

A cura di
Marilisa D'Amico
Antonino De Francesco
Cecilia Siccardi

L'ITALIA AI TEMPI DEL VENTENNIO FASCISTA

A ottant'anni dalle leggi antiebraiche:
tra storia e diritto

IDN
I DIRITTI
NEGATI

RICERCHE

FrancoAngeli

OPEN  ACCESS

COLLANA DIRETTA DA
GUSTAVO ZAGREBELSKY
MARILISA D'AMICO



Il presente volume è pubblicato in open access, ossia il file dell'intero lavoro è liberamente scaricabile dalla piattaforma **FrancoAngeli Open Access** (<http://bit.ly/francoangeli-oa>).

FrancoAngeli Open Access è la piattaforma per pubblicare articoli e monografie, rispettando gli standard etici e qualitativi e la messa a disposizione dei contenuti ad accesso aperto. Oltre a garantire il deposito nei maggiori archivi e repository internazionali OA, la sua integrazione con tutto il ricco catalogo di riviste e collane FrancoAngeli ne massimizza la visibilità e favorisce la facilità di ricerca per l'utente e la possibilità di impatto per l'autore.

Per saperne di più:

http://www.francoangeli.it/come_publicare/publicare_19.asp

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: www.francoangeli.it e iscriversi nella home page al servizio "Informatemi" per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità.

A cura di

Marilisa D'Amico

Antonino De Francesco

Cecilia Siccardi

L'ITALIA AI TEMPI DEL VENTENNIO FASCISTA

A ottant'anni dalle leggi antiebraiche:
tra storia e diritto

IDN
I DIRITTI
NEGATI

RICERCHE

Collana diretta da
Gustavo Zagrebelsky
e Marilisa D'Amico

FrancoAngeli
OPEN  ACCESS

L'opera è edita con il contributo dell'Università degli Studi di Milano, ed è stata realizzata nell'ambito del progetto "Dipartimento di eccellenza", con particolare riferimento alla linea di ricerca "Promote the rule of law at national and international levels and ensure equal justice for all".

Copyright © 2019 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

Pubblicato con licenza *Creative Commons Attribuzione-Non Commerciale-Non opere derivate 4.0 Internazionale* (CC-BY-NC-ND 4.0)

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.it>

Copyright © 2019 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy. ISBN 9788835100003

LA CONTINUITÀ TRA REGIME FASCISTA E AVVENTO DELLA COSTITUZIONE REPUBBLICANA

Marilisa D'Amico

SOMMARIO: 1. Il mito della totale discontinuità e le sue ombre. - 2. Una figura emblematica: Gaetano Azzariti. Da Presidente del Tribunale della razza a Presidente della Corte costituzionale. - 3. La figura di Costantino Mortati: da ideologo del regime fascista a padre costituente. - 4. Vincenzo Gueli e lo scetticismo nei confronti dell'istituzione della Corte costituzionale. - 5. Piero Calamandrei: dal giuramento al regime fascista, alle distinzioni, all'impegno nella Costituente e per l'attuazione della Costituzione. - 6. La magistratura: adesione o contrasto al regime? - 7. Discontinuità delle persone, idee e principi innovatori: le donne costituenti e i principi costituzionali in tema di parità di genere.

1. Il mito della totale discontinuità e le sue ombre

La storia della Costituzione repubblicana è da sempre presentata, nella rappresentazione pubblica e in quella scientifica dominante, come un momento di totale discontinuità rispetto al regime fascista¹.

La Costituzione, si dice, rifiuta il fascismo in tutte le sue possibili forme² e costruisce un ordinamento democratico, nel quale si affermano il principio della divisione dei poteri, la centralità del Parlamento, l'autonomia della Ma-

1. Non manca chi ha sottolineato, sul piano amministrativo, aspetti di continuità. In questo senso, si vedano S. Cassese, *Lo Stato fascista*, con particolare riferimento alle riflessioni contenute nel capitolo IV, il Mulino Bologna, 2010. In tema, si rinvia anche più diffusamente a L. Paladin, *Fascismo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.* XVI, Giuffrè Milano, 1967, pp. 887 ss.; L. Carlassare, *La 'rivoluzione' fascista e l'ordinamento statutario*, in *Diritto pubblico*, 1996, pp. 43 ss.

2. Si pensi al significato della XII disposizione transitoria della Costituzione repubblicana su cui si veda, per un approfondimento in dottrina, B. Pezzini, *Attualità e attuazione della XII disposizione finale: la matrice antifascista della Costituzione repubblicana*, in M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè Milano, 2011, pp. 1379 e ss.

gistratura, la garanzia dei diritti della persona, non più subordinata ai fini di uno Stato etico, ma garantita da uno Stato laico.

La rigidità della Costituzione, presidiata dal procedimento di revisione di cui all'art. 138 Cost. e da un controllo sulla costituzionalità delle leggi, affidato alla Corte costituzionale, è stata immaginata come presidio per porre al riparo l'organizzazione dei poteri e la tutela dei diritti da maggioranze politiche contingenti, che agendo senza alcun limite possono adottare provvedimenti ingiusti.

E, tuttavia, la nostra storia costituzionale presenta, fin da subito, elementi di grande contraddizione. Uno, in particolare, stride rispetto alla forza del testo costituzionale e, cioè, la sua difficoltà ad essere applicato, fin dalla sua entrata in vigore³, con una Corte costituzionale che, di fatto, esclude l'intervenuta abrogazione delle leggi anteriori per effetto dell'entrata in vigore della Carta, accogliendo le questioni sottoposte e inserendosi nel solco di una continuità tra vecchio e nuovo ordinamento costituzionale⁴.

Pensiamo al tentativo di sminuirne completamente la portata, con la nota distinzione fra norme costituzionali precettive e programmatiche, smentita dalla Corte costituzionale, nella sua prima sentenza⁵, ma che ha condizionato nei primi anni di storia costituzionale le interpretazioni dei giudici comuni e della dottrina; la lentezza nella nascita degli organi di garanzia (Corte costituzionale e Consiglio Superiore della Magistratura); la sopravvivenza di tutte le leggi "fasciste", che sono state solo tardivamente dichiarate costituzionalmente illegittime e in misura minore abrogate dal legislatore (pensiamo, in particolare, al lungo procedimento di abrogazione del *corpus* normativo razziale, sopravvissuto in molte parti per tantissimo tempo)⁶; la difficoltà delle Regioni a Statuto ordinario nel cominciare a funzionare; il lento percorso per approvare la legge attuativa del *referendum* abrogativo.

Rispetto a questa fase storica, solo di recente si è cominciato a mettere in luce in modo più sistematico e ampio alcuni elementi di continuità, soprattutto grazie a studi di matrice storica e, in parte, ad alcune riflessioni scientifiche della dottrina pubblicista e costituzionalista⁷.

3. Sul punto, diffusamente, V. Onida, *L'attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte costituzionale*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in Onore di Costantino Mortati*, Giuffrè Milano, 1977, pp. 503 e ss.

4. In proposito, V. Onida, *L'attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte costituzionale*, cit., p. 526, che fa riferimento a «un processo di oggettivo 'appiattimento' o di 'omogeneizzazione' del sistema legislativo, risultante di leggi anteriori e posteriori alla Costituzione».

5. Il riferimento è alla nota pronuncia n. 1 del 1956.

6. In tema, si rinvia a Aa.Vv., *L'abrogazione delle leggi razziali in Italia, Testimonianze*, Senato della Repubblica, 2018.

7. In tema, si vedano diffusamente U. Allegretti, *Costituente e costituzionalismo: continuità e discontinuità*, Relazione tenuta al convegno "La Costituzione della Repubblica italiana. Le radici, il cammino", Bergamo, 28-29 ottobre 2015; G. Di Cosimo, *Sulla continuità tra Statuto e Costituzione*, in *Rivista AIC*, 2011. Con specifico riferimento ai rapporti tra *corpus*

Riflessioni ampie, documentate, che tuttavia, a mio avviso, minimizzano ancora l'impatto sulla storia e sulle caratteristiche del nostro Stato costituzionale.

In questo saggio, non vorrei avere la pretesa di dire "cose nuove", ma di riflettere su alcuni dati storici che ci dovrebbero costringere a fare i conti con il "mito fondativo" di una Costituzione repubblicana in piena discontinuità.

Vorrei rispondere alla domanda sulla tenuta di tale "mito fondativo" alla luce di un dato: gran parte delle persone che supportarono il fascismo e la sua ideologia, fino al punto di aderire e di applicare le leggi razziali, costruendone anche gli istituti e gli strumenti normativi di attuazione, si ritrovarono nel dopoguerra in Assemblea costituente, ai vertici della magistratura, nonché, qualche anno dopo, della Corte costituzionale.

Si tratta di tutti i vertici della magistratura, soprattutto ordinaria, e di alcune figure emblematiche, come quella di Gaetano Azzariti, di Costantino Mortati e di altri eminenti studiosi che transitarono senza soluzione di discontinuità dal supporto pieno al regime a quello alle istituzioni democratiche e repubblicane.

Di queste vicende, per anni, si è tentato di parlare molto poco; successivamente, si è giustificata questa mancata discontinuità con il ricorso all'argomento della posizione "tecnica" dei giuristi di riferimento⁸.

Oggi che molti anni sono trascorsi e che anche le ricorrenze vengono sentite come occasioni di riflessione è possibile aggiungere qualche elemento di problematicità rispetto a questa "particolare" storia.

2. Una figura emblematica: Gaetano Azzariti. Da Presidente del Tribunale della razza a Presidente della Corte costituzionale

Nel 2014, in occasione dell'anniversario delle leggi razziali, i giudici della Corte costituzionale si trovano loro malgrado coinvolti in una vicenda molto imbarazzante.

normativo antiebraico di epoca fascista e Carta costituzionale, si rinvia alle riflessioni di G.E. Vigevani, *L'influenza delle leggi razziali nell'elaborazione della Costituzione repubblicana*, in L. Garlati, T. Vettor (a cura di), *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, Giuffrè Milano, 2009.

8. Su cui si veda F. Lanchester, *La dottrina costituzionalistica italiana tra il 1948 e il 1954*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana fra fascismo e repubblica*, cit., e, dello stesso A., *La dottrina costituzionalistica italiana dal fascismo alla Repubblica*, in *Rivista AIC*, 2018. Per un approfondimento sul ruolo che ricoprirono i giuristi negli anni di vigenza del regime, si vedano G. Canzio, *Le leggi razziali e il ceto dei giuristi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018; G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, Giuffrè Milano, 2011; e in questo volume le riflessioni di F. Biondi, *Il ruolo dei giuristi*.

Qualcuno⁹ obietta che il busto del Presidente Azzariti, esposto all'ingresso del palazzo della Consulta, costituisce una costante offesa alla memoria della Shoah, dal momento che lo stesso Azzariti aveva presieduto il famigerato Tribunale della razza.

In difesa della figura di Azzariti, si schierano in molti: oltre alle doti di studioso e di uomo delle istituzioni la tesi dominante, propagandata dal momento in cui Azzariti e altri componenti non furono mai epurati e anzi assunti ai vertici delle istituzioni repubblicane, era quella che riteneva il Tribunale della razza non uno strumento di applicazione delle leggi razziali ma, all'opposto, un istituto deputato a salvare in concreto dalla persecuzione molti ebrei, arianizzandoli.

Questa tesi, che lo stesso Azzariti aveva sostenuto in occasione della presentazione dei documenti nel suo processo di epurazione che si concluse con un nulla di fatto, è stata accettata acriticamente e solo di recente è stata messa in discussione in alcuni interessanti contributi della dottrina¹⁰.

Ma è davvero così? Davvero il Tribunale della razza, a dispetto del nome, fu un istituto in cui si cercò di non applicare le leggi razziali? Pare proprio di no.

Intanto, cominciamo a capire che cosa fosse davvero il Tribunale della razza e che cosa dovesse fare.

Il Tribunale della razza venne istituito con legge 13 luglio 1939-XVII, n. 1024, «Norme integrative del R. decreto-legge 17 novembre 1938-XVII, n. 1728, sulla difesa della razza italiana», con l'intento di costituire una Commissione speciale deputata a decidere delle richieste di "arianizzazione", ossia sulle domande proposte dagli appartenenti alla razza ebraica secondo le disposizioni vigenti, che intendessero sottrarsi alle conseguenze della legislazione antiebraica dimostrando, viceversa, la propria non integrale appartenenza alla razza ebraica perché figli di almeno un genitore ariano.

Prima e fondamentale competenza della Commissione era, dunque, quella di sancire «la non appartenenza alla razza ebraica anche in difformità delle risultanze degli atti dello stato civile»¹¹, incidendo sullo *status* individuale e sottraendo così facendo il singolo individuo, in caso di accoglimento della domanda, alle limitazioni introdotte dal *corpus* normativo antiebraico, approvato a cavallo tra il 1938 e il 1939¹².

9. Il riferimento è all'appello rivolto al Presidente della Repubblica e formulato dal Presidente Emerito della Assemblea Rabbinica Italiana, rav. Giuseppe Laras nella primavera del 2015.

10. In argomento, M. Boni, *Gaetano Azzariti: dal Tribunale della razza alla Corte costituzionale*, in *Contemporanea: rivista di storia dell'800 e del '900*, il Mulino Bologna, 2014. Più in generale sul tema della c.d. epurazione e con riferimento all'esperienza di un istituto accademico, si vedano F. Pelini, I. Pavan, *La doppia epurazione. L'Università di Pisa e le leggi razziali tra guerra e dopoguerra*, il Mulino Bologna, 2009.

11. Così, l'art. 1, legge 13 luglio 1939-XVII, n. 1024, "Norme integrative del R. decreto-legge 17 novembre 1938-XVII, n. 1728, sulla difesa della razza italiana".

12. Per una ricostruzione dei provvedimenti adottati in epoca fascista e dei relativi con-

A fronte di simile e ampia competenza, legislativamente assegnatagli, il Tribunale della razza agiva, poi, al di fuori di qualsiasi controllo, essendo del tutto arbitrarie le procedure impiegate al proprio interno, così come ignoti e, ad oggi, perduti, i pareri e le attività istruttorie svolti negli anni della sua attività.

In questo senso, depone anche la lettera della citata legge che, a norma dell'art. 4, stabilisce infatti che «[i]l Ministro per l'interno, emette decreto non motivato, conforme al parere della Commissione» e che siffatto provvedimento non è sindacabile e «ha valore, ad ogni effetto giuridico, esclusivamente per la dichiarazione di razza».

Il Tribunale della razza era quindi abilitato ad adottare provvedimenti in via definitiva sulla base di procedure non pubbliche e, in ogni caso, non rivedibili in sede di gravame.

Il Tribunale arrivò sino a essere qualificato alla stregua di una giurisdizione speciale, deputata ad assolvere ad un compito, almeno formalmente non secondario, quale quello di verificare l'appartenenza "razziale" del richiedente con tutte le conseguenze che ne sarebbero derivate in punto di diritti e di doveri.

In verità, l'attività del Tribunale della razza fu modesta.

I dati¹³ attestano essere state assai poche le richieste di arianizzazione formulate negli anni della sua operatività.

Gli studi riportano un totale di richieste che, nel 1942, ammontava a sole 163 contro le 8.171 presentate da coloro che intendevano beneficiare di altro istituto, la c.d. "discriminazione", funzionale, viceversa, ad assicurare il non assoggettamento alla legislazione antiebraica e riservata a certe categorie di ebrei, tra cui, esemplificativamente, i titolari di benemerienze nonché quelli che al contempo fossero anche cittadini italiani.

tenuti, si vedano diffusamente, tra gli altri, P. Caretti, *Il corpus delle leggi razziali, in A settant'anni dalle leggi razziali*, in D. Menozzi, A. Mariuzzo (a cura di), Carocci Roma, 2010, e, anche, P. Caretti, A. Carbone, *La parabola della legislazione razziale. Alcuni appunti in tema di fonti del diritto*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Jovene Napoli, 2009, pp. 2213 ss. Per una ricostruzione in chiave storica di quegli anni si rinvia, per tutti, ai contributi di R. De Felice e, in particolare, si veda *La legislazione razziale del fascismo, in La legislazione antiebraica in Italia e in Europa. Atti del convegno nel cinquantenario delle leggi razziali (Roma, 17-18 ottobre 1988)*; analogamente, si vedano, anche, S. Gentile, *Le leggi razziali: scienza giuridica, norme, circolari*, EDUCatt Milano, 2010, e E. Collotti, *Il fascismo e gli ebrei. Le leggi razziali in Italia*, Laterza Bari, 2006. Da ultimo e con specifico riferimento alle circolari, si vedano, diffusamente, F. Colao, L. Lacchè, C. Storti, C. Valsecchi (a cura di), *Perpetue appendici e codicilli alle leggi italiane. Le circolari ministeriali, il potere regolamentare e la politica del diritto in Italia tra Otto e Novecento*, Eum Edizioni Università di Macerata, 2011.

13. I dati sono riportati da M. Boni, *Gaetano Azzariti: dal Tribunale della razza alla Corte costituzionale*, cit., p. 581.

Sotto il profilo della sua composizione¹⁴, il Tribunale della razza si caratterizzava per l'esiguo numero di membri, solo cinque: tre magistrati, i c.d. membri togati, e due di derivazione governativa, incardinati presso il Ministero dell'Interno.

Un aspetto interessante, dibattuto in letteratura, e pure a fronte della sua limitata incidenza sotto il profilo dell'attività svolta, ha però riguardato più approfonditamente la natura del Tribunale della razza, solo apparentemente chiamato a "salvare", tramite l'arianizzazione, coloro che potessero vantare una discendenza ariana. In verità, come rilevato in dottrina, «il Tribunale adottò nel complesso criteri di interpretazione restrittiva della legge razziale»¹⁵ a cui si affiancò uno sviluppo piuttosto importante di fenomeni corruttivi al proprio interno.

Il Tribunale della razza, come osservato, non soltanto «attuava una discriminazione nella discriminazione»¹⁶, «una sgradevole diversità nella diversità»¹⁷, ma favorì lo sviluppo di «un mercato illegale in cui pochi facoltosi ebrei potevano sperare di comprare la loro salvezza, seppure al costo di compromettere la reputazione della propria famiglia»¹⁸. E, invero, l'esenzione dall'applicazione della normativa antiebraica, dovendo passare dalla dimostrazione di una discendenza ariana, costringeva chi volesse rivolgersi al Tribunale della razza a dimostrare di essere il frutto di una relazione adulterina, potendo quindi vantare un padre ariano. E, forse, uno degli aspetti più problematici, ma che allo stesso tempo giustifica la previsione di un simile organismo nel *corpus* normativo di quegli anni, è proprio il suo essere palese espressione della «tendenza a distinguere i cittadini in base al sangue»¹⁹, un dato che più di ogni altro concorre a sospendere giudizi benevoli sull'operato del Tribunale della razza e su coloro che ne fecero parte.

In sostanza, alla luce di quello che il Tribunale della razza era abilitato a fare, ma soprattutto in considerazione della circostanza che si trattava di un istituto che creava un'eccezione all'interno dell'applicazione delle leggi razziali, un istituto che si è trasformato in un ulteriore strumento di discriminazione, possiamo sicuramente concludere che chi l'ha presieduto e chi ne ha fatto parte non

14. Il riferimento è all'art. 2 della legge 13 luglio 1939-XVII, n. 1024 a norma del quale: "La Commissione di cui all'articolo precedente è nominata dal Ministro per l'interno, ed è composta di un magistrato di grado 3°, presidente, di due magistrati di grado non inferiore al 5°, designati dal Ministro per la grazia e la giustizia, e di due funzionari del Ministero dell'interno di grado non inferiore al 5°. Assiste in qualità di segretario un funzionario del Ministero dell'interno, di grado non inferiore all'8°".

15. N. Tranfaglia, *Dallo Stato liberale al regime fascista. Problemi e ricerche*, Feltrinelli Milano, 1973, p. 217.

16. N. Rondinone, *Il "Tribunale della razza" e la magistratura*, in *Il diritto di fronte all'infamia del diritto*, cit., p. 197.

17. *Ibidem*.

18. M. Boni, *Gaetano Azzariti: dal Tribunale della razza alla Corte costituzionale*, cit., p. 585.

19. *Ibidem*.

solo condivideva l'ideologia fascista, non solo si prestava ad annientare il principio di uguaglianza, ma riteneva anche giusto all'interno di questa ideologia terribile introdurre un ulteriore strumento di discriminazione e di corruzione.

E, tuttavia, che Gaetano Azzariti condividesse l'ideologia del regime è stato di recente sottolineato anche nelle belle riflessioni di Giovanni Canzio il quale rimarca l'atteggiamento della dottrina civilistica italiana dopo la pubblicazione nel 1939 del libro primo del codice civile Solmi intitolato alle persone e alla famiglia il quale, all'art. 1, prevedeva al terzo comma che «le limitazioni alla capacità giuridica derivanti dall'applicazione a determinate razze sono stabilite da leggi speciali»²⁰.

In una conferenza, tenuta nel 1943 presso il circolo giuridico di Milano, il Presidente del Tribunale della razza affermava che l'art. 1 del codice civile avesse «relegato in soffitta il dogma indiscutibile dell'egualitarismo»²¹.

Ben diverso l'atteggiamento di tanti studiosi di diritto civile i quali in varie monografie e saggi dell'epoca preferivano rimanere in silenzio dinanzi a questa scelta legislativa e trattavano il tema della "razza" in modo frettoloso e apparentemente neutrale.

Rispetto alla posizione tenuta nei confronti della violazione profonda del principio di uguaglianza, colpisce ancora di più la vicenda personale e istituzionale del Presidente Azzariti e, quindi, della nostra Costituzione e del nostro Giudice delle leggi.

Anche il Presidente Canzio sottolinea la circostanza, da rimarcare, della presenza di Gaetano Azzariti e di Antonio Manca, componenti del Tribunale della razza, nell'istituto nato per garantire che non potessero mai più vigere provvedimenti come quelli delle leggi razziali.

Colpisce, perché fu proprio la Corte costituzionale di Gaetano Azzariti a garantire la forza dei principi costituzionali quando, nella sentenza n. 1 del 1956, rifiutò la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche e affidò al Giudice costituzionale il compito di giudicare tutto l'ordinamento previgente alla luce dei principi della Costituzione.

Colpisce, perché fu durante la presidenza di Azzariti che venne pronunciata la decisione più importante per la storia dei diritti delle donne, la sentenza n. 33 del 1960, la quale dichiarò incostituzionali le limitazioni giuridiche che le donne subivano in ordine all'ingresso nei pubblici uffici e anche in magistratura. Fu, infatti, quella decisione a consentire alle donne di divenire magistrato, attraverso una lettura illuminata del supremo principio costituzionale di parità tra i sessi²².

20. Si tratta del comma abrogato da uno dei primi provvedimenti legislativi del 1944.

21. Riporta i passaggi di Azzariti in quell'occasione M. Boni, *Gaetano Azzariti: dal Tribunale della razza alla Corte costituzionale*, cit., p. 591.

22. Sul tema della parità tra i sessi, si consenta il rinvio a M. D'Amico, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, FrancoAngeli Milano, 2016, e M. D'Amico, S. Leone (a cura di), *La Donna dalla fragilitas alla pienezza dei diritti? Un percorso non ancora concluso*, Giuffrè Milano, 2017.

3. La figura di Costantino Mortati: da ideologo del regime fascista a padre costituente

Altra figura su cui occorre svolgere una riflessione è quella di Costantino Mortati, il «più illustre costituzionalista italiano di questo secondo dopoguerra»²³ e studioso che segnò con il suo contributo i lavori dell'Assemblea costituente.

La figura emblematica di Mortati rispetto al tema della continuità fra il regime fascista e la Costituzione repubblicana è testimoniata dalla stessa dottrina, che ci consegna il pensiero del costituzionalista calabrese quale possibile punto di approdo per la comprensione «dei complessi rapporti di continuità-rottura che legano la dottrina pubblicistica [...] del periodo liberale-oligarchico con quella del periodo fascista e repubblicano nel quadro di una valutazione complessiva del ruolo dei giuristi all'interno dello Stato unitario nel periodo della sua trasformazione»²⁴.

Già si è detto con riferimento alla vicenda, emblematica in tal senso, di Gaetano Azzariti. Analogamente, nel caso del Mortati, si può ricordare come durante il ventennio egli non fu vittima di alcuna epurazione, ricoprendo anzi prestigiosi incarichi universitari. Allievo di Panunzio, vinto il concorso a cattedra nel 1936, fu professore prima a Messina, poi a Macerata – dove fu anche rettore della Facoltà di Giurisprudenza – ed infine a Napoli dal 1942 presso l'Istituto Navale e la Facoltà di Economia. Dopo la guerra, come già ricordato, fu eletto all'Assemblea costituente nelle fila della Democrazia Cristiana, divenendo componente della Commissione dei 75, incaricata di redigere il progetto della nuova Costituzione. Successivamente, tornò a svolgere l'incarico di professore ordinario presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Roma "La Sapienza", fino ad essere nominato giudice della Corte costituzionale nel 1960, agli albori della sua entrata in funzione dove rimase fino al 1972, assumendo anche l'incarico di Vicepresidente.

L'aspetto più rilevante, non sufficientemente messo in luce finora, è proprio la circostanza che Costantino Mortati riuscì ad essere lo studioso di riferimento del regime fascista, soprattutto rispetto alla forma di governo e alle dinamiche del partito fascista²⁵, ricoprendo appena qualche anno più tardi lo stesso ruolo, in Assemblea costituente, dove si occupò della definizione delle più importanti categorie del pensiero costituzionale italiano, concentrandosi soprattutto sulla forma di governo e sulle relazioni fra questa e il sistema dei partiti²⁶.

23. F. Lanchester, *Costantino Mortati e la "dottrina" degli anni trenta*, in F. Lanchester (a cura di), *Costantino Mortati: costituzionalista calabrese*, Edizioni Scientifiche Italiane Napoli, 1989, p. 89.

24. F. Lanchester, *Costantino Mortati e la "dottrina" degli anni trenta*, cit., p. 90.

25. *Ibidem*.

26. F. Bruno, *Costantino Mortati e la Costituente*, in *Costantino Mortati: costituzionalista calabrese*, cit., p. 137.

Il punto di osservazione di Mortati emerge con particolare evidenza nel suo saggio su *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano*²⁷, ove egli indaga, da un lato, il principio della separazione tra poteri e, dall'altro, il ruolo del partito nazionale fascista nello Stato.

Dalla lettura del saggio, emerge una concezione meramente descrittiva e non prescrittiva della legge fondamentale dell'epoca, atteso che il modello di organizzazione politica e l'aderenza ad alcuni principi prescritti dallo Statuto erano stati oggetto di una rilevante modifica avvenuta sul piano fattuale, ove non vi era spazio alcuno, come noto, per il riconoscimento dei diritti dell'uomo e per la garanzia di essi alla luce dell'inveramento della separazione dei poteri.

E, forse, proprio in aderenza al tipico approccio "descrittivo" del diritto costituzionale (al riguardo, sia consentito precisare che pare del tutto fuorviante fare riferimento durante il regime fascista al concetto di "diritto costituzionale" come lo si intende oggi, stante l'assenza, in quel tempo, di un insieme di regole e principi di natura prescrittiva sovraordinati alle fonti primarie), Mortati ci consegna un'analisi dei poteri dello Stato ove il dato fattuale precede il successivo tentativo di "giuridicizzazione", ossia di dare una veste giuridica ai profondi e violenti cambiamenti posti in essere dal regime rispetto all'assetto istituzionale e all'equilibrio tra i poteri²⁸.

Secondo il costituzionalista calabrese, «nel tipo di Stato che si dice moderno, il sistema delle relazioni [...] è quello della separazione dei poteri»: questo principio viene analizzato alla luce «della portata delle innovazioni costituzionali italiane».

In modo sorprendente, Costantino Mortati ritiene che tali trasformazioni non abbiano intaccato affatto tale principio, a differenza di quanto è avvenuto in Unione Sovietica, dal momento che una delle caratteristiche dello Stato fascista sarebbe quella di conservare una sfera di autonomia dei singoli, garantiti dagli strumenti di carattere giurisdizionale: un'autonomia che sarebbe subordinata all'interesse generale con «la formazione, specie attraverso l'opera del partito, e con l'ausilio di sanzioni indirette, di regole del costume, rivolte a disciplinare lo spontaneo esercizio dei diritti subbiettivi, nelle varie applicazioni in cui questi possono presentarsi».

Anche riguardo al principio della separazione dei poteri, secondo Mortati, «non può neppure ritenersi che la posizione costituzionale del Parlamento subisca un'attenuazione per effetto del potere attribuito al Capo del Governo

27. Pubblicato in *Annali dell'Università di Macerata*, Vol. XIV, 1941. Balzano immediatamente agli occhi le intuibili criticità legate all'utilizzo dell'aggettivo "costituzionale" con riferimento alla pregressa forma di governo e alla forma di Stato fascista; tale termine, di fatto, veniva impiegato dalla dottrina giuspubblicistica di quegli anni per auto definire il sistema ordinamentale in cui era inserita.

28. E, infatti, come si vedrà, quello che pare emergere dalla lettura di alcuni passaggi salienti del saggio è che il costituzionalista calabrese abbia promosso la "giuridicizzazione del regime", su cui si veda F. Lanchester, *Costantino Mortati e la "dottrina" degli anni trenta*, cit., 101.

di porre le direttive politiche dell'azione statale» e le direttive del Capo del Governo sono idonee a «rispettare l'autonomia degli organi costituzionali».

In questa sede, vanno sottolineate anche le affermazioni di entusiastica adesione al regime fascista. Testualmente leggiamo, non senza sgomento, che: «il regime fascista realizza le condizioni migliori per una proficua applicazione del principio stesso e per il raggiungimento delle finalità ad esso connesse; finalità che consistono nel prevenire gli abusi inerenti al concentramento delle funzioni nelle stesse mani, e nel garantire che l'ordinaria azione dello Stato si svolga con il rispetto dei limiti, formali e sostanziali, posti dall'ordine giuridico».

Per quello che diventerà uno dei padri costituenti, fra i «regimi moderni a partito unico quello italiano è il solo che abbia conservato nella sua organizzazione gli elementi essenziali del tipo proprio dello Stato moderno, il solo che abbia saputo conciliare il bisogno di rapidità e di organicità dell'azione statale con la molteplicità e varietà dei congegni attraverso cui essa si svolge, ed abbia così realizzato una forma di rinnovamento, che è stata detta di rivoluzione conservatrice, nella quale si riflette l'equilibrio del genio politico, ben può dirsi romano, del suo artefice»²⁹.

Tale impostazione conduce Mortati a giustificare anche la soppressione del procedimento elettivo per la costituzione della Camera, giustificato dalla compenetrazione tra i fini dei responsabili del partito, che svolgevano le diverse funzioni statali e l'ideologia del partito unico, che incarnava pienamente la «sovranità popolare».

Parole che, scritte agli inizi degli anni '40, nel pieno dell'affermazione della macchina del regime, suscitano non poche riflessioni, considerato che chi le scrive, a pochi anni di distanza, avrebbe partecipato in una posizione non certo secondaria alla costruzione del nuovo assetto democratico dell'Italia repubblicana³⁰.

Un altro aspetto di rilievo, da sottolineare per la relazione con il pensiero di Mortati nel nostro Stato costituzionale, è la sua impostazione dogmatica rispetto al partito nazionale fascista, ove egli sottolinea la «indissolubile compenetrazione degli interessi del Partito con quelli dello Stato», che si desume dai compiti al primo deputati: «la difesa e il potenziamento della rivoluzione fascista e l'educazione politica degli Italiani».

Sotto il profilo della sua natura, secondo Mortati, il partito corrisponde propriamente ad un «organo dello Stato»: tanto è vero che non si potrebbe,

29. C. Mortati, *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano*, in *Problemi di politica costituzionale. Raccolta di Scritti*, IV, Giuffrè Milano, 1972, rispettivamente alle pagine 432, 445, 457, 470, 471.

30. I ragionamenti del Mortati, secondo parte della dottrina, possono essere letti da un altro e diverso angolo prospettico, cioè a dire quello dello sforzo di contenere, in una costruzione teorico-giuridica, le degenerazioni personalistiche di uno Stato così concepito; sul punto si veda F. Lanchester, *Costantino Mortati e la "dottrina" degli anni trenta*, cit., pp. 101, 102.

secondo lo studioso, fare riferimento ad esso quale organo in senso *politico*, e ciò in quanto «se il termine organo esprime un concetto giuridico, diretto ad indicare il grado di collegamento di un ente con l'organizzazione dello Stato, che significato può avere e che utilità può offrire il fare riferimento ad un presunto aspetto politico dell'istituto?».

Secondo Mortati, Stato fascista e partito sono indissolubilmente legati tra loro: «non appare dubbia la possibilità di intendere lo Stato fascista, nella sua peculiare organizzazione e nel suo funzionamento, senza precisare il posto occupato in esso dal partito»; e ancora, «il partito appare [...] un portato [...] necessario della partecipazione dei ceti popolari alla vita dello Stato, in quanto mezzo di esplicazione del compito ad essi attribuito di imprimere alla azione di questo un determinato contenuto politico».

Dalla lettura delle parole dello studioso, sembra possibile evincere che la funzione del partito si legittimi sulla base di quella svolta dal corpo elettorale.

Proprio in relazione alla funzione del partito, Mortati ritiene che essa non sarebbe suscettibile di un mutamento per il solo fatto che «in un determinato momento, la legge dia ai rappresentanti di una sola delle forze in contrasto il diritto di farla valere e vederla realizzata nell'azione statale»; anzi, il partito, in una situazione simile, «vede accentuato quel carattere di organo dello Stato, che era, come s'è visto, attribuibile precedentemente al corpo elettorale».

Quanto all'azione del partito unico, lo studioso afferma che, *in primis*, essa si sostanzia «in una fase di preparazione, di impulso, di controllo dell'attività dello Stato, per rendere questa concordante con le aspirazioni del popolo, dall'altra del costume politico dei cittadini, per elevare la volontà di questi alle esigenze trascendenti, incorporate nello Stato».

Una concezione, questa, che stride con la formulazione accolta dai Costituenti nell'art. 49 Cost., ove invece, come noto, si afferma che «[t]utti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale»³¹: nel nuovo ordine democratico sono quindi i cittadini a scegliere – liberamente – se prendere o meno parte alla vita dei partiti, i quali sono pensati come strumenti per arricchire di contenuto democratico l'ordinamento statale e non come organi funzionali – come nella prospettiva del Mortati ora ricordata – a promuovere e sostenere l'azione autoritaria del regime.

Eppure, lo si vuole sottolineare, Mortati che ha contribuito pochi anni più tardi ai lavori preparatori della Costituzione ha affermato, in apertura alla *Relazione illustrativa dello schema del progetto per l'introduzione della obbligatorietà del voto nelle elezioni alla Costituente*, che «la democrazia, elevando il popolo ad organo di suprema decisione politica, reca con sé la tendenza alla estensione dei diritti politici al maggior numero di cittadini ed

31. Le citazioni sin qui riportate nel testo si ritrovano tutte in C. Mortati, *Sulla posizione del partito nello Stato*, in *Stato e diritto*, 1941, 3 ss.

esige, per il suo regolare funzionamento, l'effettiva partecipazione di questi alla vita dello Stato»³².

In conclusione, possiamo anche notare che, in apertura ai lavori del Convegno che avrebbe poi dato alla luce il volume *Costantino Mortati: costituzionalista calabrese*, l'allora Presidente della Corte costituzionale Saja ha affermato che furono «di alto significato politico e giuridico» proprio le proposte dello studioso «in sede di Assemblea costituente sul problema delle forme di governo»³³.

In particolare, sempre in tema di esecutivo, il Mortati costituzionalista del dopoguerra aveva sostenuto in Assemblea costituente l'importanza di assicurare, nel solco di una forma di governo parlamentare razionalizzata³⁴, l'elemento della governabilità. Ricorda la dottrina che «Mortati aveva esattamente avvertito che i congegni di stabilizzazione accolti nella nostra Carta erano insufficienti e aveva giustamente insistito sulla necessità di assicurare la durata dell'Esecutivo, nonché di conferire maggiori poteri al Presidente del Consiglio»³⁵. Anche questo apporto non può essere completamente separato da quello che Costantino Mortati immaginò e scrisse appena qualche anno prima in relazione ai poteri del Duce.

4. Vincenzo Gueli e lo scetticismo nei confronti dell'istituzione della Corte costituzionale

Come altro personaggio di spicco che, per dirla con le parole di Bin, insieme ad altri, «ammantati da un tecnicismo giuridico»³⁶, transitò dal regime fascista all'età repubblicana, si può ricordare il Prof. Vincenzo Gueli.

Lo studioso fu tra il 1937 e il 1940 assistente incaricato presso l'Istituto di diritto pubblico e di legislazione sociale nella Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Roma; in seguito, conseguì la libera docenza in Istituzioni

32. Citazione contenuta nella Relazione illustrativa sopra menzionata riportata da S. Prisco, *Il partito politico nel pensiero di Costantino Mortati*, in *Costantino Mortati: costituzionalista calabrese*, cit., p. 385.

33. In questo senso F. Saja, *Introduzione ai lavori: la lezione di Costantino Mortati*, in *Costantino Mortati: costituzionalista calabrese*, cit., p. 30.

34. S. Bonfiglio, *Il contributo di Mortati nella fase costituente attraverso la prospettiva teorica e storica della Costituzione in senso materiale*, in *Nomos*, 2017, p. 13.

35. F. Bruno, *Costantino Mortati e la Costituente*, in *Costantino Mortati: costituzionalista calabrese*, cit., p. 156. Sul problema si vedano anche le considerazioni di M. Fioravanti nel saggio introduttivo a C. Mortati, *La Costituzione di Weimer*, Giuffrè Milano, 2019, p. XVII, il quale ricorda che, secondo Mortati, la nuova Costituzione Repubblicana avrebbe realizzato il principio di sovranità popolare «solo nel senso di una marcata rivalutazione della centralità del Parlamento, ma senza che ciò abbia realmente inciso nel rigenerare il ruolo e la presenza del Popolo sovrano».

36. R. Bin, *I giuristi tra Resistenza e Costituente*, in B. Pezzini, S. Rossi (a cura di), *I giuristi e la Resistenza. Una biografia intellettuale del Paese*, FrancoAngeli Milano, 2016.

di diritto pubblico³⁷ e dal 1944 al 1950 fu assistente volontario della cattedra di diritto costituzionale³⁸. Nel 1942, oltre a pubblicare *Il concetto giuridico della rappresentanza politica e la 'rappresentatività' degli organi di governo*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, ove svolse un'opera di ricognizione del passaggio dallo Stato liberale a quello fascista³⁹, pubblicò un saggio sulla rappresentanza politica e una monografia intitolata *Il diritto singolare e il sistema giuridico*⁴⁰; i suoi studi, sin dai primi anni di ricerca, si incentrarono prevalentemente sui temi dello Stato, della sovranità, del regime politico e, successivamente, sulle trasformazioni costituzionali italiane dalla caduta del fascismo alla Costituzione⁴¹. Terminata la guerra, il Gueli combinò gli impegni accademici con quelli più tecnici⁴², ricoprendo alcuni incarichi ministeriali: fu membro, come si ricorderà più avanti, della Commissione Forti e, nel 1946, dell'Ufficio legislativo del Ministero dell'Industria e del Commercio. Il 1° giugno 1948 divenne anche funzionario della Camera dei Deputati. Nel 1950 fu chiamato a insegnare diritto costituzionale all'Università di Messina, dove conseguì anche la cattedra di diritto amministrativo.

Riconosciuto come avversario del "logicismo formalista"⁴³, prima ancora dell'istituzione dell'Assemblea costituente, Gueli si scaglia contro l'istituzione di quello che, nel manifesto di quasi tutti i partiti politici, veniva descritto come il "custode delle libertà"⁴⁴.

Nel suo scritto intitolato *Una garanzia illusoria: la Corte costituzionale*, pubblicato in *Civiltà liberale* del 28 marzo del 1946, l'Autore critica fortemente l'ipotesi che andava delineandosi di istituire la Corte costituzionale quale organo accentrato del sindacato di legittimità costituzionale delle leggi⁴⁵.

37. O. Chessa, *Gueli Vincenzo*, in *Dizionario Biografico dei giuristi italiani (XII-XX Secolo)*, il Mulino Bologna, 2013, p. 1083.

38. Ivi, p. 1084.

39. Sul punto si veda G. Caravale, *Il contributo di Vincenzo Gueli alla Commissione Forti*, in *Nomos*, 3/2017, nota n. 2.

40. Sul punto si veda A. Barbera, *Vincenzo Zingara e Vincenzo Gueli*, in *La Sapienza del giovane Leopoldo Elia: 1948-1962*, Sala del Senato Accademico, *Nomos*, 2014, p. 7.

41. G. Caravale, *Il contributo di Vincenzo Gueli alla Commissione Forti*, cit., 2. Le due opere appena menzionate si pongono a fondamento della vocazione teorica del Gueli; così O. Chessa, *Gueli Vincenzo*, cit., pp. 1083, 1084.

42. Si veda, sul punto, ivi, p. 1084.

43. Cfr. A. La Pergola, *Presentazione*, in V. Gueli, *Scritti vari*, Giuffrè Milano, 1976, XIV.

44. In tema, si consenta il rinvio a M. D'Amico, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giuffrè Milano, 1991.

45. E ciò forse proprio in ragione del fatto che il Gueli, in qualità di giuspubblicista appartenente alla generazione «immediatamente successiva a quella degli anni Trenta, aveva risentito del contesto in cui aveva dovuto agire. La generazione in discorso [...] andò in cattedra nel momento in cui la Costituzione era, appunto, sostanzialmente congelata e l'ordinamento costituzionale vedeva la massima contrapposizione tra le forze che avevano cooperato alla Sua approvazione»; cfr. F. Lanchester, *La dottrina costituzionalistica italiana tra il 1948 e il 1954*, in *Quaderni Fiorentini, Tomo II, Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, cit., p. 781.

Letto alla luce della posizione adesiva del Gueli rispetto al regime fascista, tale impostazione non sorprende, concretizzandosi nel tentativo di porre un freno alle novità più significative del nascente Stato repubblicano: la Corte costituzionale avrebbe potuto, secondo l'Autore «diventare strumento dell'interesse di ceti ristretti o addirittura di un potere assolutistico»⁴⁶, in quanto qualunque fosse stata la decisione in ordine alla scelta dei propri componenti, la costruzione di un organo di giustizia costituzionale accentrato non sarebbe stata aperta alle larghe correnti dell'opinione pubblica, come invece la generalità degli altri organi giurisdizionali.

Nell'ottica dell'Autore, infatti, l'alternativa prescelta si muoveva nel solco di lasciare l'interpretazione delle norme costituzionali e l'esame intorno alla conformità ad esse delle leggi ordinarie ai singoli giudici, in quanto «aperti alle risonanze delle diverse cerchie in cui si articola la società nazionale e si elabora quella che si dice l'opinione pubblica».

Afferma infatti il Gueli che «[p]er la stessa maggiore astrattezza, e quindi indeterminatezza, del contenuto delle leggi costituzionali (che altrove ho rilevata) di accertare, al fine di un'esatta interpretazione delle leggi stesse, i convincimenti collettivi, riposti nella coscienza, intorno ai principi fondamentali che formano la costituzione reale di un popolo, l'applicazione delle norme costituzionali presuppone una varia e molteplice sensibilità per stabilire, in ogni tempo, in relazione agli sviluppi della coscienza collettiva e alle diverse situazioni della vita sociale e politica, l'esatto contenuto delle norme costituzionali effettivamente vigenti».

Ma vi è di più. Secondo l'Autore, l'opportunità di affidare alla Corte costituzionale il compito che poi le verrà assegnato, tra gli altri, dall'art. 134 Cost., avrebbe determinato, con riferimento alla giurisprudenza costituzionale, un eccessivo «irrigidimento»⁴⁷, trasformandola nell'organo «discrezionalmente deliberante veramente supremo»⁴⁸, le cui valutazioni sarebbero state ampiamente discrezionali.

In altri termini, e certamente con notevole spirito di precognizione di quello che sarebbe effettivamente successo, il Gueli era convinto che un organo accentrato di legittimità costituzionale avrebbe avuto un potere solo *apparentemente* di controllo, traducendosi al contrario in un organo legislativo e di governo e ciò a scapito delle prerogative degli altri organi costituzionali.

Significativo poi il fatto che, in dispetto di tale posizione, di certo non allineata alle volontà dei partiti dell'epoca, lo studioso prese parte, svolgendo un ruolo non certo secondario, alla Commissione Forti, che, istituita il 1° novembre 1945, concluse le sue attività il 30 giugno 1946.

46. Per le citazioni qui di seguito riportate nel testo si veda V. Gueli, *Una garanzia illusoria: la Corte costituzionale*, in *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, Società Editrice del Foro Italiano Roma, 1950 rispettivamente alle pagine 290, 289, 288.

47. V. Gueli, *Una garanzia illusoria: la Corte costituzionale*, in *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, cit., p. 289.

48. *Ibidem*.

In particolare, il Gueli presentò alla Commissione Forti una memoria sulla giustizia costituzionale, redatta in sinergia con Gaetano Azzariti e Giovanni Selvaggi: in quella sede, emerse il suo pensiero giuridico, particolarmente affezionato al costituzionalismo nordamericano, forse anche in ragione del fatto di essere stato ospite a Berkeley da Kelsen⁴⁹; nonostante le posizioni del Gueli rimanessero minoritarie, tuttavia egli contribuì in modo rilevante ad una riflessione sulla giustizia costituzionale. Inoltre, sempre in Sottocommissione, il Gueli si occupò dei profili costituzionali relativi alla responsabilità dei pubblici funzionari e alla partecipazione dei cittadini alle funzioni amministrative.

Le posizioni (e i dubbi) sul sindacato di legittimità costituzionale accentrato del Gueli sono rinvenibili anche in un lavoro del 1958, intitolato *La Corte Costituzionale* e pubblicato negli *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*⁵⁰.

Ciò che, in conclusione, preme sottolineare è come le posizioni dell'Autore fossero sintomatiche della tendenza di parte della dottrina dell'epoca e di alcuni di coloro che presero parte, all'indomani della caduta del regime, al dibattito costituente di porre resistenza alle novità più rilevanti che avrebbero caratterizzato il nascente ordinamento repubblicano, le quali non a caso ebbero difficoltà ad affermarsi negli anni a venire (si pensi, ad esempio, al ritardo che caratterizzò l'istituzione proprio della Corte costituzionale e, più in generale, il tema dell'attuazione dei precetti contenuti nella Carta).

In conclusione, secondo l'Autore, l'istituzione di quello che poi sarebbe diventato il Giudice delle leggi, posto proprio a garanzia della rigidità della Costituzione ed anche dell'applicazione stessa, sarebbe stata una di quelle «fantastiche rappresentazioni il cui splendore non illumina ma abbaglia, e che il vecchio Bacone amava chiamare 'idola theatri'»⁵¹.

5. Piero Calamandrei: dal giuramento al regime fascista, alle distinzioni, all'impegno nella Costituente e per l'attuazione della Costituzione

Elementi di profonda riflessione suscita anche la storia professionale e umana di Piero Calamandrei, oggetto anche di riflessioni recenti⁵².

49. A. Barbera, *Vincenzo Zingara e Vincenzo Gueli*, cit., p. 5.

50. G. Caravale, *Il contributo di Vincenzo Gueli alla Commissione Forti*, cit., p. 11.

51. Così, A. Barbera, *Vincenzo Zingara e Vincenzo Gueli*, cit., 7. Quanto alla sua produzione scientifica nel periodo successivo alla guerra, si ricorda la raccolta di contributi di stampo dogmatico pubblicata nel 1950 nel lavoro *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio* (dedicato al tema dei mutamenti costituzionali) e la redazione delle voci enciclopediche sull'*Anarchia* e sul *Colpo di Stato*.

52. Cfr. in particolare; per i giuristi E. Bindi, *Piero Calamandrei e le leggi razziali*, in M.

Nella raffigurazione del “mito fondativo” della nostra Costituzione, Calamandrei è sempre stato l’eroe indiscusso, il padre costituente che più di altri ci ha consegnato l’interpretazione più alta del testo costituzionale che «non è un pezzo di carta la lascio cadere e non si muove: perché si muova bisogna ogni giorno rimetterci dentro il combustibile; bisogna metterci dentro l’impegno, lo spirito, la volontà di mantenere queste promesse, la propria responsabilità [...]»⁵³ e che ne ha denunciato la sua inattuazione⁵⁴, impegnandosi per la sua attuazione⁵⁵ nei primi anni della vita repubblicana.

A differenza degli altri studiosi che abbiamo appena ricordato, Calamandrei non fu organico al regime, non divenne l’ideologo del fascismo o l’esecutore dei suoi provvedimenti più ingiusti, ma anzi, come testimoniano gli scritti personali di quegli anni⁵⁶, disapprovava profondamente i provvedimenti più crudeli e, *in primis*, le leggi razziali.

Eppure Calamandrei giurò fedeltà al fascismo⁵⁷ e, come lui stesso afferma in una lettera scritta nel 1955 a Luigi Petri⁵⁸, fu tra gli «antifascisti non eroici,

Perini (a cura di), *L’Italia a 80 anni dalle leggi antiebraiche a 70 dalla Costituzione, Atti del Convegno tenuto a Siena nei giorni 25 e 26 ottobre 2018*, Pacini Pisa, 2019, pp. 191 ss.

53. Estratto dal noto discorso pronunciato da Piero Calamandrei il 26 gennaio 1955 nel salone degli Affreschi della Società Umanitaria quale discorso inaugurale di un ciclo di sette conferenze sulla Costituzione italiana organizzato da un gruppo di studenti, ora in P. Calamandrei, *Lo Stato siamo noi*, Chiarelettere Milano, 2011, p. 6.

Come affermato da Alpa «Calamandrei parla ai giovani, come si intuisce dai molti incisi e dalla chiusa: parla ai giovani che si accingono agli studi giuridici»; in G. Alpa, *Un atto di “fede nel diritto”*, in Piero Calamandrei, *La fede nel diritto. Avvocatura e Costituzione*, in www.consiglionazionaleforense.it, p. 3.

54. Cfr. P. Calamandrei, *La libertà della cultura nel decennale della liberazione* (Lettera aperta di un professore universitario al min. della P.I), ora in *Scritti e discorsi politici*, in N. Bobbio (a cura di), *La Nuova Italia* Firenze, 1966, vol. I, pp. 111-121.

55. Così P. Calamandrei, *La ‘festa dell’Incompiuta’*, in *Il Ponte*, n. 6, 1951, ora in *Scritti e discorsi politici*, cit., pp. 141 ss., citato da E. Bindi, *Calamandrei e la questione sociale*, in www.gruppodipisa.it, 2012, p. 2, nota 3. Si veda anche quanto scritto da M. Fioravanti, in *L’attuazione della Costituzione: il ruolo della cultura costituzionale*, Relazione al Convegno “La Costituzione della Repubblica Italiana. Le radici, il cammino”, Bergamo, 28-29 ottobre 2015, in www.astrid-online.it, pp. 7 ss.

56. Ci si riferisce ai saggi di P. Calamandrei, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1941; Id., *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, 1942; Id., *Il Diario*, G. Agosti (a cura di), *La Nuova Italia*, 1997; Id., *Le Lettere 1951-1996*, in G. Agosti, A. Galante Garrone (a cura di), vol. II, *La Nuova Italia* Firenze, 1968 e Id., *L’inventario della casa di campagna*, ried. 2013. Ancora, rilevante è il saggio Id., *Appunti sul concetto di legalità*, in *Opere giuridiche*, vol. III, Napoli, 1965, 52 ss.

57. I Professori universitari che, tra le fila dei giuristi, si opposero al regime furono, come noto, Francesco ed Edoardo Ruffini e Fabio Luzzatto. Molti costituzionalisti, inoltre, vennero emarginati dall’ambiente accademico: basti pensare a Vittorio Emanuele Orlando Gaetano Mosca, Teodosio Marchi e Siotto Pintor. Altri furono invece esclusi dal ruolo che ricoprivano, come Errico Presutti e l’amministrativista Silvio Trentin. Cfr. F. Lanchester, *La dottrina costituzionalistica italiana dal fascismo alla repubblica*, cit., p. 5.

58. Cfr. P. Calamandrei, *Lettere 1915-1956*, cit., p. 449.

ma onesti»⁵⁹, fu tra quei cittadini, tanti, che «preferirono rimanere ad occupare dignitosamente ed onestamente i posti di lavoro che si erano guadagnati con il loro studio assai prima che il fascismo sorgesse, e continuare senza iattanza ma senza viltà a fare il loro dovere di professionisti e di studiosi, col fermo proposito di ignorare il fascismo»⁶⁰. Come tanti altri non si ribella, ma non aderisce, mantenendo, almeno nella sfera intima, le distanze.

In sintonia con l'atteggiamento del ceto dei giuristi, lo studioso fiorentino per lungo tempo, durante e dopo l'approvazione delle leggi razziali, si rifugiò nel positivismo, nella difesa dei principi dello Stato di diritto: fu, insomma, uno dei tanti «giuristi impassibili», secondo la fortunata definizione di Paolo Grossi⁶¹.

Calamandrei, quindi, non prese parte, ma rimase al suo posto, magari ritenendo di volerlo occupare per continuare a formare, nei limiti allora concessi, coscienze libere, come scelsero di fare tanti insegnanti che non abbandonarono la cattedra.

Di certo, la sua contrarietà al regime si esprimeva privatamente nelle lettere e negli scritti privati che narrano con dolore le vicende di tanti amici ebrei allontanati dalla vita pubblica e dal lavoro o addirittura deportati e scomparsi e dai quali affiora angoscia e scoramento di fronte a una situazione che andava via via peggiorando⁶² o più tardi, come emerge dal ricordo del collega Federico Cammeo, nel 1949, a 10 anni dalla sua scomparsa⁶³.

Il momento pubblico più significativo della sua scelta di non opporsi alle leggi razziali e al regime, in nome del rispetto della legge, è rappresentato sicuramente dalla conferenza del 1940 alla FUCI, dal titolo *Fede nel diritto*⁶⁴. In quell'occasione, Calamandrei teorizza la distinzione fra la «funzione normativa», politica, e quella di chi è chiamato ad applicare la norma, che invece svolge un ruolo tecnico. Come vedremo fra poco, tanti giuristi italiani rifiutarono di aderire alle teorie del diritto libero, che invece in Germania volevano un Giudice non subordinato alla legge, ma al sentimento del popolo, al di sopra della legge. E per i giuristi, come per Calamandrei, quello fu un modo, molto conservatore ovviamente ma forse in quel momento necessario, per non cedere totalmente alle follie del totalitarismo e per ribadire la fiducia nel principio di uguaglianza, vero architrave del principio di legalità e dello

59. *Ibidem*.

60. *Ibidem*.

61. Si veda P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Giuffrè Milano, 2000, p. 138.

62. Si vedano soprattutto P. Calamandrei, *Diario 1939-1945*, G. Agosti (a cura di), La Nuova Italia Firenze, 1997; P. Calamandrei, F. Calamandrei, *Una famiglia in guerra. Lettere e scritti (1939-1956)*, in A. Casellato (a cura di), Laterza Bari, 2008.

63. Cfr. P. Calamandrei, *Federico Cammeo (nel decennale della sua morte)*, in *Rivista Italiana per le Scienze giuridiche*, 1949, pp. 358 e ss.

64. Il momento è analizzato in modo acuto, con precisi riferimenti testuali e anche di cronaca da E. Bindi, *Piero Calamandrei e le leggi razziali*, cit., pp. 206-213.

Stato di diritto. Così anche Calamandrei in quella conferenza ribadisce che «nel principio di legalità c'è il riconoscimento della uguale dignità morale di tutti gli uomini, nell'osservanza individuale della legge c'è la garanzia della pace e della libertà di ognuno»⁶⁵. Principi in cui tutti ci riconosciamo, certamente, che però assumono un significato molto diverso se pensiamo che venivano pronunciati in piena vigenza ed applicazione delle leggi razziali e che, affermati pubblicamente in quel momento, significavano di fatto un'adesione a tutto quello che stava succedendo.

Certo, Calamandrei, a differenza di Azzariti, non si esprime in modo entusiasta sulle modificazioni giuridiche al principio di eguaglianza che inserivano la "razza" come elemento di distinzione, ma non troviamo, in questo momento, alcuna presa di distanza da provvedimenti, come quelli del 1938, che negavano in radice l'uguaglianza di tutti di fronte alla legge e distruggevano crudelmente le fondamenta delle idee illuministe.

La volontà di difendere questo principio fu anche alla base della scelta di Calamandrei di collaborare intensamente alla redazione del codice di procedura civile, insieme ad altri colleghi, fra i quali, in particolare, Carnelutti e Redenti, tutti antifascisti⁶⁶.

Non tutti però condivisero l'idea che fu un bene questa collaborazione, per fare in modo che il tecnicismo giuridico fosse salvaguardato dal momento storico: in particolare Calamandrei fu più tardi chiamato a rispondere addirittura in Parlamento di fronte alle accuse mosse al riguardo da un parlamentare⁶⁷.

Tuttavia, in questi anni, il principio della possibilità e del dovere di opporsi ad una legge ingiusta non si ritrova nel suo pensiero, come emerge in modo limpido dalle affermazioni nella stessa conferenza del 1940, nella quale Calamandrei conclude con una limitazione del proprio campo di azione, come giurista, riconoscendo che: «i politici militanti possono lottare, al di là delle leggi, per la instaurazione di quelli che ciascuno di essi, secondo la sua fede, considera, come si dice, la giustizia sociale, l'ideale di un ordinamento migliore: ai giuristi è dato soltanto lottare per mantenere, entro i limiti delle leggi, la giustizia giuridica»⁶⁸. Il ragionamento contenuto nella conferenza del 1940 verrà riportato in altri scritti di quel periodo⁶⁹, che quindi possono

65. Cfr. P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, cit., 105. Considerazioni di E. Bindi, *Piero Calamandrei e le leggi razziali*, cit., p. 210.

66. Si vedano le considerazioni di R. Romanelli, *Il giudizio storico di Piero Calamandrei sul fascismo e la nascita della nuova costituzione repubblicana*, in S. Merlini (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico (1944-1948)*, Laterza Bari, 2007, p. 38.

67. Si tratta di Antonio Maxia, a cui Calamandrei risponde con una lettera, che può trovarsi in P. Calamandrei, *Lettere 1915-1956*, cit., vol. II, pp. 211-216.

68. Cfr. P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, cit., p. 102.

69. Si vedano in particolare P. Calamandrei, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, in *Riv. Dir. Proc. civ.*, 1941, XVIII, e in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, I, Morano Napoli, 1965, pp. 456 ss.; e P. Calamandrei, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in *Riv. Dir. comm. e dir. gen. Obbl.*, 1942, I, pp. 341 ss.

tutti considerarsi distanti da una presa di posizione nei confronti dei provvedimenti più duri e in particolare delle leggi razziali, mentre è solo negli scritti privati che Calamandrei esprime la sua angoscia rispetto agli accadimenti di quegli anni e alle sue stesse convinzioni da giurista⁷⁰.

Ma è solo dopo la caduta del fascismo, nel 1944, che Calamandrei rompe gli indugi, fondando la rivista *Il Ponte*, che diventerà il punto di riferimento del pensiero antifascista. In quell'anno, assistiamo anche alla svolta "sostanzialista"⁷¹ e all'analisi, in modo completamente diverso da quella svolta prima, del problema della legge ingiusta.

Così, negli *Appunti sul concetto di legalità*, Calamandrei nelle lezioni di diritto costituzionale tenute a partire dall'ottobre 1944 in una Firenze ormai liberata, riconosce che esistono «leggi immonde», rispetto alle quali non sia possibile invocare il rispetto del principio di legalità e dunque la loro obbedienza a causa del loro «contenuto così abominevole». Calamandrei distingue quindi fra regimi democratici e regimi tirannici, ritenendo che i principi dello Stato di diritto debbano applicarsi soltanto ai primi. Emerge dunque quella struttura che poi ritroveremo nella nostra Carta costituzionale e che recupera i principi illuministi, rispetto ai quali i diritti e i doveri dei cittadini devono essere assicurati insieme a una forma di governo nella quale i poteri siano distinti e limitati fra di loro. Insomma, la legge "giusta" e soggetta a obbedienza è soltanto quella che nasce in uno Stato democratico, nel quale sia garantita anche la partecipazione dei cittadini⁷².

Calamandrei diviene così «uomo del quarto stato», secondo la felice definizione di Paolo Grossi⁷³.

In occasione della pubblicazione della sentenza sul processo di Norimberga, dove i nazisti venivano condannati per i crimini compiuti contro l'umanità, fatti che erano stati commessi in esecuzioni di ordini legali e di leggi dello Stato, nella rivista *Il Ponte*, Calamandrei ospita un saggio di Radbruch, che giustifica la violazione del principio di irretroattività della legge penale, a causa della necessità di non lasciare impuniti «i crimini contro l'umanità», sottolineando il ruolo negativo del "positivismo giuridico" nell'impedire una reazione alle leggi ingiuste. Lo stesso Calamandrei in un'editoriale intitolato *Le leggi di Antigone*⁷⁴ rifiuta totalmente i principi del positivismo, con la fedeltà assoluta alle leggi nazionali, appellandosi a una giustizia più vasta a «leggi universali decretate dai gemiti e dalle invocazioni dei milioni di martirizzati innocenti».

70. Si rinvia alla bella analisi di E. Bindi, che ci descrive i sentimenti che affiorano da quelli che vengono chiamati i "testi più intimi", in *Piero Calamandrei e le leggi razziali*, cit., pp. 213-217.

71. Così G. Zagrebelsky, *Una travagliata apologia della legge*, in P. Calamandrei, *Fede nel Diritto*, S. Calamandrei (a cura di), Laterza Roma-Bari, 2008, p. 20.

72. Cfr. P. Calamandrei, *Appunti sul concetto di legalità*, cit., p. 83.

73. In P. Grossi, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana (1859-1950)*, Giuffrè Milano, 1986, pp. 158 ss.

74. Cfr. *Il Ponte*, 1946.

Al mito di Socrate, che ritiene di dovere obbedienza a una legge “ingiusta” che lo condanna a morte, Calamandrei sostituisce quello di Antigone, che oppone alle leggi del re, quelle scritte, le leggi contenute nel suo cuore, quelle umane.

Accostandoci alla storia di Calamandrei, possiamo percepire in modo chiarissimo come l'essenza profonda della nostra Costituzione, quella che pone l'Uguaglianza, la Persona, la sua Libertà e la sua Dignità come valori insopprimibili e da salvaguardare con il meccanismo della rigidità, nasce dall'esperienza tragica di un regime al quale l'uomo Calamandrei, come tantissimi altri, non si è opposto, ma che poi ha svelato fino in fondo la sua atrocità.

E questa convinzione profonda porterà Calamandrei, più di tutti gli altri, a lottare per l'attuazione della Costituzione, a non considerarla mai, a differenza di tanti altri, come una serie di principi lontani, da attuare in un futuro ancora remoto⁷⁵. Dimenticando la difesa della legge in quanto tale e del recinto entro il quale circoscrivere l'operato del giurista, Calamandrei ritiene che la funzione del giudice sia quella di creare «la nuova legalità promessa dalla Costituzione», intrisa dei principi fondamentali, e in primis di quello di eguaglianza, e non più quella di «difendere una legalità decrepita»⁷⁶.

6. La magistratura: adesione o contrasto al regime?

Un ulteriore aspetto su cui soffermarsi attiene, poi, all'atteggiamento assunto dalla magistratura, ordinaria e amministrativa, negli anni di vigenza del regime.

A fronte di un quadro normativo così marcatamente lesivo del principio di eguaglianza formale, pure sancito dallo Statuto Albertino, si profila, infatti, l'interrogativo relativo a come i giudici reagirono in sede di applicazione del *corpus* normativo antiebraico.

Oltre il tema della scarsa giurisprudenza sviluppatasi in quegli anni, diretta conseguenza dell'effetto deterrente prodottosi soprattutto a seguito dell'entrata in vigore dell'insieme di Regi decreti che, a cavallo tra il 1938 e il 1939, riscrissero lo *status* del cittadino ebreo entro l'ordinamento giuridico italiano, si colloca la questione di come i giudici interpretarono quella norma

75. Così, P. Calamandrei, *L'avvenire dei diritti di libertà*, Galaad Edizioni Lilliput, 2018; P. Calamandrei, *Costituente e questione sociale*, cit.; P. Calamandrei, *In difesa di Danilo Dolci*, Editoriale Scientifica Napoli, 2015, dove si scaglia contro la tesi della Cassazione secondo la quale tutti i principi costituzionali erano norme programmatiche, da attuare in futuro e non idonei a consentire la disapplicazione di norme di legge fasciste.

76. Anche Mortati sottolinea la necessità per Calamandrei di rendere operanti i principi, di fronte all'inattuazione costituzionale (Presentazione in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, vol III, cit., XXIII).

del R.D.L. n. 1728 del 1938, «Provvedimenti in difesa della razza», che mirava a limitare fortemente l'esercizio della funzione giurisdizionale.

Ci si riferisce all'art. 26 a norma del quale si stabiliva che: «[l]e questioni relative all'applicazione del presente decreto saranno risolte, caso per caso, dal Ministro per l'interno, sentiti i Ministri eventualmente interessati, e previo parere della Commissione da lui nominata. Il provvedimento non è soggetto ad alcun gravame, sia in via amministrativa, sia in via giurisdizionale».

Il tema che si poneva era, dunque, quello della competenza o meno dei giudici a decidere dell'applicazione del *corpus* normativo antiebraico.

Sul punto, particolarmente interessanti sono state alcune pronunce tramite le quali i giudici hanno contenuto l'interpretazione della norma in esame, escludendo che l'art. 26 fosse da leggere nel senso di escludere una competenza del giudice a conoscere di qualsiasi contenzioso relativo alle disposizioni contenute nelle c.d. leggi razziali.

Prima di prendere in esame tali pronunce, pare opportuno ricordare che sull'interpretazione dell'art. 26, R.D.L. n. 1728 del 1938 ebbe a tornare il legislatore di quegli anni in occasione della legge n. 1024 del 1939, la stessa con la quale venne disposta l'istituzione del Tribunale della razza.

L'art. 5, rafforzando la previsione contenuta a norma dell'art. 26 del R.D.L. n. 1278 del 1938 prevedeva, infatti, che fosse “riservata esclusivamente alla competenza del Ministro per l'interno ogni decisione in materia razziale, ai sensi del R. decreto-legge 17 novembre 1938-XVII, n. 1728, e della presente legge”.

Prima dell'entrata in vigore dell'art. 5, l. n. 1024 del 1939, sull'interpretazione dell'art. 26, R.D.L. si era già avuta una pronuncia che aveva in qualche misura tentato di contenere l'accentramento voluto dal regime nelle mani dell'esecutivo.

La Corte d'Appello di Torino si era, infatti, espressa nel senso che «in mancanza di una manifesta e sicura deroga al diritto comune (art. 5 preleggi), avuto presente l'art. 2 della legge 20 marzo 1865, a mente del quale sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause ove si faccia questione di diritto civile o politico, comunque possa esservi interessata la pubblica amministrazione, occorre ritenere che restino incluse nella considerazione dell'art. 26 le sole questioni di natura amministrativa che possano insorgere nella pratica applicazione del decreto, ove si discuta di interessi protetti senza che vi siano dedotti diritti soggettivi delle parti, ma che vi siano escluse invece quelle che hanno per oggetto siffatti diritti»⁷⁷.

Ancora più esplicito fu il Tribunale di Milano, rilevando come «[l]a giurisprudenza, spinta anche dalla necessità di limitare al massimo le rilevanti eccezioni alla garanzia giurisdizionale in un campo che intacca

77. Corte di appello di Torino, 5 maggio 1939, in *Foro it.*, 1939, I, 915, riportata, tra gli altri, da U.G. Zingales, *La giurisprudenza sulle leggi razziali*, in *federalismi.it*, 2014.

la stessa fondamentale capacità giuridica delle persone, ha inteso la parola 'questione' non come sinonimo di controversia, ma nel senso proprio e più stretto del punto incidentale pregiudiziale dalla cui soluzione discendono effetti previsti dalla legge [...]. Di conseguenza, poiché unica questione pregiudiziale circa gli effetti personali e patrimoniali derivanti dall'appartenenza alla razza ebraica è quella relativa alla appartenenza alla razza ebraica, solo questa si è ritenuto riservare alla competenza del Ministro dell'interno in virtù dell'art. 26»⁷⁸.

Simile linea argomentativa, è stata in seguito accolta e ribadita anche dalle supreme magistrature, Corte di Cassazione e Consiglio di Stato, concordi nell'escludere che l'art. 26 dovesse essere interpretato nel senso di limitare la propria competenza giurisdizionale in favore di quella ministeriale, sposando quindi la tesi del carattere eminentemente pregiudiziale del riferimento contenuto nella norma ed escludendo pertanto che da questa potesse derivarne l'assoluta compressione delle rispettive funzioni.

La Corte di Cassazione⁷⁹ escludeva che tale norma potesse incidere sul «sistema generale dei controlli di legalità e della garanzia dei diritti», demandando all'autorità amministrativa una competenza viceversa riservata all'organo giurisdizionale.

Ancora, il Consiglio di Stato⁸⁰, in particolare, osservava che «[g]iudicare sulle conseguenze ulteriori, specialmente di ordine patrimoniale, della appartenenza alla razza ebraica non implica valutazioni di ordine politico, ma l'applicazione, solo, di rigorose norme di diritto. Si arriverebbe, altrimenti, alla assurda conseguenza che il Ministro per l'Interno potrebbe decidere ad libitum, senza alcuna garanzia di procedura e senza possibilità di controllo giurisdizionale, controversie civili, in tema, ad esempio, di nullità del matrimonio, di privazione della patria potestà, di proprietà di beni immobili, e così via, e controversie anche di natura penale, relative ai vari reati contemplati dalla legge per la difesa della razza».

Interessante allora sottolineare i rischi rilevati dal giudice amministrativo: il difetto di garanzie procedurali e l'assenza di controllo giurisdizionale.

Si tratta, a ben vedere, degli stessi profili e criticità che caratterizzarono l'operato del Tribunale della razza e di cui già si è detto e su cui, al contrario, insiste la Costituzione repubblicana.

Sul ruolo ricoperto dal giudice amministrativo e dal Consiglio di Stato in quegli anni, merita tuttavia sottolineare, con la dottrina, che «nonostante

78. Tribunale di Milano, 6 luglio 1942, in *Foro it.*, 1943, I, 304-305, riportata da U.G. Zingales, *La giurisprudenza sulle leggi razziali*, cit., p. 19.

79. Cass., sez. un., 17 marzo 1943, n. 638.

80. Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 1941. Sul ruolo del Consiglio di Stato nell'interpretazione delle leggi razziali si vedano in questo volume alle approfondite riflessioni di A. Pajno, *Le leggi razziali tra amministrazione e giurisdizione: la giurisprudenza del Consiglio di Stato*.

le pressioni politiche ed ambientali che l'intero ordine giudiziario ha subito durante il regime fascista, la giurisdizione, a differenza dell'amministrazione, ha cercato di conservare una propria autonomia di intervento rispetto alla politica. Ed il Consiglio di Stato, in particolare, che pure aveva, al tempo, una composizione che lo avrebbe potuto rendere maggiormente sensibile alle rivendicazioni della politica, non ha dismesso la sua funzione di garanzia del cittadino nei confronti dell'amministrazione ed ha offerto, in talune decisioni, una prova di indipendenza dal potere politico [...] attraverso l'uso di un'interpretazione restrittiva e 'liberale' del quadro normativo esistente», da affiancare al «riconoscimento del carattere eccezionale della legislazione razziale»⁸¹.

La magistratura, dunque, non fu, come rilevato in dottrina, "fascistizzata" durante gli anni di vigenza del regime fascista⁸² e, tuttavia, furono pochi gli ebrei che di fronte alle nuove leggi scelsero la via del ricorso al giudice. Alcune ricerche⁸³ riferiscono di un totale di 107 procedimenti giurisdizionali che coinvolsero, sino al 1943, 59 ebrei.

Poche, quindi, furono le occasioni per i giudici di sindacare le leggi antiebraiche del biennio 1938-1939⁸⁴, rivelando il forte effetto deterrente della nuova normativa che non soltanto tracciò con nettezza una differenza di *status* tra ariano ed ebreo, ma privò nei fatti i secondi di qualsiasi possibilità di azionare forme di tutela dei propri diritti davanti ai giudici.

Un'analisi condivisa dalla dottrina che riferisce di una «[prassi applicativa delle leggi razziali [che] conseguì l'effetto di scoraggiare l'accesso alla giustizia degli ebrei italiani, i quali ben sapevano che i loro diritti non avrebbero trovato, nella stragrande maggioranza dei casi, giusta considerazione ed effettiva tutela»⁸⁵.

Una tendenza ad astenersi dall'azione giudiziaria che, a voler ragionare sull'oggi e sempre nella prospettiva di un'analisi che guardi alla continuità e

81. A. Patroni Griffi, *Il Consiglio di Stato ed il regime fascista*, in A. Sandulli, G. Pasquini (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Giuffrè Milano, 2010, pp. 177 e ss. Degna di nota, in questa prospettiva, anche l'intervenuta sospensione della funzione consultiva del Consiglio di Stato disposta negli anni della Repubblica di Salò con il Decreto legislativo del Duce il 15 dicembre 1943, n. 835, *Sospensione della funzione consultiva del Consiglio di Stato*. Il testo del provvedimento è consultabile in V. Onida (a cura di), *L'ordinamento costituzionale italiano dalla caduta del fascismo all'avvento della Costituzione Repubblicana. Testi e documenti*, Cooperativa Libreria Universitaria Editrice Bologna, 1991, p. 15.

82. S. Cassese, *Lo stato fascista*, cit., 64 e ss.

83. Riferisce di questo dato I. Pavan, *Prime note su razzismo e diritto in Italia*, in *Culture e libertà. Studi di storia in onore di Roberto Vivarelli*, 2006, 400-401, riportato da U.G. Zingales, *La giurisprudenza sulle leggi razziali*, cit.

84. Svolge una ricerca sulle più importanti decisioni di quegli anni, U.G. Zingales, *La giurisprudenza sulle leggi razziali*, cit.

85. Così G. Canzio, *Le leggi razziali e il ceto dei giuristi*, cit., p. 5.

discontinuità tra regime fascista e Costituzione repubblicana, non pare sopita nemmeno dinanzi alla proclamazione dell'eguaglianza razziale a norma del primo comma dell'art. 3 Cost. Scarsa è, infatti, la giurisprudenza in materia di discriminazioni razziali e ciò pure a fronte delle novità introdotte dal legislatore a partire dal 2000⁸⁶, sulla scorta delle sollecitazioni del legislatore europeo.

Pochi casi giudiziari, insomma, in modo non dissimile dalla scarsa giurisprudenza che caratterizzò gli anni del regime e che dovrebbe indurre ad interrogarci sulle ragioni di questa comune tendenza diffusa in due contesti ordinamentali così profondamente diversi⁸⁷.

E, tuttavia, dobbiamo riflettere su una circostanza importante: la nostra magistratura nel suo complesso mantiene nei confronti delle leggi razziali, tranne poche eccezioni, una rigorosa lettura alla luce dei principi generali dell'ordinamento e, nel suo complesso, si rifiuta di abbracciare le teorie che nacquero nella Germania nazista tra la fine degli anni '30 e i primi anni '40; teorie, che affermavano la fine del giudice "funzionario" e la nascita del giudice "popolare", che ritrova il diritto guidato dalla "conoscenza degli uomini", dei sentimenti umani e dei procedimenti vitali⁸⁸.

Nella Germania nazista, fra i magistrati si faceva strada la convinzione che il giudice costituisse il legame fra il diritto e la politica e che soltanto attraverso il giudice si potesse colmare l'abisso fatale fra il popolo e il diritto, arrivando persino a sostenere che «quanto più subiettivamente ed esclusivamente il giudice è legato alle idee del nazionalsocialismo, tanto più obiettive e giuste saranno le sue sentenze»⁸⁹.

86. In tema, C. Nardocci, *Razza e etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, Editoriale Scientifica Napoli, 2016.

87. Sulle peculiarità del regime fascista con particolare riferimento ai caratteri che assunse la persecuzione nei confronti dei cittadini e dei non cittadini di 'razza' ebraica, si veda, nella giurisprudenza costituzionale, la pronuncia n. 268 del 1998, in cui la Corte costituzionale ricordava che: «la discriminazione razziale si è manifestata con caratteristiche peculiari, sia per la generalità e sistematicità dell'attività persecutoria, rivolta contro un'intera comunità di minoranza, sia per la determinazione dei destinatari, individuati come appartenenti alla razza ebraica secondo criteri legislativamente stabiliti (art. 8 del regio decreto-legge n. 1728 del 1938), sia per le finalità perseguite, del tutto peculiari e diverse da quelle che hanno caratterizzato gli atti di persecuzione politica: la legislazione antiebraica individua una comunità di minoranza, che colpisce con la 'persecuzione dei diritti', sulla quale si innesterà, poi, la 'persecuzione delle vite'», cfr. punto n. 5 del *Cons. in Dir.*

88. Estratto di un passaggio di K. Rothenberger, sottosegretario di Stato del Reich al Ministero della Giustizia, *La situazione della giustizia in Germania*, in *Rivista di diritto pubblico* 35, 1943, riportato da G. Speciale, *L'applicazione delle leggi antisemite: giudici e amministrazione (1938-2010)*, in G. Speciale (a cura di), *Le leggi antiebraiche nell'ordinamento italiano razza diritto esperienze*, Patròn Bologna, 2013, p. 214.

89. G. Speciale, *Le leggi razziali e i giudici*, in D. Menozzi, A. Mariuzzo (a cura di), *A settant'anni dalle leggi razziali. Profili culturali, giuridici e istituzionali dell'antisemitismo*, Studi storici Carocci Roma, 2010, pp. 212-213.

La neutralità della magistratura italiana nel suo complesso e il riconoscimento del carattere eccezionale della legislazione razziale favorirono un'interpretazione restrittiva delle norme in essa contenute e ne frenarono sicuramente la potenzialità espansiva. La letteratura in materia attesta, infatti, che “rarissimi”⁹⁰ furono i casi in cui i giudici rimisero al Ministero dell'Interno la causa su cui erano chiamati a decidere.

Pure a fronte della lettera dell'art. 1 del codice civile, nell'applicazione delle leggi razziali «i giudici continuano a sostenere che la razza è un concetto estraneo all'ordinamento giuridico italiano»⁹¹: una interpretazione completamente diversa da quella che ritroviamo nelle parole del Presidente del Tribunale della razza Gaetano Azzariti⁹².

Torniamo sull'interpretazione dell'art. 26, R.D.L. n. 1728 del 1938: l'interpretazione restrittiva viene seguita in varie decisioni ed è teorizzata da Arturo Carlo Jemolo in una brevissima nota pubblicata sul *Foro Italiano* a una sentenza su una pensione negata a una maestra nel 1939.

Il riconoscimento della natura politica di questa legislazione diventa lo stratagemma retorico attraverso il quale la magistratura rassicura il potere politico, garantendogli l'osservanza delle norme razziali.

Una interpretazione autentica del ruolo che la magistratura si è data in quei tragici momenti si può allora ritrovare nelle parole che Arturo Carlo Jemolo pronunciò nel famoso discorso di Messina del 1947: «[g]iuristi e non giuristi, soprattutto nelle parti d'Italia che hanno subito l'occupazione tedesca, ci siamo resi conto che la vita morale non si può ridurre a formule, paiano esse le più sicure. E sentiamo che questa esperienza non ci porta affatto a rivedere la base profonda della nostra morale, le nostre nozioni di bene e di male; non ci porta nemmeno alla conclusione (che sarebbe di particolare pericolosità) che l'agire bene possa sbocciare da un istinto buono, e non da una legge razionale; ci porta solo a comprendere che l'infinita varietà, la complessità della vita non consente di arginare l'agire dentro formule. Per molti anni non ho mai deflesso dal principio dell'interpretazione schietta della legge, anche quando essa portava a conculcare i valori politici che mi erano cari. Ma vennero delle forme di persecuzione che giudicavo particolarmente odiose – alludo a quella razziale – e qualche nota ho scritto, per sostenere interpretazioni della legge che sapevo contro la *voluntas legis*, cioè errate»⁹³.

90. G. Speciale, *L'eredità delle leggi razziali del 1938. Nuove indagini sul passato, ancora lezioni per il futuro*, in G. Resta, V. Zeno Zencovich (a cura di), *Leggi Razziali. Passato e Presente*, Roma TrE-Press Roma, 2015, p. 142.

91. G. Speciale, *L'applicazione delle leggi antisemite: giudici e amministrazione (1938-2010)*, cit., p. 218.

92. Su cui si veda, *supra*, par. n. 2.

93. A.C. Jemolo, *Confessioni di un giurista*, Giuffrè Milano, 1947, pp. 18 ss.

7. Discontinuità delle persone, idee e principi innovatori: le donne costituenti e i principi costituzionali in tema di parità di genere

A fronte di questa storia, fatta di luci e di ombre, che segnala la sottile e neanche così velata continuità fra persone e norme nella storia della nostra Repubblica rispetto al regime fascista, balza agli occhi un aspetto che solo di recente comincia a essere valorizzato: il ruolo delle costituenti e i principi in materia di parità fra uomo e donna.

Se c'è un gruppo di costituenti che non aveva mai potuto conoscere e praticare il potere in epoca fascista, data la stessa impostazione e ideologia del regime, è proprio quello femminile.

Ventun donne, diverse fra loro, ma tutte accomunate dall'aver partecipato in misura diversa all'antifascismo e dal non aver mai condiviso le politiche del regime.

Discontinuità per il fatto che le donne, fino al 1946, erano totalmente escluse dalla sfera pubblica non avendo neanche il diritto di voto.

Eppure, queste donne in Assemblea costituente ebbero un ruolo importante, nonostante gli uomini non volessero riconoscerglielo pienamente.

Insieme riuscirono a introdurre nella nostra Costituzione un gruppo di principi in materia di parità fra uomo e donna totalmente innovatore e in piena discontinuità con la società del tempo. Conosciamo tutti i principi contenuti negli artt. 3, 29, 37, 48 e 51 della nostra Costituzione.

Il principio di parità, affermato solennemente nell'art. 3, viene poi precisato e declinato nelle sue molteplici forme: nella famiglia, nel lavoro, negli uffici pubblici e nelle cariche elettive.

Alla storia e all'importanza di questo momento per la nostra democrazia non è stato finora a mio avviso dato il giusto riconoscimento.

E, d'altra parte, le donne che furono protagoniste in Assemblea costituente compirono un lungo cammino per raggiungere lentamente il riconoscimento di quei diritti che avevano introdotto nella Carta costituzionale⁹⁴.

Ho già ricordato la sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 1960, che dichiarò incostituzionale la norma che escludeva le donne da un gran numero di pubblici uffici, fra cui la magistratura, e si dovettero attendere molte altre pronunce della Corte costituzionale, in materia di famiglia, come quella sull'illegittimità costituzionale della punizione penale del solo adulterio femminile⁹⁵, per arrivare alla riforma del diritto di famiglia del 1975, per vedere concretizzati i diritti conquistati.

94. Sul ruolo assolto dalle Costituenti in seno al dibattito che si svolse nell'ambito dell'Assemblea Costituente, si consenta il rinvio a M. D'Amico, *La Costituzione al femminile. Donne e Assemblea Costituente*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo, tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Giappichelli Torino, 17 ss.

95. Il riferimento è, in particolare, alla pronuncia n. 126 del 1968 dichiarativa della illegittimità costituzionale del primo e del secondo comma dell'art. 559 c.p., che seguì la precedente pronuncia di non fondatezza di cui alla sentenza n. 64 del 1961.

Anche questo è un aspetto su cui bisognerebbe riflettere di più: quelle donne, che in piena discontinuità sentivano di su di sé il compito di fondare la nuova Repubblica, furono poi tenute fuori dallo spazio pubblico e, ancora oggi, soffrono di discriminazioni e di limitazioni completamente incomprensibili alla luce dei principi scritti nella nostra Costituzione.

E, allora, come possiamo concludere queste riflessioni?

Forse il “mito fondativo” della totale discontinuità fra regime fascista e Costituzione repubblicana avrebbe dovuto essere interpretato dai soggetti “storici” in modo diverso.

Forse, una maggiore attenzione alla continuità o alla discontinuità nelle persone avrebbe permesso alla sostanza dei principi costituzionali di essere attuata più in fretta e meglio.

Forse, la paura che portò alla rimozione e all'imbarazzo nel ricordare quegli anni avrebbe dovuto essere esorcizzata in modo diverso.

Forse, quelle stesse donne costituenti avrebbero dovuto avere più coraggio nel pretendere un ruolo pubblico anche alla luce di un impegno morale che si erano assunte nei confronti della società italiana.

Certo, la storia non si fa con i se, e anche una riflessione giuridica non può spingersi oltre queste considerazioni.

E, tuttavia, se oggi assistiamo a provvedimenti che riportano prepotentemente il problema del concetto di “razza”, se il mondo in cui viviamo, a livello politico e sociale, richiama *slogans*⁹⁶ totalmente coincidenti con quelli affermati all'epoca tristissima delle leggi razziali, evidentemente in tanti non siamo riusciti a cogliere fino in fondo il senso del nostro ruolo e l'insegnamento della storia.

Se, all'indomani dell'entrata in vigore della nostra Costituzione, fu possibile quello che Calamandrei denunciò con forza e, cioè, «l'ostruzionismo della maggioranza»⁹⁷, è perché non si colse fino in fondo il significato della continuità soprattutto nelle persone ai vertici dello Stato fra regime fascista e ordinamento repubblicano.

E, se questa è la trama che sottende il passaggio dal regime fascista alla Costituzione repubblicana, non possiamo stupirci dei provvedimenti che, anche oggi, ricordano tristemente quello che accadde allora⁹⁸.

96. Interessante, in questa prospettiva, richiamare le ricerche condotte dallo studioso V. Klemperer nel suo *Language of the Third Reich*, Continuum, 2006, in cui l'autore sottolinea il ruolo, pericoloso e distorsivo, del linguaggio con cui il regime, in quel caso quello nazista, era giunto sino ad identificare un nemico, qualificandolo alla stregua di un altro da sé, sulla base di una distinzione fondata sulla diversità razziale tra esseri umani.

97. P. Calamandrei, *Scritti e discorsi politici*, cit., pp. 546 ss.

98. In tema, si consenta al rinvio a M. D'Amico, *L'amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista AIC*, 2018, pp. 1 ss. e, per un'analisi approfondita delle fonti in materia di gestione delle frontiere anche con attenzione ai più recenti provvedimenti, si rinvia a C. Siccardi, *Migrazioni e confini: le sfide del costituzionalismo moderno*, Tesi di dottorato in Diritto Pubblico europeo e internazionale (XXXI ciclo), discussa il 31 gennaio 2019, presso l'Università degli Studi di Milano.