

GIACINTO DELLA CANANEA

*Mortati e la scienza del diritto pubblico
nel periodo fascista: un'opinione dissen-
ziente*

ABSTRACT

L'opera scientifica di Costantino Mortati viene esaminata da un duplice angolo visuale, relativo ai rapporti con la cultura giuridica italiana e tedesca del periodo fascista.

Nell'articolo, viene messa in luce, da una parte, l'originalità del pensiero di Mortati rispetto sia alla cultura giuridica del periodo liberale, sia alle correnti culturali vicine al regime fascista.

Dall'altra parte, viene sottolineata l'autonomia delle teorie, elaborate da Mortati, della costituzione materiale e del potere discrezionale rispetto agli orientamenti prevalenti tra gli studiosi tedeschi contemporanei.

GIACINTO DELLA CANANEA

MORTATI E LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO
NEL PERIODO FASCISTA: UN'OPINIONE DISSENZIENTE*

SOMMARIO

1) *La ricostruzione dell'opera giuridica di Mortati: questioni di metodo e di merito*; 2) *Dalla concezione formale dello Stato all'analisi degli interessi e dei gruppi*; 3) *La forma di governo*; 4) *La teoria del potere discrezionale*; 5) *Mortati e la cultura giuridica nel periodo fascista*.

1. *La ricostruzione dell'opera giuridica di Mortati: questioni di metodo e di merito*

Per chi voglia comprendere i percorsi e gli orientamenti della scienza del diritto pubblico nel periodo fascista e la sua interazione con la cultura giuridica tedesca, l'opera scientifica di Costantino Mortati è particolarmente importante, prima di tutto perché, tra il 1931 e il 1940, diede alle stampe tre monografie che affrontavano i maggiori problemi del suo tempo, dialogando con i principali studiosi italiani e stranieri (francesi, oltre che tedeschi). Oltre a dedicarsi alla scienza del diritto costituzionale, Mortati ha anche coltivato interessi per temi poco studiati dai costituzionalisti, come la discrezionalità e i controlli sull'amministrazione¹. Infine, non si può non tenere conto della fortu-

* Commento alla relazione del Professor Massimo La Torre, "The German Impact on Fascist Public Law Doctrine-Costantino Mortati's "Material Constitution", presentata all'incontro di studio organizzato dall'Istituto universitario europeo sul tema "The Dark Heritage: legal science in Europe during the Fascist period". Per questo breve scritto, ho molti debiti: con Cristian Joerges, anzitutto, che mi ha offerto di partecipare alla ricerca; con Sabino Cassese, Fulco Lanchester e Giovanna Montella, per i commenti ad una prima versione; con Manuela Veronelli, per l'aiuto nel reperire alcuni scritti presso le biblioteche dell'Università di Roma "La Sapienza". A tutti va il mio ringraziamento. Resto, ovviamente, l'unico responsabile di errori od omissioni.

¹ Non a caso a Mortati sono stati dedicati studi recenti e accurati: *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Milano, 1990, p. 187; *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, a cura di F. Lanchester, Napoli,

na delle sue *Istituzioni di diritto pubblico*, punto di riferimento per generazioni di studenti in molte università italiane.

È condivisibile, quindi, l'ipotesi prospettata da Massimo La Torre, ossia che il pensiero giuridico di Mortati, e segnatamente la concezione della "costituzione materiale", costituisca un punto di osservazione privilegiato per esplorare il "corso" della scienza giuridica e quello, più generale, della cultura italiana nel periodo fascista².

Proprio per questo motivo, però, i modi in cui l'ipotesi è verificata sono solo parzialmente soddisfacenti, innanzitutto perché non si possono studiare i personaggi del passato esaminandone solo le opere più impegnative. Spesso, infatti, è in quelle minori oppure nelle attività svolte al di fuori delle sedi universitarie, che si trovano le chiavi per comprenderne le idee più originali e, al tempo stesso, i "debiti" con il clima culturale in cui hanno vissuto. L'analisi del testo, quindi, deve essere ampliata. Inoltre, per cogliere appieno quanto vi è di nuovo e di originale nel pensiero di uno studioso come Mortati, che ebbe vicini sia Santi Romano, sia Sergio Panunzio, bisogna anche interrogare il contesto, tentando di effettuare un confronto con altri studiosi. Anzi, un'indagine di questo tipo richiederebbe un confronto, oltre che con i maggiori studiosi, con i minori, perché – come Sabino Cassese ha ricordato di recente – «non c'è cosa migliore, per capire la statura di alcuni, del paragone con la mediocrità degli altri uomini con cui vissero»³. Infine, proprio per l'orientamento "realista" che ha contraddistinto l'opera di Mortati (come egli stesso osservò nell'ultima edizione delle *Istituzioni*), non si può prescindere dal metterla in prospettiva rispetto all'ordine degli eventi reali, cioè ai cambiamenti intervenuti nell'assetto istituzionale, che erano numerosi, profondi e non sempre agevolmente decifrabili⁴.

1989. Anche P. GROSSI, *La scienza giuridica italiana - Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, si sofferma in più punti sulla figura di Mortati.

² Alla tesi negativa, più volte espressa da Norberto Bobbio (per esempio in *La cultura e il fascismo*, in *Fascismo e società italiana*, a cura di G. Guazza, Torino, 1973, p. 229), si contrappongono le posizioni di coloro che mettono in luce l'esistenza di una dottrina fascista dello Stato, come P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, 1973; L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Bari, 1999, p. 39.

³ S. CASSESE, *Oreste Ranelletti e il suo tempo*, in *Scritti in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1995, p. 2678.

⁴ Mortati, nato nel 1891, svolse i suoi studi universitari alla fine del periodo liberaldemocratico, ha prodotto le sue opere maggiori tra il 1931 e il 1940, durante il pe-

Beninteso, non è da escludere che, nonostante le differenze riguardanti il percorso dell'analisi, le conclusioni possano essere in buona parte convergenti con quelle tratte da La Torre, secondo cui l'opera di Mortati nel periodo considerato è contraddistinta, in breve: i) dall'antiliberalismo, che si manifesta nella critica impietosa non solo del parlamentarismo, ma anche dell'individualismo egualitario; ii) dall'antiformalismo, espresso dall'insistente richiamo all'effettività e dall'attenzione prestata al diritto come insieme di valori; iii) sia da aspetti originali, sia da alcune analogie con le teorie esposte dai critici della democrazia di Weimar (come Rudolf Smend e, in particolare, Carl Schmitt).

Nelle pagine che seguono, per valutare quale sia stato il posto di Mortati nella cultura giuridica del suo tempo e quali rapporti abbia avuto con la dottrina tedesca, verranno considerati i temi al centro della sua riflessione nel quarto decennio del Novecento: la concezione dello Stato, la forma di governo, la teoria della discrezionalità.

2. Dalla concezione formale dello Stato all'analisi degli interessi e dei gruppi

Nel periodo considerato, gli studiosi che avevano "rifondato" la scienza del diritto pubblico, depurandola dalle ingerenze filosofiche e sociologiche, sul finire dell'Ottocento erano, come Vittorio Emanuele Orlando, nell'ultima fase della propria attività scientifica oppure, come Santi Romano, avevano comunque esaurito la stagione più innovativa, cosicché l'immagine che essi davano dello Stato trascurava i cambiamenti intervenuti nel sostrato sociale del Paese e finanche nella struttura della rappresentanza politica.

Infatti, per via dell'ampliamento del suffragio, se nel 1882 gli elettori erano due milioni, divennero otto nel 1912 e sette anni dopo il suffragio era esteso a tutti, con rappresentanza proporzionale, erodendo le condizioni che avevano consentito la formazione di assemblee

riodo fascista, ed ha poi proseguito l'attività di studioso dopo l'entrata in vigore della Costituzione del 1948, che contribuì a elaborare, a seguito dell'elezione nell'Assemblea costituente.

elettive composte di «eminenti notabili»⁵. Inoltre, l'espansione dell'intervento pubblico in campo economico, che già si era manifestata nell'età giolittiana attraverso aziende ed enti pubblici, aveva assunto proporzioni sempre più ampie nel periodo fascista: lo Stato agiva come pianificatore e come imprenditore. Al tempo stesso, con la "Carta del lavoro" e la legislazione sui contratti collettivi, iniziava la costruzione dello Stato corporativo.

Tuttavia, Orlando restava sostanzialmente fedele alla concezione – di derivazione germanica – dello Stato-persona, di tipo olistico, che era servita a rinsaldare il nuovo reggimento politico, in conflitto con i sostenitori dell'*ancien régime*; vedeva, quindi, nei sindacati dei pubblici impiegati un segno di "crisi dello Stato". Dal canto suo, Romano, che pure nel 1917 – con *L'ordinamento giuridico* – aveva compiuto lo sforzo più avanzato per introdurre il pluralismo entro l'analisi delle istituzioni giuridiche, aveva poi fatto un passo indietro proprio, sostenendo che gli interessi dei soggetti pubblici operanti all'interno dei confini statuali, alla fine, devono necessariamente trovare un momento di sintesi⁶. Dunque, nonostante le profonde differenze rispetto alle teorie positivistiche, gli studiosi italiani finivano per esporre – per mutuare i termini utilizzati da Mario Nigro – una concezione "disseccata e devitalizzata" dello Stato⁷. Apparentemente avulsa dallo spazio e dal tempo, la scienza del diritto pubblico anteponeva alla rappresentazione degli eventi reali il perfezionamento del rigore metodologico. In realtà, alla (falsa) rappresentazione di sé stessa come scienza avalutativa corrispondeva un'operazione di spolicizzazione dello Stato e delle sue istituzioni, visti nell'ottica esclusivamente giuridica.

L'impostazione di Mortati è radicalmente diversa. Già nel suo primo lavoro impegnativo, dedicato al nuovo assetto del potere governa-

⁵ M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato – persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., p. 59.

⁶ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, 1946; *Gli interessi dei soggetti autarchici e l'interesse dello Stato* (1930), ripubblicato negli *Scritti minori*, II, Milano, 1950, p. 299. Su questa vicenda, v. *I giuristi e la crisi dello stato liberale*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, 1986. Sulla "svolta" promossa da Orlando, G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana. I. Dall'Unità alla fine dell'Ottocento*, Milano, 1998.

⁷ M. NIGRO, *Carl Schmitt fra diritto e politica* (1986), ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, p. 1791.

tivo⁸, mira ad inquadrare le potestà governative nell'ordinamento giuridico, al fine di delineare le fondamenta dello "Stato moderno". Mortati si dedica in seguito all'analisi degli atti di esercizio delle funzioni legislative e amministrativa, ossia la legge e l'atto amministrativo, e soprattutto al modo in cui essi si manifestano le potestà discrezionali, che incidono sull'ordine degli interessi. Infine, completando il percorso intrapreso, mette a punto la teoria della costituzione in senso materiale⁹.

Rispetto all'impostazione tradizionale, la messa a punto di Mortati abbandona, anzitutto, la configurazione meramente formale della costituzione e delle norme, affermando decisamente che l'ordinamento è «giuridico, in quanto collegato non con un semplice ordine formale di poteri, bensì con un'organizzazione di forza sociale, capace di conferire ad esso l'effettività».

La connessione tra la società e lo Stato, inoltre, agisce sotto il profilo teleologico, nel senso che questo – oltre ad avere i fini generici, propri di ogni entità statale, come il mantenimento della pace e la preservazione dell'ordine pubblico – assume come propri innumerevoli «particolari interessi, reputati degni di protezione», incidendo, così, sui correlativi «rapporti sociali», che divengono «oggetto della disciplina statale». La natura politica dello Stato, dunque, si manifesta, da un lato, nella «indeterminatezza e mutabilità dei fini particolari da esso» assunti; dall'altro, nella sua capacità di «considerare nel suo complesso l'insieme dei rapporti sociali e [...] di ridurre ad unità il vario comportamento degli organi statali». Ne consegue, in particolare, che l'azione statale nel campo dei rapporti economici può – a seconda dei casi – limitarsi ad assicurare il rispetto della sicurezza pubblica, consentendo «il libero dispiegamento dei contrastanti interessi» oppure «dirigersi allo scopo dell'attuazione della collaborazione tra le classi [...] in condizioni di parità o di disuguaglianza, diretta dal di fuori od ottenuta spontaneamente dal di dentro»¹⁰.

Dopo aver introdotto i fini, o interessi, particolari nella cittadella fortificata delle istituzioni statali, Mortati si occupa dei gruppi che ne

⁸ C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1931.

⁹ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940 (ristampa inalterata del 1998).

¹⁰ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., p. 77, 92-93, 96.

sono portatori, cioè dei soggetti che, sia pure entro i limiti derivanti dall'*idem sentire de re publica*, concorrono ad orientarne l'azione, determinando l'indirizzo politico. Nella misura in cui il concetto di costituzione (più che di ordinamento) viene utilizzato come momento unificante dell'assetto sociale, i fini e le forze dirette a realizzarli – fino ad allora espunti dall'orizzonte della scienza giuridica – vengono integrati nel sistema giuridico. Anzi, è decisivo il rilievo assunto dai partiti politici, cui spetta imprimere un assetto agli interessi, effettuando scelte relative all'ordine dei fini e dei mezzi diretti a soddisfarli.

Lo Stato che Mortati descrive, dunque, non è più lo Stato – persona, creazione giuridica apolitica e astratta dalla società. All'opposto, esprime il governo della società, determinandone gli indirizzi in campo sociale ed economico, assumendo la funzione di mediazione tra gli interessi attinenti alla sfera produttiva e incidendo sulla stessa conformazione delle strutture sociali.

Questo punto di vista viene ribadito alcuni anni, più tardi, nello scritto – destinato alla raccolta di studi promossa dal Ministero per la Costituente – dedicato alla Costituzione di Weimar¹¹. Mortati osserva che la: «dissoluzione del centro di unità del vecchio Stato, poggiante sulla borghesia del censo e della cultura, che aveva posto sé stessa e la sua ideologia liberista come principio di aggregazione del nuovo Stato ed assegnava al Parlamento, costituito senza vincoli organici con la società sottostante, la funzione di organo sovrano della volontà generale». In seguito, però, «per l'acquisto della consapevolezza dell'autonomia dei propri interessi da parte dei ceti diversi da quelli dominanti, la formazione dei gruppi rappresentativi degli interessi medesimi ebbe luogo superando i divieti legali, questi vennero a trovarsi, se non sempre in antitesi con lo Stato, per lo meno privi di contatto e di coordinazione con l'attività statale. L'attuazione del suffragio universale non poté non riflettere siffatta mutata situazione», dando luogo all'indebolimento dei parlamenti, a fronte del «pluralismo di enti vari: territoriali, economici, professionali, politici». È a questo punto che «il totalitarismo, di destra o di sinistra, appare... come lo sbocco necessa-

¹¹ *La Costituzione di Weimar*, a cura di C. Mortati, Firenze, 1946, pp. 82-84. Considerazioni analoghe sono espresse nello scritto *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, p. 215: «lo Stato liberale ... aveva visto compromessa la propria saldezza dalla frattura determinatasi tra parte e parte della popolazione. Lo "Stato di diritto", ... si era rivelato impotente a mantenere un minimo di coesione sociale».

rio di una situazione che si proclama da tutti insostenibile», onde consentire allo Stato di «assolvere la funzione a esso propria del mantenimento dell'ordine sociale», salvaguardando le libertà e al tempo stesso intervenendo a sostegno degli interessi, assumendo compiti di pianificazione e conferendo «ai singoli diritti a prestazioni pubbliche di carattere positivo rivolte a realizzare un'uguaglianza sostanziale o ad assicurare determinate forme di assistenza».

In breve, al mutamento dei presupposti costituzionali dello Stato è corrisposto il cambiamento, da una parte, del sistema dei rapporti che si instaurano tra i singoli e i gruppi dei quali essi fanno parte e, dall'altra, dell'assetto delle istituzioni, che hanno il compito di realizzare il nuovo programma sancito dalla decisione politica originaria. Alla parte descrittiva si affianca una parte più propriamente prescrittiva, riguardo alla formazione della «nuova costituzione [...] che] deve considerarsi non come l'inizio, ma come la fase terminale, di assestamento di un processo di trasformazione del precedente sistema di relazioni sociali, ... in altre parole lo *stabilimentum* di una precedente decisione politica». Si intravedono già, quindi, i contorni dello Stato sociale.

La circostanza che Mortati abbia posto le premesse metodologiche per l'ampliamento della nozione di costituzione, segnalando l'ampliamento del suffragio come base dell'allargamento della base sociale dello Stato e riaprendo – così – l'osmosi tra società e istituzioni, ha anche consentito, più tardi, a Massimo Severo Giannini di coniugare questa acquisizione con quella – dovuta a Santi Romano – della priorità dell'elemento soggettivo ai fini della individuazione di un ordinamento giuridico, così da delineare, proprio in base all'estensione del numero di coloro che partecipano alla scelta dei reggitori della *res publica*, una successione di assetti costituzionali: quello oligarchico (1861-1900), quello liberaldemocratico (1900-1922), quello fascista (1922-1943) e quello repubblicano, e da trarne spunto per elaborare la nozione di Stato pluriclasse¹².

¹² M.S. GIANNINI, *Parlamento e amministrazione* (1961), ora in *L'amministrazione pubblica in Italia*, a cura di S. Cassese, Bologna, 1974, p. 81; S. CASSESE, *Lo "Stato pluriclasse" in Massimo Severo Giannini*, in *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, 1994, p. 33.

3. La forma di governo

L'altro tema da esaminare è quello delle forme di governo, che il giurista calabrese coltivò a lungo: oltre a dedicarvi la monografia del 1931, seguì ad occuparsene sia nel corso del decennio successivo, sia nel periodo repubblicano.

Anche in questo caso, è bene ricordare brevemente quali fossero gli orientamenti prevalenti nella scienza del diritto pubblico. Gli avvenimenti "costituzionali" del 1922-1923¹³ e l'entrata in vigore delle leggi n. 100 del 1926, sull'ordinamento del Governo, e n. 2693 del 1928, sulle attribuzioni del Gran consiglio del fascismo avevano dissolto non solo il dualismo tra Corona e Parlamento, su cui Vittorio Emanuele Orlando (pur rifiutandosi di riconoscere il valore politico della rappresentanza) aveva imperniato la forma di governo, ma anche il governo di gabinetto, che lo studioso siciliano aveva delineato in contrapposizione a quella parte della cultura tedesca che relegava il governo parlamentare tra i meri «stati di fatto». Non aderiva più all'ordine degli eventi reali neppure la rappresentazione teorica che ne dava Santi Romano: solo nel 1930, con il *Corso di diritto amministrativo*, Romano evidenziava l'importanza assunta dall'attività di governo, trascurando – però – il ruolo dei partiti¹⁴. All'opposto, era proprio l'importanza del partito (ben presto unico) a essere accentuata dai giuristi impegnati nella costruzione del nuovo ordine politico e del correlativo assetto istituzionale.

Anche in questo caso, il percorso seguito da Mortati è originale e improntato al realismo. Seguendo Smend e Schmitt, distingue la funzione di direzione politica dalle altre funzioni statali. Anzi, la antepone ad esse, per la sua capacità di imprimere un ordine unitario ai molteplici interessi («l'assoluta discrezionalità... lo scopo di attuare in modo immediato l'unità dell'azione statale»). Ne trae, inoltre, la conseguenza della preminenza del potere governativo, cui essa è attribuita, rispetto agli altri organi costituzionali, nei confronti dei quali viene esercitata «un'azione di impulso e di controllo»¹⁵.

¹³ R. DE FELICE, *Mussolini il fascista. L'organizzazione dello Stato fascista (1925-1929)*, Torino, 1968, p. 3.

¹⁴ S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930. Per l'ordine di idee seguito nel testo, A. MASSERA, *Orlando, Romano, Mortati e la forma di governo. Profili storico – dogmatici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1996, p. 220.

¹⁵ C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., p. 68.

Quest'ordine di idee viene sviluppato, alcuni anni dopo, nel saggio sulla costituzione in senso materiale, in cui Mortati, dopo aver individuato nel partito politico il «mezzo organizzativo caratteristico dello Stato moderno» («nel caso in cui sia uno solo il partito ammesso ad agire – notava Mortati – la diversità nell'apprezzamento degli interessi si traduce in mutamenti successivi nel tempo, circa il modo di intendere i fini secondari da perseguire»), sottolinea come esso offra – a livello teorico e pratico – gli elementi per la determinazione del contenuto della costituzione fondamentale («comprendente l'insieme delle forze politiche e dei fini di cui esse sono portatrici e che ispirano il complesso normativo»), che ha carattere non meramente sociologico o politico, ma propriamente giuridico. Non a caso, la mancata rispondenza degli uffici pubblici alle scelte politiche circa i «bisogni sociali» dà luogo al sorgere di una vera e propria responsabilità, che si concretizza, oltre che nell'«allontanamento del titolare dall'ufficio ricoperto», nella «repressione indiretta dell'invalidità»¹⁶.

In questo modo, Mortati porta le forze politiche e sociali dentro la costituzione, in contrapposizione con la valenza apolitica che i giuristi della generazione precedente attribuivano allo Stato. Inoltre, esprime una concezione dell'indirizzo politico che fa leva sul concetto di decisione, intesa come volontà di imprimere un cambiamento all'assetto degli interessi (tanto nell'equilibrio tra i fini, quanto nella scelta dei mezzi) emersi nella sfera sociale, cioè espressi dall'elettorato, in cui, proprio per via dell'ampliamento, si manifestano contrasti prima assenti. Proprio per mettere lo Stato in grado di svolgere i nuovi compiti assunti in campo sociale ed economico, sorge la necessità di istituzioni forti, dotate di un indirizzo unitario e questo non può che essere determinato dal potere governativo e, segnatamente, dal suo organo di vertice, cioè il Capo del governo. Ne deriva il superamento del dualismo tra il Parlamento e la Corona, e del tipico prodotto del loro concorso, cioè la legge (espressa dal corpo rappresentativo – in cui Schmitt ravvisava un «teatro della società» – e «sanzionata» dal monarca). La registrazione del cambiamento del tipo di Stato da luogo, quindi all'elaborazione di una teoria innovativa riguardo all'azione dei suoi organi, che coincide con l'indagine svolta da Vezio Crisafulli, il quale porta a livello di rilevanza giuridica l'attività del Governo, men-

¹⁶ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., pp. 70, 102 e 104.

tre si discosta dalle posizioni espresse da Panunzio e dagli altri studiosi attivi nell'ateneo romano.

Di questa divergenza offrono altrettante, significative riprove la configurazione del ruolo assunto dal partito fascista e, soprattutto, la posizione costituzionale della Corona. In aperto contrasto con coloro che cercavano di incorporare il partito fascista nello Stato, Mortati lo relega dapprima tra le condizioni pregiuridiche per il funzionamento del regime, quale istituzione pubblica, per poi riconoscerne (al pari di Oreste Ranelletti) la rilevanza giuridica all'interno della costituzione, senza – però – indulgere all'opinione che lo Stato non sia altro che uno strumento del partito unico. Anche il riconoscimento della posizione di preminenza del Governo è temperato dall'osservazione che il Re mantiene il controllo di sceglierne, come «Capo ..., la persona che egli reputi più idonea a interpretare le esigenze collettive»¹⁷. Dunque, proprio grazie all'adesione ad una concezione della decisione ancorata agli eventi eccezionali, Mortati adotta una ricostruzione dell'assetto costituzionale ben distinta da quella fatta propria dai giuristi "di regime", assegnando alla Corona un rilievo che pochi avrebbero colto a tre anni dal 25 luglio 1943, in quanto presuppone che il sovrano sia dotato della capacità e della forza necessarie per assumere le decisioni politiche richieste dalle circostanze. In definitiva, quello che Mortati prospetta è un assetto istituzionale fondato «pur sempre su un equilibrio tra i poteri dello Stato», in cui il primato del Governo (e del suo organo di vertice) è limitato dalla monarchia, pur se come titolare della sola potestà di scelta e delle decisioni eccezionali¹⁸.

L'ipotesi ricostruttiva che queste osservazioni suggeriscono è la seguente: il "programma" scientifico di Mortati, ritenuto "conservatore" dai giuristi (come Carlo Costamagna) più impegnati nel tentativo di costruire la fisionomia del regime in antitesi con quello liberale, realizza una originale sintesi tra il rigore dell'approccio giuridico, ereditato dalla scuola siciliana, e l'attenzione per il dato reale, in particolare per le innovazioni apportate dal «regime» fascista all'assetto istituzionale, che vengono trascritte entro le categorie del diritto pubblico. In altre

¹⁷ C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo*, cit., p. 77.

¹⁸ Non a caso, negli stessi anni, Mortati enfatizzava – rispetto ai giuristi "di regime" – la natura giuridica delle direttive emanate dal Gran Consiglio del fascismo e la sua autonomia rispetto al Capo del Governo (*Sulle attribuzioni del Gran Consiglio del fascismo* (1941), ora in *Raccolta di scritti*, IV, Milano, 1974. La citazione è tratta da M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione*, cit., p. 118.

parole, Mortati non segue la dottrina tradizionale nella sua resistenza passiva nei confronti delle nuove istituzioni, bensì dedica proprio ad esse i suoi studi, senza – però – abbandonare la sistematica elaborata in rapporto allo “Stato moderno” e alle sue varianti.

4. La teoria del potere discrezionale

Per saggiare la consistenza di questa ipotesi, è utile esaminare brevemente gli studi nei quali Mortati si accinse alla revisione degli ordini concettuali relativi al potere discrezionale, che più o meno nello stesso periodo fu al centro della riflessione di Massimo Severo Giannini. Questi studi, infatti, assumono notevole importanza in rapporto alla teoria della decisione e al correlativo nesso tra diritto e politica.

Il primo studio importante, da questo punto di vista, è la monografia del 1935 su *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*. La scelta del tema era conforme ad un vero e proprio indirizzo della scienza del diritto pubblico, che dedicò, tra il 1930 e il 1945, «non meno di trentacinque monografie ... a singole specie di atti o a elementi o a vicende dei provvedimenti, ciò che non si può spiegare se non col rifiuto – motivato politicamente – di tener conto dell'indirizzo politico del fascismo»¹⁹. Mortati si dedica all'esame della discrezionalità, per poi analizzare i connotati della volontà e della causa nel diritto privato e in quello pubblico. Da ciò trae spunto per criticare con vigore l'ideale, tipico dello Stato di diritto ottocentesco e ribadito da Guido Zanobini all'epoca della crisi della costituzione (in senso materiale) liberaldemocratica, di una legalità rigorosa di tutta l'attività dei pubblici poteri.

«L'attività degli organi stessi – nota Mortati – svolgendosi per notevole parte in un campo non disciplinato dalla legge, ma rimesso alla discrezionalità dei soggetti, deve essere ordinata in modo da corrispondere ai fini ai quali è indirizzata: ciò che esige nelle persone che devono esplicare l'attività stessa non la qualità di interpreti impersonali, ma la conformità ad un tipo concordante con una data ideologia»²⁰. Mortati evidenzia come sia difficilmente dimostrabile in astrat-

¹⁹ S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1972, p. 51.

²⁰ C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, cit., p. 126.

to, e soprattutto privo di riscontri concreti, l'assunto secondo cui l'attività amministrativa ha carattere vincolato: «la complessità, la molteplicità, l'imprevedibilità dell'azione statale rendono imprevedibile la predeterminazione – attraverso precise norme giuridiche – delle modalità dei singoli atti: ... onde la necessità di affidarsi all'iniziativa dei singoli funzionari la scelta o del tempo o delle modalità o delle qualità dell'azione»²¹. In sostanza, la pubblica amministrazione ha e non può non avere un'ampia discrezionalità.

Nel successivo saggio sul potere discrezionale, Mortati torna su questo punto, chiarendone i risvolti di ordine istituzionale. Una volta accolto l'ordine di idee secondo cui anche l'amministrazione emana precetti, che integrano l'ordinamento giuridico, ne deriva la necessità di un tessuto connettivo ed esso non può essere rinvenuto nella legge, che funge da fonte attributiva della competenza. Va rinvenuto, quindi, nella costituzione, che «determina i fini e gli interessi di un dato ordinamento e fornisce il criterio che deve servire di misura per la valutazione dell'esercizio del potere discrezionale»²².

Pluralità degli interessi pubblici presenti nello Stato e loro concorrenza; abbandono della concezione dell'amministrazione come apparato esecutivo del potere politico e connesso riconoscimento che essa opera scelte tra più soluzioni; richiamo dei giuristi a interrogare la realtà del proprio tempo, esaminando le leggi e la giurisprudenza: tutto ciò rivela come, anche in rapporto alla teoria della discrezionalità, Mortati si sia sforzato di rinnovare, oltre all'oggetto della scienza, le sue categorie teoriche (anche se in seguito gli studi sulla discrezionalità non sono approdati a conclusioni paragonabili a quelle raggiunte in Germania e soprattutto negli Stati Uniti, per la mancata ricerca di criteri e parametri volti a contenere la discrezionalità ed a renderne controllabile l'esercizio).

L'originalità di questa ricostruzione del potere discrezionale può essere colta sotto tre profili. In primo luogo, essa abbandona la concezione – enunciata da Guido Zanobini – secondo cui i fini e in buona parte anche i mezzi dell'azione amministrativa sono determinati dal Parlamento, sicché all'amministrazione spetta solo l'esecuzione²³. In se-

²¹ C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, cit., p. 529.

²² C. MORTATI, *Potere discrezionale*, in *Nuovo digesto italiano*, vol. X, Torino, 1936, p. 976. Nel senso del testo, M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato*, cit., p. 1001.

²³ G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge* (1923), ora in *Scritti di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 242.

condo luogo, si discosta anche dall'idea, diffusa nella cultura giuridica tedesca, secondo cui il margine di apprezzamento concretamente esercitato dai titolari dei pubblici uffici va ricondotto all'attività di interpretazione, avente natura intellettuale, più che volitiva. Sotto entrambi i profili, la posizione di Mortati converge per molti versi (pur divergendo per altri versi) con la teoria di Giannini, che diverrà la *communis opinio* dopo il 1940, ossia che il potere discrezionale consista nell'«apprezzare in un determinato margine l'opportunità di soluzioni possibili rispetto alla norma amministrativa da attuare», dando luogo, quindi, ad un «apprezzamento politico della discrezionalità, ... [che] consiste in una comparazione ... degli interessi pubblici e privati»²⁴. Infine, come Giannini, Mortati respinge il paradigma liberale secondo cui le amministrazioni non sono altro che un insieme di apparati spolitizzati, mostrando più di un'affinità con la critica mossa da Schmitt alla neutralità delle burocrazie (e dei corpi tecnici).

Tuttavia, mentre secondo Schmitt la decisione amministrativa appartiene ad una categoria distinta dalla decisione politica, perché non è espressione di autonomia politica²⁵, per Mortati e Giannini la discrezionalità comporta una scelta tra interessi, non relegata alla sfera intellettuale, ma contraddistinta da una componente volitiva. Mortati esporrà, in seguito, questa convinzione, proprio recensendo un'altra opera di Giannini, le *Lezioni di diritto amministrativo* del 1950, notando che «la ponderazione comparativa di più interessi a fine di trarne la composizione più opportuna sfugge ad ogni predeterminazione, in quanto la politicità che ad essi presiede impedisce che abbiano mai nel tempo e nel luogo qualsiasi equivalenza»²⁶.

Quindi, se, da un punto di vista realista, è importante stabilire *chi* decide, ne consegue che è anche l'amministrazione a concorrere a de-

²⁴ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 81. È proprio a quest'opera di Giannini che Mortati fa riferimento per valutare la responsabilità degli agenti dell'amministrazione nel caso di inosservanza delle direttive politiche: *La Costituzione in senso materiale*, cit., p. 103, n. 80. Sulle divergenze tra i due studiosi, G. AZZARITI, *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati e la polemica con Massimo Severo Giannini*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., p. 408.

²⁵ L'osservazione è di M. NIGRO, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, cit., p. 1806, il quale ne trae spunto per notare come lo studioso tedesco riducesse a ben poca cosa la specificità giuridica della decisione.

²⁶ C. MORTATI, *Recensione a M.S. Giannini, Lezioni di diritto amministrativo*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1951, p. 150.

terminare l'assetto degli interessi e ad imprimere ad essi uno sviluppo in un senso piuttosto che in un altro. Ne derivano, da un lato, il ruolo fondamentale della costituzione, fonte di limiti all'azione di tutti i pubblici poteri, incluse le amministrazioni; dall'altro, e di conseguenza, l'interesse per i controlli sulle pubbliche amministrazioni²⁷.

5. Mortati e la cultura giuridica nel periodo fascista

Le indicazioni emerse nel corso dell'analisi finora svolta consentono, adesso, di rispondere alle domande poste all'inizio, ossia qual è il posto di Mortati nella scienza del diritto pubblico del periodo fascista e quali indizi possono trarsi dalla sua opera per intendere i nessi intercorrenti tra la cultura giuridica italiana e quella tedesca.

Per rispondere alla prima domanda, occorre ricordare brevemente due vicende, l'una riguardante lo stato della scienza pubblicistica, l'altra concernente il percorso accademico di Mortati. La scienza del diritto pubblico, sul finire degli anni Trenta, si trovava in una fase di transizione, divisa – per usare le parole di Paolo Grossi – tra «gli epigoni del liberalismo giuridico» e i seguaci dei weimariani²⁸. Ma c'erano anche studiosi, come Giannini, che, pur se eredi dei primi, non esitavano a studiare le opere dei giuristi weimariani. Quanto a Mortati, diversamente da Giannini, non era allievo diretto di Santi Romano, ma non era certo estraneo alla sua influenza, com'è dimostrato dalla circostanza che il libro sulla costituzione materiale è dedicato proprio a Romano, circostanza, questa, dovuta (a parte le comuni radici meridionali) al fatto che fu proprio lo studioso siciliano, con la sua teoria dell'ordinamento giuridico, a spezzare «la spirale del positivismo normativistico, allargando lo studio del diritto dalla norma alla realtà dell'ordinamento»²⁹. Al tempo stesso, Mortati lavorò sotto la direzione di

²⁷ S. CASSESE, *I controlli sulla pubblica amministrazione in Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., p. 403.

²⁸ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 257. Per una ricostruzione dei percorsi della scienza del diritto costituzionale, resta fondamentale M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale in Italia*, in *Archivio giuridico*, 1963, p. 103.

²⁹ S. CASSESE, *Martines e le due tradizioni del diritto costituzionale italiano*, in *Rassegna parlamentare*, 2001, p. 257.

Sergio Panunzio e da questi fu chiamato, nel 1936, a tenere l'insegnamento di Diritto costituzionale nella Facoltà di scienze politiche romana, dove operava «l'ala ufficiale dei giuspubblicisti impegnati del regime, ... impegnati a costruirne la fisionomia»³⁰. Proprio Panunzio, inoltre, aveva duramente polemizzato, nel corso degli anni Venti, con Vittorio Emanuele Orlando, per via della riluttanza di quest'ultimo a riconoscere le nuove forze (come i sindacati) che agivano nella società³¹.

In questo contesto, Mortati non si limita ad occuparsi di problematiche prima lasciate in ombra dai giuristi che seguivano i percorsi già tracciati: esprime la propria insoddisfazione per il metodo giuridico in senso stretto, al quale contrappone un orientamento apertamente "realista", portando «concretezza nello studio del diritto e vigore intellettuale nella ricostruzione degli istituti»³². Il suo sforzo, quindi, è volto a liberare la scienza italiana dalla problematica pandettistica, quella – per intenderci – sulla quale alla fine dell'Ottocento Orlando e Romano (con Oreste Ranelletti e Federico Cammeo) avevano eretto la "nuova" scienza del diritto pubblico³³. Diversamente dagli studiosi che, mantenendo una posizione di neutralità rispetto all'indirizzo politico del regime, si disinteressano anche della crescita, dopo il 1930, dello Stato amministrativo, Mortati respinge l'idea di poter mantenere "pura" la scienza, al prezzo del distacco dai dati della realtà istituzionale, in cui si manifestava – in fondo – la «tradizione più antica di chiusura nei confronti dei dati reali emergenti nell'ordinamento ... e quindi di adesione ad una immagine reazionaria della società»³⁴, perché i suoi esponenti, ben consapevoli della debolezza delle nuove istituzioni, temevano che queste non avrebbero retto ad aperture troppo rapide nei confronti della società, in cui erano forti le spinte centrifughe.

³⁰ F. LANCHESTER, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., p. 200.

³¹ Su Panunzio, v. S. CASSESE, *Socialismo giuridico e "diritto operaio": la critica di Sergio Panunzio al positivismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976, p. 495.

³² S. CASSESE, *Martines e le due tradizioni del diritto costituzionale italiano*, cit., p. 257.

³³ M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), ripubblicato (con l'aggiunta di una *Postilla* 1973), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, p. 133.

³⁴ S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, cit., p. 49.

ghe, con l'effetto di accentuare ulteriormente «l'astrattezza e la staticità della tecnica di ricerca» della scienza giuridica³⁵.

Tuttavia, non può dirsi che l'opera giuridica di Mortati rispecchi le posizioni di Panunzio (come è suggerito – invece – dallo scritto di La Torre). Pur convivendone l'impostazione realista, non ne condivide la teorizzazione del partito fascista. Inoltre, e soprattutto, proprio avendo criticato l'inadeguatezza della metodologia a intendere la realtà storica e politica degli istituti giuridici, Mortati segue il ben più difficile cammino di formare nuove categorie teoriche per lo Stato moderno. Si può anche dire, perciò, che Mortati è stato un critico del liberalismo, ma lo è stato rispetto alla variante nazionale del liberalismo – di cui i giuristi della generazione precedente erano gli alfieri – che era chiusa agli interessi affioranti nella società e alla sua evoluzione. Il dissenso dai giuristi di regime, inoltre, emerge in modo evidente per quanto riguarda le situazioni giuridiche soggettive: nel saggio sui poteri esecutivo e legislativo³⁶, Mortati sottolinea il persistere, nell'ordine costituzionale italiano, di una «sfera di autonomia dei soggetti», anche davanti allo Stato, con ciò aderendo alla posizione che riteneva non abrogati gli istituti nei quali si esprimeva l'idea dello Stato di diritto. Dunque, se è vero che, al pari di Panunzio, Mortati criticò il formalismo e il liberalismo, il primo – però – era animato dall'intento di realizzare lo Stato "corporativo", mentre il secondo mirava a rifondare scientificamente il concetto dello Stato moderno, in continuità con quello liberale. Sono, cioè, due facce completamente diverse della dottrina giuridica e politica dello Stato.

La distanza dell'opera di Mortati dalla cultura fascista emerge anche in rapporto alla teoria della costituzione materiale. È fuorviante, infatti, sia dire che la costruzione mortatiana "razionalizzava" l'ordine politico fascista, sia criticarne l'applicazione all'assetto pluripartitico introdotto in seguito dalla Costituzione repubblicana "dimenticando" – come sostiene La Torre – che originariamente la costituzione materiale era adeguata ad un partito unico, per reinterpretarla in una maniera pluralista. Sebbene Mortati abbia messo a punto questa teoria in un sistema politico contraddistinto dall'esistenza (legale) di un solo parti-

³⁵ M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale in Italia*, cit., p. 103.

³⁶ *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano* (1940), ora in *Scritti*, cit., IV, p. 429.

to, questa non era che una eventualità: altrettanto valeva, infatti, «nell'ipotesi di esistenza di più partiti», cioè delle «forze politiche, ciascuna delle quali tende a rappresentare e far valere come fini rilevanti determinati fini secondari, a preferenza di altri» (donde la necessità dei «governi di coalizione»³⁷. Che questo spunto non fosse affatto isolato, è dimostrato dall'attenzione conseguentemente riservata alle «cosiddette convenzioni della costituzione, che si affermano e si fanno valere per opera delle forze stesse» (politiche), le quali hanno «carattere istituzionale»³⁸. A questa messa a punto, quindi, può obiettarsi che l'aver ascritto le forze sociali tra le istituzioni pubbliche comporta, in una certa misura, un affievolimento delle libertà spettanti ai singoli e ai gruppi, meglio garantite da una configurazione esclusivamente privatistica. Ma – com'è stato puntualmente osservato da Gustavo Zagrebelsky – «la costituzione in senso materiale non è una concezione fascista dello Stato, ma una concezione dello Stato applicabile e applicata a quello fascista»³⁹.

Certo, non mancano contraddizioni: «non tutto è ... lineare, né tutto può essere racchiuso a sistema nella posizione di Mortati di questo periodo»⁴⁰. Però, gli studiosi del passato non possono essere giudicati in modo avulso dal contesto in cui operarono (anche perché non furono solo studiosi): «se li si mette fuori della loro epoca, lontano dagli interessi concreti, dalle idealità, dalle passioni, si corre il rischio di tradirli»⁴¹. Sembra preferibile, quindi, dire – com'è stato suggerito da Mario Nigro⁴² – che «i fascismi hanno messo gli studiosi di diritto pubblico, che hanno voluto intendere la lezione, di fronte alla realtà di un assetto che comunque si presenti e qualunque insegna inalberi, è sempre espressione certe idee e di certi interessi». Proprio da questo dato Mortati ha preso le mosse, contribuendo in misura determinante a dissolvere il mito dello Stato neutrale, tramite un percorso differente sia da quanti (come Panunzio e Costamagna) aderirono all'indirizzo autoritario (o – secondo un altro punto di vista – totalitario) del regi-

³⁷ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., p. 101-102.

³⁸ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., p. 152.

³⁹ G. ZAGREBELSKY, *Premessa a C. MORTATI, La Costituzione in senso materiale*, cit., p. XIII; in senso conforme, P. GROSSI, *La scienza giuridica italiana*, cit., p. 220.

⁴⁰ F. LANCHESTER, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, cit., p. 223.

⁴¹ S. CASSESE, *Oreste Ranalletti e il suo tempo*, cit., p. 2680.

⁴² M. NIGRO, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, cit., p. 1803.

me fascista, sia da coloro, come Orlando e Piero Calamandrei, i quali intesero il metodo giuridico come un «muro protettivo» di fronte al fascismo⁴³.

Queste conclusioni tornano utili anche per rispondere all'altra domanda, relativa al rapporto di Mortati con la cultura giuridica tedesca. Come Smend e Schmitt, Mortati ha messo in luce l'inadeguatezza del paradigma pandettistico, propugnando un orientamento realista e "sostanzialista", giovandosi della loro azione di rottura⁴⁴. Al primo, però, Mortati mosse la critica di non assicurare un assetto normativo sufficientemente stabile per l'ordine sociale. Quanto a Schmitt, se Mortati ne condivise la critica al positivismo (anche nelle sue varianti scientificamente più solide, come quella di Kelsen) e la critica alla *Staatslehre*, a favore della *Verfassungslehre*, non va trascurato – però – che per Mortati la costituzione è l'ordine fondamentale intrinseco ad una società, che riveste un preciso rilievo giuridico, mentre per il giurista tedesco la costituzione è semplicemente la decisione politica fondamentale. Conseguentemente, nonostante l'adesione ad una concezione decisionista del potere, Mortati non fu un "occasionalista", anzi ribadì costantemente l'esistenza di limiti di ordine giuridico all'esercizio del potere, anche di tipo discrezionale, proprio perché prestava maggiore attenzione alle istituzioni e alla loro dimensione giuridica⁴⁵. Infine, sulla circostanza che Mortati rifiutò «qualsiasi rapporto con le stesse elaborazioni schmittiane del periodo nazista»⁴⁶ ha influito il rifiuto, da parte dello studioso calabrese, delle teorie organicistiche di matrice germanica, che ancoravano il diritto pubblico al popolo o alla nazione,

⁴³ M. GALIZIA, *Profili*, cit., p. 103. Per la tesi secondo cui il fascismo fu un movimento volto alla costruzione di un'organizzazione di tipo totalitario, E. Gentile, *Le origini dell'ideologia fascista*, Bologna, 2001.

⁴⁴ M. NIGRO, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, cit., p. 1803. Sul punto, v. F. LANCHESTER, *Carl Schmitt: un giurista scomodo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1985, p. 183.

⁴⁵ C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 55; *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1973, p. 511.

⁴⁶ F. LANCHESTER, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, cit., p. 217. Dello stesso A. si veda, sulla questione del contributo della scienza del diritto pubblico alla redazione della Costituzione, *La dottrina giuspubblicistica e la costruzione dello Stato democratico: una comparazione con il caso tedesco*, in *Lo Stato di diritto democratico dopo il fascismo e il nazionalismo*, a cura di F. Lanchester e I. Staff, Milano, 1999, p. 291.

mentre Mortati prestava attenzione ai processi di differenziazione e di specializzazione della società⁴⁷, riconoscendone il rilievo giuridico.

Se, allora, l'autonomia del pensiero giuridico di Mortati rispetto a Schmitt risiede nella diversa concezione della costituzione e nel connesso tentativo di portare fino in fondo la ricostruzione giuridica dell'ordine politico e sociale, l'ulteriore domanda cui bisognerebbe rispondere non è tanto come Mortati abbia potuto mantenere la propria teoria costituzionale nella transizione dal fascismo alla Repubblica, quanto perché la scienza giuridica (con alcune eccezioni, come Temistocle Martines) abbia in seguito prestato poca attenzione al sistema politico, ai partiti, ai sindacati. L'ipotesi che può essere avanzata è che ciò sia accaduto proprio a causa del "lascito" del periodo fascista, che non risiede nella "contaminazione" della scienza giuridica, bensì nell'accentuazione della sua riluttanza a studiare le forze che agiscono nella società, accontentandosi dello studio – più ortodosso – della giurisprudenza.

⁴⁷ M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione*, cit., p. 158.