenza di determinati valori rispetto ad altri, sottolineando in particolare l'accentuato pluralismo ed i compiti di promovimento sociale cui si ispira l'intero disegno costituzionale⁽³⁴⁾. D'altro canto pone in evidenza come il mantenimento di un ordinamento costituzionale che si fonda su una visione pluralistica e dinamica della costituzione deve trovare riscontro in un sistema delle garanzie costituzionali più complesso ed articolato di quello che ha in passato caratterizzato lo Stato di diritto nella concezione liberale⁽³⁵⁾.

Mortati muove dall'individuazione di una « costituzione materiale » che non è suscettibile di essere « mai interamente assorbita » dalla costituzione « formale » o « strumentale »⁽³⁶⁾, per

valutare l'elemento storico quando sia utilizzato per individuare l'insieme della situazione politico-sociale dalla quale la costituzione è emersa, ponendosi quale espressione e garanzia degli interessi fondamentali in essa radicati ».

(34) Cfr. spec. MORTATI, *Istituzioni*, tomo I, IX ed., p. 148 ss. ed ivi in particolare il riferimento ai principi democratico, personalista, lavorista, pluralista ed internazionalista (o supernazionale); ID., voce *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., p. 214 ss.

(35) I riferimenti all'estendersi del sistema delle garanzie formali sono presenti sia nelle *Istituzioni* che nella voce *Costituzione*; cfr. ad esempio MORTATI, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., p. 228; ID., *La costituente* (1945), p. 321 ss.; ID., *La corte costituzionale* (Civitas, 1950), in *Raccolta di scritti*, vol. III, p. 694.

(36) Sui limiti posti all'azione politica ed ideologica delle forze sociali minoritarie vari cenni sono rinvenibili nell'opera di Mortati, anzitutto a proposito dell'obbligo di fedeltà; cfr. ad es. MORTATI, *La persona lo Stato e le comunità intermedie*, cit. p. 70 s., dove afferma che l'obbligo di fedeltà (inteso come

quanto quest'ultima possa sembrare esauriente nella definizione delle singole fattispecie e rispondente alle obbiettive esigenze di disciplina fatte valere dalle forze sociali che l'hanno promossa e che la sostengono. Il punto centrale della concezione mortatiana della costituzione e del modo in cui i principi supremi assurgono ad un livello di « superlegalità costituzionale »⁽³⁷⁾ consiste nel superamento di quella rigida separazione tra valori politici e sistema formale delle fonti che ha rappresentato uno dei presupposti di molte concezioni e ricostruzioni delle garanzie costituzionali nello Stato di diritto⁽³⁸⁾. È evidente che una « costituzione ma-

« adesione ai valori fondamentali della consociazione di cui si è parte ») non esclude la possibilità di « contrasti non radicali di opinione o di interessi e quindi anche i 'conflitti di fedeltà', poiché, come si è visto, sono essi che alimentano la dialettica attraverso cui si svolge e progredisce la vita sociale, ma esige che essi si realizzino attraverso un giuoco leale, nell'osservanza di metodi di correttezza, di pubblicità, di rispetto dell'avversario ». Per quel che concerne i limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, MORTATI, *Istituzioni*, tomo II. IX ed., cit., p. 1066 s., pur sottolineando il « nesso fra esercizio individuale del diritto e riflessi sociali del medesimo », afferma che nel nostro ordinamento la libertà di manifestazione del pensiero « sia nel suo contenuto, che non può essere in alcun modo coercito, sia nell'uso dei mezzi dei quali ha bisogno per estrinsecarsi », è garantita come diritto della persona. Si ricorda infine che MORTATI, *Istituzioni*, tomo II, cit., pag. 1038 s., mentre tende ad ammettere in « considerazione del carattere evolutivo dell'ordinamento » limiti impliciti ai diritti garantiti dalla costituzione, esclude tuttavia per i diritti di libertà la possibilità di introdurre limiti extratestuali, attraverso un generico richiamo all'ordine pubblico. Per quel che concerne infine il diverso valore che assume in costituzione il princio lavorista rispetto a quello della proprietà privata, si veda MORTATI, *Indirizzi costituzionali nella disciplina della proprietà fondiaria*, in *Raccolta di scritti*, vol. III, pag. 15 ed ivi il riferimento all'« esigenza diffusa nella coscienza comune » ed all'« intensità dell'impegno tra le forze sociali »; *Id.*, *Il lavoro nella costituzione*, ivi, p. 249, con riferimento all'interpretazione dell'art. 4 cost. quale « criterio generale direttivo ed interpretativo », la cui giuridicità, « si deve apprezzare attraverso la considerazione del sistema in cui è inserito e dello spirito da cui esso è informato ».

(37) Cfr. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, p. 137 ed ivi il riferimento ad HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, 1927, p. 238 ss.; cfr. MORTATI, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., p. 214.

(38) Cfr. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 137 s.; cfr. NANIA R., *Il valore della costituzione*, Roma, 1985, p. 37, il quale afferma che la costituzione materiale mortatiana e i suoi principi « non rifluiscono nel-

teriale » presenta una forte carica di contenuti politici ed ideologici, tale da far pensare immediatamente ai rischi di utilizzazioni antidemocratiche ed illiberali che essa potrebbe recare con sé quando fosse associata ad un rigido sistema di garanzie costituzionali inteso a reprimere ogni forma di infedeltà ai valori costituzionali. D'altra parte anche se rappresenta un superamento dell'idea di un diritto costituzionale che si sviluppi al riparo della politica e della storia, essa ripropone inevitabilmente una serie di interrogativi di metodo e di teoria del diritto. Ad essi Mortati trova risposte che, a nostro avviso, risultano notevolmente diverse nelle differenti fasi di sviluppo del suo pensiero a partire dal primo scritto sulla « costituzione materiale » del 1940, in cui è più accentuato il profilo finalistico della costituzione materiale e meno avvertita l'esigenza delle garanzie giuridiche⁽³⁹⁾, fino agli scritti sul pluralismo e le formazioni sociali, nei quali il riferimento ai « valori costituzionali », presenti nella coscienza sociale, diventa prevalente e l'esigenza di individuare le garanzie costituzionali di una democrazia pluralistica assume un'importanza centrale.

L'esigenza di considerare, anche nel momento della garanzia, l'integrale svolgersi dell'ordinamento impone anzitutto l'adozione di una prospettiva storica che sola può consentire di fissare delle priorità e dei criteri di temperamento tra interessi costituzionalmente garantiti in conflitto tra loro. Anzi a questo proposito occorre sottolineare che la via indicata da Mortati rivela tutta la sua ricchezza e la sua adeguatezza alle esigenze degli ordinamenti costituzionali contemporanei, soprattutto con riferimento al ruolo degli istituti e congegni di garanzia costituzionale in ordinamenti caratterizzati da un accentuato pluralismo.

Nel quadro di questa concezione della « costituzione materiale » intesa come un nucleo di « valori supremi », di principi fondamentali, rispetto ai quali la costituzione formale assume una

le fonti positivizzate e nella mediazione giuridico-formale della loro operatività, ma invadono i circuiti istituzionali in modo immediato e diretto ».

(39) Cfr. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 121 ss. e spec. p. 127, dove afferma che « il fine politico, in quanto incorporato in una istituzione statale, non solo non appartiene ad uno stadio pregiudiziale, ma, formando l'essenza stessa della costituzione fondamentale, diviene la fonte prima del diritto dello Stato ».

funzione strumentale, si colloca la dottrina mortatiana della « revisione costituzionale » come istituto di garanzia costituzionale, strumento per assicurare il mantenimento dei « principi » o « valori » supremi e garantire la continuità dell'ordinamento statale. La riflessione mortatiana procede da un'ampia ricognizione delle diverse procedure esistenti in vari ordinamenti costituzionali, senza perdere di vista le ragioni storico-politiche che hanno ispirato la scelta delle diverse procedure di revisione del testo costituzionale. Emerge, in questa prospettiva, la necessità di approfondire un duplice ordine di esigenze: *a*) tener fermi i presupposti essenziali che caratterizzano l'ordinamento costituzionale nel suo insieme e lo identificano nei suoi « valori supremi », individuando in questi ultimi il fondamento dei « limiti materiali » o « assoluti » o « impliciti » che incontra il potere di revisione costituzionale; *b*) quella di far fronte alle richieste di modificazione dell'ordinamento attraverso adeguate procedure speciali disciplinate dalla costituzione. La funzione di garanzia costituzionale della revisione costituzionale si articola perciò su due piani diversi, l'uno più strettamente procedimentale, che investe la modificabilità della costituzione « strumentale » o formale, l'altro più sostanziale che riguarda la stessa possibilità di individuare dei limiti materiali o « impliciti » della revisione costituzionale.

Il primo profilo, che si ricollega alla funzione di garanzia delle procedure speciali di revisione costituzionale, va ben oltre la semplice considerazione delle maggioranze qualificate richieste nei vari ordinamenti per modificare il testo della costituzione. Sulla base di una vasta indagine comparatistica, Mortati si interroga sul significato che il consenso popolare può assumere nel procedimento di revisione costituzionale, sulla *ratio* delle diverse previsioni procedimentali, sull'ordine secondo cui debbono svolgersi le doppie deliberazioni delle camere, sulla previsione di maggioranze qualificate che dovrebbero garantire che « i mutamenti siano il frutto di maturi convincimenti, di volontà consolidate »⁽⁴⁰⁾.

Ma il punto più controverso della dottrina di Mortati sulla revisione costituzionale riguarda la possibilità di identificare giu-

(40) MORTATI, *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, cit., p. 141.

ridicamente dei « limiti impliciti » alla potestà di revisione della costituzione, dei limiti derivanti dalla identificazione della « costituzione materiale ». Mettendo per il momento da parte l'esame della dottrina ermeneutica attraverso la quale Mortati giunge alla identificazione di una « costituzione materiale », ci si può limitare a ricordare che l'obiezione più rilevante che si suole muovere contro la concezione dei limiti impliciti della revisione costituzionale è che essa finirebbe col giuridicizzare l'ideologia politica e che tale operazione potrebbe essere gravida di rischi, oltre che per la libertà del singolo, per lo stesso libero sviluppo delle istituzioni politiche. In realtà solo apparentemente l'individuazione di un nucleo di principi e valori supremi che costituiscano le linee portanti di un determinato assetto costituzionale consentirebbe di ancorare lo sviluppo del diritto costituzionale a presupposti politico-ideologici estranei alla disciplina che il costituente, formulandola espressamente, ha voluto sicuramente garantire. Secondo Mortati sono viziate da formalismo tutte le dottrine per cui con la procedura di revisione costituzionale dovrebbero poter venir meno le stesse linee essenziali dell'ordinamento costituzionale, perché sarebbero garantiti solo quei principi espressamente enunciati dalla carta costituzionale e modificabili in ogni caso attraverso le apposite procedure previste dalla costituzione per modificare le enunciazioni costituzionali. La revisione costituzionale, come ogni altro istituto giuridico, non ha funzioni assolute ed immodificabili in ogni ordinamento statale, è suscettibile di assumere forme diverse e può persino mancare del tutto come procedura *ad hoc*; il ruolo effettivamente svolto da questo istituto nel diritto vigente e la sua prevalente, indiretta, solo eventuale o del tutto inesistente funzione di garanzia del mantenimento di un determinato assetto costituzionale non può essere esaminata prescindendo dalla realtà istituzionale dei singoli ordinamenti nel cui ambito si inserisce lo specifico ruolo dell'organo di revisione costituzionale. Non solo è realistico ritenere che i valori costituzionali supremi, quelli nei quali si identifica la continuità repubblicana, possano essere minacciati anche da un disegno di legge di revisione costituzionale, ma proprio nella procedura di « revisione costituzionale » Mortati vede un congegno fondamentale per garantire, attraverso le necessarie modifi-

cazioni del dettato costituzionale, la stabilità e la durata dei caratteri fondamentali che sono propri della costituzione repubblicana. Tale impostazione si ricollega all'esigenza di garantire la « continuità repubblicana », pur nella consapevolezza della storicità e della dinamicità dei valori costituzionali. Di fronte al pericolo che possano essere minacciate le stesse linee essenziali dell'ordinamento repubblicano, si pone, secondo Mortati, la garanzia della « revisione costituzionale » che impone anzitutto di adottare il relativo disegno di legge seguendo le procedure disposte dal costituente allo scopo di evitare modificazioni non adeguatamente maturate ed in secondo luogo il rispetto di quei « limiti impliciti » della stessa revisione costituzionale che hanno la funzione di impedire una modificazione radicale del quadro costituzionale originario; a tal fine sarebbero anche possibili interventi successivi di altri organi in funzione di garanzia e di controllo ed infine sarebbe esercitabile il « diritto di resistenza » da parte del popolo. Tutto ciò sarà evidentemente possibile soltanto se i « valori supremi » che si assumono minacciati siano ancora vivi nella coscienza sociale e sia pertanto possibile riaffermare la loro vigenza effettiva quali principi informatori dell'intero assetto costituzionale.

Ad integrare il quadro delle « garanzie costituzionali » contribuiscono istituti tra loro diversi, eterogenei non solo nel modo di operare ma anche nel ruolo che svolgono di più accentuata tutela di determinati interessi o nei compiti ad essi affidati dal diritto costituzionale vigente.

Nell'ampia prospettiva da cui muove Mortati, volta a mettere in luce il valore strumentale dei diversi istituti e meccanismi di garanzia, si inserisce anche la valutazione del ruolo del Presidente della Repubblica. Mortati ricostruisce tale ruolo, fedele al suo metodo storico e comparato, non tanto sulla base di elementi testuali, quanto « tenendo presenti i principi informativi del nostro ordinamento »⁽⁴¹⁾ e comparandoli con quelli di altre esperienze costituzionali⁽⁴²⁾. Ne risulta la conclusione che « il presidente è da collocare tra gli organi che cooperano all'indirizzo

(41) MORTATI, *Istituzioni*, tomo I, IX ed., p. 524.

(42) MORTATI, *Istituzioni*, tomo I, cit., IX ed., p. 531.

politico, ma con una sua funzione peculiare: di influenza indiretta, di garanzia del rispetto delle condizioni che ne rendono possibile la regolarità e continuità di svolgimento »⁽⁴³⁾. Egli continua a sottolineare ripetutamente le modificazioni che si sono verificate in vari ordinamenti con riferimento al moltiplicarsi e all'accrescersi del sistema delle garanzie esterne⁽⁴⁴⁾ e sottolinea l'importanza che ha assunto la funzione « neutra » del Capo dello Stato, « che ha per oggetto il mantenimento delle 'regole del giuoco' »⁽⁴⁵⁾. Ed a tale ruolo di garanzia costituzionale Mortati riporta tanto i poteri di controllo della conformità alla costituzione del comportamento degli organi dello Stato quanto quelli diretti ad accertare l'idoneità della loro azione a soddisfare gli interessi che si tratta di volta in volta di assicurare⁽⁴⁶⁾. Tale funzione di garanzia del Capo dello Stato si sarebbe accentuata con l'accrescersi del ruolo dei partiti politici, anche se la posizione *super partes* di questo organo sarebbe tuttavia minacciata in particolare nei sistemi pluripartitici⁽⁴⁷⁾. Emerge quindi di nuovo una funzione di garanzia interna al sistema, di garanzia costituzionale nel senso più ampio del termine. Lo stesso Mortati sente poi l'esigenza di distinguere una funzione presidenziale di garanzia costituzionale in senso più ampio ed indiretto da una funzione di garanzia più specifica e diretta che quest'organo svolgerebbe solo in determinati casi

⁽⁴³⁾ MORTATI, *op. ult. cit.*, p. 650.

⁽⁴⁴⁾ Mortati riprende la distinzione tra garanzie esterne e garanzie interne a proposito della classificazione delle forme di governo quando afferma che uno dei criteri di classificazione di queste ultime è quello che si basa sull'« *esistenza e l'efficienza di un complesso di garanzie dei diritti dei singoli di fronte a possibili abusi da parte dei detentori del potere* » (MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Roma, 1959, p. 126 s.) ed afferma che « *la distinzione è da effettuare secondo che: a) l'osservanza delle rispettive sfere d'azione degli organi fra cui è distribuito il potere di governo ... rimanga affidata solo al sistema delle garanzie che si chiamano 'interne' ...; b) o invece sia accompagnato da garanzie operanti dall'esterno per mezzo di organi indipendenti da quelli attivi* » (cfr. in proposito anche MORTATI, *Istituzioni*, tomo II, IX ed., cit., p. 1224).

⁽⁴⁵⁾ MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, cit., p. 161; cfr. *Id.*, *Istituzioni*, tomo II, IX ed., p. 649 ss.

⁽⁴⁶⁾ MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, cit., p. 161 ss.

⁽⁴⁷⁾ MORTATI, *Istituzioni*, tomo II, IX ed., cit., p. 650 ss.

quando gli atti adottati dal Presidente della Repubblica non sarebbero suscettibili di essere sottoposti ad un sindacato di tipo giurisdizionale⁽⁴⁸⁾. La distinzione dovrebbe in realtà riguardare le attribuzioni presidenziali aventi carattere prevalente di garanzia rispetto a quelle in cui la funzione di garanzia appare meno diretta e più sullo sfondo, le considerazioni che se ne possono trarre in ordine alla sindacabilità degli atti adottati dal presidente dovrebbero avere piuttosto carattere consequenziale e non sembrerebbero pertanto assumibili quali criteri di classificazione delle competenze del Presidente della Repubblica.

In sostanza Mortati ripropone la tesi di un Presidente della Repubblica garante della costituzione, accentuando in particolare la funzione di garanzia del mantenimento delle regole del sistema democratico rappresentativo, mentre non va d'altra parte dimenticato che il presidente potrebbe, nel caso in cui fossero minacciati « valori costituzionali supremi », e la violazione di tali valori fosse ricollegabile all'esercizio di competenza presidenziale, rispondere per « alto tradimento » o « attentato alla costituzione »⁽⁴⁹⁾.

4. Il presupposto di tutta la concezione mortatiana delle garanzie del diritto obbiettivo e delle garanzie costituzionali in particolare è costituito dall'identificazione di un nucleo di valori supremi, principi e finalità fondamentali, che individuano un determinato assetto statale nella sua « costituzione materiale » e rappresentano nello stesso tempo una guida per l'interpretazione delle disposizioni vigenti.

Si deve peraltro osservare, al fine di cogliere meglio il senso dei compiti affidati al sistema delle garanzie costituzionali, che la « costituzione materiale » di cui parla Mortati è ben lontana dall'identificarsi con la pura e semplice effettività contingente dell'ordinamento costituzionale. Essa tende piuttosto ad individuare, nel processo di formazione e di trasformazione costante dell'ordinamento, alcuni valori più stabili, che costituiscono appunto il contenuto o nucleo essenziale della costituzione, quello che imprime un impulso a tutto l'ordinamento giuridico ed iden-

(48) Cfr. MORTATI, *Istituzioni*, tomo II, IX ed., p. 1224.

(49) Cfr. MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, cit., p. 174.

tifica la forma di Stato che si impone in un determinato contesto storico⁽⁵⁰⁾.

La concezione unitaria di tale nucleo di valori supremi si rivela il punto centrale della visione mortatiana del diritto obiettivo e della costituzione materiale. Il rapporto tra sistema delle garanzie formali e quelle che il Mortati chiama le « garanzie sostanziali », vale a dire le forze politiche e sociali che costituiscono nello stesso tempo il fondamento e la garanzia dell'ordine costituzionale, è legato anch'esso a variabili storiche; di conseguenza col mutare del contenuto dei valori politico-costituzionali da un ordinamento all'altro varia il tipo ed il ruolo delle garanzie giuridiche e la loro relazione con le forze politiche e sociali che in un determinato periodo storico garantiscono il mantenimento della « costituzione materiale »⁽⁵¹⁾.

Non si può non considerare peraltro che per Mortati le forze politiche e sociali agiscono direttamente come forze creatrici di diritto e che attraverso la loro azione e l'organizzazione che esse si danno si realizza il momento genetico dell'ordinamento costituzionale, la giuridicizzazione dei valori e fini politici che caratterizzano la forma di Stato⁽⁵²⁾, ma anche la garanzia del mantenimento, dell'adempimento delle finalità politiche supreme. È noto a tutti come Mortati abbia iniziato la sua elaborazione

(50) Cfr. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., pp. 74 ss., 136 ss.; Id., *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, IX ed., p. 135 ss.; MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 88 s., insiste particolarmente sulla giuridicità e sulla stabilità della costituzione materiale ed afferma che questa ultima è « giuridica per eccellenza in quanto è quella dalla quale trarre il criterio per poter imprimere il carattere della giuridicità a tutto il sistema degli atti successivi ».

(51) Cfr. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, pp. 17, 87 ss., 134, 141 ss.; Id., *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini*, 1973, p. 514 ss.

(52) Cfr. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., spec. p. 146 ss.; Id., voce *Costituzione (dottrine generali)*, cit., p. 162 ss., dove si riprende anche la dottrina secondo cui sono i « gruppi sociali prevalenti in virtù del potere di fatto esercitato che ricercano nella costituzione lo strumento idoneo alla tutela degli interessi di cui sono portatori, al consolidarsi dei principi di vita associativa che meglio giovano alla stabilizzazione ed al più ordinato svolgimento del potere stesso ».

della dottrina della « costituzione materiale » tenendo presente l'esperienza dello Stato autoritario e le funzioni assunte dal partito fascista, in presenza di un quadro normativo di cui faceva ancora parte lo statuto monarchico. L'adesione delle forze sociali ai valori essenziali dell'ordinamento costituzionale non può essere la stessa in presenza di un ordinamento democratico e pluralista, caratterizzato per altro verso dalla presenza di una costituzione rigida e di un forte sistema di garanzie costituzionali. Mortati avverte l'esigenza di nuovi congegni di garanzia che assicurino il costante apporto di tutte le forze sociali e nello stesso tempo consentano il mantenimento dello spirito innovatore che ha ispirato il costituente. In diversi momenti di sviluppo del suo pensiero, Mortati ha sempre presente l'esigenza di mantenere i valori costituzionali fondamentali, garantire la continuità delle istituzioni repubblicane e nello stesso tempo assicurare lo sviluppo delle dinamiche sociali, offrendo a tutte le « formazioni sociali » interessate al rinnovamento la possibilità di partecipare ai processi di decisione politica e persino in determinate circostanze di sostituirsi all'azione degli organi dello Stato. La ricerca di Mortati si sviluppa perciò secondo le linee direttive: *a*) di un approfondimento del ruolo dei diversi congegni di garanzia propri di un ordinamento democratico e pluralista aperto all'apporto delle « formazioni sociali », *b*) di elaborazione di una teoria dell'interpretazione adeguata ad una costituzione fondata sui valori e caratterizzata da un forte spirito innovatore.

Per quel che attiene al sistema delle garanzie, è riscontrabile, talora, non solo attraverso l'esame delle varie edizioni delle « Istituzioni », ma anche dei vari scritti sulla giurisdizione costituzionale, sui partiti politici e sulle formazioni sociali, e su molti altri temi, un attenuarsi della fiducia nel funzionamento delle cosiddette « garanzie interne » o « indirette », specialmente di quelle più legate ad un corretto funzionamento del sistema della rappresentanza politica, ed un accrescersi di aspettative con riferimento alla capacità della giurisdizione costituzionale di far fronte alle esigenze di contemperamento tra interessi opposti, al fine di realizzare i compiti di promovimento sociale indicati dalla costituzione. Negli scritti più recenti l'attenzione di Mortati sembra rivolgersi con maggiore frequenza verso i « congegni di garanzia »

del pluralismo politico ma anche verso possibili forme di « resistenza » collettiva nel caso di insufficienze nell'azione dei poteri statali o a tutela dei diritti delle minoranze⁽⁵³⁾. Il sistema delle garanzie costituzionali non può essere assunto ancora una volta in una prospettiva statica, di mera conservazione delle situazioni giuridiche consolidate, ma deve essere articolato in modo da assicurare tanto la continuità delle istituzioni e la regolarità dell'azione dei pubblici poteri, quanto l'apporto costante dei gruppi sociali anche minoritari. Mortati tiene tuttavia a ribadire che né la struttura dello Stato democratico contemporaneo, né l'« espansione di principi e sentimenti solidaristici » riescono a ridurre lo sviluppo storico dell'ordinamento al risultato di un processo nel quale intervengano tutte le forze sociali « tutte le classi e tendenze »⁽⁵⁴⁾. Ma anche se restano dei limiti insuperabili a tale processo ed anche se la struttura dello Stato democratico non riesce ad « eliminare il predominio di fatto esercitato da determinate classi le quali si giovano del possesso di certe posizioni di potere » per « neutralizzare lo slancio eversivo delle controforze »⁽⁵⁵⁾, al giurista resta aperta la possibilità di « approvare ed incoraggiare » le ideologie democratiche e solidaristiche, con consapevolezza « dei presupposti cui sono collegate » e dei limiti che incontrano nella realtà storica⁽⁵⁶⁾.

(53) Cfr. MORTATI, *Commento all'art. 1 cost.*, cit., p. 27 e *passim*; Id., *Note introduttive ad uno studio sulle garanzie dei diritti dei singoli e delle formazioni sociali*, in *Scritti Pugliatti*, Varese, 1978, p. 1565 ss.; Id., *Istituzioni*, tomo II, IX ed., p. 1158 ss.; Id., *Ispirazione democratica della costituzione* (1955), in *Raccolta di scritti*, vol. II, cit., p. 295 ss.

(54) Cfr. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, IX ed., p. 31 ss. ed ivi citazioni, a proposito della preminenza dei gruppi portatori di determinati interessi e della contrapposizione tra una concezione conflittuale o integrazionista della società. Mortati contesta l'affermazione secondo cui nello Stato pluriclasse, si realizzerebbe un processo circolare di integrazione « risultante di tutte le innumerevoli forze, individuali e collettive che in esso si manifestano » e non ritiene rispondente alla realtà l'affermazione che nello Stato democratico e pluralista contemporaneo sarebbe eliminato il « predominio di fatto esercitato da determinate classi, le quali si giovano del possesso di certe loro posizioni di potere poggianti sulla serie delle influenze ... tra loro cooperanti e tali da neutralizzare lo slancio eversivo delle controforze » (ivi, p. 34).

(55) Cfr. MORTATI, *loc. ult. cit.*

(56) Cfr. MORTATI, *loc. ult. cit.*

Per quel che concerne la teoria dell'interpretazione della costituzione, l'insegnamento mortatiano tende a collegare il tema delle garanzie, assunto in una visione dinamica dello sviluppo delle istituzioni, con una lettura « aperta » della costituzione⁽⁵⁷⁾. Nel riaffermare l'esigenza di un'interpretazione « aperta » della costituzione, Mortati sottolinea ancora una volta la necessità di tenere presenti le dinamiche sociali anche al fine di interpretare il dettato della costituzione e di fare riferimento ai valori emergenti dalla « coscienza collettiva », al fine di un'eterointegrazione dei dati testuali e di un'interpretazione evolutiva della costituzione⁽⁵⁸⁾. Il tentativo mortatiano di realizzare una piena giuridificazione dei valori e fini politici supremi, presente soprattutto nello scritto del 1940 sulla costituzione in senso materiale, non sembra una via percorribile fino in fondo, almeno in tutta la sua rigidità; ma ciò che resta a nostro parere inconfutabile è la constatazione che solo seguendo l'intero ed incessante sviluppo storico della società e prendendo coscienza dell'azione delle forze politiche e sociali che operano le trasformazioni del diritto vigente, le promuovono e le sorreggono, è possibile individuare concretamente i valori, i principi, le finalità fondamentali che caratterizzano una determinata fase dell'evoluzione di un ordinamento — ed ai quali i giuristi non possono esimersi dal fare riferimento —. Sembra più convincente ritenere che i valori, in quanto orientamenti di fondo presenti nel patrimonio etico-politico e nella cultura di una determinata società, non siano riconducibili a vere e proprie proposizioni normative, se non altro perché mantengono un'eccedenza di contenuto assiologico non integralmente traducibile in proposizioni normative⁽⁵⁹⁾; ciò che è fon-

(57) MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, cit., p. 180 ss. ed *ivi* l'affermazione che « la pretesa di esaurire nella costituzione scritta l'intero sistema si è rivelata sempre più illusoria e sempre più manifesto è apparso il bisogno di attingere da fonti extratestuali gli elementi necessari a fare abbracciare la totalità di vita sociale unificata dalla costituzione in senso materiale »; cfr. inoltre la polemica con Forsthoff e Leisner, *ivi*, p. 182 nota 117.

(58) Cfr. MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, cit., p. 182.

(59) Cfr. in proposito; BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, pp. 89 s., 159, 205 ss., 211 s.; ID., *L'interpretazione della legge e la sua efficienza evolutiva*, in *Scritti giur. in onore di M. Cavaliere*,

damentale nella teoria mortatiana dell'interpretazione è il carattere « strumentale » della costituzione formale rispetto ai « valori », « principi » e finalità fondamentali che in un ordinamento pluralistico « aperto » sono sempre di più il risultato dell'azione di molteplici forze politiche e sociali. Tale carattere « strumentale », che porta a considerare la costituzione formale come « il documento attestativo dell'accordo conseguito in ordine alla struttura statale », consente di ribadire che la formulazione testuale « non è mai autoscopo »⁽⁶⁰⁾ e soprattutto di affermare, senza ombra di equivoci, la prevalenza su ogni altro canone ermeneutico di quello storico sistematico⁽⁶¹⁾, non volto, come è evidente, solo a ripercorrere la genesi delle singole enunciazioni, ma a cogliere il significato dell'inserimento della norma stessa nell'insieme della situazione politico-sociale in cui la costituzione vive.

In questo senso è da intendere la ripetutamente affermata « elasticità » delle norme costituzionali⁽⁶²⁾, che non sarebbe tale da escludere, soprattutto in presenza della costituzione rigida, che in alcuni casi la stessa formulazione testuale possa svolgere una insostituibile funzione di garanzia delle « posizioni di compromesso raggiunte »⁽⁶³⁾. Ma, a ben vedere, in questi casi, anche la scelta tra criterio « letterale » o « sistematico » nell'interpretazione della costituzione non è neppur essa scelta tecnica, adottabile senza aver prima acquistato consapevolezza della storicità degli interessi in gioco e ricostruito il sistema dei « valori » che si tratta di volta in volta di comporre sulla base dei dati normativi e fissata così la specifica funzione di garanzia presente in una determinata formulazione testuale.

Padova, 1959, p. 167 ss.; Id., *Forma e sostanza della « interpretatio prudentium »*, in *Atti del congresso int. di diritto romano e di storia del diritto*, vol. II, Milano, 1951, p. 110 ss.

⁽⁶⁰⁾ MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, cit., p. 147.

⁽⁶¹⁾ Cfr. MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, cit., p. 180.

⁽⁶²⁾ Cfr. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 133; Id., voce *Costituzione (dottrine generali)*, cit., p. 181 ed *ivi* le considerazioni sul diverso tipo di elasticità delle costituzioni liberali dell'ottocento e delle costituzioni dello Stato sociale contemporaneo (dello Stato con « *compiti di intervento più o meno penetrante nei rapporti sociali* »).

⁽⁶³⁾ Cfr. MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, cit., p. 168.

Mortati riafferma la creatività dell'attività ermeneutica e si colloca accanto a quegli indirizzi di teoria dell'interpretazione che tendono ad identificare gli orientamenti di fondo, le scelte di valore che informano tutto l'ordinamento tenendo conto dell'evolversi della realtà sociale. Nel « ricercare i principi... che precedono e condizionano tutti gli altri »⁽⁶⁴⁾, perché sono impliciti nelle norme vigenti, l'interprete dovrà tenere presente infatti la « complessiva realtà sociale » per individuare « le esigenze istituzionali latenti »⁽⁶⁵⁾. L'insufficienza della interpretazione meramente letterale è avvertita in modo particolare nei confronti di quelle costituzioni contemporanee che, attraverso l'utilizzazione di clausole costituzionali aperte, suscettibili nella loro indeterminazione di essere lette con riferimento alle dinamiche sociali, fanno diretto riferimento alle esigenze reali emergenti dallo sviluppo dell'intera società, a pena di restare altrimenti private totalmente di ogni significato giuridico⁽⁶⁶⁾. Con riferimento alla tendenza a dare una più precisa formulazione alle norme costituzionali, Mortati osserva che tale processo si è scontrato con due opposte tendenze, perché da un lato sono stati richiesti agli organi dello Stato interventi di promovimento sociale sempre più penetranti che rendevano difficile la formulazione di enunciazioni costituzionali più analitiche e precise⁽⁶⁷⁾, dall'altro si è spesso verificata una trasformazione qualitativa delle riserve di legge in « riserve specializzate e rinforzate »⁽⁶⁸⁾, che, lungi dall'accrescere il rilievo dell'interpretazione letterale, « viceversa accrescono il potere dell'interprete »⁽⁶⁹⁾.

L'interpretazione della costituzione resta inoltre aperta anche per la pluralità degli interpreti che la stessa costituzione pre-

(64) Cfr. MORTATI, *op. ult. cit.*, p. 182.

(65) Cfr. MORTATI, *op. ult. cit.*, p. 182.

(66) Cfr. MORTATI, *Istituzioni*, tomo I, IX ed., p. 155 s., con riferimento ai diritti inviolabili previsti dalla costituzione italiana; Id., *Note introduttive ad uno studio sulle garanzie dei diritti inviolabili*, cit., p. 1579.

(67) Cfr. MORTATI, *op. ult. cit.*, p. 180; il diffondersi nelle costituzioni di clausole economico-sociali, che necessariamente utilizzano concetti elastici ed indeterminati, impone all'interprete di fare riferimento ad elementi extratestuali.

(68) Cfr. MORTATI, *op. ult. cit.*, p. 181.

(69) Cfr. MORTATI, *loc. ult. cit.*

vede attraverso la predisposizione di un sistema articolato di garanzie, diretto a mantenere in vita un assetto istituzionale realmente pluralistico ed a rendere possibile quel « continuo rinnovamento interpretativo » al quale Mortati fa riferimento quando propone l'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudici costituzionali ed insiste sull'importanza della motivazione delle sentenze della Corte⁽⁷⁰⁾, proprio per attenuare il carattere verticistico di tale interpretazione e mantenere aperto il dialogo tra la Corte costituzionale e gli altri organi dello Stato.

Nell'interpretazione della costituzione non dovrà perdersi di vista « l'insieme della situazione politico-sociale » dalla quale la costituzione è emersa e che continua « ad alimentare in ogni sua fase la vita della medesima »⁽⁷¹⁾. È in questo contesto politico-sociale che maturano le nuove esigenze di tutela giuridica⁽⁷²⁾ e si sviluppano quei conflitti la cui presenza è in una certa misura fisiologica in una realtà sociale fortemente articolata.

(70) Cfr. MORTATI, *Considerazioni sul problema dell'introduzione del « dissent » nelle pronunce della Corte costituzionale italiana*, in *La giustizia costituzionale* a cura di G. Maranini, Firenze, 1966, p. 155 ss.

(71) Cfr. MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, cit., p. 180, dove fa riferimento all'« elemento storico », quale « espressione e garanzia degli interessi fondamentali ... radicati » nella costituzione, che si pongono come limiti e direttive del suo « svolgimento nel tempo ».

(72) Cfr. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sulle garanzie dei diritti dei singoli nelle formazioni sociali*, cit., p. 1582, dove con riferimento agli artt. 2 e 3, 2° comma cost., afferma che le disposizioni costituzionali devono essere interpretate in senso estensivo « riferendosi all'obbligo della tutela non più solo dei diritti che trovano espressa menzione nella costituzione, ma anche di altri promananti da una progressiva maturazione dello spirito pubblico che spinga nel senso di accogliere le applicazioni del principio di libertà »; cfr. MORTATI, *ivi*, p. 1579, con riferimento all'ambito di operatività dell'art. 2, dove osserva: « è anche da ritenersi che alla determinazione di tale ambito non possa assegnarsi carattere di rigidezza, dato che esso non può sottrarsi al moto della coscienza collettiva, la quale può condurre in determinati momenti ad un'interpretazione o estensiva o viceversa riduttiva di tale ambito »; alla coscienza collettiva ci si dovrà riferire anche per identificare « un nucleo essenziale dei diritti in discorso ... insopprimibile », che non potrebbe in nessun caso essere violato. Riferimenti alla « coscienza sociale del nostro tempo » si trovano anche in MORTATI, *Istituzioni*, tomo II, IX ed., p. 1037 s., dove si afferma che nella garanzia dei diritti « non può disconoscersi la validità di quelle pretese che via via maturano nel seno della società imponendone il riconoscimento anche formale ».

La consapevolezza del carattere conflittuale della società non solo giova ad un migliore intendimento delle dinamiche sociali da parte dei giuristi, ma consente anche un approfondimento delle esigenze da garantire al fine di assicurare uno sviluppo democratico e pluralista delle società contemporanee ⁽⁷³⁾.

L'esigenza di affinare gli strumenti dell'interpretazione costituzionale si inserisce in quella più ampia di rafforzare le garanzie del diritto obbiettivo, allo scopo di mantenere in vigore un sistema pluralistico in grado di consentire un apporto costante da parte dei gruppi sociali, anche minoritari. Mantenere aperto il dialogo tra la corte costituzionale e gli altri interpreti della costituzione significa insistere sulla qualità delle motivazioni delle sentenze, ma anche non perdere di vista le esigenze di tutela che emergono nello sviluppo dei rapporti sociali. La risposta alla crescente complessità dei conflitti non deve essere la concentrazione di ogni istanza di garanzia dinanzi ad un solo organo, ma una più diffusa sensibilità del rispetto della costituzione da parte dei numerosi « congegni » che quest'ultima ha predisposto.

L'insieme delle garanzie costituzionali si colloca nel quadro di un sistema nel quale non è esclusa l'azione di « controforze » che consentirebbero ai gruppi sociali minoritari di far valere interessi non coincidenti con quelli delle forze sociali prevalenti. Tali « controforze », alle quali Mortati fa spesso riferimento, potrebbero avvalersi di strumenti diversi, anche in funzione di garanzia dei loro interessi, dallo sciopero agli istituti di democrazia diretta e di partecipazione popolare. Ai gruppi sociali dovrebbe essere garantita la possibilità di dar vita a « movimenti », che in talune circostanze potrebbero opporsi alle decisioni delle stesse maggioranze espresse dal sistema rappresentativo. L'eser-

(73) Cfr. MORTATI, *Istituzioni*, tomo I, IX ed., p. 32 ss. ed ivi citazioni. Anche se il frequente richiamo alla « coscienza sociale » nella stessa individuazione delle « esigenze istituzionali latenti » potrebbe far ritenere che Mortati aderisca ormai ad una visione integrazionista delle forze sociali, va tuttavia considerato che egli tende a ribadire che né la struttura dello Stato democratico contemporaneo, né l'« espansione di principi e sentimenti solidaristici » riescono a ridurre lo sviluppo storico dell'ordinamento al risultato di un processo nel quale intervegano realmente tutte le forze sociali, « tutte le classi e tendenze ».

cizio di « contropoteri », fino al limite dello stesso « diritto di resistenza » e dell'obiezione di coscienza, sono ipotesi tenute particolarmente presenti da Mortati nelle sue riflessioni sul sistema delle garanzie di un ordinamento democratico e pluralista⁽⁷⁴⁾.

5. Uno dei punti più travagliati della riflessione mortatiana sulle garanzie costituzionali è costituito dal « diritto di resistenza », che si inserisce nel quadro delle « garanzie non giurisdizionali della legalità dell'azione dello Stato di fronte al cittadino » e, quel che più preme sottolineare, si caratterizza, secondo Mortati, in primo luogo come « un diritto suscettibile di assumere aspetti diversi »⁽⁷⁵⁾. Su tale diversità Mortati insiste ripetutamente, non solo distinguendo la resistenza collettiva da quella individuale, la resistenza attiva da quella passiva, ma soprattutto differenziando le possibili funzioni delle diverse forme di resistenza collettiva⁽⁷⁶⁾. Egli continua ripetutamente ad interrogarsi sul valore giuridico di un eventuale riconoscimento in costituzione del diritto di resistenza nel caso in cui l'ordine costituzionale fosse minacciato nei suoi principi supremi dagli stessi poteri costituzionali; e mentre talora afferma il carattere « solo pedagogico » di una enunciazione in tal senso contenuta nella costituzione⁽⁷⁷⁾, altre

(74) Cfr. MORTATI, *Commento all'art. 1 cost.*, in *Commentario alla costituzione italiana* a cura di G. Branca, Bologna, 1985, p. 32 ss., dove fa riferimento alle « figure organizzative del popolo fuori da schemi normativi » ed inserisce le forme di resistenza organizzata nel quadro dei « movimenti » che trovano il loro fondamento nel principio della sovranità popolare; Id., *Istituzioni*, tomo II, IX ed., cit., p. 1038, per il riferimento all'obiezione di coscienza da inquadrarsi tra i « diritti che sono espressione del maturarsi in determinati ambienti di esperienze etiche »; Id., *Istituzioni*, tomo I, IX ed., cit., p. 153; Id., *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano* (1957) ed ora in *Raccolta di scritti*, vol. III, p. 390, dove tende piuttosto a considerare i « movimenti » in connessione col sistema dei partiti.

(75) Cfr. MORTATI, *Istituzioni*, tomo II, IX ed., cit., p. 1245.

(76) MORTATI, *Commento all'art. 1 cost.*, in *Commentario alla costituzione italiana* a cura di G. Branca, Bologna, 1975, pp. 32 ss., 27, 42 nota (2), 50; v. inoltre note seguenti per ulteriori citazioni.

(77) MORTATI, *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, cit., p. 232 dove osserva: « si può però notare che l'opinione la quale nega ogni utilità e valore alla formale proclamazione del diritto di resistenza, non è del tutto esatta »; dopo aver rilevato infatti che non si può ritenere che una enun-

volte sembra ritenere che la proclamazione in costituzione di un vero e proprio « diritto di resistenza » sarebbe giustificato « in un ordinamento effettivamente operante sotto l'impulso del principio democratico »⁽⁷⁸⁾. Ed anche se in assemblea costituente, così come in alcuni scritti successivi, Mortati si orienta nel senso di affermare l'« inutilità » di una norma che preveda il diritto di resistenza, nel commento all'art. 1 cost. tende ad accentuare maggiormente il « carattere giuridico » di tale diritto « se esso può assumere a proprio parametro i principi garantiti dalla costituzione »⁽⁷⁹⁾.

ciazione costituzionale in tal senso avrebbe solo un valore pedagogico (« di educazione civica »), aggiunge « bisogna capire il profondo significato che essa può assumere, poiché pone nel giusto risalto come la costituzione di ogni ordinamento ... ha il suo fondamento nell'attiva partecipazione del cittadino... e non nel semplice consenso passivo di questi ». Cfr. *ivi* il riferimento all'azione di forze che « influiscono in modo più o meno occulto »; *Id.*, *Istituzioni*, tomo II, IX ed., cit., p. 1038.

(78) Cfr. MORTATI, *Intervento sul diritto di resistenza* nella seduta del 5 dicembre 1947 in Ass. costituente, *Atti dell'Ass. cost.*, vol. V, p. 2854 ss., ed ora in *Raccolta di scritti*, vol. I, Milano, 1973, p. 850; si ricorda peraltro che in tale occasione Mortati osservava che, anche se una previsione del diritto di resistenza avrebbe avuto un valore educativo, un suo riconoscimento in costituzione sarebbe inopportuno (egli afferma polemicamente: « bisogna stabilire se la costituzione debba essere un testo di legge positiva oppure un trattato pedagogico »). Lo stesso MORTATI, *ivi*, p. 861, dichiara che, come cattolico, non si oppone certamente al principio, ma solo al suo inserimento in costituzione (« perché a nostro avviso il principio stesso riveste carattere metagiuridico, e mancano, nel congegno costituzionale, i mezzi e le possibilità di accertare quando il cittadino eserciti una legittima ribellione al diritto e quando invece questa sia da ritenere illegittima »); si ricorda peraltro che MORTATI, *Istituzioni*, tomo I, IX ed., cit., p. 51, considera la resistenza anche da un punto di vista esclusivamente etico, che si potrebbe ricondurre alla libertà di coscienza quando afferma che la resistenza nei confronti della legge statale può far « sorgere uno di quei 'conflitti di fedeltà' ... che si risolvono in via di fatto, secondo la gravità del contrasto, l'intensità del sentimento che alimenta la fede nei valori etici, la capacità di coazione del potere reale » ed afferma che « una forma attenuata ed indiretta del diritto di resistenza è quella che si effettua per opera dell'interprete quando piega la formula legislativa ai propri ideali ».

(79) MORTATI, *Commento all'art. 1 cost.*, cit., p. 32, nota 1; *Id.*, *Istituzioni*, tomo II, p. 1245 s.; *Id.*, *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, p. 227; *Id.*, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in *Raccolta di scritti*, vol. III, cit., p. 384, dove inserisce il

Mortati tende ad inserire il diritto di resistenza, nelle sue manifestazioni collettive, tra quelle « figure organizzative del popolo fuori da schemi normativi » ed a considerare le forme di resistenza organizzata alla stregua di « movimenti » che traggono il loro « titolo di legittimazione dal principio di sovranità popolare »⁽⁸⁰⁾. Ed è soprattutto quando approfondisce il collegamento tra le diverse forme di resistenza organizzata collettivamente ed il principio di sovranità popolare che insiste sulla adesione attiva dei cittadini, sulla « formazione spontanea di appositi raggruppamenti », nella eventualità che gli organi cui competono poteri di decisione politica li « trascurano o malamente esercitano »⁽⁸¹⁾.

Egli distingue in effetti due diverse ipotesi di resistenza, anche se tende a riportare entrambe ad una funzione di garanzia

referendum nella « categoria delle controforze, rese necessarie per temperare l'assolutezza del dominio da parte delle forze politiche di maggioranza ».

(80) Cfr. MORTATI, *Commento all'art. 1 cost.*, cit., p. 27, dove parla di « poteri popolari non previsti espressamente, ma ricavabili » dal principio di sovranità popolare, *ivi*, p. 32, dove afferma che « la figura della resistenza » trae la propria legittimazione dal principio della sovranità popolare che presuppone a sua volta l'« adesione attiva dei cittadini ai valori consacrati nella costituzione »; *Id.*, *Istituzioni*, tomo II, cit., p. 1038, dove osserva che il « riconoscimento » del diritto di resistenza appare « giustificato dalla necessità di vincere, attraverso l'azione diretta della base popolare, le remore occulte opposte dai detentori del potere economico a quei mutamenti pur richiesti dalla costituzione »; *Id.*, *Istituzioni*, tomo I, p. 153, dove parla di « moti spontanei che diano vita all'esercizio di un diritto, che rientra appunto nei poteri impliciti della sovranità popolare, qual è quello di 'resistenza' attiva o passiva ».

(81) MORTATI, *Commento all'art. 1 cost.*, cit., p. 32, dove fa riferimento alla « formazione spontanea di nuovi appositi raggruppamenti aventi un analogo compito di autoassunzione di poteri di decisione politica, in luogo degli organi cui competerebbero, ma che essi trascurano o malamente esercitano » (analogo rispetto all'azione che potrebbe essere svolta anche da « organizzazioni associative predisposte per la tutela di interessi non direttamente politici »); per l'affermazione che il diritto di resistenza può essere esercitato da « particolari aggregati », i quali, « risultano investiti di poteri sovrani nel caso che l'insurrezione vittoriosa riesca ad attuare il nuovo indirizzo », cfr. *op. ult. cit.*, p. 27, nota (1); inoltre *Istituzioni*, tomo II, cit., p. 1246, per l'affermazione che « l'ipotesi giustificativa della resistenza è che le garanzie predisposte dall'ordinamento per l'integrità della costituzione non funzionino o non rispondano allo scopo per cui furono poste ».

dei principi costituzionali. Una prima ipotesi è quella della resistenza che si verifica come reazione collettiva in funzione di specifica garanzia del mantenimento della costituzione materiale (quando sono minacciati gli stessi « valori supremi » che caratterizzano una determinata forma di Stato); una seconda ipotesi, che può verificarsi in presenza di altri presupposti, appare piuttosto « finalizzata ad ottenere un mutamento nel comportamento di una pubblica autorità »⁽⁸²⁾, anche se pure in tale ipotesi la reazione collettiva sarebbe sempre riconducibile alla modificazione di comportamenti dei pubblici poteri in contrasto con la costituzione⁽⁸³⁾. Mentre però nelle « Istituzioni » tende a riportare entrambe le ipotesi ad « un movimento di pensiero antichissimo »⁽⁸⁴⁾ ed alla stessa « matrice ideale » con la precisazione che « si deve trattare di movimenti che emanino dalle forze politiche agenti a sostegno della costituzione materiale », soprattutto nel « commento all'art. 1 cost. » sembra affermare che la possibilità di far ricorso al diritto di resistenza non è più inscindibilmente legata alla presenza di minacce al mantenimento della forma di Stato. Nella seconda ipotesi considerata, la resistenza potrebbe essere semplicemente diretta ad esercitare una pressione sugli organi dello Stato ed eventualmente sugli stessi partiti politici, per far valere esigenze di gruppi di cittadini ostacolate o minacciate da provvedimenti delle autorità, ed aventi un loro fondamento costituzionale.

Mortati afferma chiaramente che organizzare forme di resistenza rientra « nei poteri impliciti della sovranità popolare »⁽⁸⁵⁾ e si orienta nel senso che sarebbe possibile, appellandosi alla costituzione, organizzare la resistenza collettiva contro singoli provvedimenti, anche legislativi, lesivi dei diritti di minoranze o del contenuto inviolabile dei diritti fondamentali⁽⁸⁶⁾. Ciò conferme-

(82) MORTATI, *Istituzioni*, tomo II, cit., p. 1245.

(83) MORTATI, *loc. ult. cit.*; cfr. inoltre Id., *Commento all'art. 1 cost.*, cit., p. 32 nota (1).

(84) MORTATI, *Istituzioni*, tomo II, p. 1245.

(85) MORTATI, *Commento all'art. 1 cost.*, cit., pp. 27 e 32.

(86) MORTATI, *Istituzioni*, tomo II, cit., p. 1245; Id., *Commento all'art. 1 cost.*, p. 32 nota (1).

rebbe d'altra parte che molto varie potrebbero essere le forme assunte da tali « moti » spontanei che possono dar vita, in via di fatto ed in modo informale, « a nuovi appositi raggruppamenti aventi un... compito di autoassunzione di poteri di decisione politica »⁽⁸⁷⁾.

Un ulteriore problema concerne la qualificazione della resistenza come diritto o potere giuridico e quale strumento di garanzia del diritto obbiettivo. Alle critiche rivoltegli da chi faceva valere l'argomento dell'incompatibilità tra la qualifica della resistenza come potere di fatto ed il suo inserimento tra le garanzie costituzionali, Mortati replica riaffermando la distinzione tra la resistenza diretta alla reintegrazione di un ordine violato (di una violazione specifica di determinate norme), che può considerarsi « fatto » solo « sotto l'aspetto della mancanza di regolamentazione giuridica dell'attività espletata »⁽⁸⁸⁾, e la resistenza « indirizzata

(87) MORTATI, *Commento all'art. 1 cost.*, cit., p. 32.

(88) Cfr., nel senso della distinzione tra i due fenomeni, MORTATI, *Commento all'art. 1 cost.*, cit., p. 33 nota, dove, replicando alle critiche di AMATO G., *Sovranità popolare*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, p. 99, secondo cui vi sarebbe contraddizione nel qualificare la resistenza come potere di fatto ed assegnare ad essa una funzione di garanzia costituzionale, osserva che la qualificazione della resistenza come potere di fatto andrebbe riferita a quelle ipotesi di resistenza nelle quali quest'ultima viene « indirizzata al sovvertimento dell'ordine in atto » e diviene potere costituente; ed aggiunge che peraltro in ogni caso « la resistenza entra nella categoria del fatto, dato che è il successo riportato che la rende fattore di decisione politica »; ma anche con riferimento alle ipotesi in cui si tratti solo della « reintegrazione dell'ordine violato », la resistenza può qualificarsi come potere di fatto, « sotto l'aspetto della mancanza di regolamentazione giuridica dell'attività espletata ... ma rimanendo tuttavia nel campo del diritto in considerazione dello scopo perseguito » (vedi inoltre *ivi* il riferimento alla possibilità di considerare la resistenza come « manifestazione dello stato di eccezione »); cfr. inoltre, MORTATI, *Istituzioni*, tomo II, cit., p. 1038, dove afferma che « non può disconoscersi la validità di quelle pretese che via via maturano nel seno della società imponendone il riconoscimento anche formale »; ed aggiunge che « analogo orientamento deve assumersi per altri diritti che siano espressione del maturarsi in determinati ambienti di esigenze etiche, come per es. l'obiezione di coscienza » (v. anche *Id.*, *Note introduttive ad uno studio sui partiti*, cit., p. 365 e nota (12). Sporattutto le forme di resistenza organizzate contro provvedimenti autoritativi, anche legislativi, da parte di gruppi minoritari di cittadini costituisce un tema che attualmente è spesso al centro dell'attenzione della letteratura giuridica soprattutto straniera.

al sovvertimento dell'ordine in atto », legata ad una più radicale situazione di emergenza (« manifestazione dello stato di eccezione, caratterizzato appunto dall'arresto delle forme legali », quando ciò sia richiesto dalla *salus rei publicae*), la cui problematica si ricollega a quella del potere costituente e la cui qualificazione come fatto è inevitabilmente legata all'insuccesso riportato.

Il diritto di resistenza si colloca, nella visione mortatiana, in un ambito che difficilmente si presta ad essere disciplinato dalle norme statali, non tanto perché presenti un carattere metagiuridico, quanto soprattutto per la ragione che esso si ricollega direttamente all'azione delle forze politiche e sociali e presenta un carattere di spontaneità di una varietà di forme che non consentono il suo inserimento negli schemi di procedure prestabilite dalle norme statuali⁽⁸⁹⁾. Tuttavia il riconoscimento in alcune carte costituzionali di tale diritto, così come l'affidare il rispetto della costituzione « al patriottismo dei singoli » o « al senso di autonomia dei gruppi », porrebbero, secondo Mortati, « nel giusto risalto come la costituzione di ogni ordinamento ha il suo fondamento nell'attiva partecipazione del cittadino » e come « la costituzione — intesa nel suo vero senso di fondamento e di sostegno per ogni altra manifestazione dell'ordinamento — è essenzialmente autogaranzia »⁽⁹⁰⁾.

L'approfondimento del tema del diritto di resistenza, soprattutto se considerato in connessione con eventuali forme di disobbedienza civile ed in genere quale strumento a disposizione di formazioni di cittadini che si autoassumono funzioni di tutela di interessi trascurati o violati dai poteri pubblici e per contrastare l'azione di poteri « occulti », rivela una potenzialità dirompente. Un diritto di resistenza così configurato mette in luce una nuova concezione della democrazia pluralista e delle garanzie costituzionali che la caratterizzano. Esso si fonda infatti sull'idea che « in un ordinamento effettivamente operante sotto l'impulso del principio democratico » le forze che garantiscono il mantenimento della costituzione « non dovrebbero rappresentare soltanto

(89) Cfr. MORTATI, *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, cit., p. 231 ss.

(90) Cfr. MORTATI, *op. ult. cit.*, p. 233.

gruppi di *élites* più o meno ristrette, ma vivere dell'intervento diretto e cosciente di ogni cittadino in quanto tale »⁽⁹¹⁾. C'è quanto basta per rimettere in discussione l'intera costruzione delle garanzie costituzionali che aveva ispirato la dottrina mortatiana della costituzione materiale negli anni '40 e per porre le basi di una nuova dottrina dei « congegni » di garanzia fondata sulla centralità della costituzione in un ordinamento democratico e pluralista.

6. Mortati inserisce parallelamente nel quadro degli strumenti predisposti in « funzione specifica ed esclusiva » di « garanzia del diritto obbiettivo » tanto i congegni che più specificamente sono diretti ad assicurare il mantenimento delle norme costituzionali ed in particolare la giurisdizione costituzionale, quanto gli organi della giurisdizione comune, ordinaria o speciale. Nella parte delle « Istituzioni » dedicata alle « garanzie del diritto obbiettivo » afferma, in particolare con riferimento ai giudici ordinari e speciali, che i nuovi compiti assunti dallo Stato nei rapporti con i cittadini « hanno condotto ad una diversa configurazione della posizione della giurisdizione »⁽⁹²⁾. Tale posizione deriva anzitutto dalla « convinzione... che gli atti autoritari... non possono sfuggire al controllo del giudice », tenuto conto delle enunciazioni costituzionali che garantiscono la piena tutela giurisdiziativa dei diritti ed interessi legittimi e che tale tutela non può riguardare soltanto il sindacato sull'osservanza della legge, ma deve investire anche il controllo sul rispetto della costituzione; ma deriva anche dalla considerazione che la disciplina costituzionale dei rapporti economico-sociali impone nuovi e più incisivi compiti ai giudici comuni⁽⁹³⁾. Egli sottolinea infine che a porre in una nuova luce la posizione degli organi giurisdizionali ordinari

(91) Cfr. MORTATI, *op. ult. cit.*, p. 233, ed ivi a p. 231, il riferimento alla costituzione dell'Assia, che « conferisce al diritto di resistenza il contenuto di un diritto di carattere processuale ».

(92) MORTATI, *Istituzioni*, tomo II, cit., p. 1249.

(93) MORTATI, *Istituzioni*, tomo I, p. 361 e p. 1112 ss.; Id., *Il diritto al lavoro secondo la costituzione della Repubblica* (1953), ora in *Raccolta di scritti*, vol. III, p. 220 ss.; Id., *Il lavoro nella costituzione italiana* (1954), ivi, pp. 246 s., 255 ss.

e speciali ha contribuito « l'approfondimento » da parte della dottrina « dell'elemento di creatività... racchiuso » nell'« interpretazione giudiziale »⁽⁹⁴⁾.

I compiti di attuazione della costituzione affidati ai giudici comuni non sono in effetti di poco momento in un ordinamento nel quale ad una disciplina analitica e puntuale dei diritti del singolo e delle formazioni sociali non corrisponde la previsione di rimedi speciali per la tutela dei « diritti fondamentali », del tipo del « ricorso diretto » ad un organo della giurisdizione costituzionale. Contribuisce inoltre ad accrescere i poteri dei giudici comuni la previsione costituzionale di diritti sociali, che investono in larga misura i rapporti tra privati. Ad un impegno di garanzia del rispetto della costituzione fa appello d'altra parte il modo stesso in cui è congegnato il giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi, secondo un modello che « presenta qualche aspetto di sindacato ' diffuso »⁽⁹⁵⁾. Mortati si colloca indubbiamente tra quegli autori che più hanno avvertito la portata storica dell'introduzione della giurisdizione costituzionale e che hanno contribuito a segnalare i compiti fondamentali di garanzia costituzionale del giudice della costituzionalità delle leggi, insistendo particolarmente sulle conseguenze che l'introduzione di un controllo così penetrante sulla ragionevolezza delle scelte del legislatore e sull'attuazione dei compiti di promovimento sociale determinavano nel sistema costituzionale⁽⁹⁶⁾. Gli scritti sul tema del

⁽⁹⁴⁾ MORTATI, *Istituzioni*, tomo II, cit., p. 1249; cfr. inoltre *Istituzioni*, tomo I, cit., p. 359.

⁽⁹⁵⁾ MORTATI, *Istituzioni*, tomo II, cit., p. 1382.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1974, V, c. 153 ss. ed ora il *Raccolta di studi*, vol. III, cit., pp. 925 ss., 992; *Id.*, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, p. 203 ss.; *Id.*, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo II, pp. 1413 s., 1435. Mortati segnala l'importanza che assume nell'ordinamento repubblicano il dovere « della legittimità costituzionale » e la corrispondente estensione del controllo di legittimità costituzionale che viene di conseguenza esteso alle omissioni del legislatore, secondo criteri che non consentono di « rimanere ancorati al pregiudizio proprio del legalismo positivista della insindacabilità delle scelte discrezionali del legislatore » (MORTATI, *Appunti per uno studio*, cit., p. 992). Secondo Mortati infatti le prescrizioni costituzionali impongono al legislatore « l'obbligo di provvedere alla tutela dei diritti posti come

diritto al lavoro nella costituzione italiana, i continui riferimenti alle previsioni costituzionali in tema di diritti sociali e le riflessioni sui temi dell'interpretazione della costituzione e sulle motivazioni delle sentenze della corte costituzionale, testimoniano tuttavia come egli abbia costantemente tenuto presente il ruolo di garanzia costituzionale svolto dai giudici ordinari e speciali.

La teoria dell'interpretazione della costituzione che Mortati viene elaborando e che lo conduce verso posizioni che divergono nettamente dalle conclusioni cui era pervenuto nel 1940 — quando aveva individuato nel partito unico la garanzia del mantenimento dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale —, si incentra sull'esigenza di mantenere un costante collegamento tra la lettura delle enunciazioni costituzionali e l'evoluzione della coscienza sociale. L'attività interpretativa della costituzione coinvolge tutti i soggetti ed in primo luogo gli organi della giurisdizione, in una prospettiva così ampia da investire tutto il processo di formazione del diritto e da far « riconoscere al giudice una funzione creativa di esplicazione e di adattamento dei principi costituzionali »⁽⁹⁷⁾. Ogni giudice dovrà mantenere vivo il contatto con la coscienza sociale, senza distaccare la propria attività interpretativa « dalla valutazione dei concreti interessi sociali che nella costituzione vivente ricercano la loro fondamentale salvaguardia »⁽⁹⁸⁾. In quest'opera la corte costituzionale si colloca in una posizione centrale, ma non esclusiva e deve perciò mantenere aperto il dialogo con gli altri interpreti della costituzione, anzitutto perché il « vero fondamento della sua autorità... è quello che proviene dalla sua stretta adesione al sentimento popolare »; ma è anche rivolgendosi agli altri organi dello Stato cui è affidato il compito di dare attuazione alla costituzione ed in particolare ai giudici comuni che si può evitare il « pericolo di cristallizza-

fondamentali », senza che sia più invocabile la discrezionalità della scelta delle modalità di attuazione della costituzione, col risultato di comprimere « il contenuto minimo necessario » ed a « rendere puramente illusoria la soddisfazione degli interessi protetti » (*loc. ult. cit.*).

⁽⁹⁷⁾ MORTATI, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, 1964, p. XI.

⁽⁹⁸⁾ MORTATI, *loc. ult. cit.*

zioni della giurisprudenza costituzionale »⁽⁹⁹⁾. Perché non si instauri un monopolio dell'interpretazione costituzionale da parte della corte costituzionale e si contribuisca a mantenere vivo il contatto con la coscienza sociale, Mortati insiste sull'esigenza della persuasività della argomentazione della sentenza e sull'introduzione dell'opinione dissenziente del giudice nella motivazione delle sentenze della corte costituzionale⁽¹⁰⁰⁾. Solo attraverso questa strada sarà possibile inquadrare « il momento della decisione nella sua luce più giusta » e dare « ad esso il significato più comprensivo, non già solo di fase conclusiva di una particolare vertenza, ma momento di un altro e più vasto processo, che trova ulteriore svolgimento nel travaglio critico della dottrina... ed altresì in modo analogo nella successiva prassi giurisprudenziale, fonte di quel continuo rinnovamento interpretativo nel quale il diritto trova lo strumento più idoneo di vitalità »⁽¹⁰¹⁾.

La considerazione del carattere creativo dell'attività interpretativa ed in particolare della « funzione creativa della giurisprudenza »⁽¹⁰²⁾ conduce Mortati ad interrogarsi sul ruolo politico dei giudici ed a distinguere una duplice direzione delle correnti giurisprudenziali con particolare riferimento all'assetto dei rapporti economico-sociali: una « che si richiama all'esigenza della 'purezza' del metodo giuridico deduttivo » per giungere al risultato di « rafforzare le tendenze rivolte al mantenimento delle posizioni di privilegio in atto » ed « altre » che, richiamandosi alle « clausole emancipatrici » della costituzione, tendono a realizzare piuttosto un « mutamento dei valori » nei rapporti concreti

⁽⁹⁹⁾ MORTATI, *loc. ult. cit.*

⁽¹⁰⁰⁾ MORTATI, *op. ult. cit.*, p. X, dove osserva « la coscienza collettiva rimane meglio soddisfatta, anche sul medesimo piano della certezza, piuttosto che da una claudicante e solo apparente unanimità di consensi e da una motivazione di conseguenza reticente e sommaria, da una chiara, precisa indicazione dell'articolarsi delle varie argomentazioni attraverso cui si è sviluppato il procedimento logico che ha portato ad una determinata soluzione e, quindi, da una espressa formulazione delle medesime divergenze che accompagnano la soluzione accolta ».

⁽¹⁰¹⁾ MORTATI, *Considerazioni sul problema dell'introduzione del « dissent » nelle pronuncie della Corte costituzionale*, in *La giustizia costituzionale*, Firenze, 1966.

⁽¹⁰²⁾ MORTATI, *Istituzioni*, tomo I, cit., 361 e nota (2).

ispirato ai principi della costituzione; egli cita come esempio di un tale orientamento l'indirizzo giurisprudenziale che invoca un « uso alternativo del diritto » e che assume « a parametro il principio costituzionale che impone la trasformazione dell'attuale assetto » per tener conto, nell'individuazione della massima di decisione del caso concreto, del « bisogno di emancipazione della parte più debole »⁽¹⁰³⁾. D'altra parte, Mortati esprime delle perplessità sulla capacità degli organi giurisdizionali e della stessa corte costituzionale di resistere « all'abito mentale del giudice », che può portarlo ad orientarsi nel senso di « interpretazioni in senso tradizionalista e conservatrici della costituzione »⁽¹⁰⁴⁾. Con riferimento in particolare ai compiti della corte costituzionale, Mortati torna ripetutamente a sottolineare la particolare sensibilità che il giudice costituzionale deve possedere: « intendere le finalità cui le norme sono indirizzate e cogliere le sintesi politiche che esse... esprimono »⁽¹⁰⁵⁾.

Nella concezione mortatiana del processo di formazione del diritto, la costituzione è ormai concepita come « un organismo vivente, che affida la vitalità delle sue formule alla aderenza alla coscienza sociale, alla loro idoneità ad adeguarsi agli svolgimenti cui essa è sottoposta »⁽¹⁰⁶⁾. Ne deriva non solo che l'interpretazione giudiziaria non può restringersi negli schemi di un'operazione logico deduttiva, ma che un ordinamento democratico e pluralista deve necessariamente consentire ampi spazi di libertà ad una pluralità di interpreti della legge e della costituzione. Il sistema delle garanzie deve pertanto ispirarsi non ad un formalistico ossequio alle interpretazioni meno innovatrici rispetto al dato testuale, ma lasciare aperta la possibilità di conflitti di opi-

⁽¹⁰³⁾ MORTATI, *loc. ult. cit.*

⁽¹⁰⁴⁾ MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, cit., p. 203: « può essere vero che l'abito mentale del giudice, la sua attitudine a riferirsi a norme precostituite ostacolano l'acquisto in grado sufficiente di tale sensibilità —, la sensibilità ad intendere le finalità cui le singole norme sono indirizzate ed a cogliere le sintesi politiche che esse ... esprimono, — e pertanto abbiamo per effetto di far valere interpretazioni in senso tradizionalista e conservatore della costituzione ».

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. nota precedente.

⁽¹⁰⁶⁾ MORTATI, *Le opinioni dissenzienti dei giudici*, cit., p. XI.

nioni anche in ordine al modo in cui attuare i principi costituzionali in rapporto alla realtà sociale⁽¹⁰⁷⁾.

La necessità di preservare i giudici « da ogni pericolo di interferenza da parte degli altri poteri » è tra quelle avvertite con maggiore intensità dal Mortati, che vede nelle garanzie dell'indipendenza dei giudici « il presupposto » per « realizzare più efficacemente... un'adeguata tutela dei diritti dei cittadini »⁽¹⁰⁸⁾. Egli insiste perciò sull'esigenza di predisporre adeguati congegni diretti ad assicurare l'indipendenza dei giudici di ogni ramo della giurisdizione, lamentando che il costituente non abbia né ancorato « a garanzie sicure il principio della giurisdizione unica voluta affermare », né posto « direttive » sufficientemente chiare con riferimento all'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali⁽¹⁰⁹⁾.

Mortati considera criticamente il sistema di tutela giudiziaria del singolo nei confronti delle amministrazioni pubbliche, osservando che la difficile determinazione del giudice competente non determina solo « gravi incertezze », ma costringe le parti « ad attendere per la soluzione della controversia il lunghissimo periodo di tempo necessario a che sulla questione relativa alla competenza si pronunci la cassazione... e successivamente... il giudice competente »⁽¹¹⁰⁾. Egli non si limita a denunciare che « questo apparato » di ripartizione della giurisdizione e di risoluzione dei relativi conflitti sia « macchinoso, costoso e defatigatorio per i privati » e non giustificato « neppure sotto l'aspetto della sua idoneità a soddisfare l'interesse dell'amministrazione »⁽¹¹¹⁾, ma

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. MORTATI, *Istituzioni*, tomo I, p. 51, dove accenna ad « una relativa libertà ... concessa » all'interprete di piegare la formula legislativa ai propri ideali; lo stesso MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, p. 70, pone ai « conflitti di fedeltà » che « alimentano la vita sociale » il limite che si tratti di « contrasti non radicali di opinione e di interessi ».

⁽¹⁰⁸⁾ MORTATI, voce *Costituzione della Rep. italiana*, cit., p. 229, con riferimento al Consiglio Supremo della Magistratura; con riferimento invece al tema dell'indipendenza dei giudici della giurisdizione amministrativa, si veda MORTATI, *La nomina dei consiglieri di Stato secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 2626.

⁽¹⁰⁹⁾ MORTATI, *Istituzioni*, tomo II, cit., p. 1351.

⁽¹¹⁰⁾ MORTATI, *Istituzioni*, tomo II, cit., p. 1347.

⁽¹¹¹⁾ MORTATI, *loc. ult. cit.*

sottolinea anche che la linea di tendenza rintracciabile nella costituzione si svilupperebbe nel senso che le situazioni soggettive di diritto soggettivo e di interesse legittimo dovrebbero risultare « fornite di garanzie analoghe ».

Nell'interpretazione dell'art. 113 cost. Mortati si schiera con quella parte della dottrina che nega che la costituzione abbia irrigidito il criterio preesistente di ripartizione della giurisdizione, ma sottolinea invece « la portata profondamente innovativa del secondo comma dell'art. 113 cost. »⁽¹¹²⁾, non solo nel senso di aver superato il divieto di annullamento degli atti amministrativi da parte dei giudici ordinari, ma anche nel senso di aver abbandonato la dottrina secondo cui « la c.d. degradazione del diritto ad interesse legittimo » sarebbe stata la necessaria conseguenza dell'emanazione di un provvedimento autoritativo⁽¹¹³⁾.

Molte sono le considerazioni che Mortati svolge a proposito della giurisdizione ordinaria e speciale e dei nuovi compiti di garanzia costituzionale ad essa affidati nel quadro di quel « sistema di garanzie più ampie e meglio articolate di quelle che ebbero a caratterizzare in passato lo ' Stato di diritto ' »⁽¹¹⁴⁾, nel quale si colloca in posizione di primo piano la corte costituzionale, senza che tuttavia sia consentito affermare che essa costituisce la sola istanza di garanzia costituzionale. Tra tutte, mi limiterò a ricordare soltanto la denuncia dell'insufficienza delle « condizioni per una parità di situazione delle parti contendenti » e l'affermazione che sarebbe stato indispensabile intervenire tempestivamente per rendere « non irrisoria la solenne proclamazione della giustizia eguale per tutti »⁽¹¹⁵⁾.

Il contributo dato da Mortati al tema delle garanzie costituzionali consiste soprattutto nel rifiuto di un approccio definitorio restrittivo del concetto di garanzia costituzionale e nel tenere aperto il campo alle trasformazioni costituzionali che investono le società contemporanee. La complessità del suo pensiero è legata alla consapevolezza degli ostacoli che si frappongono alla

(112) MORTATI, *Istituzioni*, tomo II, p. 1352.

(113) MORTATI, *loc. ult. cit.*

(114) MORTATI, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., p. 228.

(115) MORTATI, *Istituzioni*, tomo II, p. 1272.

attuazione dei principi costituzionali ⁽¹¹⁶⁾ e delle difficoltà di comporre le contraddizioni presenti negli sviluppi reali delle istituzioni repubblicane. La costante ricerca di nuovi congegni per la « ricostituzione dell'unità delle forze di rinnovamento » lo conduce di fronte alle insufficienze del sistema partitico, ad auspicare una più ampia articolazione della società, nella quale trovino posto garanzie idonee non già ad irrigidire la funzionalità del sistema, ma a dare spazio alle forze politiche e sociali in grado di rimettere in moto « l'energia propulsiva latente nei principi fondamentali » della costituzione ⁽¹¹⁷⁾. Soprattutto negli scritti degli ultimi anni, l'accento cade sempre più spesso sulle garanzie del pluralismo, sull'esigenza di rendere possibili varie forme di dissenso, da quelle del singolo interprete che « piega la formula legislativa ai propri ideali, nei limiti di relativa libertà a lui concessi » ⁽¹¹⁸⁾ a quella di « movimenti », sorti « fuori da schemi normativi », che si autoassumono poteri di decisione politica e funzioni di garanzia costituzionale. Movimenti e fenomeni tutti che egli tende a riportare al « diritto di resistenza » (« un diritto suscettibile di assumere aspetti diversi »), concepito come fondato sul principio democratico e sulla « adesione attiva dei cittadini ai valori consacrati nella costituzione » ⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. MORTATI, *Istituzioni*, tomo I, p. 94 s., dove afferma che la « profonda essenza » dei precetti costituzionali è stata « privata di efficacia, facendo venir meno la « forza di rottura potenzialmente contenuta nel testo costituzionale ».

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. MORTATI, *op. ult. cit.*, p. 95.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. MORTATI, *Istituzioni*, tomo I, p. 51; v. anche p. 361.

⁽¹¹⁹⁾ MORTATI, *Commento all'art. 1 cost.*, cit., p. 32; si ricorda che, secondo Mortati, si tratta di una « figura che si potrebbe assimilare a quella del negotiorum gestor », *Istituzioni*, tomo II, p. 1246), per cui non il popolo tutto, ma « particolari aggregati » di esso o « gruppi di insorti » agiscono in luogo di quelli che sarebbero gli organi dello Stato competenti ad intervenire (cfr. *Commento all'art. 1 cost.*, p. 27) in difesa dei « valori consacrati nella costituzione » ed in reintegrazione « quando ciò si palesi necessario per l'insufficienza o la carenza degli organi preposti ».

AUGUSTO CERRI

L'EGUAGLIANZA GIURIDICA NEL PENSIERO DEL MORTATI

1. Premessa. — 2. L'eguaglianza come principio fondamentale del sistema. — 3. L'eguaglianza come fattore che qualifica gli altri valori costituzionali. — 4. Differenziazione di fattispecie diverse e problematica delle c.d. « leggi-provvedimento ». — 5. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa.*

Poche sono le pagine dedicate dal Mortati espressamente al principio di eguaglianza; forse solo quelle « obbligate » delle *Istituzioni di diritto pubblico*. Eppure è innegabile che l'opera complessiva del Mortati esprime una ricostruzione del principio di eguaglianza singolarmente significativa; perché l'eguaglianza è colta nel suo valore più profondo, per cui si salda con la forma di Stato, innanzi tutto, con la teoria delle fonti e del controllo di costituzionalità, diviene elemento del problematico rapporto fra legislatore e Corte costituzionale.

Ponendosi a questo livello la riflessione sull'eguaglianza inevitabilmente viene a toccare tutti i punti « critici » del costituzionalismo contemporaneo: la natura delle costituzioni « rigide » ed il valore della nostra, in particolare; il pluralismo sociale in uno Stato interventista; il rapporto complesso fra garantismo classico e tutela dei nuovi diritti; il ruolo delle Corti di fronte al Parlamento ed ai diritti umani.

2. *L'eguaglianza come principio fondamentale del sistema.*

L'eguaglianza è principio supremo del sistema costituzionale; ciò non esclude che altre norme della Costituzione possano as-

sumere rispetto ad essa carattere di eccezione. Queste, tuttavia, debbono, innanzi tutto, essere interpretate, fino ai limiti del possibile, in un modo che le renda conformi all'eguaglianza; secondariamente, l'eventuale eccezione è, a sua volta, da interpretare restrittivamente, in guisa che non tocchi, inoltre, il profilo dell'eguale esercizio delle libertà.

La Corte, in un precedente del 1963 (sent. 171/1963) aveva ritenuto, ad es., l'istituto dell'amnistia intrinsecamente derogatorio rispetto al principio di eguaglianza. Con la sentenza n. 175 del 1971, di cui il Mortati è relatore⁽¹⁾, il quadro muta profondamente: l'eguaglianza, in quanto principio supremo del sistema costituzionale, fornisce i criteri per interpretare restrittivamente l'istituto dell'amnistia, nel senso di escludere quegli atti di clemenza « celebrativi » che risultino privi di intrinseca « ragionevolezza » e di consentire solo siano esentati dalla persecuzione penale fatti legati a particolari vicende storico-sociali. In tal modo l'istituto dell'amnistia non è più deroga all'eguaglianza, ma ne costituisce coerente svolgimento, venendo a differenziare fattispecie in effetti non omogenee con riguardo all'intrinseca *ratio* della normativa.

In questo quadro finisce con l'assumere rilievo secondario la circostanza che la Corte ritenga poi eccedente rispetto ai suoi poteri un controllo penetrante sul rispetto di questo limite; perché non esclude, in linea di massima, la posizione preminente della eguaglianza, tale da essere fattore di orientamento nell'interpretazione anche di altre norme costituzionali.

In una sentenza di poco anteriore (sent. 32/1971) la Corte, sempre attraverso la penna del relatore Mortati, aveva del resto censurato una norma concordataria che sottraeva al regime statale della capacità di agire il momento della scelta circa il tipo di matrimonio da contrarre; la deroga all'eguaglianza, infatti, consentita alla stregua dell'art. 7 della Costituzione, attiene all'atto di celebrazione del matrimonio, non anche al momento precedente della scelta del rito, che, invece, risulta disciplinato, per

(1) E che indubbiamente ne rispecchia il pensiero: cfr. MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1023-24 (nota); v. anche p. 781.

quel che attiene in particolare alla garanzia della cosciente e libera determinazione dei coniugi, dalla normativa generale. In questo caso la deroga all'eguaglianza non è del tutto eliminata ma viene intesa in senso estremamente riduttivo.

3. *L'eguaglianza come fattore che qualifica gli altri valori costituzionali.*

L'eguaglianza non opera peraltro nello spazio vuoto caro all'indifferentismo di alcune correnti del pensiero liberale ottocentesco; opera nell'ambito di un complesso sistema di valori in cui si riconosce la società e, per essa, le forze che hanno dato luogo al patto costituzionale⁽²⁾. E questi valori, pur suscettibili di evoluzione anche fuori delle forme previste per la revisione costituzionale, ma sempre in modi tali da assicurare il consenso delle forze suddette⁽³⁾, in qualche modo costituiscono limite e vincolo per la funzione legislativa; nel senso che questa ne è applicazione e svolgimento, pur ricco di ampia discrezionalità politica. La libertà riposa, nel pensiero del Mortati, sul pluralismo e sul consenso che unisce, al di là delle differenze, i soggetti del pluralismo medesimo.

L'idea di una funzione legislativa che si ponga quale svolgimento dei valori costituzionali è stata ripresa con vario accento dalla dottrina⁽⁴⁾ e così pure l'idea di un'eguaglianza che opera non nella pagina bianca che spetterà al legislatore di riempire con la scrittura delle norme ma nel sistema « pieno » dei valori costituzionali⁽⁵⁾. Rispetto agli svolgimenti dell'Agro peraltro la

(2) MORTATI C., *Istituzioni*, cit., p. 1029; IDEM, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, p. 86 ss.

(3) È ricorrente nel pensiero del MORTATI in sede di teoria generale la tesi secondo cui la consuetudine costituzionale opera non solo *praeter* ma anche *contra constitutionem*, ricollegandosi direttamente alle forze che hanno dato luogo all'ordinamento: cfr. MORTATI C., *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, anno acc. 1959-60, Roma, 1960, p. 75 ss.; IDEM, voce *Costituzione (dottrine generali e Costituzione della Repubblica Italiana)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, spec. p. 198 ss. Cfr. anche IDEM, *Le leggi provvedimento*, cit., p. 91.

(4) Cfr. MODUGNO F., *L'invalidità delle leggi*, Milano, 1969, p. 111 ss.

(5) Cfr. AGRÒ A.S., *Contributo ad uno studio sui limiti della funzione*

matrice *mortatiana* conserva un taglio originale ed irriducibile. L'eguaglianza, nel pensiero dell'Agrò, finisce con il consumare le sue radici « paritarie »; risolvendosi invece tutta nella ragionevolezza della norma e questa, correlativamente, dovendosi intendere come « funzionalità » rispetto ai valori costituzionali (6). Il Mortati, invece, esclude la ridicibilità dell'eguaglianza agli altri valori; perché l'eguaglianza, a sua volta, di ciascuno di questi continua ad esser misura (7) e ciascuno di questi riceve dall'eguaglianza una struttura paritaria.

La *naturalis ratio* si lega alla *ratio scripta*, nel senso che i valori costituzionali integrano, per definizione, quell'*utilitatis causa* che consente di differenziare ed esclude il privilegio (8); ma, in qualche modo, non si risolve tutta nella norma costituzionale, perché questa stessa deve esser letta alla luce di quella ed incorpora, conseguentemente, un immancabile valore di universalità e di coerenza che altrimenti potrebbe esserle estraneo (9). E la medesima norma costituzionale vive non in un significato solo astratto e testuale ma si arricchisce di tutti i fermenti di una coscienza sociale in evoluzione, di cui sono parte integrante i valori egualitari (10).

L'eguaglianza *mortatiana* coniuga certe radici giusnaturalistiche (in cui forse sono presenti anche suggestioni illuministiche (11)) con lo storicismo del sistema vivente; conserva ancora in qualche modo le « salienti » *leibholziane*, che però immerge nel realismo di una costituzione materiale (e formale) data.

Molti problemi particolari, come quello della « scelta » della disposizione da censurare ove varie disposizioni ingiustificatamente

legislativa in base alla giurisprudenza sul principio di eguaglianza, in *Giur. cost.*, 1967, p. 900 ss.; IDEM, *Il principio di eguaglianza formale*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, *Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, p. 123 ss.

(6) AGRÒ A.S., *Il principio*, cit., spec. p. 130 ss.

(7) MORTATI C., *Le leggi provvedimento*, cit., p. 89.

(8) MORTATI C., *Le leggi*, cit., p. 82.

(9) MORTATI C., *Le leggi*, cit., pp. 90-92.

(10) MORTATI C., *Lezioni*, cit., p. 16 ss.; cfr. anche nt. 3.

(11) Può esser significativo, sotto quest'ultimo profilo, l'esplicito riferimento a Kant: cfr. MORTATI C., *Le leggi*, cit., p. 91.

regolino in modo diverso fattispecie simili, in questo quadro trovano agevole soluzione⁽¹²⁾.

4. *Differenziazione di fattispecie diverse e problematica delle c.d. « leggi-provvedimento ».*

Il pluralismo di valori che è alla base del « patto » costituzionale trova riscontro ed alimento permanente in un pluralismo sociale oltremodo articolato. La legislazione di uno Stato interventista e « sociale » deve poter penetrare in tutte le pieghe di questa realtà; ricollegandola in modi sempre originali ai valori del sistema costituzionale.

Ciò non solo è consentito ma, in qualche modo, risulta imposto dal principio di eguaglianza, perché una norma del tutto astratta ed uniforme, di fronte alla complessità delle fattispecie sottese al suo « dominio », finirebbe con l'essere inadeguata; con il parificare, secondo la formula classica, ingiustificatamente situazioni diverse. Questo, appunto, della necessaria distinzione di fattispecie non omogenee è argomento ricorrente nelle pagine dell'A.⁽¹³⁾.

La *ratio* universale dell'eguaglianza come impone di trattare egualmente situazioni simili così richiede un'aderenza costante della norma alla fattispecie, fino alla norma singolare, ove la categoria disciplinata contenga un solo esempio.

Si esclude, per questa via, una riserva di amministrazione⁽¹⁴⁾ e si supera, in qualche misura, il principio del « giusto procedimento » amministrativo; ma si recuperano i valori di entrambe le tradizionali garanzie traducendoli in limiti sostanziali e procedurali delle leggi provvedimento ed in strumenti di controllo giurisdizionale su di esse. Lo Stato « di diritto » può trasmettere allo Stato « sociale » i suoi principi garantistici solo trasformandoli ed adattandoli alla complessità di questo.

(12) v. MORTATI C., *Appunti per uno studio dei rimedi giurisdizionali contro le omissioni del legislatore*, ora in *Scritti*, III, Milano, 1972, spec. p. 979, ove tiene conto anche di un contributo (non del tutto conforme) di chi scrive.

(13) MORTATI C., *Le leggi*, cit., pp. VI-VII della premessa, 78, 79, 80, 90.

(14) MORTATI C., *Sui limiti della delegazione legislativa (a proposito delle leggi di delega per la riforma fondiaria)*, in *Jus*, 1952, p. 219 ss.

L'imparzialità, figlia dell'eguaglianza, consente rispetto alla amministrazione strumenti di controllo in genere più penetranti, in relazione alle maggiori possibilità di arbitrio che il provvedere concreto presenta rispetto al disporre in generale⁽¹⁵⁾, che non il controllo di eguaglianza rispetto alle leggi; ma quest'ultimo, in presenza di leggi provvedimento, si acuisce e si raffina sino a raggiungere livelli di penetrazione non molto distinguibili da quelli dell'imparzialità.

Eccezionalità della legge provvedimento, divieto di mascherare leggi provvedimento con norme di falsa generalità, deroga alle leggi generali solo espressa (dovendosi, nel silenzio, la legge provvedimento interpretare in modo conforme al sistema), obbligo di motivazione (che può desumersi anche dal titolo, dal contenuto dell'atto, dai lavori preparatori o risultare *per relationem* e cioè da pareri che hanno preceduto la delibera dell'organo legislativo), contraddittorio con l'interessato nella fase preparatoria, interpretazione che tenga conto dell'*occasio legis* (*occasio* la quale in quest'ipotesi si confonde con la *ratio legis*), controllo della Corte costituzionale che si avvalga di tutti questi elementi: questo, per sommi capi, è l'istrumentario di garanzia di fronte ad una legge che opera nel concreto.

Nel quadro accennato divengono secondarie le preoccupazioni di conflittualità tra potere legislativo e Corti costituzionali; sia perché questi organi operano con modalità sufficientemente differenziate sia perché il rafforzamento del momento « giustiziale » è uno degli aspetti del garantismo in uno Stato « sociale »⁽¹⁶⁾.

5. Osservazioni conclusive.

A questo punto il discorso si allarga e si ricongiunge con quello relativo al ruolo della giustizia costituzionale e del giudice

(15) MORTATI C., *Le leggi*, cit., pp. 85-86.

(16) Sul garantismo nello stato sociale e sul ruolo del controllo giurisdizionale in questo quadro cfr. MORTATI C., *Principi fondamentali* (art. 1), in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 99 ss.; IDEM, *Osservazioni sul sindacato di costituzionalità delle leggi provvedimento*, ora in *Scritti*, III, Milano, 1972, p. 887 ss.

nella società moderna, dell'eccesso di potere legislativo, del rapporto fra Parlamento, Governo ed amministrazione. Ma con ciò si esce dal terreno specifico di queste brevi note; perché l'egualianza, come si è detto, non è norma accanto alle altre ma recupera, nel pensiero *mortatiano*, tutto il suo valore di principio portante del sistema e fa corpo con gli altri valori fondamentali onde questo si sostanzia.

LORENZA CARLASSARE

STATI D'ECCEZIONE
E SOSPENSIONE DELLE GARANZIE COSTITUZIONALI
SECONDO MORTATI

1. È problema aperto se nel nostro ordinamento sia possibile la sospensione delle garanzie costituzionali in situazioni di emergenza; e, nel caso, da parte di quale organo e in quali forme. Nel panorama assai vario della dottrina, troppo spesso, per ragioni di semplificazione espositiva, la posizione di Costantino Mortati viene accostata senz'altro a quella di chi ritiene possibile un intervento del governo, mediante decreto-legge, per far fronte agli « stati d'eccezione ». Simile accostamento rischia di falsarne del tutto il pensiero, ben più complesso (come del resto è noto) e addirittura diverso, perché basato sulla incompetenza del decreto legge a disporre in deroga alla Costituzione. Assai tormentato è il percorso attraverso il quale l'autore giunge a formulare una soluzione, o forse, più che una soluzione, una via d'uscita. Lo testimoniano bene le varianti che egli, nel tempo, introduce.

L'interesse maggiore non è, tuttavia, il chiarimento sulla soluzione di una questione sia pure fondamentale (ai più ben conosciuta), ma la riflessione sulle radici di quel tormento che stanno nel più profondo dell'uomo e dello studioso.

Il tema delle misure d'eccezione è, in effetti, un punto di contraddizione tra valori diversi. Vi si confrontano le ragioni dello Stato e quelle delle persone, le ragioni della concentrazione del potere di decisione e la sua collocazione in una sede democratica; perciò è un tema in cui, come in pochi altri, le teorie riflettono l'atteggiamento di chi le esprime verso i valori in conflitto: le scelte sono inevitabilmente legate alla diversa adesione di ciascuno all'uno e all'altro valore. E possono quindi modificarsi

anche radicalmente nel tempo ove maturi eventualmente la consapevolezza della pericolosità di ogni tentativo di mediazione, la necessità di una scelta di campo radicale che privilegi senz'altro una delle due esigenze contrapposte. È questo, ad esempio, il percorso di Paolo Barile, giunto, da ultimo, a ritenere inammissibili deroghe o sospensioni della Costituzione, se non mediante legge costituzionale⁽¹⁾. Non è — e non poteva essere — quello di Costantino Mortati, la cui opera intera riflette eguale adesione ai valori dell'istituzione (e quindi dello Stato) e a quelli della persona con le sue libertà; alle ragioni dell'autorità e a quelle della democrazia. La tensione fra le due, la necessità di tener conto di esigenze che possono risultare inconciliabili — per lui lacerante — (dei poteri d'emergenza si può abusare), lo porta a soluzioni che stanno ai confini del diritto, o, forse, solamente si rivestono di diritto: comportamenti di fatto da parte di organi dello Stato trovano alla fine l'estremo limite in comportamenti di fatto dei membri del corpo sociale.

Il controllo *finale* sul grado di 'giustificazione' della difesa dell'istituzione, non può che essere rimesso al giudizio dei suoi componenti.

2. Il punto di partenza per la comprensione del pensiero di Mortati nella controversa materia non può che essere l'orientamento espresso in Assemblea Costituente, in definitiva abbastanza isolato rispetto a quello degli altri più o meno dichiaratamente contrari alla regolamentazione degli stati di emergenza; e

(1) BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 450-451, sembra essere molto più cauto in merito alla soluzione di questo controverso problema e, anche senza rinnegare del tutto ipotesi altre volte formulate, dichiara decisamente: qualora gli organi dello Stato debbano far fronte ad un'emergenza « può accadere che almeno alcuni risvolti di talune libertà possano venire a soffrirne. La soluzione principe, in tal caso, sarà una sola: quella del varo di una legge costituzionale che sospenda temporaneamente talune garanzie ». L'ostacolo costituito dall'art. 2, « e cioè l'inviolabilità dei diritti fondamentali che ... significa divieto di revisione costituzionale » non impedisce sospensioni *temporanee* che *debbono* prevedere un termine di scadenza e, perciò, « lasciano integro il regime ». Non vi è dubbio che sia questa l'unica soluzione giuridicamente corretta: ogni altra, nel silenzio della Costituzione, non può che essere una soluzione di fatto.

isolato rimase: alla fine, infatti, nessuna disposizione su quell'oggetto comparve, poi, nel testo definitivo della Costituzione. È vero che il silenzio in argomento « affidandosi allo svolgimento futuro della prassi » era una delle soluzioni da lui considerate, in subordine però all'altra, sicuramente preferita, di disciplinare lo stato d'assedio, autorizzandolo « in quei limiti e con quelle garanzie che pur avendo un valore relativo, costituiranno sempre una remora ad un eventuale abuso »⁽²⁾. La sua assoluta contrarietà era infatti all'introduzione in Costituzione di un espresso divieto: divieto che gli altri, viceversa votarono. Nella seduta dell'11 gennaio 1947, dalla Seconda Sottocommissione (I Sez.), dopo varie incertezze, venne approvato un articolo del seguente tenore: « È vietata la dichiarazione di stato d'assedio ed è altresì vietata ogni altra misura di sospensione totale o parziale delle garanzie regolate dalla presente Costituzione ». Mortati votò contro e poi propose un emendamento aggiuntivo affinché quel divieto (cui era contrario), subisse almeno un'eccezione nel « caso di movimenti insurrezionali diretti a stabilire la dittatura ». L'emendamento non passò e rimase, quindi, solo la disposizione contenente il divieto che, poi, misteriosamente scomparve benché approvata definitivamente: restava infatti da deciderne, in seguito, solo la collocazione nel testo costituzionale (come precisò nella medesima seduta il Presidente Terracini). Ma in quel testo non fu più inserita⁽³⁾.

Ciò che interessa qui, in particolare, non è però la curiosità intorno alla fine di quella disposizione: è, soltanto, il tentativo di Mortati di introdurre una qualche disciplina dei poteri d'em-

(2) Così si espresse MORTATI nella seduta dell'11 gennaio 1947 (Seconda Sottocommissione, I Sez.) dichiarandosi contrario alla proposta di introdurre una norma diretta a vietare la dichiarazione dello stato d'assedio ed ogni altra misura di sospensione delle garanzie costituzionali. Della stessa opinione era PERASSI, ritenendo piuttosto essenziale introdurre in Costituzione non già il divieto, ma alcune precisazioni limitanti.

(3) Come è noto, dello stato d'assedio e della sospensione delle garanzie costituzionali si discusse, in sede costituente, in varie occasioni (sia nella prima che nella seconda Sottocommissione) ed in diversi tempi, non quindi in modo unitario: per la ricostruzione dell'intero dibattito in argomento, si veda CHERCHI B., *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea Costituente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 1108 ss.

genza, almeno — lo si è visto — contro movimenti insurrezionali diretti a stabilire la dittatura. Ma la contrarietà degli altri era forte e ben fondata sulle esperienze del passato. L'unica situazione che, per consenso unanime, avrebbe potuto essere considerata idonea a giustificare eccezioni alla normalità costituzionale, era lo stato di guerra: guerra esterna solamente di cui tratterà poi l'art. 78 Cost. In relazione ad altre ipotesi i dibattiti denunciano un diffuso imbarazzo a trattare di una evenienza così grave come la deroga ai principi: nella coscienza comune era troppo vivo il senso del pericolo implicito nell'attribuzione ad organi dello Stato del potere di sospendere la Costituzione e le sue garanzie.

Molti furono gli interventi contrari provenienti da esponenti delle più diverse aree politiche, dai liberali ai comunisti⁽⁴⁾. Togliatti in particolare non mancò di ricordare quale uso fosse stato fatto dello stato d'assedio nella monarchia statutaria: sempre in funzione antipopolare, « per sopprimere le libertà ed impedire lo sviluppo della democrazia » mentre l'unica volta in cui avrebbe veramente potuto servire alla tutela della democrazia — in occasione della marcia su Roma — il Re rifiutò, alla fine, la firma al relativo decreto⁽⁵⁾.

Mortati, dunque, con il suo diverso atteggiamento⁽⁶⁾, era forse meno democratico degli altri, meno attento alla salvaguardia delle garanzie costituzionali e ad eventuali rischi autoritari? O, semplicemente, più realista?

È una domanda cui non è certo difficile rispondere.

3. La risposta — già evidente del resto nel contenuto dell'emendamento proposto da Mortati — si ritrova sia nei suoi interventi in sede costituente, sia nei diversi scritti; sempre ripetuta pur nel variare di altri pensieri. È l'idea base da lui costantemente espressa che né il silenzio, né il divieto di ricorrere a misure d'emergenza sospensive della Costituzione potrebbero

(4) Forse la contrarietà più forte si manifestò nella prima Sottocommissione (si vedano gli interventi del liberale Lucifero, del democristiano Dossetti, del comunista Togliatti, riportati da CHERCHI, *Stato d'assedio*, cit., 1122 ss.).

(5) *Loc. ult. cit.*

(6) Atteggiamento in verità non del tutto isolato, ma condiviso da altri, ad esempio PERASSI (*supra*, nota 2).

davvero impedirne l'adozione qualora se ne presenti l'assoluta necessità (7). Del resto, secondo l'autore, neppure la situazione inversa — la regolamentazione in Costituzione delle situazioni necessitate — varrebbe ad imbrigliare interamente i fatti nelle norme, « ad eliminare l'esigenza di invocare la necessità come fonte (*autonoma*), perché non sono mai interamente prevedibili i casi e i modi del suo verificarsi » (8). Ciononostante, pur tenendo conto realisticamente dell'inevitabile fragilità di ogni normazione in materia, al fine di evitare gli enormi rischi conseguenti all'abuso dei poteri d'emergenza, Mortati riteneva preferibile dettarne una qualche disciplina diretta a condizionarne l'esercizio, mediante l'individuazione dell'organo delle forme e dei limiti, anche di contenuto (9).

L'esperienza statutaria, invocata giustamente da Togliatti e da altri per la sua totale negatività, non era in fondo che una riprova della tesi: benché non previsto dalla Costituzione albertina, lo stato d'assedio era stato frequentemente utilizzato dai governi monarchici. Ma è anche vero, che il carattere flessibile della vecchia Carta rende improponibile il confronto.

4. Favorevole alla disciplina dello stato d'emergenza (o stato d'assedio) per evitare abusi, ma non alla formalizzazione di un assoluto divieto di ricorrervi sospendendo la Costituzione, Mortati era, viceversa, risolutamente contrario alla regolamentazione dei decreti-legge da parte della Costituzione. Questo è un

(7) Nella menzionata seduta dell'11 gennaio 1947 egli motiva il voto contrario all'introduzione di un espresso divieto perché « non potendosi di fatto impedire un'eventuale dichiarazione di stato d'assedio, la proibizione avrà il solo effetto di screditare la Costituzione ».

(8) *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 1962, 654; l'idea, (ripetuta anche nelle successive edizioni) è che le predisposizioni di garanzie « non possono vantare la pretesa ad una rigida osservanza, e ciò per la natura stessa delle situazioni d'emergenza tale da far loro assumere gli aspetti più imprevedibili »: *Costituzione*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1962, 194-195..

(9) A.C., Seconda Sott., cit., 100, pur essendo ben conscio che « i limiti posti dalla Costituzione in ordine all'indole dei provvedimenti da adottare o alla loro forma non possono assumere valore assolutamente vincolante » (*Costituzione*, cit., 195).

dato importante, che bene illumina ulteriormente il suo pensiero va, dunque, sottolineato⁽¹⁰⁾.

Vuoi in Sottocommissione, vuoi in Assemblea, egli esprime in modo chiaro e deciso la sua contrarietà rilevando che di tutti i decreti-legge che la storia parlamentare ricorda, « solo una percentuale minima è giustificata dall'urgenza ». In tutti gli altri casi « è solo un pretesto che il Governo — e per esso la burocrazia — usa per decretare a sua volontà »; un maluso contro il quale bisogna reagire « vietando al Governo l'emissione autonoma di qualsiasi provvedimento di urgenza », tanto più che spesso si tratta di provvedimenti in realtà privi di effettivo carattere di urgenza, « gabellati per tali dai direttori generali che li improvvisano all'ultimo momento, concorrendo a formare quella legislazione tumultuaria, caotica e contraddittoria di cui tutti i cittadini sono vittime »⁽¹¹⁾.

Ogni tentativo di regolamentazione e di disciplina dell'emissione dei decreti-legge è stato sempre esiziale, come l'esperienza ha dimostrato, ribadisce Mortati in Assemblea: da un lato genera la tentazione del Governo di abusarne, dall'altra « eccita la condiscendenza del Parlamento, il quale tende a scaricarsi dei compiti di sua spettanza ». E l'impossibilità di stabilire limiti rigidi « porta inevitabilmente all'invasione dell'esecutivo », che significa poi « invasione della burocrazia nella formazione della legge ». La decretazione d'urgenza va dunque eliminata; per questo — egli dice — basta il silenzio: in una Costituzione rigida, che applica il principio della divisione dei poteri « non c'è dubbio che il silenzio significa divieto ».

Se poi, *in casi eccezionalissimi*, si renda impossibile una rapida convocazione del Parlamento, « non sarà grave né pericoloso lasciare che il Governo emani... i provvedimenti necessari, i quali verrebbero ad assumere un'efficacia di fatto ». Un ' *bill d'indennità* ' dovrebbe sanare la responsabilità assunta dal Governo « per queste violazioni della Costituzione »⁽¹²⁾.

(10) E, infatti, viene giustamente sottolineato: oltre a CHERCHI, *Stato d'assedio*, cit., 1133, si veda COCOZZA F., *Assedio (stato di)*, in *Enc. giur. it.*, III, Roma, 1988, 6.

(11) A.C., Seconda Sott., I Sez., 21 settembre 1946.

(12) Nella seduta del 18 settembre 1947 dell'Assemblea Costituente

I decreti-legge, viceversa, furono poi espressamente disciplinati dall'art. 77 della Costituzione. Su entrambi i punti, dunque, il risultato finale fu l'opposto di quello che l'illustre giurista aveva sostenuto e difeso. Riguardo ai decreti-legge le sue pessimistiche previsioni si sono effettivamente avverate, addirittura oltre l'immaginato; il governo ha frequentemente abusato delle possibilità offerte dall'art. 77 in casi che di straordinario non avevano nulla, come di un potere ordinario e quotidiano⁽¹³⁾. Quanto alle situazioni di emergenza, le deroghe (o sospensioni) delle garanzie costituzionali si sono talora verificate, ma sempre negandosi da parte degli organi politici che di deroghe effettivamente si trattasse. Eppure la stessa Corte costituzionale si è appellata all'emergenza per giustificare *temporaneamente* certe misure⁽¹⁴⁾. Qui il silenzio — come appunto Mortati sosteneva — non ha potuto significare divieto. Divieto effettivo, s'intende. E non solo nella prassi: anche in dottrina si è sostenuto, malgrado quel silenzio, che il decreto-legge sia in grado appunto, quando la necessità lo esiga, di sospendere la Costituzione⁽¹⁵⁾. Discorso quanto mai pericoloso, ben lontano da quello dell'autore. Il quale, invero, in mancanza della espressa disciplina degli

(p. 2928) MORTATI conclude che « il riaffermare l'assoluto divieto del decreto-legge sia cosa saggia ed opportuna ».

(13) A parte le numerose e ripetute affermazioni della dottrina, costituisce testimonianza impressionante di quanto l'abuso dei decreti-legge sia andato ben oltre le più pessimistiche previsioni la recente legge n. 400/1988 (sulla Presidenza del Consiglio) che detta norme dirette a vietare almeno le deviazioni più aberranti nella prassi della decretazione.

(14) Nella sent. n. 15 del 1982, in *Giur. cost.*, 1982, con note di CARLASSARE L. (98 ss.) e PACE A. (108 ss.). Ma, le 'misure in deroga', in base alla Convenzione europea possono essere assunte dagli Stati solo a certe condizioni e vanno notificate al Segretario Generale del Consiglio d'Europa: tutti adempimenti che l'Italia ha omesso. Su ciò BATTAGLINI G., *Convenzione europea, misure d'emergenza e controllo del giudice*, in *Giur. cost.*, 1982, in particolare 420 ss.

(15) Ad esempio PACE A., *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?*, in *Giur. cost.*, 1982, 114. Il medesimo autore, successivamente (*Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1985, 143 ss.) fornisce meglio le ragioni per le quali ritiene meno pericolosa la soluzione da lui suggerita. Tuttavia, mi sembra, le considerazioni addotte da Mortati in favore della soluzione « *extra ordinem* » appaiono una decisiva risposta.

stati d'emergenza (da lui proposta), nel silenzio della Costituzione, ritiene che lo strumento cui far ricorso quando preme la « necessità » di fronteggiare situazioni di pericolo per la stessa conservazione dell'ordinamento, sia il decreto-legge; o meglio, un atto che abbia *la forma* del decreto-legge, non dovendosi cioè riconoscere a quest'ultimo forza derogatoria nei confronti di norme costituzionali ma soltanto valore legislativo ordinario⁽¹⁶⁾.

Netta è con ciò la differenza tra decreti-legge e provvedimenti d'emergenza, da non ritenersi in alcun modo assimilabili. Ciò deve indurre ad una riflessione più attenta sulle soluzioni proposte in tema di sospensione della Costituzione: ogni frettolosa assimilazione con le posizioni di chi la ritiene senz'altro ammissibile mediante decreto-legge è, infatti, assolutamente da rifiutare.

5. Mortati tende a distinguersi nettamente da chi sostiene che il decreto-legge sia in grado di sospendere norme costituzionali; anzi si preoccupa di confutare simili tesi.

Forte è l'accento sulla differenza di presupposti e ben sottolineata la distinzione tra i vari concetti di « necessità ». A parte un significato del tutto generico (come motivo ispiratore e ragion d'essere di ogni atto o fatto normativo), la necessità viene in considerazione in due accezioni assolutamente diverse: innanzitutto « come condizione o presupposto per l'esercizio di un potere previsto dalla legge », dunque, positivamente conferito: è il caso, appunto del decreto-legge *ex art. 77 Cost.*

Infine, quando si parla di « stati di necessità », essa si presenta « come fatto di autonoma produzione giuridica », privo di qualsiasi legittimazione da parte dell'ordinamento, « operante all'infuori o anche contro la legge », ma di per sé capace di legittimare l'atto altrimenti illecito allorché *ha carattere istituzionale*,

⁽¹⁶⁾ *Istituzioni*, cit. (1962) pp. 654-656; *Istituzioni*, cit. (1969) 636. Il pensiero dell'autore sul punto è assolutamente chiaro: in ordine alla materia che può formare oggetto di un decreto-legge la risposta è che tale atto ha « competenza ad innovare a qualsiasi disposizione affidata alla legge ordinaria ». *Istituzioni* (1976) 707.

ossia è rivolta a far fronte « a situazioni di pericolo tali... da compromettere la stessa conservazione dell'ordinamento »⁽¹⁷⁾.

Il decreto-legge non è di per sé idoneo a derogare o sospendere le garanzie costituzionali; contemplato dalla Costituzione (art. 77) come atto con forza di legge *ordinaria* di cui la necessità è presupposto legittimante, si colloca, sia pure con carattere di provvisorietà, tra le fonti legali⁽¹⁸⁾ ad un preciso livello del sistema.

Per quanto riguarda gli stati d'eccezione, viceversa, non essendo contenuta in Costituzione disciplina alcuna, solo sulla necessità come fonte autonoma può fondarsi qualunque provvedimento (necessariamente *extra ordinem*) adottato per farvi fronte. Provvedimento che Mortati ritiene debba assumere la forma del decreto-legge.

Il perché di questa scelta⁽¹⁹⁾ sta sicuramente nella rilevata tensione fra valori fortemente sentiti dall'autore: essa rappresenta una mediazione (o meglio, un tentativo di mediazione) fra le ragioni dell'istituzione Stato e quelle dei membri che la compongono, in situazioni che, incrinando l'unità globale dell'« istituzione », rivelano appieno l'ineliminabile contrapposizione fra Stato-apparato e Stato-comunità.

6. Mortati accede alla soluzione indicata sotto la spinta di tre motivi: innanzitutto consentire un intervento possibilmente immediato per fronteggiare la situazione di rischio per l'istitu-

(17) *Istituzioni* (1962) 163-164; *Istituzioni* (1975, I) 317-318.

(18) Invero MORTATI, *Istituzioni* (1976) 704-705, pur sottolineando il carattere provvisorio, confuta la tesi di ESPOSITO, *Decreto legge*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1966, 831 s. per il quale la Costituzione, all'art. 77, non avrebbe inteso conferire una vera e propria competenza al governo, osservando che (a parte il caso di decreti-legge sospensivi della Costituzione) « il potere esercitato è spressamente conferito dall'art. 77 e quindi assume carattere giuridico, non di mero fatto ».

(19) Di una scelta, in effetti, si tratta, dato che il silenzio della Costituzione sul punto è totale e non esiste indicazione alcuna da cui si possa ricavare, in via interpretativa, una soluzione argomentata giuridicamente. In realtà ognuna delle soluzioni proposte, in realtà è una scelta: l'unica, giuridicamente rigorosa, in totale assenza di qualunque disciplina, in una Costituzione rigida è quella preferita da BARILE (*supra*, nota 1).

zione, le cui ragioni acutamente avverte; sicché la domanda *a chi* competa « valutare la sussistenza della situazione d'emergenza », ha come inevitabile risposta: il governo. Ossia l'organo che consente la massima tempestività, per la concentrazione della decisione. La scelta della *forma*, il decreto-legge, risponde anche all'altra vivissima preoccupazione dell'autore: la non corretta utilizzazione degli strumenti di eccezionale tutela consentiti in prima battuta al governo. Per essere valido il decreto deve essere emanato dal Presidente della Repubblica, la cui responsabilità, pertanto, si associa a quella del governo⁽²⁰⁾. È quindi una prima garanzia, poiché il potere di controllo del Capo dello Stato, normalmente solo formale trattandosi di atti di competenza del governo, diviene invece effettivo quando il loro contenuto sia configurabile come « attentato alla Costituzione ». Allora l'emanazione potrà essere negata⁽²¹⁾.

Il decreto-legge, inoltre, deve essere immediatamente presentato alle Camere, dunque è la soluzione che « deferendo al Parlamento il giudizio su quanto il governo ha operato in stato di necessità giova meglio alla ricostituzione dell'ordine costituzionale »⁽²²⁾. Ecco l'ultima, altrettanto viva preoccupazione cui, appunto, la soluzione prescelta è ispirata: non solo discostarsi il meno possibile dall'ordine costituito ma « avviare alla sua reintegrazione »⁽²³⁾. Niente può servire meglio allo scopo di un atto assolutamente precario.

(20) *Istituzioni di diritto pubblico* (1976) 714.

(21) Per questa affermazione, del resto pacifica in dottrina, vedi *op. ult. cit.*, 705.

(22) *Istituzioni*, cit. (1976) 714.

(23) Il problema della forma di esercizio dei poteri d'emergenza « deve risolversi nel senso di riconnettere (fino a quando sia realizzabile) la situazione eccezionale all'ordine costituito, nel senso non solo di discostarsene il meno possibile, ma di avviare alla sua reintegrazione »: *Istituzioni*, cit. (1976, 713-714). L'esigenza di evitare per quanto possibile l'arbitrio e « mantenere anche nei casi di emergenza alcune garanzie formali proprie dello Stato di diritto », che « ha condotto ad includere nelle costituzioni contemporanee una qualche disciplina delle sospensioni » delle garanzie costituzionali, conduce ad utilizzare « nella misura massima possibile le prescrizioni della costituzione formale allo scopo di circondare i provvedimenti emessi, anche se diversi da quelli previsti, dei requisiti formali richiesti per questi ultimi » (MORTATI C., *Costituzione*, cit., 194-195).

È questa, forse, la risposta a chi si chiedeva il perché una precisa forma (il decreto-legge) per un provvedimento che è *comunque* « *extra ordinem* », e, come tale, non si vede in che senso e perché debba subire limitazioni di sorta ⁽²⁴⁾.

7. È interessante, ancora, rilevare come la riflessione sul delicato nodo dell'emergenza sia stata costante, tanto da indurre l'autore a continui aggiustamenti delle posizioni iniziali, attento anche qui — come sempre del resto — alle opinioni diverse, mai chiuso in una definitività sicura, impermeabile alle sollecitazioni esterne ⁽²⁵⁾. Va sottolineato in particolare come Mortati finisca, da ultimo, per espungere totalmente dalla normalità, e da ogni parvenza di normalità, il decreto-legge emanato in situazioni necessitate, escludendo in modo sempre chiaro che esso risulti mai convertibile. Sicché l'intervento parlamentare — che assume in modo inequivoco il valore di un « *bill* d'indennità » — non potrebbe neppure assumere la forma della legge, forma che potrebbe indurre in qualche modo all'idea che di conversione si tratti. L'atto del Governo, viceversa, non sarà mai suscettibile di essere convertito in legge; la sospensione della Costituzione, di conseguenza, non potrà mai prolungarsi: il giudizio (politico) del Parlamento, varrà solo ad esonerare da responsabilità il suo autore ⁽²⁶⁾. La forma del decreto-legge serve dunque unicamente ad imporre

⁽²⁴⁾ In particolare a MODUGNO F. e NOCILLA D., *Stato d'assedio*, in *Novissimo Dig. it.*, XXVIII, Torino, 1971, 290.

⁽²⁵⁾ MORTATI considera lungamente i rilievi critici di RESCIGNO G.U., *Ordinanze e provvedimenti di necessità e d'urgenza*, in *Novissimo Dig. it.*, XII, 1969, 98 ss., sulla tesi della 'necessità' come fonte, e ad essi risponde, nelle *Istituzioni*, cit. (1969) 640-641, e, poi, nell'edizione successiva (1976, 714-715, nota 1), dove considera pure le obiezioni di MODUGNO e NOCILLA (v. *supra*, nota 24).

⁽²⁶⁾ « Il non far ricorso alla forma della legge giova a mettere in rilievo l'estraneità del procedimento rispetto a quello dell'art. 77. Una legge potrebbe essere emessa, ma solo per regolare gli effetti del provvedimento nella parte che sarebbe consentita al legislatore ordinario»: MORTATI C., *Istituzioni*, cit., (1976), 714. Già nell'edizione precedente (1969, 641), del resto, l'autore specificava che il controllo parlamentare non avrebbe dovuto avvenire attraverso una procedura di conversione in legge, ma con giudizi di congruità da parte delle due Camere.

a quest'ultimo di sottoporsi ad un certo *iter* (dall'emanazione del Capo dello Stato, al controllo immediato del Parlamento) ed a sottolineare la caducità assoluta dei provvedimenti d'emergenza.

8. Ma nemmeno così l'autore si acquieta: di certo non può sfuggirgli che anche seguendo il procedimento da lui indicato il pericolo non è sicuramente rimosso. Qui interviene la sua profonda coscienza democratica, cui non può sfuggire il rischio di abusi che l'uso dei poteri d'emergenza comporta. Infatti, neppure la diversità del procedimento di sanatoria « vale a preservare dal pericolo di arbitrio in occasione della sospensione di norme costituzionali », dal momento che — egli si preoccupa di sottolineare — « rimane sempre affidato alla maggioranza su cui poggia il governo che ne è stato l'autore concedere la sanatoria stessa ». Nemmeno l'intervento parlamentare costituisce quindi garanzia sufficiente: è persino « superfluo » osservarlo. In effetti, se la rigidità costituzionale ha funzione di limite alla maggioranza, se sta a garanzia della sopravvivenza del sistema contro le tentazioni di quest'ultima, il controllo da parte della maggioranza medesima non può essere di certo sufficiente rimedio.

Ecco allora, in ultima istanza, s'ipotizza il ricorso ad un'altra suprema forma di garanzia: la *resistenza*. Resistenza, in primo luogo, dell'opposizione in seno al Parlamento, e resistenza popolare al di fuori, diretta sempre alla « reintegrazione » dell'ordine costituzionale (27).

Quando l'apparato prevarica, l'unità dell'istituzione si incrina: la difesa estrema dell'ordine violato sta ai membri del corpo sociale, al popolo, sempre presente nell'opera di Mortati, partecipe attivo, protagonista ultimo di ogni vicenda del sistema democratico.

(27) MORTATI C., *Istituzioni*, cit. (1976) 715, nota 1.

SERGIO LARICCIA

IL CONTRIBUTO DI COSTANTINO MORTATI
PER L'ATTUAZIONE DELLE LIBERTÀ DI RELIGIONE
IN ITALIA

1. *Metodo giuridico realistico e concretezza dell'esperienza giuridica nel pensiero di Costantino Mortati.*

La ricerca scientifica di Costantino Mortati è stata costantemente condotta con metodo giuridico *realistico* e dominata dalla consapevolezza che lo studioso del diritto pubblico, e in particolare di quello costituzionale, non può prescindere dal valutare gli aspetti sociologici e politici dei problemi affrontati.

Nella *Presentazione* della settima edizione delle sue *Istituzioni di diritto pubblico*, Mortati esprime la convinzione dell'

esigenza che gli istituti giuridici siano conosciuti non solo nella loro regolamentazione legislativa, e nelle ragioni ideologiche e pratiche che li hanno promossi, ma anche nella loro reale esistenza ed efficienza, qual'è conferita dalle forze politiche dominanti, nonché dalle reazioni (o mancate reazioni) della coscienza sociale (...) ⁽¹⁾,

ed osserva che

sarebbe diseducativo un insegnamento degli studi giuridici che si limitasse a dare ai giovani che ad essi si iniziano un'arida conoscenza di schemi astratti; se non li abituasse a rivolgere la loro attenzione ai valori ed agli interessi di cui istituti e norme sono espressione, quali elementi dell'inesausta « lotta per

⁽¹⁾ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1967, p. V.

il diritto»; se non instillasse loro il sentimento del dovere di non separare conoscenza giuridica e coscienza civica (2).

Motivo dominante della sua ricerca è sempre stato quello della concretezza dell'esperienza giuridica (3). Mortati non si limita a gettare un ponte fra sociologia e scienza giuridica, ma opera un costante collegamento della ricerca giuridica con l'ampia dimensione sociale del diritto:

nella traccia dell'insegnamento del Vico per cui conoscere le cose è afferrarne la genesi effettuale,

egli risale dalla costituzione formale ad una costituzione materiale,

consistente in quel nucleo essenziale di fini e di forze politiche dominanti che regge ogni ordinamento e che a suo avviso non può non essere immediatamente giuridico (4).

Per quanto riguarda il problema di quali siano i dati e gli elementi da tenere presenti per conseguire la piena conoscenza dell'ordinamento positivo, Mortati osserva che se la considerazione del giurista si rivolgesse soltanto alle norme, e non riguardasse anche il complesso delle attività che concorrono alla dinamica dell'ordinamento statale, certo ridotta e limitata sarebbe tale conoscenza. Si rende quindi necessario valutare, come integrative del corredo di conoscenza del giurista, anche la sociologia del diritto e la scienza politica (5).

2. *Le libertà di religione e verso la religione nel dibattito in assemblea costituente.*

Tra i temi affrontati nei numerosissimi studi di Costantino Mortati (6), quello delle libertà di religione e verso la religione

(2) *Ivi*, p. VI.

(3) Cfr. sul punto M. GALIZIA, *Diritto costituzionale (Profili storici)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 962-76, spec. p. 976, nota 23.

(4) M. GALIZIA, *Diritto costituzionale*, cit., in *loc. cit.*

(5) C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1975⁹, pp. 55-8.

(6) Una raccolta di scritti di Costantino Mortati è stata pubblicata dalla

è uno dei più significativi: esso consente infatti a Mortati di esaminare molti problemi di fondamentale importanza per la disciplina dei rapporti tra stato e gruppi sociali, per la tutela delle libertà democratiche, per la definizione del carattere di laicità che caratterizza l'ordinamento italiano e di considerare, con riguardo alle varie questioni, le soluzioni che meglio possono rispondere alla posizione di neutralità dello stato di fronte all'agitarsi degli interessi legati alle varie confessioni religiose.

Non mi risultano scritti dedicati da Mortati al problema delle libertà di religione negli anni che precedono l'avvento del regime democratico. Con riferimento agli interventi svolti all'assemblea costituente, bisogna innanzi tutto ricordare l'intervento di Mortati nella seduta del 28 marzo 1947⁽⁷⁾. Egli comincia con il contestare l'opportunità dello spostamento dell'ultima parte dell'art. 7 del progetto di costituzione, riguardante le confessioni religiose, la loro libertà di organizzazione e i loro rapporti con lo stato, e l'inserimento di essa nell'art. 14, riguardante invece i

Casa editrice Giuffrè nel 1972, a cura della Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Roma. Essa è composta di quattro volumi, dedicati rispettivamente, il primo, agli *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato* (pp. XVII-949), il secondo, agli *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione* (pp. 833), il terzo, ai *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana* (pp. 1239), il quarto, ai *Problemi di politica costituzionale nell'Italia democratica* (pp. 576). La raccolta non comprende le monografie, i corsi di lezioni, le *Istituzioni di diritto pubblico* e gli scritti più legati a occasioni di studio contingenti (un elenco degli scritti non compresi nella raccolta è ivi riportato alle pp. VII-IX del primo volume). Tra gli scritti più legati al tema di questo mio contributo e che non risultano compresi nella raccolta ricordo i seguenti: il discorso su *I cattolici e la Costituente*, fatto a Napoli nel maggio 1946; *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Torino, E.R.I., 1959, pp. 236 (II ed. riveduta, 1971, pp. 215); *L'art. 2 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza è conforme alla Costituzione?*, in «Democrazia e diritto», 1 (1960), p. 72; i vari interventi nei convegni della Unione Giuristi Cattolici, in «Quaderni di Iustitia», 2 (1953), 3 (1954), 5 (1955).

(7) C. MORTATI, *Intervento nel dibattito in sede di assemblea costituente* (A.C., vol. I, pp. 2629-2632), nella seduta del 28 marzo 1947, sull'art. 14 del progetto di costituzione concernente la libertà religiosa; ora in *Raccolta di scritti*, I, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 853-8: da questo volume traggio le citazioni che seguono.

rapporti dei cittadini come tali, nei riguardi della loro libertà di esplicazione di sentimenti e di fede religiosa. Mortati fa notare che la sede opportuna della disciplina della materia riguardante le confessioni religiose diverse dalla cattolica è quella delle disposizioni generali della costituzione e

precisamente della parte che riguarda i rapporti fra lo Stato e gli altri ordinamenti.

Per quanto si riferisce al merito della disposizione contenuta nell'art. 14 del progetto (art. 19 della costituzione vigente), dopo avere premesso che le garanzie di libertà religiosa in esso contenute potevano ritenersi fra le più ampie tra quelle previste dalle costituzioni moderne, Mortati si propone di contestare il punto di vista espresso dall'on. Preti, che aveva fatto osservare come, nella disposizione in tema di libertà religiosa, gravasse l'ombra dell'articolo 7 cost., sostenendo che il carattere confessionale derivante allo stato dai patti del Laterano influiva dannosamente sull'attuazione della libertà religiosa consacrata dall'art. 14.

Poiché il punto è di notevole rilievo, riporto qui le parole usate da Mortati:

Non mi fermo sull'inesattezza della tesi che fa derivare il carattere confessionale dello Stato dai rapporti con la Chiesa cattolica, quali sono consacrati nel Concordato del Laterano, perché già in sede di discussione dell'articolo 7 essa è stata dimostrata abbondantemente. Mi pare di poter osservare che se una correlazione volesse farsi fra le situazioni che verranno a determinarsi in virtù delle due disposizioni, deve ritenersi che essa operi in senso inverso a quello affermato dall'onorevole Preti, cioè nel senso che lo spirito liberale che informa l'articolo 14 offra una riprova del carattere non confessionale dello Stato, e del proposito del costituente di porre i vari culti in posizione di parità fra di loro⁽⁸⁾.

Mortati osservava che l'esattezza di tale affermazione avrebbe potuto desumersi da una breve analisi delle disposizioni contenute nell'art. 14, che consideravano la libertà religiosa sotto tre aspetti: la libera professione della fede riconosciuta ad ogni cittadino; la

⁽⁸⁾ *Ivi*, pp. 854-5.

libertà di propaganda, con una innovazione rispetto alle previsioni contenute nella legislazione sui culti ammessi del 1929-'30; la piena libertà di esercizio degli atti di culto.

L'eco del vivace dibattito svoltosi, tre giorni prima, nella famosa seduta del 25 marzo 1947, sulla norma costituzionale ora contenuta nell'art. 7, comma 2, cost. avrebbe forse potuto indurre Mortati ad una maggiore cautela, giacché non sembra fosse stata « dimostrata abbondantemente » l'inesattezza della tesi che insisteva sui pericoli che, per il carattere non confessionale dello stato democratico, avrebbero potuto derivare dal richiamo dei patti lateranensi nella costituzione.

In proposito occorre ricordare che l'esperienza degli anni seguenti, e soprattutto la politica ecclesiastica adottata in Italia nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della costituzione, fu nel senso di convalidare le preoccupazioni espresse dall'on. Preti e da quanti — ricordo in particolare gli interventi di Piero Calamandrei⁽⁹⁾ —, all'assemblea costituente, avevano giustamente posto in rilievo le gravi conseguenze derivanti dalla conferma dei patti lateranensi nella costituzione. È noto che, sin dai primi anni dopo il 1948, si assiste in Italia ad una costante ed intensa limitazione della sfera di libertà riconosciuta dal sistema costituzionale in materia religiosa⁽¹⁰⁾. La tesi accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti in tale periodo, che attribuisce all'art. 7, comma 2, cost. — *I rapporti (tra Stato e Chiesa cattolica) sono regolati dai Patti Lateranensi* — la funzione di « costituzionalizzare » le norme contenute nei patti lateranensi, e tra queste la norma che considera la religione cattolica « religione dello Stato » italiano (art. 1 del trattato lateranense, richiamato dall'art. 1 del concordato del 1929), favorisce l'instaurarsi in Italia di un regime confessionista contrastante, oltre che con il principio di separazione fra l'ordine civile e l'ordine

(9) Sul punto può vedersi S. LARICCIA, *Il contributo di Piero Calamandrei per la laicità dello Stato e la libertà religiosa in Italia*, in *Studi in memoria di Piero Calamandrei* (Autori vari), Milano, Giuffrè, 1990.

(10) Può vedersi in proposito la mia ricerca su *La libertà religiosa nella società italiana*, in P. BELLINI (a cura di), *Teoria e prassi delle libertà di religione*, Bologna, Il Mulino, 1975, pp. 313-22.

religioso (art. 7, comma 1, cost.), con la eguaglianza nel trattamento giuridico degli individui e dei gruppi sociali (art. 3 cost.) e con la eguale libertà delle confessioni religiose (art. 8, comma 1, cost.).

Dal punto di vista politico e giuridico, al contrario di quanto riteneva ed auspicava Costantino Mortati, l'interpretazione che, con varie sfumature, sosterrà il principio della prevalenza del sistema concordatario del 1929 e delle sue singole disposizioni sui principi costituzionali del 1948, porterà alla conseguenza che l'azione dello stato verrà vincolata all'osservanza di un'etica confessionale e che le minoranze religiose verranno a trovarsi in una condizione di completa mancanza di libertà.

La Democrazia cristiana — osservava Costantino Mortati all'assemblea costituente — non porrà mai ostacolo ai provvedimenti che saranno proposti allo scopo di attuare una sempre maggiore uguaglianza fra i vari culti, nei limiti in cui tale uguaglianza sarà resa possibile dalla situazione di fatto. Essa rifugge dall'invocare un intervento dello Stato, diretto a comprimere il sentimento e l'attività delle confessioni diverse dalla cattolica. Ciò non solo perché tale intervento urta contro un sentimento profondamente radicato nella coscienza moderna, ma altresì per il pericolo che esso può presentare di attenuare lo slancio combattivo dei cattolici, nell'azione diretta all'espansione dell'idea che li muove. Tale espansione deve essere assicurata solo dal fervore dell'apostolato, esplicito in tutte le direzioni della vita associata, per recare in tutte, attraverso la libera discussione e la spontanea adesione, la luce e l'ispirazione del messaggio evangelico ⁽¹¹⁾.

Le nobili parole con le quali Mortati in assemblea costituente affermava l'impegno delle forze politiche cattoliche a soddisfare le esigenze di libertà della comunità statale in materia religiosa non hanno trovato invece conferma nel comportamento di coloro che, nei primi anni dopo l'entrata in vigore della carta costituzionale, sono stati chiamati ad applicare la normativa con-

(11) C. MORTATI, *Intervento* nel dibattito in sede di assemblea costituente (A.C., vol. I, pp. 2629-2632), nella seduta del 28 marzo 1947, sull'art. 14 del progetto di costituzione concernente la libertà religiosa; ora in *Raccolta di scritti*, I, *Studi sul potere costituente*, cit., p. 858.

tenuta nella costituzione: ed è noto che, anche nella materia religiosa, il programma di rinnovamento che la carta costituzionale sembrava imporre con urgenza non ha poi trovato attuazione conforme alle istanze democratiche del paese, anche per l'atteggiamento di diffidenza, di disprezzo e di preoccupazione con il quale, nella società italiana, si è valutato e, con riferimento a non pochi problemi, si continua tuttora a valutare il dialogo della libertà e della ragione⁽¹²⁾.

3. *Le associazioni religiose come « comunità intermedie ».*

Nella serie dei volumetti editi dalla Radiotelevisione italiana ed inseriti nella collana « Classe unica » è compreso il volume di Costantino Mortati *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*.

Nel volume sono contenute preziose indicazioni sul pensiero di Mortati relativo a quello che è sempre stato uno dei suoi temi preferiti. Alla domanda se nella trattazione Mortati si proponesse di considerare la libertà « nel solo senso giuridico, o anche in quello morale », Mortati precisa:

La libertà morale ha la sua fonte nell'autonomia della coscienza di ogni uomo, e si afferma nella spontanea e consapevole accettazione della legge morale, qual'è conosciuta dalla religione. Appunto perché tale, la libertà morale non può venir mai meno se non per opera dello stesso soggetto che ne gode. Invece la libertà giuridica deriva dalla legge dello Stato, posta dal di fuori, da un'autorità esterna, ed è soggetto a tutte le vicissitudini che tale autorità può subire. L'assunto della nostra trattazione si limita alla libertà giuridica. È tuttavia da rilevare come nessuna democrazia potrebbe sussistere senza una coscienza morale diffusa nelle moltitudini⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ In proposito possono vedersi i miei scritti *Valori costituzionali e sistema italiano di diritto ecclesiastico*, in *Dir. e società*, 1983, n. 2, pp. 253-73 e *L'attuazione dei principi costituzionali in materia religiosa*, in *Dir. eccl.*, 1981, I, pp. 3-11 e in *Scritti in onore di Orio Giacchi* (Autori vari), II, Milano, Vita e Pensiero, 1984, pp. 302-8.

⁽¹³⁾ C. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, « Classe unica », 91, Torino, Edizioni Radio Italiana, 1959, pp. 15-6.

A proposito delle « associazioni religiose », Mortati precisa che esse occupano un posto speciale fra le « società intermedie », in quanto

a stretto rigore non dovrebbero esservi incluse, dato che, per il fatto di provvedere a bisogni, i quali, per la loro natura spirituale, non attengono ai rapporti fra la persona e lo Stato, non hanno una funzione direttamente mediatrice fra l'uno e l'altro. Tuttavia, dato che le associazioni religiose esprimono una concezione totale della vita umana, non possono non influenzare l'attività dei loro aderenti nel campo sociale ⁽¹⁴⁾.

Dopo avere osservato che in misura ancora più rilevante che per le altre associazioni si presenta per quelle religiose il bisogno di tutela della loro autonomia e dell'uguaglianza di trattamento da praticare ad ognuna, quale che sia la credenza di cui siano espressione, e che la costituzione repubblicana ha accolto il principio concordatario quale fu accolto dai patti del Laterano, Mortati afferma che la posizione speciale fatta alla chiesa cattolica e il trattamento di favore previsto da parte dello stato nei confronti di quest'ultima confessione non avrebbero potuto ritenersi in contrasto con la disposizione costituzionale, secondo la quale tutte le confessioni religiose godono di uguale libertà davanti alla legge (art. 8, comma 2, cost.). La ragione di tale affermazione, perentoria ma per la verità poco convincente e priva di un'adeguata motivazione, ad avviso di Mortati doveva individuarsi nella circostanza che la libertà delle confessioni religiose

è di carattere negativo in quanto esclude invasioni da parte dello Stato nella sfera propria di ognuno ⁽¹⁵⁾.

Il sistema costituzionale sulla posizione riconosciuta nell'ordinamento alle confessioni religiose tende infatti

al duplice fine: di preservare da ogni specie di intromissione statale la vita delle associazioni religiose; di garantire nella sua pienezza il diritto del singolo di aderire o di staccarsi dall'una o dall'altra, senza che dall'esercizio di tale diritto possa farsi discendere alcuna conseguenza di fronte allo Stato.

⁽¹⁴⁾ *Ivi*, p. 92.

⁽¹⁵⁾ *Ivi*, p. 100.

L'importanza di tale sistema al fine qui preso in considerazione si apprezza esattamente quando si pensi al potente contributo che la fede religiosa può conferire alla formazione della personalità morale dell'uomo, e quindi anche allo sviluppo del suo senso di socialità.

Ciò si verifica in due sensi, che lungi dal contrastare fra loro, costituiscono espressioni diverse di uno stesso benefico impulso. Da una parte la fede contribuisce a rafforzare lo Stato che voglia poggiare sul consenso popolare, poiché tale consenso è alimentato dall'intensificarsi del sentimento dei doveri civici inculcati dalla convinzione religiosa; dall'altra fornisce i motivi più efficaci di resistenza contro ogni tentativo dell'autorità statale o temporale in genere che fosse rivolto a soffocare il nucleo inalienabile dei diritti che fanno dell'individuo una persona.

Occorre però tener presente che tali effetti sono condizionati alla spontaneità con cui si assumono e si coltivano le convinzioni religiose. Ogni coartazione, ogni blandizia, ogni miraggio di vantaggi temporali, ogni intervento del braccio secolare, ogni contaminazione fra il sacro ed il profano che attenti a tale condizione, spegne ogni loro efficacia perché inaridisce la fonte a cui esse attingono la loro vitalità ⁽¹⁶⁾.

4. *La disciplina giuridica del fenomeno religioso nelle istituzioni di diritto pubblico.*

Nelle varie edizioni delle *Istituzioni di diritto pubblico* i problemi di diritto ecclesiastico sono considerati in parti distinte, dedicate, oltre che al tema de « I rapporti fra lo Stato e la Chiesa cattolica » problema qui non è considerato essendo oggetto di un contributo specifico di Antonio La Pergola sull'argomento dei rapporti tra l'ordinamento dello Stato e gli altri ordinamenti, alla posizione degli enti ecclesiastici nell'ordinamento dello Stato, alle libertà di fede religiosa e di insegnamento, alla posizione della scuola privata, ai rapporti della famiglia con lo Stato, agli enti di culto « acattolici ».

Molti altri temi dovrebbero tuttavia essere considerati in una valutazione complessiva del contributo fornito da Mortati allo studio del fenomeno religioso sotto il profilo giuridico. Tra gli altri, anche per il debito di riconoscenza che personalmente

⁽¹⁶⁾ *Ivi*, pp. 97-8.

avverto nei confronti degli studi del maestro, voglio qui ricordare, per l'importanza che tali argomenti hanno assunto negli studi di diritto ecclesiastico degli ultimi decenni, soprattutto i seguenti: la relatività dei valori giuridici⁽¹⁷⁾, le forze politiche come soggetto della costituzione materiale⁽¹⁸⁾, i rapporti fra diritto pubblico e politica⁽¹⁹⁾, le teorie della giustificazione della sovranità, la rappresentanza degli interessi⁽²⁰⁾, il principio personalista nella costituzione e il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo, la rilevanza dei gruppi di pressione negli ordinamenti democratici, la questione consistente nel precisare quali siano i destinatari e i soggetti beneficiari del principio di eguaglianza contenuto nell'art. 3, comma 1, cost.⁽²¹⁾, l'importanza dell'art. 3, comma 2, cost. per l'eliminazione degli impedimenti che ostacolano di fatto il libero sviluppo della persona umana, i doveri pubblici, la garanzia risultante dalla convenzione dei diritti dell'uomo⁽²²⁾, l'autonomia delle formazioni sociali e la loro posizione nello stato comunità.

(17) Questo principio assume grande importanza nella valutazione di tutti i temi della disciplina che si definisce « diritto ecclesiastico ». Per un'applicazione concreta di tale principio, a proposito della questione consistente nel valutare la liceità degli atti emanati dagli organi confessionali operanti in Italia. cfr. S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, Padova, Cedam, 1986³, pp. 73-4.

(18) Con particolare riferimento al problema della relazione tra gruppi confessionali e partiti politici e al quesito se i gruppi sociali con finalità religiosa possano qualificarsi « forze politiche », cfr. S. LARICCIA, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 136 ss.

(19) Sul punto, con specifico riferimento al diritto ecclesiastico, ma in collegamento al tema generale dei rapporti tra diritto e politica, cfr. S. LARICCIA, *Presupposti politici e sociologici nello studio del diritto ecclesiastico*, in *Dottrine generali del diritto e diritto ecclesiastico* (Autori vari), Napoli, Istituto Italiano per gli studi filosofici, 1988, pp. 125-65.

(20) Cfr. in proposito il mio volume *La rappresentanza degli interessi religiosi*, cit.

(21) In proposito Mortati ritiene che il principio di eguaglianza « si riferisca non solo alle persone fisiche, ma anche agli enti in generale, pur se sforniti di personalità giuridica »: cfr. *Istituzioni*, cit., I, p. 832; 1969⁸, p. 942. Nella sesta edizione del 1962 il problema non era trattato.

(22) Un apposito paragrafo su questo tema è contenuto nell'ottava edizione del 1969 (*ivi*, p. 1128), mentre nell'edizione precedente, la settima del 1967, era intitolato *Le garanzie derivanti dall'ordinamento internazionale*. L'argomento assume grande rilievo a proposito della tutela differenziata prevista nel

L'ordine e la struttura della trattazione rimangono praticamente immutati nelle varie edizioni delle *Istituzioni*, anche se, nelle edizioni comprese tra il *Corso di istituzioni di diritto pubblico dell'anno accademico 1948-'49* e la sesta edizione delle *Istituzioni* del 1975-'76, viene dedicata sempre maggiore attenzione alle interpretazioni date ed alle applicazioni effettuate degli istituti pubblicistici.

In proposito Mortati sottolinea che quest'ultima serie di indagini

non solo non contrasti con il carattere proprio di un manuale istituzionale ma sia anzi condizione di fecondità dell'insegnamento al quale si rivolge, mezzo necessario all'adempimento della funzione che gli compete, se è vero che questa debba consistere non solo nella esposizione delle varie norme positive, ma altresì nel rendere consapevole chi si inizia allo studio del diritto pubblico delle difficoltà che la concreta attuazione ed applicazione delle norme presenta (...) ⁽²³⁾.

Con riferimento alla posizione degli enti ecclesiastici nell'ordinamento dello Stato, Mortati ritiene, nell'edizione del 1962, che mentre deve escludersi che assumano natura pubblica gli enti di culto diversi da quelli della chiesa cattolica ⁽²⁴⁾, per quanto attiene a questi ultimi, si debba parlare di una « pubblicità *sui generis* », cioè una « pubblicità speciale », consistente nella posizione attribuita ad enti i quali

non derivano da un atto di volontà dello stato, non soddisfano a fini assumibili da questo, né sono sottoposti al suo controllo, ma che, pur non presentando nessuna delle caratteristiche che contrassegnano gli enti pubblici, sono tuttavia considerati pub-

codice penale, oltre che in altre disposizioni, nei confronti, rispettivamente della chiesa cattolica e delle confessioni religiose diverse dalla cattolica: può vedersi sul tema S. LARICCIA, *Principio costituzionale di eguaglianza e tutela penale dei culti*, in *Arch. giur.*, 171 (1966), p. 106; *Id.*, *L'eguaglianza delle confessioni religiose di fronte alla legge*, in *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico* (Autori vari), Milano, Giuffrè, 1973, p. 421.

⁽²³⁾ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1962⁶, p. V.

⁽²⁴⁾ *Ivi*, p. 701, nt. 2.

blici in via riflessa, cioè per il fatto che tale pubblicità è loro accordata dall'ordinamento del quale fanno parte ⁽²⁵⁾.

Tale opinione viene però in gran parte modificata nella successiva edizione del 1967, nella quale, a mio avviso più giustamente, si osserva che per potere rispondere affermativamente al quesito se la personalità di diritto pubblico possa essere conferita ad enti del culto cattolico o di altri culti, bisognerebbe presupporre che la cura del sentimento religioso rientri tra i fini da ritenere rilevanti per lo stato, tali da giustificare l'investitura di poteri pubblicistici a favore dei soggetti che se ne assumano il compito: un presupposto che

contrasta, per una parte, con la posizione dello stato moderno, di estraneità ed imparzialità rispetto ai vari modi di manifestarsi del sentimento religioso della popolazione, e, per un'altra, con la natura di tale sentimento il cui pregio sta nella spontaneità e nell'assoluta libertà delle attività rivolte a soddisfarlo; ed a cui quindi ripugnano interventi e controlli da parte dello stato, che ineriscono al conferimento della pubblicità, essendo inammissibile che questo conferisca una posizione giuridica speciale senza che accerti il modo come essa venga utilizzata ⁽²⁶⁾.

Mentre, inoltre, nell'edizione del 1962 si parlava di pubblicità riflessa, deducibile dalla circostanza che tale pubblicità agli enti del culto cattolico è accordata dall'ordinamento del quale fanno parte, e cioè dall'ordinamento canonico, nell'edizione del 1967, più esattamente si precisa che la pubblicità degli enti di culto cattolico non potrebbe desumersi

dal riconoscimento che della medesima sia fatta dal diritto alla chiesa ⁽²⁷⁾, poiché (a parte la questione se la distinzione del pubblico e privato sia ammissibile nei confronti del medesimo) ove quella qualifica venga fatta valere nell'ordinamento dello stato, non può che trarre da questo l'esclusivo fondamento. Il trattamento che, in virtù del concordato con la s. sede, è fatto ad

⁽²⁵⁾ *Ivi*, p. 701.

⁽²⁶⁾ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1967, p. 702.

⁽²⁷⁾ Nel testo si parla di diritto «alla chiesa», ma penso che l'a. volesse intendere diritto «della chiesa».

alcuni enti ecclesiastici conferisce loro non la pubblicità, ma uno stato giuridico particolare di favore, la cui compatibilità con la costituzione dovrà essere accertata allorché sarà preso in esame l'art. 7 cost.

Di notevole interesse è anche l'opinione espressa con riferimento ad un problema esaminato in seguito dalla corte costituzionale con la sent. n. 239 del 1984, a proposito dell'« appartenenza » alle comunità israelitiche italiane, dotate di una vera e propria potestà pubblicistica di imperio, ai sensi dei regi decreti n. 1731 del 1930 e 1561 del 1931. Mortati osserva che tale potestà è

senza dubbio contraria alla costituzione, se non altro per violazione dell'art. 19, poiché la sottrazione agli obblighi imposti dalle norme ora dette si rende possibile solo a patto che il singolo dichiari la sua non appartenenza all'ebraismo, a patto cioè di sacrificare il diritto alla libertà di fede religiosa, che include la facoltà di non confessare la propria fede, o l'assenza di ogni fede ⁽²⁸⁾.

Il problema specifico della libertà di religione è oggetto di particolare attenzione nelle varie edizioni delle Istituzioni. In quella del 1962, nel paragrafo intitolato *La libertà di fede religiosa* ⁽²⁹⁾, Mortati esamina sinteticamente i vari problemi, con particolare riferimento: alla garanzia costituzionale del diritto al-

⁽²⁸⁾ *Ivi*, p. 703. Con la ricordata sent. n. 239 del 1984 la corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4 r.d. n. 1731 del 1930, per violazione degli artt. 2, 3 e 18 cost. Proprio in quanto obbligatoria, l'appartenenza di diritto è stata ritenuta in contrasto non solo con il principio di eguaglianza senza distinzione di razza o di religione, ma anche con quello di libertà di associazione sancito nell'art. 18 cost., con riferimento anche all'aspetto c.d. negativo. La sentenza assume rilievo non solo per il principio, in essa affermato, che rientra nell'ordine proprio dello stato la verifica dell'elemento volontaristico e quindi la tutela del diritto della libertà di associazione, ma anche perché per la prima volta, la corte costituzionale, con tale sentenza, ha ritenuto che tra le formazioni sociali rientrano anche le formazioni religiose, abbiano o no carattere istituzionale, con la conseguenza che, dinanzi ad esse, non si arresta la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo garantiti nell'art. 2 cost.

⁽²⁹⁾ *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 1962⁶, pp. 871-3.

l'uguale protezione di qualsiasi fede religiosa (principio idoneo a dimostrare la differenza rispetto alla concezione accolta nell'art. 1 dello statuto albertino, che conferiva ai culti diversi da quello cattolico una posizione di mera « tolleranza »); all'esigenza di interpretare in senso stretto il limite del buon costume previsto nell'art. 19 cost.,

evitandosi ogni estensione che porti a sconfinare nel ben diverso campo dell'ordine pubblico;

all'affermazione che la formula dell'art. 8 — « *Le confessioni religiose diverse dalla cattolica sono libere di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano* » — non possa interpretarsi nel senso che sia possibile imporre alle confessioni medesime vincoli diversi o maggiori di quelli consentiti dall'art. 19⁽³⁰⁾; alla necessità di rispondere positivamente al quesito se nella libertà sancita nell'art. 19 sia compresa quella di professione o propaganda dell'ateismo.

Se si pensi che l'articolo stesso non è che l'applicazione ad un particolare settore di attività (e cioè alla concezione generale della vita da ciascuno professata) del principio generale della libertà di manifestazione del pensiero, affermata a parte per ben note ragioni storiche nonché per l'esigenza di estendere la garanzia di libertà agli atti esterni di culto, non sembra dubbia la soluzione affermativa.

Nella successiva settima edizione del 1967, ai problemi sopra considerati sono dedicati due paragrafi, l'uno sulla *Libertà del pensiero religioso e di esercizio del culto*⁽³¹⁾, l'altro su *Le comunità religiose. La tutela dell'esercizio associato del culto. Le « confessioni » religiose ed i loro rapporti con lo stato*⁽³²⁾.

(30) Il problema è stata recentemente esaminato dalla corte costituzionale nella sent. n. 43 del 1988: vedila in *Giur. cost.*, 33 (1988), I, n. 1, pp. 118-20, con note di F. FINOCCHIARO, *Norme statutarie garantite dalla Costituzione come presupposto dell'illegittimità di norme di legge* e S. LARICCIA, *Limiti costituzionali alla libertà delle confessioni religiose*.

(31) *Istituzioni di diritto pubblico*, 1967^l, pp. 877-81.

(32) *Ivi*, pp. 928-32.

Nel primo dei due paragrafi, molte questioni sono considerate in modo più ampio rispetto all'edizione di cinque anni prima. Ed alcune soluzioni sono sostenute per la prima volta. Ricordo in particolare l'importante affermazione secondo la quale la posizione di privilegio conferita dalla costituzione alla confessione cattolica

indubbiamente contrasta con l'art. 3 (anche se trova giustificazione in ragioni storiche ed in un diffuso sentimento popolare).

Tale posizione inoltre

non può non riflettersi sui singoli appartenenti alle confessioni diverse dalla cattolica, in quanto, anche se non li discrimina nella loro capacità, li priva di certi vantaggi conferiti agli altri, e può quindi operare quale indiretta coercizione a seguire la confessione privilegiata, o come remora all'impulso di aderire ad altre⁽³³⁾.

Con specifico riferimento al tema della tutela penale dei culti, Mortati ritiene non convincente la tesi sostenuta dalla corte costituzionale nella sent. n. 39 del 1965, secondo la quale l'art. 402 c.p. non contrasta con gli artt. 3 e 19 cost., giacché esso non dà luogo a distinzione nella posizione giuridica basata sulla religione e non limita le manifestazioni di fede religiosa dei non cattolici. In particolare osserva che la seconda ragione potrebbe valere ad escludere anche la sanzione penale per il vilipendio della religione cattolica, mentre l'affermazione che l'art. 402 c.p. non determina una distinzione nella posizione giuridica basata sulla religione

(33) *Ivi*, p. 878. Sul punto rinvio ai miei saggi *Tutela dei culti e libertà di offendere. Considerazioni intorno al reato di offesa a culto ammesso nello Stato mediante vilipendio di chi lo professa*, in *Giur. it.*, 1964, II, c. 47; *Sulla tutela penale delle confessioni religiose acattoliche*; *ivi*, 1964, II, c. 241; *Principio costituzionale di eguaglianza e tutela penale dei culti*, cit., p. 106; *Tutela penale della religione cattolica e libertà di pensiero*, in *Giur. it.*, 1967, II, c. 337. Al primo di tali saggi rinvia Mortati — *ivi*, p. 880, nt. 1 — ritenendo giusta la critica « ad una strana sent. della corte di appello di Genova, secondo cui l'offesa non già a una singola persona che professa un culto, ma a tutti coloro che lo professano non ricade sotto la sanzione dell'art. 402 c.p. ».

va incontro all'obiezione che la posizione giuridica del credente comprende anche la pretesa di non vedere vilipesa la propria fede. Se non si ritiene di dover escludere ogni sanzione penale per qualsiasi forma di vilipendio (come sarebbe imposto dall'art. 21, dato il suo indubbio carattere di manifestazione del pensiero), non si può ammetterla a tutela del sentimento di alcuni, e non a quello di altri.

Sul problema della tutela penale dei culti Mortati ribadisce ed accentua la sua critica alla giurisprudenza costituzionale anche nell'ottava edizione delle *Istituzioni*, nella quale precisa

Può essere osservato che sia che si guardi al fatto oggettivo del vilipendio di cose attinenti al culto (...) sia che si consideri, come la corte ha fatto, le sue ripercussioni sulla coscienza dei credenti, la differenza di trattamento non trova giustificazione, poiché l'offesa è ugualmente grave nei confronti degli appartenenti a ciascun culto, e se si guarda al numero degli aderenti ad ognuno per graduare diversamente la pena si opera una di quelle discriminazioni per motivi di religione che l'art. 3 esclude. Più grave la sent. 39 del 1965 che ha ritenuto infondata anche la questione relativa all'art. 402, in relazione agli artt. 3 e 19 cost., fondandosi, nel nucleo centrale del suo ragionamento, sulla considerazione che l'eguale diritto alla libertà riconosciuta a tutte le confessioni religiose non significa diritto ad un'eguale tutela penale, che può validamente essere disposta a favore solo del sentimento religioso della maggioranza dei cittadini. È da obiettare che, se il sentimento religioso è un valore in sé ritenuto degno di protezione statale, non si vede come esso possa rimanere privo di ogni garanzia contro le offese recate a quello proprio della parte della popolazione di fede diversa dalla cattolica. La libertà religiosa non si esaurisce nella libertà di professarla ma richiede anche la sottrazione ad offese che potrebbero turbarla e tali, se fossero ripetute e potenziate col favore dell'impunità, da condurre alcuni ad abbandonarla. Per ritenere il contrario si sarebbe dovuto rinvenire un altro principio costituzionale che, in contrasto con l'art. 19, avesse consentito un siffatto privilegio: ma esso non si può più trovare nella qualifica di « religione dello stato » cui fa riferimento l'art. 402 poiché l'attuale ordinamento ne esclude l'ammissibilità...⁽³⁴⁾.

In proposito Mortati contesta la possibilità di porre una distinzione fra critica e vilipendio, sostenuta da una parte della

⁽³⁴⁾ *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., II, 1969⁸, p. 1001.

dottrina e della giurisprudenza⁽³⁵⁾, ed osserva che occorre previamente accertare se la valutazione critica che si faccia di un sentimento o di una credenza, sia pure diffusa, che si effettui come pura espressione di pensiero, senza offese alle persone o alle cose, sia punibile o se invece non ricada sotto la protezione che l'art. 21 accorda alle manifestazioni del pensiero⁽³⁶⁾.

Nella nona ed ultima edizione delle sue *Istituzioni*, nel paragrafo intitolato *La libertà religiosa*, Mortati amplia i riferimenti bibliografici⁽³⁷⁾, ribadisce le opinioni espresse nelle precedenti edizioni ed in particolare, con una novità rispetto alle edizioni precedenti, esamina il problema della costituzionalità dell'art. 724 c.p., che punisce chi pubblicamente bestemmia con parole oltraggiose contro la divinità, i simboli o le persone venerate dalla religione dello stato.

(35) A favore della distinzione cfr., tra gli altri, A. CONSOLI, *Il reato di vilipendio della religione cattolica*, Milano, Giuffrè, 1957; ID., *La tutela penale della religione cattolica nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1959, p. 173. In senso contrario, F. FINOCCHIARO, *Propaganda religiosa e vilipendio della religione cattolica (art. 402 c.p.)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1962, p. 493; ID., *Appunti in tema di vilipendio della religione dello Stato e libera manifestazione del pensiero*, in *Giur. it.*, 1962, IV, c. 17; ID., *Profili costituzionalistici del reato di vilipendio della religione*, in *La cultura*, 1964, p. 474; S. LARICCIA, *Tutela penale della religione cattolica e libertà di pensiero*, cit. In proposito la corte costituzionale, con la sent. n. 188 del 1975, ha stabilito che il vilipendio non deve confondersi né con la discussione, né con la critica, e neppure con l'espressione di dissenso da ogni concezione religiosa ma si sostanzia nella contumelia, nello scherno, nell'offesa fine a se stessa.

(36) *Ivi*, p. 1002.

(37) Tra gli altri riferimenti, vi è anche la citazione di un mio scritto sull'immediato riflesso delle discriminazioni nel trattamento sui singoli appartenenti, tema caro a Mortati che, in conformità alla tesi sostenuta sin dal 1962 da Livio Paladin, ha criticato il tentativo di interpretare l'art. 3 cost. nel senso che esso garantisca la parità di trattamento solo ai singoli non alle collettività. Cfr. S. LARICCIA, *L'eguaglianza delle confessioni religiose di fronte alla legge*, cit., p. 421 ss. Per l'opinione del PALADIN cfr. *Considerazioni sul principio costituzionale d'eguaglianza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, p. 940 ss.; ID., *Un caso estremo nell'applicazione del principio d'uguaglianza* (nota a corte cost. 31 maggio 1965, n. 40), in *Giur. cost.*, 1965, p. 620 ss., spec. p. 625; ID., *Eguaglianza (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, Giuffrè, 1965, p. 519 ss., spec. p. 530; ID., *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 213 ss., 294 ss.

In proposito viene ricordata, senza però prendere posizione sul punto, la pronuncia con la quale nel 1971 il pretore di Milano, innovando alla precedente giurisprudenza, ha applicato nei confronti di un imputato di bestemmia l'esimente dell'art. 51 c.p. nella considerazione che la bestemmia è da considerare manifestazione di un pensiero irreligioso, da parificare a quello religioso⁽³⁸⁾. Viene anche ricordato che la corte costituzionale, con sent. n. 14 del 1973, confermando la sent. n. 78 del 1958⁽³⁹⁾, ha ritenuto che l'art. 724 c.p. trovi fondamento nella tutela del sentimento religioso della massima parte del popolo italiano, auspicando tuttavia che la tutela di fronte ad offese analoghe venisse estesa anche agli altri culti⁽⁴⁰⁾.

Un'attenzione particolare viene dedicata da Mortati, nelle varie edizioni delle *Istituzioni*, agli «enti di culto "acattolici"». Questa è l'espressione usata nella sesta edizione, mentre, nelle edizioni settima, ottava e nona, nel sommario risulta indicato il titolo con le parole *Le comunità religiose*. In tutte le edizioni rimane comunque la netta distinzione — una distinzione a mio avviso discutibile per i dubbi che solleva una valutazione dei problemi riguardanti i rapporti tra stato e chiesa cattolica come problemi considerati in un'ottica esclusivamente interordinamentale — fra la parte dedicata alla chiesa cattolica,

che è considerata ordinamento sovrano⁽⁴¹⁾

(38) Pret. Milano 20 aprile 1971, in *Dir. eccl.*, 1972, II, pp. 99-109, con nota critica di G. CASUSCELLI, *Bestemmia e vilipendio della religione: esercizio di un diritto?*

(39) Vedila in *Giur. cost.*, 1958, p. 990 ss., con nota critica di C. ESPOSITO, *Libertà e potestà delle confessioni religiose*.

(40) In ottemperanza all'auspicio della corte, il disegno di legge n. 1141 presentato al senato, 21 maggio 1973, dal ministro di grazia e giustizia sen. Guido Gonella, stabilisce l'uniformità della tutela penalistica del sentimento religioso, prevedendo *Modifiche al codice penale in materia di tutela del sentimento religiosa*. Sull'importante problema delle sentenze costituzionali che recano, implicitamente o esplicitamente, moniti per il legislatore, cfr. l'interessante saggio di F. MODUGNO, *Ancora sui controversi rapporti tra corte costituzionale e potere legislativo*, in *Giur. cost.*, 33 (1988), II, n. 1, pp. 16-25.

(41) Cfr., per esempio, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, Cedam, 1976^o, p. 1177.

e la parte dedicata alle confessioni religiose diverse dalla cattolica.

In proposito sono esaminati i problemi più importanti relativi alla disciplina delle confessioni religiose diverse dalla cattolica, con specifico riferimento all'interpretazione dei principi contenuti nell'art. 8, commi primo, secondo e terzo, cost. In particolare viene contestata la tesi, sostenuta tra gli altri da Piero Gismondi⁽⁴²⁾, in merito alla distinzione, sotto l'aspetto strutturale, delle confessioni, disciplinate dall'art. 8 cost., rispetto alle comuni associazioni.

La distinzione di cui si parla (voluta affermare nell'art. 8 allo scopo, chiaramente emergente dai lavori preparatori, di dare un contentino agli oppositori del regime concordatario, qual'era stato sanzionato con l'approvazione del precedente art. 7), consiste nel conferire ad alcune associazioni di culto una posizione costituzionale in qualche modo arieggiante quella assegnata alla chiesa cattolica⁽⁴³⁾.

Giustamente, a mio avviso, Mortati ritiene impossibile fissare criteri precisi in ordine ai requisiti da richiedere ad un'associazione per poterla considerare idonea ad entrare in rapporti con lo stato, ed osserva che

nulla sarebbe da opporre al riconoscimento della qualifica (di « confessione ») a gruppi di dissidenti di alcune confessioni, o di gruppi di mussulmani, se essi riuscissero a radicarsi stabilmente ed a raccogliere intorno a loro schiere non troppo esigue di fedeli, dandosi un'organizzazione che consenta di enucleare rappresentanze legali, fornite della potestà di trattare con le autorità statali e di vincolare gli appartenenti alla confessione al rispetto delle clausole concordate. Deve ritenersi discrezionale in materia l'apprezzamento delle autorità statali; del governo prima, libero di dar corso alle « intese » che fossero richieste dalle confessioni interessate (...) e del parlamento poi, cui compete approvare la legge regolativa dei rapporti, ed eventualmente disporre la revoca di altra che in precedenza avesse approvato alcune intese.

(42) P. GISMONDI, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 1965², pp. 103-4. In senso contrario può vedersi D. BARILLARO, *Considerazioni preliminari sulle confessioni religiose diverse dalla cattolica*, Milano, Giuffrè, 1968²; S. LARICCIA, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, cit., pp. 151 ss.

(43) *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., II, 1976⁹, p. 1177.

(...) Rimane tuttavia aperto il problema del rispetto del principio di eguaglianza (riaffermato dal 1° comma art. 8 che proclama le confessioni religiose « egualmente libere »), che, pur nel riconoscimento della discrezionalità legislativa, non può non trovare applicazione, e che legittima l'esperimento di azioni di costituzionalità quando risultino sorpassati i limiti che rendono legittimo l'esercizio del potere discrezionale⁽⁴⁴⁾.

Altri temi, come s'è detto, meriterebbero di essere qui considerati: così quelli relativi alla libertà di insegnamento, alla comunità scolastica e alla posizione della scuola privata, ai rapporti della famiglia con lo Stato; problemi con riferimento ai quali di grande rilievo è stato il contributo di Costantino Mortati all'interpretazione delle norme del diritto pubblico ed ecclesiastico coerenti con le esigenze di armonizzazione costituzionale, con la evoluzione dei tempi e con lo sviluppo della vita democratica in Italia.

Si tratta di un approfondimento che, per motivi di spazio, qui non può essere compiuto ma che assumerebbe grande interesse, giacché pochi giuristi come Costantino Mortati hanno avvertito l'importanza delle norme che si ritengono comprese nella disciplina del « diritto ecclesiastico » ed hanno ad esse dedicato costantemente attenzione.

⁽⁴⁴⁾ *Ivi*, p. 1179.

SERGIO BARTOLE

GIUDICI, FUNZIONE GIURISDIZIONALE
E INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO:
GLOSSE AD ALCUNI TESTI DI COSTANTINO MORTATI

Nell'ultima edizione delle « Istituzioni di diritto pubblico »⁽¹⁾ Costantino Mortati rileva che « alla pari dell'amministrazione, anche la giurisdizione vuole attuare l'astratta volontà di legge e soddisfare un concreto bisogno sociale, mentre l'elemento differenziale sta nella specificità di tale bisogno, consistente nel conferire al diritto oggettivo quella particolare garanzia che si ottiene eliminando le situazioni di incertezza quali la sua pratica applicazione può far sorgere, o reprimendo le infrazioni che attentano ad esso ».

Come dimostrano le successive considerazioni, volte a giustificare la preferenza data a questa definizione rispetto ad altri e diversi approcci di ordine formale (l'efficacia di « cosa giudicata »), organizzativo-procedurale (*nemo iudex sine actore*), relazionale (composizione della lite) o psicologico-intellettuale (preminenza del giudizio sulla volontà), anche in questo caso il nostro Autore resta fedele al suo programma di evidenziare il rapporto che corre fra interessi e diritto, così superando le difficoltà di una indistinzione fra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale.

Sia l'una che l'altra hanno per obiettivo la realizzazione dei precetti giuridici, ma ciò che le distingue è l'interesse che le anima, solo la funzione giurisdizionale proponendosi — come viene detto in un altro luogo dello stesso manuale — « il compito... specifico di garanzia della conservazione dell'ordine costi-

(1) MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, 375.

tuito » (2). Ma la riflessione di Mortati non si ferma qui: il costituzionalista trapassa naturalmente dalla individuazione dei tipi di funzioni alla meditazione sui caratteri che gli ordinamenti statali sono destinati ad assumere in ragione della prevalenza al loro interno di questa o quella funzione, agli « stati di legislazione » così contrapponendo gli « stati di giurisdizione » (3). Ed è qui interessante rilevare che a suo giudizio la diversità che consentirebbe la contrapposizione « è meno rilevante di quanto non sembri a prima vista ». Anche negli « stati di giurisdizione » non viene sostanzialmente alterato il compito specifico della funzione giurisdizionale, che è la « garanzia della conservazione dell'ordine giuridico costituito », sempre il suo svolgimento implicando l'appello ad una regola, ad una *ratio decidendi* che non può avere carattere arbitrario e deve essere utilizzata « anche per la soluzione delle questioni analoghe che si presentassero in avvenire ». Se così non fosse, « l'ordinamento verrebbe a mancare della necessaria stabilità e sarebbe compromessa la funzione stessa del diritto di conferire alle relazioni sociali quella garanzia di sicurezza che proviene dalla prevedibilità delle conseguenze derivabili dalle azioni di ciascuno ».

Sia negli accenni alla esecuzione del diritto sia negli spunti sulla conservazione di un previo ordine giuridico costituito e sulla stabilità dell'ordinamento che ne deriva, ritornano risonanze delle classiche definizioni della funzione giurisdizionale strettamente connesse alla teoria della separazione dei poteri e volte in qualche modo a sottolineare non solo la subordinazione del giudice alla legge, ma anche, in sostanza, la mancanza di un momento di creatività e innovazione nello svolgersi delle attribuzioni che gli sono proprie. Intento di queste pagine è quello di dimostrare che chi troppo frettolosamente volesse trarre dal ritorno di quelle risonanze conclusioni su un ipotetico attaccamento del Mortati all'insegnamento tradizionale sui contenuti e sul ruolo della funzione giurisdizionale negli ordinamenti contemporanei sbaglierebbe, e non coglierebbe una costante per vero caratteristica dell'atteggia-

(2) *Ivi*, 1249.

(3) *Ivi*, 379 ss. e 1249. Dagli stessi luoghi sono ricavate anche le citazioni che seguono.

mento dello stesso Mortati. Le cui posizioni meglio si colgono se si collegano i passi del manuale ora citati con le riflessioni sull'abbandono da parte delle moderne dottrine del diritto costituzionale del c.d. metodo giuridico⁽⁴⁾, ovvero con la constatazione della necessità di non « rimanere ancorati al pregiudizio proprio del legalismo positivista, ligio al dogma dell'assoluta sovranità del Parlamento »⁽⁵⁾. Il che significa che, da un lato, bisogna guardare alle ascendenze culturali del nostro scrittore e alle impostazioni teoriche che ne hanno forgiato la peculiare metodologia, e, dall'altro lato, che non è possibile dimenticare la peculiare attenzione con la quale egli ha sempre guardato alle manifestazioni concrete della vita del diritto, in particolare mai sottraendosi agli approfondimenti imposti dalla progressiva estensione degli interventi pubblici e, conseguentemente, dalle ripercussioni di tali fenomeni sulla fisionomia esistenziale della funzione giurisdizionale. Tant'è vero che nello stesso manuale egli esplicitamente accenna all'« elemento di creatività » racchiuso nell'interpretazione giudiziale⁽⁶⁾.

* * *

Ciò non significa che nell'attuazione della Costituzione si debba abbassare il tiro dell'attenzione ai problemi dell'indipendenza degli organi giurisdizionali. Al riguardo vanno anzi fatte talune osservazioni. Come vedremo, già ai tempi della Costituente ma anche successivamente, Mortati è stato particolarmente sensibile al tema delle giurisdizioni speciali, sottolineando l'esigenza che anche nei confronti di queste siano realizzate garanzie di indipendenza degli organi e dei titolari degli stessi⁽⁷⁾. Con il tempo il suo pensiero si è venuto meglio precisando e, se nel lungo pe-

(4) Cfr. MORTATI, *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini*, 1973, 51 ss.

(5) MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana - Raccolta di scritti*, Milano, 1972, III, 923 ss., 992.

(6) MORTATI, *Istituzioni*, cit., 1249.

(7) Vedi, ad esempio, l'intervento svolto in Costituente a proposito della Corte dei Conti in *Problemi*, cit., I, 868.

riodo egli è rimasto fedele all'opinione ripetutamente espressa nel manuale che almeno per i giudici speciali amministrativi e contabili l'indipendenza doveva essere assicurata modificandone il sistema di reclutamento e realizzando forme di autogoverno analoghe a quella attuata per la magistratura ordinaria, nell'ultima edizione dello stesso manuale si mette in evidenza la necessità che quelle forme siano « anzi meglio idonee » (di quanto non siano le istituzioni volte ad assicurare l'autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario) « ad eliminare quelle interferenze politiche che pregiudicano la corretta funzionalità del c.s.m. »⁽⁸⁾. Ed è per davvero significativo come con una sola icastica affermazione il nostro autore esprima al tempo stesso la sua opinione sull'attuazione del secondo comma dell'art. 108 Cost. e sull'attuale assetto del c.d. autogoverno della magistratura ordinaria, contemporaneamente liberando il campo da ogni preoccupazione su una ipotetica politicizzazione dei giudici che la sua concezione della funzione giurisdizionale potrebbe indurre. E, del resto, nulla di diverso ci si poteva attendere da chi si era fatto proponente all'Assemblea Costituente, con l'onorevole Giovanni Leone, di un articolo aggiuntivo al testo della Costituzione (dalla stessa Assemblea poi non accolto), per cui era fatto divieto ai magistrati di accettare dal Governo, « anche all'infuori dei casi per i quali la legge disponga una incompatibilità, ... funzioni retribuite, a meno che non le esercitino gratuitamente »⁽⁹⁾.

Congiuntamente ad una sottolineatura dell'opportunità di assicurare con legge speciale l'indipendenza economica dei magistrati, questa proposta rivelava la realistica consapevolezza dei rischi che l'indipendenza dei magistrati avrebbe potuto correre se ad essi non si fosse impedito di ottenere incarichi che li potevano, come li possono porre in una situazione di soggezione verso il Governo, al tempo stesso compensandoli per la incapacità così sancita con un adeguato trattamento economico. Significativa è pure l'idea di tradurre queste preoccupazioni in apposite prescrizioni costituzionali, anche se è doveroso rammentare che Mortati, rispondendo all'obiezione di Ruini circa la inidoneità della norma proposta ad

⁽⁸⁾ MORTATI, *Istituzioni*, cit., 1351.

⁽⁹⁾ MORTATI, *Problemi*, cit., I, 862 ss.

assumere carattere costituzionale, precisava che « una disposizione analoga si legge in una delle più antiche e notevoli costituzioni europee, quella belga »⁽¹⁰⁾.

La politica che Mortati temeva si infiltrasse nell'esercizio della funzione giurisdizionale era quella che nasce da sudditanza del giudice nei confronti degli altri poteri o delle parti politiche, non già quella che trae origine dalla consapevolezza della rilevanza generale delle questioni sottoposte a giudizio e, quindi, delle componenti assiologiche implicate dai problemi ermeneutici sottostanti. Scrivendo, in epoca successiva, delle opinioni dissenzienti nei giudizi costituzionali egli ricorderà l'opinione di Goldschmidt che la dialettica del processo è quella stessa della democrazia parlamentare, il contraddittorio fra le parti costituendo « lo strumento per la più esatta ricostruzione dei fatti e per la migliore interpretazione del diritto »⁽¹¹⁾. L'idea di un giudice presente nel contesto della società e recettivo dei problemi di questa non è nel pensiero del Nostro una vuota formula ripetitiva di opinioni tralaticie, e costituisce invece motivo conduttore di riflessioni ed interventi che, manifestati nelle sedi più disparate, unificano l'atteggiamento del Mortati studioso e del Mortati costituente, rivelando l'unità delle preoccupazioni che lo animano e degli obiettivi che persegue.

* * *

Si è detto della posizione di Mortati in materia di giurisdizioni speciali. Il punto è di notevole interesse sia di per sé, sia per quanto ha tratto alla individuazione dei caratteri della funzione giurisdizionale. È infatti evidente che la decisione presa di richiamare l'attenzione dell'Assemblea Costituente sull'« eccessiva » concessione fatta in quella sede « ai sostenitori del principio della unicità della giurisdizione » sottintende un orientamento di pensiero più articolato e problematico di quello espresso dai difensori della concentrazione in un unico ordine di organi giudiziari della funzione giurisdizionale. Costoro partono dalla premessa che l'interpretazione del diritto sia attività connotata da caratteristiche

⁽¹⁰⁾ *Ivi*, 864.

⁽¹¹⁾ MORTATI, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, in *Problemi*, cit., III, 847 ss., 869.

esclusive e sempre eguali, non richiedente speciali qualificazioni e particolari conoscenze a seconda dei campi del diritto che vengono interessati. L'unità della giurisdizione è sì, in questa prospettiva, uno strumento atto ad assicurare una uniformità di interpretazione del diritto, ma è al tempo stesso resa possibile dal fatto che di proposito la si vuole realizzata attraverso un corpo di magistrati dotati di una preparazione comune e tutti egualmente attrezzati all'utilizzo di una comune tecnica interpretativa.

Diversa è, invece, l'opinione che guida il giudizio di Mortati in tema di giurisdizioni speciali. Già in Assemblea Costituente l'idea di creare sezioni specializzate della giurisdizione ordinaria, affiancando ai magistrati togati cittadini esperti, gli era sembrata insufficiente. Disse allora che poteva essere utile consentire al giudice di completare « la sua informazione tecnica mediante consiglieri esperti »⁽¹²⁾ allorché egli « debba essere illuminato su circostanze di fatto ». Però subito aggiunse che « vi sono casi in cui non si chiede tanto un contributo di informazione sui fatti, ma una speciale *forma mentis*, una speciale preparazione per la interpretazione di certe disposizioni di legge, per cui il giudice ordinario non appare sufficientemente preparato »⁽¹³⁾. Ritornando sull'argomento in un momento successivo, e senza comunque proporsi costruzioni ermeneutiche eversive del disegno costituzionale, egli ha rimarcato, quasi usando le stesse parole, la convenienza della istituzione di giurisdizioni speciali quando si richieda al giudice « una particolare capacità interpretativa delle norme da applicare, una speciale sensibilità e forma mentale, di cui il giudice ordinario, per la sua preparazione e la natura del compito a lui normalmente affidato, è in genere sfornito »⁽¹⁴⁾.

L'esperienza antecedente alla costituzione repubblicana gli consente di comprendere la decisione presa a favore dell'unicità della giurisdizione e di inquadrarla, quindi, « nel movimento pendolare che regola il corso delle istituzioni umane ». E, tuttavia, si sente un senso di fastidio di fronte « ad una concezione della attività

(12) MORTATI, *Problemi*, cit., I, 870.

(13) MORTATI, *ivi*, 871-872.

(14) MORTATI, *Il ricorso in cassazione contro le decisioni delle giurisdizioni speciali*, in *Problemi*, cit., III, 1105 ss., 1108.

interpretativa come attività meramente sillogistica, e ad una raffigurazione del giudice analoga a quella di una macchina, nella quale, secondo la scherzosa immagine del Bülow, da una parte si introduce una moneta e dall'altra si estrae la decisione » (15).

È dunque evidente che per il nostro autore l'interpretazione del diritto come momento centrale dell'esercizio della funzione giurisdizionale non è attività che possa prescindere dalla conoscenza di informazioni diverse da quelle derivanti da una mera esegesi testuale dei documenti normativi.

Nel processo ermeneutico si vengono ad inserire notizie e concetti riguardanti esperienze almeno intellettualmente distinguibili da quelle giuridiche, giacché l'interpretazione è qualche cosa di più della deduzione logica di date conseguenze dalle premesse poste dalla legge. A questa sempre si accompagna « l'apprezzamento delle situazioni di fatto, da compiere, quando occorra, con l'ausilio di conoscenze desumibili dall'esperienza o dalla tecnica » (16). Il che significa che una cosa è apprezzare il significato dei testi normativi in astratto, ad essi guardando soltanto per cogliere il senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, ed altra cosa è, invece, secondo una percezione più adeguata del ruolo del giurista, ricercare quel significato guardando ai fatti concreti cui le disposizioni dei testi hanno da trovare applicazione. Quando questa esigenza si accentua e trascende le circostanze occasionali dell'una o dell'altra vicenda giudiziaria, per diventare tratto comune di un complesso di giudizi a contenuto altamente specialistico, non sono più sufficienti le tradizionali ed usuali fonti di informazione del giudice. « In alcuni casi l'apprezzamento in parola richiede, per riuscire adeguato, non già solo conoscenze attingibili di volta in volta dalla tecnica, ma altresì attitudini formate sulla base di un'esperienza vissuta, o, in altri termini, un'aderenza alla realtà dei rapporti controversi più penetrante di quella che possa provenire dal di fuori, dalla mera consultazione di un esperto » (17).

(15) *Ivi*, 1108.

(16) MORTATI, *Le giurisdizioni speciali di fronte alla costituzione*, in 1167 ss., 1172.

(17) *Ivi*, 1172.

Nel caso limite, pertanto, la peculiarità del giudizio si ripercuote sulle stesse caratteristiche professionali richieste a chi è chiamato ad esercitare la relativa funzione: da qui deriva l'opportunità politica del ricorso alle giurisdizioni speciali. Ma la specialità della vicenda amplifica quello che è un tratto costante dell'esercizio della giurisdizione e, quindi, della connessa attività interpretativa del diritto, sicché ben si può dire che la valutazione dell'anzidetta opportunità politica discende in Mortati da premesse di ordine più generale, le opzioni di ordine teorico **condizionando** quelle di ordine pratico. Ciò che fra l'altro spiega la persistenza dell'atteggiamento da lui tenuto in tema di giurisdizioni speciali, con una continuità che va dalle sedi politiche a quelle scientifiche in un non indifferente arco di tempo.

In siffatta prospettiva riesce anche agevole comprendere la posizione assunta invece da Mortati in materia di unicità della giurisdizione costituzionale⁽¹⁸⁾. In una prima fase, questa viene costruita « in senso limitato, cioè in relazione agli atti assoggettati al sindacato del giudice, non già a quelli... per i quali esso non viene in considerazione », aggiungendosi che per questi ultimi si è probabilmente ritenuto « che l'ambito circoscritto della lesione, in relazione alla natura singolare del provvedimento, trovi adeguata protezione nei rimedi comuni, sui quali del resto non potranno di fatto non influire i principi affermati dalla giurisprudenza della Corte »⁽¹⁹⁾. Successivamente, ad un indirizzo restrittivo sembra progressivamente sostituirsi un orientamento espansivo, che si articola e sostanzia nell'affermazione di quelle che Mortati stesso indica come le « esigenze che richiedono l'unificazione del controllo di costituzionalità degli atti normativi »⁽²⁰⁾. Si arriva così all'elaborato discorso per assoggettare al sindacato della Corte costituzionale regolamenti dell'esecutivo e non solo di esso⁽²¹⁾, ai due successivi interventi sul giudizio di legittimità

(18) Cfr., *Corte costituzionale e Alta corte per la Regione siciliana*, in *Problemi*, cit., III, 737 ss.

(19) *Ivi*, 745.

(20) MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, 110 ss.

(21) *Ivi*, *passim*.

delle leggi-provvedimento⁽²²⁾, e all'impegnativo sforzo per elaborare un sistema di rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore⁽²³⁾. Per questa via viene portata alle estreme conseguenze una posizione di principio che pure era stata enunciata con qualche circospezione e prudentiale cautela nella discussione sull'Alta Corte per la Regione siciliana: l'intento di collegare l'affidamento del controllo di costituzionalità ad un organo dotato di sufficiente prestigio, di fronte ai supremi poteri dello Stato, al proposito di assicurare la certezza delle norme fondamentali dell'ordinamento, condizionanti tutte le altre, attraverso l'accentramento in un unico giudice del controllo di queste ultime⁽²⁴⁾. Motivo ricorrente di tutti gli approfondimenti ora ricordati diventa pertanto quell'« esigenza di non acquietarsi a preclusioni aprioristiche » che, per espressa confessione, guida la mano del nostro autore nella riflessione sugli interventi correttivi dell'inerzia legislativa⁽²⁵⁾. Ovviamente l'affermazione categorica della direttiva istituzionale ed ermeneutica prescelta non viene poi specificata e motivata di per sé stessa, ma se ne affida la concreta dimostrazione e il puntuale svolgimento alla riflessione sul problema pratico di volta in volta preso in esame dall'interprete, sicché la sua giustificazione finale è destinata ad essere ricavata, per così dire, di risulta e per cumulazione progressiva, tramite la constatazione caso per caso che non esistono ostacoli alla riconduzione delle questioni *de quibus* nella giurisdizione della Corte costituzionale e, quindi, attraverso la elaborazione delle relative soluzioni procedurali. Ciò può rappresentare una inversione di quello che in astratto parrebbe essere un approccio corretto al tema, l'espansione della giurisdizione costituzionale dovendosi ricavare dalla dimostrazione delle astratte potenzialità della sua capienza e non già dalla postulazione di più reali esigenze di giustizia. È, tuttavia, il risultato di un metodo profondamente

(22) MORTATI, *Le leggi-provvedimento*, Milano, 1968, e *Osservazioni sul sindacato di costituzionalità delle leggi-provvedimento*, in *Problemi*, cit., III, 887 ss.

(23) MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Problemi*, cit., III, 993 ss.

(24) *Problemi*, cit., III, 745-746.

(25) *Ivi*, 926.

congeniale a Mortati, le cui soluzioni giuridiche nascono dal pungolo di trovare modo di assicurare l'affermazione e tutela di determinati interessi.

Ritorniamo così alla definizione data di funzione giurisdizionale, l'interesse alla certezza del diritto oggettivo trovando nel caso specificazione e concretizzazione nella esigenza della certezza delle norme costituzionali e fondamentali. L'interesse a cui presiede la giustizia costituzionale è fra tutti un interesse preminente, e proprio questa sua preminenza ne evidenzia la peculiarietà ed unicità, donde consegue la opportunità che unico sia l'organo competente all'esercizio del sindacato di costituzionalità. Non vi è spazio per un concorso di più organi in questa attività, anzi — e la storia personale delle opinioni di Mortati al riguardo lo conferma — è credibile che nel tempo si arriverà ad una espansione delle attribuzioni dell'unico organo di giustizia costituzionale, ovvero ad una interpretazione estensiva delle stesse.

D'altra parte non si può nemmeno dire che, così ragionando, il Mortati tradisca il suo insegnamento sulla necessità che l'interpretazione del diritto sempre si radichi nell'esperienza di fatto, sfuggendo così alle tentazioni della dommatica astrattizzante. Egli è ben consapevole che l'unitario interesse alla certezza costituzionale può rifrangersi alla verifica dei fatti in una molteplicità discordante di valutazioni fra loro diverse, perché diverse sono le prospettive da cui muovono. E però gli sembra che sia sufficiente ad assicurare adeguata considerazione della varietà di posizioni, in cui si particolarizza l'interesse alla certezza costituzionale, « la prassi instaurata in Italia, della ripartizione delle nomine affidate al parlamento fra i partiti in esso rappresentati »⁽²⁶⁾. Se « le norme costituzionali, più ancora delle altre, risultano collegate ad ideologie politiche ed a valori, di fronte ai quali il giudice, alla pari di ogni cittadino, non può rimanere estraneo », è soluzione adeguata al soddisfacimento di siffatta esigenza quella adottata dalla nostra costituzione di affidare i giudizi di costituzionalità ad una sede non inserita nell'ordinaria organizzazione giurisdizionale, facendone eleggere i componenti « da organi forniti, in grado più o

⁽²⁶⁾ MORTATI, *Le opinioni dissenzienti*, cit., ivi, 871.

meno accentuato, di qualificazione politica » (27). Unico, l'organo di giustizia costituzionale ha anche da essere distinto e separato dalla magistratura ordinaria: l'esigenza di specifica preparazione e sensibilità del giudice che si è fatta sentire in occasione della creazione delle giurisdizioni speciali amministrative, « con più forte ragione si deve affermare » con riguardo alla collocazione delle funzioni di giurisdizione costituzionale (28). In qualche modo la Corte costituzionale finisce così per configurarsi come un giudice speciale, che però è al tempo stesso il giudice ordinario dell'intero complesso delle controversie concernenti l'osservanza della costituzione.

* * *

L'evoluzione del pensiero di Mortati che abbiamo testé descritto ha lasciato le sue tracce anche in ordine al problema dei rapporti fra la competenza dell'organo di giustizia costituzionale e quella degli altri organi di giurisdizione. Indicativa è al riguardo la discussione a suo tempo sviluppata sulla sindacabilità delle leggi delegate sotto il profilo dell'eccesso di delega legislativa (o — se si vuole — più in generale, delle violazioni della legge di delegazione ad opera del legislatore delegato) (29).

L'arco degli argomenti affrontati trascorre dall'affermazione che gli articoli 76 e 77 della costituzione non offrono elementi di giudizio sufficienti a concludere che « l'efficacia di legge formale attribuita ai decreti delegati li assimili in tutto alle leggi del Parlamento per quanto riguarda il procedimento di accertamento della loro validità », al suggerimento che « non appare palese una volontà del costituente di modificare lo *status quo ante* per quanto riguarda la delegazione legislativa » con riferimento al potere sempre ammesso del giudice ordinario di sindacare gli atti delegati sotto il profilo dell'abuso per eccesso di delega. In conclusione, riappare l'idea di limiti entro i quali dovrebbe essere contenuto il sindacato di costituzionalità della Corte, ed è significativo che

(27) *Ivi*, 871.

(28) MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, in *Problemi*, cit., III, 679 ss., 683.

(29) MORTATI, *Sulla competenza a giudicare degli eccessi di delega legislativa*, in *Problemi*, cit., III, 787 ss.

questi limiti siano elaborati nei termini di una riduzione al minimo delle possibilità di interferenza fra le attribuzioni dell'organo per nuovo istituito e le attribuzioni già consolidate in capo alla giurisdizione ordinaria. L'idea si riaffaccia ancora dinanzi alle prime sentenze della Corte che muovono subito risolutamente — com'è noto — in senso diverso da quanto ritenuto da Mortati, il quale predispone, o quanto meno prospetta la possibilità di predisporre una linea di ripiegamento, accennando al fatto che « la soluzione della Corte potrebbe essere accettata, quando, pur mantenendo fermo che la considerazione che l'eccesso di delega non incide direttamente sul precetto costituzionale, si ritenga che l'esistenza del vizio che ne deriva non importa, di per sé, la privazione della qualità formale di atto con forza di legge, e quindi non importa la sua automatica retrocessione al rango di atto meramente amministrativo, sottoponibile come tale al sindacato del giudice ordinario... ed invece fa permanere la presunzione della sua validità, la quale può venir meno solo dopo la pronuncia dichiarativa della illegittimità »⁽³⁰⁾.

Analogamente gli orientamenti giurisprudenziali in materia di riforma fondiaria sono presi a punto di partenza per una serie di considerazioni che conducono il nostro autore a concludere che, una volta dichiarata dalla Corte l'illegittimità dei relativi decreti legislativi, è fuori discussione la competenza del giudice *a quo* per gli adempimenti successivi.

Il ragionamento è conforme all'opinione della Corte (che si è essa stessa preoccupata di mettere in rilievo) che la sua decisione non rappresentava comunque la decisione di merito⁽³¹⁾, e però è interessante constatare come la dimostrazione mortatiana si articoli tutta sul filo di una consapevole valorizzazione dei ruoli spettanti ai diversi organi giurisdizionali.

Però, mentre questa posizione troverà conferma, se non ulteriori svolgimenti, anche in studi ulteriori e successivi⁽³²⁾, ove tuttavia si rileverà che, nel caso che la legge provvedimento non

⁽³⁰⁾ *Ivi*, 805.

⁽³¹⁾ *Efficacia delle decisioni di accoglimento in materia di riforma fondiaria*, in *Problemi*, cit., III, 809 ss.

⁽³²⁾ Cfr., ad esempio, *Osservazioni sul sindacato di costituzionalità delle leggi-provvedimento*, cit., in *Problemi*, cit., III, 893 ss.

abbia ancora trovato applicazione, l'accertamento della sua incostituzionalità « viene a togliere ogni contenuto dispositivo alla pronuncia richiesta nel giudizio di merito »⁽³³⁾, le perplessità in materia di sindacato sulla legittimità delle leggi delegate sono decisamente superate ed anzi si arriva ad una razionalizzazione dell'indirizzo ormai prevalente. Nel caso di vizi derivanti dal contrasto fra atti delegati e legge delegante valgono con più forte ragione « le considerazioni svolte in precedenza per dimostrare l'esclusività della giurisdizione costituzionale, anche quando si faccia valere la violazione di una legge ordinaria per opera di altra legge della stessa natura...: infatti non è dubbio che l'eccesso di delega si concreta nella violazione del principio di ripartizione dei poteri qual è fissato dall'art. 76 e quindi viene a realizzare il vizio al quale ha riguardo l'articolo 134 »⁽³⁴⁾. La prevalenza della Corte costituzionale è ormai fuori discussione, e pertanto vanno giustificati e ricondotti nel sistema tutti quei filoni giurisprudenziali e dottrinali che valgono ad incrementare l'effettività del controllo di costituzionalità alla Corte affidato. Del resto, una preoccupazione al riguardo era presente già in molte prese di posizione sulla giurisdizione costituzionale, pur contemporanee alla concezione restrittiva della stessa: si pensi all'idea che meglio sarebbe stato affidare alla stessa Corte costituzionale la delibazione della manifesta infondatezza della questione di costituzionalità⁽³⁵⁾, ovvero all'interpretazione dei lavori preparatori nel senso di ritenere consentito il sindacato delle leggi per eccesso di potere⁽³⁶⁾.

* * *

Specialità di ruolo e prevalenza nel sistema della Corte costituzionale riportano ancora una volta il discorso al tema dei contenuti della funzione giurisdizionale e, quindi, alle caratteristiche dell'attività ermeneutica. La sottolineatura della provenienza politica dei giudici costituzionali serve a Mortati per ribadire la

⁽³³⁾ *Ivi*, 895.

⁽³⁴⁾ MORTATI, *Atti con forza di legge*, cit., 24.

⁽³⁵⁾ *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, in *Problemi*, cit., III, 679 ss., 689.

⁽³⁶⁾ *Ivi*, 696.

rilevanza di peculiari conoscenze ed esperienze nell'impresa interpretativa. Ciò che vale per determinati e specialistici comparti del diritto, vale anche per la Costituzione, che è fonte del diritto connotata da caratteristiche sue proprie che la distinguono senza possibilità di equivoco dalle altre fonti.

E, però, quella sottolineatura richiama anche alla memoria un altro motivo ricorrente nel pensiero mortatiano, che può essere forse considerato come una specificazione e articolazione dell'atteggiamento testé ricordato, ma si riconnette anche ad alcune delle più originali elaborazioni del pensiero del Nostro in materia di fonti del diritto.

Svolgendo la prima completa formulazione della teoria della costituzione materiale, Mortati si pone il problema dell'« efficacia giuridica diretta » del fine politico, quale enucleato nella costituzione materiale, sull'attività di attuazione del diritto preesistente⁽³⁷⁾. Il rilievo subito trascorre alla considerazione dei principi organizzativi propri dei singoli ordinamenti, i quali « oscillano fra due estremi: da una parte stanno quelli che limitano l'influenza del fine politico al momento della formazione della legge, escludendo ogni sua incidenza sull'attività di applicazione, giacché l'interprete deve considerarsi « esecutore meccanico » della legge; e dall'altra si collocano i sistemi i quali, pur in presenza di una regolamentazione generale ed astratta, consentono all'interprete il potere di subordinare l'attuazione della legge « all'accertamento della rispondenza di essa al fine generale dell'ordinamento »⁽³⁸⁾.

Poiché fra questi ultimi viene menzionato lo stato sovietico, di cui ai tempi della stesura del lavoro di cui trattasi, ben difficilmente era consentita una lode pubblica, si può escludere che la presentazione del problema voglia essere orientata ad una esplicita esaltazione degli ordinamenti ove autonoma rilevanza è attribuita al fine politico. È, tuttavia, interessante constatare che nel discorso successivo Mortati tende, seppure limitatamente, a ridurre la distanza fra i due modelli. Cioè, si ammette che anche il tipo di ordinamento che parte dal presupposto di considerare — come, senza dubbio polemicamente, si esprime il nostro autore — « l'in-

(37) MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, 184 ss.

(38) *Ivi*, 185.

terprete come mero esecutore meccanico della legge », consente una qualche rilevanza al fine, sul quale « sembra sia da porre il fondamento dell'interpretazione progressiva »⁽³⁹⁾.

In termini di giudizio complessivo non si può fare a meno di notare che proprio la citata apertura ermeneutica probabilmente consente a Mortati di astenersi da un giudizio critico del modello che affidandosi al giudice esecutore meccanico della legge si ispira a quello che egli altra volta definirà « il pregiudizio proprio del legalismo positivistico »⁽⁴⁰⁾.

In una prospettiva più limitata, va ricordato il prosieguo dell'argomentazione per cui la giustificazione dell'interpretazione evolutiva è riportata all'indirizzo politico come unico tramite atto a consentire che in presenza di ambiguità del dettato legislativo si faccia appello non ai « principi che si possa considerare normali », ma « a quelli, che, per essere troppo nuovi e limitati, non sono da ritenere informatori del sistema »⁽⁴¹⁾.

In effetti, soltanto l'indirizzo politico può consentire di aderire a questi principi nuovi, anche in mancanza di un criterio direttivo idoneo a misurarne il grado di sufficiente consolidazione al fine di giustificare il ricorso agli stessi⁽⁴²⁾.

Com'è evidente, si propone qui uno schema di ragionamento interpretativo che si discosta da quello tradizionale per principi generali, nella misura in cui ciò che conta non è la riferibilità dei principi utilizzati all'ordinamento nella sua interezza e, quindi, la loro generale accettazione come direttive di fondo dell'intero sistema, ma è, invece, l'importanza politica dei principi stessi, ai quali si può fare ricorso anche se la loro accettazione è ancora ridotta ed è, comunque, *in progress*.

Mortati sostiene che in tal modo si accorda una limitata rilevanza al fine politico. Tuttavia, se si considera che il fine politico di cui egli va discorrendo è espressione del partito politico quale mezzo organizzativo caratteristico dello Stato moderno⁽⁴³⁾, non

⁽³⁹⁾ *Ivi*, 185.

⁽⁴⁰⁾ MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi*, cit., in *Problemi*, cit., III, 992.

⁽⁴¹⁾ *La costituzione materiale*, cit., 186.

⁽⁴²⁾ *Ivi*.

⁽⁴³⁾ *Ivi*, 83 ss.

si può non osservare che egli si spinge notevolmente innanzi nella prospettazione di un rapporto di intrinsecità fra (interprete e, quindi) giudice e parte politica, sino al punto di mettere in crisi il postulato del modello « non sovietico », in quanto teso ad escludere ogni influenza del fine politico nel momento dell'applicazione della legge. E ciò è tanto più rilevante se si pone mente al fatto che nel caso si va discorrendo dell'interpretazione delle leggi comuni in funzione della costituzione materiale, e non già della interpretazione della costituzione formale dello Stato.

È noto che nel dopoguerra la teoria della costituzione materiale è stata sottoposta ad approfondita rimediazione dal suo autore, in particolare nella voce Costituzione (Dottrine Generali) apparsa nel 1962 nell'Enciclopedia del diritto⁽⁴⁴⁾. Qui il discorso teorico si fa più raffinato e si arricchisce di riferimenti culturali che estendono l'arco delle citazioni a classici contributi di scienza politica, da Mosca a Pareto, da Wright Mills a Dahl. Forse il discorso in parte si allontana dagli interrogativi immediati sul pratico agire dell'interprete, e però vi si sente un ripensamento globale, che risponde anzitutto all'intento di superare le posizioni già espresse, tenendo conto delle vicende costituzionali succedutesi in anni più recenti.

L'idea di fondo è ancora quella della intrinseca normatività di ogni particolare formazione statale, « quale le è appunto data dal suo ordinarsi intorno a forze ed a fini politici »⁽⁴⁵⁾. Ma il portatore di questa sintesi non è più il partito, ma la classe governante, « intesa in senso ampio, comprensivo degli individui e dei gruppi detentori delle varie posizioni che di fatto sono capaci di assicurare un predominio »⁽⁴⁶⁾. Ne restano comunque esclusi gli appartenenti alla classe dominata, in quanto — da un lato — il comportamento passivo dell'obbedienza « non può considerarsi elemento costitutivo », e — dall'altro lato — « la disobbedienza, anche quando sia diffusa, se pur può determinare la decadenza di un ordinamento giuridico, non è di per sé suscettibile di porre alcunché al suo posto »⁽⁴⁷⁾.

(44) *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 139 ss.

(45) *Ivi*, 169.

(46) *Ivi*, 162.

(47) *Ivi*, 164.

L'ordine fondamentale che così si esprime evidenzia non una sola norma-base ma « una molteplicità di principi che si presentano quali particolari aspetti di una Weltanschauung politica »⁽⁴⁸⁾. Tuttavia, i principi la cui ricerca si propone all'interprete non sono quelli racchiusi in singole norme o in gruppi di norme, enucleati dall'esame di queste attraverso successive generalizzazioni, sono invece « principi di diversa natura, quali sono quelli che precedono e condizionano tutti gli altri », e si possono ottenere sia attraverso la elaborazione degli elementi risultanti in modo esplicito o implicitamente argomentabili dalle statuizioni della costituzione, sia « con la scoperta delle esigenze istituzionali latenti »⁽⁴⁹⁾.

In una prospettiva siffatta il giudice-interprete perde quella intrinsecità con la parte politica di cui si sono viste tracce nel contributo mortatiano d'anteguerra, per farsi scienziato sociale e, quindi, dimette il ruolo di mero tramite del fine politico e viene a darsi carico dello studio e della implementazione di una realtà più articolata e complessa.

Ma ancora l'uso dei principi (come un tempo quello del fine politico) porta ad un superamento di quello che Mortati definisce con tono critico il legalismo positivista. Non solo, infatti, il vincolo che discende dai principi *a)* « deve indurre l'interprete, in caso di imprecisa formulazione di legge, ad attribuirle il significato più conforme ai principi », e *b)* consente di affrontare problemi « quale quello... cui dà luogo la coesistenza di più norme inserite nel testo della costituzione o in leggi costituzionali che sono in contrasto fra loro o con i principi », o *c)* apre la via alla soluzione del quesito che « sorge in presenza di disposizioni che si presentano con carattere di eccezione rispetto ad altre più generali, dovendosi accertare l'ambito entro cui sia da contenere la deroga », ma anche *d)* dà modo di risolvere ogni contrasto della legge rispetto ai principi, imponendone « la sua disapplicazione (o, secondo i casi, il suo annullamento) »⁽⁵⁰⁾.

Prese di per sé, queste formulazioni possono anche non fare grande impressione, possono dare la sensazione che non ci si di-

⁽⁴⁸⁾ *Ivi*, 165.

⁽⁴⁹⁾ *Ivi*, 182.

⁽⁵⁰⁾ *Ivi*, 183.

scosta poi molto dai modelli ermeneutici tradizionali. Ma esse vanno poste in rapporto, come appunto qui si è fatto, con i chiarimenti preliminari di Mortati sulla connessione fra principi e costituzione materiale, e sui modi di accertamento dei principi medesimi, quali momenti espressivi dell'intrinseca normatività della società.

Solo così procedendo si può cogliere il peso del compito che viene a cadere sulle spalle del giudice-interprete e dei risultati che da lui si attendono nel processo di razionalizzazione dell'ordinamento che è connaturato al farsi dell'ordinamento medesimo. Indubbiamente, se anche così concepito il giudice viene a conservare connotazioni di omogeneità e intrinsecità con le espressioni prevalenti del potere, non è facile farne uno strumento di tutela degli interessi e delle posizioni di quanti in quel potere si riconoscono o di quel potere soffrono i comportamenti. Ma certamente il giudice può essere il tramite di un recupero di una larga panoplia di valori, tanto più ricca quanto più composita è l'area di riferimento delle indagini che a lui si richiedono.

* * *

Si ritrovano in queste posizioni alcune delle caratteristiche proprie delle dottrine organicistiche, alle quali appunto la teoria della costituzione materiale può essere ricondotta, con quelle condividendo un tendenziale orientamento olistico.

In effetti, per un verso la costruzione mortatiana si affida ad una crescita del sistema largamente dipendente dallo sviluppo incrementale delle istituzioni, prese in considerazione anche indipendentemente dall'apporto volontario dei soggetti che le reggono, e, dall'altro lato, pretende di ricondurre all'unitario concetto esplicativo della posizione del fine politico ad opera della classe governante l'intero arco delle vicende interessanti la crescita e l'evoluzione dell'ordinamento. Vero è che nella più recente formulazione l'orientamento del nostro autore scioglie la costituzione materiale « in una molteplicità di principi, che si presentano quali particolari aspetti di una *Weltanschauung* politica »⁽⁵¹⁾. Ma già il fatto che

⁽⁵¹⁾ *Ivi*, 165.

la Weltanschauung resti, in via di ipotesi, irrimediabilmente unitaria e che essa si imputi ad un portatore unico, secondo un modello destinato a ripetersi inescapabilmente nel tempo, è sufficiente farci intravedere la sostanziale persistenza di quell'olismo di fondo che era spontaneo ed ancor più facile addebitare alla formulazione d'anteguerra della teoria del Mortati.

Al quale, tuttavia, non sfugge nel dopoguerra la necessità di una considerazione delle complessità pluralistiche delle società contemporanee, quando si fa propositore della introduzione nella giustizia costituzionale dell'istituto del *dissent*. In effetti, subito in apertura del primo contributo dedicato all'argomento nel 1964⁽⁵²⁾ troviamo collegata l'istituzione della giustizia costituzionale in un numero sempre crescente di paesi, da un lato, con l'« avvenuto scadimento del mito dell'assoluta sovranità della legge » e, dall'altro lato, con la centralità che nell'attuale esperienza costituzionale vengono ad assumere pluralismo e garantismo. In tal modo valutazioni di ordine più generale, al limite tali da trascendere la contingenza della attenzione prestata al giudizio di costituzionalità, si sommano con il rilievo sulle peculiarità dei processi di nomina dei giudici costituzionali, per aprire la strada all'interrogativo se ragioni di maggiore funzionalità non consiglino l'adozione del principio di pubblicità sia del voto dei componenti il collegio giudicante, sia delle motivazioni rese da quanti dissentano dall'orientamento della maggioranza.

Nel prosiegua dell'analisi le ragioni della pubblica conoscenza degli orientamenti dei singoli giudici si sovrappongono alla riflessione sull'impulso che dalle opinioni dissenzienti « proviene al maggiore approfondimento di tutti gli aspetti delle questioni sottoposte a decisione »⁽⁵³⁾. La coscienza collettiva trova maggiore appagamento in una chiara e puntuale articolazione delle argomentazioni e delle divergenze che hanno accompagnato il processo decisionale, anziché in « una claudicante e solo apparente unanimità

⁽⁵²⁾ MORTATI, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, in *Problemi*, cit., III, 847 ss., ove il saggio dallo stesso titolo apparso in *Quaderni della giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1964, è affiancato dagli interventi di Mortati sul tema nel volume *La Giustizia costituzionale*. Atti della Tavola rotonda, a cura di MARANINI, Firenze, 1966.

⁽⁵³⁾ *Ivi*, 855.

di consensi ». La costituzione è, del resto, un « organismo vivente », la cui vitalità è condizionata dalla capacità di aderire alla coscienza sociale e dall'idoneità ad adeguarsi agli svolgimenti cui quella è sottoposta: l'istituto del dissenso attenua « il pericolo di cristallizzazione della giurisprudenza costituzionale » senza rischio per la certezza del diritto, cui si perviene soltanto « attraverso assaggi e approssimazioni successive; quegli assaggi e quelle approssimazioni che trovano nelle opinioni dissenzienti un efficace strumento di realizzazione »⁽⁵⁴⁾.

Si tratta di considerazioni di grande interesse, le quali — al di là della reale praticabilità della loro componente propositiva — rivelano non solo attenzione alla molteplicità dei filoni attraverso i quali va a concretizzarsi l'implementazione della costituzione, ma anche sensibilità per i momenti di individuale e consapevole apporto (in termini di giudizio o di volontà, qui poco importa appurare) a quella implementazione medesima.

L'idea stessa della costruzione della certezza *in progress* mette in dubbio la credibilità di una sintesi olistica del tipo di quella proposta da Mortati in sede teorica, rivelando come il nostro autore, chiamato a confrontarsi con i temi concreti della realizzazione delle istituzioni, non abbia timore di anacquare il vino della coerenza dottrinarica con l'acqua della pratica funzionalità delle soluzioni istituzionali via via prese in esame o proposte.

Ma l'atteggiamento che traspare da queste pagine lascia intravedere un altro profilo caratteristico del Mortati in materia di esercizio della funzione giurisdizionale e, quindi, di interpretazione della legge. Egli, infatti, nella misura in cui rifiuta la concezione dell'attività interpretativa « come attività meramente sillogistica »⁽⁵⁵⁾, è sempre più portato a configurare quella attività medesima come la somma complessa di una serie di operazioni intellettuali volte alla elaborazione di dottrine che nel confronto tra testo scritto e realtà istituzionale sociale ed economica consentono di attribuire a quello significati sempre attuali, al tempo stesso recuperando i fenomeni in cui si esplica l'intrinseca normatività di ogni particolare formazione statale⁽⁵⁶⁾. La pronuncia

⁽⁵⁴⁾ *Ivi*, 856-85.

⁽⁵⁵⁾ *Problemi*, cit., III, 1108.

⁽⁵⁶⁾ MORTATI, voce *Costituzione*, cit., 169.

giurisdizionale non si risolve in un *fiat*, ma si regge in tanto in quanto si accompagna ad una motivazione o, meglio ancora, ad un insieme di opinioni, che — come già si è ricordato — rappresentano la conferma che quelle dottrine sono altrettanti assaggi e approssimazioni lungo la via che accompagna alla crescita dell'ordinamento. Giurisdizione e interpretazione rispondono pertanto a canoni di una razionalità tecnica che le sottrae alle tentazioni dell'arbitrarietà e le distingue al tempo stesso da altre attività giuridiche più politicamente qualificate, benché anche esse si esplicino « sul piano stesso dell'attività politica »⁽⁵⁷⁾.

In questo senso non si può contestare che attività dottrinale e attività interpretativa giudiziale si saldano per comunanza di oggetto e di fini. Che cos'erano, in fin dei conti, nella mente di Mortati, se non elaborazioni di dottrine in funzione della risposta a ben precisi quesiti pratici gli studi sul sindacato di costituzionalità delle leggi-provvedimento, sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore, sul controllo di costituzionalità degli atti con forza di legge e di quelli ad essi assimilati?

* * *

La domanda ci riporta al problema degli antecedenti culturali del pensiero di Mortati in ordine ai problemi sui quali ci siamo soffermati.

A tal proposito giova rammentare quanto il Mortati stesso ha avuto modo di osservare in ordine alle dottrine istituzionali, della cui importanza per la formazione del suo pensiero egli non ha mai fatto mistero. In sostanza la censura che egli avanza è che quelle dottrine finiscono per contraddire alle stesse premesse da cui partono e vengono quindi a compromettere le finalità perseguite⁽⁵⁸⁾. Il difetto si manifesterebbe o in una eccessiva aderenza al diritto scritto, o nell'incapacità di precisare i caratteri che devono considerarsi necessari per definire l'intrinseca normatività dell'organismo societario. A suo dire, pertanto, il lavoro dell'interprete del diritto dovrebbe conseguentemente procedere al di là di una

(57) *Problemi*, cit., III, 849.

(58) MORTATI, voce *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, 162.

mera ricognizione dei testi normativi nello sforzo di cogliere quei dati essenziali che appunto consentono il dispiegarsi dei fenomeni giuridici del gruppo associato, cui in sede teorica tutte le dottrine istituzionali hanno dichiarato di voler volgere la loro attenzione.

Così impostato, il discorso sembra avvicinare Mortati anzitutto a Schmitt, per intenderci all'autore di quei passi della « Dottrina della costituzione » ove volutamente — per sua stessa ammissione⁽⁵⁹⁾ — si è inteso contrapporre un concetto positivo (nel senso schmittiano di materiale) della costituzione ai concetti propri del sistema di uno Stato costituzionale democratico⁽⁶⁰⁾. Tuttavia non bisogna dimenticare che nella concezione schmittiana aleggia una nozione molto rigida di funzione giurisdizionale, tant'è che non solo Schmitt ribadisce il principio che « il giudice è vincolato alla legge », ma riprende anche l'idea che, « considerata da un punto di vista politico questa giurisdizione totalmente dipendente dalla legge è « en quelque façon nulle » »⁽⁶¹⁾. Come abbiamo visto, l'elaborazione di Mortati è al riguardo più aperta e, se vogliamo, appunto, più conseguente rispetto alle premesse istituzionalistiche (o istituzionali, per usare il suo linguaggio) da cui egli muove. In tal senso il suo discorrere di garanzia conferita al diritto oggettivo « eliminando le situazioni di incertezza quali la sua pratica applicazione può far sorgere, o reprimendo le infrazioni che attentano ad esso »⁽⁶²⁾, ovvero di « conservazione dell'ordine costituito »⁽⁶³⁾, richiama piuttosto la definizione di Santi Romano per cui « dicesi giurisdizione la funzione che ha per oggetto il mantenimento e l'attuazione dell'ordinamento giuridico »⁽⁶⁴⁾.

Cioè la sua ha in comune con questa posizione il ripudio di ogni assonanza con l'astratta modellistica del giudizio come sillogismo, il che gli consente di allargare l'arco, per così dire, del materiale giuridico che entra nel processo ermeneutico dell'interprete, e quindi del giudice. Ma ovviamente questo allargamento è più suo

⁽⁵⁹⁾ SCHMITT, *Il custode della costituzione*, Milano, 1981, 109.

⁽⁶⁰⁾ SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, 38 ss.

⁽⁶¹⁾ *Ivi*, 360

⁽⁶²⁾ MORTATI, *Istituzioni*, cit., 375.

⁽⁶³⁾ *Ivi*, 1349.

⁽⁶⁴⁾ ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, 306.

che di Romano, se è vero che a questi egli rimprovera — come si è visto — la trascuranza, nell'applicazione delle sue teorie fatta all'ordinamento statuale, di ogni considerazione del modo di operare di questo⁽⁶⁵⁾. Non è, però, la definizione del discrimine delle posizioni di Mortati rispetto a quelle di Romano che qui interessa, quanto la loro distinzione dall'orientamento di Schmitt che non potrebbe essere più evidente.

Dalla sua nozione restrittiva di giurisdizione Schmitt arriva a negare la possibilità di affidare, ad esempio, la custodia della costituzione ad un giudice. Se i precetti costituzionali non possono essere applicati senza fare ricorso ad una decisione, tale decisione non può essere affidata ad un giudice, giacché essa non può essere derivata dal puro contenuto della norma⁽⁶⁶⁾.

Tuttavia, così ragionando, il teorico germanico si preclude la concreta possibilità di assegnare ai giudici un ruolo nel processo di crescita dell'ordinamento giuridico. La via della decisione non è compatibile con le strade di un'evoluzione incrementale del diritto che i giudici possono concorrere a plasmare e conformare. Il che è, come si è detto, agli antipodi della posizione di Mortati. In sostanza, vale per il modello di giudice che questi ha presente quanto lo stesso Mortati ha avuto occasione di scrivere in generale a proposito del lavoro del giurista: « il compito dello studioso del fenomeno giuridico non può essere puramente descrittivo dell'ordine normativo in atto. Visto che questo è in perpetuo divenire, egli non può sottrarsi alla indagine circa la sussistenza e permanenza del rapporto di armonia fra il medesimo e le situazioni concrete cui esso ha riguardo »⁽⁶⁷⁾. Del che certamente dà atto tutta la sua produzione scientifica.

(65) MORTATI, *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini*, 2, 1973, 511 ss.

(66) SCHMITT, *Il custode*, cit., 62 ss.

(67) *Brevi note*, cit., 531.

ALESSANDRO PIZZORUSSO

LA GIURISDIZIONE COSTITUZIONALE
SECONDO MORTATI

1. *La giustizia costituzionale negli interventi di Mortati all'Assemblea costituente.*

La prima fase della vita di studioso di Costantino Mortati, sviluppatasi fino all'epoca della sua partecipazione ai lavori dell'Assemblea costituente, non comprende alcuna trattazione che implichi una particolare attenzione per i problemi della giustizia costituzionale. Tale fase, infatti, fu prevalentemente dedicata all'analisi dei problemi inerenti all'organizzazione costituzionale dello Stato, con vigile attenzione per gli aspetti politologici di essi, come era del resto nella tradizione delle scuole costituzionalistiche europee di quel tempo. I primi documenti dai quali possono desumersi le idee che egli si andava formando su questi problemi sono costituiti perciò da alcuni interventi svolti in Assemblea costituente⁽¹⁾, da un breve passo contenuto nella prima edizione del suo manuale di diritto pubblico⁽²⁾ e da un gruppo di articoli e note⁽³⁾, pubblicati fra il 1948 ed il 1950.

(1) Riprodotti in C. MORTATI, *Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, 1972, I, p. 814 ss. (da tale *Raccolta* sono tratte le citazioni che seguono, ove non sia diversamente indicato).

(2) C. MORTATI, *Corso di istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1949.

(3) C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità* in *Iustitia*, 1949, p. 69 ss., ed in *Raccolta*, cit., III, p. 678 ss.; *La Corte costituzionale*, in *Civitas*, 1950, n. 2, p. 35 ss., ed in *Raccolta*, cit., III, p. 692 ss.; *Questioni sul controllo di costituzionalità sostanziale della legge*, in *Foro amm.*, 1948, I, 1, p. 320 ss., ed in *Raccolta*, cit., III, p. 657 ss.; *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, c. 457 ss., ed in *Raccolta*, cit., III, p. 669 ss.;

Tra i primi, presenta particolare rilievo l'argomentazione svolta a sostegno di un emendamento tendente a precisare che il controllo della Corte costituzionale doveva essere limitato ai vizi « di violazione di legge costituzionale », « con esclusione di ogni sindacato di merito di quelle leggi che importino un apprezzamento discrezionale » (4), riaffermando così al tempo stesso il carattere giurisdizionale dell'organo e delle funzioni ad esso affidate. Questa impostazione di Mortati, che si contrapponeva all'opinione di coloro che volevano accentuare il carattere politico della Corte, trovò in larga misura accoglimento nel testo costituzionale e pose le basi della successiva elaborazione dottrinale e giurisprudenziale dell'istituto.

Nello stesso intervento Mortati si occupa anche dei conflitti di attribuzioni per affermare la necessità di mantenere questo istituto « nei limiti in cui esso è contenuto dalla legge del 1877 » (5); i confini di carattere più propriamente politico, egli disse, « devono suscitare le manifestazioni di volontà collettiva che determinano le esatte valutazioni sull'attività degli organi costituzionali, e provocano le reazioni necessarie a ristabilire l'ordine. I casi sono due: o queste reazioni vi sono, ed allora non v'è bisogno di una pronuncia da parte dell'organo giurisdizionale, o non vi sono, ed allora la pronuncia rimane lettera morta. Con questa aggravante, che l'affidarsi all'intervento dell'organo giurisdizionale può recare con sé un effetto pratico controoperante, nel senso che induce a rendere meno efficienti quelle resistenze spontanee della pubblica opinione, quelle reazioni politiche che sono le sole veramente idonee a contenere i tentativi di usurpazione di poteri degli organi costituzionali. La fiducia che vi sia un organo il quale decida e tuteli la Costituzione, rende meno efficiente l'azione dei freni politici, perché può indurre nel cittadino che deve azionarli la rinuncia alla diretta osservazione di quelle iniziative ed alla messa in opera di quelle resistenze, che sono le sole valide a debellare le usurpazioni ».

Sul controllo di costituzionalità delle leggi costituzionali, in *Foro pad.*, 1949, IV, c. 15 ss., ed in *Raccolta*, cit., III, p. 703 ss.

(4) *Raccolta*, cit., I, p. 815.

(5) *Ibid.*, p. 817.

« A me pare — prosegue Mortati — che estendere la competenza di un organo costituzionale al caso di conflitti che hanno carattere politico e che sono espressione di un'alterazione del rapporto delle forze politiche, sia non solo non utile, ma pericoloso, e, quindi, da escludere. L'insufficienza della Corte al compito che le si vorrebbe attribuire, finirebbe con l'ingenerare il discredito nella sua opera, discredito destinato a ripercuotersi anche sulla parte dell'attività ad essa più propria »⁽⁶⁾.

Il carattere giurisdizionale della Corte e delle sue funzioni fu sostenuto da Mortati anche in occasione di un ulteriore intervento svolto a sostegno di un emendamento riguardante la composizione della Corte stessa col quale egli si oppose alle proposte della sinistra tendenti ad attribuire la scelta dei giudici alla pura discrezionalità del Parlamento e ad agganciare i tempi di rinnovazione dell'organo alla durata della legislatura. Contro tale tesi egli sostenne l'opportunità di affidare la scelta dei giudici al Presidente della Repubblica, il quale avrebbe dovuto sceglierli entro terne di nomi predisposte dai corpi giudiziari, dai consigli forensi e dalle facoltà giuridiche. In questo intervento Mortati presuppone che le scelte del Capo dello Stato debbano avvenire sulla base di designazioni del Governo, ma mostra di fare affidamento sull'azione equilibratrice personalmente svolta dal presidente, oltre che sul vincolo derivante al Governo dalla sua responsabilità nei confronti del Parlamento (non antivedendo, si direbbe, il dibattito che in proposito si svilupperà al momento dell'elaborazione della legge di attuazione delle disposizioni costituzionali concernenti la Corte)⁽⁷⁾.

Di non agevole interpretazione è infine un ulteriore intervento col quale egli esprime dissenso rispetto al sistema di controllo incidentale derivante dalla combinazione dell'art. 136 Cost., e dell'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948 n. 1, in virtù del quale una decisione d'incostituzionalità provocata da una questione sorta con riferimento ad una particolare controversia può assumere efficacia *erga omnes*⁽⁸⁾ e sostiene, aderendo ad una pro-

(6) *Ibid.*, pp. 817-818. In proposito vedi anche *La Corte costituzionale e i presupposti della sua vitalità*, cit., pp. 689-690; *La Corte costituzionale*, cit., pp. 698-699.

(7) *Id.*, I, pp. 819-822.

(8) *Ibid.*, p. 823. Il tema è ripreso in *La Corte costituzionale e i presup-*

posta dell'on. Bozzi, l'opportunità di porre un limite temporale (di quattro anni dall'entrata in vigore della legge) alla proponibilità dell'« eccezione d'incostituzionalità », tranne che nel caso in cui riguardi norme penali.

2. *La prima edizione delle « Istituzioni » (1949).*

Nella prima edizione del suo manuale di diritto pubblico, che segue di poco queste prese di posizione, Mortati dedica al tema della giustizia costituzionale una decina di pagine nelle quali traccia innanzi tutto la distinzione fra costituzioni flessibili e costituzioni rigide, riconoscendo — sulle orme di un orientamento dottrinale e giurisprudenziale già da tempo diffuso — la possibilità che anche nell'ambito delle prime si abbia un controllo di costituzionalità delle leggi per vizi formali, col solo limite derivante dall'insindacabilità degli *interna corporis* (che Mortati giustifica con l'esigenza di assicurare l'autonomia delle assemblee parlamentari).

Importante è la valutazione che egli compie in questo passo delle ragioni che hanno indotto i costituenti italiani ad introdurre il controllo giurisdizionale della costituzionalità, anche materiale, delle leggi e che consistono, a suo giudizio, nel « proposito di predisporre degli ostacoli al riaffermarsi di governi tirannici, come quello fascista, e [nel]la necessità di trovare un organo regolatore dei conflitti derivabili dalla nuova struttura regionale impressa allo Stato »⁽⁹⁾.

Dopo avere succintamente analizzato i diversi modelli di giustizia costituzionale offerti dall'indagine comparatistica, Mortati segnala l'originalità del modello italiano, che sinteticamente descrive⁽¹⁰⁾, per discutere poi alcuni punti problematici. Troviamo così in queste pagine l'esplicita affermazione della reviviscenza della situazione normativa « sussistente prima dell'emanazione della legge annullata », senza necessità di alcun intervento legislativo (occorrente invece qualora si voglia evitare questo effetto della

posti per la sua validità, cit., p. 688; i dubbi sembrano però risolti in *La Corte costituzionale*, cit., pp. 699-700.

⁽⁹⁾ *Corso*, cit., p. 391.

⁽¹⁰⁾ *Id.*, pp. 391-394.

sentenza di accoglimento della Corte) ⁽¹¹⁾, l'affermazione della competenza della Corte a sindacare anche la costituzionalità formale delle leggi (motivata con l'argomento che l'apprezzamento di essa da parte di giudici diversi dalla Corte non potrebbe portare all'annullamento con effetti *erga omnes*) e l'affermazione che il controllo della Corte, pur non estendendosi ai vizi di merito, comprende il sindacato dell'eccesso di potere, qui definito come « una indiretta lesione della Costituzione per l'inosservanza delle regole di esperienza, che limitano in modo rigido l'esercizio del potere discrezionale » ⁽¹²⁾.

Con riferimento ai conflitti di attribuzioni fra i poteri dello Stato, in questo testo Mortati prende innanzi tutto posizione a favore del trasferimento alla Corte costituzionale della competenza a giudicare sui conflitti fra magistratura e pubblica amministrazione che in base alla legge del 1877, ed all'art. 41 c.p.c., erano compresi fra i conflitti di giurisdizione la cui decisione era rimessa alle sezioni unite della Corte di cassazione ⁽¹³⁾; esclude poi che spettino alla Corte i contrasti che eventualmente sorgano all'interno di uno stesso potere o quelli « alla cui soluzione è già preordinata tutta la struttura del sistema parlamentare »; riafferma infine la necessità che il conflitto abbia « per oggetto un'attività regolata dalla Costituzione » ⁽¹⁴⁾.

3. *Gli scritti del periodo 1948-50.*

Nei due articoli che Mortati dedicò alla Corte costituzionale nel 1950, egli mette innanzi tutto in rilievo il carattere « affrettato e superficiale » dei dibattiti che l'Assemblea costituente dedicò alla preparazione della corrispondente parte della Costituzione ⁽¹⁵⁾. Passando quindi ad analizzare i presupposti storici e teorici dell'istituto, egli si professa convinto, al pari di altri commentatori di questo periodo, che il modello americano non abbia esercitato in-

⁽¹¹⁾ *Id.*, p. 394.

⁽¹²⁾ *Id.*, p. 395.

⁽¹³⁾ *Id.*, p. 397.

⁽¹⁴⁾ *Id.*, p. 398.

⁽¹⁵⁾ *La Corte costituzionale e i presupposti della sua validità*, cit., p. 681.

fluenza alcuna sulle decisioni dei costituenti⁽¹⁶⁾ e spiega il rifiuto del controllo diffuso con le scarse « attitudini » dei magistrati ordinari che, a suo avviso, si erano mostrati più inadatti a questo genere di compiti degli stessi giudici amministrativi.

« Di tutti gli istituti può dirsi che la loro sorte è affidata alla capacità dei titolari; ma questo vale in particolare per i giudici di una Corte costituzionale, perché essi devono riunire doti, le quali non facilmente vanno insieme: la profondità della cultura giuridica ed il pieno possesso di tutte le risorse e le sottigliezze della tecnica giuridica, e nello stesso tempo la conoscenza della storia e delle istituzioni costituzionali dei paesi di civiltà europea; la piena indipendenza dalle parti politiche in contrasto, ma d'altra parte, l'informazione precisa della posizione di ogni formazione politica, della loro ragion d'essere, dei loro programmi, del loro peso, la consapevolezza delle aspirazioni popolari, dei termini dei problemi sociali che vanno elaborandosi nella coscienza delle moltitudini »⁽¹⁷⁾.

Al rigetto del modello diffuso di giustizia costituzionale si accompagna l'opinione, che vedremo spesso da lui ripresa, della esistenza di un « parallelismo » tra essa e la giustizia amministrativa, il quale « appare in tutta la sua esattezza quando si pensi che il controllo della legge si è dal costituente voluto modellare precisamente sullo schema di quello della legittimità degli atti amministrativi, comprendendovi tutti e tre i vizi in cui essa si sostanzia »⁽¹⁸⁾.

A queste considerazioni, che spiegano taluni atteggiamenti assunti dalla Corte durante i primi anni del suo funzionamento, ma che furono poi da essa ampiamente superati, se ne aggiungono altre di particolare importanza, come quella che dimostra la possibilità di un sindacato che assuma come parametro le norme programmatiche o quella che mette in luce come gli effetti della dichiarazione d'incostituzionalità non possano estendersi soltanto *ex nunc*.

Sul primo punto Mortati osservava già allora che « se è vero che nessun mezzo è consentito ai cittadini contro l'inerzia del le-

⁽¹⁶⁾ *Ibid.*, pp. 682-683.

⁽¹⁷⁾ *Id.*, pp. 683-684.

⁽¹⁸⁾ *Id.*, p. 684.

gislatore di fronte al programma posto dalla Costituzione [ma, come vedremo, più tardi egli cercherà di superare anche questo punto], è invece da ammettere l'impugnativa di incostituzionalità quando si invochi l'applicazione di norme emesse in reciso contrasto con il programma stesso » (19).

Ed aggiungeva: « E si pensi altresì al richiamo contenuto nell'art. 2 della Costituzione ai diritti inviolabili dell'uomo, sia come singoli, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. Non sembra dubbio che questo richiamo ad un diritto naturale che protegge l'uomo per il solo fatto della sua nascita e che lo Stato non crea ma riconosce, conferisce al singolo il diritto, o, se si vuole, l'interesse legittimo, a chiedere l'invalidazione delle norme legislative che vulnerino il vigore dei principi superpositivi inseriti nel nostro ordinamento, in virtù di un rinvio formale, e che è compito dell'interprete enucleare dalla coscienza collettiva » (20).

Sul secondo problema, che avrebbe affaticato ancora per parecchio tempo dottrina e giurisprudenza, egli notava lucidamente già allora che « non appare contestabile che gli effetti dell'annullamento debbano retroagire per lo meno sul giudizio, che ha provocato la pronuncia della Corte e che rimane sospeso in attesa della medesima. Ma una eguale estensione sembra debba ammettersi nei riguardi degli altri giudizi in corso per i quali non si sia verificata la decadenza della proponibilità dell'eccezione, o di quelli promossi successivamente alla pronuncia predetta, sicché in sostanza la pronuncia della Corte verrà ad avere la stessa portata propria di una legge abrogativa, che incontra i suoi limiti normali nelle decisioni già emesse prima della sua entrata in vigore » (21).

Il saggio si conclude col famoso paragone della Corte ad « un tenero virgulto che inesperti agricoltori si propongono di trapiantare in un terreno impreparato a riceverlo, e destinato a vivere in un'atmosfera, o ostile, o indifferente, o ingenuamente fiduciosa nelle magiche proprietà della pianta di prosperare per virtù pro-

(19) *Id.*, p. 685.

(20) *Ibid.*

(21) *Id.*, pp. 688-689.

pria »⁽²²⁾ e con l'enunciazione di una serie di condizioni che sarebbe stato necessario che si realizzassero per la sua « vitalità ».

Il parallelo fra giustizia costituzionale e giustizia amministrativa è ripreso anche nell'articolo pubblicato su *Civitas*, ove si osserva che « la differenza senza dubbio esistente fra la discrezionalità dell'amministrazione e quella del legislatore deve ritenersi solo quantitativa, poiché anche per quest'ultima limiti non scritti, provenienti non solo dallo spirito complessivo informatore della Costituzione, ma altresì dal fine particolare che ispira singole norme o gruppi di norme, circoscrivono il potere, nel senso di condizionare la validità del suo esercizio, pur nella necessaria latitudine di adattamento alle situazioni concrete, al rispetto degli interessi fondamentali consacrati nel testo costituzionale »⁽²³⁾.

In questo articolo è anche da segnalare la chiara enunciazione del limite ultimo che in casi estremi potrebbe frenare eventuali eccessi della Corte costituzionale e che deriva dal fatto « che, tutto sommato, l'ultima parola spetta sempre al Parlamento, per il potere che gli compete di eliminare l'opposizione della Corte attraverso il ricorso alla procedura di revisione. Tale ricorso — egli aggiunge però — fuori dei casi eccezionali di mutamenti sostanziali in nessun modo riconducibili sotto la disciplina del vecchio testo, avrebbe l'effetto non solo di compromettere la funzione stabilizzatrice propria della Costituzione, e la garanzia dei valori ad essa commessa, ma svaluterebbe, facendole perdere prestigio, la Corte. Nel margine di adattabilità della norma costituzionale alle esigenze sociali via via emergenti, il compito della Corte, se bene assolto, è invece proprio quello di rendere vano l'intervento dell'organo di revisione »⁽²⁴⁾.

La prima delle tre note contiene la dimostrazione della sindacabilità da parte dei giudici diversi dalla Corte dei vizi materiali di costituzionalità delle leggi durante il regime transitorio regolato dalla VII disp. trans. Cost. e si sofferma altresì sul problema della rilevabilità d'ufficio delle questioni di legittimità costituzionale da

(22) *Id.*, p. 690.

(23) *Id.*, p. 697.

(24) *Id.*, p. 701.

parte di tali giudici, anche se tenuti all'osservanza del principio dispositivo (25).

La seconda sviluppa le osservazioni sul controllo della discrezionalità del legislatore da parte del giudice costituzionale, già ricordate per mettere in evidenza come esse avrebbero consentito di affrontare in modo più corretto una serie di casi giurisprudenziali che avevano attirato l'attenzione della dottrina costituzionalistica (26).

La terza analizza la complessa vicenda che aveva indotto l'Alta Corte per la Regione siciliana a dichiarare incostituzionale l'art. 1, 2^a comma, della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2, nella parte in cui consentiva che lo Statuto siciliano potesse essere modificato entro due anni senza l'osservanza del procedimento di revisione previsto dall'art. 138 della Costituzione (27).

Complessivamente considerate, queste note dimostrano come Mortati abbia partecipato fin dall'inizio al nuovo corso che gli studi costituzionalistici andavano assumendo in concomitanza con la svolta politica verificatasi nel paese e che troverà i suoi maggiori sviluppi nell'attività della Corte e nei commenti che la dottrina dedicherà all'analisi della sua giurisprudenza. Senza con ciò rinunciare all'impostazione tradizionale, attenta anche al punto di vista politologico, questo nuovo corso consentirà agli studi costituzionalistici italiani di svilupparsi ben oltre i modelli cui essi si erano ispirati nel periodo intercorso fra la seconda metà del XIX e la prima metà del XX secolo e Mortati sarà uno dei protagonisti di questo rinnovamento.

4. *La seconda edizione delle « Istituzioni » (1952).*

Nella seconda edizione del manuale, pubblicata nel 1952 (28), le pagine dedicate alla giustizia costituzionale furono in gran parte riscritte, anche per far posto alle conclusioni cui Mortati era per-

(25) *Questioni sul controllo di costituzionalità sostanziale delle leggi*, cit.

(26) *Sull'eccesso di potere legislativo*, cit.

(27) *Sul controllo di costituzionalità delle leggi costituzionali*, cit.

(28) C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2^a ediz., Padova, Cedam, 1952.

venuto negli altri studi sopra ricordati. Fra le principali novità, rispetto all'edizione del 1949, troviamo qui una più accurata descrizione del modo in cui la questione di costituzionalità sorge in via incidentale (o, come si diceva allora, « in via di eccezione »), nel corso della quale egli mette in rilievo come « la questione di costituzionalità può essere sollevata solo nel momento in cui la legge si manifesta produttiva per un soggetto della lesione di un suo diritto o interesse legittimo, o anche — correttamente aggiunge — di un interesse semplice quando a quest'ultimo si accompagna un potere di azione » (29).

A questa enunciazione, che imposta assai efficacemente quello che solo molto più tardi sarà individuato come il problema della « rilevanza » della questione di legittimità costituzionale, segue una precisazione, anch'essa anticipatrice di un problema cui il Nostro si dedicherà con particolare impegno negli anni '60, relativa all'ipotesi di impugnazione di leggi-provvedimento. Rispetto a tale ipotesi, Mortati afferma la possibilità « dell'impugnativa diretta [...] innanzi al giudice competente, che dopo la deliberazione, dovrà disporre il rinvio alla Corte costituzionale », ma aggiunge che ad una tale impugnazione non si applica la regola generale sopra enunciata, ma invece la regola applicabile dinanzi ai giudici amministrativi, facendosi decorrere il termine per ricorrere dall'entrata in vigore della legge (30). Questa tesi, che oggi può sorprendere, non a caso era maturata negli anni in cui fervevano le discussioni sulle leggi di riforma fondiaria e sulla natura dei decreti di esproprio cui esse avevano attribuito forma di decreti legislativi delegati e quindi forza di legge.

Nel paragrafo dedicato all'illustrazione dell'« oggetto del sindacato deferito alla Corte costituzionale », Mortati riprende la tesi della sindacabilità dei vizi formali da parte della Corte — incluso il c.d. « eccesso di delega » — ma fa salva l'ipotesi di « inesistenza » della legge, che ritiene accertabile da parte di qualunque giudice (31). Fra i vizi della legge include l'eccesso di potere, che distingue tuttavia dalla corrispondente nozione ammi-

(29) *Id.*, p. 552.

(30) *Id.*, p. 553.

(31) *Id.*, pp. 553-555.

nistrativistica concludendo: « sembra debba escludersi la possibilità di far valere vizi relativi al contrasto fra il motivo che ha ispirato il legislatore a provvedere ed il fine posto dalla Costituzione. Solo quindi figure di eccesso diverse da questa potrebbero essere invocate, se configurabili, per la legge » (32).

Nel paragrafo dedicato all'individuazione degli atti sottoposti al controllo di costituzionalità, viene accettata — per ora — la tesi che esclude la sindacabilità da parte della Corte dei regolamenti (che più tardi Mortati cercherà di attrarre, almeno in certa misura, nella competenza della Corte) e, per vizi che non siano di carattere procedurale, delle leggi costituzionali (alle quali Mortati dedicava proprio in questo periodo un saggio che pose le basi della teoria dei limiti del potere di revisione (33), favorendo così il successivo sviluppo di una sua impostazione assai diversa), ma netta è già l'affermazione della sindacabilità dei decreti legislativi e dei decreti legge (34), sulla quale a quel tempo non mancavano i dubbi. E da segnalare in particolare è l'affermazione, veramente anticipatrice, della sindacabilità della normativa vigente in seguito ad abrogazione referendaria, sia dovuta a reviviscenza, sia ad un intervento del Parlamento (35).

Lo sforzo di precisare gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento conduce Mortati, in questa fase del suo pensiero, ad accettare l'impostazione teorica che « considera la decisione della Corte come costitutiva della cessazione degli effetti della legge *erga omnes* per le fattispecie avvenire, e nello stesso tempo dichiarativa della sua invalidità », con la conseguenza che « tale dichiaratività non può non influenzare i rapporti anteriori non ancora definitivamente coperti dal giudicato, ma li influenza solo in quanto le parti o il giudice d'ufficio facciano valere l'eccezione » (36).

Fra le altre modifiche introdotte in questa seconda edizione del manuale è anche da segnalare l'affermazione dell'estensione

(32) *Id.*, p. 555.

(33) *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 377 ss., ed in *Raccolta*, cit., II, p. 3 ss.

(34) *Istituzioni*, cit., pp. 555-556.

(35) *Id.*, pp. 556-557.

(36) *Id.*, p. 557.

delle impugnazioni di leggi regionali ai vizi diversi dall'incompetenza ⁽³⁷⁾ e l'attenta trattazione dedicata ai problemi dell'Alta Corte per la Regione siciliana ⁽³⁸⁾.

5. *La terza edizione delle « Istituzioni » (1955).*

La terza edizione del manuale ⁽³⁹⁾ contiene poche modifiche al capitolo sulla giustizia costituzionale la maggior parte delle quali sono volte a tenere conto della legge 11 marzo 1953, n. 87, intervenuta successivamente alla pubblicazione della precedente.

Una di queste modifiche riguarda la definizione dell'eccesso di potere legislativo, sopra ricordata, la quale assume ora la seguente formulazione (in corsivo le parole aggiunte, fra parentesi quadre quelle omesse): « Sembra debba escludersi la possibilità di far valere vizi relativi al contrasto fra il motivo che ha ispirato il legislatore a provvedere ed il fine posto dalla Costituzione. *Ciò perché l'obiettivizzazione che la volontà normativa assume, una volta emessa, esclude la possibilità di far valere i motivi da cui i titolari dell'organo legislativo sono stati mossi nell'emetterla.* Solo quindi figure di eccesso di potere diverse da questa potrebbero essere invocate [se configurabili] per la legge; *configurabili esclusivamente sotto la specie della deviazione del fine assunto rispetto a quello posto dalla Costituzione in ordine alla disciplina di una data materia. Rimane tuttavia il dubbio se la tipicità del fine, così segnato dalla Costituzione, non riconduca l'ipotesi a quella della violazione di legge* ». Ed in nota aggiunge: « È da avvertire che, in ogni caso, l'art. 28 l. n. 87 del 1953, secondo cui il sindacato della Corte esclude ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento, non può esercitare alcuna influenza sulla soluzione della questione, esulando ciò dai poteri dell'organo che l'ha emesso » ⁽⁴⁰⁾.

Una breve aggiunta è introdotta anche per prendere posizione circa la sindacabilità delle leggi anteriori da parte della Corte,

⁽³⁷⁾ *Id.*, p. 560.

⁽³⁸⁾ *Id.*, pp. 561-562.

⁽³⁹⁾ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 3^a ediz., Padova, Cedam, 1955.

⁽⁴⁰⁾ *Id.*, p. 646.

spazzando via come « manifestamente infondata » la contraria opinione a sostegno della quale veniva dedotto che « la validità di un atto debba essere valutata alla stregua dell'ordinamento vigente al momento della sua emissione »⁽⁴¹⁾. Tale principio non può valere, egli osserva, per gli atti normativi che debbono « inserirsi armonicamente nel sistema creato dalla nuova Costituzione »⁽⁴²⁾: ed anche questo è un tema che ritroveremo.

Altra modifica è inserita poi per dimostrare meglio la possibilità di reviviscenza della legge abrogata da quella dichiarata incostituzionale, precisandosi tuttavia che il caso è diverso a seconda che sia annullata un'intera legge o singole sue parti⁽⁴³⁾.

Anticipatrice dell'esatta soluzione (raggiunta invero a costo di defatiganti discussioni protrattesi ben oltre misura) è anche la lettura che Mortati immediatamente dette all'art. 30 della legge n. 87, qualificato come « parafrasi » dell'art. 136 della Costituzione e come conforme all'interpretazione accolta dalla « dottrina più autorevole »⁽⁴⁴⁾. Molto drastica, invece, risulta la critica mossa all'art. 27 della legge, del quale egli dice che « esula dalla competenza del legislatore » e che la dichiarazione di illegittimità consequenziale costituisce un semplice « parere » della Corte e quindi « un atto estraneo alle attribuzioni dell'organo »⁽⁴⁵⁾.

Sorprendente è infine un inciso ora inserito per la prima volta nel paragrafo dedicato ad illustrare la portata della VII disp. trans. Cost. per affermare che il controllo materiale di costituzionalità delle leggi era ammesso anche prima dell'entrata in vigore della Costituzione « per effetto della legge 9 dicembre 1928, n. 2693 »⁽⁴⁶⁾; come è noto, questa tesi aveva circolato nella dot-

(41) Sulla questione della sindacabilità delle leggi anteriori da parte della Corte costituzionale egli ritornerà più ampiamente in due note: *Competenza esclusiva della Corte costituzionale a dichiarare l'invalidità delle leggi anteriori alla Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 526 ss., ed in *Raccolta*, cit., III, p. 821 ss., e *Ancora su incostituzionalità e abrogazione*, in *Giur. cost.*, 1959, p. 1 ss., ed in *Raccolta*, cit., III, p. 834 ss.

(42) *Istituzioni*, cit., pp. 646-647.

(43) *Id.* p. 649.

(44) *Ibid.*

(45) *Id.*, p. 650.

(46) *Ibid.* È curioso notare che in un precedente scritto (cit., *supra*, nota 25) la stessa tesi era stata sostenuta con argomenti del tutto diversi.

trina formatasi all'indomani dell'approvazione della legge sul Gran Consiglio del Fascismo, ma generalmente non era stata questa la motivazione addotta nel dopoguerra per riconoscere ai giudici il potere di controllare la costituzionalità delle leggi prima della formazione e dell'inizio del funzionamento della Corte costituzionale.

6. *Articoli e note del periodo 1956-57.*

Press'a poco contemporanei a questa edizione del manuale sono tre articoli che Mortati dedicò alla questione dell'Alta Corte per la Regione siciliana⁽⁴⁷⁾, alla questione della competenza a decidere sull'eccesso dai limiti della delega legislativa⁽⁴⁸⁾ ed alla portata delle decisioni della Corte costituzionale in materia di espropri per riforma fondiaria⁽⁴⁹⁾.

Sul primo tema non è ormai il caso di diffondersi se non per ricordare che nel lungo e penoso dibattito sull'Alta Corte per la Regione siciliana, che impegnò quasi tutti i costituzionalisti italiani e li divise in due schieramenti contrapposti, Mortati fu senza incertezze dalla parte di coloro che escludevano la possibilità di coesistenza delle due corti e difendevano l'unità della giurisdizione costituzionale⁽⁵⁰⁾, in conformità, del resto, a quella che fu poi la decisione della Corte costituzionale.

Sul secondo tema Mortati critica⁽⁵¹⁾ una decisione delle Sezioni unite che avevano affermato la competenza esclusiva della Corte costituzionale a sindacare l'eccesso dei limiti della delega legislativa da parte del Governo-legislatore delegato. Una volta

⁽⁴⁷⁾ *Corte costituzionale e Alta Corte per la Regione siciliana*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 1243 ss., ed in *Raccolta*, cit., III, p. 737 ss.

⁽⁴⁸⁾ *Sulla competenza a giudicare degli eccessi di delega legislativa*, in *Foro it.*, 1956, I, c. 1077 ss., ed in *Raccolta*, cit., III, p. 787 ss.

⁽⁴⁹⁾ *Efficacia delle decisioni di accoglimento in materia di riforma fondiaria*, in *Giur. cost.*, 1957, p. 734 ss., ed in *Raccolta*, cit., III, p. 809 ss.

⁽⁵⁰⁾ Su questo tema Mortati si era soffermato anche in un precedente articolo: *Realtà giuridica e polemica di parte nel dibattito sulla Corte costituzionale siciliana*, in *Cronache sociali*, 1949, n. 1.

⁽⁵¹⁾ Modificando, si direbbe, la posizione assunta in *Istituzioni*, 2ª ediz., p. 553; 3ª ediz., pp. 644-645.

disattesa questa impostazione dalla Corte costituzionale, in una successiva nota egli sostanzialmente accetta la tesi che poi definitivamente prevalse e si sforza di elaborarne una più adeguata ricostruzione sistematica ⁽⁵²⁾.

Sul terzo tema — che attiene ad una seconda fase del dibattito sulle leggi di esproprio per riforma fondiaria sviluppatasi quando, fallito il tentativo di far considerare i decreti delegati come atti amministrativi, si trattava di determinare eventuali particolarità del sindacato che su di essi doveva esercitare la Corte costituzionale — Mortati riesamina l'affermazione, in precedenza ricordata ⁽⁵³⁾, circa le particolarità proprie dei giudizi relativi a leggi-provvedimento ed analizza in particolare quali pronunce possa adottare il giudice *a quo* dinanzi al quale il giudizio sia riassunto dopo la dichiarazione di incostituzionalità. La delicata questione ed altri problemi connessi saranno ulteriormente trattati da Mortati nel libro su *Le leggi provvedimento* ⁽⁵⁴⁾.

7. *La quarta edizione delle « Istituzioni » (1958).*

La quarta edizione del manuale ⁽⁵⁵⁾ è la prima a tenere conto dell'attività della Corte costituzionale, anche se limitatamente ad un numero ancora ristretto di decisioni. A differenza di quanto avveniva nelle precedenti, l'esposizione dell'organizzazione della Corte precede ora l'analisi delle sue funzioni e, prima di quest'ultima, compare un paragrafo, dedicato alle « norme generali di procedura », nel quale peraltro non sono raccolte tutte le questioni di ordine processuale trattate, ma solo alcune; permane invece l'inserimento del paragrafo dedicato alla « giurisdizione costituzionale » nel capitolo intitolato alle « giurisdizioni speciali » (solo con la settima edizione — del 1967 — questo paragrafo diverrà un autonomo capitolo nell'ambito della seconda sezione, dedicata alle « garanzie giurisdizionali », della parte settima, intitolata alle

⁽⁵²⁾ *In tema di competenza e di limiti del sindacato sugli eccessi di delega legislativa*, in *Giur. cost.*, 1957, p. 12 ss., ed in *Raccolta*, cit., III, p. 803 ss.

⁽⁵³⁾ *Supra*, testo e nota 30.

⁽⁵⁴⁾ Citato *infra*, nota 123.

⁽⁵⁵⁾ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 5ª ediz., Padova, Cedam, 1958.

« garanzie del diritto obiettivo »). A partire da questa edizione compaiono altresì note contenenti riferimenti bibliografici non occasionali.

Di fronte alle prime manifestazioni della giurisprudenza in materia di ordinamento del processo costituzionale, Mortati prende subito posizione contro l'esercizio del controllo della rilevanza della questione da parte della Corte, « sembrando — egli osserva — in contrasto con l'esclusività della competenza del giudice di merito in ordine alla valutazione della rilevanza, e risultando d'altra parte che l'art. 23 l. n. 87 esige solo che l'ordinanza di rimessione indichi i motivi che sostengono il giudizio di fondatezza della questione di illegittimità. Sicché è da ritenere — aggiunge — che basti l'attestazione dell'eseguito accertamento della rilevanza⁽⁵⁶⁾. E del pari egli respinge la tesi di Cappelletti secondo cui la delibazione della fondatezza della questione di costituzionalità da parte del giudice *a quo* configurerebbe una scelta discrezionale⁽⁵⁷⁾.

Tra i problemi relativi all'identificazione degli atti sindacabili, egli si sofferma innanzi tutto a respingere la tesi dell'Abbate che aveva sostenuto l'insindacabilità delle disposizioni contenute nella legge n. 87 (della quale Mortati qualifica qui come incostituzionale, in particolare, l'art. 14 che prevede il potere di « autodichia » della Corte)⁽⁵⁸⁾. Con riferimento alle leggi costituzionali la soluzione negativa è ora più sfumata, rispetto alle precedenti edizioni, dato che egli conviene che essa è giustificata più da « considerazioni pratiche » che non da « difficoltà di principio »⁽⁵⁹⁾. Assai rimaneggiata è anche la motivazione della sindacabilità dell'eccesso di delega, con riferimento al quale egli nega la praticabilità della via più facile, consistente nel ravvisare in simili ipotesi una violazione dell'art. 76 Cost., e si avventura in una difficile distinzione (di chiara ispirazione amministrativistica)

⁽⁵⁶⁾ *Id.*, p. 830.

⁽⁵⁷⁾ *Ibid.*

⁽⁵⁸⁾ *Id.*, pp. 831-832. Questa affermazione, tuttavia, non è stata ripetuta nella successiva edizione (cfr. la 5^a, cit. alla nota 73, p. 900), mentre nella 6^a (cit. alla nota 8, p. 873, nota 1) si dice che « la Corte, emanando il regolamento relativo a questa attribuzione, è venuta a precludere, almeno di fatto, l'impugnativa avverso la legge stessa » (cfr. anche p. 1016).

⁽⁵⁹⁾ *Id.*, p. 833.

fra inesistenza del potere delegato e cattivo esercizio del medesimo, la quale giustificerebbe una ripartizione di competenza fra la Corte e gli altri giudici ⁽⁶⁰⁾. Per la prima volta viene inoltre avanzato qualche dubbio circa la correttezza della tesi « dominante » che esclude la sindacabilità dei fatti normativi ⁽⁶¹⁾.

Rielaborato per l'ennesima volta è poi il tormentato passo dedicato alla sindacabilità dell'eccesso di potere legislativo, la cui nuova versione muove ancora una volta dall'enunciazione del problema quale si presenta con riferimento al processo amministrativo per poi aggiungere: « ora nulla esclude che situazioni analoghe si verifichino nell'operato del legislatore volto ad eludere l'applicazione di principi costituzionali sotto l'apparenza di rispettarli. Se il giudice costituzionale potesse desumere dalla contraddizione fra parte e parte dello stesso testo normativo, oppure fra questo e le circostanze di pubblico interesse cui esso si riferisce, l'elusione del fine prescritto, dovrebbe dichiararne l'illegittimità costituzionale sotto la specie della presunzione del contrasto con tale pubblico interesse, e cioè sotto la specie dell'eccesso di potere » ⁽⁶²⁾.

Ritornando quindi alle questioni più specificamente procedurali, Mortati dedica un paragrafo interamente nuovo all'esame della natura dell'ordinanza di rimessione, esprimendo consenso alla tesi, svolta allora da Cappelletti, che vedeva in essa una forma di azione e contro quella, sostenuta invece da Redenti, che la qualificava come una denuncia ⁽⁶³⁾. Mortati non segue però Cappelletti nel qualificare il giudice *a quo* come una parte del processo costituzionale ⁽⁶⁴⁾.

Circa l'efficacia delle decisioni di accoglimento, egli modifica ora esplicitamente la ricostruzione dogmatica accolta nell'edizione precedente e sopra ricordata per richiamarsi ai principi generali sull'efficacia della legge nel tempo che gli appaiono ora sufficienti a pervenire all'esatta soluzione ⁽⁶⁵⁾. A riesame egli sottopone altresì

⁽⁶⁰⁾ *Id.*, pp. 834-835.

⁽⁶¹⁾ *Id.*, p. 835.

⁽⁶²⁾ *Id.*, p. 839.

⁽⁶³⁾ *Id.*, p. 840. Su questo punto però, come vedremo, Mortati cambierà opinione a partire dalla 6ª edizione cit. alla nota 83, pp. 978-979).

⁽⁶⁴⁾ *Ibid.*, nota 2.

⁽⁶⁵⁾ *Id.*, p. 842.

la tesi, precedentemente accolta, della reviviscenza della legge abrogata da quella dichiarata incostituzionale e la soluzione cui ora perviene è essenzialmente problematica, risolvendosi nell'affermazione della necessità di distinguere i diversi casi che possono presentarsi ⁽⁶⁶⁾.

Una nuova e più articolata analisi viene dedicata ai conflitti fra poteri, dei quali viene ipotizzata una casistica abbastanza ricca. In essa è da segnalare la soluzione data all'ipotesi del conflitto fra Governo e Autorità giudiziaria, la quale consiste nel continuare ad osservare la procedura prevista dalla legge del 1877 e nel ritenere il ricorso alla Corte costituzionale eventualmente proponibile contro la decisione delle Sezioni unite prevista da tale legge ⁽⁶⁷⁾.

Con riferimento ai conflitti fra Stato e Regioni, Mortati respinge la tesi di Selvaggi secondo la quale eventuali conflitti di questo tipo sorti davanti ad un giudice diverso dalla Corte e fra parti diverse da quelle legittimate a stare in giudizio dinanzi ad essa potrebbero venir rimessi ad essa da tali giudici in via incidentale ⁽⁶⁸⁾.

Con riferimento ai giudizi sulle accuse, infine, è da segnalare l'accoglimento della tesi che distingue i reati ministeriali dagli altri in base al « movente politico » della condotta che ne integra l'elemento materiale ⁽⁶⁹⁾.

Appartiene a questo periodo anche un saggio in cui nega la utilizzabilità dei regolamenti parlamentari come norme interposte ai fini del controllo di costituzionalità formale delle leggi ⁽⁷⁰⁾ ed una nota sul principio di corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato e sulla sua applicabilità al processo costituzionale, in particolare nei casi di impugnazione di leggi delegate fondate su leggi di delegazione affette da vizi non dedotti con l'atto introduttivo del processo ⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁶⁾ *Id.*, p. 843.

⁽⁶⁷⁾ *Id.*, p. 851.

⁽⁶⁸⁾ *Id.* pp. 853-854.

⁽⁶⁹⁾ *Id.*, pp. 405, 855.

⁽⁷⁰⁾ C. MORTATI, *Efficacia delle norme dei regolamenti parlamentari sulla validità delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 355 ss., ed in *Raccolta*, cit., II, p. 765 ss.

⁽⁷¹⁾ C. MORTATI, *Sulla corrispondenza fra « chiesto e pronunciato » nei*

Coevo è anche l'importante corso di lezioni sulle fonti del diritto ⁽⁷²⁾, nel quale il tema della giustizia costituzionale non viene affrontato direttamente, anche se vengono trattati molti argomenti più o meno strettamente collegati con esso.

8. *La quinta edizione delle « Istituzioni » (1960).*

La quinta edizione del manuale ⁽⁷³⁾, apparsa a soli due anni di distanza dalla precedente e sostanzialmente in concomitanza con l'assunzione da parte di Mortati delle funzioni di giudice costituzionale, contiene un numero di innovazioni assai più limitato di quanto fosse accaduto nelle precedenti occasioni.

Nell'ambito della trattazione del procedimento incidentale viene inserito un brano dedicato a discutere le prime manifestazioni della giurisprudenza in tema di legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità e Mortati prende posizione a favore della legittimazione del giudice investito di affari di volontaria giurisdizione, del giudice dell'impugnazione del lodo arbitrale (ma non degli arbitri) e dell'autorità competente a pronunciarsi sul ricorso straordinario al Capo dello Stato ⁽⁷⁴⁾.

Un ampio brano è introdotto anche per esaminare la questione della sindacabilità degli *interna corporis*, che la Corte aveva affrontato nell'anno precedente in un famoso caso, cui la dottrina aveva dedicato parecchi importanti commenti. Riesaminando le conclusioni cui era pervenuto nel saggio che aveva dedicato a questo argomento alla vigilia della decisione della Corte ⁽⁷⁵⁾, Mortati afferma ora che sarebbe necessario che una legge costituzionale stabilisse quali siano i requisiti procedurali la cui eventuale mancanza possa determinare l'invalidità della legge ⁽⁷⁶⁾.

giudizi di costituzionalità, in *Giur. cost.*, 1959, p. 759 ss., ed in *Raccolta*, cit., III, p. 839 ss.

⁽⁷²⁾ C. MORTATI, *Corso di lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato. Le fonti del diritto*, Roma, Ediz. Ricerche, 1958.

⁽⁷³⁾ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 5ª ediz. Padova, Cedam, 1960.

⁽⁷⁴⁾ *Id.* p. 907.

⁽⁷⁵⁾ Vedi *supra*, nota 70.

⁽⁷⁶⁾ *Id.*, pp. 915-917.

Una terza aggiunta è dedicata al problema delle sentenze « interpretative » che in quegli anni avevano cominciato ad assumere sempre maggiore importanza sul piano giurisprudenziale. In proposito egli non accoglie l'opinione di Montesano, il quale aveva denunciato i vistosi inconvenienti delle sentenze interpretative di rigetto e si era quindi pronunciato contro l'uso di questo strumento processuale, ma conclude affermando che « allorché la formula legislativa sia assai equivoca e le applicazioni che la prassi dà ad essa seguano in prevalenza l'interpretazione ritenuta incostituzionale, la Corte dovrebbe accogliere l'eccezione dichiarando la invalidità del testo al quale essa si riferiva »⁽⁷⁷⁾. L'argomento fu efficacemente sviluppato dal Nostro in una nota ed in un articolo aventi specificamente ad oggetto la questione dell'art. 2 del t.u. l.p.s.⁽⁷⁸⁾.

Infine, interamente nuovo è il paragrafo che per la prima volta viene qui dedicato alle impugnazioni delle leggi regionali per motivi di merito, che l'art. 127 Cost., assegna alla competenza del Parlamento e delle quali Mortati ci offre una delle rare analisi teoriche (mancando, come si sa, ogni esperienza di funzionamento pratico dell'istituto)⁽⁷⁹⁾.

Parimenti nuovo, almeno come stesura e come collocazione, è il paragrafo che ora viene dedicato *ex professo* alla dimostrazione del carattere giurisdizionale dell'attività della Corte; in esso Mortati rigetta la tesi della natura legislativa della funzione svolta dalla Corte in base all'osservazione che « l'elemento da assumere a criterio della distinzione non è l'efficacia ma la destinazione dell'atto, che non è di innovare all'ordinamento (come invece avviene per la legislazione) ma di conservarlo, eliminando le trasgressioni. E poiché questa è la funzione propria della Corte, ed essa è esercitata in forma contenziosa ed in dipendenza della lesione di interessi soggettivi, nessun dubbio può sorgere sulla natura giurisdizionale della competenza in materia. Competenza che dà vita

(77) *Id.*, p. 925.

(78) C. MORTATI, *Effetti pratici delle sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1959, p. 550 ss.; *L'art. 2 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza è conforme alla Costituzione?*, in *Democrazia e diritto*, 1960, n. 1, p. 72 ss.

(79) *Istituzioni*, 5ª ediz., cit., pp. 928-929.

ad una giurisdizione speciale il cui esercizio è affidato ad un organo formato con particolari modalità allo scopo di assicurare quell'indipendenza che è, come si è visto, la caratteristica peculiare del giudice, e che nella specie dev'essere spinta fino al punto da sottrarla ad ogni influenza dei vari poteri costituzionali, visto che ciascuno di essi può assumere veste di parte innanzi alla Corte stessa »⁽⁸⁰⁾.

Precede di poco questa edizione del manuale l'altro importante corso di lezioni, poi riveduto e ripubblicato in forma di vero e proprio manuale di diritto costituzionale comparato, il quale contiene un'approfondita analisi storico-comparativa delle forme di stato e di governo⁽⁸¹⁾. Come nel caso del precedente corso, non mancano anche qui riferimenti all'attività degli organi di giustizia costituzionale, ma nel complesso questo tema resta in secondo piano e non viene tentato un inserimento sistematico di esso nella problematica della forma di stato e di governo.

9. *Il corso di diritto costituzionale italiano e comparato 1959-60.*

Maggiore importanza, ai fini dell'argomento qui in esame, ha però il terzo corso pubblicato da Mortati in forma di dispense e contenente le lezioni dell'anno accademico 1959-60, che fu l'ultimo tenuto da Mortati prima del suo passaggio alla Corte costituzionale, dove rimase fin oltre l'età del pensionamento come professore⁽⁸²⁾. Un'ampia parte di questo corso è infatti dedicata proprio alla giustizia costituzionale, della quale contiene forse la trattazione più sviluppata che Mortati ci abbia lasciato, anche se redatta nella forma propria delle lezioni universitarie sommariamente rivedute. Senza poter qui riferire circa tutti gli argomenti in essa affrontati, ci limiteremo a segnalare talune prese di posizione che appaiono più originali o significative.

⁽⁸⁰⁾ *Id.*, p. 930.

⁽⁸¹⁾ C. MORTATI, *Le forme di governo*, Padova, Cedam, 1973 (la prima edizione litografata fu pubblicata a Roma dalle Edizioni Ricerche nel 1959).

⁽⁸²⁾ C. MORTATI, *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato. La Costituzione dello Stato e le garanzie costituzionali*, Roma, Ed. Ricerche, 1960.

Tra queste è da segnalare innanzi tutto l'analisi dedicata alla disposizione che vieta ai giudici costituzionali di « svolgere una attività inerente ad una associazione o partito politico »⁽⁸³⁾, ma non anche di iscriversi o restare iscritti ad un partito; Mortati esprime perplessità circa l'opportunità di questa formula ambigua, lasciando intendere la sua preferenza per una limitazione più netta, e conclude affermando — alquanto ottimisticamente — che in ogni caso, qualora le attività politiche del giudice dovessero entrare in conflitto con i doveri inerenti alla sua carica, la Corte potrebbe intervenire avvalendosi del suo potere di controllo sulle « gravi mancanze » dei giudici costituzionali, di cui all'art. 3, 2° comma, legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1⁽⁸⁴⁾.

Degna di nota è la critica che Mortati rivolge alla famosa affermazione di Kelsen secondo cui il controllo materiale di costituzionalità delle leggi non costituirebbe altro che una forma particolare di controllo formale, adducendo in contrario l'esistenza di limiti al potere di revisione e l'inapplicabilità della tesi stessa ai casi di controllo giurisdizionale esercitabile *a posteriori* e mettendo in luce i riflessi negativi che siffatta impostazione avrebbe sul problema della sindacabilità delle leggi anteriori⁽⁸⁵⁾.

Ampio esame viene dedicato poi al problema della sindacabilità da parte della Corte dei vari tipi di atti normativi e le osservazioni più interessanti sono qui quelle che riguardano i decreti leggi⁽⁸⁶⁾, i decreti delegati⁽⁸⁷⁾, i regolamenti delegati⁽⁸⁸⁾ — che egli giudica incostituzionali — e le ordinanze prefettizie⁽⁸⁹⁾. Segue un'analisi relativamente ampia dedicata al problema della sindacabilità dei fatti normativi, che si conclude con l'affermazione della soluzione positiva, tanto con riferimento alle consuetudini, quanto alle norme straniere da applicare per effetto di rinvio⁽⁹⁰⁾.

Da segnalare è anche il brano in cui Mortati prende una po-

(83) Art. 8, legge 11 marzo 1953, n. 87.

(84) *Lezioni*, cit., pp. 272-274.

(85) *Id.*, pp. 276-279.

(86) *Id.*, pp. 298-300.

(87) *Id.*, pp. 300-306.

(88) *Id.*, pp. 311-312.

(89) *Id.*, pp. 312-313.

(90) *Id.*, pp. 315-319.

sizione molto netta e argomentata a favore della sindacabilità delle leggi costituzionali ⁽⁹¹⁾.

10. *La sesta edizione delle « Istituzioni » (1962) e gli altri scritti del periodo 1962-64.*

Anche la sesta edizione del manuale ⁽⁹²⁾ seguì a breve intervallo la precedente, ma ciò nondimeno si nota in essa, nella parte che qui viene in considerazione, un accurato lavoro di assestamento, che si traduce in numerosi spostamenti o parziali riscritture del testo ed in un cospicuo arricchimento delle note, volto soprattutto a tenere conto della giurisprudenza e della letteratura in materia di giustizia costituzionale che si venivano facendo sempre più abbondanti.

In questa edizione Mortati muta opinione sulla ricostruzione teorica dell'ordinanza di rimessione, della quale già si è fatto cenno, aderendo ora alla tesi che la configura come una denuncia, anziché come un'azione ⁽⁹³⁾, ed affronta per la prima volta il problema della proponibilità di questioni sollevate dalla stessa Corte in veste di giudice *a quo*, ammettendola esplicitamente anche con riferimento ai giudizi incidentali ⁽⁹⁴⁾. Con riferimento alle decisioni della Corte in materia di espropri per riforma fondiaria, egli ripropone inoltre qui la tesi, già in precedenza formulata ⁽⁹⁵⁾, secondo la quale, in questi casi, si tratterebbe in realtà di un'impugnazione diretta e quindi soggetta all'osservanza di un termine di decadenza ⁽⁹⁶⁾.

Per quanto riguarda l'oggetto del controllo, viene delineandosi sempre più chiaramente la tesi favorevole all'inclusione in esso delle leggi costituzionali ⁽⁹⁷⁾ e dei fatti normativi ⁽⁹⁸⁾, mentre am-

⁽⁹¹⁾ *Id.*, pp. 336-343.

⁽⁹²⁾ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 6ª ediz., Padova, Cedam, 1962.

⁽⁹³⁾ *Id.*, pp. 978-979, da confrontare con la V ediz., pp. 919-920.

⁽⁹⁴⁾ *Id.*, pp. 979-980.

⁽⁹⁵⁾ *Supra*, nota 30.

⁽⁹⁶⁾ *Id.*, p. 981, nota 4.

⁽⁹⁷⁾ *Id.*, pp. 983-984.

⁽⁹⁸⁾ *Id.*, pp. 987-988.

piato e spostato alla fine della trattazione dedicata alla giustizia costituzionale è il paragrafo sulla natura delle funzioni della Corte costituzionale, ove si riafferma con maggiore ricchezza di argomentazioni la tesi — a questo punto, peraltro, pressoché pacifica — della natura giurisdizionale ⁽⁹⁹⁾.

Un più lungo intervallo separa invece la sesta dalla settima edizione ⁽¹⁰⁰⁾, che fu preceduta da alcune fra le più importanti opere monografiche di Mortati riguardanti temi attinenti alla giustizia costituzionale, cioè dal saggio su *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità* ⁽¹⁰¹⁾ e dalle voci *Costituzione dello Stato* e *Diritto costituzionale* dell'*Enciclopedia del diritto* ⁽¹⁰²⁾. A questo stesso periodo appartiene anche la raccolta su *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali* da lui curata ⁽¹⁰³⁾ e contenente una sua ampia prefazione ⁽¹⁰⁴⁾.

Di tali scritti deve qui essere segnalato soprattutto il primo, in cui Mortati sviluppò la tesi — da lui sostenuta senza successo anche all'interno della Corte — secondo la quale dovrebbe ammettersi il controllo della Corte stessa quanto meno su quei regolamenti che, in misura maggiore o minore, innovano il diritto vigente, senza distinguere — nei casi in cui questo controllo sia ammesso — la competenza a controllare i vizi di costituzionalità da quella a controllare i vizi di legittimità ⁽¹⁰⁵⁾.

Del pari strettamente connessa alla sua attività di giudice costituzionale è da considerarsi la pubblicazione del volume sulle opinioni dissenzienti, che costituì un punto di appoggio per l'azione da lui svolta all'interno della Corte a favore dell'introduzione del

⁽⁹⁹⁾ *Id.*, pp. 1017-1019.

⁽¹⁰⁰⁾ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 7ª ediz., Padova, 197.

⁽¹⁰¹⁾ Milano, Giuffrè, 1974.

⁽¹⁰²⁾ La prima inclusa nel volume XI, Milano, Giuffrè, 1962, p. 139 ss., e la seconda nel volume XII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 942 ss.

⁽¹⁰³⁾ Milano, Giuffrè, 1964.

⁽¹⁰⁴⁾ Riprodotta anche nella *Raccolta* cit., III, p. 847 ss. Sullo stesso argomento Mortati scrisse anche la relazione *Considerazioni sul problema dell'introduzione del « dissent » nelle pronunce della Corte costituzionale italiana*, in *La giustizia costituzionale*, a cura di G. MARANINI, Firenze, Vallecchi, 1966, p. 152 ss., ed in *Raccolta*, cit., III, 957 ss., cui fece seguito un intervento nella relativa discussione (*ibid.*, p. 877 ss.).

⁽¹⁰⁵⁾ *Atti con forza di legge ecc.*, cit., p. 121 ss.

dissent, anche in questo caso senza riuscire a convincere la maggioranza dei suoi colleghi.

11. *La settima edizione delle « Istituzioni » (1967).*

Per le ultime tre edizioni del manuale (tutte pubblicate in due volumi) Mortati si avvalse della collaborazione della dott. Vittoriana Carusi, la quale gli consentì di dotarlo di un indice analitico assai ampio ed accurato e di note bibliografiche più complete ed ordinate (in precedenza egli si era avvalso anche di altre collaborazioni, continuate talora anche in seguito, ma in modo non sistematico e talora anzi del tutto occasionale). La settima⁽¹⁰⁶⁾ comportò altresì una certa ristrutturazione dello schema generale in virtù della quale, tra l'altro, la giustizia costituzionale divenne oggetto di un capitolo a sé stante⁽¹⁰⁷⁾.

La trattazione del tema in esame contenuta in questa edizione comprende l'analisi del problema della rinnovazione della Corte alla scadenza del primo dodicennio⁽¹⁰⁸⁾ ed una più ampia indagine — condotta sulla scorta della giurisprudenza della Corte che ormai si andava facendo assai nutrita — sui requisiti di proponibilità delle questioni di legittimità costituzionale (legittimazione del giudice *a quo*, rilevanza, non manifesta infondatezza)⁽¹⁰⁹⁾.

In tema di delimitazione dell'oggetto del processo costituzionale viene ora precisato che alla legge debbono essere equiparati gli atti normativi a carattere unicamerale — e si fa l'esempio delle deliberazioni concernenti inchieste *ex art. 82 Cost.* — e gli atti adottati dalle due camere ma non destinati a fondersi in un unico atto⁽¹¹⁰⁾.

Recependo le conclusioni cui Mortati era pervenuto nella monografia sopra ricordata, egli afferma ora anche nel manuale la sindacabilità dei regolamenti delegati e dei regolamenti indipendenti (oltre che dei bandi militari e di altre « misure » dotate di

⁽¹⁰⁶⁾ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 7ª ediz., Padova, Cedam, 1967.

⁽¹⁰⁷⁾ Come già si è segnalato sopra n. 7.

⁽¹⁰⁸⁾ *Id.*, pp. 1021-1023. La questione, allora molto dibattuta, sarà poi risolta dalla legge cost. 22 novembre 1967, n. 2.

⁽¹⁰⁹⁾ *Id.*, pp. 1034-1037.

⁽¹¹⁰⁾ *Id.*, p. 66. 1041-1042.

analogo rango) ⁽¹¹¹⁾. Implicitamente, analoga soluzione viene adottata anche con riferimento ai regolamenti parlamentari ed a quelli della Corte costituzionale ⁽¹¹²⁾.

Per quanto riguarda i vizi deducibili si afferma ora, modificando l'opinione espressa nella precedente edizione ⁽¹¹³⁾, la possibilità di dedurre non soltanto violazioni della Costituzione, ma anche violazioni di leggi ordinarie le quali pongano condizioni alla propria modificazione, giustificando questa preclusione con la derogabilità della regola sull'abrogazione tacita ⁽¹¹⁴⁾, mentre totalmente rielaborato è il paragrafo dedicato ai vizi sindacabili, in particolare nella parte in cui si afferma la competenza della Corte sulle questioni di costituzionalità formale ⁽¹¹⁵⁾.

In tema di effetti delle decisioni, Mortati nega l'esistenza di una divergenza fra l'art. 30 della legge n. 87 e l'art. 136 Cost., confutando così la tesi a quel tempo sostenuta da una parte della dottrina ⁽¹¹⁶⁾, e, con ampia motivazione, chiarisce il problema degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento, rigettando la tesi limitativa adottata in una famosa pronuncia della Cassazione penale ⁽¹¹⁷⁾. Ma anche il problema delle sentenze di accoglimento « parziali », nelle loro diverse varietà, è esaurientemente messo a fuoco nelle pagine che seguono, insieme con il problema dell'eventuale reviviscenza delle disposizioni abrogate da quelle dichiarate incostituzionali ⁽¹¹⁸⁾, mentre con riferimento ai problemi delle sentenze interpretative di rigetto si antivede il recupero del ruolo essenziale che spetta alla funzione di nomofilachia della Cassazione e si esclude la possibilità che esse esercitino effetti vincolanti ⁽¹¹⁹⁾.

Nella parte dedicata ai giudizi in via principale troviamo ora un attento esame della nozione di « interesse nazionale », che

⁽¹¹¹⁾ *Id.*, pp. 1045-1046.

⁽¹¹²⁾ *Id.*, p. 1046.

⁽¹¹³⁾ *Istituzioni*, 6^a ediz., cit., pp. 612-613.

⁽¹¹⁴⁾ *Istituzioni*, 7^a ediz., cit., p. 1042. Questo passo compare anche nell'8^a ediz., p. 1267, ma è invece soppresso nella 9^a, p. 1397.

⁽¹¹⁵⁾ *Istituzioni*, 7^a ediz., cit., pp. 1048-1049.

⁽¹¹⁶⁾ *Id.*, p. 1054.

⁽¹¹⁷⁾ *Id.*, pp. 1056-1057.

⁽¹¹⁸⁾ *Id.*, pp. 1059-1062.

⁽¹¹⁹⁾ *Id.*, pp. 1062-1066.

avrebbe dovuto costituire un vizio di merito sindacabile dal Parlamento ed invece ha finito spesso per essere utilizzata dalla Corte costituzionale in sede di controllo della legittimità delle leggi regionali ⁽¹²⁰⁾.

In questa edizione appare altresì per la prima volta un paragrafo dedicato all'esame della competenza della Corte in tema di ammissibilità del referendum abrogativo, anche se in essa il problema è trattato prevalentemente *de iure condendo* dato che mancava ancora la legge di attuazione dell'art. 75 Cost. ⁽¹²¹⁾.

12. *L'ottava edizione delle « Istituzioni » (1969) ed altri scritti del periodo 1968-72.*

A distanza di soli due anni segue l'ottava edizione ⁽¹²²⁾, preceduta dalla monografia — dedicata alla memoria di Carlo Espósito — sulle leggi provvedimento ⁽¹²³⁾ e da un saggio molto importante in tema di sindacabilità dei regolamenti anteriori alla Costituzione (e delle leggi che li prevedevano o autorizzavano) ⁽¹²⁴⁾. Nella monografia sulle leggi provvedimento Mortati sviluppò ampiamente la tesi che già abbiamo visto enunciata fin dalla seconda edizione del manuale ⁽¹²⁵⁾ circa l'esistenza di un regime processuale differenziato per il sindacato di costituzionalità delle leggi provvedimento ⁽¹²⁶⁾. L'importanza del volume va molto al di là di quella della specifica tesi e deriva soprattutto dall'attenta ricostruzione della nozione di legge provvedimento e dalla dimostrazione della sua ammissibilità che esso contiene. Ma anche l'analisi

⁽¹²⁰⁾ *Id.*, pp. 1068-1069.

⁽¹²¹⁾ *Id.*, p. 1093.

⁽¹²²⁾ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 8ª ediz., Padova, Cedam, 1969.

⁽¹²³⁾ C. MORTATI, *Le leggi provvedimenti*, Milano, Giuffrè, 1968.

⁽¹²⁴⁾ C. MORTATI, *Contenuto e forma nella qualificazione e nel trattamento degli atti normativi (a proposito dei regolamenti « liberi » posteriori ed anteriori alla Costituzione)*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1970, p. 3 ss. ed in *Raccolta*, cit., II, p. 783 ss.

⁽¹²⁵⁾ *Supra*, testo e nota 30.

⁽¹²⁶⁾ Il capitolo in cui tratta specificamente questo problema fu pubblicato anche separatamente negli *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milano, Giuffrè, 1967.

del risvolto processuale (ancorché strumentale ad una conclusione discutibile) offre a Mortati l'occasione di mettere in luce aspetti importanti, come soprattutto nel paragrafo dedicato ai poteri istruttori della Corte⁽¹²⁷⁾ ed in quello in cui ritorna ancora una volta sull'eccesso di potere legislativo⁽¹²⁸⁾.

Nell'edizione del 1969 delle *Istituzioni* è trattato per la prima volta con una certa ampiezza il problema della giustificazione del potere regolamentare della Corte, attribuendosi carattere relativo alla riserva di legge di cui all'art. 137 Cost., e fondandosi l'attribuzione del potere regolamentare sull'esigenza di assicurare l'indipendenza-imparzialità della Corte⁽¹²⁹⁾ ed è ulteriormente arricchita l'analisi dei presupposti dell'ordinanza di rimessione, con particolare riferimento ai problemi della legittimazione del giudice *a quo*⁽¹³⁰⁾ e della rilevanza della questione⁽¹³¹⁾. Nuovo è invece il paragrafo dedicato al problema della configurabilità di « provvedimenti cautelari » della Corte (nei giudizi incidentali), cui ritiene di dare risposta positiva, contro l'opinione dominante, sulla base dell'applicabilità al processo costituzionale dell'art. 39 t.u. leggi sul Cons. Stato⁽¹³²⁾ ed assai ampliata è la trattazione del problema del controllo delle leggi delegate, che in quel periodo aveva costituito oggetto di vari interventi della dottrina⁽¹³³⁾, e di quello del controllo dei decreti legge e delle relative leggi di conversione⁽¹³⁴⁾. Nel paragrafo sulla sindacabilità dei regolamenti, infine, viene inserito un brano per dar conto del dibattito sulla sindacabilità dei regolamenti anteriori cui Mortati aveva partecipato con il saggio sopra ricordato⁽¹³⁵⁾.

Molto più diffusa è in questa edizione anche l'analisi dei vari tipi di decisioni della Corte⁽¹³⁶⁾, affermandosi esplicitamente il

(127) *Le leggi provvedimento*, cit., p. 184 ss.

(128) *Id.*, p. 195 ss.

(129) *Istituzioni*, 8ª ediz., cit., pp. 1245-1246, nota 1.

(130) *Id.*, p. 1257, nota 3.

(131) *Id.*, pp. 1258-1259.

(132) *Id.*, pp. 1261-1262.

(133) *Id.*, pp. 1268-1270.

(134) *Id.*, pp. 1270-1271.

(135) *Id.*, pp. 1273-1274.

(136) *Id.*, pp. 1290-1294.

carattere « creativo » delle sentenze aggiuntive o sostitutive⁽¹³⁷⁾. Da segnalare anche un nuovo paragrafo dedicato al problema dei riflessi sul processo costituzionale delle modificazioni della situazione di fatto o di diritto intervenuta nel corso di esso⁽¹³⁸⁾.

Può dirsi che, con questa ottava edizione delle *Istituzioni*, la trattazione dedicata da Mortati alla giustizia costituzionale aveva raggiunto la completezza e l'analiticità di un'opera *ad hoc* ed infatti l'*Appendice* pubblicata nel 1972 in attesa della nuova edizione⁽¹³⁹⁾ si occupa delle competenze della Corte quasi esclusivamente nel capitolo dedicato all'esame della legge del 1970 sui referendum, che aveva finalmente disciplinato anche il controllo della Corte costituzionale sull'ammissibilità del referendum abrogativo.

Al periodo che ha preceduto la pubblicazione della nona edizione appartengono due importanti saggi di Mortati attinenti alla materia in esame, il primo dei quali è il famoso studio dedicato ai rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore⁽¹⁴⁰⁾, mentre il secondo si occupa degli effetti delle decisioni della Corte costituzionale⁽¹⁴¹⁾.

13. La nona edizione delle « Istituzioni » (1975-76).

La nona edizione⁽¹⁴²⁾ del manuale, pubblicata poco tempo prima dell'insorgere della malattia che — parecchio tempo prima della sua scomparsa — impedì a Mortati di proseguire la sua at-

⁽¹³⁷⁾ *Id.*, p. 1291.

⁽¹³⁸⁾ *Id.*, pp. 1301-1302.

⁽¹³⁹⁾ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico. Tomo II. Appendice*, Padova, Cedam, 1972.

⁽¹⁴⁰⁾ C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1970, V, c. 153 ss., ed in *Raccolta*, cit., III, p. 923 ss.

⁽¹⁴¹⁾ C. MORTATI, *Sull'efficacia delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Atti del colloquio sul tema: Il controllo delle leggi e degli atti amministrativi in Italia e in Polonia*, promosso dall'Accademia Nazionale dei Lincei in collaborazione con l'Università di Varsavia (Roma, 15-16 marzo 1972), Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1973.

⁽¹⁴²⁾ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9ª ediz., Padova, Cedam, I, 1975; II, 1976.

tività (la quale era continuata indefessamente anche dopo la cessazione del mandato di giudice costituzionale ed il pensionamento come professore universitario), rappresenta una sintesi del pensiero di questo studioso quale non molti uomini di scienza hanno avuto l'opportunità di lasciare.

Rispetto alla precedente edizione, tuttavia, le innovazioni non sono profonde e nella maggior parte dei casi consistono in semplici aggiornamenti bibliografici o giurisprudenziali. Fra le rare aggiunte di una certa entità è da segnalare il paragrafo dedicato ad illustrare come oggetto del giudizio di costituzionalità siano le « norme » piuttosto che le « disposizioni » da cui esse sono ricavate⁽¹⁴³⁾ ed un brano inserito nel paragrafo finale sulla natura delle funzioni della Corte costituzionale e nel quale viene sottolineata l'importanza della funzione « creatrice » della giurisprudenza costituzionale⁽¹⁴⁴⁾.

A conclusione di quest'ultimo brano, che costituisce probabilmente uno degli scritti più significativi che Mortati ci ha lasciato, egli così si esprime: « ... si tratta di determinare se ed in che senso si renda possibile affermare l'esistenza di un ' ruolo politico ' della Corte, o ammettere un suo concorso alla determinazione dell'indirizzo politico, facendola considerare parte del sistema politico o suo sottosistema, senza contraddire quanto si è detto prima sul suo carattere giurisdizionale. Mentre si deve ribadire che la Corte non è organo di decisione politica, è tuttavia da ammettere una propria influenza sull'indirizzo politico, dato il suo potere di arrestare quegli svolgimenti del medesimo contrastanti con i valori costituzionali di cui essa è custode. In ciò conformandosi alla funzione propria del giudice di reintegrare l'armonia del sistema quando risulti compromessa dall'attività o inattività del legislatore. Ma impropriamente si può parlare di un suo ruolo di supplenza del medesimo, dato che il compito affidatole non è attivo bensì solo correttivo delle inadempienze in cui sia incorso. Se più appariscente è l'influenza esercitata sull'indirizzo rispetto alle altre pronunce giurisdizionali ciò avviene in ragione della materia oggetto del giudizio, nonché della concentrazione di questo

⁽¹⁴³⁾ *Id.*, pp. 1426-1427.

⁽¹⁴⁴⁾ *Id.*, pp. 1473-1474.

in un solo organo. Politico è il risultato cui perviene la Corte nell'assolvimento del proprio compito, in quanto arresta gli svolgimenti dell'indirizzo, se contrastanti con la Costituzione, o dichiara quali comportamenti siano necessari a svolgerne i precetti; con diversa efficacia secondo che le pronunce siano direttamente operative o richiedano ulteriori svolgimenti ad opera del legislatore »⁽¹⁴⁵⁾.

14. Osservazioni conclusive.

L'analisi degli scritti di Mortati in tema di giustizia costituzionale che è stata condotta nei paragrafi precedenti implica anche una valutazione dell'opera da lui svolta in questo campo (ad integrare la rassegna della quale occorrerebbe peraltro poter passare in rassegna il lavoro da lui svolto fra il 1960 ed il 1972 nella sua qualità di giudice costituzionale, il che purtroppo è possibile soltanto in minima misura⁽¹⁴⁶⁾). Da questa analisi risulta infatti come Mortati abbia affrontato i problemi derivanti dall'istituzione della Corte costituzionale e dall'inizio della sua attività via via che essi si presentavano, senza particolari condizionamenti derivanti da impostazioni teoriche precostituite; ciò spiega le incertezze ed i cambiamenti di opinione, ma in ciò sta anche una ragione della grande influenza svolta dalla sua opera, che ha costituito e costituisce un punto di riferimento essenziale per gli studiosi e per i pratici fin dal primo momento in cui la Corte costituzionale ha cominciato a funzionare.

L'idea che Mortati sostenne fin dal principio, che la Corte fosse un giudice e dovesse operare come un giudice, non gli ha impedito di apprezzare tutte quelle particolarità del processo costituzionale che fanno di esso un'attività di grande rilevanza politica e di mettere in evidenza i riflessi politici di questa attività tutte le volte in cui ciò appariva necessario od opportuno. Ma

⁽¹⁴⁵⁾ *Id.*, pp. 1474-1475.

⁽¹⁴⁶⁾ Per un tentativo in tal senso v. tuttavia V. CARUSI, A. PIZZORUSSO, *Mortati e la Corte costituzionale*, in corso di pubblicazione negli Atti del convegno su « Costantino Mortati, costituzionalista calabrese » svoltosi a Catanzaro nei giorni 21-22 ottobre 1988.

nel tracciare gli orientamenti da seguire per conservare alla Corte una posizione che ne valorizzasse pienamente il ruolo, Mortati non ha mai tralasciato di tenere conto anche di tutti quegli ostacoli che avrebbero potuto derivare dalla collisione del nuovo istituto con i principi giuridici che si erano formati nell'ambito della tradizione anteriore. Grazie a questa prudenza di apprezzamento, la sua costruzione della giustizia costituzionale, quale risulta dalle nove edizioni delle *Istituzioni* e dalle altre opere che sono state sopra ricordate, si è gradualmente riversata nella giurisprudenza e nella prassi della Corte, ben più ampiamente di quanto sia dovuto alla presenza di Mortati alla Consulta nel corso del suo dodicennio, e ben può dirsi che per molti aspetti la Corte è oggi quella che lui ha disegnato e delimitato.

PIETRO RESCIGNO

L'AUTONOMIA DELLE FORMAZIONI SOCIALI

1. Il capitolo delle *Istituzioni* e gli scritti estranei al manuale: una proposta di rilettura. — 2. Le nozioni di formazione sociale e di comunità intermedia; le c.d. comunità 'ideali'. — 3. Le minoranze linguistiche. — 4. La comunità familiare. — 5. Le formazioni religiose diverse dalla cattolica. — 6. La scuola. — 7. La 'comunità del lavoro'. L'organizzazione sindacale. Contrattazione collettiva e sciopero. — 8. Il moralismo di Mortati e la severità del suo giudizio.

1. 'L'autonomia delle formazioni sociali', nelle *Istituzioni di diritto pubblico* di Mortati, è materia che cresce di edizione in edizione: il numero delle pagine, dalle sedici della seconda, giunge alle sessantatrè della nona edizione; a partire dalla quarta diviene capitolo a sé, mentre nelle precedenti aveva appartenuto al capitolo su 'L'organizzazione dello Stato-comunità'. Questa ricerca è condotta sui temi che la trattazione comprende sin dagli inizi, e su quelli che mano a mano acquisisce, respinge, ridimensiona: viene seguito così, in una parte significativa, il cammino dell'opera. Accanto ad ogni citazione il primo numero si riferisce all'edizione, il secondo alla pagina. Per comodità del lettore ricordo qui l'anno delle varie edizioni: 2, 1952; 3, 1955; 4, 1958; 5, 1960, 6, 1962; 7, 1967; 8, 1969; 9, 1976. La prima edizione, apparsa nel 1949, si ferma, come è noto, alla ricognizione degli istituti che riassumiamo nello Stato-apparato; le rimangono perciò estranee le formazioni sociali.

Il pensiero di M. nella particolare materia dovrebbe in verità essere ricostruito, da chi abbia propositi di completezza, anche da altre fonti. Nella *Raccolta di scritti* (1972) curata dalla Facoltà romana di scienze politiche il terzo volume raccoglie sotto il titolo 'L'autonomia dei soggetti e delle formazioni sociali', tra gli altri, i saggi largamente conosciuti di M. sui partiti politici (1950,

1957), su sindacati e partiti (1952), sul lavoro (1953, 1954, 1955, dove largo spazio è dedicato all'organizzazione sindacale). Ma il capitolo delle *Istituzioni*, nel costante arricchirsi dei contenuti e delle digressioni, sembra 'osservatorio' che meglio si presta, nel segno della continuità, dei progressi notevoli e di qualche incrinatura, a seguire l'itinerario intellettuale di M., e non solamente in ragione dell'arco di tempo, un quarto di secolo, che la lettura consente di abbracciare.

Dei temi che si sono ora menzionati, riprendendoli dalla *Raccolta di scritti*, quello dei partiti politici, d'altra parte, non si ritrova nel capitolo delle *Istituzioni* sulle formazioni sociali: l'omissione, col rinvio ad altro luogo del libro, è giustificata da M., come si vedrà, sulla base di un criterio formale che opera in senso riduttivo della 'categoria', o meglio dell'esame nella specifica sede. Lo sviluppo della *Istituzioni* vede però M. attento al fenomeno della 'politicizzazione' progressiva dei sindacati, ed interessato alle misure idonee ad attenuare il processo di contaminazione e la perdita di identità.

Non aggiunge molto, alla ricostruzione del pensiero di M. sull'argomento, il contributo che M. acconsentì a dare per divulgarne la conoscenza attraverso il mezzo radiofonico, nel corso di lezioni tenuto per 'classe unica', apprezzabile trasmissione di quegli anni (il libriccino, *La persona lo Stato e le comunità intermedie* apparve nel 1959, una seconda edizione nel 1971). Certamente l'esperienza fu affrontata dal nostro costituzionalista con serietà e simpatia, ma M. rispettò le esigenze di elementare semplicità, che si chiedevano ad un discorso non indirizzato a 'specialisti', e nemmeno a giovani studenti di diritto.

Una segnalazione può utilmente farsi, dalla 'sistematica' adottata nel volumetto (se può usarsi un termine così impegnativo come 'sistema' a proposito dell'indice di un corso tenuto alla radio): nel quadro delle 'comunità intermedie' (il termine è da M. qui preferito all'espressione 'formazioni sociali' abitualmente adottata nelle *Istituzioni*) vengono collocate sia le « associazioni costituite su base volontaria », sia le « comunità a base istituzionale », che sono in sostanza le « comunità territoriali » (e tra esse spiccato carattere di originale novità viene riconosciuto alle regioni). I criteri 'formali', che nelle *Istituzioni* escludono i par-

titi politici dal capitolo delle ' formazioni sociali ', ne lasciano fuori anche il decentramento amministrativo e gli enti territoriali, che M. sul piano concettuale rivendica alla categoria delle ' comunità intermedie '; nel corso radiofonico la semplificazione del disegno costruttivo consente a M. di trattarne. Anche per le « associazioni costituite su base volontaria » si compie, rispetto alle *Istituzioni*, un allargamento di prospettiva. La rapidissima rassegna tocca la comunità familiare, la comunità di lavoro, le comunità religiose, le associazioni culturali: qui, senza insistere sulle palesi improprietà di linguaggio (a cominciare dalla parola « associazioni » che mal si adatta a tutte, o a molte delle realtà considerate), vuol mettersi in luce la presenza, nella pagine sulle confessioni religiose, della Chiesa cattolica, mentre nelle *Istituzioni* un criterio formalistico nella distribuzione delle materie (e, prima ancora, nel tracciarne i confini) colloca solamente i culti diversi dalla confessione cattolica nel capitolo delle formazioni sociali.

Col ricordare l'indice del ' corso ' tenuto per l'udienza, indefinita e sfuggente, del pubblico radiofonico, si è già data indiretta notizia dei fenomeni che il capitolo delle *Istituzioni* riconduce al comune denominatore delle ' formazioni sociali '. L'elenco completo, secondo un ordine che conoscerà variazioni solamente per ciò che riguarda il posto delle minoranze linguistiche, comprende la famiglia, le formazioni a carattere religioso, la comunità scolastica, i sindacati, i gruppi alloglotti.

2. Converrà vedere ora da vicino, prima di passare all'esame analitico delle singole formazioni, la nozione che in termini generali M. ne accoglie, ed i criteri selettivi che egli adotta per inserirle, o al contrario per emargarle, nel discorso sullo Stato-comunità. È superfluo rammentare che la base ' positiva ' del concetto e della ricognizione è la norma costituzionale (l'art. 2) che « riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità ». Nella norma sulla funzione di promuovere e sviluppare la persona cade l'accento, e perciò in quella finalità risiedono la ragione ed il limite della garanzia.

Le letture della norma costituzionale, nel punto relativo alle comunità intermedie, non sono uniformi, come sa bene chiunque

abbia conoscenza anche superficiale della nostra dottrina; il divario di opinioni si manifesta già nel cogliere il significato da attribuire all'istanza pluralista nella previsione della Carta fondamentale. Che preminente valore debba darsi alla garanzia apprestata al pluralismo, o che in primo piano debbano invece collocarsi i diritti inviolabili da riconoscere al singolo, anche nell'ambito dei gruppi oltre che nei confronti dello Stato, sono state e rimangono le due principali chiavi di lettura, spesso contrapposte, talvolta presentate in termini concilianti.

A determinare l'uso dell'una o dell'altra chiave di lettura è decisiva l'ideologia dell'interprete, e perciò anche una ricerca su un giurista della levatura morale ed intellettuale di M. si risolve in una riflessione sulla sua ideologia, ricostruita naturalmente senza negare le incertezze e le contraddizioni che nella particolare materia finiscono per segnare l'itinerario di pensiero di ogni giurista. Altre ragioni, come la diversa vocazione del giuspubblicista e del privatista nel capire e nell'ordinare i fenomeni, sono meno attendibili, pur se non debbono svalutarsi l'incidenza ed il peso della educazione ricevuta, dei modi di ragionare, delle abitudini acquisite attorno alla divisione che tuttora separa i cultori del diritto pubblico e del diritto privato nell'esperienza giuridica.

La 'categoria' delle formazioni sociali viene assunta da M. in un'accezione notevolmente ampia che non esaurisce le 'comunità intermedie' (per usare la collaudata espressione, in lui la meno frequente) in quelle di origine volontaria, o consensuale (dove l'elemento volontario gioca, con differenti gradazioni, nel momento costitutivo, nell'adesione individuale, nel configurare i vincoli di appartenenza, nel possibile distacco del singolo dal gruppo). L'insistenza sulla fonte consensuale, alla base e nella vita delle 'società intermedie', induce a collocarvi la famiglia, le chiese, i partiti politici, i sindacati, in una visuale allargata anche l'organizzazione mutualistico-cooperativa; ed ammonisce a non andare oltre quei fatti. In essi è possibile cogliere le 'forme' storiche ed i 'tipi' costituzionali in cui il giurista (il giusprivatista in maniera ancora più agevole) ravvisa quella funzione di 'svolgimento' della persona che l'art. 2 della Carta propone come corretto criterio per la selezione e la cernita, in un'area più vasta che potrebbe abbracciare ogni ipotesi di organizzazione collettiva di interessi umani.

Mortati, come si diceva, adotta una prospettiva più larga; inevitabilmente la quantità dei fenomeni contemplati va a scapito del contenuto comune che ne risulta impoverito, quando non diventa impossibile scoprirlo. Nel disegno di M., accanto alle formazioni volontarie (nel caso della famiglia dotate del non incompatibile carattere della 'naturalità'), entrano le formazioni a base 'istituzionale', e tra esse gli enti territoriali ricevono una particolare evidenza. Ma l'ampiezza di prospettiva non porta a trasferire nel capitolo sulle formazioni sociali tutti i fenomeni che alla stregua del criterio dovrebbero rientrarvi.

Mortati ne esclude fatti organizzativi che pur corrispondono alla più restrittiva nozione fondata sulla struttura consensuale e sulla funzione dello svolgimento della persona; li esclude quando la 'valenza' costituzionale del ruolo (e del regime) ad essi riservato ne richiede (e non si tratta solamente di partizioni scolastiche) una trattazione a sé. È quanto accade nelle *Istituzioni* ai partiti politici ed alla chiesa cattolica. Una giustificazione dell'assenza dei partiti viene data (6, 893 s.) quando, delle formazioni che verranno considerate, si dice che « o si muovono nell'ambito del diritto privato, o non hanno funzioni direttamente politiche, come avviene per i partiti i quali, appunto per tale carattere, sono stati oggetto di precedente trattazione » (ma nella nona edizione, quando dei 'corpi intermedi' si dice che tutti « concorrono in ultimo alla formazione della volontà comune », per i partiti la qualifica sembra a M. ancora « più propria », poiché ad essi « spetta il compito specifico di immettere negli organi di indirizzo politico gli orientamenti » di cui sono portatori: 9, 1159). Il discorso sulle formazioni a carattere religioso, dal canto suo, si limita ai culti acattolici, ed i rapporti tra stato e chiesa cattolica sono rinviati al « capitolo dedicato ... alle relazioni di natura paritaria fra entità indipendenti l'una dall'altra », per il fatto che la chiesa cattolica è un ordinamento sovrano (2, 495).

L'elenco delle formazioni sociali del 'capitolo' di M. è dunque all'inizio, e non subisce mutamenti nel succedersi delle edizioni, il seguente: la famiglia; le minoranze linguistiche; le formazioni a carattere religioso (limitatamente, come si è detto, ai culti acattolici); la scuola; la comunità di lavoro. A partire dalla settima edizione (anche in ragione dei 'titoletti' che vengono aggiunti al-

l'interno del capitolo) l'ordinamento della scuola diviene quello della ' comunità scolastica ' ; nella stessa edizione le minoranze linguistiche vengono ' spostate ' a chiusura del capitolo e divengono le ' comunità alloglotte ' . La parola ' comunità ' , di uso misurato e discreto nel precedente linguaggio di M. , acquista dunque un tono insistente, diventa anzi il termine comune ai vari fenomeni studiati (anche le formazioni a carattere religioso sono ora presentate come le ' comunità religiose ').

Almeno due osservazioni si rendono necessarie, nel tracciare l'itinerario di M. negli elementi costanti ed in quelli che cambiano lungo la via. Il discorso sulle formazioni sociali (che sono quelle dell'art. 2 della Costituzione, come lo stesso M. avverte) muove da una premessa (che si allarga in proporzione al crescere del capitolo) sulla generale libertà associativa, e dunque sull'art. 18 della Costituzione, senza che M. provveda a sottolineare la specificità del ' riconoscimento ' e della ' garanzia ' dell'art. 2, e quindi dei fenomeni che la norma è destinata a coprire. Quando M. si volge a considerare i gruppi assistiti da quella garanzia, non solamente ascrive alla categoria gli enti a base istituzionale (in primo luogo, le autonomie degli enti territoriali), ma introduce un concetto di ' comunità ' in cui si scoprono consistenti margini di artificio o di arbitrio. In breve, ci si rende conto che il discorso di M. da un verso svaluta la distinzione tra associazione e comunità, dall'altro assume una nozione di ' comunità ' riferibile, oltre che all'esercizio di autonomie collettive, a situazioni di conflitto d'interessi.

Quanto alla libertà di associazione, Mortati spiega le ragioni per cui occorre occuparsene nel parlare delle formazioni: « è necessario rendersi conto della disciplina dettata dalla costituzione in ordine all'esercizio del diritto posto alla base delle medesime perché le promuove » (8, 1159). La ragione, in verità, non sembra persuasiva, ed in ogni caso non appare idonea a giustificare una trattazione che dall'iniziale, rapidissimo accenno alle associazioni vietate, le paramilitari e le segrete, giunge ad occuparsi sempre più diffusamente delle differenze tra le libertà di riunione e di associazione, della libertà ' negativa ' di associarsi e dell'appartenenza ' coattiva ' , della parità dei gruppi dinanzi alla legge, della posizione del singolo nell'associazione.

Sull'ultimo punto, che certamente appartiene ai temi più delicati del pluralismo, l'ideologia di M. è orientata ad accrescere le garanzie individuali all'interno del gruppo (la sua lettura dell'art. 2 Cost. è perciò nel senso che i 'diritti inviolabili' siano tutelati anche in quell'ambito). La vocazione manifestata non è tuttavia rigidamente statalista, perché per i gruppi « caratterizzati da una naturale differenziazione di posizione fra i membri (la famiglia, la scuola) » sembra a Mortati eventualmente necessario un intervento protettivo dei soggetti più deboli, mentre per i gruppi di meno rigida composizione « la tutela del singolo appare realizzabile attraverso la libertà di scelta del gruppo che lasci maggiori margini all'autonomia di svolgimento della persona » (9, 1162), dove parrebbe rimessa alle capacità di discernere dell'individuo, già nel momento in cui aderisce, l'effettività delle tutele. L'attitudine 'statalista' fa capo, semmai, nella dichiarata insufficienza del « ricorso alle norme sulle associazioni non riconosciute, di cui all'art. 36, c.c., dovendosi avere riguardo alla diversità dei modi di formazione e delle strutture di ciascuna categoria » (*ivi*).

L'ampiezza di prospettiva, nella pagina di M., viene spiegata sul piano della esegesi dell'art. 2 Cost., quando del termine 'formazione sociale' si dice (8, 1050 s.) che « è adoperato dall'art. 2 in senso comprensivo di tutte le entità superindividuali a base associativa, volontaria o necessaria (come gli enti pubblici), o con elementi comuni alle une ed alle altre (come la famiglia), corporative o istituzionali, provviste o mancanti di personalità giuridica » (la definizione si stempera, e se ne attenua la rigidità, nell'ultima edizione).

La nozione così delineata dilata inesorabilmente la categoria, poiché vi riconduce o tende a ricondurvi l'intera realtà dei fenomeni associativi, compresi quelli meramente leciti; ed ancor più l'accresce quando vi inserisce gli enti pubblici territoriali, dal comune alla regione. Sull'ultimo punto la contraria opinione dell'autore di questa ricerca è severamente censurata da Mortati: ispirata al programma di negare alle 'formazioni sociali' garantite un compito di mediazione rispetto allo Stato; « essa riflette un tipo di concezioni antistataliste, proprie di una tradizione di pensiero cattolico, che in Italia ha operato come uno dei fattori della diseducazione civica del nostro popolo, e che non è compatibile con una

struttura statale democratica » (7, 918 s., nota 2; 8, 1050 s., nota 2; la 'nota' scompare nella nona edizione).

Se il parlare di ogni associazione, ad esclusione delle segrete e delle paramilitari, e l'accogliere nella nozione gli enti pubblici diluisce la nozione di 'formazione sociale' dell'art. 2, sino a compromettere le ragioni storiche e le note qualificanti della 'categoria', la specifica terminologia della 'comunità', che parrebbe destinata a rettificare ed a restringere il disegno, rivela dal canto suo ombre di incertezza e di ambiguità. Esse si addensano quando viene da M. proposta l'immagine di talune comunità 'ideali', come gli appare la scuola con i suoi ordinamenti, ed ancor più quando il tema dei sindacati (che in M., come accade a chiunque affronti i problemi dell'organizzazione professionale, si traduce nella prevalente attenzione prestata ai sindacati operai) viene inserito — già dalla seconda edizione, con un'espressione che rimarrà immutata — in una indefinita e sfuggente 'comunità di lavoro'.

La scoperta di 'comunità ideali' è suggerita a Mortati dalla scuola; la scuola sembra anzi esaurire la categoria delle « entità complesse, formate da istituti di varia natura che, in quanto si rivolgono alle stesse finalità e risultano assoggettate a norme comuni, possono essere raffigurati, anche se non siano legati da rapporti associativi, come elementi di una comunità ideale » (9, 1159). Le pagine sull'ordinamento scolastico ed il largo spazio dedicato alla scuola privata (la parola 'comunità', come si disse, appare solo nella settima edizione) convincono però l'attento lettore che, al di là delle parole, nella materia gli aspetti istituzionali nettamente prevalgono, anche se la garanzia dell'istituzione privata può apparire coerente corollario della libertà della famiglia e dell'autonomia dei genitori nell'assolvere il dovere di educare. Ne è persuaso, in definitiva, lo stesso M. nel ricorrere al vago carattere 'ideale' della comunità; ne rimane persuaso quando registra e commenta le novità del sistema in termini di 'partecipazione' democratica dei genitori e degli alunni, novità che a quel tempo si annunciavano promettenti ma sono state assai deludenti nei risultati.

Più carica di ambigui significati appare, in confronto della 'comunità ideale' della scuola, la 'comunità del lavoro', almeno secondo il modo in cui appare definita nella seconda e terza edizione (2, 498; 3, 592), dove si parla di « comunità del lavoro, ri-

volto alla produzione, la quale trova la sua espressione più significativa nell'organizzazione sindacale ». L'inciso « rivolto alla produzione », in una formula che per il resto non cambia, scompare dalla quarta edizione in avanti (4, 753). Verosimilmente M., immune dal dubbio che potesse avvertirsi l'eco di formule tedesche degli anni più oscuri, sente il pericolo che si insinui, nel richiamo alle esigenze ed alle finalità della produzione, una stanca reminiscenza dell'ideologia corporativa (che egli criticamente ricorda e stigmatizza a proposito della libertà sindacale). L'aspetto singolare dell'evocazione di un'idea 'comunitaria' dell'azienda dove il lavoro viene prestato, opportunamente liberata da scorie verbali di stampo corporativo, è che M. non rivolge la sua attenzione, nella sede in cui sarebbe stato ragionevole attendersi qualche sviluppo delle tesi 'comunitarie', alle previsioni costituzionali su cui poteva innestarsi un principio di discorso. Nella seconda edizione (2, 504 s.), in verità, una pagina è dedicata agli artt. 46 e 45 della costituzione; ma essa — ed è sulla soppressione che conviene insistere — non appare nelle edizioni successive, e quindi non si ritrova accenno alcuno ai temi della cogestione e (a proposito del lavoro non salariato e del movimento cooperativo) dell'autogestione, per usare i due termini divenuti correnti alla luce di esperienze storiche più o meno felici che Mortati conosceva ed era sicuramente in grado di valutare.

3. Delle minoranze linguistiche (che poi diverranno, nella pagina di M., le comunità alloglotte) si è detto che la collocazione, col tempo, viene mutata: sino alla sesta edizione sono considerate dopo la famiglia e prima delle formazioni religiose, a partire dalla settima chiudono il capitolo. Lo svolgimento rimane assai breve: nella quarta edizione, mentre ribadisce che la garanzia è spontanea concessione del costituente, in mancanza di obblighi derivanti dal trattato di pace, M. richiama per il Trentino-Alto Adige l'accordo De Gasperi-Gruber; nell'ottava (8, 1100 nota 2) dal calabrese M. si inserisce la menzione dei gruppi albanesi della sua regione di origine.

Dalla settima edizione, intanto, non solamente diviene più ampio il discorso: si chiarisce, prima ancora, il senso della definizione come formazione sociale della minoranza, poiché la tutela

« consente appunto ai suoi componenti quel pieno svolgimento della loro personalità che altrimenti potrebbe riuscire compromesso dalla mancata padronanza della lingua ufficiale del paese, o comunque dalla difficoltà di mantenere la tradizione linguistica propria » (7, 956), più avanti (7, 957) sottolineandosi « come nelle zone mistilingui il rispetto dell'uso delle lingue parlate dalle minoranze non deve essere indirizzato ad ostacolare la reciproca conoscenza e comunicabilità..., ma invece a facilitarla ».

4. Col trascorrere delle edizioni cresce in misura cospicua lo spazio dedicato alla famiglia; ed è agevole comprendere i motivi di una sensibilità sempre più penetrante, in un arco di tempo che vede le incertezze e le fughe della Corte costituzionale degli inizi, gli interventi legislativi prima timidi e più tardi profondamente innovativi (dalla legge sul divorzio alla riforma del diritto familiare), le mutate abitudini e reazioni del costume individuale e dell'ambiente sociale (in 8, 1063 M. parlerà di 'famiglia naturale' con particolare riguardo alla filiazione fuori del matrimonio, ed in 9, 1174 sul tema innesterà un rapidissimo riferimento alla 'famiglia di fatto').

Le posizioni di M. sono sinceramente progressiste in talune materie come la parità dei coniugi; più prudenti su altri problemi, dove le tesi 'tecniche' vengono tuttavia controllate e corrette sulla base del giudizio di opportunità politica; in sostanza conservatrici quanto alle idee di fondo che toccano la funzione della famiglia, e di quella legittima in particolare (anche se l'inclinazione a chiudere la tradizione civilistica nella concezione degli 'uffici' e dei 'doveri' si concilia in Mortati con l'adesione alle moderne vedute circa la famiglia ristretta e circa legami non esclusivamente di sangue quali sono indotti, ad esempio, dall'adozione). Conviene procedere ad una sommaria rassegna prendendo l'avvio dalle riflessioni sulla comunità familiare come 'formazione sociale'.

La pressione del passato porta, sia pure episodicamente, ad una caduta di tono dello stesso linguaggio, e le formule divengono incerte: così avviene quando (2, 491) con riguardo alla famiglia M. parla di formazioni « naturali, nel senso di necessarie almeno entro un certo limite », o per la filiazione fuori del matrimonio scrive che la costituzione impone al legislatore « di dettare le norme di-

rette a consentire, almeno entro certi limiti, la ricerca della paternità » (così da 2, 493 sino a 6, 897; le edizioni successive prestano diffusa e motivata adesione alle interpretazioni più estensive, muovendo, in 7, 926, dalla patetica, antiquata idea del « non far gravare su vite innocenti le colpe dei padri »). Nelle frasi trascritte è il vocabolo 'almeno' che sembra svelare non dissolte ed intime contraddizioni; la riflessione più matura contribuisce a dissiparle, e consente a M. di chiarire il significato dell'espressione 'società naturale' adoperata nell'art. 29, « non già rinvio ad un diritto extrastatuale, bensì affermazione del limite posto alla revisione, la quale non potrà alterare la struttura fondamentale dell'istituto familiare ».

I passaggi di Mortati che suscitano maggiori riserve attonano alla funzione della famiglia, ed alla stessa convinzione che la comunità familiare debba assolvere una 'funzione sociale', corrispettiva alla garanzia che lo Stato le accorda. Se l'ordinamento la riconosce come società naturale, « la famiglia ha a sua volta il dovere di adeguare la sua attività alla funzione sociale che le è propria » (2, 491), « alla funzione sociale (anche se non pubblica) che le è propria » (5, 829). L'affermazione, in verità, non si traduce in criteri operativi (si veda, infatti, come in 9, 1172, dell'intervento del giudice nei conflitti familiari, M. scrive che si indirizza « non già all'adozione di modelli astratti di comportamento, bensì alla soddisfazione delle esigenze proprie di quella particolare comunità in cui sorge il dissidio »), ma rimane l'innegabile 'sfondo' ideologico che ha le sue radici nella concezione 'pubblicistica' dell'istituto familiare.

Si è accennato all'incontro, in M., di spinte progressiste e di opinioni moderate. In tema d'indissolubilità del vincolo matrimoniale M. è convinto che il divorzio non possa pronunciarsi per gli effetti civili del matrimonio canonico trascritto. L'opinione resiste sino a quando, confermata la legge dal voto nel referendum popolare e l'estensione ai matrimoni religiosi dalla pronuncia della Corte, M., senza abdicare alla sua tesi e rifiutandosi di accedere alla distinzione tra matrimonio-atto e matrimonio-rapporto, ammette che la valutazione « può giungere a risultati differenti secondo che si compia alla stregua di considerazioni di ordine strettamente giuridico, o invece politico », un piano, quest'ultimo, su cui rileva il « mu-

tato clima storico, che ha inciso sullo stesso istituto del concordato » 9, 1168 s.). La scissione, che M. stesso vuole operare, tra il ' giurista ' ed il ' politico ', sembra comporsi quando M. al fondo della questione scopre la ' situazione paradossale ' ed insostenibile della duplicità delle forme matrimoniali, anche se poi crede, come a possibile dimedio, al processo di ' avvicinamento ' dei regimi canonico e civile (8, 1058).

Le proposte e le interpretazioni più avanzate sono di M. che si occupa della parità dei coniugi. Con assidua premura, e con tono sempre più vigoroso, segue la vicenda della norma che discrimina in tema di adulterio: dal garbato « non costituzionale sembra la diversa valutazione » (2, 492) si giunge alla violenta replica alla Corte costituzionale che ne aveva confermato la legittimità (6, 896 nt. 1: « sarebbe ragione di grave mortificazione per la nazione italiana se si dovesse ritenere esatta l'opinione della corte che ha attribuito a tanto aberrante legislatore la qualifica di fedele interprete del comune sentimento popolare! »). Quando finalmente maturerà la contraria posizione della Corte, M. chiarisce che la sua tesi è la parità, mentre è « scelta politica riservata al legislatore » la impunità (che discende dalla sentenza della c.c.) o « una nuova disciplina sanzionatoria che risulti rispettosa del principio di parità fra i due sessi » (8, 1062). La parità, nella prospettiva di riforma del regime patrimoniale della famiglia, induce M. a vedere come coerente la scelta della comunione come regime legale (4, 754, dove si parla, con terminologia non rigorosa, di « comunione dei beni, degli utili e degli acquisti »; una evidente svista, in 7, 925 fa scrivere a M. che « è ancora richiesta la previa autorizzazione maritale per l'acquisto di beni da parte dalla moglie », mentre nelle edizioni precedenti si dice, con formula meno imprecisa, che siffatte limitazioni di capacità erano state considerate ' inammissibili ' già al momento dell'emanazione della costituzione).

Nei confronti della filiazione fuori del matrimonio l'attitudine di M. è, nella sostanza, ispirata ancora a liberali criteri, che il lettore apprezza, più che nella fervida adesione alla riforma (9, 1172), nella critica all'assenza o alla lentezza del legislatore, come quando denunciava (6, 898 nt. 1) l'assoluta insufficienza delle disposizioni che a tutela degli ' illegittimi ' avevano abolito la necessaria menzione della paternità e maternità in estratti, atti, documenti,

o lamentava gli inadempimenti costituzionali, per avere « il parlamento sabotato le iniziative promosse dall'intento di giungere ad un elevamento della situazione degli illegittimi » (7, 927). Nella materia M. segue con assiduo interesse i progetti, al di là delle insufficienze tecniche, come per i rapporti tra i coniugi e tra genitori e figli presta attenzione agli indirizzi della giurisprudenza ordinaria che lentamente attenuano o rimuovono la posizione gerarchica del marito e del padre (ma del problema dell'affidamento del figlio minore al padre ateo, 6, 896, nt. 2, si limita a segnalare, raccogliendo l'eco della vivace polemica, la particolare delicatezza).

5. Le formazioni a carattere religioso, nel capitolo delle *Istituzioni* qui ricostruito, sono i culti acattolici; la Chiesa cattolica, ordinamento sovrano paritario, non è vista nella sua semplice dimensione comunitaria e perciò rimane fuori del discorso. Ma conviene dir subito che è costante il confronto dei regimi, e che M. vi procede con spirito critico di sicura ispirazione liberale: così quando già in principio 'conclude' che « il principio dell'eguale libertà delle confessioni di fronte alla legge non corrisponde alla realtà della disciplina disposta » (2, 495), o, con giudizio ancora più severo, nell'art. 8 Cost. ravvisa un 'contentino' dato alle confessioni diverse dalla cattolica dopo aver fissato nell'art. 7 il regime privilegiato della Chiesa cattolica, così come la legge sui culti ammessi era stato un magro 'contentino' dopo il concordato. Nell'uno e nell'altro momento storico si cercò di attribuire ai culti diversi « una posizione costituzionale in qualche modo arieggiante quella assegnata alla chiesa cattolica » (7, 930).

L'inclinazione laico-liberale è ancora più evidente quando M. delinea i principi invalicabili di una disciplina legislativa dei culti ammessi, ed in particolare si occupa dello strumento delle intese. Una premessa del discorso è « che non si siano voluti imporre limiti maggiori di quelli precedenti » (2, 495); altra premessa è il « divieto ... implicito di dettare norme di carattere generale sui culti acattolici » (4, 759), di guisa che, rispetto ad una intesa, rimane sempre esperibile l'azione di costituzionalità quando vengano « sorpassati i limiti che rendono legittimo l'esercizio del potere discrezionale » (7, 932), un potere relativo a rapporti « per cui si voglia, in modo del tutto facoltativo, disporre un trattamento

speciale (nei limiti naturalmente del principio di uguaglianza) » (4, 759).

Il rispetto dell'autonomia dei culti acattolici si realizza in una duplice direzione. In primo luogo, l'ordinamento statutale non può reprimere l'astratta contrarietà, a se medesimo, dell'ideologia dell'ente, « bensì la sua suscettibilità a recargli pregiudizio, in ragione o degli obblighi che vengano imposti agli aderenti, o dei mezzi di azione che vengano adottati » (4, 758): si giustificano allora, in coerenza col regime statutale delle associazioni, il divieto della segretezza e l'illegittimità della coattiva appartenenza, quale si verifica per i membri delle comunità israelitiche (7, 932).

Anche le intese, strumento per regolare speciali rapporti con le confessioni (e queste si individuano secondo « requisiti apprezzabili solo da un punto di vista politico », non secondo « modalità strutturali »), obbediscono a principi costituzionali di rispetto: perciò l'intesa è presupposto per l'emanazione della legge statutale, ma di essa costituisce al tempo stesso il limite (7, 932), ed il suo contenuto non è modificabile nella legge (8, 1069, dove l'accostamento, oltre che agli statuti regionali, viene operato anche con i concordati ed i trattati internazionali).

6. Una notevole 'misura' di vocazione liberale sorregge le pagine sulla scuola: l'attenzione di M. è del resto rivolta con particolare insistenza alla 'comunità privata'. La definizione della scuola in termini comunitari diventa puntuale a partire dalla sesta edizione, ed è interessante rilevare come, racchiusa in una 'nota' al testo (6, 902 nota 2), nella successiva edizione sia sfrondata e trasferita nel testo (7, 932 s.). Per 'comunità' scolastica privata M. intende l'« ordinamento raggruppante i vari centri organizzati per impartire l'istruzione, cioè le varie 'scuole' » (7, loc. cit.); 'scuola', aveva chiarito (6, loc. cit.), è « un insieme organizzato di soggetti e di mezzi rivolti a realizzare la particolare forma di istruzione ad essa propria ».

Delle ambiguità che circondano l'idea 'comunitaria' giustapposta alle scuole del nostro sistema, si è fatto cenno; qui conviene mettere in luce i positivi valori che, con indubbia onestà, M. cerca di ricavarne, un M. anche su questi temi sensibile ai fatti ed alle novità dell'esperienza, come gli accade quando in Italia, sia pure

in ambiti più ristretti che in Germania, diviene attuale il problema delle 'imprese di tendenza', ideologicamente qualificate (8, 1076 nt. 2), o nell'Università cattolica nasce il 'caso Cordero' (9, 1191 s. e nt. 1), nell'una e nell'altra ipotesi emergendo la pretesa della 'azienda scuola' a difendere il proprio patrimonio d'idee e la domanda dell'insegnante che chiede tutela per le sue libertà.

Si comprende che M. abbia per l'Università una più spiccata inclinazione a seguirne le vicende organizzative ed i progetti di riforma: nessuna restrizione M. vorrebbe « nei confronti di istituti meramente privati che non aspirino ad alcun riconoscimento dei titoli da essi rilasciati » (4, 762); 'liberalizzazioni' di accessi e corsi e 'stabilizzazioni' di docenti, ad un autore che è immune da spinte demagogiche, sembrano « un primo passo nella via della riforma » ma « ben lontani dalla realizzazione di un modello di università che corrisponda ai bisogni di una società profondamente rinnovata nelle sue strutture ed aspirazioni » (9, 1190). Il M. insoddisfatto del paese e della stagione in cui vive sfoga la sua irritazione a proposito dell'abilitazione professionale e dell'esame di stato che egli vorrebbe generalizzato, « considerando quanto malamente le università attualmente assolvono al loro compito di preparazione professionale, e come non sia infrequente la concorrenza che alcune di esse esercitano largheggiando nel diplomare i somari » (7, 939).

Per le scuole non statali il tema centrale, in una società pluralista, rimane quello dei limiti in cui debbano rispettarsi, e possano perciò imporsi, i principi dell'ordinamento statale. Anche stavolta l'equilibrato atteggiamento di M. è pervaso da spirito liberale, sia che egli insista sulle garanzie da fornire alla personalità degli insegnanti (7, 933), sia che si impegni a individuare i 'valori', il 'patrimonio spirituale comune della nazione' che la scuola deve riconoscere. Il nucleo di valori si riduce all'essenziale, all'« assoluto pregio della persona umana » (8, 1071); perciò non è impedita una ideologia che svaluti singole istituzioni od aspetti funzionali del sistema (7, 933), ed in generale può dirsi che la libertà di manifestazione del pensiero « dovrebbe valere ad escludere l'applicazione delle norme limitative dell'impresa economica quando essa si rivolga alla divulgazione del pensiero » (6, 903 s nt. 1).

I mutamenti di opinione su questioni importanti, nello scorrere delle edizioni, possono assumersi come espressivi dell'attitudine di M., a ripensare la materia con animo liberale ma non sgombro da preoccupazioni circa uno spregiudicato uso della 'scuola' come impresa speculativa. È sufficiente considerare le pagine sui sussidi alle scuole 'non qualificate' o 'private', e sulla necessità di autorizzazione amministrativa al loro esercizio. Quanto alle sovvenzioni, che M. considera legittime nei confronti delle scuole 'parificate' in ragione del servizio pubblico che gestiscono (ma « guida all'esercizio di detta discrezionalità dovrebbe essere l'accertamento... della insufficienza in date località delle scuole statali »: 5, 839), M. muta atteggiamento, nel giro di qualche anno, relativamente alle scuole 'private': dalla opinione della liceità, nel senso che non sono inibite pur mancando un diritto ad ottenerle (2, 497), passa con radicale cambiamento di rotta all'idea che delle sovvenzioni statali sia sancito « un vero e proprio divieto e non già ... solo la facoltà di astenersi dalla corresponsione di contributi, facoltà che non avrebbe avuto bisogno di venire riconosciuta » (4, 761; ma v., 6, 905, nota 3, a proposito del 'piano della scuola' del 1959, per l'ammissibilità di borse anche agli studenti delle scuole private).

L'altro mutamento di opinione, che il lettore dell'opera registra, riguarda l'autorizzazione amministrativa all'esercizio di scuole private: la sufficienza della mera comunicazione (4, 760), sul presupposto che la norma sia implicitamente abrogata (5, 837), è tesi abbandonata sulla base di una saggia considerazione degli utenti, la cui buona fede esige tutele d'indole preventiva « poiché le misure repressive degli abusi in materia riuscirebbero o tardive o manchevoli » (7, 935).

Alle scuole parificate, si è detto, M. ritiene che legittimamente possano darsi sovvenzioni, in particolare quando funzionino « a sgravio » dello Stato. Due passaggi del discorso meritano di essere segnalati e ripresi: che dalla pubblica amministrazione si eviti ogni preferenza suggerita dal favore per una certa ideologia, criterio che si risolve in una palese discriminazione (5, 839); che le scuole parificate, senza che sia necessaria una 'coloritura' ideologica di ciascuna al fine di caratterizzarle e giustificarle, tuttavia si distinguano e trovino la loro sostanziale legittimazione in pro-

grammi che contemplino una specializzazione di insegnamenti e l'aggiunta di discipline (4, 761).

Rimosse le riserve sulla costruzione 'comunitaria' delle strutture scolastiche, deve dirsi che le pagine di M. offrono con abbondanza spunti di riflessione e disegnano con netti contorni le premesse, anche non dichiarate, e le scelte del giurista. Il difficile compromesso tra personale ideologia e funzione tecnica d'interpretazione del sistema affiora quando M., della 'destatizzazione' degli ordinamenti educativi, scrive che è soluzione «auspicabile», ma non voluta dal costituente (8, 1073); più tardi, con la severità del tono usato per la restrittiva nozione delle società intermedie, avverte nell'asserita estraneità allo Stato di compiti educativi l'eco di censurabili orientamenti d'ispirazione cattolica (9, 1181 nota 1). Ma, a guardar bene, le connessioni più autentiche tra i temi della scuola e del pluralismo possono cogliersi nel M. che nella scuola, e nella pubblica in particolare, vede uno strumento d'interclassismo, che «opera beneficamente» ed «aiuta a rompere i diaframmi» tra i ceti (8, 1081 nt. 1), o nel M. che vede nei processi partecipativi, all'interno degli organi collegiali della scuola, un'occasione (in verità largamente mancata, col giudizio di oggi) di incontro e raccordo, per usare le parole di M. di «connessione istituzionale fra le varie forze interessate al funzionamento della scuola» (9, 1188).

7. Il discorso sui sindacati (e quindi su contrattazione collettiva e sciopero) è da M. ricondotto, come si disse, all'ambigua figura della 'comunità del lavoro'. Ma qui, piuttosto che insistere su una formula a cui non corrisponde un reale contenuto, si cercherà di vedere se in effetti non vi si nascondano motivi residui dell'educazione 'corporativa' in cui erano cresciuti i giuristi italiani, i giuspubblicisti in particolare, della generazione di M. La mentalità formata da quella origine, non lontana e non dimenticata, si riflette, prima che sulle singole scelte, su una visione fondamentalmente 'pubblicistica' dei fenomeni, anche se gli studiosi dotati del rigore e della cultura di M. avvertono che proprio nella materia si conferma la relatività di una netta separazione tra 'pubblico' e 'privato'.

Nei confronti del 'corporativismo' dell'esperienza storica

vissuta dal nostro paese M., in verità, è estremamente critico, e sempre ribadisce la condanna di una concezione negatrice della libertà sindacale; più rispettoso è l'accento (8, 1089 e nt. 2) al contrasto tra la Carta del lavoro (col 'fallimento' che le leggi del '26 conobbero) e la « minoranza di dottrinari » che vagheggiavano la 'corporazione proprietaria' implicante la partecipazione operaia alla gestione delle aziende, un contrasto che M. richiama a proposito della programmazione e del concorso dei sindacati « alla formazione delle sintesi politiche, rispetto alle quali si rivelano ... sempre più insufficienti gli organi tradizionali parlamento-governo ».

La distanza che prende dal corporativismo come consumata (e fallita) esperienza storica non toglie dalla prosa di B. la convinzione, o il vagheggiamento, che ai contrapposti sindacati padronali ed operai competa una 'sintesi', capace di attingere la cura e la realizzazione d'interessi che li trascendono. Le riserve sul pluralismo sindacale, o almeno su quello italiano, gli accenti duramente polemici usati per il sindacalismo spontaneo od autonomo (specificamente nel settore del pubblico impiego), la denuncia della dipendenza dai 'partiti' che sono naturalmente portatori di interessi particolari segnano una linea coerente di pensiero, ispirata sostanzialmente da scarsa fiducia, e spesso da viva preoccupazione circa il ruolo e il destino del sindacato in Italia. Con questo spirito M. segue, con analisi che appaiono talvolta persino troppo minuziose nell'economia di un testo scolastico 'istituzionale', le scadenze delle leggi sindacali (anche di quelle mancate, o temporanee, o episodiche), dai progetti di attuazione dell'art. 39 Cost. alla legge Vigorelli, dallo 'sganciamento' dalla Confindustria delle aziende a prevalente partecipazione statale allo 'Statuto dei lavoratori', sino al coinvolgimento nelle politiche di ristrutturazione e conversione delle imprese; così come segue con assiduità, e con analiticità puntigliosa, la giurisprudenza ordinaria e costituzionale in tema di sciopero e di serrata.

Da M. si istituisce uno stretto rapporto tra autonomia collettiva sindacale e principio di eguaglianza sostanziale: « essendosi ritenuto che uno dei mezzi più efficaci per giungere a tale risultato sia di consentire il libero spiegamento dei diversi punti di vista ed il reciproco saggio fatto da ciascuna parte della situazione dell'altra » (3, 593 s.); lo strano vocabolo 'saggio' diviene poi (4,

767) « accertamento della situazione dell'altra ». L'interesse comune delle associazioni antagoniste è, per M., quello alla maggiore produttività delle aziende. Scoloriti così gli elementi conflittuali, l'interesse finisce col coincidere con quello della collettività, e l'ultimo M. (9, 1196 s.) guarderà con favore, superando l'antica diffidenza, al patto federativo delle tre maggiori Confederazioni ed alle pressioni esercitate stabilmente su parlamento e governo, perché così è resa « possibile una considerazione unitaria degli interessi delle varie categorie in una visione di sintesi », che può « affrettare il processo di erosione in atto della posizione di supremazia degli organi di decisione politica » (dove, con tutta evidenza, si sente di più il malinconico giudizio sulla democrazia parlamentare che la speranza e l'attesa di una efficace 'supplenza' sindacale).

Si diceva dei vari momenti della nostra storia sindacale, a cominciare dai progetti di legge attuativa dell'art. 39 (il lettore ricorda che i tentativi di una certa consistenza e serietà si esauriscono nel 1960, con le osservazioni, le proposte, lo schema del CNEL). M. segue l'avventura dei disegni di legge con sincera partecipazione, ed approva o rifiuta con persuasivi argomenti le soluzioni proposte; con palese sofferenza (e l'amarezza giustifica il ritardo con cui egli si esprime) prenderà atto (7, 945) che « l'apparato faticosamente preordinato dal costituente è rimasto inoperante ed i progetti ... non sono riusciti ad ottenere neanche un inizio di discussione ». M. ravvisa nella dipendenza dai partiti la ragione della grave rinuncia e, indifferente alla vitalità ed agli sviluppi dell'ordinamento intersindacale instaurato ed operante sul piano dei fatti, vede nella carenza di una legge sindacale un « grave danno per i lavoratori (accresciuto dallo stato di diffusa disoccupazione, che alimenta di fatto il prepotere contrattuale del padronato) ».

Le prese di posizione di fronte ai progetti sono rivelatrici di più ampie vedute, che toccano il pluralismo e la funzione dei sindacati (in particolare, dei sindacati registrati dell'ipotesi costituzionale irrealizzata). Che si richieda un minimo di iscritti, rispetto alla categoria rappresentata, è suggerimento condiviso da M., perché « corrisponde all'interesse degli stessi lavoratori, cui non giova l'eccessivo frazionamento delle rappresentanze sindacali » (2, 499), e perché conviene « evitare la formazione di associazioni prive di ogni rappresentatività e create solo come elemento di disturbo »

(3, 593). Sembra invece a M. ingiustificata (e ne denuncia addirittura l'incostituzionalità) la pretesa che la rappresentanza unitaria debba essere formata almeno dalla metà più una delle associazioni registrate (3, 595).

Una liberale attitudine, nella lettura dei progetti, M. scopre quando passa ad occuparsi dello sciopero, poiché il sistema di preavvisi e di obbligatorio tentativo di conciliazione gli pare incompatibile con l'origine storica e la funzione dell'istituto: « non si dimentichi ... che lo sciopero è un atto di guerra », e che il successo dipende dalla tempestività della proclamazione (2, 503). Non si tratta, conviene subito chiarire, di un M. 'populista'; per convincersi dell'equilibrio e della misura di M. sarà opportuno ricordare che nelle *Istituzioni* (e sia pure per contrapporre sciopero e serrata, e per riportare il primo all'esigenza dell'eguaglianza sostanziale) persiste (da 2, 504 a 9, 954) un inciso — essere lo sciopero un « mezzo, sia pure eccezionale e deprecabile, per la rimozione degli ostacoli... » — in cui la parola 'deprecabile' domina l'intera frase.

Nelle pagine sulla legge sindacale futura i passaggi più importanti rimangono tuttavia, per capire M., quelli relativi ai contratti collettivi ad efficacia generale ed ai sindacati che sono abilitati a stipularli. Qui le strutture formali e le categorie logiche dell'età corporativa sono un'eredità di cui M. non intende liberarsi: non l'abbandona quando colloca tra le fonti di diritto i contratti collettivi ad efficacia reale, ribadendo l'elenco delle preleggi (2, 500), ed ancor meno quando ai sindacati registrati attribuisce la qualificazione di enti di diritto pubblico (3, 595), giudicando insufficiente la formula del privato esercizio di pubbliche funzioni a carattere normativo (2, 502) e respingendo, a conclusione di un lungo itinerario di pensiero, la figura dell'ufficio privato (9, 1195 e nt. 2), anche di fronte ad una realtà che ha esaltato la natura privatistica delle associazioni e dei contratti collettivi, lungo le vie e secondo le linee del diritto comune.

La legge Vigorelli e la legge sullo 'sganciamento' dalla Confindustria ebbero carattere episodico, ma consentirono ai giuristi più attenti, e quindi a M., di esprimere opinioni che trascendevano le occasionali misure adottate. A proposito della legge Vigorelli M., contro la tesi della esclusività dell'autonomia collettiva sinda-

cale nel quadro delle fonti in ordine all'efficacia dei contratti, ritiene « da escludere che vi sia inibizione assoluta per gli interventi del legislatore » (5, 844); ma sottolinea (7, 947) l'ipocrisia della Corte nel dichiararne il carattere eccezionale e temporaneo quando « il presupposto ... di una non lontana attuazione dell'art. 39 si sapeva del tutto fuori della realtà ». Da M. vengono intanto avvertiti, e se ne ripete la denuncia (7, 948), gli inconvenienti 'tecnici' della legge, quando esistano più contratti collettivi stipulati per la stessa categoria e quando in un contratto da recepire nel decreto ministeriale figurino clausole contrastanti con norme imperative.

Il distacco, disposto per legge, delle aziende a prevalente partecipazione statale dalla Confindustria appare nella immediata reazione di M. (5, 845) operazione legittima, che « non solo non contraddice alla facoltà garantita dall'art. 39, ma anzi ne costituisce esercizio » (salve le eventuali misure risarcitorie applicabili sul piano associativo interno). Più tardi, dopo la pronuncia della Corte, M. ridimensiona la legge 1956/1589, nel senso che essa poneva mere direttive da attuarsi dagli enti di gestione; quanto alla cessazione dei rapporti, « era chiaro che la legge non potesse così disporre » (7, 943 nt. 2).

La scadenza più importante, negli anni in cui si succedono le edizioni del libro, appare lo 'Statuto dei lavoratori': M. ne condivide le ragioni scorgendovi gli esiti del « moto di opinione pubblica rivolto a far penetrare anche nell'interno delle fabbriche il regno della costituzione » (9, 1202); indica nella crisi di sfiducia verso le organizzazioni sindacali, contrapposte alle commissioni interne ed a spontanee formazioni aziendali, la trasparente ragione della legge; ravvisa i segni di vittoria della corrente sindacale, ma allo stesso tempo i margini lasciati all'attività di altre formazioni, di guisa che in futuro « saranno i rapporti di forza... che condizioneranno la stabilità del sistema » (intanto, nel libro, lo 'Statuto' è oggetto di un'analisi lunga ed accurata).

Nel prendere volta a volta immediata (ma sempre meditata e matura) posizione a fronte delle leggi, M. riprende i temi abituali della riflessione sulle formazioni sociali, ed il più ricorrente è quello del pluralismo sindacale. Almeno guardando alla realtà italiana, M. vede nel pluralismo una serie di pericoli, piuttosto che un fattore di sviluppo ed una garanzia di libertà: « suscettibile di

compromettere l'unitarietà dell'azione di difesa degli interessi della categoria, fa sorgere notevoli difficoltà nell'espletamento di una delle funzioni fondamentali », vale a dire nella contrattazione collettiva (2, 500); perché il pluralismo agisca positivamente, sono necessari un ambiente economico progredito ed un elevato grado di maturità dei lavoratori, e invece presso di noi « fanno difetto entrambe le condizioni » ed alla potenza del padronato, in uno stato endemico di disoccupazione, fanno riscontro i « fini di eversione assunti come propri da una parte dell'organizzazione operaia » (3, 593).

Il negativo giudizio non si attenua col tempo, e spesso si accompagna alla denuncia della dipendenza dei sindacati dai partiti politici: se in un sistema come quello britannico tra partito laburista e *trade unions* può crearsi « un reciproco flusso di azioni e reazioni » che beneficamente realizza gli interessi generali, in Italia « il pluralismo dei partiti è fattore di scissione nell'organizzazione sindacale ..., promuovendo fra loro una gara demagogica per conquistare i maggiori consensi..., anche se a detrimento di interessi di maggiore consistenza e durata » (7, 946). Una considerazione così marcatamente sfiduciata induce M. a salutare con sincero compiacimento il ritorno all'unità attraverso il patto federativo e, ancora di più, le incompatibilità che statuti e prassi dei sindacati cominciano a sancire, tra cariche sindacali e mandato parlamentare (8, 1087 e nt. 1).

Del tutto coerente con la critica del pluralismo è l'atteggiamento verso il sindacalismo autonomo e quello aziendale, che M. vede nascere e competere all'insegna dei particolarismi e delle rivendicazioni corporative. Si aggiunge, nel pensiero e nella crudele diagnosi di M., la non dissimulata antipatia per il sindacalismo nel pubblico impiego. Ai pubblici dipendenti M., che è giurista senz'altro moderno, ma che riprende un vecchio e singolare argomento, era incline a negare persino il diritto di sciopero, « dato il parallelismo che sembra posto dalla costituzione fra regolamentazione collettiva delle condizioni di lavoro e diritto di sciopero » (5, 848); la motivazione diviene più pesante, ed all'apparenza tecnicamente argomentata, quando M. vede in contrasto col principio di eguaglianza l'uso dello sciopero da parte dei pubblici dipendenti, un impiego che nel sistema « condurrebbe a creare una posizione di

privilegio a favore di coloro che ... potrebbero asservire a proprio vantaggio la più gran parte delle pubbliche entrate e così pregiudicare l'assolvimento dei compiti di pubblico interesse » (7, 951). All'asprezza della motivazione segue il desolato rilievo che le sue sono considerazioni « del tutto platoniche, data la situazione di disordine del nostro stato che lo rende incapace di attuare un minimo di giustizia distributiva » (*ivi*). Risolto positivamente (ma senza che M. ne sia pienamente convinto) il problema dell'associazionismo dei pubblici dipendenti, M. sottolinea come proprio in quel settore si assista allo « spettacolo assai demoralizzante del frammentarsi in una miriade di sindacati autonomi, in gara fra loro a chi ottiene i maggiori favori, di carattere grettamente corporativi, che trovano facile accoglimento attraverso le 'leggine' generosamente varate, pronubi le commissioni parlamentari » (9, 1198).

Il sindacalismo spontaneo, del quale i *cub* richiamano ripetutamente l'attenzione di M., suscita nel nostro giurista, in verità, una duplice reazione: esso starebbe a confermare i pericoli del pluralismo e della frammentazione degli interessi, ma si traduce allo stesso tempo nella denuncia della involuzione oligarchica dei sindacati tradizionali e « del loro scarso contatto con la base operaia » (8, 1087 nt. 1). Prevale però il negativo giudizio, tra l'altro additandosi — nella « autotutela da parte di gruppi di operai di singole aziende, non preceduta dalla formazione di nuovi sindacati e senza accordo con le associazioni di categoria » — uno dei maggiori ostacoli all'attuazione dei 'piani' e della programmazione economica (9, 1197: per la programmazione, intanto, il dissenso di M. cade sulla pretesa di coinvolgere i sindacati nella ricerca delle soluzioni tecniche, mentre rimarrebbero estranei alla predefinizione degli obiettivi, *ivi*, nt. 1).

Su sciopero e serrata, come accade al contratto collettivo, le pagine di M. crescono col trascorrere da un'edizione all'altra: si è già detto dei commenti ai progetti attuativi dell'art. 40 e, per lo sciopero in particolare, alle previsioni di natura 'procedimentale'. M. sempre si aggiorna sulle novità della pratica sindacale, oltre che su gli indirizzi della giurisprudenza, e si sforza di operare scelte misurate, dove il coraggio di una tesi è compensato dalla prudenza di altre. Così, da un verso contribuisce con la saggezza e l'autorità del suo insegnamento ad allargare i limiti esterni alla figura dello

sciopero, sino all'adombrata ammissibilità dello sciopero su questioni interpretative del contratto (7, 949 nt. 1), ed alla piena legittimità dello sciopero di solidarietà e dello sciopero politico, « uno dei mezzi necessari ad assolvere il compito » affidato « alla comunità sociale, nella quale i lavoratori sono portatori dei valori affermati nella costituzione » (9, 1214). Ma per altro verso, oltre a ribadire i limiti interni alla figura, e cioè nelle modalità di esercizio, limiti riconducibili al generale rispetto delle altrui libertà e dei diritti garantiti ai terzi, a cominciare dalla proprietà (4, 768), ed a sostenere la legittimità della serrata di ritorsione (8, 1099), M. è per la validità delle 'clausole di pace' sindacale (7, 952) e riconosce la titolarità del diritto a proclamare lo sciopero alle associazioni e non ai singoli, poiché è necessaria « una visione di politica sindacale, quale può provenire solo dalle grandi associazioni » (9, 1211).

Si registrano, su questo stesso argomento, non trascurabili oscillazioni, come accade alle opinioni espresse da M. sul crumiraggio. « Nessun divieto — si legge in 7, 951 — sussiste in ordine alla possibilità di far proseguire l'attività produttiva giovandosi dell'opera temporanea di altri lavoratori che spontaneamente accettino di sostituire gli scioperanti »; ma più tardi la proposizione diventerà (8, 1095) perplessa — « è dubbio se divieto sussista... » — e compare tra parentesi la parola 'crumiri' sino a quel momento evitata (in 9, 1211 rimangono identici sia il dubbio, sia il richiamo a quel vocabolo che la tradizione del linguaggio sindacale riveste di odioso significato).

Lo sciopero dei pubblici dipendenti, come si disse, è tema che provoca la costante irritazione di M.: prescindendo dalla necessità, che sempre ribadisce, di una speciale normativa per i servizi essenziali, M. guarda ai pubblici dipendenti, 'sindacalizzati' ed in sciopero, come ad uno 'spettacolo' sconcertante di particolarismo e di pretese grettamente corporative. La critica qui riprende i toni della vecchia scuola liberale ('di destra', se vogliamo usare della terminologia sbrigativa e dei luoghi comuni che soccorrono alla nostra pigrizia intellettuale). Di quella educazione, che conduce alla malinconia e al pessimismo, le tracce in M. sono frequenti, anche se affidate spesso a brevi incisi, asciutti e taglienti, che possono sembrare sfogo momentaneo più che meditata riflessione.

Si veda, ancora a proposito dello sciopero e delle possibili limitazioni circa i soggetti legittimati ad usarne, i dubbi riproposti per il pubblico impiego, le serie riserve sollevate per i liberi professionisti, soprattutto l'ironia sulla esperibilità da parte di movimenti ed organizzazioni « addirittura di studenti » (8, 1093). Si ritrova nell'inciso l'immagine triste delle Università in gara tra loro per diplomare il più gran numero di ' somari '.

8. Quando M. scopertamente assume il tono del censore e del moralista, delle nostre istituzioni è il parlamento a ricevere pesanti accuse di inerzia e di indifferenza. Si è già data qualche indicazione, ma una lettura più attenta (e sia pur limitata al capitolo sulle formazioni sociali) arricchisce il repertorio delle denunce di incapacità, di ritardi, di vuoti incolmabili. L'arretratezza del sistema in materia di filiazione fuori del matrimonio per M. (7, 927) deriva dall'aver « il parlamento sabotato le iniziative promosse dall'intento di giungere ad un elevamento della situazione degli illegittimi ». Se l'accusa di ' sabotaggio ' è gravissima, non è più tenero lo stile di M. quando assume i toni del disprezzo: della caduta (o del mancato esame) delle proposte di riforma del sistema matrimoniale delle nullità, allo scopo di creare ' alternative ' al divorzio (come suggeriva la discutibile tendenza di un ristretto gruppo di studiosi cattolici), e altresì in tema di età matrimoniale e di ' giudice della famiglia ', M. scrive (8, 1059) che « la saggezza di tali proposte è stata sufficiente per indurre il parlamento a non prenderle in esame ».

La materia delle formazioni religiose procura più ridotte occasioni di censura, e questa non arriva all'indignazione: ma si veda, a testimonianza di uno spirito critico che osserva almeno con impazienza, l'accenno, relativamente alle ' intese ', al dato di fatto, che l'art. 8 ult. co. Cost. « è stato finora reso inoperante, poiché nessuna intesa è stata stipulata, sebbene proposte dirette a dar loro vita siano state avanzate » (7, 931 nt. 1). Qui, in verità, oltre e più che al parlamento indolenza e disinteresse debbono rimproverarsi ai governi; e verso l'amministrazione pubblica M., come può comprendersi, nutre sfiducia e delusione ancora più accentuate. Vale la pena di rileggere la pagina che riguarda il Sudtirolo e l'obbligatorietà della lingua italiana nelle scuole tedesche: « la

situazione locale, assecondata dall'acquiescenza e debolezza delle autorità periferiche e centrali, ha portato alla pratica disapplicazione della norma » (7, 957).

Nei paragrafi dedicati agli ordinamenti scolastici si ritrova soprattutto il motivo della scarsa fiducia in una pubblica amministrazione che sia rispettosa della imparzialità e attenta ad evitare ingiustificate discriminazioni. Il timore è manifestato da M. con riguardo ai sussidi alle scuole parificate: oltre al necessario accertamento della insufficienza, nel luogo, delle scuole statali, l'esercizio della discrezionalità amministrativa dovrebbe in ogni caso « evitare ogni preferenza che fosse suggerita dalla considerazione dell'ideologia cui la scuola che chiede il sussidio si informa, poiché si verrebbe in tal caso a compromettere la funzione di arricchimento della vita spirituale cui l'ordinamento scolastico assolve quando offre la possibilità di venire in contatto con i più vari orientamenti » (5, 839). La scuola 'paritaria' dell'esperienza italiana provoca ancora lo sdegno e l'ironia di M.: se non è necessaria la 'colorazione' ideologica, la libertà ne è inevitabilmente ristretta, « a meno che non si voglia farla consistere in quel lassismo, in quella diffusa mancanza di serietà degli studi che caratterizza attualmente molta parte della scuola paritaria » (7, 937).

La riflessione sui sindacati, infine, coinvolge in un giudizio spesso chiuso alla speranza il parlamento, l'amministrazione ed il movimento sindacale. Si è già detto dal rammarico di M. per il fallimento di una legge attuativa degli artt. 39 e 40, che non ebbe « neanche un inizio di discussione » (7, 945); della convinzione che i partiti influiscano sulla « gara demagogica » dei sindacati nell'assecondare rivendicazioni corporative (7, 946); della denuncia del disordine dello stato come « incapace di attuare un minimo di giustizia distributiva » (7, 951). Si è ricordata anche la pagina (9, 1197 s.) che vede assieme confluire, come dolenti motivi di crisi, la frammentazione dei sindacati autonomi, i 'favori' gretatamente corporativi, le 'legginne' facili di cui si fanno 'pronubi' le commissioni parlamentari.

La delusione e la protesta nascono in M. da una ideale tensione che è costretta a ritrarsi, sconcertata, a fronte dei quotidiani 'spettacoli' che partiti, sindacati, chiese, scuole offrono ad un osservatore come era Mortati, uomo di rigorosi principi e di fer-

vide attese coltivate nella lunga vigilia della dittatura. D'altra parte M. non si ferma ad una nozione di autonomia delle formazioni sociali che si risolve in negative pretese verso lo Stato, e cioè alla rivendicazione di una invalicabile immunità rispetto all'ordinamento generale; egli parla, esplicitamente per talune ed in maniera più discreta per altre, di concorrenti pretese di contenuto positivo, che si traducono nell'aspettativa di comportamenti statuali, di sostegno o di aiuto o di promozione (e le sovvenzioni economiche sono soltanto le risposte più appariscenti).

Ma all'origine dei sentimenti di M. è anche la sua personale esperienza umana, consumata nella breve stagione del suo impegno politico (a quel biennio non aggiungerà molto la partecipazione alla Corte costituzionale). M. fu deputato tra i più pensosi ed attivi alla Costituente, 'portato' all'assemblea dal partito della D.C. col meccanismo del 'collegio unico nazionale' che prescindeva dal voto degli elettori; ma subito dopo, nella prima legislatura repubblicana, in una Camera straripante di democristiani e nonostante la conservazione, sia pure su scala ridotta, dello spazio riservato al collegio unico, con irrispettosa ingratitudine egli venne lasciato fuori dal parlamento. M. negli anni a venire avrebbe seguito, senza gesti clamorosi di ribellione e con intelligente curiosità, i tentativi di singolari personaggi ora ingenui ora presuntuosi, di 'fuga' dalle macchine dei partiti di massa: gli accadde per il 'movimento di Comunità' di Adriano Olivetti e a distanza di anni, non senza diffidenze e timori che mi partecipò in un occasionale colloquio (di quelli riempiti da asciutte frasi e da lunghi silenzi), per i cristiano-sociali del 'milazzismo' siciliano.

Certamente, se attorno al tema delle formazioni sociali intermedie volessimo distinguere i giuristi, con semplicistica contrapposizione, in 'statalisti' e 'comunitaristi' (mi si perdoni la ineleganza del termine), Mortati finirebbe per appartenere ai primi. Ma il 'suo' stato, che promuove ed aiuta i gruppi ed è capace persino di educarli, e di difenderli da se stessi e nella competizione reciproca, così come dal prepotere delle formazioni protegge i singoli e le minoranze, è uno stato, in larga misura, 'immaginario'; in ogni caso non era la repubblica italiana che anche per merito di Costantino Mortati, delle sue speranze e delle sue illusioni, si era data una carta costituzionale ridondante di promesse inadempite.

Col cortese consenso di Paolo Grossi riproduco la lettera che il 13 aprile 1967 C. Mortati mi scrisse, dopo aver ricevuto la raccolta di saggi edita dal Mulino sotto il titolo Persona e comunità. Vi si trova rispecchiato, con toni problematici di particolare acutezza, il pensiero di Mortati attorno al tema delle formazioni sociali intermedie. Anche l'invito a redigere per l'Enciclopedia del diritto la voce Fondazione, oltre ad essere legato alla mia memoria di una stagione lontana, fu un fatto importante per la mia esperienza di studio e di vita, poiché mi procurò la preziosa occasione e la spinta decisiva a riflettere sull'istituto, e quindi a scoprire le connessioni strettissime che corrono tra la storia e il destino delle fondazioni e la vicenda politica ed intellettuale del pluralismo. Mi scriveva Mortati:

« Roma, 13 aprile 1967

Caro Professore,

Ho ricevuto il denso volume nel quale sono stati, assai opportunamente, raccolti gli scritti che Ella ha dedicato negli ultimi anni ad alcuni fra i problemi più attuali e più appassionanti della nostra epoca, e che tanta eco hanno suscitato per l'originalità delle impostazioni e per l'ampiezza delle prospettive che hanno aperto all'affannosa ricerca di nuove strutture nelle quali riescano a comporsi in una meno insoddisfacente armonia le esigenze della persona e quelle della società.

Il sottotitolo « Saggi di diritto privato », che riflette il *leit-motiv* del Suo pensiero, è quello che più fa riflettere. Ci si può chiedere se l'autonomia negoziale, matrice delle spontanee e libere formazioni sociali sottratte agli interventi di poteri estranei, non debba, in definitiva, essere alimentata dagli stessi fermenti associativi, che danno vita all'ordinamento più generale, cui si suol dare il nome di Stato, che dovrebbe presiedere alla pacifica e armonica coesistenza delle formazioni stesse e garantire, in ultima istanza, la stessa loro libera vita interiore.

È il problema del modo di intendere e di realizzare la distinzione di privato e pubblico, e dei nessi fra loro; un riflesso cioè dell'eterno problema del rapporto di libertà e di autorità, che spero possa continuare ad essere approfondito dalla Sua meditazione, sempre così penetrante e suggestiva.

Se mi permette, vorrei ora aggiungere alle espressioni di ammirazione e di gratitudine, una vivissima, calda preghiera, che Le rivolgo anche a nome dei colleghi Pugliatti, Nicolò e Giannini, che mi hanno incaricato di aggiungere le loro personali sollecitazioni. La preghiera è di consentire a redigere per il prossimo volume dell'« Enciclopedia del diritto », il XVII, la voce « Fondazione ».

Nessuno meglio di Lei potrebbe conferire alla trattazione della non facile materia quell'alto livello scientifico, cui si vorrebbe siano informate le « voci » dell'« Enciclopedia ».

Lo spazio previsto per « Fondazione », secondo un piano di massima, è di 15 colonne, ma naturalmente tale previsione non limita in alcun modo la

libertà di determinazione dell'autore circa gli svolgimenti da dare al suo lavoro.

Il XVII volume è in corso di stampa, sicché, Ella dovrebbe consentire a fare pervenire il Suo contributo entro un termine non troppo lungo (agosto-settembre del corrente anno); il che penso non debba riuscirLe faticoso, dato l'ampio ed approfondito possesso della materia da parte Sua.

Confido vivamente ch'Ella vorrà accogliere il nostro fervido invito, e Le sarò grato se vorrà darci un cenno di assicurazione.

Accolga le mie rinnovate espressioni di animo grato e tanti cordialissimi, memori saluti dell'aff.mo Suo

COSTANTINO MORTATI »

TEMISTOCLE MARTINES

LE AUTONOMIE DEGLI ENTI PUBBLICI TERRITORIALI.
LA REGIONE, LA PROVINCIA, IL COMUNE. MORTATI
E LA QUESTIONE DELLE REGIONI NELLA STORIA
DELL'ITALIA REPUBBLICANA

I

1. Costantino Mortati inizia a dedicare la sua attenzione ai problemi delle autonomie degli enti pubblici territoriali nell'immediato dopoguerra, ancor prima che la Costituzione venisse promulgata. Precedentemente, infatti, egli non aveva ritenuto di doversi occupare di temi che — dato anche lo stato in cui versavano, nell'ordinamento rigidamente accentrato proprio del periodo fascista, le autonomie (ormai puramente nominali) di Comuni e Province — erano lontani dalla sua sensibilità e dai suoi interessi di studioso, protesi, in quel periodo, prevalentemente verso studi di teoria generale.

Ma questa mancata attenzione non può certamente costituire motivo di critica a Mortati o essere considerata una lacuna nella sua attività scientifica.

In primo luogo perché — come è stato da più parti notato⁽¹⁾ — nel ventennio fascista i giuristi, ed in particolare i giuripubblicisti, si posero prevalentemente al riparo del « muro protettivo » della teoria generale e della dommatica⁽²⁾, anche se il regime autoritario non giustificava del tutto il rinchiudersi negli

(1) V., tra gli altri, PALADIN, *Il problema della rappresentanza nello Stato fascista*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, II, Padova, 1972, 852.

(2) Di « muro protettivo » parla GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio Giuridico F. Serafini*, 1963, 103.

schemi di un rigoroso formalismo; e poi perché mancava, nell'assetto del tempo delle autonomie territoriali, la materia stessa per una seria riflessione scientifica, come dimostra il poco conto in cui esse sono tenute da giuristi come V. E. Orlando, O. Ranelletti, D. Donati.

D'altra parte, negli anni '20 e '30, il pensiero autonomistico subisce una flessione e si spezzetta in molteplici filoni sia per il rigido accentramento dello Stato — attuato in quel periodo con estrema coerenza all'ideologia del partito al potere — e sia per la mancanza di un punto di coesione nel quale convogliare e mediare i diversi modi di intendere, giuridicamente e politicamente, il decentramento dello Stato. Mortati, dunque, non costituisce una eccezione, ed il suo silenzio varrà a confermare l'inutilità scientifica di occuparsi di problemi la cui soluzione positiva era *in radice* preclusa. Ritroviamo in ciò una costante del pensiero mortatiano, sempre rivolto, sin dai primi scritti, a mettere in relazione le costruzioni teoriche con la realtà politico-sociale, pur mantenendo fermo il rigore del metodo giuridico. Modo, questo, di intendere lo studio del diritto, ed in particolare del diritto pubblico, che presenta estreme difficoltà e richiede saldezza e profondità di dottrina, vasta conoscenza di campi soltanto indirettamente ricollegabili a quello giuridico e doti non comuni di equilibrio. Ed è questa concezione che pone Mortati in una originale e particolare posizione tra i giuspubblicisti italiani di questo secolo, molti dei quali l'hanno fatta propria e rielaborata secondo la propria cultura e le proprie inclinazioni, mentre altri — è pur doveroso notarlo — l'hanno travisata e piegata a fini e risultati sulla cui scientificità è quanto meno lecito avanzare qualche dubbio.

2. Appare del tutto ovvio che a Mortati, date le sue radici e la sua formazione cattolica, erano ben note l'ideologia cristiano-sociale in tema di autonomie (incentrata soprattutto sulla creazione e sul potenziamento di « corpi intermedi » tra il Comune e lo Stato), il pensiero di Luigi Sturzo ed il programma del Partito popolare nel quale esso si traduceva ed assumeva concretezza. Tale pensiero va qui ricordato soltanto per sottolineare che Sturzo guardava alla Regione come ad un ente che « dopo sessant'anni

di unità nazionale », non poteva certamente (come s'era in precedenza temuto), anche se dotato di poteri amministrativi e legislativi e di un'ampia autonomia finanziaria, « avere caratteri e ripercussioni antinazionali ».

Ed è proprio per queste linee di fondo che si muove il regionalismo di Mortati, al quale sono da riconoscere, però, notevoli punte di originalità, dovute almeno a tre fattori. In primo luogo, alla sua formazione di giurista, che lo porta a volere la Regione inserita armonicamente nel quadro più generale dell'organizzazione costituzionale dello Stato, in una equilibrata suddivisione tra poteri centrali e poteri locali, escludendo pertanto ogni forma di regionalismo « ideologico ». In secondo luogo, la influenza di Sturzo e del Partito popolare sul modo di concepire e strutturare le autonomie locali andò a mano a mano attenuandosi sino a quando — anche in conseguenza dell'esilio al quale Sturzo fu costretto nel 1924 — essa scomparve quasi del tutto, anche perché gli scritti sturziani del periodo trascorso a Londra e New York sono prevalentemente orientati verso ricerche di carattere politico e sociologico (Sturzo, infatti, torna ad occuparsi di temi regionali soltanto nel 1949, con lo scritto « La Regione nella nazione »). Infine, occorre notare che non è facile collocare staticamente Mortati nel partito della Democrazia Cristiana, erede del Partito popolare sturziano⁽³⁾. Per comprendere questa osserva-

(3) ... anche se egli stesso si definisce « uomo di partito » in un intervento all'Assemblea costituente (Atti seduta pom. del 18 settembre 1947, 2922). Mortati — come riferisce POMBENI, *Il gruppo dossettiano*, in RUFFILLI (a cura di), *Cultura politica e partiti nell'età della costituente*, I, Bologna 1979, 428, nt. 7 — si iscrisse di propria iniziativa alla DC dopo la Liberazione e Dossetti, allora vice-segretario e responsabile della SPES, lo fece chiamare per utilizzarne le competenze tecniche e, successivamente, lo inserì nella lista per la elezione dell'Assemblea costituente nella circoscrizione di Napoli; ma non avendo ottenuto un numero sufficiente di voti, fu eletto nel collegio unico nazionale. Ancor prima dell'Assemblea costituente egli fece parte di una apposita commissione creata dalla Democrazia Cristiana al fine di elaborare una linea unitaria del partito alla Costituente e venne poi designato dal partito come « esperto » nella c.d. commissione Forti, creata presso il Ministero della Costituente il 21 novembre 1945 al fine di fornire « materiali » all'Assemblea (su queste vicende, v. DE SIERVO, *Il progetto democratico cristiano e le altre proposte: scelte e confronti costituzionali*, in ROSINI (a cura di), *Democrazia Cristiana e costituente*, Roma, 1980, 565 ss.; CHELI,

zione bisogna tener conto di un dato: all'Assemblea costituente su 207 deputati della Democrazia Cristiana (che alle elezioni aveva ottenuto una percentuale del 35 %), ben 34 erano docenti universitari (pari al 15,7 % dell'intero gruppo), e quasi tutti erano legati a precise correnti politico-culturali: il vecchio Partito popolare (Corsanego, Tupini, Fuschini...), le forze sindacali (Rapelli, Storchi), i giovani antifascisti della FUCI e del Movimento laureati cattolici (Moro, Taviani, Vanoni, Bettiol, Gonella, Dominedò, Leone). Ebbene, Mortati non era strettamente legato ad alcuna di queste correnti e dunque si può ragionevolmente ritenere che di nessuna di esse risentisse l'influenza in modo totalmente coinvolgente, anche perché il suo innato spirito di indipendenza ed il suo rigore morale non lo portavano di certo a subire passivamente le decisioni del gruppo al quale, in Assemblea costituente, aveva aderito (che egli, al contrario, contribuì spesso a determinare).

Un legame (e, dunque, una reciproca influenza) si creò spontaneamente tra Mortati, La Pira, Togni, Ambrosini e Tosato, che erano vicini (ma non iscritti) al Movimento laureati cattolici, che aveva, per molti versi, dato una soluzione di continuità rispetto alla tradizione del Partito popolare (ed al suo vetero-regionalismo). Notevole e significativo, in una prospettiva di esaltazione del pluralismo democratico e dell'autonomia delle formazioni sociali, tra le quali venivano inseriti gli enti pubblici territoriali (compresa la Regione), fu pure il ruolo dei « dossettiani » (i c.d. « professorini », tra i quali, oltre Dossetti, vanno menzionati Fanfani, La Pira e Moro) (4).

La posizione di Mortati nei loro confronti è peculiarissima: formalmente ai margini della corrente, egli fu personalmente molto

Costituente e Costituzione, in *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna, 1978, 30 ss. e 64; MORO R., *I movimenti intellettuali cattolici*, in RUFFILLI (a cura di), *Cultura politica e partiti*, cit., 160 ss.; BRUNO, *I giuristi alla Costituente: l'opera di Costantino Mortati*, in DE SIERVO (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, II, Bologna, 1980, 71 ss.

(4) L'idea di A. Moro (poi prevalsa in seno all'Azione Cattolica) di una concezione « gradualistica » del testo costituzionale attraverso le « formazioni intermedie » (dalla persona alla famiglia, all'impresa, al partito, al sindacato, alla Regione) fu bene accolta da quasi tutti e pienamente condivisa da Mortati, le cui idee sul punto coincidono largamente con quelle dei « dossettiani ».

vicino a Dossetti, cui doveva il suo inserimento nel partito a livello nazionale. Insieme a Dossetti, Fanfani, La Pira, Moro e Luzzati, Mortati si ritroverà più tardi nella rivista « Cronache sociali ». Giustamente, tuttavia, si è osservato che la linea di questi Costituenti (con la sola esclusione, forse, di Luzzati, non molto attivo, a dire il vero, in Assemblea) non era diversa da quella di esponenti meno « dossettiani »: Tupini, Piccioni, Taviani, Vanoni, Tosato (5).

3. In questo quadro, la posizione di Mortati nell'Assemblea costituente non si adeguò pedissequamente — come si è accennato — alle concezioni di Sturzo. Tra i due uomini, tra l'altro, non pare sia mai esistito un rapporto stretto e filiale. Sturzo, infatti, appella sempre Mortati con un certo distacco (dovuto, forse, ad una inconscia soggezione di fronte ad un così fine ed agguerrito giurista): « il professor Mortati ». Ad ogni modo, a Sturzo ed al suo continuo e pressante riferimento al ruolo delle classi sociali e delle forze economiche nella gestione diretta dell'ente Regione, Mortati deve probabilmente l'idea di un Senato a base regionale e composto in modo *lato sensu* corporativo. La proposta mortatiana di una seconda Camera eletta su base regionale e professionale fu invece — secondo altri (6) — il frutto dell'influenza dei Laureati cattolici (7) (... la professione come forma di decentramento della democrazia).

Non è facile, d'altra parte, attribuire all'uno o agli altri la qualifica di « radice culturale » delle proposte mortatiane; probabilmente influirono entrambe.

Non v'è invece dubbio che Mortati fu colpito in modo singolare dal « comunitarismo » di A. Olivetti, nonostante questi non fosse un regionalista convinto (nel senso sturziano del termine)

(5) DE SIERVO, *op. ult. cit.*, 605 s., nt. 117.

(6) Così R. MORO, *op. ult. cit.*, 245 s.

(7) L'esistenza di un legame non superficiale di Mortati con la FUCI ed i laureati cattolici trova conferma nel saggio *La Regione nell'ordinamento costituzionale italiano* pubblicato su *Studium* (che era appunto la rivista dei Laureati) nel 1947 e nella lezione *Partiti e Stato moderno*, tenuta ai giovani della FUCI nel 1949.

e aderisse (sia pure senza eccessivo impegno) a tutt'altra formazione politica⁽⁸⁾.

Non trascurabile sulla formazione di Mortati fu pure il peso delle idee di G. Ambrosini che, già in uno scritto del 1933⁽⁹⁾, aveva teorizzato la differenza tra Stato federale e Stato caratterizzato dalle autonomie regionali, affermando, tra l'altro, che in quest'ultimo tipo di Stato la Regione (creata sulla base del principio di autonomia e non di quello del decentramento) « può venire in rapporto di coordinazione o di subordinazione con altra personalità superiore, quella dello Stato, senza restare però a disposizione completa e all'assoluta mercé di esso ». Parole, queste, in cui si sente chiaramente l'eco di problemi che oggi travagliano lo sviluppo del regionalismo italiano, ancora non nettamente delineato verso forme cooperative ovvero di sottoordinazione. Lo stesso Ambrosini, poi, in un discorso pronunciato all'Assemblea costituente il 10 giugno 1947⁽¹⁰⁾, illustrando il progetto di riforma regionale, riprende in esame la distinzione tra decentramento (burocratico e istituzionale) ed autonomia e fonda l'essenza dell'autonomia regionale sulla attribuzione della potestà legislativa.

(8) Un primo accenno al concetto di comunità di base o « comunità concreta » elaborato da Olivetti si ha già nell'intervento di Mortati nella seduta 29 luglio 1946 della II Sottocommissione della Commissione per la Costituzione (Atti, 844 s.). Successivamente Mortati, in un saggio su *Comunità* del 1952, *Problemi dell'ordinamento regionale* (ora in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, in *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1973, 477) si richiama al pensiero di Olivetti condividendo l'impostazione della rappresentanza regionale legata a reali forze sociali. L'analisi più completa ed organica degli scritti di Olivetti è però compiuta da Mortati nel saggio *Autonomie e pluralismo nel pensiero di Adriano Olivetti*, in MARANINI (a cura di), *La Regione e il governo locale*, I, Milano, 1965, XXXVII ss., nel quale l'autore, esaminando la concezione federalista di Olivetti, ribadisce ciò che aveva avuto altre volte modo di affermare (soprattutto nei suoi interventi in Assemblea costituente), vale a dire che lo scopo fondamentale da raggiungere nell'ordine politico delle comunità è che « l'amministrazione regionale non rimanga avulsa dalla vita reale, dai bisogni e dai sentimenti effettivi delle comunità, ma così compenetrata in essi da realizzare un sostanziale equilibrio fra loro ».

(9) AMBROSINI, *Un tipo intermedio di Stato tra l'unitario e il federale, caratterizzato dall'autonomia regionale*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1933, 93 ss.

(10) Ora riprodotto, con il titolo *Il sistema regionale italiano*, in SANTA-RELLI (a cura di), *Dossier sulle Regioni*, Bari, 1970, 310 ss.

Tema, questo, che verrà puntualmente precisato da Mortati sia nei suoi studi sia negli interventi all'Assemblea costituente.

Può anche affermarsi che, in una ricerca sulle origini del pensiero di Mortati in materia di autonomie locali, il concetto politico di *autonomismo* (G. Dorso), va distinto dal problema costituzionale del *federalismo* (G. Salvemini) e istituzionale del *regionalismo* (L. Sturzo), nonché meglio definito rispetto ai fenomeni del *separatismo* (A. Finocchiaro Aprile) e del *municipalismo* (N. Colajanni).

In conclusione, tuttavia, dobbiamo osservare che — nonostante il tributo che probabilmente Mortati deve al pensiero di Sturzo, dei Laureati cattolici, di Olivetti, di Ambrosini e dei meridionalisti — proprio la ricchezza e la diversità di provenienza delle fonti ispiratrici possono provare solo due cose:

a) l'indipendenza e l'originalità della personalità di Mortati, sia come studioso sia come deputato all'Assemblea costituente. Mortati attinge, infatti, con sereno giudizio ad ogni possibile fonte per elaborare una concezione sobria ed equilibrata dell'autonomia degli enti pubblici territoriali;

b) il carattere sostanzialmente non incisivo di alcuna delle fonti sopra indicate nella formazione del pensiero di Mortati sulle autonomie.

Può anzi dirsi di più: nella stesura del testo costituzionale che — come è ben noto — richiede chiarezza di propositi e di idee ma anche capacità di rinunce reciproche tra le parti e notevole flessibilità mentale, oltre che alta competenza tecnico-giuridica, Mortati operò essenzialmente come « tecnico », se non neutrale, quanto meno non fazioso. Non a caso Baget-Bozzo colloca Mortati al di fuori di ogni corrente, nel gruppo dei « giuristi-costituzionalisti » cattolici ⁽¹¹⁾.

Riteniamo pertanto che, piuttosto che essere influenzato, Mortati, grazie alla sua statura giuridico-culturale, ebbe soprattutto capacità di influenza, e non poca (dividendo il « peso » e la « ricchezza » di radici comuni con molti altri colleghi di parte cattolica).

(11) BAGET-BOZZO, *Il partito cristiano al potere. La DC di De Gasperi e di Dossetti*, Firenze, 1974, I, 147 e 190.

II

1. La storia del regionalismo italiano nel periodo repubblicano (se di storia può già parlarsi) appare invero estremamente confusa, contrassegnata, come essa è, non da un andamento continuo e lineare, bensì da un ininterrotto travaglio nella definizione delle competenze regionali e dei conseguenti rapporti tra lo Stato centrale ed i nuovi enti, da reciproche incomprensioni, da significativi ritardi nell'attuazione delle disposizioni costituzionali⁽¹²⁾, da resistenze dell'apparato governativo che hanno espresso negli ultimi anni, sia sul piano formale che su quello informale, una tendenza verso un nuovo centralismo. Né migliore sorte hanno avuto le Province ed i Comuni, il cui ordinamento è tuttora fermo ad un testo legislativo che risale a più di cinquant'anni fa (e si interseca e si confonde con le nuove funzioni attribuite a questi enti), senza che abbia buon esito — almeno sino al momento in cui si scrive — la legge di riforma (pur essa, per taluni aspetti, criticabile) che giace da alcuni anni in Parlamento.

Eppure il disegno costituzionale delle autonomie territoriali, per quanto possa definirsi sintetico, appare, in buona misura, ancora valido, anche se frutto, in alcune sue parti, di elaborati e, alle volte, faticosi compromessi tra i partiti politici e ormai bisognevole, avuto riguardo ad alcune disposizioni, troppo « datate », di aggiornamenti ed integrazioni. Innanzi tutto, va valutata la disposizione di principio — vero cardine interpretativo dell'intero titolo V — secondo la quale « L'Italia, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali » e la netta prescrizione al Parlamento di adeguare i principi ed i metodi della legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento. E dunque nessun pregiudizio per l'unità nazionale (vista anche — sotto il profilo

(12) Tutti questi contraddittori elementi non erano sfuggiti alla sensibilità di Mortati che, già nel 1969, osservava tra l'altro (*Caos nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Giur. cost.*, 1959, 726) come si fosse in presenza di una « situazione caotica, di vera anarchia nei rapporti tra Stato e Regione determinata dalla carenza di una anche vaga e generica linea direttiva nell'attuazione dell'ordinamento regionale ».

giuridico — come unitarietà dell'ordinamento statale) può venire dalla creazione delle Regioni, essendo l'unità saldamente presidiata dalla disposizione contenuta nel I comma dell'art. 5 della Costituzione e dai limiti costituzionali posti alla potestà legislativa regionale. E tuttavia Mortati, mentre esclude che le Regioni a statuto ordinario possano rappresentare un pericolo per l'unità nazionale (soprattutto per la quantità e la qualità degli oggetti ai quali si possono riferire le loro norme legislative), ritiene al contrario, in un primo tempo, che quelle a statuto speciale siano veramente fomite di gravi pericoli (con particolare riguardo agli statuti della Sicilia e del Trentino Alto Adige)⁽¹³⁾ ⁽¹⁴⁾.

Ma, invero, nella realtà dei rapporti tra ordinamenti — così come essa si è venuta atteggiando in tanti anni di vigenza degli statuti speciali — la supremazia dell'originario ordinamento statale non è mai venuta meno; per cui le preoccupazioni di Mortati si sono dimostrate quanto meno eccessive. Certo, occorre pur dire che tale supremazia è stata alle volte assicurata con espedienti poco rispondenti alle regole del diritto, cui, invece, dovrebbe essere affidata: è il caso, ad esempio, dello statuto siciliano, il cui coordinamento con la Costituzione è intervenuto di fatto anziché mediante una doverosa, e peraltro prescritta, modifica delle sue norme non compatibili con le sopravvenute disposizioni costituzionali o, in tempi successivi alla sua conversione in legge costituzionale, mediante una revisione secondo le procedure previste nell'art. 138 Cost. Ed è da ricordare che l'unitarietà della giurisdi-

⁽¹³⁾ *Problemi dell'ordinamento regionale*, cit., 479 ss.

⁽¹⁴⁾ Mortati partecipa attivamente al dibattito che, dal 12 al 31 gennaio 1948, si svolge all'Assemblea costituente sui disegni di legge costituzionale di approvazione degli statuti speciali. Significativi, ai nostri fini, i suoi interventi a favore del principio della unità della giurisdizione, che sarebbe stato vulnerato ove nello statuto del Trentino-Alto Adige si fosse sostanzialmente trasferita al Presidente della Giunta regionale la competenza in materia di organizzazione e sorveglianza degli uffici di conciliazione (seduta del 29 gennaio, in *Atti Assemblea costituente*, XI, 4180); contro la disposizione che prevedeva la rappresentanza da parte del Presidente della Giunta regionale sarda del Governo centrale (seduta del 28 gennaio, in *Atti*, XI, 4096) ed in materia di parificazione della lingua italiana alla lingua francese nello statuto della Valle d'Aosta (seduta del 30 gennaio, in *Atti*, XI, 42125).

zione costituzionale è stata ristabilita non con la revisione dello statuto — come sarebbe dovuto correttamente avvenire — bensì dalla Corte costituzionale, con la nota sentenza n. 38 del 1957 sull'Alta Corte per la Regione siciliana ⁽¹⁵⁾.

Peraltro lo stesso Mortati, attenuando non poco, in uno scritto successivo ⁽¹⁶⁾, il suo primo giudizio, ha riconosciuto che l'art. 5 rappresenta un saldo presidio del carattere unitario dello Stato e che è da escludere che nella Costituzione siano stati assunti elementi federalistici (con la sola eccezione — a suo parere — dello statuto siciliano che conterrebbe, a causa del mancato coordinamento, norme le quali « eccedono perfino il campo entro il quale è ordinariamente contenuta la competenza degli Stati membri delle federazioni »; ma, se è così, si è già detto che tali norme sono state, di fatto, rese inoperanti).

Quanto, poi, allo statuto del Trentino-Alto Adige, Mortati, da un lato riconosce ⁽¹⁷⁾ che la concessione di poteri di autogestione all'Alto Adige costituì l'adempimento di obblighi di carattere internazionale; e, dall'altro, esamina con grande lucidità lo stato in cui versano in questa parte della Regione i rapporti tra il gruppo etnico tedesco e la minoranza italiana, giungendo a proporre alcune

⁽¹⁵⁾ Sulla questione dell'Alta Corte Mortati ha avuto modo di pronunciarsi in uno scritto, *L'Alta Corte per la Sicilia nella Repubblica Italiana « una e indivisibile »*, in *Atti del II Convegno di Studi Regionali*, Roma, 1958, 187 ss., nel quale, dopo aver sostenuto che la caducazione delle norme dello statuto siciliano relative all'Alta Corte è deducibile, più che dalle norme sull'abrogazione, « dalla inferiorità del grado occupato nella gerarchia delle fonti dalla legge costituzionale di approvazione dello Statuto rispetto alla Costituzione che era già entrata in vigore », decisamente afferma, in nome dei principi di unità e indivisibilità dello Stato e di unità e di concentrazione del controllo di costituzionalità, l'incompatibilità tra l'Alta Corte e la Corte costituzionale. Parimenti, avuto riguardo all'art. 23 dello Statuto siciliano, Mortati (*Sull'incostituzionalità dell'art. 23 ultimo comma, Statuto Regione Siciliana*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1960, 321 ss.), ne nega nel modo più reciso la costituzionalità: « non essendo contestabile il principio che presiede all'ordinamento degli Stati a decentramento regionale (che costituisce uno dei caratteri di più precisa differenziazione rispetto a quello di tipo federale) e che conduce ad escludere ogni specie di competenza regionale nell'esercizio della funzione giurisdizionale ».

⁽¹⁶⁾ *Ispirazione democratica della Costituzione* (1955), in *Raccolta di scritti*, cit., II, 298 s.

⁽¹⁷⁾ *Op. ult. cit.*, 297.

misure, da adottare sul piano di fatto (sul quale opera il gruppo tedesco), idonee ad assicurare una pacifica convivenza tra i due gruppi linguistici e ad evitare la progressiva resezione del nesso che lega la Provincia di Bolzano allo Stato italiano (misure sulle quali sarebbe opportuno, in sede politica, ancora oggi meditare) ⁽¹⁸⁾.

2. Altro aspetto della salvaguardia dell'unità nazionale, caro a Mortati, è dato dalla estensione delle competenze legislative regionali, nell'implicito presupposto che tale unità va riferita non soltanto all'assetto politico (ove si pensi che, in tal senso, sono da considerare unitari anche gli Stati federali, nei quali — come egli avverte ⁽¹⁹⁾ — si fa valere l'esigenza di una omogeneità sostanziale tra l'ordine costituzionale dello Stato centrale e quello degli Stati membri), ma anche — e soprattutto — all'unitarietà dell'ordinamento giuridico e, dunque, del sistema normativo. Del resto siffatta distinzione è pur consacrata nella Costituzione, laddove essa fa riferimento all'unità nazionale, intesa come coesione dell'intera comunità organizzata nello Stato-istituzione, di cui l'art. 87 proclama rappresentante il Presidente della Repubblica al quale assegna il compito di esercitare il controllo, in una posizione *super partes*, sugli indirizzi politici di volta in volta prevalenti nel Paese, in modo da poter accertare se rispettino il metodo democratico e le esigenze unitarie della nazione ⁽²⁰⁾; ed alla « Repubblica una e indivisibile », vale a dire ad una forma di governo che mantiene fermo il canone dell'unitarietà dell'ordinamento giuridico ma, spezzando il monopolio giuridico dello Stato-persona, al tempo stesso

⁽¹⁸⁾ *Intervento* al VI Convegno Amici e Collaboratori del Mulino, *Una politica per l'Alto Adige*, in *Atti del Convegno*, Bologna, 1962, 218 ss.

⁽¹⁹⁾ *I limiti della legge regionale* (1959), ora in *Raccolta di scritti*, III, cit., 557.

⁽²⁰⁾ In questo senso, MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, IX ed., Padova, 1976, 648, per la tesi contraria, v. RESCIGNO G.U., *Il Presidente della Repubblica*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1978, 187, il quale sottolinea il valore essenzialmente ideologico della disposizione che assegnerebbe al Presidente della Repubblica il compito di garantire l'unità e la continuità dello Stato e di rappresentare non solo l'apparato statale ma l'intera comunità.

« riconosce le autonomie locali » e « adegua i principi e i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento ». Di modo che l'ordinamento giuridico non appare più come il frutto della esclusiva attività normativa dello Stato-persona (si come avveniva nello Stato rigidamente accentrato di stampo ottocentesco) bensì alimentato da varie fonti — statali, degli enti pubblici territoriali e di altri soggetti dotati di autonomia — tutte sottomesse, però, alla Costituzione, alla quale spetta di assicurare la integrità del sistema (21).

In questo quadro, Mortati è particolarmente sensibile al problema dei limiti posti alle leggi regionali e diretti ad assicurare l'unitarietà dell'ordinamento. Egli è, peraltro, uno strenuo difensore dell'attribuzione alle Regioni della potestà legislativa e già in Assemblea costituente (22), sostiene che l'intervento del potere centrale « deve servire semplicemente a fissare le direttive nell'ambito delle quali deve svolgersi il potere legislativo della Regione, adattando le direttive generali alle esigenze dei singoli istituti giuridici nella sfera locale » e che questi sono i motivi che giustificano l'ordinamento regionale. Al tempo stesso, tuttavia, ritiene che l'autonomia legislativa regionale (che si esprime nella potestà ripartita) è da ricondurre più all'attività regolamentare che ad una legislativa primaria, poiché è lo Stato che deve fissare i principi direttivi di quelle leggi affidate poi alla Regione per il loro svolgimento (23).

Successivamente, però, Mortati corregge il suo pensiero ed assegna agli atti normativi della Regione il valore di legge formale, pur con tutti i limiti ad essi posti dalle disposizioni costituzionali, dagli statuti e dalle leggi ordinarie dello Stato (24).

(21) Ed è proprio il limite derivante dalla Costituzione il primo che MORTATI, *Istituzioni*, II, cit., 929, prende in esame a riguardo della legislazione regionale.

(22) Commissione per la Costituzione - Adunanza plenaria, seduta del 17 gennaio 1947, in *Atti*, 126. È da notare che, in seno alla Commissione dei 75, Mortati fu chiamato a far parte della Seconda Sottocommissione (Organizzazione costituzionale dello Stato) ed, in questa, del comitato sul potere legislativo.

(23) *Problemi dell'ordinamento regionale*, cit., 480.

(24) Si vedano le *Istituzioni*, II, cit., 925, nelle quali gli atti normativi in cui si esprime l'autonomia regionale vengono ricondotti alla categoria di quelli che assumono « valore di legge formale ».

Del modo in cui Mortati intende tali limiti non è certamente possibile trattare a fondo, almeno in questa sede.

Occorre peraltro rilevare che egli ha una concezione piuttosto rigida dell'ambito nel quale può svolgersi la potestà legislativa regionale, ed a ciò è portato dalla sua costante preoccupazione che la previsione di limiti troppo ampi (od una loro interpretazione estensiva) possa, alla lunga, giungere a pregiudicare le esigenze unitarie. In tal senso, egli ammette che lo Stato, nel dettare i principi fondamentali, possa formularli in modo da restringere, sia pure entro certi limiti, l'autonomia delle Regioni⁽²⁵⁾. Ma riconosce, ciò non pertanto, che il sistema del controllo sull'attività legislativa regionale, che consente al Governo la possibilità di arrestare tale attività attraverso il ricorso alla Corte costituzionale od al Parlamento, risulta essere « così intenso da potersi ritenere anche eccessivo, forse addirittura in contrasto con il carattere che si voleva conferire all'autonomia regionale », sino a ridurla ad una « parvenza » ed auspica che ciò non avvenga, in virtù dell'indipendenza della Corte costituzionale, da una parte, e, dall'altra, della efficienza delle « forze regionali » in seno al Parlamento⁽²⁶⁾.

Quanto, poi, alla individuazione dei limiti, Mortati così specifica quelli non derivanti da norme costituzionali che espressamente li prevedano:

a) estensione alle leggi siciliane delle quattro categorie fondamentali di limiti previste negli statuti delle altre regioni ad autonomia differenziata, non tanto in via analogica (come ritenuto da parte della dottrina e dalla giurisprudenza dell'Alta Corte per la regione siciliana) quanto, piuttosto, sulla base di una interpretazione dello statuto che ne consenta l'adeguazione al sistema;

b) esistenza di una serie di limiti alla potestà legislativa esclusiva costituiti da quei principi che sono da considerare caratterizzanti la struttura generale dello Stato, ed, in particolare, i principi della democraticità, del decentramento, della tipicità delle forme;

c) obbligo del carattere della generalità ed astrattezza delle norme legislative con la sola eccezione di leggi speciali che siano

⁽²⁵⁾ *Op. ult. cit.*, 480 s.

⁽²⁶⁾ *Problemi dell'ordinamento regionale*, cit, 480.

giustificate dall'esistenza di situazioni che richiedano un trattamento differenziato;

d) esigenza di assicurare l'uniformità del trattamento giuridico per tutto lo Stato (ove la riserva sia da considerare assoluta) e, dunque, divieto di emanare norme in materia penale, norme di diritto privato e leggi retroattive;

e) esclusione di un potere legislativo delle Regioni in materie diverse da quelle ad esse assegnate mediante l'inclusione negli appositi elenchi, che abbia per presupposto l'esistenza di poteri impliciti o connessi, e concreta determinazione della sfera dell'effettiva attività regionale in ordine alle materie elencate in modo da salvaguardare le esigenze unitarie;

f) limiti derivanti dalla tutela dell'interesse dell'intera collettività statale (potestà limitata alle materie, o parti di materie, che non trascendano l'interesse proprio delle Regioni; contenimento delle norme regionali nell'ambito territoriale proprio dell'ente; divieto di norme contrastanti con l'interesse nazionale, nel senso che è possibile rilevare l'inopportunità di tali norme rispetto alle esigenze generali dello Stato) (27).

3. È da chiedersi, adesso, quali riscontri abbia ottenuto, sul piano del concreto svolgersi dei rapporti Stato-Regione, la costruzione teorica sopra sommariamente ricordata, fondata su una interpretazione alquanto restrittiva delle disposizioni costituzionali che delimitano la potestà legislativa regionale.

Possiamo affermare, in una prima approssimazione, che essa ha ricevuto nella prassi e nella giurisprudenza costituzionale, con-

(27) *I limiti della legge regionale* (1962), ora in *Raccolta di scritti*, III, cit., 551 ss.; ma v., anche, *Sulla potestà delle Regioni ad emanare norme di diritto privato*, *ibidem*, 503 ss.; nelle *Istituzioni*, II, cit., 933 s., Mortati ulteriormente conferma, con esplicito riferimento al principio di eguaglianza, la possibilità della Regione di emanare leggi retroattive od a contenuto non generale ed astratto quando ciò risulti giustificato dalla peculiarità del caso regolato, irriducibile a quello cui ha avuto riguardo la norma generale. È anche da avvertire che, nell'opera ult. cit., 937 s., Mortati ritiene che il limite del rispetto delle riforme economiche-sociali sia da ricondurre alla potestà ripartita e non a quella esclusiva, nella considerazione che i principi relativi a tali riforme vanno ricavati dalle singole leggi che le dispongono.

ferme e smentite. Conferme, per quel che attiene alla estensione alla legislazione siciliana dei limiti previsti negli statuti delle altre Regioni ad autonomia differenziata, al divieto di emanare norme in materia penale, norme di diritto privato e leggi retroattive, al limite territoriale, ai principi della democraticità, del decentramento e della tipicità delle forme. Smentite negli altri casi.

In primo luogo, legislazione statale, statuti ordinari e giurisprudenza costituzionale hanno esteso — come è ben noto — le competenze regionali a materie non strettamente riconducibili, qualora esse vengano identificate secondo il criterio oggettivo e non secondo quello finalistico, a quelle enumerate nell'art. 117 Cost. e negli statuti speciali. In secondo luogo, le leggi regionali non si caratterizzano per la generalità e l'astrattezza delle norme in esse contenute; ed infatti (anche se il fenomeno non coinvolge tutte le Regioni) la maggior parte di esse possono ascrivere alla categoria delle leggi-provvedimento. Il superamento di tale limite (con il consenso del Governo, in sede di controllo, e della Corte costituzionale) va peraltro considerato negativamente, ove si osservi che esso ha favorito, soprattutto nelle Regioni nelle quali è minore il grado di sviluppo economico-sociale, la tendenza ad usare la legge regionale come strumento per operare scelte non coerenti con i fini per i quali le Regioni sono state istituite e, talvolta, persino contrastanti — per la loro parzialità e disorganicità — con gli interessi generali delle popolazioni locali.

Infine, lo stesso limite territoriale, se lo si interpreta come diretto a vietare alla Regione di disporre in ordine a rapporti « destinati a svolgersi fuori dell'ambito del territorio suo proprio ed altresì a quelli per loro natura tali da produrre effetti ripercuotentesi sugli appartenenti ad altre regioni o a tutto lo Stato »⁽²⁸⁾, ha subito delle deroghe. Basti pensare, al riguardo, alle disposizioni contenute negli artt. 1, II comma, della legge 22 luglio 1975, n. 382 e 4, II comma, D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616,

(28) In questo senso, *Istituzioni*, II, cit., 942; Mortati ammette tuttavia (*I limiti*, cit., 592 s.) che la legge regionale in limitate situazioni possa spiegare un'efficacia ultraterritoriale e fa, al riguardo, l'esempio della legge della Regione sarda relativamente alla pesca nel mare territoriale (legge ritenuta legittima dalla Corte costituzionale).

a norma dei quali le Regioni possono rispettivamente addivenire, per le attività ed i servizi che interessano territori finitimi, ad intese e costituire uffici o gestioni comuni anche in forma consortile e svolgere all'estero attività promozionali relative alle materie di loro competenza, previa intesa con il Governo e nell'ambito degli indirizzi e degli atti di coordinamento predisposti dallo Stato⁽²⁹⁾.

4. Un ulteriore limite alle leggi regionali, al quale Mortati dedica particolare attenzione, è quello dato dal rispetto dell'interesse nazionale⁽³⁰⁾. Senza indugiare sulle varie definizioni che di questo così evanescente « limite di merito » alla legislazione regionale (mai peraltro fatto valere — come tale — dallo Stato) sono state date in dottrina, ma riaffermando, al tempo stesso, l'esigenza che esso venga tenuto distinto dai limiti di legittimità⁽³¹⁾ è da dire, in primo luogo, che Mortati contesta risolutamente

(29) È noto come alcune Regioni abbiano però ampiamente disatteso il dettato dell'art 4, comma II, D.P.R. n. 616, addivenendo alla costituzione di « uffici », « comitati », o « commissioni permanenti » per i rapporti comunitari o, addirittura (come nel caso della Regione Lazio), internazionali, o aderendo a comunità sovranazionali ovvero, ancora, stipulando « intese » o « accordi di lavoro » con alcuni Stati membri di Stati federali o con Regioni appartenenti ad altri Stati; ma tali interventi *extra moenia* sono stati severamente censurati dalla Corte costituzionale. Altri esempi di norme regionali con effetti nell'ambito ultraregionale si possono rinvenire in GIZZI, *Manuale di diritto regionale*, V ed., Milano, 1986, 416 s.

(30) *I limiti* cit., 584, II; *Istituzioni*, II, cit., 944 ss.

(31) Tale esigenza è dovuta, innanzitutto, al rispetto delle disposizioni costituzionali che nettamente distinguono il limite di legittimità dal limite di merito; di modo che un limite alle leggi regionali, diverso da quelli di legittimità posti dalla stessa Costituzione, dovrebbe, almeno secondo le previsioni dei Costituenti, pur rinvenirsi. Di fatto, invece, nessuna legge regionale è stata sinora impugnata innanzi alle Camere per contrasto di interessi. E poiché sembra ragionevolmente da escludere che le leggi delle Regioni a statuto speciale, prima, e, successivamente, anche quelle delle Regioni di diritto comune siano mai incorse in tale vizio, non resta che concludere che ciò è stato reso possibile o perché l'interesse nazionale è stato preventivamente determinato in via legislativa, nel presupposto che il Parlamento, competente a giudicare sulla violazione dell'interesse nazionale, bene può preliminarmente specificare, con legge, tale interesse; o che il conflitto è stato risolto, in via informale, in sede di rinvio delle leggi ai Consigli regionali; ovvero, ancora, che dell'interesse nazionale si è adottata una nozione talmente restrittiva che esso non ha mai subito alcuna violazione. Ora,

la prassi (avallata dal Corte costituzionale) secondo la quale leggi dello Stato (in particolare, le norme di attuazione degli statuti speciali) hanno disciplinato determinati settori di materie, pur se attribuiti dagli statuti all'esclusiva competenza regionale, perché

nella prima ipotesi si è aggirata surrettiziamente la norma costituzionale che vuole il conflitto (qualora insorga) risolto in via successiva dalle Camere e non dalle stesse evitato mediante la determinazione in via preventiva, e di volta in volta, degli ambiti dell'interesse nazionale attinenti alla disciplina delle materie di competenza regionale, senza con ciò contribuire, tra l'altro, (come osserva PALADIN, *Diritto regionale*, IV ed., Padova, 1985, 91) ad una maggiore certezza del diritto.

Nella seconda ipotesi, sembra davvero improbabile che i rilievi governativi sulla violazione del limite di merito siano stati tutti accolti dai Consigli regionali, con la conseguente eliminazione del vizio denunciato in sede di seconda approvazione della legge, a meno che, nel caso contrario ed in sede di ricorso alla Corte, tali rilievi siano stati formulati — come, in effetti, è accaduto — sollevando una questione di legittimità. In ambedue i casi, comunque, la norma contenuta nell'ultimo comma dell'art. 127 Cost. (e nei corrispondenti articoli degli statuti speciali) non ha trovato applicazione, è stata svuotata di contenuto: *tamquam non esset*. E ciò è avvenuto non per inerzia o per comportamenti omisivi delle forze politiche (come può osservarsi in altri casi di inattuazione della Costituzione), bensì per una serie di comportamenti attivi. Quel che ne è derivato, alla fine, è una modificazione tacita (una delle tante!) della Costituzione rigida che presenta, però, una sua peculiarità. Ed, infatti, che anche nelle costituzioni rigide «modificazioni notevoli avvengono, pur senza il ricorso alla funzione costituente, attraverso l'ordinaria attività di determinazione dell'indirizzo politico e la collegata attività legislativa» (MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, 164), è fenomeno ben noto e ricorrente (per quanto discutibile, almeno quando acquista anomali dimensioni, nei suoi presupposti logico-giuridici). Solo che, nelle ipotesi in esame, non siamo in presenza di una modificazione in senso stretto, giacché nulla è stato tolto o aggiunto al significato originario della disposizione: la volontà che essa esprime e secondo la quale i vizi di merito delle leggi regionali vanno sottoposti al giudizio delle Camere (per cui l'esistenza del vizio presuppone l'esistenza di una legge approvata dal Consiglio regionale) è rimasta intatta. Non è, in altri termini, mutata la disposizione, nella sua concreta applicazione; è, invece, mancata del tutto l'applicazione. Cosicché la modificazione tacita non riguarda tanto il contenuto delle disposizioni costituzionali sul controllo di merito, quanto, piuttosto, il sistema di controllo statale sulle leggi regionali, nella parte in cui il controllo di merito affidato alle Camere è stato amputato dalla Costituzione. A meno che non si voglia prendere in considerazione la terza ipotesi, sopra avanzata, e cioè che una nozione estremamente restrittiva dell'interesse nazionale, quale risulta da una progressiva depurazione di tutte le sue componenti giuridiche, non ha sinora fatto sorgere alcun caso

ritenuti attinenti all'interesse nazionale⁽³²⁾. Infatti, secondo la ricostruzione mortatiana, il limite in esame « riguarda l'opportunità della legge non nei confronti della Regione (ciò che sarebbe inammissibile invasione nella sua sfera di autonomia) ma solo in quelli dell'intero paese »⁽³³⁾.

Meglio precisando il suo pensiero, Mortati è portato a respingere le tesi di quegli autori che, al tempo in cui scriveva, nell'esaminare il fondamento del limite ammettevano, con varie motivazioni, la sua formalizzazione da parte della legge statale, così trasformandolo da limite di merito in limite di legittimità, con la conseguenza di provocare gravi alterazioni costituzionali delle competenze. Egli propone, invece, di percorrere altre vie che qui brevemente possiamo così riassumere: *a)* quando la Costituzione o gli statuti speciali fanno riferimento alla natura o all'entità dell'interesse per delimitare l'ambito della competenza regionale, l'identificazione di tale ambito — ancorché si renda necessario richiamarsi a norme non giuridiche — rientra nel campo del giudizio di legittimità, rivolta com'è a precisare uno dei requisiti condizionanti la capacità di legiferare delle Regioni e rientrando il giudizio relativo nella c.d. « discrezionalità tecnica », sempre apprezzabile dal giudice della legittimità; *b)* allo stesso modo, quando il richiamo alla natura o all'entità dell'interesse si renda necessario allo scopo di stabilire se la legge regionale abbia rispettato il limite territoriale, è configurabile il vizio di legittimità anche nel caso in cui la legge non abbia efficacia ultraterritoriale, giacché il rivolgere la normazione a beni o rapporti che si trovano o si esplicano nel territorio non sempre è sufficiente a comprovare il rispetto del limite in parola; *c)* infine, sempre riferibile al limite territoriale, ma con maggiore rilevanza, è la si-

di legge regionale viziata nel merito. E tuttavia sembra poco credibile che siffatta ipotesi si sia verificata o si verifichi, ove si consideri che — come l'esperienza dimostra — il legislatore ed il Governo in sede di controllo sulle leggi regionali tendono a non lasciare un sia pur minimo margine alla sussistenza di un vizio di merito; altrimenti, se tale margine ci fosse stato, il vizio sarebbe stato certamente fatto valere.

⁽³²⁾ *I limiti*, cit., 586; *Istituzioni*, II, cit., 945 s.

⁽³³⁾ *Op. ult. cit.*, 944; v., anche, la nota alla sentenza n. 15 del 26 gennaio 1957, in *Giur. cost.*, 1957, 309.

tuazione che nasce allorché l'attività esplicantesi nell'ambito territoriale sia tale da ripercuotersi dannosamente al di là di esso, anche se il relativo accertamento comporti il ricorso a concetti quale quello di « normale tollerabilità » od a valutazioni di razionalità, di congruenza, di attendibilità dei motivi e dei presupposti della legge.

Così espunti dalla nozione di vizio di merito tutti i casi in cui, pur se occorre ricorrere, per giungere ad identificare la sfera di competenza regionale ed il rispetto del relativo limite, a norme od a valutazioni non giuridiche, ad esser lesa è sempre una disposizione costituzionale, il campo di applicazione del controllo delle Camere risulta essere davvero ristretto e Mortati, coerentemente, lo delimita assumendo che il contrasto con gli interessi nazionali diviene oggetto di un autonomo accertamento in sede di merito « solo quando esso si sostanzia in una divergenza fra gli orientamenti politici affermatasi in sede nazionale e quelli di cui la legge regionale sia espressione (oltre che nell'ipotesi più generale in cui il contrasto degli interessi non sia altrimenti riconducibile alla categoria dei vizi di legittimità) »⁽³⁴⁾. I pericoli per l'autonomia regionale insiti in tale configurazione del vizio di merito sono bene evidenti e presenti allo stesso Mortati, il quale, alla eventuale obiezione che, consentendo al Parlamento apprezzamenti di opportunità desunti da orientamenti politici contingenti, si viene a subordinare l'autonomia regionale all'arbitrio delle maggioranze al potere, risponde che si deve tuttavia fare affidamento sui freni opposti a tale arbitrio dalla stessa complessità del procedimento, dalla resistenza delle minoranze e dell'opinione pubblica, oltre che su quelli di natura più strettamente giuridica, che Mortati rinviene nella esigenza di coordinamento della disciplina delle stesse materie, allorché essa è affidata a più legislatori autonomi⁽³⁵⁾.

Purtroppo non è dato verificare la validità di tali freni ad un possibile arbitrio della maggioranza, anche se è lecito supporre che essi sarebbero stati ben labili. Ma ancor prima di ricorrere a previsioni che potrebbero non trovare ingresso in sede scientifica,

⁽³⁴⁾ *I limiti*, cit., 598.

⁽³⁵⁾ *Op. ult. cit.*, 606 ss.

è la stessa tesi mortatiana che suscita, invero, perplessità perché il solo ammettere che il Parlamento possa far valere apprezzamenti di opportunità desunti da orientamenti politici contingenti, oltre a costituire un effettivo pericolo per l'autonomia politica regionale nel caso in cui i freni non si attivino, finisce col porre come parametro del giudizio delle Camere non l'interesse dell'intera comunità nazionale, sia pure nelle forme e nei contenuti in cui esso è stato interpretato e fatto proprio dalla maggioranza, bensì un dato di per se stesso mutevole in quanto elaborato da una maggioranza in tesi, appunto, contingente e, in ipotesi, anche diversa da quella di governo ⁽³⁶⁾.

In questo quadro di estrema incertezza, vanno valutate positivamente le determinazioni legislative dei casi in cui il conflitto di interessi può insorgere. Ci riferiamo, in particolare, agli artt. 34, IV e V comma, della legge 5 agosto 1978, n. 468 e 4 dello statuto del Trentino Alto Adige. A norma del primo, le Regioni devono determinare gli obiettivi programmatici dei propri bilanci pluriennali in riferimento ai programmi regionali di sviluppo e in armonia con gli obiettivi programmatici risultanti dal bilancio pluriennale dello Stato; qualora però il Governo riscontri la mancata attuazione della armonizzazione prevista può promuovere la questione di merito per contrasto di interessi innanzi alle Camere. A norma del secondo, negli interessi nazionali posti a limite della potestà legislativa della Regione Trentino-Alto Adige è compreso quello della tutela delle minoranze linguistiche locali.

È qui da notare che le disposizioni in esame non avocano allo Stato la disciplina di sub-materie rientranti nella competenza regionale, nel presupposto che esse siano di interesse nazionale, ma si limitano ad individuare un parametro: rispettivamente gli

⁽³⁶⁾ Con ciò non si vuole minimamente svalutare la decisione del conflitto da parte delle Camere, decisione che assume la natura di un tipico atto di indirizzo politico, ma soltanto rilevare che la mancanza di un parametro (che sarebbe quanto mai arduo definire in via preventiva, data anche l'indeterminatezza della nozione di interesse nazionale) lascia il campo libero a motivazioni dettate, caso per caso, dall'interesse che la maggioranza che ha assunto la deliberazione intende, in quella circostanza, fare valere, senza potere escludere che l'affermazione di quell'interesse si risolva in un arbitrio.

obiettivi programmatici risultanti dal bilancio pluriennale dello Stato e la tutela delle minoranze linguistiche locali, al quale raffrontare le leggi regionali in sede di giudizio di merito. Rispettosa dell'autonomia regionale, questa soluzione ha anche il pregio di far chiarezza in un settore nel quale le diverse opinioni dottrinali, l'intervento del legislatore e la giurisprudenza costituzionale hanno contribuito non poco a rendere indefinito ed indefinibile il limite posto dall'interesse nazionale e, perfino a cancellarlo, di fatto, dal testo costituzionale. Quanto poi alla richiesta armonizzazione degli obiettivi programmatici delle Regioni con quello dello Stato (in mancanza della quale si ha il vizio di merito), il legislatore, infine, ha fatto proprio un auspicio di Mortati, secondo il quale la conciliazione tra il momento unitario che caratterizza lo Stato contemporaneo e la sua struttura autonomistica si dovrebbe raggiungere non solo e prevalentemente mediante misure rivolte a depotenziare quest'ultima, bensì con l'impiego di strumenti di coordinamento con quella statale (in particolare nel campo della programmazione economica) ⁽³⁷⁾.

III

1. Altri temi cari a Mortati e sui quali egli si sofferma nella sua visione del regionalismo e delle sue forme istituzionali riguardano la collocazione delle Regioni meridionali nel sistema politico-amministrativo italiano, la natura ed i caratteri del decentramento su base regionale ed infra-regionale, la creazione di una Camera rappresentativa degli interessi locali, l'autonomia finanziaria delle Regioni.

A) Già nei suoi interventi all'Assemblea costituente, Mortati — certamente non dimentico delle sue origini — pone l'accento sulle condizioni delle Regioni del Mezzogiorno d'Italia, assumendo che la riforma regionale non solo si fondava sul bisogno di adattare la legislazione generale alle necessità locali derivanti dalla differenza di struttura delle varie Regioni ma doveva anche servire a superare « l'inconveniente, che si verifica in tutta la storia d'Ita-

⁽³⁷⁾ *I limiti*, cit., 606 II; *Istituzioni*, II, cit., 948.

lia, della sopraffazione da parte delle Regioni più popolate e più ricche di quelle meno popolate e più povere ». A tal fine bisognava tener presente soprattutto il Mezzogiorno, « la parte d'Italia cioè meno progredita rispetto alle altre, onde sollecitare in essa una più efficiente coscienza politica, ed in modo da dare ad essa un maggior peso nell'attività statale ». Ancora, Mortati tiene a sottolineare che il problema non riguarda soltanto le due grandi Isole, alle quali si vuole dare forme e condizioni particolari di autonomia, ma l'intero Mezzogiorno: riconoscere, infatti, che esiste una situazione particolare per le Isole e non anche per le altre terre del Mezzogiorno è una contraddizione⁽³⁸⁾.

Il tema è poi ripreso nel saggio sull'ordinamento regionale, nel quale Mortati sostiene che la creazione del Senato come Camera rappresentativa delle Regioni avrebbe giovato sia a dare alle Regioni una voce più efficace, in modo da far valere la presenza del Mezzogiorno nel seno degli organi dello Stato, sia a correggere, in una certa misura, la sperequazione demografica, così accentuata, tra nord e sud⁽³⁹⁾.

È dato rinvenire in questi brevi accenni la continuità del pensiero meridionalistico ed, in particolare, il permanere della convinzione — quasi fideistica — che la concessione dell'autonomia alle Regioni del Sud avrebbe contribuito a risolvere la questione meridionale. Si ricordino, a questo riguardo, le posizioni di Napoleone Colajanni, convinto che, per risollevare il Mezzogiorno, non era sufficiente rimuovere le cause economiche di inferiorità, ma occorreva soprattutto eliminare le cause politiche ed amministrative di avvillimento, e la sua polemica su questi temi con Giustino Fortunato; ed, in particolare, di Guido Dorso, il quale giunge a scrivere che « se il popolo meridionale è finalmente compreso della necessità di fabbricarsi il proprio destino e di abbandonare la triste abitudine di attendere dalla provvidenza divina o dal governo la carità, questo momento non dovrebbe passare inva-

⁽³⁸⁾ V. interventi nelle sedute del 29 luglio 1946 (Seconda Sottocommissione), del 17 gennaio 1947 (Adunanza plenaria della Commissione per la Costituzione) e del 18 settembre 1947 (Assemblea costituente) in *Atti*, rispettivamente, 845, 126, 2920).

⁽³⁹⁾ *Problemi*, cit., 478.

no... » e che « la soluzione del problema meridionale quindi non potrà avvenire se non sul terreno dell'autonomismo »⁽⁴⁰⁾.

In quale misura la realtà si sia fatta carico di smentire queste previsioni e la riforma costituzionale non abbia contribuito al progresso della società meridionale e a ridurre le differenze socio-economiche tra le Regioni più popolate e più ricche e quelle meno popolate e più povere — secondo l'auspicio di Mortati — è inutile sottolineare. Le cause (sia interne che esterne agli assetti degli enti locali del Mezzogiorno) sono molteplici e qui non si possono certamente elencare⁽⁴¹⁾. Tuttavia, se in recenti studi si è sostenuto che la creazione dell'ordinamento regionale non è valsa in via generale a raggiungere i fini per i quali era stata voluta dai Costituenti ed, in particolare, a superare gli squilibri territoriali e ad introdurre un nuovo modo di governare⁽⁴²⁾, non sembra, peraltro, che ai rapporti tra riforma regionale e questione meridionale sia stata dedicata tutta l'attenzione che meriterebbero⁽⁴³⁾. Po-

⁽⁴⁰⁾ DORSO, *Autonomismo e rivoluzione meridionale* (1925), ora in SANTAPELLI (a cura di), *Dossier sulle Regioni*, cit., 149 e 151.

⁽⁴¹⁾ Ci si limita a ricordarne soltanto alcune, in rapida sintesi, quali lo spostamento del momento effettivo di decisione dalle istituzioni al sistema delle forze politiche, economiche e sociali dominanti, col conseguente depauperamento delle prime (DE SIERVO *Intervento straordinario ed enti locali meridionali: riflessioni sui risultati delle ricerche*, in DE SIERVO (a cura di), *Intervento straordinario e amministrazione locale nel Mezzogiorno*, Milano, 1985, 27 ss. e, in particolare, 44 ss.); e la mancata riconduzione nella riforma delle autonomie locali del ruolo e della collocazione delle Regioni e delle amministrazioni periferiche, oltre che delle modalità consensuali e pattizie nell'azione amministrativa, alla capacità di rispondere ai problemi delle aree meridionali (CAMMELLI, *Le istituzioni nel Mezzogiorno: itinerari di ricerca*, in *Stato e mercato*, agosto 1987, 169).

⁽⁴²⁾ PALADIN, *Le Regioni oggi* (relazione introduttiva al convegno «Le Regioni nella realtà sociale e politica di oggi» - Roma 21-22 gennaio 1985), in *Le Regioni*, 1985, 7 ss.; v., anche COEN, *Le giornate di studio dell'ISGRE sulla « questione regionale »*, in *Le Regioni*, 1983, 1065 ss.; REBORA, *L'organizzazione delle regioni tra attese deluse e opportunità di innovazione*, in *Il nuovo governo locale*, 1986, n. 2, 13 ss., e l'indagine conoscitiva sul tema *Le Regioni nella realtà sociale e politica di oggi*, promossa dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali nel 1984 ed i cui atti sono pubblicati nel supplemento al num. 7 del *Bollettino di legislazione e documentazione regionale*, edito dalla Camera dei deputati e dal Senato della Repubblica, Roma, 1985.

⁽⁴³⁾ V., ad ogni modo, BENVENUTI, *La funzione dell'autonomia regionale nello sviluppo del mezzogiorno*; e MARANINI, *Ordinamento regionale e problema*

tremmo osservare in proposito che l'aggravarsi, per certi aspetti, dei problemi delle Regioni del Sud (a distanza di quasi venti anni dall'attuazione del decentramento dello Stato su base regionale) e delle due Isole maggiori (le cui autonomie differenziate risalgono a data ben più lontana), il permanere, insomma, di una « questione meridionale », sia pur mutata nelle forme e nei contenuti, costituisce un indice più che eloquente che gli strumenti legislativi ed amministrativi concessi alle Regioni sono stati male utilizzati o sottoutilizzati dalla classe politica meridionale che bene avrebbe potuto, anche in presenza di resistenze opposte dagli apparati centrali, avvalersene per il raggiungimento al di là di alcune pretenziose enunciazioni contenute negli statuti⁽⁴⁴⁾, di taluni obiettivi, territorialmente circoscritti ma non per questo meno rilevanti.

Mortati, comunque, nonostante il suo affidamento sulla Regione come uno degli strumenti idonei a risolvere le condizioni del Mezzogiorno, era ben consapevole che l'autonomia, data la fatale correlazione tra arretratezza economica ed arretratezza politica, avrebbe potuto operare negativamente in due sensi⁽⁴⁵⁾.

Anzitutto, « con il rafforzamento del peso politico dei ceti privilegiati, che, forti della preminenza di fatto da essi goduta,

meridionale, in *Vecchi e nuovi termini della questione meridionale* (Atti del secondo congresso nazionale di scienze politiche e sociali - Paletmo 5-7 aprile 1956), Milano, 1956, 123 ss.; 185 ss.

(44) Basilicata, art. 1, comma II: « La Regione rappresenta unitariamente le istanze politico-sociali della popolazione e promuove la più ampia partecipazione delle autonomie locali e delle formazioni sociali al processo di sviluppo democratico della Basilicata » (v. anche art. 5); Calabria, art. 3, comma II: (la Regione) « Promuove lo sviluppo culturale, sociale ed economico delle popolazioni, nel quadro di indirizzi che valgano a riscattare la Calabria dalla sua storica arretratezza » (v. anche art. 56); Campania, art. 4, comma II: « La Regione promuove il superamento degli squilibri territoriali e settoriali e riconosce come suoi obiettivi l'equilibrato sviluppo economico e sociale ed il progresso civile e democratico della Campania, esercitando un ruolo di rinnovamento e di valorizzazione del Mezzogiorno »; Puglia, art. 3: (la Regione) « fissa tra le direzioni della sua azione il costante perseguimento dei collegamenti interregionali necessari alla migliore utilizzazione delle risorse e all'unitario superamento di dislivelli sociali ed economici del Mezzogiorno ».

(45) *Considerazioni su alcuni aspetti dell'ordinamento regionale*, in *Raccolta di scritti sulla Costituzione* (a cura del Comitato nazionale per la celebrazione del primo decennale della promulgazione della Costituzione), III, Milano, 1958, 403 ss.

potrebbero venire a disporre, con la conquista delle cariche direttive della regione, di un nuovo strumento per perpetuare antiche forme di dominio personalistico e, con esse, la situazione di asservimento e di sfruttamento delle classi più umili, che caratterizza il sistema semif feudale ancora sussistente in tante parti del Mezzogiorno ». Ed, inoltre, facendo valere la tendenza, che si accompagna alla creazione di nuovi centri di autorità, « di concentrare il massimo dei poteri nell'organizzazione centrale della regione, riproducendo così in un ambito più circoscritto, ma moltiplicati per ognuno dei nuclei regionali, gli inconvenienti dell'accentramento statale ». Infine, pur riconoscendo che il decentramento regionale è stato vagheggiato soprattutto in funzione dell'elevamento del Mezzogiorno, Mortati afferma che deve essere ben chiaro che, in una economia che tende a diventare sempre più concentrata e pianificata, le soluzioni dei problemi del Mezzogiorno non possono conseguirsi se non sul piano nazionale, lasciando alle Regioni, ed in specie in quelle sottosviluppate del Sud, il compito di promuovere una coscienza più piena dei propri bisogni ed una visione integrale degli specifici problemi che da essi scaturiscono⁽⁴⁶⁾.

In tal modo, egli anticipa, con felice intuizione, l'insorgere di alcuni problemi che caratterizzano, almeno in parte, l'attuale stato della « questione regionale ». Se da un lato, infatti, la creazione di una struttura di governo a livello regionale non ha contribuito a rafforzare, nel Meridione, il peso politico dei ceti privilegiati ed a perpetuare antiche forme di dominio personalistico (ben altre, e ben più estese, essendo le cause di persistenza di diseguaglianze sociali), dall'altro tale struttura appare ancora

(46) Un cenno alla pianificazione si rinviene già in un intervento all'Assemblea costituente (Atti Seconda Sottocommissione, seduta del 29 luglio 1946, 845), nel quale Mortati, dopo aver rilevato l'esigenza della costituzione dei nessi tra centro e periferia soprattutto nel campo economico, afferma che tale esigenza dovrebbe essere soddisfatta non da una burocrazia più o meno competente e responsabile ma dalle autorità regionali che dovrebbero essere inserite nell'ordinamento centrale, in modo che i piani siano concretati attraverso la partecipazione attiva delle medesime. Il tema è poi ripreso in *Problemi*, cit., 481 e nelle *Istituzioni*, II, cit. 939.

in buona parte centralizzata e non rispondente al modello costituzionale della Regione come ente di governo, programmazione e coordinamento. Si aggiunga che la mancanza di piani organici di sviluppo economico ha privato le Regioni dello strumento che avrebbe potuto loro consentire di acquistare, avuto riferimento agli obiettivi programmati, una maggiore e meno frammentaria consapevolezza delle opportunità da sfruttare e delle esigenze da soddisfare.

E dunque il problema diventa più complesso e non riguarda più soltanto le Regioni meridionali e la loro arretratezza politico-sociale, ma investe un po' tutto il sistema di decentramento, così come esso si è modellato in questi anni, e la sua intrinseca capacità di rendimento, in termini di democraticità, di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione, di eguaglianza sostanziale.

A questo punto, la distinzione manichea tra Regioni meridionali (sottosviluppate ed inefficienti) e Regioni del centro-nord (progredite ed efficienti) non regge più o non passa attraverso valutazioni di natura geografica e antropologica o teorie positivistiche, ormai, alle soglie degli anni 2000, ampiamente superate. Senza nulla sottrarre alla responsabilità delle amministrazioni delle Regioni meridionali (alcune delle quali hanno peraltro dato buona prova, pur non potendo contare su strutture e tradizioni di buon governo consolidatesi nel tempo); è allora da dire che ad essere in crisi non è quella o quell'altra Regione (in specie del Sud), bensì l'intero sistema delle autonomie e che disfunzioni, accentramenti e posizioni rafforzate di potere si rinvergono, in misura più o meno larga, al di qua e al di là del Garigliano; sicché, più che insistere su una contrapposizione ormai frusta, occorrerebbe seriamente interrogarsi sulle ragioni del malessere e del mancato raggiungimento degli obiettivi che i Costituenti (e con essi Mortati) avevano posto a giustificazione e fondamento della riforma regionale ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁷⁾ Molto utile a questo riguardo, può essere la lettura del saggio di REBORA, *L'organizzazione delle regioni tra attese deluse e opportunità di innovazione*, cit., 13 ss.

2. B) Nei suoi interventi all'Assemblea costituente, Mortati più volte precisa la sua concezione della Regione sia come ente non soltanto autarchico, in quanto dotato di un'ampia autonomia costituzionale⁽⁴⁸⁾, e sia come ente di decentramento, la cui istituzione dovrebbe avere come fine, tra gli altri, quello di consentire l'avvicinamento dell'amministrazione agli interessi locali, « al duplice scopo dell'educazione politica dei cittadini e dell'adattamento alle esigenze locali »⁽⁴⁹⁾ e di adattare la legislazione generale alle necessità locali derivanti dalle differenze di struttura delle varie Regioni⁽⁵⁰⁾, segnalando però, al tempo stesso, il pericolo dell'« accentramento romano che si risolverà in un continuo ostruzionismo per neutralizzare l'azione decentratrice »⁽⁵¹⁾ (52).

Un carattere della riforma regionale sul quale Mortati particolarmente insiste è dato, poi, dal decentramento interno dell'ordinamento dei nuovi enti. Già in Assemblea costituente egli osserva che bisogna evitare un accentramento regionale che sarebbe più pericoloso dell'accentramento burocratico statale e che, a tal fine, occorre che alla Regione competano prevalentemente le funzioni direttive e normative, mentre il compito dell'esecuzione dovrebbe

(48) Atti Seconda Sottocommissione, seduta dell'11 dicembre 1946, 1502. Ne *I limiti della legge regionale*, cit., 576, viene riconosciuta la sostanziale omogeneità di natura tra la Regione ed i preesistenti enti autarchici, mentre l'inserzione delle Regioni nella categoria degli enti autarchici non appare del tutto certa nelle *Istituzioni*, II, cit., 992.

(49) Atti Seconda Sottocommissione, seduta del 29 luglio 1946, 844.

(50) Atti Adunanza Plenaria, Commissione per la Costituzione, seduta del 17 gennaio 1947, 126.

(51) Atti Seconda Sottocommissione, seduta del 14 settembre 1946, 1015.

(52) Mortati si riallaccia in tal modo, apportando il contributo della sua formazione giuridica, al pensiero di Luigi Sturzo (del quale si veda, oltre al volume *La regione nella Nazione*, Roma, 1949, la relazione del 23 ottobre 1921 al congresso di Venezia del Partito popolare italiano, ora ripubblicata in SANTARELLI (a cura di), *Dossier sulle Regioni*, cit., 121 ss.; su tale relazione, v. il commento di ROTELLI, *Il regionalismo di Luigi Sturzo*, in *L'alternativa delle autonomie*, Milano, 1978, 243 ss.) e, più in generale, alle posizioni dei cattolici in materia di autonomie locali. Ma — come si è avuto modo di notare — tale collegamento avviene in una visione più aperta e moderna dell'organizzazione politico-costituzionale dello Stato, dalla quale è assente l'idea di superamento dello Stato liberale e laico e la concezione degli enti locali come utili « cittadelle del potere ».

essere lasciato agli enti locali minori, vale a dire ai Comuni e ad un ente intermedio di nuova istituzione, le cui dimensioni dovrebbero essere inferiori a quelle della Provincia, utilizzando a tal fine il concetto di comunità elaborato da Olivetti⁽⁵³⁾. In un secondo tempo, Mortati rileva che lo strumento per attuare il decentramento interno è stato previsto dalla Costituzione ed è dato dall'art. 118, utilizzando il quale si può evitare che la Regione si burocratizzi, in modo da riserVARLE soltanto compiti di impulso, di coordinazione, di direzione⁽⁵⁴⁾. Appare pertanto evidente che la Regione così configurata è un ente di governo e non di amministrazione, al punto tale che — come egli sostiene in Assemblea costituente⁽⁵⁵⁾ — anche il controllo di legittimità degli atti dovrebbe essere affidato in proprio agli enti locali.

E tuttavia non sembra che questa visione della Regione trovi completa rispondenza nella realtà in cui oggi si collocano i rapporti tra lo Stato ed i nuovi enti, ove si osservi che le Regioni tendono sempre più a divenire terminali dell'amministrazione indiretta dello Stato, con la conseguenza che la loro capacità di autodeterminazione (la loro « autonomia politica », a cui più volte Mortati fa riferimento) risulta essere compressa e ridotta. La « questione regionale » risulta così — come osserva Crisafulli⁽⁵⁶⁾ — veramente « inesauribile e proteiforme », né hanno concorso alla sua soluzione le scelte operate dalla classe politica che, nell'attuare la riforma, ha istituito i nuovi enti ricalcando pedissequamente la lettera delle previsioni costituzionali senza far spazio ad integrazioni e correzioni⁽⁵⁷⁾.

Non idonee a risolverla appaiono del resto le proposte di riforma del Titolo V della Costituzione avanzate in varie sedi, perché non inserite in un più vasto ed organico disegno di revisione del sistema delle autonomie che, nel rispetto delle norme costituzionali

(53) Atti Seconda Sottocommissione, seduta del 29 luglio 1946, 844 s.

(54) *Problemi*, cit., 845; *Alcuni aspetti*, cit., 405 ss.

(55) Atti Seconda Sottocommissione, seduta del 29 luglio 1946, 844.

(56) CRISAFULLI, *Vicende della « questione regionale »*, in *Le Regioni*, 1984, 501.

(57) In questo senso, BARTOLE, *Le Regioni*, in BARTOLE MASTRAGOSTINO VANDELLI, *Le autonomie territoriali*, Bologna, 1984, 18.

che assicurano l'unità della Repubblica, superi il modello vetero-garantista e faccia propria una concezione dell'autonomia che non implica uno stato di soggezione ad altro soggetto dotato di poteri totalizzanti ma è il frutto di un pluralismo istituzionale e normativo che non distingue tra centro e periferia e non opera tra i soggetti ai quali sono conferiti i pubblici poteri distinzioni affidate a livelli di autorità, cosicché il decentramento risulti essere — come affermava Mortati all'Assemblea costituente⁽⁵⁸⁾ — una « garanzia di libertà ».

3. C) La proposta di istituire, accanto ad una Camera eletta dall'intero corpo elettorale, una Camera rappresentativa degli interessi locali è una delle idee portanti della concezione mortatiana del regionalismo e si ricollega direttamente ai principi della dottrina sociale della Chiesa e del pensiero socio-politico cattolico, quali risultano applicati, in questo campo, nel programma del Partito popolare e nelle relazioni ed interventi dei componenti democristiani della « Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato » (la c.d. commissione Forti, della quale anche Mortati faceva parte, istituita nel 1945), oltre che in altri documenti elaborati dal Partito⁽⁵⁹⁾.

Nei suoi interventi in Assemblea costituente, Mortati si batte non soltanto per un bicameralismo che veda una assoluta parità di funzioni tra le due Camere, ma anche per la istituzione di una seconda Camera differenziata, nelle procedure elettive e nella composizione, dalla prima. L'esame di tali interventi e delle proposte in materia anteriori alla elezione dell'Assemblea costituente è stato già puntualmente compiuto⁽⁶⁰⁾ e su di esso, dunque, non ci soffermeremo se non per osservare che, nel corso del dibattito in Assemblea, Mortati fu via via costretto a modificare e ridimensionare la sua impostazione originaria. Da una prima proposta,

(58) Atti Seconda Sottocommissione, seduta del 29 luglio 1946, 844.

(59) La ricostruzione delle posizioni democristiane in materia si può rinvenire, tra gli altri scritti, in AIMO, *Bicameralismo e regioni*, Milano, 1977, 83 ss.; OCCHIOCUPO, *La « Camera delle Regioni »*, Milano, 1975, 33 ss.; DE SIERVO, *Il progetto democratico cristiano*, cit., 563 ss.; BRUNO, *I giuristi alla Costituente*, cit., 118 ss.

(60) BRUNO, *I giuristi alla Costituente*, cit., 105 ss.

diretta a costituire la seconda Camera per una percentuale con rappresentanti delle Regioni e per un'altra percentuale sulla base delle categorie, in modo però da integrare la rappresentanza per categorie in quella territoriale⁽⁶¹⁾, proposta poi meglio precisata in successive sedute⁽⁶²⁾, soprattutto per quel che atteneva alla ragione di carattere democratico che induceva ad attribuire un peso predeterminato alla rappresentanza di categorie, Mortati, in seguito alle opposizioni manifestatesi, aderisce poi all'ordine del giorno Piccioni-Moro, secondo il quale il Senato avrebbe dovuto essere costituito su base regionale mediante elezioni di secondo grado alle quali concorrono tutti gli appartenenti alle categorie sociali⁽⁶³⁾ e abbandona, in tal modo, la primitiva idea di una composizione fondata sulla rappresentanza degli interessi dei gruppi professionali organizzati⁽⁶⁴⁾.

Ma è, più in generale, la proposta stessa di un Senato come Camera delle Regioni, nel quale i nuovi enti trovino la sede per poter rappresentare al centro i loro problemi ed i loro bisogni unitariamente intesi, così tenacemente difesa da Mortati nei suoi interventi⁽⁶⁵⁾, che viene alla fine gravemente ridimensionata con l'introduzione, nel testo definitivo dell'art. 57, della formula « Il Senato della Repubblica è eletto a base regionale »⁽⁶⁶⁾.

(61) Atti Seconda Sottocommissione, seduta del 3 settembre 1946, 902; v. anche, *La rappresentanza di categoria*, in *Raccolta*, cit., IV, 35 ss.; per una valutazione sulla rappresentanza degli interessi di settore e sulla loro difesa assunta da Mortati in Assemblea costituente al fine di responsabilizzarli e di favorirne la trasformazione, v. CAMELLI, *L'amministrazione per collegi*, Bologna, 1980, 33 ss.

(62) Atti Seconda Sottocommissione, vol. VII, seduta del 27 settembre 1946, 1118 ss. e del 3 ottobre 1946, 1157 s.; v. anche gli Atti dell'Adunanza Plenaria della Commissione per la Costituzione, seduta del 29 gennaio 1947, 221.

(63) Atti Assemblea costituente, Vol. IV, seduta pom. del 17 settembre 1947, 2890.

(64) Atti Assemblea costituente, Vol. IV, seduta pom. del 18 settembre 1947, 2924. L'ordine del giorno ottiene il voto favorevole soltanto dai deputati democristiani, quello contrario dei deputati di tutti gli altri gruppi e due astensioni.

(65) Si veda, tra gli altri, l'intervento in Assemblea costituente, in Atti, Vol. IV, seduta del 18 settembre 1947, 2916 ss.

(66) Sul significato che secondo Mortati andava attribuito alla formula (« Base regionale significa collegamento stabile ed istituzionale fra l'ordinamento

Successivamente, Mortati cerca di valorizzare tale formula, sostenendo che essa serve a « rispecchiare l'esigenza di utilizzare una delle Camere nazionali precisamente per dare alle Regioni una voce più efficace, nell'intento di rendere più efficiente la voce del Mezzogiorno nel seno degli organi dello Stato »⁽⁶⁷⁾; ma è costretto a riconoscere che la formula era stata svuotata del significato che voleva avere sino a fare delle Regioni delle pure e semplici circoscrizioni elettorali⁽⁶⁸⁾. Ed, infine, non gli resta che ammonire che la conciliazione della struttura autonomistica dello Stato con il momento unitario avrebbe dovuto essere perseguita con l'istituzione di un Senato regionale (secondo il disegno in un primo tempo prefigurato in Assemblea costituente ma poi « malinconicamente abortito »), anziché con misure solo o prevalentemente dirette a depotenziare l'autonomia regionale⁽⁶⁹⁾.

Della « base regionale » del Senato si è ritornati a discutere — come è ben noto — da qualche anno, in seguito al perpetuarsi delle disfunzioni del sistema bicamerale perfetto ed alla crisi dei raccordi Stato-Regioni istituiti in varie forme (ma tutte insufficienti e, comunque, in buona parte inefficienti) per avviare la cooperazione tra i due enti. E c'è chi, con buone argomentazioni, si è fatto già da tempo convinto sostenitore della trasformazione del Senato in « Camera delle Regioni », come strumento per dare attuazione al « disegno regionalistico » consacrato dalla Costituzione⁽⁷⁰⁾. Ma la proposta, oltre a trovare oppositori sul piano dottrinale⁽⁷¹⁾, non è stata presa nella minima considerazione dalla

regionale ed il Senato »), anche in previsione di interventi futuri del legislatore, v. l'intervento in Assemblea costituente, in Atti, Vol. IV, seduta del 7 ottobre 1947, 3110.

⁽⁶⁷⁾ *Problemi*, cit., 478.

⁽⁶⁸⁾ *Considerazioni su alcuni aspetti dell'ordinamento regionale*, cit., 412; v. anche l'intervento alla Tavola rotonda organizzata dalla rivista *Gli Stati* (fascicolo del gennaio 1973).

⁽⁶⁹⁾ *Istituzioni*, II, cit., 948.

⁽⁷⁰⁾ OCCHIOCUPO, *La « Camera delle Regioni »*, cit, 62 ss. (ed autori ivi citati).

⁽⁷¹⁾ V. tra gli altri, LIBERTINI, *Quale Parlamento?*, Torino, 1977, 67; MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 1977, 76; FERRANTE G., *Bicameralismo e riforme del Parlamento*, in *Democrazia e Diritto*, 1981, 19 ss.; CRISAFULLI,

Commissione parlamentare per le riforme istituzionali. Né sono valse, per rilanciarla, le considerazioni di M.S. Giannini⁽⁷²⁾, il quale osserva che, per fondare una produttiva cooperazione tra Stato e Regioni, si rende indispensabile creare un organo (appunto, la Camera delle Regioni) in cui, come avviene negli Stati federali (ed, in particolare, nella Repubblica federale tedesca attraverso il *Bundesrat*) le Regioni possono essere adeguatamente rappresentate. Di modo che, se da una parte si tenta di porre riparo alle disfunzioni del bicameralismo mediante una revisione della Costituzione che (secondo i progetti presentati alle Camere) riduca il numero dei parlamentari e differenzi le funzioni delle due Assemblee, dall'altra i raccordi tra Stato e Regioni continueranno ad essere regolati da organi, procedure, convenzioni e prassi a livello sub-costituzionale, senza che, con ciò, possa affermarsi che in Italia si sia (o stia per essere) realizzato uno Stato regionale fondato sul regionalismo cooperativo.

4. D) Già in Assemblea costituente Mortati definisce la autonomia finanziaria delle Regioni un « punto direttivo basilare » della struttura decentrata dello Stato⁽⁷³⁾ e, successivamente, « condizione di buon funzionamento di ogni forma di decentramento, a cominciare da quella attuata nel Comune »⁽⁷⁴⁾ e « pietra angolare del sistema »⁽⁷⁵⁾. Non mancano le notazioni critiche, a partire da quella relativa alla formula dell'art. 119 Cost., giudicata non molto felice nella parte in cui non precisa se le funzioni normali alle quali le Regioni devono adempiere ricavando i mezzi necessari dai tributi propri e dalle quote dei tributi erariali siano da intendere secondo una concezione statica ovvero secondo una

Istituzioni: può un regime riformare se stesso? (intervista a cura di Pio Marconi), in *Mondoperaio*, ottobre 1983, 15.

⁽⁷²⁾ GIANNINI M.S., *Regioni e riforma istituzionale: note introduttive*, in *Quaderni regionali*, 1984, 470 ss.; sul punto v., anche, le proposte avanzate da GALEOTTI, *Per il rimodellamento della forma di governo in « governo di legislatura »*, in *Gruppo di Milano, Verso una nuova Costituzione*, I, Milano 1983, 407 ss.

⁽⁷³⁾ Atti Seconda Sottocommissione, seduta del 31 luglio 1946, 880.

⁽⁷⁴⁾ *Problemi*, cit., 481 s.

⁽⁷⁵⁾ *Istituzioni*, II, cit., 906.

dinamica⁽⁷⁶⁾. Ancora una volta Mortati ha presenti, a questo riguardo, le condizioni di arretratezza delle Regioni meridionali e paventa che, qualora ai bisogni delle Regioni si fosse provveduto in funzione della loro situazione attuale e non già di un progressivo incremento della vita economica produttiva, la situazione finanziaria delle Regioni più povere si sarebbe aggravata. Tale preoccupazione è stata però superata dalla legge 16 maggio 1970, n. 281, il cui art. 8 prevede un meccanismo di redistribuzione tra le Regioni a statuto ordinario del gettito di alcune imposte erariali idoneo ad operare una perequazione interregionale.

È evidente, ad ogni modo, che il problema dell'autonomia finanziaria delle Regioni di diritto comune va visto nelle sue linee generali e che, sotto questo profilo, esso è ben lungi dall'essere risolto. Senza indugiare sul punto⁽⁷⁷⁾, ci limiteremo a prendere in esame uno degli aspetti più controversi, quello relativo al tipo di potestà legislativa delle Regioni in materia tributaria, ma soltanto per rilevare che alle oscillazioni della dottrina non è rimasto estraneo lo stesso Mortati. In un primo tempo, infatti, egli fa rientrare tale potestà in quella di tipo concorrente, assumendo che le leggi dello Stato (oltre ad essere vincolate nel fine posto dalla Costituzione di assicurare l'autonomia finanziaria delle Regioni, « il che val quanto dire la stessa loro ragion d'essere ») non possono sostituirsi nella disciplina della materia per la parte di competenza riservata alle Regioni; ma poi aderisce alla tesi secondo la quale si tratta di una potestà di tipo attuativo (sia pure distinta da quella prevista nell'art. 117 Cost., ult. comma, « in quanto non dipendente da delega statale, ma costituzionalmente riservata alla regione »), posto che la dizione dell'art. 119 è più restrittiva

⁽⁷⁶⁾ *Problemi*, loc. ult. cit.

⁽⁷⁷⁾ Sull'autonomia finanziaria delle Regioni esiste — come è noto — una amplissima letteratura, che testimonia della divergenza (talora radicale) di valutazioni e di tesi tra i diversi autori, resa possibile dalla poca chiarezza, ambiguità (LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 402) o oscurità (GIANNINI M.S., *Regioni e riforma istituzionale*, cit., 475) del testo dell'art. 119. Per le critiche mosse a tale testo v., tra gli altri, BERTOLISSI, *L'autonomia finanziaria regionale*, Padova, 1983, 297 ss. e PUBUSA, *Art. 119 (§ 5-19) 120*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Le Regioni, le Province, i Comuni*, tomo I, Bologna-Roma, 1985, 357 ss. (ed autori ivi citati).

di quella dell'art. 117, per la consapevolezza che il Costituente ebbe della rilevata necessaria unitarietà del sistema della finanza pubblica, che richiede interventi più particolari nella disciplina dei singoli tributi ⁽⁷⁸⁾.

Sembra però che, con siffatta classificazione, si adotti una tesi restrittiva dell'autonomia finanziaria delle Regioni alle quali si nega la possibilità di far valere una distinta capacità impositiva, pur nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato, al fine di operare il coordinamento di cui al 1° comma dell'art. 119. Ed è questa, probabilmente, una delle cause in cui versa oggi la finanza regionale, soprattutto ove si tenga conto dei ridottissimi margini di autonomia entro i quali le leggi statali l'hanno contenuta con l'attribuire alle leggi regionali soltanto il potere di fissare le aliquote entro un massimo ed un minimo da esse prestabiliti.

Se poi si elencano, per sommi capi, altre cause, quali l'insufficiente coordinamento « circolare » dell'autonomia finanziaria delle Regioni con la finanza dello Stato, delle Province e dei Comuni (nonostante la disposizione contenuta nell'art. 119 e la previsione di alcune leggi, come, ad esempio, la n. 335 del 1976 e la n. 468 del 1978); i « residui passivi » (non sempre imputabili ad inattività delle Regioni); i criteri di riparto delle risorse inadeguate a resistere alla decurtazione reale prodotta dall'inflazione; la determinazione, in massima parte, del fondo comune, anno per anno, ad opera della legge finanziaria; i « finanziamenti vincolati » che costituiscono la maggiore fonte di finanziamento ma obbligano le Regioni ad utilizzare le somme ricevute in settori di intervento predeterminati dallo Stato; ebbene allora è lecito ritenere che l'autonomia finanziaria delle Regioni è ancora un « capitolo aperto » e che essa — nelle forme e nei limiti in cui è stata data attuazione all'art. 119 — non costituisce certamente una « pietra angolare del sistema » ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁸⁾ *Istituzioni*, II, cit., 909.

⁽⁷⁹⁾ Occorre pur osservare, però, che un'interessante evoluzione in questo campo è rappresentata dalla sempre più frequente assegnazione alle Regioni di fondi vincolati alla realizzazione di piani di intervento da loro stesse elaborati. Gli esempi più significativi al riguardo sono dati dall'assegnazione di finanziamenti a valere sul Fondo investimenti ed occupazione (FIO), istituito con la legge 26

IV

1. L'interesse di Mortati nei confronti degli enti territoriali sub-regionali è incentrato soprattutto, nei suoi interventi in Assemblea costituente ed in alcuni scritti successivi, sulla necessità di evitare il pericolo che la Regione comprima la loro autonomia riproducendo nella sua organizzazione interna la struttura accentrata dello Stato. Del pensiero di Mortati al riguardo ci siamo peraltro già occupati esaminando le sue posizioni in materia di decentramento infra-regionale. Qui occorre mettere in maggiore evidenza la sua intuizione di un ente intermedio tra Comune e Regione al quale dovrebbero essere affidate, unitamente ai Comuni, funzioni esecutive mentre le Regioni dovrebbero svolgere funzioni prevalentemente direttive e normative⁽⁸⁰⁾. Secondo Mortati, tale ente dovrebbe essere più ristretto dell'attuale Provincia e con carattere più omogeneo. « Si potrebbe, per esempio, pensare » — egli sostiene in un intervento in Assemblea costituente⁽⁸¹⁾ — « a quel consorzio di comuni di cui è stato parlato, organizzato secondo l'identità degli interessi e delle aspirazioni, e la possibilità di un'azione comune nei vari campi. Così l'amministrazione sarebbe meglio avvicinata agli amministratori e potrebbe meglio operarsi una selezione delle capacità in base alla conoscenza personale dei portatori delle medesime ».

Per la creazione dell'ente intermedio Mortati suggerisce, nello stesso intervento (come si è già avuto modo di notare), di utilizzare il concetto di comunità illustrato da Olivetti, anche perché esso deriva dalla concezione cattolica di una società organica⁽⁸²⁾.

aprile 1982, n. 181, e dai finanziamenti previsti dalla legge 1° marzo 1986 n. 64 (Disciplina organica dell'intervento straordinario del Mezzogiorno).

⁽⁸⁰⁾ Atti Seconda Sottocommissione, seduta del 29 luglio 1946, 844.

⁽⁸¹⁾ Atti Seconda Sottocommissione, seduta del 29 luglio 1946, 844.

⁽⁸²⁾ Secondo OLIVETTI, *L'ordine politico delle Comunità*, Roma, 1946, 33 ss., la Comunità rappresenta una necessaria entità amministrativa intermedia tra Regioni e Comuni e dovrebbe essere costituita aumentando considerevolmente il numero delle Province ed abolendo la figura del Prefetto. La ragion d'essere dell'ente intermedio è rinvenuta da Olivetti nell'insufficienza del Comune come cellula-base dell'organismo sociale, mentre alle Comunità dovrebbero essere devo-

Un accenno alla Provincia come ente territoriale intermedio fra il Comune e la Regione, è poi contenuto nelle « Istituzioni »⁽⁸³⁾.

Il dibattito sulla creazione di un ente intermedio tra Regione e Comuni è in Italia — come si sa — di antica data. Esso si è svolto e si svolge, però su due piani: uno che riguarda la conservazione dell'ente Provincia, inserito tra Regioni e Comuni, attribuendogli funzioni di ente di auto-governo; e l'altro che mira invece alla valorizzazione della Provincia non soltanto come ente territoriale dotato di poteri di autogoverno ma anche come ente di raccordo (soprattutto nel campo della programmazione economica) tra la Regione ed i Comuni. Della conservazione della Provincia come ente territoriale si occupò a lungo l'Assemblea costituente e numerosi furono gli interventi contrari alla decisione della Commissione dei 75 che avrebbe voluto ridurre le Province al ruolo di « circoscrizioni amministrative di decentramento statale e regionale »⁽⁸⁴⁾. Ma di tale dibattito non mette qui conto occuparsi. Le Province, infatti, costituiscono una delle ripartizioni territoriali della Repubblica e la loro esistenza è assistita dalla garanzia costituzionale. Si potrebbe, se mai, discutere sulla convenienza di conservarle così come esse sono definite, nella loro estensione territoriale e nelle loro funzioni, dall'attuale Testo Unico della legge comunale e provinciale. Lo stesso Mortati osserva che le funzioni della Provincia sono molto ristrette, di modo che essa non può essere considerata un ente a competenza generale⁽⁸⁵⁾.

Quanto all'ente intermedio, dopo il sostanziale fallimento dell'esperienza comprensoriale, la tendenza in atto (fatta propria dal disegno di legge governativo di riforma delle autonomie locali) è di valorizzare, a tal fine, il ruolo della Provincia, ampliandone le funzioni e configurandola come ente di governo, di programmazione e di coordinamento⁽⁸⁶⁾. E tuttavia, a distanza di più di cinque

lute « funzioni insopprimibili di coordinamento che riesce impossibile affidare ai Comuni ».

⁽⁸³⁾ *Istituzioni*, II, cit., 1012.

⁽⁸⁴⁾ Una sintesi di tale dibattito in BARTOLE, *Art. 114-117*, cit., 3 ss.

⁽⁸⁵⁾ *Istituzioni*, cit., 1013.

⁽⁸⁶⁾ Sul punto, v., con osservazioni critiche, tra gli altri, PALADIN, *Il problema delle « nuove Province »*, in *Le Regioni*, 1984, 65 ss.; BRUNORI, *Le « vecchie » Province e le « nuove » autonomie locali*, in *Le Regioni*, 1985, 496 ss.

anni dalla presentazione al Senato del disegno di legge, non sembra che la riforma abbia compiuto sostanziali passi in avanti. Cosicché il problema della creazione di un ente intermedio rimane ancora insoluto ed il ruolo dell'attuale Provincia (soprattutto dopo che è stato completato il trasferimento delle funzioni amministrative dallo Stato agli enti sub-regionali) rischia di divenire, in attesa che la riforma delle autonomie locali venga concretamente attuata, sempre più marginale.

2. In un significato parzialmente diverso da quello di « ente intermedio » Mortati impiega la locuzione « società intermedia » nel definire il Comune. È ben nota la concezione di Mortati di dette società, intese come gruppi sociali « da considerare come gli scalini che, per gradi successivi, fanno ascendere a visuali sempre più ampie, fino ad arrivare allo Stato »⁽⁸⁷⁾. Nelle società intermedie rientrano in tal modo, oltre gli enti locali territoriali, la comunità familiare, le associazioni religiose, le associazioni culturali, i partiti politici, i sindacati⁽⁸⁸⁾. Si avverte, in tale concezione, l'eco del pensiero sociale cattolico e della visione pluralista della società, fondata sui principi della solidarietà politica, economica e sociale e, per quel che più direttamente riguarda gli enti territoriali, su una rete di poteri locali nei quali realizzare « l'elevamento della persona umana nel campo degli interessi politici, in quanto incitano tutti i cittadini ad un attivo intervento nella cosa pubblica e, per la ristrettezza dell'ambito in cui operano, fanno apparire i fini comuni più vicini a quelli individuali, quasi un prolungamento di questi ultimi »⁽⁸⁹⁾.

Va rilevato che il disegno di legge sull'« Ordinamento delle autonomie locali », proposto dalla I Commissione Affari Costituzionali del Senato, definisce espressamente, all'art. 3, la Provincia « ente intermedio tra Comune e Regione » affidandole essenzialmente funzioni di programmazione e più in particolare, in questo campo, di raccordo tra le proposte avanzate dai Comuni e la programmazione economica e territoriale della Regione; e prevede anche, all'art. 37, la revisione delle attuali circoscrizioni provinciali, determinandone i criteri e gli indirizzi.

⁽⁸⁷⁾ *La persona, lo Stato le comunità intermedie*, Torino, 1959, 83.

⁽⁸⁸⁾ *Op. ult. cit.*, 81 ss.

⁽⁸⁹⁾ *Op. ult. cit.*, 129. Sul punto si vedano, anche le considerazioni di D'ONOFRIO, *Governo locale e democrazia comunitaria*, Roma, 1977, 63 ss.

I Comuni, dunque, assieme alle altre società intermedie, costituiscono la sede nella quale l'individuo, la persona umana, acquisita consapevolezza dei propri bisogni ed interessi e, partecipando alla vita della comunità, li fa valere attraverso la partecipazione alla vita sociale⁽⁹⁰⁾; essi, in particolare, non vengono in considerazione, secondo tale concezione, come entità giuridiche bensì come gruppi sociali, spontaneamente costituitisi, agendo nei quali l'individuo si avvicina allo Stato ed accresce la sua libertà, poiché, data la ristrettezza del loro ambito territoriale, i cittadini sono messi in grado di partecipare con maggiore immediatezza alle loro funzioni e di meglio educarsi all'esercizio dei diritti e doveri civici⁽⁹¹⁾.

Purtroppo è da osservare che siffatta concezione del Comune come società intermedia non regge all'impatto con la realtà. L'assetto attuale dei poteri locali in Italia, la polverizzazione dei Comuni (8.806, secondo i dati dell'ultimo censimento, dei quali ben 5.979 al di sotto dei 4.000 abitanti), la mancata riforma delle autonomie locali e la stessa insufficienza ed ambiguità, per taluni aspetti, del disegno di legge relativo⁽⁹²⁾ non contribuiscono certamente a valorizzare il Comune come « società intermedia » nel senso voluto ed auspicato da Mortati. Né le prospettive di un rapido mutamento di tali condizioni sono vicine, ove si osservi — con Onida⁽⁹³⁾ — che l'impianto del disegno di legge di riforma appare « assai tradizionalista » e che la partecipazione popolare è considerata un po' troppo riduttivamente.

Non resta allora, se si vuole dar corpo ad un Comune che divenga veramente l'ente esponenziale di una ben definita comu-

⁽⁹⁰⁾ La qualifica di « società intermedie » vale dunque, per questo aspetto, a mettere in rilievo « la funzione da queste adempiuta dell'avvicinamento allo Stato di una società pluralistica come la nostra poiché, pur nei contrasti che possono determinarsi fra loro, tutte concorrono in ultimo alla formazione della volontà comune » (*Istituzioni*, II, cit., 1159).

⁽⁹¹⁾ *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, cit., 136.

⁽⁹²⁾ Per un esame critico del disegno di legge, v. i saggi di vari autori pubblicati ne *Le Regioni*, 1985, 637 ss. ed in particolare, per quel che riguarda i Comuni, DOMENICHELLI, *I principi sulle funzioni di Comuni e Province* 676 ss.) e ONIDA, *Gli organi di governo e la partecipazione* (717 ss.).

⁽⁹³⁾ ONIDA, *op. ult. cit.*, 720, 724.

nità sociale, che ricomporre il loro numero secondo criteri ottimali di estensione territoriale e di popolazione e affidarsi, per il resto, all'iniziativa degli amministratori locali e dei cittadini singoli ed associati nel promuovere forme di partecipazione diretta alla attività dell'ente (rientrano o meno nelle forme previste, ma in maniera insufficiente, nel disegno di riforma). Nell'operare in tal senso occorre tener conto, però, che la partecipazione ai processi decisionali, ai vari livelli, confligge con il sistema di rappresentanza politica, ormai consegnato per intero nelle mani dei partiti. Una partecipazione effettiva, e non puramente formale ed episodica, implicherebbe, pertanto, un processo di autoriforma dei partiti che, almeno per il momento, è impossibile immaginare. Di conseguenza bisogna prendere atto della realtà, nel tentativo di conciliare il sistema rappresentativo monopolizzato dai partiti con un eventuale sistema partecipativo idoneo a potenziare la rappresentatività degli stessi partiti e, indirettamente, delle assemblee elettive. Occorre notare, tuttavia, che maggiori spazi alla partecipazione si aprono nel campo della attività amministrativa (e della relativa organizzazione) non direttamente controllato o controllabile dai partiti politici. Ed è in questo campo, infatti, che si sono avute alcune iniziative a livello comunale mediante la predisposizione, da parte di alcuni Comuni, di regolamenti per la disciplina della partecipazione popolare (come è del resto previsto nel disegno di legge di riforma). Probabilmente è questa la strada da seguire (assieme ad un riordino complessivo degli enti locali) se si vuole che il Comune — secondo la definizione di Mortati⁽⁹⁴⁾ — divenga « l'organismo politico elementare, più vicino ai cittadini ».

V

1. Mortati svolge l'ufficio di giudice della Corte costituzionale (al quale venne nominato dal presidente della Repubblica) dal 1960 al 1972. In tale periodo egli fu relatore di numerose sentenze e ordinanze, alcune delle quali in materia regionale. Ben-

(94) *Istituzioni*, II, cit., 995.

ché il principio di collegialità vigente nell'operato della Corte costituzionale ed il segreto che copre le discussioni in Camera di consiglio⁽⁹⁵⁾ non consentano di sceverare il suo apporto nella decisione della Corte, tuttavia è da ritenere, con buon margine di fondatezza, che le relazioni di Mortati abbiano influito sulla deliberazione della questione, in particolare allorquando nelle sentenze della Corte vengono accolte tesi che egli aveva in precedenza avanzate nei suoi scritti.

La maggior parte delle decisioni cui ci si riferisce attiene alla funzione legislativa (regionale e statale). Vengono, in particolare, presi in esame i limiti posti alle leggi regionali, il criterio di individuazione delle materie, taluni aspetti procedurali del giudizio in via di azione.

In alcune sentenze riguardanti i limiti della potestà legislativa regionale (n. 46 del 1961; n. 46 del 1962; n. 142 del 1972), la Corte afferma, con molta chiarezza, che l'individuazione delle materie deve avvenire secondo il criterio obiettivo e non secondo quello finalistico. Si legge, ad esempio, nella sentenza n. 46 del 1961 che « le competenze normative attribuite alle Regioni o Province autonome sono da contenere entro i limiti risultanti dalla specificazione delle singole materie elencate negli statuti secondo il contenuto delle medesime da determinare in base a criteri obiettivi, e non se ne può consentire l'estensione a rapporti non rientranti nelle medesime, in base alla mera considerazione dei fini che ne hanno ispirato il conferimento ».

Di grande interesse è, poi, la sent. n. 142 del 1972, ampiamente commentata in dottrina, nella quale la Corte — dopo aver ribadito che la determinazione della materia regionale deve farsi in modo obiettivo senza riferimento al risultato da conseguire — dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale proposte nei confronti di alcuni articoli del D.P.R. 15 gennaio 1972,

(95) Segreto al quale — è bene ricordare — egli era contrario, ritenendo opportuno non solo rendere noto il nome dell'estensore della sentenza ma anche le opinioni dissenzienti della minoranza (v. *Considerazioni sul problema dell'introduzione del « dissent » nelle pronunce della Corte costituzionale italiana*, in MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Firenze, 1966, 155 ss.).

n. 11. In particolare, la Corte giustifica la sottrazione, totale o parziale, della disciplina di alcune materie alla potestà della Regione in nome del rispetto dell'interesse nazionale e delle esigenze aventi carattere unitario; conferma il criterio di ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni per il quale al primo spettano le attribuzioni che o rivestono carattere giurisdizionale ovvero che, pur avendo indole amministrativa, attengono a rapporti che, per la interferenza presentata di aspetti privatistici, esulano dalla competenza regionale; ribadisce la validità del limite territoriale, pur auspicando che intervengano provvedimenti legislativi che prevedano strumenti organizzatori idonei a rendere possibile la partecipazione di più Regioni nelle deliberazioni da prendere per la gestione degli interessi comuni e per la regolamentazione dei correlativi obblighi e corresponsabilità. Infine la Corte, pur avvalendosi della motivazione per giungere alla dichiarazione di non fondatezza, osserva che non sono suscettibili di trasferimento quelle materie che sono state inserite tra quelle di competenza di un ministero (nella specie, il ministero dell'agricoltura) poiché a tale inserzione si è a volte provveduto per considerazioni di opportunità politica che hanno condotto ad accentrare nel medesimo funzioni che solo in via generica e senza un nesso diretto possono farsi rientrare nella cura degli interessi alla quale è preposto. In tal modo, la Corte ha posto in rilievo, e sia pure in forma indiretta, l'incongruità di aver trasferito alle Regioni le funzioni amministrative statali non per settori organici di materie (secondo peraltro quanto disposto dall'art. 17 della legge n. 281 del 1970) bensì tenendo conto delle attribuzioni di ciascun ministero.

Sempre in tema di limiti alla potestà legislativa regionale, sono ancora da segnalare: la sentenza n. 12 del 1963, nella quale la Corte afferma che la formulazione di programmi economici è riservata alla legge dello Stato ed è suscettibile di venire svolta dalla Regione solo nei limiti e secondo le direttive dalla medesima fissate ed inoltre che, rientrando il principio sancito nell'art. 120 Cost. tra quelli fondamentali perché necessari a garantire l'unità e l'indivisibilità della Repubblica, esso si pone come limite assoluto di ogni specie di autonomia; la sentenza n. 68 del 1963, che ribadisce il divieto alle Regioni non soltanto di stabilire nuove

figure di reato ma anche di richiamare sanzioni comminate dalle leggi dello Stato; la sentenza n. 28 del 1964, secondo la quale i principi generali dell'ordinamento giuridico che circoscrivono l'ambito della competenza esclusiva non sono quelli che risultano in via di astrazione da leggi o da particolare gruppi di leggi dello Stato (valevoli invece solo a limitare la potestà normativa secondaria); la sentenza n. 44 del 1967, che, dopo aver rilevato la mancanza nella Regione (nella specie siciliana) della soggettività di diritto internazionale, la assoggetta alle convenzioni stipulate dallo Stato con gli altri Stati nonché agli accordi della Comunità europea; la sentenza n. 60 del 1968, che riconosce alla Regione la potestà di dettare norme in materia di diritto privato allorquando ricorrono gli estremi della temporaneità della disciplina e della eccezionalità della situazione ambientale cui esse intendono provvedere; la sentenza n. 37 del 1972, nella quale la Corte si richiama ancora una volta al limite territoriale per dichiarare l'illegittimità costituzionale di una legge regionale.

In altre sentenze, poi, la Corte: subordina l'esercizio della potestà legislativa delle Regioni a statuto speciale alla emanazione delle norme di attuazione non soltanto quando l'esercizio dei poteri spettanti all'ente regionale importi il trasferimento a questo di un settore prima appartenente all'organizzazione diretta dello Stato ma anche quando sia disposta la pura e semplice assunzione, da parte dell'ente stesso, di funzionari che non danno luogo a spostamento di uffici (n. 22 del 1961); afferma, dopo aver sostenuto che l'atto motivato con il quale il Consiglio dei ministri rinvia una legge al Consiglio regionale « ha una componente di volontà in relazione ad un comportamento immediatamente successivo (rinvio) o futuro ed eventuale (ricorso per illegittimità costituzionale alla Corte) », che, quando ricorrono ragioni di eccezionalità, il Presidente del Consiglio ha il potere di promuovere il giudizio, fermo restando che il Consiglio dei ministri, almeno prima del deposito del ricorso davanti alla Corte, deve riaffermare con una formale deliberazione detta volontà (ratificando o confermando il comportamento del Presidente del Consiglio) (n. 147 del 1972); dichiara che spetta allo Stato il potere di nomina dei commissari per la provvisoria reggenza delle amministrazioni comunali inca-

pacì di funzionare, essendo rimasto in capo allo stesso il potere relativo ai controlli sostitutivi giacché l'art. 128 Cost. ha mantenuto alle Province ed ai Comuni la figura da essi tradizionalmente rivestita di parti dell'ordinamento generale dello Stato (n. 164 del 1972).

2. Pur con tutte le riserve sopra formulate, è relativamente facile stabilire le convergenze e le divergenze tra le decisioni della Corte (alcune delle quali confermate della precedente giurisprudenza) e le tesi mortatiane. Per quel che riguarda i limiti alla potestà legislativa regionale, ad esempio, la Corte riconosce e fa valere l'esistenza del limite territoriale, strettamente inteso e del limite della materia penale e dei rapporti privati. Occorre però rilevare che Mortati, al contrario della Corte (sentenza n. 68 del 1963), ammette che potrebbe palesarsi opportuno che, almeno per le sanzioni di tipo contravvenzionale, « si apra la possibilità di una loro adeguazione alle particolarità che, eventualmente, fossero riscontrabili nei vari ambiti regionali »⁽⁹⁶⁾. Lo stesso si dica per la sentenza n. 60 del 1968, secondo la quale la competenza regionale in materia privatistica è ammessa quando si riferisca a situazioni locali eccezionali e di carattere temporale, condizione questa che Mortati giudica (con riferimento ad analoghe precedenti decisioni) « sfornita di ogni valida giustificazione »⁽⁹⁷⁾.

Eguale Mortati non condivide la giurisprudenza della Corte (v., tra le altre, la sentenza n. 22 del 1961) secondo la quale l'esercizio da parte delle Regioni della potestà legislativa è subordinato, nelle Regioni a statuto speciale, alla emanazione delle norme di attuazione⁽⁹⁸⁾.

Una piena convergenza si verifica, invece, sul criterio di identificazione delle materie attribuite alla potestà legislativa regionale, che deve essere obiettivo e non finalistico, escludendo in tal modo l'esistenza di poteri impliciti o connessi⁽⁹⁹⁾ e sul limite costituito dai programmi economici statali, rispetto ai quali le Regioni pos-

(96) *Istituzioni*, II, cit., 936.

(97) *Istituzioni*, II, cit., 937, nt. 1; v. anche *I limiti*, cit., 575.

(98) *Istituzioni*, cit., 946.

(99) *I limiti*, cit., 579 s.

sono intervenire, nell'ambito delle loro competenze, con leggi di adeguamento e di coordinamento⁽¹⁰⁰⁾; mentre dubbi possono sorgere sulla adesione di Mortati alla sentenza n. 147 del 1972 nella quale la Corte ammette che, qualora ricorrano ragioni di eccezionalità, il Presidente del Consiglio può promuovere il giudizio avverso una legge regionale, senza una previa deliberazione del Consiglio dei Ministri⁽¹⁰¹⁾.

Un giudizio complessivo sulla presenza di Mortati nella Corte costituzionale (nei limiti in cui è possibile formularlo e rispetto, per quel che qui interessa, alle decisioni in materia di autonomie territoriali) deve tener conto, in premessa, del periodo in cui egli svolge la funzione di giudice. In tale periodo, la Corte (con qualche eccezione al tempo della presidenza Branca) adotta un indirizzo restrittivo nei confronti delle autonomie regionali allora costituite, per buona parte di esso, soltanto dalle Regioni a statuto speciale. La Corte, infatti, delimita rigidamente la sfera di competenza regionale anche mediante il più volte riaffermato criterio obiettivo per la identificazione delle materie; fa valere il limite dell'interesse nazionale nel giudizio di legittimità; non esercita — come è stato osservato⁽¹⁰²⁾ — quella funzione di garanzia degli equilibri del sistema pluralistico, che presuppone una sua riconosciuta imparzialità arbitrale. In questo quadro, è da ritenere che Mortati giudice costituzionale abbia continuato nella sua opera a difesa dell'autonomia regionale, secondo le sue convinzioni di giurista ed in perfetta coerenza con le tesi sostenute con i suoi scritti e nell'Assemblea costituente.

Si può quindi concludere che i diversi profili secondo i quali è stato preso in esame, in questo scritto, il pensiero di Mortati quale giurista, membro dell'Assemblea costituente e giudice della Corte costituzionale trovano il loro preciso punto di riferimento e di raccordo nella personalità dell'uomo, caratterizzata dalla saldezza dell'ingegno, dal rigore morale, dalla sua profonda cultura giuridica, attenta ed aperta allo studio dei problemi della società

⁽¹⁰⁰⁾ *Istituzioni*, cit., 939.

⁽¹⁰¹⁾ V. a riguardo *op. ult. cit.*, 1436, nt. 1, nella quale l'autore si limita a riferire i termini del problema.

⁽¹⁰²⁾ BASSANINI, *Le Regioni fra Stato e comunità locali*, Bologna, 1976, 180.

contemporanea. E pur quando si dissentisse dalle soluzioni che egli dà ad alcuni di tali problemi (anche in tema di autonomie territoriali), il contributo di Mortati alla scienza giuridica italiana verrebbe arricchito da questo apporto dialettico.

È all'uomo Mortati che dobbiamo allora guardare nello studiare la sua opera, nei molteplici campi in cui si è svolta. Da questo abbiamo imparato molto. E gliene siamo grati.

I collaboratori di questo volume

Paolo GROSSI

Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Massimo Severo GIANNINI

Ordinario di Diritto amministrativo - Università di Roma I

Riccardo MONACO

Emerito di Diritto internazionale - Università di Roma I

Maurizio FIORAVANTI

Ordinario di Storia delle costituzioni moderne - Università di Firenze

Fulco LANCHESTER

Ordinario di Diritto anglo-americano - Università di Roma I

Giuliano AMATO

Ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato - Università di Roma I

Leopoldo ELIA

Presidente emerito della Corte costituzionale

Ordinario di Diritto costituzionale - Università di Roma I

Paolo RIDOLA

Associato di Diritto costituzionale - Università 'G. D'Annunzio' di Teramo

Ugo DE SIERVO

Ordinario di Diritto costituzionale - Università di Firenze

Paolo CARETTI

Ordinario di Diritto costituzionale - Università di Firenze

Giorgio BERTI

Ordinario di Diritto costituzionale - Università Cattolica di Milano

Sabino CASSESE

Ordinario di Diritto amministrativo - Università di Roma I

Angelo Antonio CERVATI

Ordinario di Diritto parlamentare - Università di Roma I

Augusto CERRI

Ordinario di Diritto costituzionale - Università di Trieste

Lorenza CARLASSARE

Ordinario di Diritto costituzionale - Università di Ferrara

Sergio LARICCIA

Ordinario di Diritto ecclesiastico italiano e comparato - Università di Roma I

Sergio BARTOLE

Ordinario di Diritto costituzionale - Università di Trieste

Alessandro PIZZORUSSO

Ordinario di Diritto pubblico generale - Università di Pisa

Pietro RESCIGNO

Ordinario di Istituzioni di diritto privato - Università di Roma I

Temistocle MARTINES

Ordinario di Diritto regionale - Università di Roma I

Indice

	pag.
PAOLO GROSSI, <i>Pagina introduttiva</i>	1
MASSIMO SEVERO GIANNINI, <i>Scienza giuridica e teoria generale in Costantino Mortati</i>	7
RICCARDO MONACO, <i>Romano, Donati, Mortati nei ricordi di un internazionalista</i>	31
MAURIZIO FIORAVANTI, <i>Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione - Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana</i>	45
FULCO LANCHESTER, <i>Il periodo formativo di Costantino Mortati</i>	187
GIULIANO AMATO, <i>Costantino Mortati e la Costituzione italiana. Dalla Costituente all'aspettativa mai appagata dell'attuazione costituzionale</i>	231
LEOPOLDO ELIA, <i>Appunti su Mortati e le forme di governo</i>	245
PAOLO RIDOLA, <i>Democrazia e rappresentanza nel pensiero di Costantino Mortati</i>	259
UGO DE SIERVO, <i>Parlamento, partiti e popolo nella progettazione costituzionale di Mortati</i>	301
PAOLO CARETTI, <i>Immunità parlamentari e ruolo del Parlamento nel contributo di Costantino Mortati</i>	359
GIORGIO BERTI, <i>Il pensiero di Mortati e l'amministrazione</i>	383
SABINO CASSESE, <i>I controlli sulla pubblica amministrazione in Mortati</i>	401
ANGELO ANTONIO CERVATI, <i>Le garanzie costituzionali nel pensiero di Costantino Mortati</i>	417
AUGUSTO CERRI, <i>L'eguaglianza giuridica nel pensiero del Mortati</i>	471
LORENZA CARLASSARE, <i>Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati</i>	479
SERGIO LARICCIA, <i>Il contributo di Costantino Mortati per l'attuazione delle libertà di religione in Italia</i>	491
SERGIO BARTOLE, <i>Giudici, funzione giurisdizionale e interpretazione del diritto: glosse ad alcuni testi di Costantino Mortati</i>	511

	<i>pag.</i>
ALESSANDRO PIZZORUSSO, <i>La giurisdizione costituzionale secondo Mortati</i>	535
PIETRO RESCIGNO, <i>L'autonomia delle formazioni sociali</i>	567
TEMISTOCLE MARTINES, <i>Le autonomie degli enti pubblici territoriali, la regione, la provincia, il comune. Mortati e la questione delle regioni nella storia dell'Italia repubblicana</i>	597

UNIVERSITÀ DI FIRENZE
CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- Vol. 1 (1972), 8°, p. 486
Vol. 2 (1973), 8°, p. 798
Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041
Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140
Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648
Vol. 8 (1979), 8°, p. 564
Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590
Vol. 10 (1981), 8°, p. 584
Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8° p. 1200
Vol. 13 (1984), 8°, p. 782
Vol. 14 (1985), 8°, p. 646
Vol. 15 (1986), 8°, p. 748
Vol. 16 (1987), Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718
Vol. 17 (1988), 8°, p. 640.
Vol. 18 (1989), (in corso di stampa)

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484
- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414

- 4 Mario Sbriccoli, **ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO**
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « **UN ALTRO MODO DI POSSEDERE** »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, **STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO**
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, **GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO**
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, **I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE**
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, **SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO**
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 **CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO**
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 La « **CULTURA** » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO**
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, **TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »**
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, **I SOGGETTI E LE NORME**
(1984), 8°, p. IV-204

- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8º, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8º, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8º, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8º, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra ottocento e novecento
(1986), 8º, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8º, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8º, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8º, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8º, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8º, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8º, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8º, p. VI-87

- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. cxxviii-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LA-
VORO TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI
Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644

L. 60.000 I.V.A. inclusa

3250-46

ISBN 88-14-01897-9

