

Rivista N°: 2/2018  
DATA PUBBLICAZIONE: 22/05/2018

AUTORE: Fulco Lanchester\*

## LA DOTTRINA COSTITUZIONALISTICA ITALIANA DAL FASCISMO ALLA REPUBBLICA\*\*

*Sommario: 1. Premessa – 2. La dottrina costituzionalistica nella transizione dallo Stato liberale allo Stato autoritario a tendenza totalitaria – 3. Il crollo del regime e la riconversione – 4. Conclusioni.*

### 1. Premessa

Inizio con un'indispensabile premessa, al fine di delimitare e spiegare il taglio di questo intervento sulla dottrina costituzionalistica italiana del periodo fascista e la sua transizione al secondo dopoguerra.

Dal punto di vista formale, in queste pagine mi occuperò di costituzionalisti che assunsero posizioni di rilievo accademico durante il regime. Essi fanno parte della cosiddetta dottrina giuspubblicistica italiana, una comunità identificabile – nell'area continentale – con coloro che – in modo quasi esclusivo – ruotano attorno al settore universitario. La comunità in questione si articola in specifici tagli metodologici che si differenziano sulla base di *scuole* caratterizzate dal metodo di lavoro utilizzato. Nella ricostruzione storica, a volte, la memoria diviene selettiva e distorta, ignorando la pluralità degli apporti e concentrando l'attenzione su specifici indirizzi ed ignorandone altri. Più che di costituzionalisti parlerò dunque di giuspubblicisti, evitando la distorsione contemporanea introdotta dai settori scientifici disciplinari, che non riconoscono la storicità della contrapposizione pubblico-privato e l'esistenza in origine e nel proseguo di un colloquio tra giuspubblicisti che si occupano di ordinamento interno e internazionale. D'altro canto, proprio nei momenti di transizione istituzionale, i confini disciplinari come vedremo si assottigliano, aprendo anche ad altri settori. Lo stesso Sergio Panunzio *senior*, che verrà evocato più volte, non potrebbe in senso stretto essere inseri-

---

\* Ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato nell'Università di Roma "Sapienza".

\*\* Relazione al seminario *Quale costituzionalismo durante il fascismo?* promosso dall'Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC), Fondazione CESIFIN, Firenze, 16 giugno 2017.

to tra i costituzionalisti, perché filosofo del diritto e dottrinario dello Stato, ma lo stesso ebbe un'influenza determinante sul dibattito e la riproduzione della giovane giuspubblicistica degli anni Trenta, così come Giuseppe Capograssi, Widar Cesarini Sforza, Arnaldo Volpicelli e Giacomo Perticone<sup>1</sup>.

Su questa base, opero subito tre sintetiche affermazioni.

Primo. La riflessione sulla vicenda della dottrina giuspubblicistica italiana tra le due guerre non può limitarsi ai circa tre lustri compresi tra le “leggi fascistissime” (1925) e la caduta del fascismo (1943). In realtà una corretta ed approfondita analisi deve tenere in debito conto sia delle profonde radici che legano i giuspubblicisti italiani operanti durante il fascismo al quarto di secolo che va dagli anni Ottanta del secolo XIX sino alla concessione del suffragio universale (1912), sia del decennio di crisi derivante dal conflitto mondiale che portò al fallimento della esperienza liberale e democratica tra il 1919 e il 1922 e ai primi passi instaurativi del Regime. Un simile periodo svolge le sue conseguenze nei successivi venticinque anni, nei limiti di un dibattito che non può identificare la tradizione giuspubblicistica italiana solo con la scuola orlandiana, ma con l'incontro-scontro di linee metodologiche e di personalità profondamente differenti che comprendono anche il variegato indirizzo antiformalistico, che la memoria selettiva dei giuristi ha voluto dimenticare.

D'altro canto, non esiste solo una scuola, ma esistono più scuole come ribadirà anche Vittorio Emanuele Orlando significativamente nel 1946 in una lettera sul caso Zangara, di cui darò conto nel finale di queste note. Si tratta di una discussione che non ha un rilievo esclusivamente disciplinare, ma è strettamente connessa con la trasformazione della base sociale dello Stato nazionale unitario e delle giustificazioni ideologiche dello stesso nel periodo dell'allargamento del suffragio.

Secondo. Su questa linea le vere e proprie *ideologie giuridiche*, che caratterizzano la dottrina giuspubblicistica italiana del periodo, si formano alle spalle della riforma elettorale del 1881-82, e si condensano – a mio avviso – in due principali proposte:

- la prima, quella orlandiana, trae i propri paradigmi dalla ‘formale’ separazione, sulla base dell'esempio tedesco, tra politica e diritto e sull'ipostatizzazione di precisi paradigmi storicamente situati;
- la seconda, principalmente rappresentata dalla originale prosecuzione dell'indirizzo storico-politico che aveva caratterizzato la dottrina del ventennio successivo all'Unità, si condensa nell'ipotesi meritocratica moschiana di un

---

<sup>1</sup> V. per l'osservazione che nei periodi di transizione i confini disciplinari si assottigliano C.A. Biggini, *Il contributo italiano agli studi nel campo del diritto costituzionale, negli ultimi cento anni*, Estratto dall'opera “*Un secolo di progresso scientifico italiano : 1839-1939*”, vol.VI, Storia, archeologia, filologia, glottologia, scienze economiche e sociali, Scienze giuridiche, filosofia, a cura di L. Silla, Roma, Società italiana per il progresso delle scienze, 1939, p.390.

ceto politico efficiente, fondato su una specifica base sociale e su una formula politica giustificativa dello Stato di diritto.

Esse non costituiscono semplicemente il complesso di regole ammesse ed interiorizzate che definiscono la matrice disciplinare di una comunità scientifica nell'ambito di uno specifico momento della propria storia al fine di delimitare e di problematizzare i fatti da essa considerati rilevanti, ma nel caso italiano rappresentano vere e proprie *formule politiche*, che hanno cercato di conformare parte della classe dirigente e della struttura burocratica dello Stato liberale oligarchico in trasformazione, per poi riverberare i loro effetti nello Stato di massa (democratico o autoritario).

Terzo. Al di là delle facili distorsioni contemporanee che – ripeto – ricostruiscono le genealogie in maniera a volte opportunistica, sostengo quindi che la tradizione giuspubblicistica dello Stato nazionale italiano non è solo rappresentata dallo svolgersi della vicenda di Orlando e dei suoi allievi, ma costituisce il risultato di un conflitto metodologico, che corrispose ad esigenze reali, accompagnando il processo di formazione dello Stato nazionale e di democratizzazione del sistema monoclasse liberale oligarchico.

La mia lettura dell'evoluzione dottrinale invita, dunque, a prestare attenzione al costante colloquio che l'impostazione positivista ebbe con altri indirizzi metodologici, che oggi sono considerati marginali e trascurabili, ma che allora non furono certo tali. In un simile ambito, durante il decennio cruciale per l'ordinamento costituzionale italiano ed europeo (1909-1918), molti compresero la crisi del metodo orlandiano, di cui nel quindicennio precedente lo stesso Santi Romano aveva cercato di perfezionare le premesse. In una simile situazione vennero analizzate le alternative allo sgretolarsi della costruzione perfetta e mistica rappresentata dallo Stato puramente giuridico e proprio Santi Romano suggerì una proposta che lo riarticolava nell'ambito di un apparente pluralismo istituzionale<sup>2</sup>.

Per comprendere il fascismo italiano e la sua realizzazione concreta la mia attenzione è stata attratta da un'impostazione alternativa che ben altra capacità di penetrazione pratica ebbe invece, negli anni cruciali dell'allargamento del suffragio, rispetto alle riflessioni dello stesso Santi Romano, condizionando la stessa posizione della dottrina durante il fascismo. Mi riferisco alla proposta di Alfredo Rocco, che fornì al periodo autoritario a tendenza totalitaria fascista una sintesi delle posizioni sia di Orlando che di Mosca nell'ambito di una prospettiva socialdarwinistica di conservazione rivoluzionaria.

Rocco, che ha anche insegnato Istituzioni di diritto pubblico durante il secondo decennio del secolo XX, fornisce al fascismo l'ideologia giuridica capace di legittimare, apparentemente sulla base dei vecchi paradigmi disciplinari, la trasformazione dello Stato di massa. In questa specifica prospettiva il dibattito metodologico del ventennio fascista costituisce una modulazione delle idee di Rocco che apparivano polivoche, ma anche funzionali alla de-

---

<sup>2</sup> V. M. Fioravanti, *Santi Romano, Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto* (2013) e voce G. Melis, S.R., in DBI, Volume 88 (2017)

cisa costruzione di un ordinamento *statolatrigo* di natura peculiare<sup>3</sup>. Ne consegue che l'affermazione di Marcel Gauchet che "il fascismo italiano rappresent[.] il caso unico di una dittatura totalitaria coesistente con la sopravvivenza di istituzioni tradizionali che rappresentano, malgrado il loro indebolimento, un freno considerevole alle sue pretese"<sup>4</sup>, evidenzia la posizione di cerniera dell'ordinamento costituzionale italiano durante il ventennio fascista. In esso si certifica la tensione fra un ordinamento autoritario nella struttura ed uno totalitario nell'ideologia i che tende ad applicarsi in modo incrementale<sup>5</sup>, con tensioni sempre più forti.

In questa prospettiva l'analisi del dibattito metodologico all'interno della giuspubblicistica del periodo fornisce la possibilità di individuare non soltanto le differenti strade che vennero percorse dai singoli autori nell'ambito delle riforme incrementali del regime, ma permettono anche di stabilire una continuità con la dinamica del periodo post-bellico e l'interpretazione della Costituzione repubblicana.

Durante gli anni Trenta la discussione sulle *zone grigie* del diritto costituzionale<sup>6</sup> porterà, infatti, alcuni giuspubblicisti alla elaborazione di un opportuno rapporto tra politica e diritto, dove la concezione della costituzione materiale, pur ponendosi nell'alveo del metodo della scuola giuspubblicistica nazionale e dello stesso istituzionalismo orlandiano, cercherà di giuridicizzare il politico, superando – attraverso la concezione della costituzione in senso materiale – la grande scissione che dagli anni '80 del secolo XIX aveva pervaso la dottrina giuspubblicistica.

In questo ambito per molto tempo si è teso a non affrontare il rapporto di continuità del dibattito giuspubblicistico tra fascismo e post-fascismo e a sottacere le differenze tendenze che potevano essere evidenziate al suo interno. Fino agli anni Ottanta il rapporto con i Maestri degli anni Trenta imponeva agli allievi di non evidenziare la loro partecipazione alla discussione del regime, mentre doveva essere opportunamente obnubilata la radice di categorie che illuminavano il lavoro costituente e la stessa interpretazione della Costituzione repubblicana.

La crisi persistente del sistema politico costituzionale italiano favorisce se non addirittura obbliga a confrontarsi con la realtà di una connessione di continuità, che oggi può essere valutata opportunamente all'interno del fenomeno dell'integrazione sopranazionale. Ma è proprio la difficoltà che questa stessa costruzione viene oggi a subire, nell'ambito di un processo di riqualificazione dei rapporti geopolitici, che mette in evidenza i pericoli cui democrazia rappresentativa e Stato sociale, ovvero gli elementi fondamentali dello Stato di diritto costituzionale europeo, sono soggetti.

---

<sup>3</sup> V. F. Lanchester, *Alfredo Rocco e le origini dello Stato totale*, in *Alfredo Rocco: dalla crisi del parlamentarismo alla costruzione dello Stato nuovo*, con E. Gentile e A. Tarquini, Roma, Carocci, 2010, pp. 15 ss.

<sup>4</sup> M. Gauchet, *L'avènement de la démocratie .III. A l'épreuve des totalitarismes, 1914-1974*, Paris, Gallimard, 2007, pos. 5211.

<sup>5</sup> Gauchet, *idem*, pos. 5255.

<sup>6</sup> V. C. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, A.R.E., 1931.

## 2. La dottrina costituzionalistica nella transizione dallo Stato liberale allo Stato autoritario a tendenza totalitaria

La dottrina costituzionalistica italiana venne caratterizzata nel periodo 1919-1922 dal tentativo di riconoscere e metabolizzare le novità dell'espansione del suffragio (l.n. 666 del 30 giugno 1912 e l.n. 1985 del 16 dicembre 1918) e del mutamento di sistema elettorale (lo scrutinio di lista della cosiddetta legge Nitti, n. 1401 del 1919). Le incertezze nel riconoscimento della società di massa da parte di un settore specialistico, condizionato dalla tradizione liberale-oligarchica (se non autoritaria), si evidenziano anche nella fase iniziale successiva 1922-24 dove le prime riforme incrementalmente del fascismo verranno interpretate nell'ambito di un ritorno allo Statuto<sup>7</sup>. Solo dal 1925 la rottura con la struttura dello Stato liberale oligarchico e l'inizio di una nuova fase costituente si esprime nel corso della XXVII legislatura (1924-1929) con una serie di atti normativi (ad es. la legge sul primo ministro e segretario di Stato, la legge n. 100 del 1926 sulla decretazione d'urgenza, la Carta del lavoro, la legge sul Gran Consiglio del fascismo, la legge sulla riforma della rappresentanza politica). In questo periodo il diritto costituzionale insegnato nelle università venne in sostanza ibernato in attesa di una stabilizzazione, che si produsse nel corso della legislatura successiva con la ripresa dei concorsi universitari e la cosciente selezione di nuovi soggetti adeguati alla nuova situazione<sup>8</sup>. Non deve dimenticarsi che molti costituzionalisti vennero sostanzialmente emarginati (penso a Roma sia a Vittorio Emanuele Orlando, cui fu affiancato Pietro Chimienti<sup>9</sup>, sia a Gaetano Mosca<sup>10</sup>; a Parma Teodosio Marchi<sup>11</sup> e Manfredi Siotto Pintor<sup>12</sup> a Firenze), ma altri furono addirittura esclusi da ruoli (penso Errico Presutti a Napoli o, anche se amministrativista, a Macerata Silvio Trentin). Altri dopo un periodo di incertezza fecero compromesso (penso a Ferracciù sanzionato da un giudizio feroce dell'oramai esule Trentin<sup>13</sup>; oppure Gaspare Ambrosini<sup>14</sup> che dalla sede di Palermo affermerà lucidamente che lo statuto del PNF era il regolamento generale dello Stato fascista)

In questo quadro risaltano in maniera evidente due dei tre filoni in cui si articolava la dottrina giuspubblicistica del periodo. Se teniamo da un canto l'indirizzo tradizionale della scuola giuspubblicistica nazionale oramai rappresentata da Santi Romano, che proprio negli anni '20 aveva raggiunto una egemonia metodologica non contrastata nella forma, ma che

---

<sup>7</sup> V. F. Lanchester, *Pensare lo Stato*, Bari-Roma, Laterza, 2004, *passim*.

<sup>8</sup> V. F. Lanchester, *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Milano, Giuffrè, 1994, *passim*.

<sup>9</sup> Su P. Chimienti v. G. Aliberti, voce P. C., in Dizionario Biografico degli italiani [DBI], vol.24 (1980), pp.774-777 e G. Demuro, voce P.C. in Dizionario Biografico dei giuristi italiani, [DBGI] diretto da I. Biocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, Bologna, il Mulino, 2013, vol.I, pp. 523-524. Di Chimienti si v., in particolare del periodo fascista, le lezioni parallele al Corso di Orlando, tradotte anche in francese *Droit constitutionnel italien: cours officiel de Nouvelle législation constitutionnelle italienne à l'Université royale de Rome*; traduit de l'italien par James E. Graa, Paris, Giard, 1932.

<sup>10</sup> Su G. Mosca v. F. Ferraresi, G.M., in DBI, vol.77 (2012) e S. Caruso, G.M., DBGI, pp.1389-1391.

<sup>11</sup> Su T. Marchi v. M. Pastorelli, T.M., in DBGI, vol.II, pp.1272-1273.

<sup>12</sup> Su M. Siotto Pintor v. L. Passero, M.S.P., in DBGI, vol.II, pp.1876-1877.

<sup>13</sup> Su A. Ferracciù v. S. Mura, A.F. in DBGI, vol.I, pp.836-837. Per il giudizio v. S. Trentin, Dallo statuto albertino al regime fascista, a cura di A. Pizzorusso, Padova, Marsilio, 1983, ad i.

<sup>14</sup> Su G. Ambrosini v. voce di R. Bifulco, G.A., in DBGI, vol.I, pp.51-52.

risultava frantumata dall'accettazione delle riforme incrementali del regime, è possibile individuare<sup>15</sup>:

1. l'impostazione di coloro che non volevano abbandonare gli elementi fondamentali del metodo giuridico, ma li connettevano con il riconoscimento del mutare della situazione concreta sulla base di valori e principi dell'ordinamento fascista;
2. e quella militante della nuova dottrina del regime.

La statolatria fascista introduceva necessariamente al rapporto tra storia e diritto. In questo quadro i problemi storici concreti venivano ad essere articolati nell'ambito delle invarianze dottrinarie. Per alcuni la storicità si doveva connettere con la giuridicità e quindi richiedeva il mantenimento dei paradigmi adeguati alla nuova situazione, ma senza vere fratture dogmatiche; per altri la storia doveva conformare lo stesso diritto; per altri ancora essa imponeva a livello teleologico una cesura. In questa prospettiva, sulla rivista *Stato e diritto* Giuseppe Maranini<sup>16</sup> e Vezio Crisafulli<sup>17</sup> si contrapposero sul problema del rapporto storia-diritto costituzionale: il primo sostenendo lo sciogliersi del diritto nella storia; il secondo evidenziando la specificità del diritto nella storia. La posizione conclusiva, sempre su *Stato e diritto*, di Giuseppe Chiarelli<sup>18</sup> evidenziò l'esigenza di quella mediazione tra politica e diritto nella storicità, che caratterizzò la parte più consapevole della giovane dottrina giuspubblicistica<sup>19</sup>.

L'indirizzo militante cercò invece di spingere verso un rinnovamento radicale che potesse rompere i lacci ed i laccioli della tradizione disciplinare ed operando accelerazioni nella *apparente* convergenza soprattutto con la nuova dottrina tedesca. Dico *apparente* perché chi esamini le opere di Panunzio e Costamagna, ad es., può verificare come le basi della loro concezione divergano drasticamente da quelle della dottrina nazionalsocialista<sup>20</sup>.

Per Panunzio restaurazione dell'autorità, Stato del lavoro e fondamento delle istituzioni costituivano la triade potere, lavoro, partito, connettendosi alle radici del sindacalismo, del nazionalismo e del fascismo nell'ambito di una vera e propria *rivoluzione conservatrice*, cui fece riferimento anche Costantino Mortati. In questa prospettiva le tre risposte del fascismo sarebbero state tre contrapposizioni significative: contro lo Stato parlamentare lo Stato-Governo; contro lo Stato atomistico ed individualistico del liberalismo lo Stato sindacale corporativo; contro lo Stato indifferente ateo ed agnostico lo Stato partito ovvero lo Stato eccle-

---

<sup>15</sup> M.S.Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, XVIII, 1940.

<sup>16</sup> Su G. Maranini v. voci di L. Mannori, G.M., in DBI, vol.69 (2007) e di P. Colombo, G.M., DBGI, vol.II, pp.1267-1268.

<sup>17</sup> Su V. Crisafulli v. M. Sirimarcò, V.C., *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto* (2012) e voce di S. Bartole, V.C., DBGI, vol.I, pp.610-612.

<sup>18</sup> Su G. Chiarelli v. voce di F. Lanchester, G.C. vol.34 (1988), pp.715-717.

<sup>19</sup> Rinvio per questo a F. Lanchester, *Pensare lo Stato*, Roma, Laterza, 2004, *passim*.

<sup>20</sup> V. per questo, oltre alle opere coeve di C.Lavagna, *La dottrina nazionalsocialista del diritto e dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1938 (in particolare l'ultimo capitolo) e F.Pierandrei, *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino, Giappichelli, 1940 (ben più spostato verso la nuova dottrina tedesca), A. Somma, *I giuristi e l'asse culturale Roma-Berlino: economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005.

siastico<sup>21</sup>. Questa contrapposizione fornisce una interessante chiave di lettura per le stesse interpretazioni del fascismo ovvero tra chi lo interpreta come mero Stato autoritario con autonomia relativa dei tre sottosistemi (istituzionale, economico e sociale) anche se fortemente limitata; tra chi lo considera uno Stato totale e totalitario e chi ne vede le caratteristiche autoritarie a tendenza totalitaria<sup>22</sup>.

In questo quadro Stato moderno e Stato di diritto furono al centro di un dibattito che si connetteva con la presa di coscienza da parte dei giuspubblicisti dell'esistenza di più principi politici che condizionano azione ed interpretazione e la funzionalizzano teleologicamente<sup>23</sup>. Nella parte intermedia del movimento dei giuristi del periodo questa impostazione non portò allo schiacciamento totale dell'individuo e dei gruppi nello Stato, mentre Panunzio<sup>24</sup> e Costamagna<sup>25</sup>, oramai uniti dalla docenza nella Facoltà romana di Scienze politiche, costituirono, invece, con Carlo Alberto Biggini<sup>26</sup> la punta di diamante del gruppo di docenti impegnati con un taglio volto alla totalitarizzazione del regime, soprattutto nel periodo successivo al 1938. Ma al di là delle smagliature che sono verificabili nelle stesse posizioni militanti, forti erano anche le posizioni volte a riconoscere e a mantenere nell'ambito dello stesso Stato autoritario diarchico in trasformazione alcune caratteristiche dello Stato di diritto tradizionale. La situazione a macchia di leopardo è certificata dal fatto che, mentre un giurista cattolico e futuro costituente come Carmelo Caristia<sup>27</sup> aveva negato la possibilità di uno Stato di diritto nell'ambito del fascismo, lo stesso processual civilista Piero Calamandrei, che nel periodo dell'immediato secondo dopoguerra si dedicò al diritto costituzionale come strumento di ricostruzione dell'ordinamento, aveva dichiarato una posizione di compatibilità, collaborando come esperto alla redazione dei nuovi codici. Chi conosca i protagonisti della vita culturale fiorentina degli anni Trenta-Quaranta percepisce la forte polemica contro Pompeo Biondi (processual civilista anch'egli passato ad insegnare Dottrina dello Stato al "Cesare Alfieri" di Firenze e poi maestro di Giovanni Sartori)<sup>28</sup> e la sua teoria della funzione del pubblico ministero dipendente dal potere esecutivo e funzionale, come in URSS, dal principio politico dominante. Si tratta di un dibattito che si connette con il tema delle riforme incrementali del regime e si correla strettamente con la preparazione del nuovo codice civile, cui Calamandrei attraverso Grandi porterà un eccezionale contributo.

---

<sup>21</sup> V. S. Panunzio, *Teoria generale dello Stato fascista*, cit.

<sup>22</sup> Per questo si rinvia alla polemica tra E. Gentile e D. Fisichella su cui F. Lanchester, *L'ordre fasciste et sa position par rapport aux cas soviétique et nazi*, in *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, Padova, CEDAM, 2015, II, pp.1125 ss.

<sup>23</sup> V. per questo, oltre a C. Mortati, ancor prima E. Crosa, *Il fattore politico e le costituzioni*, in *Studi di Diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti*, Padova, Cedam, 1931, I, pp.151 ss.

<sup>24</sup> V. S. Panunzio, *Teoria generale dello Stato fascista*, seconda edizione ampliata ed aggiornata, Padova, Cedam, 1939.

<sup>25</sup> V. C. Costamagna, *Elementi di diritto pubblico generale*, seconda edizione interamente rifatta, Torino, Unione Tipografico-editrice Torinese, 1943.

<sup>26</sup> C.A. Biggini, *Il contributo italiano agli studi nel campo del diritto costituzionale, negli ultimi cento anni*, cit. e *idem*, *Presupposti del nuovo Diritto Pubblico italiano*, Estratto dalla pubblicazione "Romana": rivista degli istituti di cultura italiana all'estero, Anno IV, n. 5, Maggio, 1940.

<sup>27</sup> V. su C. Caristia voce di G.Rebuffa, C.C., in DBI, vol.20 (1977).

<sup>28</sup> V. su P. Biondi vedi la pref. di A. Zanfarino a P. Biondi, *Studi sul potere e schede e note su problemi del potere*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2004.

La posizione di Calamandrei muterà, come hanno opportunamente sottolineato sia Trocker che Zagrebelsky<sup>29</sup>. Già nel 1942 egli manifestò una torsione che diviene evidente negli Appunti sul concetto di legalità del 1944. Un simile salto di qualità, che divenne proclamato con il lavoro Costituente e poi nelle opere degli anni '50, si fonda con l'inserzione del nostro ordinamento nell'ambito dello Stato costituzionale. Il rapporto diritto politica, che prima Calamandrei cercava di difendere con la mera tecnicità viene stabilizzato e giuridicizzato nell'ambito della teoria della costituzione, basata su principi e valori che trasformano la legalità parlamentare in superlegalità costituzionale. In questo modo l'ordinamento italiano entra quindi nell'ambito dello Stato di diritto costituzionale e si connette con quella teoria della Costituzione che la giovane dottrina costituzionalistica italiana degli anni Trenta (Mortati in testa) aveva elaborato partendo dall'ordinamento fascista<sup>30</sup> e che potrà sostenere in sede costituente e negli anni del dopoguerra.

Sono dunque i valori ed i principi del fondamentale che costituiscono i parametri fondamentali di un ordinamento che nonostante la disomogeneità della società civile e della classe dirigente portano alla costruzione di quella casa comune rappresentata dal testo costituzionale.

Nella sua Conferenza agli iscritti della FUCI Calamandrei condannò il "diritto libero" applicato nell'Urss, ma in realtà la sua polemica era volta in generale contro lo Stato arbitrario del totalitarismo, pensando anche alla Germania. Calamandrei, laico, sottolineò, inoltre in quell'occasione, la tradizione romanistica e religiosa italiana per distanziare la situazione italiana da quella di altri ordinamenti. È però significativo, ma questa è una nota quasi fuori posto in questo contesto, che proprio nel 1944 riformerà il proprio giudizio sul caso sovietico, non solo per le maggiori informazioni sul tema, ma soprattutto per una valutazione positiva dell'azione della patria del socialismo nello sforzo bellico e della ricostruzione nazionale<sup>31</sup>.

### 3. Il crollo del regime e la riconversione

Affronto ora il tema di come si sia comportata la dottrina costituzionalistica nella transizione di potere tra fascismo e fase costituzionale transitoria e provvisoria, anche al fine di verificare il rapporto di sostanziale continuità della stessa, giustificando un percorso che porta il dibattito degli anni Trenta all'interno della stessa Assemblea costituente. Ebbene, si può confermare che la stessa, come parte della classe dirigente, tese a riqualificarsi in analogia con gli alti gradi della pubblica amministrazione e della magistratura<sup>32</sup>. Solo settori più impe-

---

<sup>29</sup> V. i contributi in *Piero Calamandrei: ventidue saggi su un grande maestro*, a cura di Paolo Barile, Giuffrè, 1990.

<sup>30</sup> V. per questo i convegni pisani sui principi dell'ordinamento giuridico fascista che segnalano il passaggio ufficiale dalla teoria dello Stato alla teoria della costituzione.

<sup>31</sup> V. P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, a cura di S. Calamandrei, Roma, Laterza, 2008, pp.85 ss. Sulla posizione di Calamandrei, di Mortati, Tosato ed altri maestri v. il giudizio di M. Galizia, *Introduzione a Appunti sugli anni della guerra di Paolo Galizia (1923-1944)*, a cura dello stesso, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 3 ss.

<sup>32</sup> V. A. Meniconi, *La magistratura nella storia costituzionale repubblicana*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2017, n.1, *passim*.

gnati della stessa vennero colpiti dalla epurazione o dovettero cambiare indirizzo professionale (penso ad un giovane brillante come Giovanni Calendoli<sup>33</sup>). Nell'archivio Mortati, ereditato da Mario Galizia e Vittoriana Carusi nel 1985 con la biblioteca del costituzionalista calabrese ed ora riordinato e in possesso della Fondazione Paolo Galizia Storia e libertà, vi sono alcune lettere che possono portare utili elementi per ricostruire stato e dinamica della dottrina italiana nel periodo della transizione tra fascismo e ordinamento repubblicano.

Qui possono interessare due momenti topici della posizione Costantino Mortati nel periodo costituzionale transitorio e provvisorio 1944-47<sup>34</sup>: il primo relativo alla sua iscrizione alla DC; il secondo sul referendum istituzionale che coinvolge anche Carlo Esposito. Il problema prospettato è quello della transizione dei giuristi italiani, formati durante il fascismo, dal regime autoritario a tendenza totalitaria all'ordinamento democratico. Si è detto sulla normalizzazione della dottrina giuridica durante il periodo 1925-1935 ed anche sulla costruzione di un settore adeguato, ma anche differenziato alle esigenze del regime attraverso l'attività di reclutamento concorsuale. Tra i costituzionalisti l'unico che ebbe un processo di epurazione *faticoso* fu Vincenzo Zangara, difeso dallo stesso Vittorio Emanuele Orlando mentre tra i titolari del 1942 (non tengo conto di Ambrosini<sup>35</sup> che insegnava diritto coloniale) Barillari, Cereti, Pergolesi, Foderaro, Lucatello, Mortati, Tosato, Esposito, Crosa, Sandulli, De Valles si riconvertirono senza eccessive difficoltà, alcuni divenendo protagonisti sia della fase preparatoria che di quella operativa del periodo costituente.

Ritengo interessante pubblicare e riflettere su due documenti in possesso dell'Archivio Mortati depositati presso la fondazione Galizia che evidenzia le giustificazioni rispetto alla partecipazione al regime e nello stesso tempo linee di tendenza.

Prima di tutto Mortati come molti giuristi venne investito dal crollo del regime. Chiarelli e Perticone, che forse avevano maggiore sensibilità politica, dimostrarono di staccarsi con maggiore rapidità, al di là delle affermazioni dello stesso Mortati. Secondo Mario Galizia al crollo del regime Mortati pianse e nella sua stessa posizione sul 25 luglio si intravede una critica all'azione della monarchia nel non aver mantenuto le regole prospettate dalla legge sul Gran Consiglio del fascismo. Una simile posizione che propende per l'interpretazione che il 25 luglio non sia stato effettuato nell'ambito della normalità istituzionale, ma che sia stato un vero e proprio colpo di Stato vede Mortati sulla stessa posizione di Calamandrei<sup>36</sup>. D'altro canto il tentativo di ritornare a *heri dicebamus* dello Statuto albertino non teneva conto della torsione plastica che la legislatura costituente 1924-29 aveva provocato sullo stesso, né del progressivo usurarsi dello stesso compromesso diarchico tra monarchia e fascismo. Nel 1938 sia la legge sul primo maresciallo dell'Impero, sia le leggi raz-

---

<sup>33</sup> V. G. Calendoli, *Dalla crisi dello Stato liberale alla instaurazione del nuovo Stato*, Roma, Ist. dei Panoramici di Realizzazioni del Fascismo, 1943 (Milano, Tip. N. Moneta). Su C. che nel secondo dopoguerra divenne docente universitario di Storia del teatro e militante del Pci v. A. Grandi, *Gli eroi di Mussolini: Niccolò Giani e la Scuola di mistica fascista*, Milano, Bur, 2004, p.76.

<sup>34</sup> V. V. Gueli, *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, Roma, Foro it., 1950.

<sup>35</sup> Su la vicenda di Ambrosini v. F. Lanchester, *Crisi dello Stato liberale e democrazia di massa: Gaspare Ambrosini e il problema della rappresentanza*, in *Pensare lo Stato*, cit., pp.83 ss.

<sup>36</sup> V. P. Calamandrei, *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei – e A. Levi, Firenze, Barbera, 1950, pp.

ziali indicano un salto di qualità che prefigura un'accelerazione verso l'ipotesi totalitaria<sup>37</sup>. La guerra, con la delega dei pieni poteri militari dal parte del Sovrano nelle mani del Duce del fascismo evidenzia questa progressione, ma impedisce anche nuove riforme istituzionali. Nel 1939 la sostituzione della Camera dei deputati con quella dei fasci e delle corporazioni elimina il principio elettivo, ma si ferma davanti al caposaldo del Senato regio.

In questa prospettiva come altri giuristi pubblicisti Mortati provvide a riconvertirsi in maniera più o meno veloce. Rimasto a Roma durante l'occupazione tedesca, risulta dalla documentazione archivistica essersi avvicinato al movimento di Democrazia del lavoro, attraverso la mediazione di Persico, e poi alla Democrazia cristiana, forse anche attraverso Padre Valentini, parente della moglie e scrittore di Civiltà cattolica. Di qui nel novembre 1944 la decisione di richiedere la iscrizione alla DC, cui corrisponde la lettera di Mario Scelba che gli contesta alcuni passi di opere recenti (in particolare *Esecutivo e legislativo* e la recensione al volume di Persico). La reazione di Mortati è molto decisa, ma anche indicativa. Da un lato dichiara la propria *sostanziale apoliticità*, ma anzi l'essersi schierato per l'interpretazione dell'evoluzione istituzionale del regime all'interno dello schema statutario. Il richiamo alla testimonianza di Guido Zanobini e di Francesco Santoro Passarelli è, inoltre, indicativo del riemergere della dottrina più tradizionale. Dall'altro Mortati prosegue in modo icastico, affermando:

“Per definire in modo completo la propria posizione nei confronti del passato regime, il sottoscritto deve rilevare come alcune riforme da esso attuate sono da lui ritenute rispondenti ad esigenze proprie dei nuovi tempi, in quanto costituenti il risultato di un'esperienza in via di accoglimento in tutti gli stati moderni, e quindi destinate a durare oltre la fine del regime stesso. Questo può dirsi, per es. per l'accentramento delle funzioni del presidente del consiglio dei ministri e per la superiorità di posizione di questi di fronte ai ministri; per il distacco fra la funzione del governo e la funzione del capo dello Stato. Questi ultimi punti sono stati oggetto di particolare esame nell'opera pubblicata nel 1931 “L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano”. È pure accennata in questo scritto la tesi della necessità della diminuzione dei poteri del parlamento. Tesi che il sottoscritto ritiene vera anche oggi, nel senso che i poteri stessi devono essere limitati da un maggiore ampliamento degli istituti di democrazia diretta.

Concludendo, il sottoscritto ritiene di potere rivendicare a sé il merito di avere assolto il suo compito di docente di diritto costituzionale con pieno rispetto non solo della serietà scientifica, ma anche con fedeltà agli ideali politici da lui perseguiti, nei limiti resi possibili dalla situazione eccezionale, che imponeva a chi fosse rivestito di certe cariche il rispetto di alcune forme, forme sotto le quali è stato possibile celare un contenuto di critica e di dissenso”<sup>38</sup>

La lettera evidenzia – come si diceva – la tesi che verrà utilizzata da tutti i membri della classe dirigente che dovettero sottoporsi al processo di epurazione<sup>39</sup>.

In questa prospettiva la vicenda di Vincenzo Zangara, ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato proprio nella Facoltà di Scienze politiche di Roma, appare più eclatante. Zangara, vicesegretario nazionale del Pnf, espulso dal partito nel 1940 e trasferito di

---

<sup>37</sup> V. F. Lanchester, *Lo snervamento dello Statuto*, in Nuova antologia, 2017, Luglio-Settembre, pp.167 ss.

<sup>38</sup> V. C. Mortati a Scelba in ACM –Fondazione Paolo Galizia-Storia e Libertà.

<sup>39</sup> V. per casi emblematici come quello di Maranini, F. Lanchester, *Pensare lo Stato, cit.*, pp.115 ss.

autorità a Modena, dove non prese mai servizio, chiese di essere ricollocato a Roma nell'estate del 1944, ma venne immediatamente arrestato e sottoposto a processo di epurazione, con un contenzioso decennale. Il parere di Vittorio Orlando si connette con l'operazione di scrematura dei giuristi coinvolti nell'ambito del regime secondo lo schema richiamato in precedenza. Orlando dichiarava infatti nel parere richiestogli dai legali di Zangara (Occhiuto<sup>40</sup> e Guarino<sup>41</sup>):

“Ciò malgrado, se io considero che in quella letteratura si formarono tendenze le quali le idee fascistiche esaltavano in guisa da farne il segno di un rinnovamento politico e sociale quasi messianico, a questa tendenza io escludo che lo Zangara possa essere compreso. Lo Zangara, che dissi in una mia deposizione, proveniva dalle scuole di diritto pubblico che si ispiravano agli insegnamenti dei vecchi maestri, tra cui me, ne avevano tratto una mentalità metodica, cui sostanzialmente restò fedele. In altri termini, pare a me che egli sia appartenuto a quelle scuole (a cui si annoverano nomi che furono molto onorati nell'epoca antecedente il fascismo) le quali si sforzavano di mantenere un nesso istituzionale e, in ogni caso, metodico con quella che era stata la scienza del diritto pubblico, dominante nel periodo dello Stato nazionale liberale”<sup>42</sup>.

Questa tesi che solo alcuni dei giuristi avessero trasgredito all'indirizzo metodologico delle scuole giuridiche prospetta quell'autodifesa che venne espressa non soltanto per i magistrati, mettendo in rilievo come il riferimento alla tecnicità avesse tutelato dagli sbandamenti gli stessi all'interno delle vicende del fascismo, ma anche – come si vedrà – da Carlo Esposito. Si tratta evidentemente anche di una autodifesa, cui i protagonisti, che conoscevano la storia propria e altrui accondiscesero in silenzio. Saranno gli allievi negli anni Sessanta che, nel fare riferimento alle vicende del regime, costruiranno una corazza di alterità al regime per i loro maestri, che verrà a sgretolarsi con l'analisi realistica dopo la morte dei protagonisti nei due decenni successivi.

Indicativa di questa posizione è proprio la lettera che Carlo Esposito indirizza a Costantino Mortati il 22 giugno 1946 nella tempesta delle polemiche sul risultato del referendum, dove il primo si era doluto per un articolo apparso su *Il popolo* del 16 giugno da parte del secondo. Si tratta della questione relativa al quorum dei votanti o dei voti validi da applicare e che Esposito e altri giuristi padovani avevano sollevato. Al di là della questione concreta<sup>43</sup>, Esposito ribadisce che :

---

<sup>40</sup> Per sintetiche notizie sull'avv. Alfredo Occhiuto, che come magistrato si era occupato del caso Matteotti e per questo era stato *epurato* nel 1926, v. A. Meniconi, *La storia dell'associazionismo giudiziario: alcune notazioni*, in *Questione Giustizia*, 2015, n. 4, p.220.

<sup>41</sup> Giuseppe Guarino, laureatosi con Alfonso Tesaurò a Napoli, vincerà nel 1949 il primo concorso a cattedra per il Diritto costituzionale con Pietro Virga e Vincenzo Guelli.

<sup>42</sup> Copia fotostatica Lettera V.E. Orlando a Alfredo Occhiuto sul caso Zangara. Per il fascicolo sulla questione v. *Pro-memoria per il consiglio superiore della pubblica istruzione presentata o dal prof. Vincenzo Zangara; su Zangara v. Mario Galizia, Autorità, autonomie e "democrazie di masse" nell'evoluzione del pensiero di Vincenzo Zangara*, in *Quaderni costituzionali* 1988, n.1, pp.109 ss. e A. Barbera, *Vincenzo Zangara e Vincenzo Guelli*, in *"La sapienza" del giovane Leopoldo Elia*, a cura di F.Lanchester, Milano, Giuffrè, 2014, pp.133 ss.

<sup>43</sup> Su cui v. F. Malgeri, *Il contesto politico*, in N. Antonetti, U.De Siervo, F. Malgeri, *I cattolici democratici e la Costituzione*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2017, pp.31-32.

“Tu a mio parere, spesso, elevi a giuridiche situazioni di fatto; io, a tuo parere, distingo senza ragione fatto e diritto. Ma nessuno dei due scrive per spirito di parte quando fa il giurista. Questa accusa tu non la meriti e vorrei che in cuor tuo tu riconoscessi che io non la merito. I tuoi e i miei sono libri giuridici e non di propaganda e siamo divisi come giuristi e non come libellisti”<sup>44</sup>.

#### **4. Conclusioni: Il contributo della giuspubblicistica italiana alla Costituente e la crescita di una nuova generazione di costituzionalisti**

Tra il 1943-1946 i principali costituzionalisti del sistema provvidero, dunque, a riqualificare la propria produzione sulla base dello sviluppo dei principi e dei valori costituzionali democratici. Mi riferisco non soltanto a Mortati che con la Costituente ed altri scritti segna il periodo, ma ad es. a Biscaretti di Ruffia, Crosa, Pergolesi, mentre attraverso il Ministero per la Costituente (ed in particolare attraverso Massimo S. Giannini e Giacomo Perticone) i costituzionalisti venivano orientati nell’attività di documentazione per le scadenze che il d.l.lgt. n. 151 del 25 luglio 1944 (la cosiddetta Costituzione provvisoria) prospettava. Alcuni di essi – dopo aver fatto parte della Consulta e della Commissione Forti – parteciperanno da protagonisti ai lavori della Assemblea costituente. Per una decisione strategica i democristiani eleggeranno in A.C. la maggior parte dei costituzionalisti che agiranno sia nella Commissione dei 75 che in Assemblea e molti di questi si ritroveranno nello *Studium urbis*. Non è questo il luogo per rievocare il loro contributo, ma è necessario mettere in evidenza, innanzitutto, che essi risultano il frutto del dibattito giuspubblicistico degli anni Trenta, in cui si formò la giovane dottrina costituzionalistica che divenne dominante negli anni Cinquanta-Sessanta; in secondo luogo che proprio nella temperie del periodo successivo alla liberazione e al processo costituente si plasmò la giovanissima schiera di costituzionalisti del secondo dopoguerra, quella che –sulle spalle dei predecessori – ha contribuito allo sviluppo interpretativo della Costituzione repubblicana.

Ritengo quindi doveroso concludere queste pagine con un ricordo specifico a ciò che accadde proprio qui a Firenze, dove – attorno a Calamandrei, convinto che sul diritto costituzionale democratico si dovesse costruire il futuro postbellico dell’ordinamento – sbocciò la scuola fiorentina del diritto pubblico (Paolo Barile, Mario Galizia, Alberto Predieri), plasmata nel fuoco dell’esperienza della guerra di Liberazione<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Lettera Esposito a Mortati del 22 giugno 1946 in ACM, Fondazione Paolo Galizia-Storia e libertà.

<sup>45</sup> V. F. Lanchester, *Paolo Barile, la tradizione costituzionalistica toscana e la scuola fiorentina*, in pubblicazione negli *Studi per il centenario della nascita di Paolo Barile e Idem, Il ruolo dello Studium Urbis nel periodo costituzionale transitorio*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2017, n.3.