



GAETANO AZZARITI\*

## RIFLESSIONI SU COSTANTINO MORTATI, “*LA VOLONTÀ E LA CAUSA NELL’ATTO AMMINISTRATIVO E NELLA LEGGE, 1935*”\*\*

Qualificherei lo scritto di Costantino Mortati del 1935 dedicato alla volontà e alla causa nell’atto amministrativo e nella legge in questo modo: uno studio sui confini del diritto, finalizzato ad esaminare il valore giuridico delle norme sociali, quelle ritenute normalmente non giuridiche, elaborate dalla coscienza sociale e a cui la legge – al massimo - implicitamente rinvia.

Uno studio, a ben pensarci, tanto più utile oggi, ove persino il diritto scritto, di natura imperativa, sembra valere sì, ma... solo “fino ad un certo punto”; dove il potere e l’arroganza dei forti sembrano avere la forza di travolgere le più antiche consuetudini, smentendo le norme sociali che si pongono alla base della convivenza civile; dove atti di violenza contro l’umanità non trovano alcun freno nella legge, anche se platealmente violata.

Potremmo dunque utilmente tornare a riflettere sulla necessità di far valere la volontà e le cause sociali che sono dietro agli atti dei poteri e alle leggi degli Stati.

2. La prospettiva di Mortati è contrassegnata da una visione organicistica dei rapporti sociali. Una visione – quella dell’organicismo solidarista d’impronta cattolica – che vale a caratterizzare l’intera produzione del maestro calabro-albanese: dalle riflessioni sulla costituzione a quelle svolte dall’autore su altri argomenti sempre centrali, ma più specifici come il lavoro o la sovranità popolare.

Una prospettiva che lo ha portato costantemente a ricercare forme di oggettivizzazione del diritto, a scapito del momento soggettivo in nome di un’armonia sociale complessiva.

In alcuni casi con addirittura un eccesso di chiusura rispetto alle dinamiche sociali e alla realtà del non costituito. Ben diverso, ad esempio, dalle ricostruzioni che nello stesso torno di tempo e su argomenti paralleli stava svolgendo l’altro grande maestro del diritto pubblico e amministrativo Massimo Severo Giannini.

\* Professore ordinario di Diritto costituzionale – Sapienza Università di Roma.

\*\* Relazione al Convegno *Mortati nella scienza costituzionalistica italiana ed europea*, prima giornata delle *Celebrazioni per il 40° anniversario della scomparsa di Costantino Mortati (1891-1985)*, promosse sotto l’Alto patronato del Presidente della Repubblica, 15 ottobre 2025, Sapienza - Università di Roma.

Come dimostra l'epico scontro tra i due che si sviluppo poco dopo, nel 1941-42, sulla rivista «Stato e diritto» proprio a proposito della rilevanza giuridica delle norme sociali, sul merito amministrativo e sul potere discrezionale. Visioni per molti aspetti inconciliabili tra loro, ma unite in un unitario sforzo di dare un fondamento giuridico-costituzionale all'azione dei pubblici poteri.

D'altronde erano quelli gli anni – prima dell'inizio della Seconda guerra mondiale, dunque con un regime ancora in piena salute – in cui la dottrina costituzionalista poneva le fondamenta per la crescita di quei principi giuridici di fondo che poi, nel secondo dopoguerra in un ambiente sociale, politico e culturale assai diverso se non opposto, andranno a conformare l'ordinamento costituzionale.

E già questo è un primo spunto di riflessione che andrebbe coltivato, mentre è assai poco presente nel dibattito attuale, tutto schiacciato sul contingente o sulle più evidenti ragioni politico-culturali, rischiando così di non far vedere alcune questioni di fondo.

Forse dovremmo scoprire anche noi costituzionalisti la *longue durée* degli istituti e dei principi che attraversano i regimi, nonché il ruolo degli intellettuali che hanno precorso i tempi, a prescindere dalla loro collocazione entro il regime.

In ogni caso è un fatto che la centralità del diritto e della costituzione come norma, nonché la necessità di dare un fondamento giuridico alla attività dei pubblici poteri fu l'impegno principale e più fruttuoso della giovane dottrina dei costituzionalisti del tempo. Basta qui richiamare gli studi che nel volgere di pochissimi anni divennero dei pilastri della storia del pensiero giuridico del Novecento: oltre alla costituzione in senso materiale dello stesso Mortati, anche lo studio sull'indirizzo politico di Vezio Crisafulli o il classico sulla validità della legge di Carlo Esposito. Tutte opere che diedero fondamento ad una nuova centralità giuridica della costituzione ed espressero la richiesta di una riconduzione ad essa dei fatti sociali: veicolati dalle forze politiche, espressi in definiti indirizzi politici, circoscritti dai limiti propri della validità delle leggi: Fatti, forze, indirizzi e limiti che dovevano essere tutti ricondotti alla legge suprema, ad una costituzione i cui caratteri di democraticità non erano ancora stati fissati.

3. Passando ora al contenuto, alle modalità e ai limiti della giurisdizionalizzazione dei fatti, al rilievo da dare alle norme non giuridiche, alla volontà e alla causa, a quel che più ampiamente abbiamo inizialmente chiamato “i confini del diritto”, si avverte che questi sono confini mobili, forse vere e proprie sabbie mobili.

Coinvolgono – dirà Mortati – non solo un ramo del diritto, quello amministrativo, ma rappresentano una figura generale del diritto. Non solo quando il soggetto che opera è un'amministrazione pubblica, ma anche quando questo è un privato (la prima sezione dello studio è appunto dedicata al rilievo della volontà e della causa nel diritto privato). Ma, oltre ai privati, oltre la stessa amministrazione, persino il legislatore e dunque la legge devono sottostare a limiti extranormativi, altro che onnipotenza della legge o esaltazione del potere assoluto.

Sotto questo profilo – in realtà – si possono riscontrare non poche differenze rispetto allo studio di pochi anni prima (1931) sull'*ordinamento del governo*, il quale mi sembra improntato ad uno spirito più attento alla necessità di dare forma giuridica alla funzione governativa come quarta funzione unificante rispetto alle tre tradizionali, così come preteso dal nuovo ordinamento corporativo fascista. Più “politico”, dunque, il primo studio richiamato, ma anche più contingente. Distante dallo sforzo teorico generale e ricostruttivo riscontrabile nello scritto sulla *volontà e la causa*. Tralascio comunque in questa sede di approfondire le eventuali contraddizioni tra i due testi.

Nel nostro caso, l'intero studio – la problematica in sé – evidenzia anzitutto la necessità di rendere i vizi della volontà “oggettivi”, o quantomeno “oggettivizzabili”, non cioè solo arbitrariamente rilevabili da un soggetto terzo, ad iniziare dal giudice ovvero dai controllori dell'attività privata, amministrativa ovvero legislativa. Mortati è consapevole che la coscienza sociale può essere manipolata, ma proprio per questo deve essere studiata nella sua realtà effettuale.

Non può essere il sovrano a definirla, ma è legata ai rinvii – fossero anche impliciti – della legge e poi oggettivamente riscontrabili. Scriverà Mortati: è l'indeterminatezza delle norme che «richiede da parte dell'interprete quello stesso lavoro compiuto dal legislatore, allorché estrae dalla coscienza sociale una particolare regola di condotta, preesistente a questa, ma allo stato generico e, per così dire, indifferenziato» (p. 604).

È chiaro che si lascia così grande spazio al non previsto, ma è anche vero che in tal modo si evidenzia la necessità di una più rigorosa teoria dell'interpretazione, la quale – dirà ancora Mortati – potrà pure «trascendere la volontà del legislatore reale», ma in una prospettiva teologica, per assicurare il rispetto della causa della legge stessa.

4. Persino il «motivo», che – come specificherà Mortati - deve essere inteso «nel significato psicologico della parola» può essere preso in considerazione e portare all'invalidità dell'atto, farsi cioè valere come vizio della volontà. Certo un motivo che non può rimanere del tutto estraneo all'atto giuridico compiuto, ma che deve rientrare nel contenuto economico, nell'utilità materiale, nel fine perseguito dall'atto posto in essere.

E l'esempio da lui portato mi sembra di una straordinaria e simbolica attualità. Scrive che non può certo essere considerato immorale la vendita di un oggetto destinato ad essere usato in una casa di tolleranza, né un mutuo destinato ad aprire una di tali case. Se però l'oggetto fosse venduto ad un prezzo superiore o il mutuo fosse concesso con modalità tali da far pensare ad una partecipazione agli utili, allora lo scopo immorale verrebbe a essere incorporato nell'atto, con l'effetto di rendere nullo interamente l'atto stesso. La causa illecita, dunque, renderebbe nulla la vendita per violazione di una norma diversa a cui la legge se non direttamente, almeno indirettamente rinvia.

Mi chiedo se non sia questo il caso della vendita di armi a paesi oggi belligeranti? Contratti o accordi viziati nella causa non tanto o solo perché posti in essere in violazione di legge (n. 185 del 1990), ma anche in ragione dell'illecita utilizzazione, cui siamo consapevolmente partecipi, quando le armi sono utilizzate per ragioni immorali (ovvero per

violazione del principio legato al ripudio della guerra come strumento di offesa alla libertà dei popoli).

Sarebbero allora da dichiarare nulli tutti i contratti posti in essere, anche quelli conclusi in passato ma tutt'ora vigenti, di vendita di armi ad Israele. Di più potrebbe sostenersi che può rinvenirsi una causa di nullità in tutti gli atti che oggi permettono la partecipazione alle ricerche dual use ed ogni collaborazione con gli Stati che violano diritti umani. Direi una prospettiva interessante di questi tempi.

Lascio a voi il seguito della riflessione.

5. Con l'entrata in vigore della Costituzione, il quadro cambia. Così anche la ricerca delle regole elaborate dalla coscienza sociale assume una dimensione costituzionale, inedita in precedenza.

Almeno per tre profili, tra loro collegati.

Anzitutto non può più dirsi che quando la legge attribuisce un determinato potere esso può limitarsi a conferire una competenza. Già Mortati rileva in proposito che in ogni caso, oltre alla competenza, la legge dispone anche un implicito rinvio (in virtù di una massima generale, implicitamente richiamata) alle norme non giuridiche, che disciplinano l'attività diretta allo scopo. Ora, con l'entrata in vigore della costituzione rigida e assiologicamente orientata, possiamo ben dire che è del tutto esplicito il rinvio alle norme sociali scritte in costituzione, cui le leggi e l'intera attività pubblica deve assoggettarsi. Un'attribuzione di competenza non potrà mai violare una norma sociale che opera *secundum constitutionem*, anche se essa non fosse scritta nella legge. Sarà quest'ultima – la legge - in caso che dovrà essere dichiarata incostituzionale. Quel che voglio sottolineare è dunque e solo che le norme non scritte operano ormai sul piano dei principi inscritti nella costituzione. E che norme di mera attribuzione di competenza (ovvero: di potere a soggetti determinati) non sono più ipotizzabili.

In secondo luogo, se, vigente lo statuto albertino, tanto più durante il fascismo, già Mortati rilevava che nel campo proprio del diritto costituzionale v'è la «necessità di trovare la determinazione giuridica di certi obblighi gravanti su organi costituzionali» affidandosi non a leggi scritte, ma a norme non scritte, come la correttezza costituzionale, ovvero convenzioni, consuetudini o figure affini, che regolano ad esempio il governo di gabinetto; ora a costituzione vigente dobbiamo rilevare come gran parte delle regole della forma di governo sono definite da norme non scritte, ma di derivazione consuetudinaria. È la questione delle convenzioni costituzionali e delle leggi non scritte che regge quasi per intero i rapporti tra poteri ad entrare in gioco. Quelle norme senza gerarchia, ma supreme su cui ci si interroga con particolare intensità da che è entrata in vigore la nostra costituzione. Questione ancora per nulla risolta. In questa situazione, leggere Mortati può servire ancora oggi a capire come nel diritto costituzionale il fatto può diventare diritto attraverso una norma non scritta, mentre l'errata applicazione di una norma giuridica può portare a violare la volontà e la causa della costituzione scritta.

Infine, “l’oggettivizzazione del volere” e il ruolo della coscienza sociale nel diritto non può oggi che fare i conti con l’interpretazione costituzionale, l’ermeneutica costituzionale. Non è più solo, come scrive Mortati, un problema di eccesso di potere (nel caso degli atti dell’amministrazione) o di abuso del diritto (nel caso delle leggi). Semmai è un caso di interpretazione evolutiva che deve considerare il ruolo della coscienza sociale e delle sue trasformazioni. In fondo, a ben pensarci, da sempre il giudice delle leggi dichiara l’illegittimità delle leggi perché non (o non più) conformi ai costumi sociali, alle regole non scritte: dal caso risalente del reato d’adulterio alla più recente giurisprudenza, sin troppo creativa, dei giudici, anche di quelli costituzionali, sappiamo che i confini del diritto non sono riducibili solo alle norme, al *positum*. Sappiamo che la volontà e la causa, non possono essere del tutto estranee alle valutazioni dei giuristi. Sappiamo che i fatti premono sul diritto, che il contesto condiziona il testo.

Concludo richiamando un altro Maestro che da tempo si era posta la questione del rapporto, del ruolo e dei confini del diritto: Santi Romano già nel 1918 scriveva che il diritto non può risolversi solo nella mera sommatoria delle norme e che per la comprensione esatta del fenomeno giuridico appare necessario integrare la conoscenza del diritto con altri elementi extragiuridici, «di cui non si tiene comunemente conto e che invece sembrano più essenziali e caratteristici». Non sono le norme a creare i fatti, ma viceversa. Ed è per questo che il vero problema della scienza giuridica è chiedersi come i fatti, le forze sociali, la società organizzata, vengono organizzati e si trasformano per ciò stesso in diritto. La questione è stata da tempo chiaramente posta e non appare eludibile, anche se forse è irrisolvibile.