

IL RUOLO DEI GIURISTI

Francesca Biondi

SOMMARIO: 1. Premesse. - 2. Dallo Stato liberale allo Stato autoritario. - 3. I giuspubblicisti durante il ventennio fascista. La scuola orlandiana. - 4. (*Segue*). I giuspubblicisti "di regime". - 5. (*Segue*). Gli (allora) giovani giuspubblicisti. - 6. Non c'è diritto costituzionale senza costituzionalismo.

1. Premesse

L'obiettivo di questo breve contributo – inserito nella sessione dedicata al fascismo e alle sue strutture organizzative – è quello di tracciare qualche coordinata, sia pure su temi molto arati, per comprendere la posizione che assunsero i giuristi nella trasformazione delle istituzioni nel periodo fascista e, in particolare, per comprendere se, nelle riflessioni della dottrina, tali trasformazioni furono anticipate, condivise o criticate, se i giuristi si limitarono a registrare tale mutamento oppure se compresero la deriva autoritaria a cui progressivamente giunse lo Stato liberale.

Alcune premesse, però, si impongono.

In primo luogo, va precisato che la categoria dei giuristi presa in considerazione è quella dei giuspubblicisti, con particolare attenzione a coloro che insegnarono una delle materie afferenti al diritto pubblico in quegli anni. Il termine "giuspubblicista" appare in questo contesto più corretto rispetto a "costituzionalista", sia perché la distinzione tra settori scientifico-disciplinari era allora meno netta¹, sia perché – come ancora si dirà – la definizione di "costituzionalista" risulta in molti casi inappropriata, se si condivide l'idea che costituzionalista è colui che si ispira ai principi liberaldemocratici e, dunque, a quei principi di organizzazione del potere funzionali alla garanzia dei diritti individuali².

1. Così anche F. Lanchester, *La dottrina costituzionalistica italiana dal fascismo alla repubblica*, in *Rivista Aic* 2/2018, p. 1.

2. Sull'esistenza di un "costituzionalismo" durante il fascismo, cfr. D. Nocilla, *Quale costituzionalismo di fronte al fascismo?*, in *Rivista Aic* 2/2018.

Peraltro, i giuspubblicisti in quegli anni erano assai numerosi e, per tale ragione, senza pretesa di esaustività, sono state selezionate alcune personalità, quelle che, per varie ragioni, sono parse più significative perché la loro vicenda personale si è intrecciata con la storia delle istituzioni nel nostro Paese oppure perché la loro elaborazione scientifica ha segnato lo studio del diritto costituzionale italiano.

In secondo luogo, poiché non è possibile, in un breve testo, dare conto della riflessione teorica dei giuspubblicisti nel ventennio fascista in tema di forma di stato e di governo, si è ritenuto più utile provare a svolgere qualche riflessione su come questi giuristi hanno interpretato il loro ruolo di studiosi nel passaggio da un ordinamento fondato sui principi della forma di stato liberale ad uno decisamente autoritario (se non addirittura, secondo alcuni, totalitario³), sul modo, cioè, in cui essi hanno inteso il rapporto tra scienza giuridica, storia e politica.

2. Dallo Stato liberale allo Stato autoritario

Per meglio comprendere quale sia stato l'atteggiamento della dottrina giuspubblicistica nel ventennio, può essere utile ricordare, in estrema sintesi, i passaggi più importanti che determinarono la cennata trasformazione della forma di stato, soprattutto al fine di collocare con maggiore precisione gli scritti degli Autori considerati.

Una delle più efficaci periodizzazioni è certamente quella elaborata da Livio Paladin nella voce *Fascismo* contenuta nell'*Enciclopedia del diritto* e pubblicata nel 1967.

Paladin divide la storia del regime fascista in quattro periodi.

La prima fase, definita "pseudo-parlamentare", è quella che ha inizio, dopo la marcia su Roma, con la nomina di Mussolini a Presidente del Consiglio il 31 ottobre 1922 ed è terminata nel 1924 con la decisione delle opposizioni, dopo il delitto Matteotti, di abbandonare i lavori (cosiddetto Aventino). La seconda fase si apre con l'approvazione delle leggi del biennio 1925/1926⁴, con le quali la posizione e la struttura del Governo e, in particolare, della Presidenza del Consiglio sono rafforzati al punto da assicurare una decisa primazia all'esecutivo; prosegue con la soppressione dei partiti politici e termina, nel 1927, con l'approvazione della Carta del lavoro.

La terza fase copre gli anni che vanno dal 1928 al 1934 e si caratterizza per l'approvazione di leggi che incidono a tal punto sulla forma di governo

3. Secondo A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Einaudi Torino, 2003, la volontà totalitaria del fascismo non fu pienamente realizzata per la permanenza di istituzioni non fascistizzate.

4. Si tratta, precisamente, delle leggi 24 dicembre 1925, n. 2263 e 31 gennaio 1926, n. 100.

da determinare la definitiva uscita dalla legalità statutaria: basti ricordare la riforma del sistema elettorale in senso plebiscitario con la legge 17 maggio 1928, n. 1019 e, soprattutto, la trasformazione del Gran Consiglio del fascismo da massimo organo del PNF a organo dello Stato (legge 9 dicembre 1928, n. 2613 e legge 14 dicembre 1929, n. 2099), con l'attribuzione a quest'ultimo del potere di esprimere pareri sui disegni di legge in materie fondamentali inerenti all'organizzazione dello Stato, con ciò incidendo sulla stessa gerarchia delle fonti fuori dalla legalità statutaria⁵.

Il quarto e ultimo periodo è quello che decreta il fallimento del corporativismo (con l'istituzione, ad opera della legge 20 marzo 1930, n. 206, del Consiglio nazionale delle corporazioni, ma anche con la sua immediata esautorazione con la legge 5 febbraio 1934, n. 163) e la trasformazione del fascismo in un regime personale con la riforma del Parlamento e, in particolare, con la sostituzione della Camera dei deputati con la Camera dei fasci e delle corporazioni (legge 19 gennaio 1939, n. 129). È di questi anni l'approvazione delle leggi razziali e – per quanto riguarda le istituzioni – l'approvazione, da parte del Gran Consiglio del Fascismo, al termine della riunione svoltasi nei giorni 11-14 marzo 1938, di un ordine del giorno con cui, dopo aver deciso la fusione del Consiglio nazionale del Partito e del Consiglio nazionale delle Corporazioni, si deliberava di «procedere al completamento della riforma costituzionale con l'aggiornamento dello Statuto del Regno». Per la prima volta, si faceva formalmente riferimento alla necessità di riformare lo Statuto albertino, che pure era già stato svuotato dalla legislazione fascista⁶.

Dopo aver ricordato tutti i passaggi che caratterizzarono la storia delle istituzioni durante il regime fascista è poi ancora Paladin a ricordarci che la trasformazione dello Stato liberale in uno Stato autoritario non raggiunse però mai un assetto definitivo (ciò che spiega anche la difficoltà di prendere una posizione tra chi ritiene che l'esperienza fascista abbia determinato una "rottura" rispetto allo Stato liberale e chi, invece, ne evidenzia la "continuità").

Spesso riforme approvate vennero immediatamente corrette, se non addirittura smentite, quasi si avanzasse, di volta in volta, in modo occasionale o sperimentale.

Anche Mazzacane scrive come lo "stato nuovo" «rimase fino alla vigilia del crollo un edificio in continua costruzione, nel quale intervennero molte mani, secondo le diverse componenti che tentarono di prevalere di volta in volta, senza peraltro riuscire a fondere gli elementi ideologici e culturali eterogenei di cui la dittatura si serviva nella sua pratica di governo e nella sua

5. V.C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia 1848-1994*, Laterza Roma-Bari, 2002, p. 362.

6. G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani, II – Il popolo delle scimmie (1915- 1945)*, Giappichelli Torino, 2015, p. 139.

organizzazione di consenso, utilizzando a seconda dei destinatari una gamma mutevole di valori e di possibilità»⁷.

Tutto questo forse anche perché – e ciò è di indubbio rilievo per il tema su cui si intende svolgere qualche riflessione – la dottrina del fascismo non aveva un pensiero originale, ma traeva origine da esperienze assai diverse accomunate «non già da ciò che affermavano, ma da ciò che negavano, cioè la democrazia e il socialismo»⁸.

In particolare, per quanto concerneva l'organizzazione dei poteri, il fascismo non aveva un'idea preconstituita dell'assetto definitivo che si voleva instaurare. Ancora di recente, è stato evidenziato come non sia possibile individuare – nella letteratura giuspubblicistica dell'epoca – fini e principi ispiratori dello Stato fascista: vi erano analisi “contro” il regime parlamentare, mentre mancava la ricostruzione di valori che il nuovo ordine avrebbe dovuto sorreggere⁹. Persino nell'ultimo periodo, la dottrina ad esso adesiva mostrò divisione ed incertezze nell'individuazione stessa dei principi generali dell'ordinamento fascista¹⁰.

3. I giuspubblicisti durante il ventennio fascista. La scuola orlandiana

Come accennato, alla scienza giuridica italiana e, in particolare, ai giuspubblicisti non può essere imputato di aver contribuito alla definizione teorica di un modello dello Stato autoritario fascista.

Essa, però, rispetto alla profonda e progressiva trasformazione subita nel ventennio fascista dalle istituzioni reagì in modo diversificato.

Pochissimi furono gli studiosi di diritto pubblico che manifestarono da subito la loro avversione per le idee mussoliniane. Tra questi figurano personalità che – oltre ad insegnare il diritto pubblico – già ricoprivano o avevano ricoperto incarichi istituzionali. Ad esempio, tra i firmatari del *Manifesto degli intellettuali fascisti* redatto da Benedetto Croce nel 1925 figura Gaetano Mosca, professore di Diritto costituzionale, ma anche già deputato e poi senatore del Regno.

7. A. Mazzacane, *La cultura giuridica del fascismo: una questione aperta*, in A. Mazzacane (a cura di), *Diritto, economia e istituzioni nell'Italia fascista*, Nomos Baden-Baden, 2002, p. 10.

8. N. Bobbio, *La cultura e il fascismo*, in G. Quazza (a cura di), *Fascismo e società italiana*, Einaudi Torino, 1973, p. 232.

9. G. Grottanelli de' Santi, *Quale costituzionalismo durante il fascismo?*, in *Rivista Aic* 1/2018, spec. p. 3.

10. Cfr. ancora G. Grottanelli de' Santi, cit., il quale ricorda il dibattito che si sviluppò al Convegno che si svolse a Pisa nel maggio del 1940 e i cui atti sono raccolti nel volume *Convegno Nazionale Universitario sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista tenuto a Pisa nei giorni 18 e 19 maggio 1940-XVIII*, Arti Grafiche Pacini Mariotti Pisa, 1940.

Nota è poi la posizione di netto rifiuto della nascente ideologia fascista espressa da Francesco Ruffini¹¹ e Silvio Trentin¹².

Per provare a tracciare – pur con tutte le cautele che si impongono – un quadro più generale del modo in cui i giuspubblicisti si posero dinnanzi alla trasformazione delle istituzioni, è però di maggiore interesse ricordare il modo in cui reagirono coloro che si erano formati in epoca liberale e, in particolare, gli studiosi che facevano capo alla “scuola giuridica nazionale” di Vittorio Emanuele Orlando. Quest’ultimo, ben prima dell’avvento del fascismo, con l’obiettivo di rendere il diritto pubblico una disciplina “scientifica” al pari del diritto privato, sostenne, in netta discontinuità rispetto allo storicismo giuridico di matrice anglosassone, in Italia rappresentata da Giorgio Arcoleo, Gaetano Arangio Ruiz e Carmelo Caristia, che anche lo studio delle istituzioni dovesse basarsi – tra l’altro – su una rigorosa distinzione tra ordine giuridico e ordine storico-politico.

Alcuni degli appartenenti a tale gruppo (pochi, per la verità), all’avvento del fascismo, fecero della separatezza tra scienza giuridica e politica anche una scelta di vita, estraniandosi dal regime. Tra questi, può ascriversi lo stesso Orlando che, dopo l’assassinio di Matteotti, comprendendo che si era di fronte ad una svolta autoritaria, nel 1925 si dimise da deputato e nel 1931, per non giurare fedeltà al fascismo, chiese di ritirarsi anticipatamente dall’Università¹³.

Alcuni, invece, dinnanzi alla trasformazione dello Stato liberale, esaltando il formalismo giuridico, si sforzarono di mostrare una continuità tra il vecchio ordinamento liberale e il nuovo regime autoritario. È sufficiente leggere la maggior parte dei manuali di Diritto pubblico dell’epoca dai quali non sembra emergere alcuna soluzione di continuità tra l’organizzazione dei poteri prima e dopo l’avvento del regime.

Molti altri ancora, pur mantenendo un legame ideale con la scuola orlandiana sotto il piano metodologico, continuando, cioè, a propugnare l’idea che lo scienziato del diritto è tenuto a conservare, nei suoi studi, un deciso distacco rispetto alla politica, fecero ricorso alle forme del diritto liberale per dare una veste giuridica alle istituzioni fasciste¹⁴.

11. Si pensi al suo volume *Diritti di libertà* pubblicato nel 1926.

12. Per un ritratto di Trentin anti-fascista, si legga F. Cortese, *Il pensiero di Silvio Trentin, tra esilio e Resistenza*, in B. Pezzini e S. Rossi (a cura di), *I giuristi e la Resistenza*, Franco-Angeli Milano, pp. 73 ss.

13. Si legga M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico*, Giuffrè Milano, 2001, tomo II, pp. 671-677.

14. Cfr. il giudizio di G. Cianferotti, *Il pensiero giuridico di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra ottocento e novecento*, Giuffrè Milano 1980, p. 265, ripreso e condiviso da G. Melis, *La storiografia giuridico-amministrativistica sul periodo fascista*, in *Diritto, economia e istituzioni nell’Italia fascista*, a cura di A. Mazzacane, Nomos Baden-Baden, 2002, p. 35.

Emblematico di ciò è il modo in cui da alcuni fu intesa la nozione di “Stato di diritto”, spesso ridotto alla garanzia che lo Stato si esprimesse attraverso il diritto¹⁵.

Qualcuno di loro fu coinvolto dal regime anche sul piano professionale, assumendo significativi ruoli nelle istituzioni.

In questo contesto, una posizione particolare assume Santi Romano.

Allievo di Orlando, all'avvento del fascismo, Romano era già un affermato professore di Diritto costituzionale. Aveva pubblicato opere importanti come *La teoria dei diritti pubblici subiettivi* (1897) e *L'ordinamento giuridico* (1918).

Diversamente dal suo maestro, fu un personaggio di primo piano nel periodo fascista, ottenendo prestigiosi incarichi istituzionali. Fu Presidente del Consiglio di Stato dal 1928 al 1944, fu nominato senatore del Regno nel 1934 e fece parte delle commissioni per le riforme costituzionali. Fu persino membro del comitato scientifico de' *Il diritto razzista*, una rivista fondata nel 1939 con l'obiettivo di fare propaganda della legislazione razziale. Per queste sue attività, fu epurato con la caduta del regime¹⁶.

Romano, da un lato, continuò a marcare – sul piano metodologico – la distanza della scienza giuridica dalla politica: «la scienza del diritto costituzionale espone sistematicamente il contenuto di una data costituzione come essa è, non come potrebbe o dovrebbe essere per un più adeguato raggiungimento di fini statali. E così essa si distingue dalla politica, che, in senso moderno, è per l'appunto la dottrina del conseguimento di tali fini» (*Corso di diritto pubblico*, in tutte le edizioni pubblicate dal 1926 al 1943)¹⁷; dall'altro, contribuì alla costruzione e definizione delle istituzioni fasciste, auspicando, ad esempio, che l'aggiornamento dello Statuto deciso dal Gran Consiglio nel 1938 potesse condurre ad una sua fascistizzazione in aderenza ai caratteri assunti dalla forma di governo italiana, da lui definita “Governo del Duce”.

Ed è proprio per questa scissione tra l'approccio metodologico nello studio del diritto pubblico e il contenuto di parte della sua produzione scientifica che la sua figura è stata in seguito inquadrata diversamente: c'è infatti chi lo annovera tra i giuristi “fascisti”, chi, invece, ne ha evidenziato la collaborazione meramente “tecnica” con il regime.

15. Cfr. M. Caravale, *Una incerta idea di diritto. Stato di diritto e diritti di libertà nel pensiero italiano tra età liberale e fascismo*, Il Mulino Bologna, 2016, pp. 263 ss. Da ultimo, anche per maggiori indicazioni bibliografiche, M. Belletti, *Lo Stato di diritto*, in *Rivista Aic* 2/2018.

16. V., per approfondimenti, A. Ridolfi, *I “decostituiti” de “La Sapienza”: Santi Romani, Maurizio Maraviglia e Carlo Costamagna*, in *Nomos. Le attualità nel diritto* 3/2017, pp. 5 ss.

17. Per approfondimenti, anche bibliografici, su questa produzione di Romano, cfr. C. Martinelli, *La lettura delle transizioni di regime politico nel pensiero dell'“ultimo” Santi Romano*, in *Rivista Aic* 2/2018.

4. (Segue). I giuspubblicisti "di regime"

All'estremo opposto rispetto ai giuspubblicisti prima ricordati si collocano gli studiosi che – in base a indici oggettivi e sulla base di una valutazione ormai condivisa – possiamo definire "di regime".

Si tratta di accademici che hanno seguito l'intero percorso di trasformazione della forma di stato liberale, cercando di dare un vero e proprio fondamento teorico alla trasformazione delle istituzioni italiane, a costruire l'edificio fascista. Per loro il diritto pubblico doveva porsi degli obiettivi: dapprima, quello di implementare il corporativismo, negando la distinzione tra Stato e società; quindi, quello di costruire il potere personale del Duce. Per fare questo ritenevano essenziale segnare la discontinuità tra Stato liberale e "nuovo ordine" instaurato dal regime fascista.

Tra i più noti devono essere certamente ricordati Carlo Costamagna e Sergio Panunzio, i quali, per l'impegno profuso come esponenti del regime, saranno poi soggetti, al crollo del regime fascista, ad epurazione.

Carlo Costamagna aveva quarantuno anni quando Mussolini divenne Presidente del Consiglio; aderì al fascismo sin dal 1920; fu componente della commissione Gentile sulle riforme costituzionali e collaboratore del Ministro Rocco e del sottosegretario Bottai. La sua intera produzione scientifica è dedicata alla teorizzazione dell'ordinamento fascista¹⁸.

È stato definito l'ideologo del regime. Se – come sostiene Mazzacane¹⁹ – ci fu una scienza giuridica fascista, egli ne fu certamente uno dei massimi esponenti.

Alla figura di Costamagna possiamo accostare il poco più giovane Sergio Panunzio. Quest'ultimo nacque come filosofo del diritto, ma passò presto – sul piano scientifico – allo studio delle istituzioni e dell'organizzazione statale. Panunzio aderì subito al fascismo, già nel 1923, e partecipò attivamente alla vita pubblica del regime, divenendo ministro.

Dei due, nella prospettiva qui privilegiata, più articolata è la riflessione di Costamagna, in quanto egli fu tra i più convinti sostenitori della necessità che la scienza giuridica si dotasse di un metodo diverso e alternativo rispetto a quello "tecnico-giuridico" della scuola nazionale di diritto pubblico di matrice orlandiana, la quale, fondata – come ricordato – sulla distinzione tra diritto e società, tra "ordine giuridico" e "ordine politico", si rivelava a suo avviso incapace di comprendere la trasformazione compiuta dal fascismo (si legga in particolare il volume *Elementi di diritto pubblico fascista*, pubblicato nel 1934, ossia nella fase di definitiva trasformazione dell'assetto istituzionale

18. Si rinvia all'ampio saggio di M. Benvenuti, *Il pensiero giuridico di Carlo Costamagna nel dibattito su metodo, diritto e Stato durante il regime fascista*, in *Nomos* 1/2- 2005, pp. 17 ss.

19. V. A. Mazzacane, *La cultura giuridica del fascismo: una questione aperta*, cit., spec. pp. 8-12. In generale, sull'assenza di una cultura fascista, v. invece N. Bobbio, soprattutto in E. Cecchi e N. Sapegno (a cura di), *Profilo ideologico del Novecento*, in *Storia della letteratura italiana*, vol. IX, Giuffrè Milano, 1969, pp. 119-228.

in un regime personale). Costamagna auspicava un integrale rinnovamento degli studi giuridici in Italia, i quali avrebbero dovuto mettere al centro della loro analisi la rivoluzione fascista. E ciò fece anche fondando nel 1930 la Rivista giuridica *Lo Stato*, che costituì la sede del dibattito interno al fascismo su tutti i principali temi del diritto pubblico e della dottrina dello Stato.

Può qui ricordarsi anche Giuseppe Chiarelli che, nella rivista *Stato e Diritto*, da lui fondata e diretta, scrisse che «ogni studio giuridico dovesse essere intrinsecamente politico» e, in quanto politico, «autoritario e intensamente fascista»²⁰.

Poco più cauto Panunzio, che pure, nel 1933, scriveva che «non si tratta di gridare: abbasso la dommatica», ma di costruire «una nuova dommatica costituzionalistica»²¹.

D'altro canto, la costruzione di «nuova dommatica» era quello che chiedeva il regime.

Pietro De Francisci, nel 1933, quando era ministro di Grazia e Giustizia, pubblicamente criticò i giuristi «formatisi sotto l'influenza delle idee dominanti ancora nel periodo prebellico», i quali – a suo avviso – erano indotti ad assumere, a favore del sistema giuridico nel quale erano cresciuti, «atteggiamenti di conservatorismo difensivo», invitandoli a «liberarsi della vecchia dogmatica costituita solo da norme contenute nelle fonti formali e ad occuparsi anche del diritto non tradotto in regole di legge». Ma anche il ministro Giuseppe Bottai spronò i «giuristi-puri» ad un maggiore impegno ad interpretare il diritto «secondo la ragione politica» e ad abbandonare la mentalità dei «combinati disposti».

L'invito, con evidenza rivolto a recepire l'elaborazione della dottrina tedesca del diritto libero in modo da attenuare la rigidità del principio di separazione dei poteri, era rivolto a tutti i giuristi, non solo ai pubblicisti. Come si vedrà, però, mentre la tenuta del principio di legalità grazie alla posizione assunta da molti giuristi (non solo accademici) ebbe l'effetto di attenuare un poco le conseguenze prodotte dalla legislazione di stampo autoritario in tema di diritti, esso non ha avuto alcuna capacità di contenere la trasformazione delle istituzioni democratiche.

5. (Segue). Gli (allora) giovani giuspubblicisti

Più complesso è, infine, definire il ruolo dei giuristi che non si posero in contrapposizione con il metodo giuridico della scuola giuspubblicistica na-

20. Il saggio di G. Chiarelli, *Il pensiero giuridico italiano e i problemi attuali del diritto pubblico italiano*, uscito su *Stato e diritto* nel 1943, può ora leggersi in *Scritti di diritto pubblico*, Giuffrè Milano, 1977, pp. 3 ss.

21. S. Panunzio, *Criteri per lo studio del diritto costituzionale fascista*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, vol. II, Cedam Padova, 1933, p. 246.

zionale, ma, nel contempo, adattarono le tradizionali categorie dello Stato di diritto ai nuovi istituti del regime fascista, riconoscendo l'impatto che certe trasformazioni politiche e sociali avevano sulle istituzioni.

Si tratta di giuristi che – a differenza di quelli sopra ricordati – si formarono scientificamente e iniziarono la carriera accademica proprio durante il ventennio fascista e che ancora oggi sono annoverati tra i “maestri” del diritto costituzionale italiano.

Molti di loro furono affascinati dal regime e, con maggiore o minore intensità, parteciparono anche alla vita pubblica di quegli anni. Alcuni di loro – come Costantino Mortati ed Egidio Tosato – contribuiranno però poi, come costituenti, alla redazione della nostra Costituzione²².

Nella loro riflessione si comprende a fondo la crisi a cui era andato incontro il metodo della scuola nazionale orlandiana dell'Italia liberale durante il regime fascista. Fulco Lanchester, nello studiare questi temi, ha più volte sottolineato come il metodo orlandiano in realtà fosse già stato messo in crisi prima del fascismo, con l'estensione del suffragio maschile e l'adozione, nel 1919, del sistema proporzionale²³, poiché, favorendo essi l'ingresso dei partiti politici entra in crisi la raffigurazione non conflittuale dello Stato e della società su cui si fondava il modello di Stato liberale²⁴.

Ma tale “crisi” emerge in modo più evidente durante il fascismo.

Innanzitutto alle prime trasformazioni delle istituzioni italiane – pensiamo alle riforme del biennio 1925/1926 – questi giuspubblicisti espressero non solo consenso rispetto alle soluzioni accolte, ma persino l'idea che esse rispondessero allo spirito originario dello Statuto albertino.

In seguito, di fronte alla progressiva instaurazione dello Stato autoritario, questi (allora) giovani costituzionalisti (si pensi a Mortati, Crisafulli e, sia pur con accenti diversi, a Tosato²⁵) cercarono, senza rompere con la tradizione, di adattare il metodo giuridico che era stato loro tramandato per dare conto dell'esistenza di principi politici che condizionano l'ordinamento giuridico formale.

22. V., in questo volume, M. D'Amico, *La continuità tra regime fascista e avvento della Costituzione repubblicana*.

23. Da ultimo in *La dottrina costituzionalistica italiana dal fascismo alla repubblica*, cit., p. 3. V. però F. Lanchester, *Pensare lo Stato. I giuspubblicisti nell'Italia unitaria*, Laterza Roma-Bari, 2004, pp. 97-114 e *I giuspubblicisti tra storia e politica. Personaggi e problemi nel diritto pubblico del secolo XX*, Giappichelli Torino, 1997.

24. Cfr. M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico*, tomo I, Giuffrè Milano, 2001, pp. XVIII-IX.

25. Quest'ultimo, allievo di Donato Donati (dunque, di scuola padovana), mantenne durante il fascismo posizioni più equilibrate rispetto alla scuola romana (v. i contributi dati alla rivista *Archivio di diritto pubblico*, la quale si contrapponeva a *Stato e Diritto*, diretta da Chiarelli, e sui cui pubblicarono invece Panunzio, Crisafulli e Mortati). Peraltro, dopo che Donati fu colpito dalle leggi razziali, Tosato si pentì delle posizioni assunte. Per un breve, ma significativo ricordo, v. M. Galizia, *Introduzione* al volume *Appunti sugli anni della guerra di Paolo Galizia (1923-1944)*, Giuffrè Milano, 2013, pp. 15-17.

Come ha ben dimostrato Cianferotti²⁶, nel suo ampio lavoro sulla giuspubblicistica italiana di quegli anni, il superamento della dogmatica tradizionale venne operato attraverso una sintesi tra quest'ultima e la scuola storica, che – come precedentemente ricordato – era stata rappresentata, tra la fine dell'ottocento e l'inizio del novecento, da Arcoleo, Arangio Ruiz e Caristia. Per questi ultimi, il diritto è inseparabile dalla politica, il criterio giuridico dal metodo storico-politico.

Qui non si può non menzionare, primo fra tutti, Costantino Mortati, il quale, per la verità, superò la dogmatica giuspubblicistica liberale più di tutti gli Autori citati.

Sul piano personale, va ricordato che egli si iscrisse al Partito nazionale fascista nel 1927, fu stretto collaboratore di Sergio Panunzio, e non criticò il regime neppure nella sua ultima fase.

Impossibile, in poche battute, dare anche solo una sommaria valutazione della produzione scientifica di Mortati di quegli anni. Basti ricordare alcuni noti lavori di quegli anni da cui emerge chiaramente la novità metodologica cui si è fatto cenno: *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, del 1931, *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano*, del 1941, in materia di indirizzo politico, e, soprattutto, al suo lavoro più noto e studiato, *La Costituzione materiale*, del 1940.

Mortati, attraverso un nuovo modo di concepire il rapporto tra diritto e politica, cerca, elaborando la nozione di costituzione materiale, quale insieme di principi e valori che esprimono un determinato indirizzo che sorregge la Costituzione formale, di mettere in evidenza, attraverso l'identificazione della base politica di un dato ordinamento, quali sono i principi cogenti in un determinato assetto istituzionale; cerca di giuridicizzare l'ideologia del gruppo dominante in un dato periodo storico.

Lo scarto rispetto al metodo orlandiano, da cui pure egli prese le mosse, è evidente.

Così come lo è rileggendo anche pagine dei lavori di Egidio Tosato, il quale – diversamente dai giuristi, sopra ricordati, che si limitavano ad inquadrare le innovazioni istituzionali nello schema dello Stato liberale – si rendeva invece conto della necessità che la scienza giuridica ricorresse ad un diverso metodo, evidenziando come «[l]'insegnamento del diritto costituzionale impone, nell'attuale momento storico, compiti non comuni per la loro difficoltà e vastità. Il regime fascista non rappresenta, rispetto al regime precedente, una evoluzione, ma una rivoluzione, e la sua instaurazione coincide con quella di una nuova Costituzione»²⁷.

26. G. Cianferotti, *Il pensiero giuridico di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra ottocento e novecento*, cit., 271 ss.

27. V. il lavoro di F. Bruno, *Egidio Tosato*, in *Nomos*, 27 marzo 2014, anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

Ma in quegli anni si formarono anche Vezio Crisafulli (si pensi soprattutto al suo *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico* del 1939) e Carlo Lavagna (il volume *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici fra Capo del Governo e Ministri* è del 1942).

Quando Mortati e Crisafulli dibattono della funzione di governo e della funzione di indirizzo politico²⁸, muovono da una nuova concezione del rapporto tra politica e diritto, da un nuovo modo con cui il pubblicista deve studiare le istituzioni. Crisafulli lo esplicita chiaramente, quando, rispondendo ad uno scritto di Maranini, rivendica la scientificità del diritto costituzionale, al quale spetta «segnare la frontiera ultimo (...) tra il mondo del giuridico e il mondo del politico»²⁹ nelle pagine della Rivista *Stato e Diritto*.

Questi e altri lavori di tali Autori sono stati letti, studiati e interpretati in moltissime occasioni. E lo sono ancora oggi, poiché, pur essendo fortemente immersi nella realtà in cui sono stati scritti, è stato poi possibile adattarli alla realtà repubblicana.

Gustavo Zagrebelsky, nel rileggere *La Costituzione materiale*, ha evidenziato come Mortati aderì ad una concezione dello Stato moderno, applicabile anche, ma non solo, allo Stato fascista³⁰.

La teoria della Costituzione di Mortati, basata sui principi dell'ordinamento politico fascista e, in particolare, sull'esistenza del Partito fascista nazionale, ha infatti in seguito potuto essere adattata, nel secondo dopoguerra, anche allo Stato dei partiti democratico pluralistico di massa.

Proprio la possibilità di adeguare le proprie teorie a qualsiasi epoca storica è, peraltro, alla base della difesa che lo stesso Mortati addusse a Scelba nella lettera che gli inviò alla fine della guerra, chiedendo l'iscrizione alla Democrazia cristiana. Egli sostenne che alcune riforme del regime fascista erano – a suo avviso – rispondenti alle esigenze degli “Stati moderni”. Tra queste: l'accentramento delle funzioni in capo al Presidente del Consiglio, la diminuzione dei poteri del Parlamento, l'ampliamento degli istituti di democrazia diretta. Egli si difese dichiarando la propria “apoliticità”, affermando di essersi schierato per l'interpretazione istituzionale del regime all'interno del modello statutario³¹.

28. Per tutti, v. ora il saggio di C. Tripodina, *L'“indirizzo politico” nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, in *Rivista AIC* 1/2018.

29. V. Crisafulli, *Ancora a proposito del metodo negli studi di diritto costituzionale*, in *Stato e diritto* 1940, p. 127.

30. G. Zagrebelsky, *Premessa* alla ristampa del 1998 de' *La Costituzione in senso materiale*, p. XIII. Sul superamento da parte di Mortati del metodo liberale, v. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico*, Giuffrè Milano, 2000, p. 217 ss.

31. R. D'Orazio, *L'archivio Mortati. Prime considerazioni*, relazione al Convegno Costantino Mortati *Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Roma 14 dicembre 2015, *paper*.

6. Non c'è diritto costituzionale senza costituzionalismo

Come si è cercato sinteticamente di illustrare, la dottrina giuspubblicistica, durante il ventennio, si confrontò con il problema del metodo giuridico e dell'esistenza di una scienza del diritto pubblico, ragionando a lungo sul modo con cui studiare le istituzioni: l'autonomia della scienza giuridica dalla politica ovvero se e quale peso la storia e la politica debbano avere nella riflessione del giurista.

Tale dibattito ha segnato profondamente, in modo fecondo, lo studio del diritto costituzionale degli anni a venire. Ma, mentre i costituzionalisti ne hanno valorizzato gli esiti quasi rimuovendo la contiguità con il regime di molti dei maestri del diritto costituzionale, gli storici – ponendosi in una diversa prospettiva – hanno dato della complessiva riflessione giuspubblicistica italiana di quegli anni un giudizio molto severo.

Si è osservato come, al di là delle differenze derivanti dalla formazione dei singoli, dai vincoli di scuola, dall'appartenenza alle correnti, che provocarono gli intensi dibattiti sulla continuità o sulla novità delle istituzioni fasciste rispetto all'ordinamento liberale, la giuspubblicistica italiana abbia cooperato nel disegnare l'edificio fascista «tracciando rappresentazioni persuasive del quadro costituzionale»³².

Ancor più significativo è quanto ha scritto Pietro Costa, secondo il quale «la strumentazione concettuale del diritto pubblico» si integrò nell'ideologia del regime, «rafforzandone e mascherandone le disinvolute evoluzioni».

Con particolare riferimento a coloro che ancora richiamavano la tradizione liberale e cercavano di adattare quel modello alle istituzioni del regime fascista, si è osservato come in tal modo si instaurò «un complicato gioco di legittimazioni incrociate, dove un ceto professionale legittima se stesso offrendo al regime le prestazioni 'legittimanti' del proprio sapere specialistico», inventando una pluralità di modelli senza rompere con la tradizione della disciplina³³. E ancora: «nell'insieme la scienza giuridica del ventennio, portata quasi naturalmente per la sua abituale aderenza agli schemi formalistici e alle concezioni legalistiche a comprendere e giustificare per principio le ragioni e il modo di essere dello Stato, fu un valido aiuto per il regime e per coloro che detenevano il potere»³⁴.

In effetti, non si può negare che, se il formalismo giuridico («un certo costume di legalità», come lo ha definito Bobbio) è servito a contenere, in sede applicativa, gli effetti della legislazione fascista, ciò vale per gli studiosi

32. A. Mazzacane, *Fascismo e cultura giuridica: prospettive di ricerca*, in S. Rodotà (a cura di), *Diritto e culture della politica*, 2004, p. 163.

33. P. Costa, *Lo Stato totalitario: un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1999, pp. 64 ss.

34. C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia 1848/1994*, La Terza Roma-Bari, 2007, p. 378.

di altre discipline o per coloro che si trovavano ad applicare il diritto a casi concreti³⁵.

Più difficile è inserire in tale valutazione anche i giuspubblicisti, ai quali Bobbio addebitò la responsabilità morale di non aver posto ostacoli allo «scempio che il regime compì dei diritti civili e politici, che pure erano garantiti dallo Statuto», di aver legittimato il fascismo, sul piano costituzionale, affermando che esso aveva solo «modificato, completato, adattato ai tempi nuovi» lo Statuto³⁶.

Sappiamo ormai tutti che il modello dello Stato liberale fondato sul principio di legalità fu superato, con l'approvazione di Costituzioni rigide, dallo Stato costituzionale e che tale passaggio fu voluto proprio per evitare che potessero nuovamente venire "svuotati" i principi pur sanciti dalle Carte costituzionali ottocentesche. Lo stesso Orlando ammise, nel periodo della Costituente, il fallimento della nozione di "Stato di diritto" alla quale ammise di aver cooperato³⁷.

Tuttavia, il problema del modo con cui il costituzionalista studia le istituzioni e i loro cambiamenti, per quanto attenuato dall'esistenza di principi e regole di rango costituzionale, resta attuale anche oggi.

Quel dibattito, che tanto interessò la dottrina giuspubblicista durante il ventennio fascista, nasconde, infatti, anche una riflessione sul ruolo del giurista, e anzitutto del costituzionalista, dinnanzi al trasformarsi delle istituzioni, un problema, questo, con cui si confronta sempre chi studia l'organizzazione del potere pubblico, sia nella riflessione scientifica, sia nella propria vita personale se chiamato, per le proprie competenze tecniche, a partecipare alla vita delle istituzioni.

Nel 1954 Mario Galizia, ragionando del concetto di "regime", scrisse che quest'ultimo è un concetto sociologico che mira a determinare la forma "politica" dello Stato ricavata da elementi – forza politica, fine politico – puramente di fatto e che è un concetto assai utile al giurista, che tuttavia deve averne presente la specifica natura e l'estraneità al sistema scientifico. In tal

35. Significativamente, v. gli scritti di P. Calamandrei ora pubblicati nel volume *Non c'è libertà senza legalità*, Laterza Bari, 2013. Di recente, sul tema si vedano i saggi di F. Colao, *I giuristi tra le "leggi razziali ingiuste", "conformi alla legge e dunque giuridicamente giuste per definizione"*, *Antigone e Porzia (1938-1955)*, P. Passaniti, *Lo schermo infranto dell'eguaglianza. Le premesse della legislazione antiebraica tra svolta antisemita e progressione razzista* e E. Bindi, *Calamandrei e le leggi razziali*, in M. Perini (a cura di), *L'Italia a 80 anni dalle leggi antiebraiche e a 70 anni dalla Costituzione*, Pacini Giuridica Pisa, 2019, risp. p. 131, p. 161 e p. 191.

36. N. Bobbio, *La cultura e il fascismo*, cit., pp. 227-228.

37. V.E. Orlando, *Sullo schema di provvedimento legislativo "Integrazioni e modificazioni al decreto-legge luogotenenziale 25 giugno 1944, n. 151, relativo all'Assemblea per la nuova Costituzione dello Stato, al giuramento dei membri del Governo ad alla facoltà del Governo di emanare norme giuridiche"*, Discorso pronunciato alla Consulta nazionale, nella seduta del 9 marzo 1946, ora in *Discorsi parlamentari*, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, 1965, vol. IV, p. 675.

modo, egli rivendicava la scientificità del metodo giuridico e, insieme, la necessità di tenere conto della Costituzione materiale.

Osservava, però, nel contempo, che il concetto di "regime" «non deve essere confuso con quei principi basilari etico-politici» che costituiscono «la base su cui qualsiasi scienziato ed in particolare il giurista deve inquadrare la sua indagine», principi che «non costituiscono un dato, che la dottrina si limita a registrare *ma una formulazione autonoma compiuta nella prospettiva degli specifici fini scientifici, una precisa posizione-politico culturale assunta dalla scienza in quel momento storico, nella coscienza esatta dei propri compiti, delle proprie responsabilità e del profondo significato sociale, che hanno le sue sistemazioni*»³⁸ (*corsivo nostro*).

Parole chiare, pronunciate da un allievo di Mortati di chiara matrice antifascista, pochi anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, con cui Galizia rivendicava la necessità che il diritto costituzionale non procedesse senza costituzionalismo³⁹.

Se dunque è certamente vero – come ci ha ricordato ancora con lucidità Galizia proprio riferendosi all'esperienza del ventennio fascista⁴⁰ – che il costituzionalista è condizionato dalla situazione in cui opera più di qualsiasi altro ricercatore nel campo delle scienze sociali e che, dunque, di fronte alla trasformazione del regime, «anche gli slanci più vivi del pensiero giuspubblicistico non potevano non risentirne», se, così, non si può non comprendere, sul piano umano, l'estrema difficoltà in cui operò la scienza giuridica durante il ventennio fascista, e apprezzare oggi le attente analisi di alcuni costituzionalisti dell'epoca per la forza che esse sono riuscite a spiegare dopo il ventennio, non si può tuttavia neppure sottacere l'«acceccamento di massa» che contaminò la maggioranza dei giuspubblicisti italiani. Si è chiesto da ultimo Galizia: «come potettero con disinvoltura tanti giuristi italiani e, con particolare fervore soprattutto tanti studiosi di diritto pubblico, guardare con favorevole considerazione ad un'avventura nel complesso squallida come l'avvento della dittatura mussoliniana e il suo umiliante rafforzarsi in danno evidente del popolo italiano?»⁴¹.

Forse perché il diritto costituzionale – il cui metodo pure allora andò formandosi – non andava ancora di pari passo con il costituzionalismo, intesa come corrente politico-ideale che propugna la positivizzazione degli ideali liberaldemocratici, solidaristi e personalisti.

38. M. Galizia, *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, Giuffrè Milano, pp. 124-125.

39. Ancora più decisamente, v. M. Galizia, *Introduzione* al volume *Appunti sugli anni della guerra di Paolo Galizia (1923-1944)*, Giuffrè Milano, 2013, pp. 11 ss.

40. M. Galizia, *Voce Diritto costituzionale (profili storici)*, in *Enc. dir.*, p. 975, e, in modo più ampio, *Profili storico-comparativi della scienza di diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico F. Serafini* 1963, pp. 75 ss., spec. pp. 104-106.

41. M. Galizia nell'introduzione a *Appunti sugli anni della guerra di Paolo Galizia (1923-1944)*, Giuffrè Milano, 2013, p. 121.