

## Massimiliano Gregorio

### *L'idea di costituzione nella giuspubblicistica italiana degli anni Trenta*

SOMMARIO: 1. Fascismo e costituzione: un ossimoro? – 2. La costituzione fascista: un problema ben presto archiviato – 3. La riflessione dottrinale degli anni Trenta: regime e costituzione

#### 1. *Fascismo e costituzione: un ossimoro?*

È possibile parlare di costituzione o addirittura di costituzionalismo<sup>1</sup> a proposito del regime fascista? La spontanea ritrosia che colpisce l'interprete nell'accostare tali espressioni suggerisce che il problema non sia mal posto. Sul punto conviene dunque fare un po' di chiarezza preliminare.

A mio parere improponibile – va detto con nettezza – risulta l'accostamento tra fascismo e costituzionalismo; almeno se con quest'ultimo termine intendiamo quella nobilissima e plurisecolare tradizione di pensiero votata a dividere e limitare il potere, ritenendo queste due condizioni indispensabili alla garanzia dei diritti individuali<sup>2</sup>. Il regime mussoliniano, come tutte le dittature, imboccò ovviamente la strada diametralmente opposta: quella dell'accentramento dei poteri, dell'abbattimento dei vincoli al loro esercizio e dunque della negazione dei diritti. Differente è invece il discorso relativo al binomio fascismo e costituzione. A tal proposito, l'imbarazzo dell'interprete si fonda su ragioni diverse e tutto sommato assai meno irresistibili.

La prima e più rilevante di queste pare annidarsi nell'idea che un'esperienza autoritaria o dittatoriale difficilmente possa avere una costituzione<sup>3</sup>. Non si tratta di un pregiudizio, ma di una precisa eredità, l'ennesima, la-

---

<sup>1</sup> Al tema *Quale costituzionalismo durante il fascismo?* ha dedicato un seminario, tenutosi il 16 giugno 2017 a Firenze, la stessa Associazione Italiana dei Costituzionalisti.

<sup>2</sup> Così M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Il Mulino, Bologna 1999, p. 85.

<sup>3</sup> Del resto non è forse la Costituzione (in maiuscolo, stavolta, ad indicare l'attuale carta repubblicana) dichiaratamente antifascista? Come tutte le sue consorelle europee del secondo dopoguerra, essa si caricò sulle spalle il peso di rifondare e difendere la democrazia riconquistata. E ciò da solo varrebbe a spiegare l'imbarazzo nell'accostare al fascismo il concetto di costituzione.

sciataci dalla rivoluzione francese e, più esattamente, dal celeberrimo articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. E non tanto perché esso affermi che per avere una costituzione servano almeno i due fondamentali requisiti della garanzia dei diritti e della separazione dei poteri; quanto piuttosto perché in quell'agosto del 1789 venne consacrata sulla carta una concezione valoriale della costituzione che, in fondo, ci appartiene ancora oggi. Se si muove dunque dal presupposto che la costituzione non possa avere un contenuto qualsiasi, ma debba invece incarnare la condizione minima, necessaria e indispensabile, per ritenere accettabile di vivere sotto un determinato regime politico, risulta allora piuttosto naturale escludere il ventennio fascista dal novero delle esperienze costituzionali<sup>4</sup>. Ma questo esito non è scevro da problematicità. È vero che il secondo Novecento ha creato un legame indissolubile tra democrazia e costituzione, ma ritenere la prima un elemento coesistente alla seconda, ci metterebbe di fronte alla complicatissima incombenza di dovere definire un'idea di democrazia quando questa, nel percorso della modernità giuridica, ha subito una molteplicità di slittamenti semantici davvero considerevole<sup>5</sup>. Erano democratici, solo per fare un esempio, i regimi liberali prefascisti? La domanda, per nulla retorica, animò – come è noto – una vivacissima polemica tra Ferruccio Parri e Benedetto Croce nelle primissime sedute della neonata Consulta Nazionale<sup>6</sup>. Ma anche se volessimo accantonare la definizione dell'idea di democrazia, per accontentarci di individuare un nucleo duro di principi assunti come indispensabili all'esistenza della costituzione, la situazione non migliorerebbe granché. Nel passaggio tra Otto e Novecento mutò infatti, e assai profondamente, la sostanza di molti principi costituzionali fondamentali quali, solo per fare alcuni esempi, il principio di eguaglianza<sup>7</sup> o la stessa fondazione teorica della garanzia dei diritti<sup>8</sup>.

Dunque, non pare esistere una teoretica causa ostativa al riconoscimento dell'esistenza di una costituzione fascista. Né varrebbe obiettare, fa-

<sup>4</sup> Di «costituzione perduta» in riferimento al periodo compreso tra le due guerre parla ad esempio il pur interessante saggio di F. RIMOLI, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Carocci, Roma 2011.

<sup>5</sup> Si vedano, al proposito, le interessanti osservazioni di P. COSTA, *Democrazia e conflitti*, in «Giornale di storia costituzionale», 2019, n. 38.

<sup>6</sup> Le sedute cui ci si riferisce sono quelle del 26 e 27 settembre 1945.

<sup>7</sup> Si veda il recente M. DOGLIANI, C. GIORGI, *Art. 3 Costituzione italiana*, Carocci, Roma 2017.

<sup>8</sup> Ci si riferisce al passaggio dalla garanzia dei diritti alla loro inviolabilità di cui parla M. FIORAVANTI, *Legge e Costituzione. Il problema storico della garanzia dei diritti*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 43 (2014), t. II, pp. 1077 e ss.

cendo leva su una considerazione di diritto positivo, che il fascismo non varò mai una propria carta. Il regime infatti non ignorò il problema e produsse, anzi, svariati progetti di riforma costituzionale. Il fatto poi che nessuno di questi giunse a compimento non significa che il fascismo rinunciò all'idea di dotarsi di una propria costituzione. Più semplicemente, come è del resto noto, raggiunse l'obiettivo per altre vie, preferendo disarticolare l'architettura statutaria a colpi di riforme legislative, sfruttando il carattere flessibile dell'ottriata carta albertina. Ora, appare innegabile che quella massiccia opera di stravolgimento produsse effettivamente, per quanto attraverso una progressiva stratificazione, un ordinamento costituzionale nuovo, dotato di caratteri peculiari propri capaci di distinguerlo nettamente da quello precedente. E come è ovvio che fosse, quel nuovo ordinamento ebbe anche i suoi interpreti e i suoi teorici.

Dunque una costituzione e una cultura costituzionale fascista, a mio parere, sono effettivamente esistite. Nelle pagine seguenti si cercherà pertanto di definirne i tratti salienti e, cosa ancora più importante, di collocarle all'interno di un quadro interpretativo convincente. Sofferamoci su quest'ultimo aspetto. A chi guarda alla vicenda del costituzionalismo moderno da una prospettiva storica, viene spontaneo e naturale riconoscere e isolare almeno tre grandi stagioni costituzionali<sup>9</sup>: 1) Quella iniziale delle rivoluzioni di fine Settecento; 2) quella della *Staatsverfassung* ottocentesca, concepita come attributo (nonché come prodotto) del *Rechtsstaat*, 3) infine quella della costituzione democratica novecentesca, avviata quasi sperimentalmente nel primo dopoguerra, ma poi compiutamente coronata dalle costituzioni della seconda parte del secolo. In questo quadro, il rischio di tornare a considerare il periodo tra le due guerre come una parentesi, un deprecabile incidente, un inciampo nel coerente percorso della storia costituzionale, è ovviamente forte. Per evitarlo, occorre allora restituire all'esperienza costituzionale fascista il proprio ruolo, riconoscendola come figlia legittima del secolo XX<sup>10</sup>. Il primo tratto caratterizzante la cultura (e quindi anche la cultura costituzionale) fascista fu infatti quello di appartenere pienamente al Novecento e dunque di presentarsi come radicalmente antitetica a quella che aveva costruito e consentito di mantenere la stabilità politica e istituzionale degli stati nazionali nel secolo XIX.

<sup>9</sup> Così anche il recente contributo di M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, Carocci, Roma 2018.

<sup>10</sup> Non si ignora il fatto che, seguendo questa proposta interpretativa, si corre il rischio di evidenziare qualche sgradevole grado di parentela tra la cultura costituzionale fascista e quella repubblicana. Ma in fin dei conti, sarebbe strano il contrario, essendo esse espressione di due stagioni certo molto diverse, ma appartenenti al medesimo secolo.

In fondo, è considerazione ovvia. Il fascismo degli esordi, quello sansepolcrista, nasceva proprio dall'esigenza di contrapporre all'imbelle e sfiibrato Stato ottocentesco le energie nuove liberate dalla Grande guerra: al notabilato elitario e autoreferenziale si voleva sostituire la gioventù combattentistica italiana, uscita vincitrice dalla carneficina bellica ma poi tradita dai suoi stessi governanti che, dall'estremo sacrificio di migliaia di eroici fanti non erano riusciti ad ottenere niente di meglio di una 'vittoria mutilata'. Fondate o meno che fossero le critiche ai risultati ottenuti dall'Italia al tavolo di Versailles, non può certamente sfuggire che l'ansia di rinnovamento, il desiderio di un palinogenetico rivolgimento politico in grado di fondare su basi nuove il rapporto tra istituzioni e cittadini, di cui il fascismo (e naturalmente non solo il fascismo) si fece portatore, non appartenevano più alla cultura del secolo precedente ma, al contrario, erano chiara e consapevole espressione di un tempo nuovo. In questa ottica, peraltro, il primo dopoguerra italiano si inserisce coerentemente in quella fioritura di trasformazioni (anche sotto il profilo costituzionale) che costellarono l'intera Europa. Cosa le accomunava? In termini generalissimi, e consapevolmente semplificatori, potremmo individuare questo elemento comune nella richiesta di una più ampia partecipazione popolare alla determinazione dei fini della *res publica*. E dunque: se il Novecento giuridico trova la propria epifania nel riconoscimento del pluralismo sociale, il problema fondamentale che l'avvento del secolo nuovo pose alla cultura costituzionalistica era: come consentire a questa società composita, plurale (e quindi conflittuale) di contribuire alla determinazione degli scopi dell'agire statale (che invece deve essere, per definizione e per ovvia necessità, univoco e coerente)?<sup>2</sup> Ora, occorre dire che il fascismo non si sottrasse all'onere di offrire una soluzione al problema appena descritto. Certo, si trattò di una soluzione aberrante perché antidemocratica, ma fu una risposta. E anzi: potremmo affermare, senza timore di discostarci troppo dal vero, che alla fortuna politica del fascismo, al consenso che esso seppe conquistare nel paese, contribuì in modo determinante proprio quella semplicistica promessa di riuscire a comporre organicisticamente tutte le istanze plurali (espresse non più dai singoli individui ma da realtà sociali collettive) nel superiore interesse della nazione; per poi fare di essa la stella polare dell'operato dello Stato, rendendo così quest'ultimo finalmente degno di essere definito nazionale<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Di stato nazionale parlava naturalmente anche la *Rechtsstaatslehre* ottocentesca. Ma assai diverso era il significato dell'aggettivo «nazionale», che qualificava lo Stato. Se nell'immaginario ottocentesco e risorgimentale la nazione risultava un'entità vaga e sfuggente, connotata in senso culturale da una pluralità di fattori che accomunavano gli individui (lingua, costumi, tradizioni, religione), con l'avvento del nazionalismo – dal quale il fascismo trasse

Che il regime si rendesse perfettamente conto di appartenere a questa nuova pagina della storia costituzionale appare peraltro di tutta evidenza. Lo si desume, ad esempio, dalla lettura del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 1925, col quale venne istituita la celebre Commissione dei 18, incaricata di studiare proposte di modifica all'ordinamento costituzionale statutario. Nella premessa all'articolo, il decreto motiva infatti l'opportunità della nomina della Commissione con la «necessità di sviluppare e perfezionare con prudenti norme complementari le istituzioni giuridiche concernenti i rapporti fondamentali tra lo Stato e tutte le forze che esso deve contenere e garantire»<sup>12</sup>. Fatto salvo l'atteggiamento prudenziale del Governo, che aveva evidentemente tutto l'interesse, in quel peculiare frangente storico-politico, a presentare la futura riforma non come frattura rivoluzionaria, ma come mero aggiustamento, come marginale integrazione di complemento, salta però agli occhi la precisa individuazione del terreno sul quale le riforme avrebbero dovuto essere calate: ossia la relazione tra lo Stato e le forze sociali. Non gli individui, dunque, erano chiamati a confrontarsi con lo Stato (come nella narrazione ottocentesca), ma le forze sociali. E tale messaggio venne recepito con grande chiarezza dalla Commissione. Quando questa sei mesi dopo ultimò i lavori, infatti, il suo Presidente Giovanni Gentile ne presentò le conclusioni «a S.E. l'on. Benito Mussolini, Presidente del Consiglio dei Ministri»<sup>13</sup>, con un'introduzione scritta a mo' di missiva in cui notava:

Oggi [...] lo Statuto di Carlo Alberto è inadeguato alla struttura reale dello Stato, che si trova a regolare una società dove il cittadino singolo non conta più come tale. [...] Le corporazioni, i sindacati, gli ordini professionali, le associazioni degli interessi specificati sono costituite o in via di costituirsi. I partiti politici non si rivolgono più a individui, ma a

---

la propria idea di nazione – quest'ultima divenne un soggetto dotato di una sua volontà politica, di una missione storica addirittura. La dimensione nazional-collettiva prese dunque il sopravvento su quella individuale pretendendone la subordinazione. Su quest'ultimo punto si veda il recente contributo di M. CARVALE, *Una incerta idea. Stato di diritto e diritti di libertà nel pensiero italiano tra età liberale e fascismo*, Il Mulino, Bologna 2016; mentre, più in generale, sugli slittamenti semantici del concetto di nazione nel primo Novecento, sia consentito rimandare a M. GREGORIO, *Declinazioni della nazione nella giuspubblicistica italiana*, in *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, a cura di G. Cazzetta, Il Mulino, Bologna 2013, pp. 231-256.

<sup>12</sup> *Relazioni e proposte della Commissione per lo studio delle riforme costituzionali*, Le Monnier, Firenze 1930, p. VII.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. IX.

categorie di individui associati. [...] E lo Stato invece ignora anche oggi le categorie; e come accade di tutte le forze che si ignorano, non può assoggettarle, come sarebbe necessario, né può garantire ad esse quella libertà che è possibile soltanto dentro lo Stato<sup>14</sup>.

## 2. *La costituzione fascista: un problema ben presto archiviato*

Ora, proprio il riferimento alla Commissione dei 18 ci offre l'opportunità di entrare più addentro alla sostanza del rapporto che il fascismo ebbe col concetto di costituzione. La scelta di nominare il gruppo di studio ci dice infatti, in primo luogo, che Mussolini avvertì da subito e assai decisamente il bisogno di dotare lo Stato fascista di una sua propria e specifica costituzione. E, in secondo luogo, che, nell'ottica di soddisfare tale bisogno, il duce del fascismo scelse, almeno inizialmente, di imboccare la via maestra della riforma organica del testo statutario. A onor del vero, occorre anche precisare che quella Commissione non fu neppure la prima nominata per questo scopo. Un anno prima infatti, peraltro nel pieno clamore della crisi aventiniana successiva all'omicidio Matteotti, era stato il Partito Nazionale Fascista (o, per meglio dire, Mussolini attraverso il Pnf) a nominare un gruppo di 15 esperti allo scopo di mettere a punto una proposta di riforma costituzionale. Questa prima commissione, che non produsse risultati apprezzabili, complice anche la delicatissima contingenza politica, venne dunque successivamente assorbita dalla già citata Commissione dei 18, sin da subito ribattezzata «Commissione dei Soloni», nominata l'anno successivo, con tutt'altri – come si è avuto modo di sottolineare – crismi istituzionali<sup>15</sup>. Come accennato, i 18 Soloni conclusero i loro lavori in tempi decisamente rapidi e altrettanto rapidamente ne trasmisero le risultanze al Capo del Governo. Questi, tuttavia, non le apprezzò affatto e, a pensarci bene, l'esito era tutt'altro che imprevedibile. Stante il proposito della Commissione di

---

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. XX. Si noti che la missiva di Gentile volta a presentare i lavori conclusivi della Commissione dei 18 era suddivisa in paragrafi e quello dal quale si è estratto il passaggio riportato recava significativamente il seguente titolo: «Il nuovo problema costituzionale che il fascismo deve risolvere».

<sup>15</sup> La vicenda può essere letta come un esempio paradigmatico della ostentata e tutt'altro che involontaria confusione di piani tra dimensione istituzionale e dimensione partitica che, nei primi anni di vita del regime, caratterizzò il fascismo. Tuttavia, occorre anche notare che la situazione politica, tra il settembre 1924 e il 31 gennaio 1925, era cambiata drasticamente, alla luce della svolta dichiaratamente autoritaria, inaugurata con il famigerato discorso di Mussolini alla Camera del 3 gennaio 1925.

voler «mantenere fermi i principii informatori dell'ordinamento vigente»<sup>16</sup>, il rafforzamento del potere esecutivo e il corrispondente ridimensionamento del legislativo, resi necessari da una supposta degenerazione della consuetudine costituzionale che aveva condotto ad un'eccessiva parlamentarizzazione della forma di governo, non potevano che ripartire dalla lettera dello Statuto. Ma quest'ultimo, come la stessa Commissione non mancò di notare, «non nomina in nessun articolo il Ministero o il Gabinetto od il Consiglio dei Ministri e nemmeno il Presidente del Consiglio dei Ministri». In altre parole, rafforzare l'esecutivo facendo leva sulla lettera della carta ottriata da Carlo Alberto conduceva inevitabilmente ad una conclusione obbligata: quella della rivalutazione della figura del monarca. La relazione Barone finì peraltro per ammetterlo candidamente quando nella chiosa affermava: «La Commissione si è trovata concorde nel voto che le maggiori sorti dell'Italia rinnovata siano rimesse soprattutto nelle mani del suo Re»<sup>17</sup>. Evidentemente non era questa una soluzione che poteva risultare gradita a Mussolini, il quale aveva invece bisogno di un nuovo assetto costituzionale che ruotasse, se non attorno alla propria persona, quanto meno attorno alla carica che egli ricopriva<sup>18</sup>.

Alla luce degli insoddisfacenti risultati prodotti dalla Commissione dei Soloni, il duce del fascismo, non abbandonò però i propositi di riforma. Più semplicemente, preso atto delle difficoltà che un'organica revisione costituzionale comportava, decise di raggiungere l'obiettivo imboccando una strada differente. Facendo leva sul carattere flessibile dello Statuto albertino, optò cioè per un progressivo ma sistematico svuotamento del contenuto originario della carta, da attuarsi per via legislativa ordinaria. Del resto, i rischi di incoerenze e disorganicità cui ci esponeva preferendo la seconda strada alla prima non rappresentavano un ostacolo insormontabile. Il rigore qualitativo della normazione non fu mai, infatti, una vera priorità del disegno politico mussoliniano che, alla chiarezza delle forme giuridiche, preferì sempre la sostanza delle scelte politiche. Piuttosto al regime interessava agire rapidamente e, coerentemente con tale necessità, la messa a punto di

<sup>16</sup> Così si intitolava il Capo II della Relazione «Sui rapporti fra potere esecutivo e potere legislativo» (la c.d. Relazione Barone, dal nome del Commissario che la redasse). Cfr. *Relazioni e proposte*, cit. nt. 12, p. 9.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>18</sup> Sulle perplessità che Mussolini espresse di fronte alle proposte della Commissione dei Soloni, si vedano: I. SCOTTI, *Il fascismo e la Camera dei Deputati. La Costituente fascista 1922-1928*, in «Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari», 1/1984, pp.101 e ss. oltre che il sempre valido A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Einaudi, Torino 1978.

un ordinamento costituzionale schiettamente fascista si realizzò nel breve giro di un quinquennio<sup>19</sup>. Le principali tappe di questa tambureggiante attività di riforma sono note e vale dunque la pena richiamarle solo per sommi capi. Le prime e più eclatanti innovazioni vennero certo introdotte con le due leggi fascistissime approvate nei due mesi a cavallo tra 1925 e 1926 (L. 2263 del 24 dicembre 1925 e L. 100 del 31 gennaio 1926), che modificarono radicalmente il rapporto tra Governo e Parlamento e, con essi, l'equilibrio tra i due poteri che la lettera dello Statuto e la prassi costituzionale avevano disegnato. Questa prima ma già radicale riforma riprendeva peraltro alcune delle proposte emerse nella relazione finale della Commissione dei Soloni, prima fra tutte quella relativa alla recisione del rapporto fiduciario tra la Camera dei Deputati e il Governo<sup>20</sup>, grazie alla quale quest'ultimo risultava ricevere la propria legittimazione costituzionale unicamente della Corona. Ma le inseriva in tutt'altro scenario. La L. 2263/1925, infatti, istituendo la carica monocratica del Capo del Governo introduceva molto più di un mero cambiamento lessicale<sup>21</sup>. Se il Presidente del Consiglio dei Ministri era ancora un *primus inter pares*, il nuovo Capo del Governo Primo Ministro Segretario di Stato (questa la dizione integrale)

<sup>19</sup> Se si assume come *dies a quo* di tale vicenda il 1924, anno in cui – come ricordato – il Pnf nominò la prima Commissione di 15 esperti per studiare e mettere a punto un'organica riforma dello Statuto albertino, il *dies ad quem* può essere individuato nel 1929, anno in cui venne approvata la seconda legge organica sulla posizione del Gran Consiglio del Fascismo all'interno dell'ordinamento costituzionale italiano (la L. 9 dicembre 1929 n. 2099). Non sfuggirà che questo quinquennio 1924-1929 coincide esattamente con la XXVII legislatura che fu, a tutti gli effetti, una vera e propria legislatura costituente.

<sup>20</sup> Sull'affermarsi dell'istituto fiduciario nella storia parlamentare italiana si veda F. ROSSI, *Saggio sul sistema politico dell'Italia liberale. Procedure fiduciarie e sistema dei partiti fra Otto e Novecento*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2001. V'è da notare peraltro che il requisito del rapporto fiduciario tra Camera e Ministero (sia nella sua versione primo-novecentesca che aveva visto l'affermarsi, per via di convenzione costituzionale, dell'istituto della fiducia preventiva; sia nella sua versione tardo-ottocentesca della fiducia da verificarsi a posteriori, secondo la pratica del cosiddetto *sincero esperimento*) non era ritenuto sufficiente – nella *Rechtsstaatslehre* italiana – alla legittimazione dell'esecutivo. Secondo la ricostruzione orlandiana, infatti, l'esecutivo necessitava di una doppia investitura: quella politica, rappresentata dall'appoggio della Camera rappresentativa e quella giuridico-istituzionale data dal gradimento espresso dal Sovrano. Pare perfino superfluo notare che nel lessico dottrinale orlandiano una legittimazione politica e una giuridica non potevano ovviamente essere poste sullo stesso piano. Sul punto si veda M. FIORAVANTI, *Sovranità e forma di governo in La Costituzione italiana*, a cura di M. Fioravanti, S. Guerrieri, Carocci, Roma 1999.

<sup>21</sup> Lo stesso Mortati, come è noto, evidenziò le innovazioni introdotte dalla riforma affermando che, in seguito ad essa, era nata una nuova forma di Stato: quella che lui definiva «il regime fascista del Capo del Governo». Cfr. C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931), Giuffrè, Milano 2000, p. 221.

figurava come gerarchicamente sovraordinato ai Ministri e, pertanto, unico interlocutore del Sovrano. Lo si comprende bene se si considera soprattutto lo slittamento, introdotto proprio dalla L. 2263/1925, della competenza a determinare l'indirizzo politico di Governo. Come è stato recentemente sottolineato, infatti, la legge del dicembre 1925 innovava «il regio decreto 14 novembre 1901, n. 466 (“decreto Zanardelli”), recante *Oggetti da sottoporsi al Consiglio dei ministri*»; questo «all'art. 6, comma 1, attribuiva anch'esso al “Presidente del Consiglio dei ministri” l'obbligo di mantenere “l'unità d'indirizzo politico”, ma, ex artt. 1 e 2, la determinazione di questo spettava al Consiglio dei ministri»<sup>22</sup>. La prima vera riforma costituzionale del fascismo innovò dunque, e assai profondamente, il volto dell'esecutivo; ma riflessi non minori ebbe sui rapporti tra questo e il potere legislativo. La volontà di marginalizzare il ruolo del Parlamento era già evidente nel dicembre 1925, quando venne affidato proprio al Capo del Governo il potere di approvare gli ordini del giorno dell'assemblea, trasformandolo quindi nel *dominus* quasi assoluto dei lavori di quest'ultima. Ma il quadro si completò ulteriormente un mese dopo quando l'integrazione legislativa del gennaio 1926 riconobbe all'esecutivo (e dunque, in virtù del combinato disposto con la norma precedente, essenzialmente al Capo del Governo) un'amplissima potestà legislativa che, lungi dal proporsi come meramente accessoria e integrativa rispetto a quella del Parlamento, diventava in sostanza concorrente con essa quando non, di fatto, minacciosamente sostitutiva.

Né i propositi di riforma si arrestarono qui. Anzi, possiamo considerare il 1926 come un anno determinante nella costruzione della nuova statualità fascista perché, oltre al completamento dei nuovi assetti tra legislativo ed esecutivo, esso vide nascere almeno altre due fondamentali riforme, volte ad incidere in profondità la carne viva della legalità statutaria. Nel novembre venne varato il Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (R.D. 1848 del 6 novembre 1926) e, con esso, il regime ottenne il risultato di mettere fuori legge ogni altro partito diverso dal Pnf. L'art. 215 del TULPS affidava infatti ai Prefetti il potere di scioglimento di ogni associazione che avesse svolto «attività contraria all'ordine nazionale dello Stato», curandosi di precisare nel successivo art. 218 che «sotto il nome di associazioni si intendono i partiti, i gruppi e le organizzazioni politiche in genere, anche temporanee». Di fatto, dunque, la costruzione del regime a partito unico in Italia si raggiunse per via amministrativa, ben celata dietro la tranquillizzante pretesa di perseguire le attività contrarie al vaghissimo concetto di «ordine nazionale

---

<sup>22</sup> C. TRIPODINA, *L'“indirizzo politico” nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, in «Rivista AIC», 1/2018, p. 2.

dello Stato». E poiché nella retorica di regime il fascismo si ergeva a unico garante del superiore interesse nazionale, ne conseguiva logicamente che ogni organizzazione ostile all'esecutivo fosse, per ciò solo, necessariamente anti-nazionale. Ma per rafforzare (forse sarebbe meglio dire per blindare) l'assetto di potere fascista neppure l'eliminazione formale del pluralismo venne ritenuta sufficiente. Del resto, quelle attività che fino al 1926 potevano svolgersi alla luce del sole, ben avrebbero potuto essere portate avanti in clandestinità. Per cui Mussolini si dotò, sempre in quello stesso anno, anche di un organismo giurisdizionale ad hoc, schierato a difesa dell'ormai rodato concetto del superiore interesse dello Stato nazionale (naturalmente sempre inteso come coincidente col progetto politico fascista): il famigerato Tribunale Speciale per la difesa dello Stato<sup>23</sup>, i cui componenti – che provennero per lo più dalla Milizia – erano naturalmente tutti di nomina governativa.

Innovazioni non meno importanti si aggiunsero infine nel proseguimento della legislatura. L'anno successivo venne infatti approvata dal Gran Consiglio del Fascismo la Carta del Lavoro e se è vero che questa non produsse immediate ulteriori alterazioni degli assetti costituzionali, è non meno vero che rappresentava comunque il primo fondamentale atto di concreta edificazione del futuro ordinamento corporativo, forse il più ambizioso progetto di riforma del fascismo, che prometteva di innovare ben più che il complessivo assetto dell'economia nazionale. Attraverso il suo principio cardine (quello corporativo per l'appunto) esso mirava invece, almeno secondo le interpretazioni della giuspubblicistica più prossima al regime<sup>24</sup>, a riscrivere alcuni dei più rilevanti fondamentali del diritto e dell'ordinamento costituzionale<sup>25</sup>. Peraltro che la Carta del Lavoro non avesse prodotto nell'immediato alcuna modifica all'impianto statutario è vero sino ad un certo punto. Come è noto, la sua approvazione da parte del Gran Consiglio del Fascismo, all'epoca ancora organo apicale del Pnf, fu seguita da una inattesa quanto sconcertante pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del Regno che,

---

<sup>23</sup> Il Tribunale Speciale per la difesa dello Stato è stato per altro oggetto di una rinnovata attenzione scientifica. Si vedano, ad esempio, due recenti contributi: J.C.S. TORRISI, *Il Tribunale speciale per la difesa dello Stato. Il giudice politico nell'ordinamento dell'Italia fascista*, Bononia University Press, Bologna 2016; M. FRANZINELLI, *Il Tribunale del duce. La giustizia fascista e le sue vittime (1927-1943)*, Mondadori, Milano 2017.

<sup>24</sup> Su tutti, si veda A. VOLPICELLI, *Legislazione e rappresentanza nello Stato corporativo* in «Archivio di studi corporativi», 1935, fasc. I., in particolare pp. 12-13.

<sup>25</sup> Per una complessiva ricostruzione storico-giuridica del corporativismo fascista si rimanda a I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Giuffrè, Milano 2007.

se da un lato garantiva al documento il massimo di visibilità possibile, dall'altro non poteva che essere annoverata come l'ennesimo<sup>26</sup> *vulnus* alla legalità statutaria e, in particolare, alla separazione tra sfera istituzionale e sfera partitica.

La linea di confine tra queste due dimensioni, progressivamente resa più friabile, come detto, da un'articolata serie di micro-provvedimenti, venne peraltro abbattuta completamente di lì a un anno, grazie alla riforma che possiamo ritenere la chiosa finale del progetto costituzionale fascista. Ci si riferisce cioè alla costituzionalizzazione del Gran Consiglio del Fascismo avvenuta con la L. n. 2693 del 9 dicembre 1928 (poi successivamente modificata e integrata dalla L. n. 2099 del 9 dicembre 1929). A seguito del combinato tra le due leggi, quello che fino al giorno prima era il massimo organo direttivo del Partito nazionale fascista, divenne un primario organo dello Stato che, per competenze costituzionali, risultava secondo soltanto alla Corona. Del resto il Gran Consiglio, ancor prima della sua formale costituzionalizzazione, aveva già svolto rilevanti attività di schietta natura pubblicistica. Su tutte, possiamo ricordare che la riforma della legge elettorale del 1928, introducendo il plebiscito, aveva affidato proprio al Gran Consiglio il delicato compito di compilare la lista da sottoporre al vaglio dell'elettorato. Le due leggi del dicembre 1928 e 1929 giunsero dunque a formalizzare una situazione che di fatto esisteva già. Ma non si limitarono a questo. A seguito della riforma, il novello organo costituzionale acquistò nuove e relevantissime funzioni, tra le quali spiccava senza dubbio quella di dover compilare – in caso di successione a Mussolini – una lista di papabili candidati al ruolo di Capo del Governo tra i quali il Re avrebbe dovuto scegliere. La natura dell'eventualità era meramente ipotetica e certo assai improbabile. Ma rimaneva sotto gli occhi di tutti la gravissima compressione cui la prerogativa costituzionale regia di incarico nella formazione del Ministero andava incontro.

Ora, senza soffermarsi ulteriormente sui molteplici corollari prodotti da quest'ultimo provvedimento di riforma (primo tra tutti la sostanziale trasformazione del Pnf in organo dello Stato<sup>27</sup>), preme piuttosto tirare le fila

<sup>26</sup> Poco meno di un mese prima, l'utilizzo del fascio littorio (già trasformato dal R.D. 2061 del 12 dicembre 1926 in simbolo ufficiale dello Stato italiano) era divenuto obbligatorio per tutte le amministrazioni statali.

<sup>27</sup> Cfr. C. COSTAMAGNA, *Il partito fascista organo dello Stato in Studi in onore di Silvio Spaventa*, Tip. de l'Italie, Roma 1935. Sul complessivo dibattito relativo alla natura giuridica del Pnf, tema pionieristicamente affrontato da Paolo Pombeni in P. POMBENI, *Demagogia e tirannide. Uno studio sulla forma-partito del fascismo*, Il Mulino, Bologna 1984, sia consentito rimandare a M. GREGORIO, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Nove-*

del ragionamento sin qui svolto. E la conclusione, al proposito, non può che essere una. Ossia che al termine della XXVII legislatura, dello Statuto albertino si poteva ben dire quanto Carl Schmitt disse della Costituzione di Weimar nell'incipit di *Staat Bewegung Volk*: ossia che esso non esisteva più<sup>28</sup>. Certo, formalmente non risultava abrogato (del resto, la stessa sorte subì in Germania la WRV<sup>29</sup>), ma la sua struttura interna, nel breve volgere di un quinquennio, era stata del tutto disarticolata e completamente trasformata, a partire proprio dai gangli fondamentali. Dietro alla facciata, pur rimasta in piedi, dello Statuto albertino era germogliato dunque un nuovo ordinamento costituzionale. Esso si affermò in maniera disorganica, attraverso trasformazioni progressive, ma questo non gli impedì certo di mostrare i suoi caratteri schiettamente fascisti. Del resto, sia Mussolini sia i giuspubblicisti a lui più fedeli ritenevano sostanzialmente un dato acquisito e non problematico l'esistenza di un nuovo ordinamento costituzionale, costruito a misura del regime. La stessa scelta di costituzionalizzare il Gran consiglio del fascismo, infatti, se da un lato rappresentava il coronamento di quell'opera di alluvionale trasformazione dell'ordinamento, dall'altro rispondeva anche alla chiara esigenza di tutelarne l'assetto complessivo. La previsione contenuta nell'art. 12 della L. 2693 del 1928 che imponeva come obbligatorio il parere del Gran Consiglio «su tutte le questioni aventi carattere costituzionale» (con annesso elenco tassativo di materie ritenute per definizione costituzionali, tra le quali spiccavano, al primo posto della lista, «la successione al Trono, le attribuzioni e le prerogative della Corona») si spiegava con la necessità di attribuire al nuovo organo la precipua funzione di garante del nuovo ordine costituzionale fascista. E che l'esistenza di quest'ultimo fosse pacifica anche da un punto di vista dottrinale è testimoniato dalla proposta di Sergio Panunzio che, nel 1933, suggeriva l'opportunità per il regime di dotarsi di un organo, che a parere dell'autore «non [poteva] che essere giurisdizionale»<sup>30</sup>, preposto a dirimere i conflitti di com-

---

cento, Giuffrè, Milano 2013, in particolare pp. 173 e ss.

<sup>28</sup> «Die Weimarer Verfassung gilt nicht mehr». Questo l'incipit del saggio di C. SCHMITT, *Staat Bewegung Volk*, Hanseatische Verlaganstalt, Hamburg 1933, p. 5.

<sup>29</sup> Come nota Dieter Grimm, Hitler si impegnò a realizzare «pezzo dopo pezzo lo smantellamento della Costituzione di Weimar, senza che questa venisse mai formalmente abrogata». Cfr. D. GRIMM, *La Costituzione di Weimar vista nella prospettiva del Grundgesetz*, in «Nomos. Le attualità nel diritto», 2/2012.

<sup>30</sup> S. PANUNZIO, *Rivoluzione e Costituzione*, Treves, Milano 1933, p. 206. Peraltro anche Costamagna, appena qualche anno prima, aveva evocato la categoria della rigidità della costituzione come conseguenza della costituzionalizzazione del Gran Consiglio. Il necessario coinvolgimento di quest'ultimo nell'attività legislativa in materia costituzionale rappresen-

petenza tra le diverse fonti giuridiche. In altre parole, dopo le riforme che avevano riconosciuto potestà legislativa non solo al Parlamento ma anche all'esecutivo, dopo la costituzionalizzazione del Gran Consiglio del Fascismo (che dunque andava annoverato tra gli organi dello Stato atti a produrre fonti del diritto) e dopo, infine, la riforma del Consiglio Nazionale delle Corporazioni (con L. n. 206 del 20 marzo 1930) dotato anch'esso di potestà normativa sulle materie di sua competenza, per Panunzio il rischio che nascessero conflitti tra diverse fonti giuridiche era ormai molto alto. Di qui, l'opportunità di dotarsi di un organo giurisdizionale delegato a dirimere le eventuali controversie: funzione che, è pure superfluo notarlo, è tipicamente svolta nelle democrazie dai supremi tribunali costituzionali.

### 3. *La riflessione dottrinale degli anni Trenta: regime e costituzione*

Giunti a questo punto della riflessione, dunque, potrebbe sorgere il dubbio legittimo che il tema oggetto del presente contributo risulti completamente fuori luogo o, nel migliore dei casi, mal calibrato sotto il profilo cronologico. Quale dovrebbe essere infatti il senso di una riflessione sull'idea di costituzione negli anni Trenta quando, se è vero quanto in precedenza affermato, questo problema il fascismo lo aveva già risolto prima che terminasse il decennio precedente? In verità un senso c'è, ma per comprenderlo occorre inforcare un nuovo paio di occhiali. Il quarto decennio del secolo, infatti, fu un intorno di tempo assai ricco e fecondo per il nostro tema, ma tanta ricchezza e fecondità non sono da misurarsi sul terreno delle riforme dell'ordinamento costituzionale<sup>31</sup>, bensì su quello – diverso e complementare – della sistemazione teoretica e dottrinale. Anzi, assumendo questo secondo punto di vista, possiamo con certezza affermare che gli anni Trenta offrono non solo un patrimonio ricchissimo di spunti utili a indagare la riflessione giuspubblicistica del ventennio, ma rappresentano anche un riferimento imprescindibile per comprendere i sentieri che il pensiero costituzionalistico italiano percorse nella transizione dal fascismo all'età repubblicana.

---

tava infatti un aggravamento procedurale rispetto al procedimento legislativo ordinario che giustificava il ritenere la legge costituzionale gerarchicamente superiore all'ordinaria. Cfr. C. COSTAMAGNA, *Elementi di diritto costituzionale corporativo fascista*, Bemporad, Firenze 1929, p. 176 in particolare.

<sup>31</sup> Per quanto riforme non mancarono neppure nel decennio successivo. Una su tutte: l'abolizione della Camera dei Deputati, sostituita nel 1939 dalla Camera dei Fasci e delle Corporazioni.

Proviamo dunque a cominciare dal fondo. Come è ormai ben noto, sul finire del decennio una nuova generazione di costituzionalisti mise in opera quella che altrove si è definita come una vera e propria «cesura dottrinale»<sup>32</sup>. Senza indulgere in eccessive spiegazioni di dettaglio, essa può essere definita come l'apertura di una nuova via dottrinale, altra rispetto alla giuspubblicistica di regime, ma distante anche dalla tradizionale scuola giuridica nazionale. Dalla prima i giuristi più giovani mutuarono l'attenzione per i nuovi problemi posti dal Novecento giuridico – quali l'indirizzo politico, il partito, la rappresentanza – ma di essa rifiutavano il dispregio per la dogmatica e il costante rifugiarsi nella retorica del metagiuridico; dalla seconda recuperarono invece l'attenzione per il rigore dogmatico, pur nella ferma convinzione che il *Rechtsstaat* come forma politica risultasse storicamente ormai del tutto superato. Ora se questa cesura dottrinale fu senza dubbio un affresco tratteggiato a più mani (quelle di Crisafulli, di Esposito, di Lavagna, di Zangara ecc. ecc.), spiccarono certamente tra le altre quelle, assai sapienti, di Costantino Mortati. Il grande giurista calabrese, infatti, mise a frutto quel denso e fiorente patrimonio collettivo di riflessioni, cimentandosi – con ottimi frutti, come è noto – nella produzione di una organica e sistematica ricostruzione di teoria generale del diritto: una vera e propria teoria della costituzione<sup>33</sup>, insomma. Ed è dunque per questa ragione che *La costituzione in senso materiale* può, a buon diritto, essere considerata un fondamentale spartiacque nella transizione dalle teorie dello Stato ottocentesche alle dottrine della costituzione del secondo Novecento<sup>34</sup>.

Ora, muovendo da questo presupposto, e cioè intendendo assumere il saggio mortatiano del 1940 come momento culminante di un grande processo di transizione, si pone all'interprete un problema che così potrebbe essere formulato: da dove trasse Mortati la sua idea di costituzione? Non si tratta, ovviamente, di mettere in discussione l'originalità della ricostruzione del giurista calabrese, ma piuttosto di interrogarsi sul terreno sul quale fiorì la sua intuizione, su chi lo aveva precedentemente dissodato e come. La questione non sembra peregrina, perché la fortuna che il lemma costituzione aveva avuto nei decenni precedenti, a ben vedere, non lasciava presagire la centralità da esso poi assunta nella sintesi di Mortati. Proviamo ad

<sup>32</sup> Cfr. GREGORIO, *Parte totale*, cit. nt. 27, in particolare pp. 217 e ss.

<sup>33</sup> Il riferimento è ovviamente a C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale* (1940), Giuffrè, Milano 1998.

<sup>34</sup> Cfr. M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano 2001, t. II, pp. 657 e ss.

argomentare. Se si prende in considerazione la tradizione giuspubblicistica italiana post-unitaria, la costituzione aveva rappresentato un riferimento imprescindibile soprattutto per quella parte di dottrina eclettica<sup>35</sup> più restia a farsi permeare delle rivoluzionarie proposte metodologiche di Vittorio Emanuele Orlando. Ma quando questi autori parlavano di costituzione, si riferivano essenzialmente alla costituzione storica britannica<sup>36</sup>, esempio di virtù e di moderazione costituzionale e, pertanto, modello indiscusso cui ogni forma politica avrebbe dovuto ispirarsi<sup>37</sup>. Gli esponenti della scuola giuridica nazionale invece, più attenti all'influenza della dottrina germanica e orientati alla costruzione di una teoria dello Stato di diritto, non avevano riconosciuto al concetto di costituzione altrettanta centralità. Tanto che per tutta la *Rechtsstaatslehre* europea possiamo assumere come valida la definizione di *Staatsverfassung* che Georg Jellinek fornì nella sua *Allgemeine Staatslehre*: «La costituzione dello Stato comprende i principi giuridici che designano gli organi supremi dello Stato e stabiliscono il modo della loro creazione, i loro reciproci rapporti, la loro sfera di azione, e inoltre la posizione fondamentale dell'individuo di fronte al potere statale»<sup>38</sup>. Dunque la costituzione, in questa seconda accezione era schiettamente *loi politique*, ossia legge dello Stato che si diversificava dalle altre essenzialmente per la delicata materia che disciplinava: l'organizzazione dei massimi organi costituzionali dello Stato in primis e, in secondo luogo, la complessiva relazione tra questo e i propri sudditi. Come pare ovvio, nessuna di queste proposte teoriche può essere considerata un precedente utile ad innervare la riflessione mortatiana. Le suggestioni di cui quest'ultima si nutrì arrivarono dunque da altri lidi.

Il primo di questi, e senza dubbio il più noto, è rappresentato dalla ri-

<sup>35</sup> Sia consentito rimandare a M. GREGORIO, *Apologia breve dei non-orlandiani*, in *Iuris quidditas. Liber amicorum per Bernardo Santalucia*, Editoriale Scientifica, Napoli 2010, pp. 105 e ss.

<sup>36</sup> Per una definizione del concetto di costituzione storica si rimanda alla brillantissima descrizione che ne fece Emilio Broglio: «[...] la costituzione si potrebbe paragonare a quegli alberi secolari e sempreverdi, come i cedri del Libano, i quali, perché mutano continuamente, una a una, le loro foglie, pare che non le mutino mai, e sieno sempre li stessi». Cfr. E. BROGLIO, *Delle forme parlamentari*, Brescia, Tip. La sentinella bresciana, 1865, pp. 370-371. Il merito di aver scovato la citazione va ascritto a L. BORSI, *Storia Nazione Costituzione. Palma e i 'preorlandiani'*, Giuffrè, Milano 2007.

<sup>37</sup> Va tuttavia precisato che l'influenza del costituzionalismo inglese non risultava affatto estranea neppure al pensiero di V.E. Orlando. Solo che il marcato storicismo che sempre animò la riflessione del grande Maestro palermitano si era formato non solo alla scuola britannica, ma anche a quella tedesca di Savigny.

<sup>38</sup> G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Julius Springer, Berlin 1920, p. 505. La traduzione è di chi scrive.

flessione svolta dalla dottrina di lingua tedesca a lui coeva<sup>39</sup>. Di costituzione e democrazia aveva cominciato a scrivere già a partire dal secondo decennio del secolo Hans Kelsen<sup>40</sup>. Ma furono soprattutto i feroci critici del formalismo kelseniano che formavano il plurale e composito mosaico della dottrina weimariana (Smend, Triepel, Heller, Koellreutter, Leibholz, Radbruch) ad influenzare l'interpretazione di Mortati e, tra questi, il più significativo di tutti fu senza dubbio Carl Schmitt, con la sua *Verfassungslehre* del 1928<sup>41</sup>. Il legame tra il pensiero schmittiano e quello di Mortati rappresenta del resto un acclarato *topos* letterario, giustificato dalle molteplici assonanze (pur senza trascurare le significative differenze)<sup>42</sup>; ma più che il peculiare dialogo intellettuale tra i due autorevoli interpreti, pare importante sottolineare la complessiva attenzione che, oltre allo stesso Mortati<sup>43</sup>, la generalità della nuova generazione di giovani giuristi italiani rivolse alla dottrina germanica novecentesca<sup>44</sup>.

Ma se è vero che la riflessione costituzionalistica europea del primo Novecento venne tenuta a battesimo tra Weimar e Vienna, in quello spazio concettuale che andava definendosi tra forma e sostanza, tra una via contenutistica e una via procedurale alla costituzione democratica, è non meno

<sup>39</sup> Con l'espressione si intende alludere alla dottrina di lingua tedesca e quindi non solo a quella proveniente dalla Germania, ma anche dall'Austria e dalla Svizzera. Sul punto conviene comunque rimandare a D. SCHEFOLD, *Mortati e la 'dottrina tedesca'*, in *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, a cura di F. Lanchester, ESI, Napoli 1989, pp. 111 e ss.

<sup>40</sup> Il riferimento è alla prima fondamentale opera di Kelsen, gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* del 1911 (cfr. H. KELSEN, *Problemi fondamentali della dottrina di diritto pubblico esposti a partire dalla teoria della preposizione giuridica*, a cura di A. Carrino, ESI, Napoli 1997). Interamente dedicata al concetto di democrazia è poi la celeberrima opera del 1920: H. KELSEN, *Von Wesen und Wert der Demokratie*, in «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», Bd. 47, Heft 1 (1920), pp. 50 e ss.

<sup>41</sup> C. SCHMITT, *La dottrina della costituzione* (1928), Giuffrè, Milano 1984.

<sup>42</sup> Un ottimo riferimento per cogliere, assieme alle assonanze, anche le prese di distanza e dunque la complessiva originale rielaborazione che Mortati fece del pensiero schmittiano è il suo saggio del 1973: C. MORTATI, *Brevi note sul rapporto tra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», II (1973), pp. 511 e ss.

<sup>43</sup> Se il conteggio fatto da Dian Schefold non è errato, ne *La costituzione in senso materiale*, l'autore di lingua tedesca più citato da Mortati non è Carl Schmitt, ma curiosamente Hans Kelsen. Cfr. SCHEFOLD, *Mortati e la 'dottrina tedesca'*, cit. nt. 39, p. 117, nota 35.

<sup>44</sup> Per molti giovani studiosi italiani che negli anni Trenta andavano completando il proprio percorso formativo negli studi di diritto costituzionale, era infatti prassi consolidata quella di passare un periodo di perfezionamento in Germania. Così fecero, ad esempio, subito dopo il conseguimento della laurea, tra il 1936 e il 1937, sia Carlo Lavagna sia Franco Pierandrei.

vero che la giuspubblicistica nostrana non restò inerte; né si limitò a recepire acriticamente le suggestioni tedesche. Tutto ciò avvenne, è bene ricordarlo, in un contesto non semplice. Da un lato la disorganica costruzione del progetto costituzionale fascista non incoraggiava affreschi sistematici di ampio respiro, abbisognando piuttosto di legittimazioni postume dell'operato del Capo del Governo. Dall'altro, era la stessa dottrina ad apparire divisa al proprio interno, lacerata dal *Methodenstreit* cui si è accennato nelle pagine precedenti. Con la conseguenza che i giuristi che si riconoscevano nella scuola giuridica nazionale, avendo come unica preoccupazione quella di ribadire l'eterna validità delle categorie dogmatiche tradizionali, erano portati a guardare con sospetto al concetto di costituzione che andava configurandosi nella riflessione novecentesca, perché potenzialmente eversivo dell'ordine giuridico e politico cristallizzato nel secolo precedente dalla *Rechtsstaatslehre* europea. Nonostante tutto ciò, negli anni Trenta qualche riflessione era stata avviata. Tirarne le fila non è semplice, soprattutto per il fatto che queste non si concentrarono esattamente sulla nozione di costituzione, ma si appuntarono invece, in ordine sparso, su tutta una serie di concetti che ad essa erano accostabili e, in parte, sovrapponibili. È lo stesso Mortati a riconoscerlo ne *La costituzione in senso materiale* quando nota che «Forma di Stato, regime, sistema possono ritenersi espressioni equivalenti, valide a designare il contenuto della costituzione nel senso qui assunto, comprendente l'insieme delle forze politiche e dei fini, di cui esse sono portatrici, e che ispirano il complesso normativo»<sup>45</sup>.

Dunque, per stessa ammissione del giurista calabrese, la sua sistematizzazione del 1940 aveva messo a frutto una pluralità di riflessioni sparse ad essa precedenti. La più significativa delle quali, per ricchezza di voci che la alimentarono e per fecondità di prospettive, è quella legata al concetto di *regime*<sup>46</sup>. Occorre dire subito che non è agevole orientarsi all'interno di quest'ultima, anzitutto per l'uso assai spesso disinvolto che nella letteratura degli anni Trenta si faceva dell'espressione. Lo segnalò anche Maraviglia, in un suo saggio destinato ad enucleare gli elementi caratterizzanti il regime fascista: «noi usiamo promiscuamente le parole: regime, ordinamento, costituzione, sistema [...] come se indicassero il medesimo fatto e il mede-

<sup>45</sup> MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit. nt. 33, p. 196.

<sup>46</sup> Già nel 1989 Salvatore Bonfiglio aveva brillantemente intuito l'esistenza di un nesso significativo tra l'elaborazione dottrinale sul concetto di regime prodotta negli anni Trenta e la teorica mortatiana della costituzione in senso materiale. Si veda, al proposito S. BONFIGLIO, *Mortati e il dibattito sul concetto di regime durante il ventennio fascista*, in *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, cit. nt. 39, pp. 394 e ss.

simo concetto»<sup>47</sup>. Ma cos'era allora il regime? Era anzitutto un concetto squisitamente politico o, per usare le parole del medesimo autore, era «lo spirito politico che lo Stato conserva sin dalla sua instaurazione di fatto»<sup>48</sup>. Né troppo diversa risulta la definizione fornita da Carlo Costamagna per il quale il regime era quell'elemento che caratterizzava lo Stato da un punto di vista «filosofico e politico»<sup>49</sup>, o addirittura, come ebbe a scrivere anni dopo, schiettamente «spirituale»<sup>50</sup>. Ad un primo sommario sguardo, dunque, la riflessione sul concetto di regime degli anni Trenta sembra dipanarsi per intero sui sentieri del metagiuridico e pertanto pare ancora molto lontana dagli approdi mortatiani del 1940. Peraltro l'impressione non muta sostanzialmente ampliando il novero delle voci. Per Giacomo Perticone il regime è «programma di vita, inteso concretamente, cioè come volontà definita e non come massimario arido e astratto»<sup>51</sup>, è «sistema dei rapporti di potenza»<sup>52</sup>. E, più prosaicamente, nella pagina successiva, lamentando di dover usare il termine con un significato diverso da quello adoperato nelle «formole latine» ammette in nota: «Resta perfettamente inteso che per noi la parola italiana *regime* vuol dire *sistema politico*»<sup>53</sup>.

Ora, da queste voci si possono già trarre alcune interessanti considerazioni. La prima e più evidente è che l'esistenza di un fine politico dello Stato pare ormai un dato acquisito. Non è un aspetto banale. Significa che la critica al secolo XIX, considerato come «L'epoca delle neutralizzazioni e spoliticizzazioni», per parafrasare il titolo di una celebre conferenza di Carl Schmitt<sup>54</sup>, aveva fatto breccia segnando la fine della pretesa neutralità dello Stato, cardine concettuale della *Rechtsstaatslehre* ottocentesca. Se ciò è vero, tuttavia, pareva rimanere ancora problematica la sistemazione dottrinale di questa acquisita politicità. Lo testimonia, ad esempio, la fioritura, proprio nel decennio che stiamo prendendo in esame, di un intero filone

<sup>47</sup> M. MARAVIGLIA, *Caratteri del regime fascista*, in *Il Partito fascista nella dottrina e nella realtà politica*, a cura di O. Fantini, EIA, Roma 1931, p.125.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 126.

<sup>49</sup> COSTAMAGNA, *Elementi di diritto costituzionale corporativo fascista*, cit. nt. 30, p. 26.

<sup>50</sup> C. COSTAMAGNA, *Elementi di diritto pubblico fascista*, UTET, Torino 1934, p. 91.

<sup>51</sup> G. PERTICONE, *La libertà e la legge. Regime politico e ordine giuridico*, Roma, ARE, 1936, p. 128.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p.131, nota 1. I corsivi sono nel testo.

<sup>54</sup> C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e spoliticizzazioni* (1929), ora in ID., *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna 2013.

di riflessioni, quello sul concetto di indirizzo politico, che si sviluppò soprattutto grazie ai contributi di Panunzio<sup>55</sup>, Mortati<sup>56</sup>, Crisafulli<sup>57</sup> e Lavagna<sup>58</sup>. Quanto in questa sede preme però sottolineare è soprattutto un altro aspetto e cioè la complessiva difficoltà di coniugare l'ormai imprescindibile politicità dello Stato con la natura schiettamente giuridica del suo ordinamento costituzionale. La dicotomia tra ordine politico e ordine giuridico insomma, cardine fondamentale – vale la pena ricordarlo – della rivoluzionaria proposta metodologica orlandiana<sup>59</sup>, negli anni Trenta pare ancora, pur per ragioni molto differenti, rimanere in piedi. Non solo essa continuava a campeggiare infatti iconicamente nel sottotitolo dell'opera di Perticone sopra ricordata, ma veniva ulteriormente ribadita in quegli stessi anni da autori quali Emilio Crosa. Questi non esitava ad ammettere l'esistenza di un fattore politico nelle costituzioni<sup>60</sup>, ma per distinguerlo accuratamente sia dal sistema giuridico, sia dal complesso dogmatico. Ed è proprio la separazione tra quest'ultimo e il fine politico a rivelare l'obiettivo polemico di Crosa. Perché mentre il complesso dogmatico (al quale l'autore ascrive principi fondamentali quali la garanzia dei diritti e la separazione dei poteri) rappresenterebbe una componente universale e necessaria di ogni costituzione che voglia dirsi moderna, il fine politico ne incarnerebbe invece la componente variabile e mutevole. Se insomma, per dirla con le parole dell'autore, il fattore politico si contraddistingue per il «carattere particolaristico», a fronte del «carattere universalistico del complesso dogmatico»<sup>61</sup>, da ciò occorre necessariamente dedurre l'impossibilità per il primo di derogare al secondo. Con conseguenze evidenti sullo stesso statuto epistemologico della scienza del diritto costituzionale. Perché è vero, afferma ancora Crosa, che il giurista non può ignorare i fini politici dello Stato, ma è

<sup>55</sup> S. PANUNZIO, *Il sentimento dello Stato*, Libreria del Littorio, Roma 1929, ma anche ID., *Teoria generale dello Stato fascista*, Cedam, Padova 1936.

<sup>56</sup> C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931), Giuffrè, Milano 2000.

<sup>57</sup> V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in «Studi Urbinati», 1939.

<sup>58</sup> C. LAVAGNA, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici fra Capo del Governo e Ministri*, Edizioni Universitarie, Roma 1942.

<sup>59</sup> Cfr. V.E. ORLANDO, *Programma*, in «Archivio di diritto pubblico», I (1891), pp. 1 e ss. Su questo precipuo aspetto si rimanda a D. QUAGLIONI, *Ordine giuridico e ordine politico in V.E. Orlando*, in «Le carte e la storia», 1/2007, pp.17 e ss.

<sup>60</sup> E. CROSA, *Il fattore politico e le Costituzioni*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti nel XXXV anno d'insegnamento*, Cedam, Padova 1931, I.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 161.

non meno vero che non può neppure farsi dominare da essi. E dunque, poiché «nessuna confusione deve farsi fra quanto costituisce un presupposto necessario e metagiuridico e il diritto», «l'isolamento del fattore politico [...] assolve, se non andiamo errati, a questo compito»<sup>62</sup>. La posizione di Crosa è evidentemente quella di chi cerca di piegare la propria turbolenta contemporaneità alla rassicurante e permanente validità delle categorie dogmatiche della tradizione. Ma per una curiosa eterogenesi dei fini, accadde sovente che neppure i più accaniti giuristi di regime riuscissero a rompere questo schema concettuale. L'esempio più lampante è offerto da Carlo Costamagna. Il giurista ligure fu, nel novero degli intellettuali *engagé*, probabilmente quello maggiormente allineato non solo e non tanto all'ideale politico fascista, quanto piuttosto al concreto progetto mussoliniano di rinnovamento dell'assetto costituzionale. Di conseguenza egli risultò il più coerente teorico dello statualismo fascista. Ma prendendo troppo sul serio il celebre motto del duce «tutto nello Stato, niente al di fuori dello Stato, nulla contro lo Stato»<sup>63</sup>, ci si infilava in un teoretico vicolo cieco, destinato paradossalmente a ribadire (forse anche a rafforzare) e non certo a superare la dicotomia tra ordine giuridico e ordine politico. Solo che i rapporti di forza tra i due termini risultavano ribaltati. I giuristi di regime rivendicavano infatti con orgoglio la centralissima valenza politica dello Stato fascista e vivevano nel terrore di vederla imbrigliata dalle infide interpretazioni della giuspubblicistica tradizionale. Si spiega così il disprezzo mostrato da Costamagna verso «la pretesa “giuridicista” di considerare il regime come una pura forma»<sup>64</sup>. Col risultato che la sua ricostruzione del concetto non poteva che attestarsi interamente nella dimensione metagiuridica: «nel regime la nostra dottrina vede la manifestazione di quella “forza politica” che muove dall'istinto elementare del crescere e attraverso la complessa polemica della lotta, all'interno e all'esterno del gruppo, crea l'unità spirituale dello stato, la quale esprime la più alta personalità della vita morale»<sup>65</sup>.

Stando così le cose, non è davvero semplice spiegare che tipo di ispirazione possa aver fornito all'elaborazione mortatiana del 1940 la riflessione pregressa sul concetto di regime. Tuttavia, in quel complesso di prese di posizione che, per larga parte, non sembravano minimamente scalfire la

---

<sup>62</sup> *Ibid.*, p.180.

<sup>63</sup> L'espressione venne usata dal duce in un celebre discorso tenuto il 28 ottobre 1925 a Milano, in occasione del terzo anniversario della marcia su Roma.

<sup>64</sup> C. COSTAMAGNA, voce *Regime*, in *Dizionario di politica a cura del PNF*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1940, IV, p. 31.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 32.

tradizionale separazione orlandiana tra ordine politico e ordine giuridico, si aprirono almeno un paio di brecce.

La prima è frutto delle indagini svolte da un paio di giuristi della più giovane generazione: Giuseppe Chiarelli e Vincenzo Zangara. Il primo dedicò nel 1932 al concetto di regime un saggio specifico, il cui stesso *incipit* vale a chiarirne la rilevanza ai fini del presente ragionamento. Premesso «che può dirsi opinione dominante che il termine *Regime* corrisponda ad un concetto esclusivamente politico», sottolineava il giurista pugliese, proprio per questa ragione appare ancora più urgente un'analisi che lo esamini «*sub specie iuris*», allo scopo di «farne eventualmente un utile strumento di tecnica giuridica»<sup>66</sup>.

Chiarelli muoveva infatti dalla convinzione che il concetto di regime avesse «un intrinseco contenuto giuridico, in quanto sono le istituzioni giuridiche che caratterizzano un regime, traducendo in atto delle aspirazioni o degli ideali che trovano, attraverso il diritto, la loro realizzazione storica»<sup>67</sup>. Si tratta di parole che contengono *in nuce* la definizione di regime assunta da Chiarelli. Egli riconosce infatti che è alle istituzioni giuridiche che pertiene il compito di portare a realizzazione concreta gli scopi politici dello Stato ed è dunque in queste ultime, nel loro complessivo atteggiarsi e nelle relazioni che esse costruiscono tra loro, che andava rinvenuta una corretta interpretazione del concetto di regime in senso giuridico. Quest'ultimo quindi andava inteso come «l'insieme degli istituti giuridici coordinati allo scopo dell'attuazione di una determinata concezione politica dello Stato e della società»<sup>68</sup>.

Su posizioni non dissimili, si attestò pochi anni dopo anche Vincenzo Zangara che, nel suo volume dedicato a *Il Partito e lo Stato*, fornì la seguente definizione di regime: esso era «il sistema giuridico che considera la struttura e l'attività funzionale di un ordinamento giuridico statale»<sup>69</sup>. Per il giurista siciliano dunque due erano gli elementi che caratterizzavano il regime: a) «la struttura dell'ordinamento giuridico statale»; b) «il modo di essere e di funzionare degli organi e delle istituzioni dell'ordinamento giuridico medesimo». Anche se, a voler essere pignoli, forse gli elementi portanti diventavano addirittura tre perché sia la struttura ordinamentale sia il modo di essere e funzionare delle sue istituzioni si attuavano – a parere dell'autore – «secondo una regola, una legge [...] che sono i principi giu-

<sup>66</sup> G. CHIARELLI, *Il concetto di "Regime" nel diritto pubblico*, in «Archivio giuridico Filippo Serafini», CVII, fasc. 2 (1932), p. 203. In corsivo nel testo.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 212.

<sup>68</sup> *Ivi.* In corsivo nel testo.

<sup>69</sup> V. ZANGARA, *Il Partito e lo Stato*, SEM, Catania 1935, p. 33.

ridici del sistema stesso»<sup>70</sup>.

Che cosa hanno in comune queste due prese di posizione? Moltissime cose, a ben vedere. Innanzi tutto sia Chiarelli sia Zangara optano, rispetto alle riflessioni coeve, per una scelta di campo molto chiara: quella cioè di dare del concetto di regime un'interpretazione dogmatica, di attrarlo cioè all'interno delle mura della riflessione giuspubblicistica. La questione non è evidentemente di scarsa rilevanza. Se l'obiettivo di entrambi può essere considerato quello, per usare ancora le parole di Zangara, della «trasformazione di elementi estragiuridici in elementi giuridici», ci troviamo evidentemente di fronte ad un primo tentativo di abbattere il dogma totemico della separazione orlandiana tra ordine politico e ordine giuridico. Il tentativo era probabilmente solo abbozzato e certamente perfettibile, ma la strada imboccata era sufficientemente chiara. Non si trattava più di preservare l'ordine giuridico dai perniciosi influssi del dis-ordine politico; ma neppure si trattava più di ribaltare le priorità, rivalutando la dimensione metagiuridica a scapito di una dimensione tecnico-giuridica considerata servente. La sfida lanciata da Chiarelli e Zangara sembrava piuttosto un'altra, nuova e decisamente promettente: quella cioè di giuridificare il politico, ossia lanciare un ponte tra le due dimensioni che consentisse loro di dialogare e di assicurare quindi una continuità logica tra le premesse politiche e l'edificazione giuspubblicistica. Ma come riuscirci? Anche le strategie messe in campo dai due autori paiono sostanzialmente coincidenti. Chiarelli punta infatti sull'elemento del coordinamento degli istituti giuridici allo scopo di perseguire un determinato fine politico; Zangara pare esplicitare questo passaggio ancora più nel dettaglio, individuando due differenti modi di essere di quell'elemento coordinante: un fattore strutturale (il modo col quale vengono costruite le relazioni tra gli istituti giuridici) e un fattore funzionale (il concreto funzionamento, le fattive interazioni tra questi). C'è dunque un chiaro passo in avanti rispetto alla dicotomia orlandiana. Ordine politico e ordine giuridico non appaiono più come entità distinte, cristallizzate nelle rispettive specificità. E ad essere sinceri, ciò pare soprattutto dovuto ad un diverso modo di pensare l'ordinamento giuridico: non più astratta e teorica costruzione sistematica conclusa in sé, ma concreta articolazione di norme, principi e, soprattutto, modalità organizzative. È difficile non rinvenire in queste intuizioni il fertile lascito della visione ordinamentale del diritto teorizzata da Santi Romano che, tuttavia, alla dicotomia tra ordine politico e ordine giuridico si attenne sempre rigorosamente, rivelandosi, sotto questo profilo, persino più orlandiano di Orlando.

---

<sup>70</sup> Ivi.

Ma quello introdotto da Chiarelli e Zangara non fu l'unico strappo teorico nella ricostruzione del concetto di regime. Ve ne fu infatti almeno un secondo, che finì per aprire una frattura proprio all'interno delle riflessioni dei giuristi *engagé*. Ci si riferisce alla polemica sul tema che vide contrapposti Panunzio e Costamagna. Per quest'ultimo il regime «nella dottrina fascista» non poteva essere concepito «come qualche cosa di esterno allo stato» ma rappresentava invece «un elemento costitutivo dello stato stesso» e, più precisamente, quell'elemento destinato a orientarne politicamente e spiritualmente l'azione. Il bersaglio polemico del giurista ligure, peraltro dichiarato, erano le tesi del collega Panunzio, reo per l'appunto di voler collocare il concetto di regime fuori dalla cintatissima cittadella statale. Ma cosa sosteneva Panunzio? Conviene rifarsi alla sua opera più matura, la *Teoria generale dello Stato fascista* del 1937. Qui, con un esercizio di arte retorica tanto efficace sul piano comunicativo quanto vago su quello tecnico-giuridico, egli affermava: «l'idea si fa partito; il partito si fa regime; il regime si fa Stato»<sup>71</sup>. Siamo di fronte al classico approccio panunziano al diritto costituzionale, che mirava a tenere assieme dimensione statica e dimensione dinamica della scienza. Lo si comprende bene analizzando la sua ricostruzione del rapporto fra Stato e Partito o, sarebbe meglio dire, della transizione dal Partito-Stato allo Stato-Partito. Sotto un profilo dinamico, affermava il giurista pugliese, il Partito «è *prima*, è *più* dello Stato», è «lo Stato in marcia, lo Stato *condendus*»; viceversa, «da un punto di vista *statico*, logico-giuridico, formale, dommatico lo Stato è tutto, ed il Partito vien *dopo*, è una *parte*, è un *organo* dello Stato»<sup>72</sup>. Per Panunzio dunque, ricostruzioni teoriche quali quelle del collega Costamagna coglievano solo una parte della realtà del diritto costituzionale, quella statica, dello *jus conditum*. Ma ne esisteva evidentemente anche un'altra, che apparteneva alla sfera dello *jus condendum* e che interrogava i giuristi sull'origine, necessariamente sociale, dell'istituzione statale. Era in questa seconda dimensione che egli collocava teoricamente il concetto di regime, elemento di passaggio tra Partito e Stato e dunque, tra società e istituzioni.

È evidente l'insufficienza teorica della sistemazione di Panunzio che, al pari di molti giuristi fedeli a Mussolini, finiva spesso per privilegiare l'artificio retorico a scapito del rigore dogmatico. Non è un caso, infatti, che gli attributi della dogmaticità e del rigore giuridico egli, nella sua ricostruzione, li riservasse unicamente alla dimensione statica del diritto costitu-

<sup>71</sup> PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato fascista*, cit. nt. 55, p. 547.

<sup>72</sup> S. PANUNZIO, *Lo Stato-Partito*, conferenza tenuta il 1 maggio 1933, ora in ID., *Il fondamento giuridico del fascismo*, Bonacci, Roma 1987, p. 268. I corsivi sono nel testo.

zionale. Ma non è meno evidente la straordinaria novità che Panunzio introdusse nel dibattito, mettendo chiaramente a fuoco la necessità per il costituzionalista di indagare anche il momento genetico dell'istituzione statutale. E se a questa eredità, si somma anche l'altra (la cui paternità si è qui ascritta a ricostruzioni quali quelle di Chiarelli e Zangara), che pose con non minor forza il tema della giuridicizzazione del politico, sembra possibile adesso farsi un'idea un po' più chiara della rilevanza che la riflessione svolta attorno al concetto di regime ebbe per la teorizzazione mortatiana e per l'idea di costituzione in senso materiale. In fin dei conti, lo spazio che si colloca tra l'elaborazione politica prodotta dalla società e la sua cristallizzazione in istituzioni giuridiche è esattamente lo spazio della costituzione, di quella costituzione chiamata a generare uno «Stato di tipo nuovo»<sup>73</sup> che – dal secondo dopoguerra – noi abbiamo preso a chiamare Stato costituzionale<sup>74</sup>. Ma se vogliamo rinvenire le radici profonde di questa elaborazione è negli anni Trenta che dobbiamo cercare, per poi tornare ad apprezzare ancora di più la formidabile intuizione di Mortati che, prima e più di ogni altro, seppe correttamente riconoscere quello spazio come eminentemente giuridico.

---

<sup>73</sup> M. FIORAVANTI, *Costantino Mortati: uno Stato «di tipo nuovo»*, in «Nomos», 3/2013.

<sup>74</sup> E. CHELI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli 2006.