



PAOLO CARNEVALE *

“ECCELLENTISSIMA CORTE”.

**COSTANTINO MORTATI AVVOCATO DINANZI ALLA CORTE
COSTITUZIONALE (ANNI 1956-1960)****

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive sulla scelta del tema – 2. Sguardo preliminare sull’attività dell’avvocato Mortati nei giudizi di costituzionalità – 3. Analisi dell’attività svolta – 3.1. *Segue*: lo stile e l’impostazione degli atti difensivi – 3.2. *Segue*: la predilezione per la trattazione dei profili teorici e sistemici – 3.3. *Segue*: ancora su quella predilezione – 4. Confronto fra le tesi sostenute nelle memorie e nella produzione scientifica – 5. Conclusione

1. Considerazioni introduttive sulla scelta del tema

Quando il professor Fulco Lanchester mi ha proposto di svolgere un intervento in occasione del Convegno organizzato per celebrare la figura di Costantino Mortati nel quarantesimo anniversario della sua morte, debbo confessare di aver nutrito una sensazione di sottile soddisfazione o, come si direbbe in un linguaggio un po’ desueto e forse larvatamente affettato, mi sono sentito onorato.

Quando poi mi si è palesato il *parterre* degli interventori, quella sensazione s’è d’improvviso affievolita per l’irrompere di un opposto sentimento di inadeguatezza, presto però soverchiato nel mio animo dal senso di inquietudine ingenerato dalla comunicazione del *thema*: Costantino Mortati e la Corte costituzionale.

Innanzitutto, è tornato alla mente un ricordo personale legato ad una vicenda oramai lontana. Mi riferisco a quella sorta di (disperata) impresa collettiva che fu l’aggiornamento del manuale/trattato delle *Istituzioni di diritto pubblico* di Mortati, sotto la guida dei proff.

* Già Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico – Università Roma Tre.

** 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.

Devo due ringraziamenti per l’elaborazione del presente studio. Il primo va all’Archivio storico della Corte costituzionale che, con grande disponibilità ed estrema solerzia, mi ha consentito di disporre degli originali scansionati dei testi delle memorie difensive e delle deduzioni sottoscritte da Costantino Mortati in qualità di avvocato nei giudizi innanzi alla Corte costituzionale. Il secondo va alla professoressa Tatiana Guarnier che, con la consueta acutezza e sollecitudine, di quel materiale mi ha fornito una prima lettura sistematica e suggerito alcune linee di indagine. Senza entrambi gli apporti questo lavoro verosimilmente non avrebbe visto la luce

Antonio Baldassarre, Carlo Mezzanotte e Franco Modugno. L'ultima edizione era, infatti, ferma agli anni 1975-1976. A me, allora giovane ricercatore in attesa dell'espletamento del pluriennale concorso di seconda fascia poi conclusosi nel 1996, venne assegnato il compito di aggiornare, nel secondo volume, proprio la parte dedicata alla giustizia costituzionale.

Ora, quella impresa, come molti sanno, conseguì un primo importante risultato con la pubblicazione nel 1991 della versione aggiornata del primo volume. Ma si trattò di un esito ingannevole. E già perché il primo volume, dedicato per buona parte a profili di teoria generale e alla definizione dei concetti giuridici fondamentali, più facilmente si prestava all'aggiornamento secondo la regola "capestro" posta dall'editore Cedam. Quella per cui non era possibile operare sul testo con riformulazioni, ma con interventi di modifica per "addizione", introducendo cioè frasi, periodi, frammenti testuali evidenziati da indici iniziali e finali – si trattava di due triangolini orientati in modo opposto – mercé interpolazione del testo. Ciò che doveva dare al lettore, da un verso, l'immediata percezione dell'avvenuto mutamento; dall'altro, la perduranza della originale formulazione dell'Autore.

Il lavoro si protrasse per molti mesi – io, debbo dire, mi impegnai molto per riuscire nel difficile compito affidatomi. Man mano che l'operazione andava avanti, però, ci si rese conto in modo sempre più chiaro che si trattava di una "missione impossibile", giacché il grado di obsolescenza della parte contenuta nel secondo volume del Manuale era assolutamente incompatibile con la tecnica della mera inframmettenza. Bisognava riscrivere, revisionare il testo piuttosto che fare lo slalom tra le parole. Ma questo – come detto – non era consentito.

Per farla breve, non se ne fece nulla. Per parafrasare Shakespeare: "Much effort about nothing".

Chiuso questo *flashback*, l'inquietudine in me si è riaffacciata imperiosa, spinta dalla consapevolezza che si trattasse di un tema molto ampio, date la molteplicità, ricchezza ed articolazione del contributo di Costantino Mortati in materia, e soprattutto di un terreno arato e percorso ripetutamente dalla migliore e più autorevole dottrina. Cosa poteva aggiungere uno come me? Potevo individuare spazi non ancora esplorati in cui avere una parola da dire? E poi quel *parterre* di relatori con cui condividere il tavolo, che di quella autorevole dottrina era diretta espressione? Insomma, c'era di che preoccuparsi.

Ed allora – come pure capita in simili frangenti – pensai di poter rovesciare il tavolo, mutando la prospettiva. Eh sì, perché, se è vero che il tema – Mortati e la Corte costituzionale – evocava immediatamente gli studi condotti dal grande Maestro sul ruolo, l'azione e la funzione di quest'ultima nel sistema, vi poteva essere anche un'altra angolatura da cui guardare a quel rapporto.

Si poteva, per prima cosa, pensare a quel nesso mercè l'identificazione dei due elementi della relazione. In sostanza, passare da "Mortati e la Corte costituzionale" a "Mortati è la Corte costituzionale", quindi esaminare e riflettere sull'apporto offerto alla Corte da Costantino Mortati come giudice della stessa nei dodici anni del suo mandato (1960-1972). Ho immaginato si potesse fare una rilettura organica delle pronunzie in cui ha ricoperto il ruolo di relatore. Ed allora ho cominciato a chiedermi: era isolabile il suo specifico apporto

all'interno del collegio? Vi era qualche decisione che potesse appellarsi come decisione "Mortati"?

Nel tentare di rispondere a questi interrogativi, mi son detto che nulla assicura che, pure per le 150 decisioni in cui fu relatore, il suo personale punto di vista abbia trovato corrispondenza (o piena corrispondenza) nel testo della motivazione della decisione, dati il peso (allora) ancor più rilevante del principio di collegialità, quasi plasticamente manifestato dalla sottoscrizione delle pronunzie da parte di ciascun giudice, e il fatto che «il segreto attinente a quanto è accaduto in camera di consiglio non consente di determinare i contributi arrecati da ciascuno»¹. Anzi – com'è stato osservato – non furono certo rari i casi in cui «i progetti di decisioni da lui redatti subirono [...] modificazioni a seguito della discussione cui erano sottoposti in sede di "rilettura" in camera di consiglio»². Per contro ad essere assolutamente non censibile, né documentabile (ancorché indiscutibile, per come testimoniato dai suoi colleghi) è il contributo dato alla formazione e alla motivazione delle pronunzie in cui non rivestì il ruolo di giudice relatore³.

Poi ovviamente ho pensato alla notissima *querelle* che lo vide protagonista – da giudice costituzionale, sì, ma nella veste in quel caso di giudice-(auto)normatore – del tentativo di modifica delle norme integrative allo scopo di introdurre l'istituto della opinione dissenziente. Vicenda il cui esito – come ognun sa – non fu positivo per il Nostro.

A tutto questo s'è aggiunto un ulteriore elemento: l'esistenza "in materia" dell'ottimo saggio dedicato all'analisi della sua attività a Palazzo della Consulta, intitolato "Mortati e la Corte costituzionale", frutto della penna di Vittoriana Carusi e Alessandro Pizzorusso, che con Mortati – l'uno come assistente di studio, l'altra come segretaria particolare – collaborarono direttamente per diversi anni del suo mandato⁴. Saggio che si avvale, per questo, oltre che dell'incontestabile valore degli Autori, della possibilità di attingere, nell'analisi, a quello "sguardo dall'interno" che solo l'esperienza personale può consentire.

Mi dibattevo, arrovellandomi, intorno a queste varie considerazioni, quando mi ha raggiunto un'altra suggestione. Beh, mi son detto, il rapporto fra Mortati e la Corte ha pure una terza possibile declinazione: quella forense. Quella, cioè, del Mortati avvocato patrocinatore di cause davanti a quel supremo Collegio. L'idea – debbo confessare – mi ha subito conquistato, anche perché, salvo sporadici riferimenti, mi sembrava in buona misura proiettarmi in quel terreno quasi verginale implicitamente evocato all'inizio che aveva il grande pregio di sottrarmi alla (ingombrante) competizione scientifica.

¹ Così P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Il contributo di Costantino Mortati al diritto costituzionale italiano (in occasione degli "scritti" editi in suo onore*, ne *Il Politico*, n. 2 del 1978, 255.

² Vedi V. CARUSI-A. PIZZORUSSO, *Mortati e la Corte costituzionale*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Costantino Mortati, costituzionalista calabrese*, Napoli, 1989, 205.

³ V. CARUSI-A. PIZZORUSSO, *Mortati e la Corte costituzionale*, cit., 208-209, i quali ricordano la testimonianza del Presidente Bonifacio, che ebbe a dire che Mortati nel collegio «fu un "sicuro punto di riferimento": l'incidenza del suo pensiero fu notevole in ogni occasione e di gran lunga superiore a quella che può essere documentata attraverso l'esame delle sentenze di cui fu relatore; sicché anche successivamente la Corte poté lavorare su "presupposti" maturati nel periodo in cui Mortati fu membro di essa, giacché egli svolse sempre i suoi interventi in modo estremamente approfondito su tutte le cause che dovevano essere decise, e non solo su quelle di cui fu relatore».

⁴ È il testo di cui *supra* in nt. (3).

Non sapevo bene, se ed in qual misura vi fosse – come si dice – “tela da tessere” e soprattutto se io fossi in grado di farlo, ma al pari dei naviganti “trasportati dai flutti” del Senofonte della *Ciropedia* – che, «per quanto solchino il mare, non possiedono il tratto che lasciano dietro di sé, più di quanto non possiedano il tratto che devono ancora solcare»⁵ – pur privo di bussola e di consapevolezza mi sono irrazionalmente persuaso che quella fosse la strada da seguire.

Che sia stata o meno una buona intuizione, non so dirlo, solo le pagine che seguono possono fornire a chi si ponga questa domanda elementi di valutazione.

2. Sguardo preliminare sull'attività dell'avvocato Mortati nei giudizi di costituzionalità

Partirei da qualche elemento di carattere generale.

Costantino Mortati, nell'arco temporale che va dal giugno 1956 – mese di inizio dell'attività della Corte costituzionale – al dicembre 1960 – quando, cioè, fu nominato giudice costituzionale dal Presidente Gronchi – ha assunto la veste di avvocato innanzi alla Corte in un numero non particolarmente esteso di casi. Si tratta delle cause oggetto delle seguenti pronunzie: la n. 1 e la n. 8 del 1956; la n. 37 e la n. 109 del 1957; la n. 4 e la n. 53 del 1958; la n. 11, la n. 16, la n. 33 e la n. 59 del 1960. A queste presenze, ne andrebbe *quodammodo* aggiunta un'altra abbastanza singolare, dato il suo carattere – per dir così – obliquo. Mi riferisco alla circostanza di apparire come estensore di un parere citato nella memoria difensiva presentata dalla Regione Trentino-Alto Adige promotrice della questione di legittimità costituzionale decisa con la sentenza n. 15 del 1956, la cui difesa era assunta dal Prof. Giorgio Balladore Pallieri⁶.

Terminato il mandato di giudice costituzionale nel dicembre del 1972, Mortati non indossa più le vesti di avvocato presso la Corte, limitandosi a maneggiare la giustizia costituzionale nei soli panni dello studioso. Non così alcuni suoi colleghi, come, ad esempio, Aldo M. Sandulli, Giuseppe Chiarelli, Vezio Crisafulli che, smessa la toga da giudice, tornarono ad assumere quella da avvocato dinanzi al Supremo Consesso. Taluno in modo episodico, talaltro con maggiore continuità e frequenza.

Si tratta, nel complesso, di un'attività forense non particolarmente intensa (e, in conseguenza, di un patrimonio di indagine abbastanza contenuto), se la si raffronta con

⁵ SENOFONTE, *Ciropedia*, a cura di F. Ferrari, II, Milano, 2001, 505.

⁶ In apertura del ritenuto in fatto si dice, infatti, che con «deliberazione in data 31 gennaio 1956 il Consiglio regionale del Trentino-Alto Adige decideva di impugnare davanti alla Corte costituzionale gli artt. 2, 5, 8, 9 e 15 del decreto del Presidente della Repubblica 27 marzo 1952, n. 354, contenente "Norme di attuazione dello Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, relative al turismo e alle industrie alberghiere". In esecuzione di tale deliberazione e di quella 8 febbraio 1956 della Giunta regionale, veniva proposto il ricorso, notificato al Presidente del Consiglio dei Ministri il 18 febbraio 1956 e depositato in cancelleria il 25 successivo. Per la Presidenza del Consiglio si costituiva l'Avvocatura generale dello Stato, che depositava le proprie deduzioni il 9 marzo. Successivamente venivano depositate memorie illustrative con estratti di pareri redatti dal prof. Costantino Mortati e dal prof. Giorgio Balladore Pallieri». È qui solo il caso di segnalare la singolarità del riferimento ad un parere reso da chi – Balladore Pallieri – era anche avvocato nel giudizio.

quella svolta da altri avvocati-professori della sua generazione. Limitandosi alla cerchia dei giuspubblicisti, ad esempio, si rileva che: Giuseppe Guarino, nello stesso arco temporale, compare innanzi alla Corte nei panni di avvocato in occasione di una ventina di cause; ammontano all'incirca ad una quindicina quelle che vedono coinvolti Massimo Severo Giannini e Pietro Virga, sia pur quest'ultimo nell'esclusiva veste di difensore della Regione Sicilia; si attestano invece intorno, ove più ove meno, alla stessa entità (*i. e.* una decina) le cause patrocinata da Vezio Crisafulli, Giuseppe Chiarelli e Giorgio Balladore-Pallieri.

Peraltro, nel nostro caso, a prevalere sono ipotesi di difesa collettiva in cui il Nostro sottoscrive atti insieme ad altri colleghi con i quali condivide la responsabilità del patrocinio: se ne contano sei su dieci.

Quanto infine agli esiti, la valutazione è presto fatta: quelli negativi ammontano a sette, ancorché il dato quantitativo andrebbe – come dire – riequilibrato, tendo conto, da un verso, che la sconfitta nella causa di cui alla sentenza n. 8 del 1956 in materia di poteri di ordinanza prefettizi *ex art. 2 T.U.L.P.S.* può considerarsi un insuccesso *gravidus di futuro successo*, posto che quella decisione interpretativa di rigetto – come ognuno sa – sarebbe stata seguita, di lì a qualche anno e con Mortati a quel punto giudice della Corte, da una pronuncia di verso opposto, di accoglimento interpretativo. Dall'altro, va detto che una delle vittorie, quella nella causa di cui alla sentenza n. 33 del 1960 in tema di parità di accesso alle donne ai pubblici uffici, ha avuto notorietà e valenza tali da recuperare in buona misura lo svantaggio dei successi sulle sconfitte.

Ciò detto, bisogna ora abbandonare il piano delle considerazioni preliminari ed avviarsi ad un'analisi più specifica. È quanto mi accingo a fare.

3. Analisi dell'attività svolta

Col dire "analisi più specifica" non intendo alludere ad un esame particolareggiato delle singole deduzioni e memorie presentate o, comunque, sottoscritte da Costantino Mortati. Richiederebbe un'illustrazione delle varie questioni nei loro aspetti particolari – talora interessanti e di spessore, talaltra marginali e secondari – assieme ad una delucidazione dei peculiari problemi di costituzionalità sottesi, con il rischio serio di dispersione per eccesso di minuzia e di eccedenza descrittiva. Peraltro, questa non potrebbe essere la sede per compierlo.

Intendo piuttosto condurre un'indagine a largo spettro, volta ad individuare linee di tendenza, indirizzi, tratti significativi dell'operato di Costantino Mortati-avvocato innanzi alla Corte costituzionale, per come risultanti da quelle deduzioni e da quelle memorie. Ciò al fine di valutare se da quegli elementi possa dedursi una particolare "postura" del Nostro.

A questo proposito, credo sia possibile utilizzare una chiave di lettura di carattere generale, in grado di individuare una sorta di matrice, di ragione motrice dell'attività dell'avvocato Mortati nei giudizi di costituzionalità. Per farlo, è necessario far leva sul rapporto fra le due vesti professionali indossate all'epoca da Mortati – plasticamente

evocate dallo stesso nella sibillina risposta data in forma interrogativa alla dottoressa Rosa Oliva che lo informava di quella vicenda concorsuale che lo avrebbe spinto a patrocinare la causa all'origine della storica sentenza n. 33 del 1960 della Corte costituzionale, su cui tornerò in chiusura – quella del *professore universitario* e quella, per l'appunto, dell'*avvocato*.

Ebbene, ciò che emerge dall'analisi compiuta è che, pur nel ruolo forense, la prima veste abbia avuto decisamente il sopravvento sulla seconda. Insomma, la toga dell'avvocato si è al più sovrapposta, ma non sostituita all'abito del professore che è rimasto ben saldo indosso al Nostro.

A testimoniare una serie di indicatori, la cui rilevanza – lo dico in apertura per anticipare una possibile obiezione – non può essere messa in discussione opinando che le deduzioni e memorie, come detto, spesso sono sottoscritte in condivisione con altri (uno o più) avvocati. Ciò in quanto, l'invarianza degli aspetti da essi evidenziati al mutare del *partner* di turno corrobora l'idea della riconducibilità allo specifico apporto del Maestro calabrese.

3.1. *Segue*: lo stile e l'impostazione degli atti difensivi

Prendo le mosse dallo stile di redazione degli atti, il quale si caratterizza per un nutrito e diffuso corpo di riferimenti alla dottrina, con illustrazione delle diverse posizioni emerse nel dibattito fra gli studiosi, per lo più facendo richiamo ad opere ed autori specifici, come si farebbe in un lavoro scientifico. Non solo, spesso quei richiami vengono compiuti apponendo in calce al (o nel corpo del) testo delle vere e proprie note, con indicazione di autore, titolo dell'opera, anno di pubblicazione e pagina. In un caso – in occasione della celeberrima causa culminata nella sentenza n. 1 del 1956 – la memoria risulta addirittura provvista di titolo – “Sulla legittimità costituzionale delle leggi anteriori a Costituzione” – e finisce poi per essere *sic et simpliciter* pubblicata in quello stesso anno dall'editore Luigi Morara⁷.

È in questo scritto d'esordio del Mortati-avvocato che si registra, ad esempio, accanto al complessivo tenore teorico dell'argomentare, un diffuso e molto professorale passaggio sulla comparazione del diverso atteggiamento dei giuristi – Saredo *in primis* – e della giurisprudenza a valle dell'adozione dello Statuto albertino, rispetto a quello tenuto dopo l'avvento della Costituzione repubblicana in merito alla possibilità del ricorso all'abrogazione per la soluzione delle antinomie fra leggi e costituzione sopravvenuta⁸.

⁷ Si noti che lo scritto pubblicato, nonostante la congiunta sottoscrizione della Memoria da parte degli avvocati Achille Battaglia e Costantino Mortati, reca sul frontespizio solo il nome del primo – che peraltro appare, come in molti altri casi di patrocinio congiunto in cui risulta coinvolto il Nostro, con la qualifica di estensore – e un sottotitolo che ha il tenore dell'intestazione dell'atto difensivo: “Memoria presentata alla Corte costituzionale nell'interesse di Dini Renato e Figlinesi Alfredo, nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 113 Leggi P. S.”.

⁸ Cfr. pp. 8-13 della Memoria. Interessante la conclusione cui si perviene: il fatto che dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana «il principio delle abrogazioni tacite ha operato assai scarsamente» si deve anche all'introduzione di un giudice al quale è stato riservato «il supremo controllo costituzionale, con definitiva obbligatorietà giuridica delle sue decisioni». Sarebbe questa la ragione della circostanza per cui, nonostante «il loro contrasto con i principi fondamentali del nuovo ordinamento, molte leggi e norme di legge sono rimaste in vita ed hanno ricevuto una vera e propria convalidazione storica», perché potesse su di esse operare «il sindacato di costituzionalità affidato a questo Supremo Consesso». Supremo Consesso che per questo non potrebbe esimersi dal suo esercizio, «senza venir meno ai suoi compiti e alla sua vera ragion d'essere» (p. 13).

Ma non mancano altrove vere e proprie rassegne dottrinarie, quale quella ricchissima in tema di qualificazione del potere prefettizio d'ordinanza *ex art. 2 T.U.L.P.S.* contenuta nella Memoria “per Messori Eliseo” presentata in occasione della causa decisa dalla sentenza n. 8 del 1956⁹: pronunzia capostipite della genia delle decisioni interpretative di rigetto. Qui si va dal richiamo agli scritti di Zanobini¹⁰ e Vitta¹¹ sul ruolo e la posizione del prefetto nel sistema giuridico fascista – inteso quale «più alta autorità della provincia», con la conseguente attribuzione di estesissimi poteri, tali da costituire nel loro complesso «un'ingerenza nella vita sociale fra le più importanti che si possano immaginare» – al riferimento ai lavori in tema di qualificazione del relativo potere di ordinanza di Ruocco¹² e di Tesauro¹³ – il quale ultimo, in particolare, faceva rientrare i provvedimenti prefettizi tra le “ordinanze particolari di urgenza”, collegate e insieme distinte rispetto alle ordinanze “generali” di urgenza, di competenza invece del Governo centrale – per arrivare, infine, al nutritissimo rimando alle tesi di Giannini, Venditti, Zanobini, Gargiulo, Galateria, Barile, Balladore Pallieri e, infine, Sandulli, circa la natura delle ordinanze prefettizie¹⁴.

Il tutto per corroborare la «incompatibilità di principio» fra la disposizione dell'art. 2 T.U.L.P.S. e l'ordinamento costituzionale dello Stato, ove il potere normativo d'urgenza è stato attribuito solo al Governo, entro gli stretti confini definiti dall'art. 77 Cost. frutto della ben nota diffidenza che la Costituente aveva nutrito verso tale potere. Così da concludere che non «c'è posto per i poteri di ordinanza, che l'art. 2 della legge di p.s. attribuiva ai prefetti nel quadro di un regime e di un sistema nettamente diversi, perché informati, in generale, all'opposto criterio della preminenza dell'esecutivo»¹⁵.

Certo, in questo caso, la condivisione della memoria con un altro professore, peraltro del calibro di Vezio Crisafulli (che *more solito* risulta come estensore), dovrebbe indurre a qualche cautela nell'assegnare patenti di paternità. Cautela che troverebbe un ulteriore limitato conforto nel fatto che nella predetta articolata rassegna dottrina rientra anche lo stesso Mortati, annoverato in proposito, assieme a Balladore Pallieri, fra «gli scrittori più autorevoli»¹⁶. Affermazione, questa, che – dati i tratti caratteriali del Nostro – fa pensare, piuttosto che ad una caduta di stile, ad un'autonoma iniziativa del collega, alle cui lusinghe non ha tuttavia inteso evidentemente opporsi.

Nondimeno, si potrebbe di contro affermare che un simile atteggiamento di precauzione sembrerebbe un po' vacillare nelle sue ragioni dinanzi alla considerazione per cui in altra

⁹ Si tratta di ben 17 pagine – dalla 3 alla 19 – delle 25 complessive del testo della Memoria.

¹⁰ G. ZANOBINI, *L'amministrazione locale*, Padova, 1935.

¹¹ C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1935.

¹² F. RUOCCO, *Il codice di polizia. Commento teorico-pratico*, Città di Castello, 1936.

¹³ E. TESAURO, *Corso di diritto costituzionale*, Napoli, 1940.

¹⁴ Rispettivamente: M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1948 e ID., *Le ordinanze dispositive della proprietà privata*, in *Giur. it.*, 1950; R. VENDITTI, *Dell'inosseranza dei provvedimenti illegali dell'autorità in relazione all'articolo 650 c.p. La temporaneità quale requisito dei provvedimenti d'urgenza*, in *Giust. pen.*, 1953, II; U. GARGIULO, *I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo*, Napoli, 1954; L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza*, Milano, 1953; P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1955; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1952.

¹⁵ Cfr. p. 16 della Memoria.

¹⁶ Il riferimento è ancora a p. 16 della Memoria, ove si fa specifico richiamo alla terza edizione delle *Istituzioni di diritto pubblico* del 1955.

Memoria presentata dallo stesso Vezio Crisafulli nell'ambito del medesimo giudizio di costituzionalità – redatta, questa volta, in condivisione con Giuliano Vassalli – i riferimenti dottrinari risultano ridottissimi: se ne contano solo un paio. Quasi a dirci che la doviziosa attenzione alla dottrina nella Memoria qui in considerazione possa ipotizzarsi come un frutto della influente presenza del Nostro.

Analoga prudenza, invece, non reclama il caso del condominio con Virgilio Andrioli nel patrocinio della causa in punto di brevettabilità dei prodotti e processi farmaceutici, affrontata e decisa dalla Corte con la sentenza n. 37 del 1957. Ciò, quantomeno per i richiami dottrinari in tema di interpretazione autentica *ope legis* che possono più facilmente rivendicare la paternità mortatiana¹⁷. Vale, invero, segnalare in questo caso la peculiarità di un insistito riferimento polemico ad una dottrina che nella medesima causa vestiva i panni di avvocato della controparte¹⁸.

Ma ancor più significativo è forse il caso dell'atto difensivo redatto congiuntamente con gli avvocati Modafferri e Sorrentino nell'interesse della Società Tempo T.V., in occasione della sollevazione della questione di costituzionalità della disciplina in materia di monopolio radio-televisivo decisa con la sentenza n. 59 del 1960. Questione che, all'epoca, ebbe un notevole clamore, generando un largo dibattito ed una grande attenzione anche da parte dell'opinione pubblica¹⁹. Essa, peraltro, bisca la di poco precedente questione in tema di riserva monopolistica ai Comuni per la produzione e vendita del latte mercé l'istituzione di apposite Centrali, decisa dalla Corte con la sentenza n. 11 del 1960. In quel frangente, al patrocinio "solidale" appena richiamato si era sostituito quello "contrapposto", visto che l'avvocato Sorrentino era chiamato in quel caso a difendere le "buone ragioni" del monopolio, a fronte della posizione ostinatamente antimonopolistica del Nostro.

Si tratta della più lunga, ricca e articolata fra le memorie in esame che si connota, in ordine a quanto ora rileva, per intessere su alcuni aspetti una vera e propria interlocuzione polemica con la dottrina avversa, sino ad arrivare alla redazione di note con citazioni *contra*, secondo lo stile proprio di un lavoro scientifico. È il caso del richiamo all'opinione di Spagnuolo-Vigorita sul valore da assegnare alla qualificazione in termini di essenzialità dei

¹⁷ Penso qui ai richiami contenuti in nota a pagina 12 ai lavori di Cammeo, Degni e Giannini in tema di interpretazione autentica.

¹⁸ Si tratta Natale Mazzolà, avvocato in giudizio delle società Carlo Erba e Istituto De Angeli, i cui saggi pubblicati in *Rivista nazionale dell'industria farmaceutica* del 1956 e in *Rassegna della proprietà industriale* del 1951 sono ripetutamente richiamati criticamente nella Memoria (pp. 10 e 11).

¹⁹ Come sottolineato anche nelle Deduzioni depositate in occasione dell'incidente di costituzionalità, ove si afferma che il particolare interesse e la peculiare rilevanza pratica della questione spiegano «l'attenzione con la quale la pubblica opinione ha seguito la controversia» (p. 2).

servizi pubblici *ex art.* 43 Cost.²⁰ e ancor più della tesi di Esposito in punto di riconducibilità della libertà di comunicazione a quella di manifestazione del pensiero²¹.

Peraltro, vale qui incidentalmente osservare che ciò si verifica solo nella Memoria difensiva, mentre nelle Deduzioni non vi è alcuna traccia di una simile modalità di procedere. Rilievo che, assieme ad un certo evidente cambiamento di postura – più avvocatescamente aggressiva della controparte nelle Deduzioni, dal tono più distaccato della Memoria – fa pensare ad un contributo più decisivo dell'avvocato Mortati nella elaborazione di quest'ultima.

Ancora un richiamo dottrinario polemico “nominato” – e nuovamente è di Esposito che si tratta – si ritrova nella Memoria “per Pastena Vincenzo e Fossataro Giovan Giuseppe contro Chiarello Cristofaro e Della Valle Matteo”, redatta per la causa decisa con la sentenza n. 16 del 1960 in tema di riduzione dei canoni per i fondi rustici. Ad incappare nel rilievo critico è una nota alla sentenza n. 53 del 1958 della Consulta, comparsa nella Rivista “Giurisprudenza costituzionale”, per la lettura che essa offre della pronunzia annotata, la quale può considerarsi il diretto antecedente della n. 16 del 1960, in quanto dichiarativa dell'illegittimità costituzionale della normativa (ll. nn. 1422 del 1956 e 601 del 1957) sostituita da quella oggetto della seconda decisione (l. n. 790 del 1958). Ambo le discipline sono invero aggredite per i medesimi profili di incostituzionalità, quasi ad adombrare senza tuttavia esplicitarlo – come invece intuito dall'Avvocatura di Stato – che la più recente sia incorsa in una sorta di violazione del giudicato costituzionale²².

Insomma, e per chiudere sul punto, dalla rassegna compiuta traggio il convincimento che gli scritti difensivi del Nostro siano espressivi di un “genere letterario” che si avvicina assai più a quello della letteratura scientifica che non della pratica forense.

3.2. *Segue*: la predilezione per la trattazione dei profili teorici e sistemici

Altra spia del prevalere dell'indole del professore/studioso è rappresentata dalla irresistibile inclinazione alla trattazione dei problemi di rilevante spessore teorico o di

²⁰ Secondo cui, si legge, essa dovrebbe considerarsi sfornita «di qualsiasi pratica importanza, e ciò nella considerazione che l'essenzialità è suscettibile di venire determinata in base ad indici meramente quantitativi, elastici e mutevoli nel tempo, risolvendosi in una vera e propria duplicazione del fine di “interesse generale” menzionato all'inizio dell'articolo» (così V. SPAGNUOLO-VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 309), producendo la conseguenza di «svuotare di vero e concreto significato il principio della libertà dell'iniziativa economica privata sancito dall'art. 41, perché ognuna di tali iniziative, quale che sia la direzione assunta, potrebbe venire eliminata attribuendole la figura di pubblico servizio» (Memoria “per la società ‘Il Tempo T.V.’ contro il Ministero delle poste e delle comunicazioni e nei confronti della società Rai-Radiotelevisione italiana”, 10-11).

²¹ A p. 13 della Memoria, laddove si sottolinea che il bene protetto dall'art. 15 della Costituzione, più che la libertà è la segretezza della corrispondenza, Mortati richiama nella nota in calce la diversa posizione di Carlo Esposito – che invece «considera la libertà di comunicazione come sottospecie di quella di manifestazione del pensiero» – espressa in *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 23 nt. (45), aprendo il richiamo con la locuzione avverbiale *contra*.

²² Vedi pp. 3 e 4 della Memoria, ove si afferma essere l'Esposito incorso in un equivoco: quello di aver inteso l'illegittimità pronunziata imputabile piuttosto che alle leggi denunciate al complesso normativo di diritto privato e pubblico, «da cui discendeva il dovere di pagare i canoni perequati e non perequati», di modo che «la incostituzionalità della legge si sarebbe potuta affermare solo a condizione di considerare questa obbligata ad eliminare le situazioni di ingiustizia preesistenti».

carattere sistemico, come pure di natura definitoria di concetti, nozioni, istituti, soprattutto in tema di fonti del diritto, che si può cogliere nella linea argomentativa prescelta nelle singole memorie, talvolta con sacrificio della illustrazione dei profili più direttamente e immediatamente attinenti al merito.

Esempio, direi, eclatante è ancora la Memoria redatta per il giudizio conclusosi con la sentenza n. 1 del 1956.

Come ognuno sa, si tratta di una pronunzia cruciale per lo sviluppo del nostro sistema di giustizia costituzionale. A emblematicamente rappresentarlo è l'atteggiarsi dell'incidente di costituzionalità che la origina come una sorta di "intrapresa collettiva", messa in campo: dalla magistratura – sono trenta le ordinanze (che dettero corpo, com'è stato detto, ad una sorta di "azione concordata"²³) adottate da ben ventisei giudici *a quibus* (16 Pretori, 8 Tribunali, una Corte di appello e una Corte di assise) per prospettare il dubbio circa la compatibilità costituzionale dell'art. 113 T.U.L.P.S. con la previsione dell'art. 21 della Costituzione, là ove prevedeva l'autorizzazione dell'autorità di pubblica sicurezza per la distribuzione di stampati o affissione di manifesti e giornali o ancora per l'uso di altoparlanti per la comunicazione al pubblico – e dai migliori esponenti del pensiero giuridico di quella generazione di studiosi destinata ad essere protagonista dell'epoca inaugurata dalla Costituzione del 1948 – da Costantino Mortati, per l'appunto, a Vezio Crisafulli; da Massimo Severo Giannini a Giuliano Vassalli, sino a Piero Calamandrei, che di quel manipolo poteva considerarsi il "capofila"²⁴.

Una piccola mobilitazione, la definirei.

Quel che mi interessa qui osservare, però, è che la crucialità della pronunzia eccede largamente sia il suo ruolo di atto di origine del nostro percorso di giustizia costituzionale, che il rilievo della questione di costituzionalità sollevata.

Ad innestarsi sul quesito di costituzionalità sottoposto all'esordiente giudice costituzionale è infatti, com'è a tutti noto, un problema di maggiore caratura, sia per la vastità di orizzonte, che per la rilevanza strategica che la sua risoluzione avrebbe potuto avere in ordine al successivo sviluppo dell'appena nato sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi ed al futuro stesso della Corte costituzionale nel sistema. Si trattava di sciogliere il dilemma circa la definizione del perimetro di quel sindacato, ritenendolo estensibile o meno anche alle leggi adottate prima dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. A prospettarlo un'apposita eccezione avanzata dall'Avvocatura dello Stato.

Per questo profilo essa pare replicare la dinamica propria di un'altra storica pronunzia iniziale, quella sentenza *Marbury vs. Madison* del 1803 della Corte suprema degli Stati Uniti che della giustizia costituzionale come istituto viene convenzionalmente considerata il vero e proprio atto di nascita (sia pur per «germinazione spontanea» per usare le parole del

²³ Così G. GRASSO, *La sentenza n. 1 del 1956. Sessant'anni dopo*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2017, 2.

²⁴ Volendo usare l'espressione adoprata da G. VASSALLI, *Testimonianza* ne il *Giornale di Storia costituzionale*, 1/2006, 57.

Nostro²⁵). Anch'essa, difatti, appare contrassegnata dalla netta inversione di importanza tra questione inizialmente sottoposta – incentrata sull'asserita illegittimità dell'omissione della notifica al ricorrente, da parte della Presidenza Jefferson, del provvedimento di nomina a giudice del distretto di Columbia adottato dal Presidente Adams e sul conseguente potere della Corte di imporre alla Presidenza Jefferson di procedere alla notifica (*writ of mandamus*), ai sensi del sect. 13 del *Judiciary Act* – e questione subentrata – relativa al riconoscimento in capo alla Corte del ben più significativo potere di pronunziarsi sulla conformità a costituzione della legge; potere che la Costituzione del 1787 non prevedeva²⁶.

Ebbene, nell'atto difensivo opera degli avvocati Achille Battaglia e Costantino Mortati – come già in precedenza rammentato provvisto persino di titolo – ad essere trattata è solo la questione di carattere più generale, come del resto proprio quel titolo indica assai bene. È soltanto a pagina 19 delle venti di cui consta la Memoria che si accenna al merito dell'eccezione di costituzionalità per il quale «non sembra necessario spendere parole», stante il fatto che il contrasto dell'«art. 113 della legge di P.S. [...] con l'art. 21 della Costituzione è evidente». Si conclude laconicamente che, in proposito, «sono state presentate a codesta Ecc.ma Corte, in questo od in altri giudizi che saranno trattati nella stessa udienza del 23 aprile, le Memorie di illustri colleghi sul conflitto di costituzionalità tra l'art. 21 della Carta e l'art. 113 di P.S. Ad esse ci riportiamo, facendo nostri gli argomenti che vi sono stati svolti, con particolare riferimento alla memoria 9 aprile 1956 a firma dei Proff. Crisafulli e Vassalli».

Ma forse è ancor più sorprendente lo svolgimento argomentativo della Memoria “per la dott.ssa Oliva Rosa”, depositata in occasione del giudizio conclusosi con l'adozione della già ricordata sentenza n. 33 del 1960, vera e propria *pietra miliare*²⁷ nel percorso della parità fra uomo e donna con l'abbattimento, mercé la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 7 l. 1176 del 1919, del divieto delle donne ad accedere ad impieghi pubblici che implicano «l'esercizio di diritti e potestà politiche» e, per quel che qui maggiormente rileva, più celebrato e noto successo dell'avvocato Mortati nei giudizi innanzi alla Corte.

La sorpresa sta nel fatto che – sulla falsariga della Memoria appena ricordata – il ragionamento è tutto assorbito e avvinto nella disamina circa il carattere assoluto o relativo della riserva di legge *ex art. 51* della Costituzione, ai fini della dimostrazione, una volta accertata la natura di riserva assoluta della stessa, dell'illegittimità del rinvio ad un regolamento governativo, compiuto dalla disposizione impugnata, per la definizione della portata del divieto legislativo, attraverso la concreta individuazione dei diversi uffici pubblici in cui esso opera. Ne risulta una sostanziale obliterazione del problema della violazione in sé del principio di uguaglianza²⁸.

²⁵ C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, in *Iustitia*, 1949, ora in ID., *Raccolta di scritti*, III, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972, 682.

²⁶ Altra analogia è quella prefigurata da M. LUCIANI, *Le norme programmatiche e la sentenza n. 1 del 1956 della Corte costituzionale*, in *La magistratura ordinaria nella storia dell'Italia unita*, Atti del Convegno di Studi organizzato a Torino, il 6 marzo 2012, dal Consiglio superiore della magistratura, Torino, 2012, 80.

²⁷ Così B. PEZZINI, *Uno sguardo di genere sulla sentenza 33 del 1960*, in *Osservatorio costituzionale*, 5/2021, 32.

²⁸ È possibile – ed anzi direi verosimile avendone ricevuto diretta testimonianza dalla stessa dott.ssa Oliva – che una simile impostazione rifletta anche una precisa strategia difensiva, mossa dall'esigenza di evitare di aggredire

A rilevarlo, del resto, è la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 33, rilevando che «la questione di costituzionalità sembra prospettata principalmente, se non esclusivamente, sotto un profilo particolare: quello, cioè, secondo il quale la norma contenuta nell'art. 7 della legge 17 luglio 1919, n. 1176, si porrebbe in contrasto col precetto del primo comma dell'art. 51 della Costituzione, per il fatto che attribuisce al regolamento la potestà di specificare gli impieghi pubblici che implicano l'esercizio di diritti e di potestà politiche, l'ammissione ai quali è preclusa alle donne. E anche le parti hanno trattato prevalentemente questo punto e negli scritti difensivi e nella discussione orale»²⁹. La motivazione poi aggiunge che non si può non osservare che la norma impugnata dispone «in primo luogo l'esclusione delle donne da tutti i pubblici uffici che comportano l'esercizio di diritti e potestà politiche», così da comportare la preclusione in via generale all'approdo ad una vasta categoria di impieghi pubblici, ponendosi in «irrimediabile contrasto [...] con l'art. 51, il quale proclama l'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive degli appartenenti all'uno e all'altro sesso in condizioni di eguaglianza»³⁰.

Se ne ricava, per quanto qui rileva, che «la questione intorno alla quale si sono affaticate le parti, perde ogni rilievo nel presente giudizio. Poco importa, infatti, ricercare la legittimità di una disposizione che attribuisce al potere regolamentare la potestà di elencare gli uffici che “implichino l'esercizio di diritti e di potestà politiche” e che pertanto respingono da sé le donne, quando è in primo luogo illegittima la norma, della quale quella disposizione è parte inscindibile, che esclude le donne da quella categoria di uffici pubblici e in ragione di siffatta esclusione»³¹.

Insomma, quello dell'avvocato di parte sembra essere trattato come una sorta di sforzo non necessario ed inessenziale ai fini del decidere³².

3.3. *Segue*: ancora su quella predilezione

Ma gli esempi potrebbero continuare.

Non meno espressiva di questa tendenza all'afflato concettuale è, ad esempio, la Memoria difensiva redatta – in questo caso in solitaria – in occasione della sollevazione della questione di legittimità costituzionale della legge n. 125 del 1954 (e in conseguenza del d.P.R. n. 1269 del 1955) in materia di denominazione d'origine e tipica dei formaggi, buona

direttamente il problema del mancato rispetto del principio dell'accesso uguale ai pubblici uffici per ambo i sessi *ex art.* 51 Cost. nel timore che i tempi e la Corte potessero non essere ancora maturi per affrontarlo (e che questo timore non fosse immaginario – a tacer d'altro – lo attesta, ad esempio, il precedente della sentenza n. 56 del 1958). Onde, il ripiegare verso questioni legate al sistema e ai rapporti fra fonti poteva essere la via per ottenere il medesimo risultato (il riconoscimento della incostituzionalità della disciplina impugnata), aggirando il rischio, sopra paventato, di scontrarsi contro radicate resistenze culturali. Il fatto è però che, anche ad accedere alla lettura appena prefigurata, l'assenza di argomentazione in tema di violazione del principio di uguaglianza poco si spiega, giacché la linea difensiva avrebbe potuto al più essere duplice – fondata, cioè, su ambo i profili di incostituzionalità, magari anche con peso specifico diversificato – piuttosto che apparire monodicamente ed esclusivamente impegnata ad affrontare solo uno di essi.

²⁹ Punto 1 del *considerato in diritto*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Punto 3 del *considerato in diritto*.

³² Cfr., in tal senso, anche B. PEZZINI, *Uno sguardo di genere*, cit., 35 che parla in proposito di “rapido accantonamento” del profilo prospettato dalla parte costituita.

parte della quale è dedicata: alla dimostrazione del carattere necessariamente legislativo dello strumento richiesto dall'art. 41 cpv. Cost. per definire e porre i conseguenti limiti dell'attività economica privata, nonché della natura assoluta della riserva lì prevista, con ampia dissertazione sui criteri indicatori del ricorrere delle diverse tipologie di riserva di legge presenti in Costituzione; al rapporto legge-regolamento nelle varie eventualità di riserva; agli aspetti rilevatori dell'indole legislativa di una normativa, per arrivare a trattare della *ratio* giustificativa dell'istituto della delega. Quasi un trattatello in tema di fonti del diritto che occupa ben sette punti dei dieci complessivi in cui si articola la Memoria³³. I restanti tre sono dedicati ai residui profili di incostituzionalità in ordine alle conformità fra la normativa impugnata ex d.P.R. n. 1269 e normativa internazionale.

Improntate ad analogo tenore sono le memorie in cui il Nostro maneggia il principio di uguaglianza, come nel caso di quella relativa all'incidente di costituzionalità che origina la sentenza n. 53 del 1958 in tema di generalizzata riduzione dei canoni di determinati fondi rustici in Campania. Di notevole interesse appaiono le affermazioni circa il principio in parola in termini di ostacolo all'adozione di leggi personali, quali sono da considerarsi le leggi retroattive in quanto rivolte ad incidere su una pluralità circoscritta di rapporti definiti e definibili; come pure quelle riguardanti il ruolo da riconoscere ai lavori preparatori della legge nel sindacato su di essa e, soprattutto, le osservazioni in punto di relazione fra norma e contesto di fatto ai fini di una valutazione della ragionevolezza della diversità di trattamento delle fattispecie ad opera della disciplina legislativa. Ragionevolezza che è da intendersi carente ogniqualvolta si registri una situazione di notorio scostamento fra circostanze di fatto e legge, tale «da non offrire, neanche in modo remoto ed approssimativo, quella ragione del provvedimento di eccezione che si vorrebbe da esse desumere», arrivando a prefigurare – con una chiara propensione profetica – un'analogia con l'assai futuribile sindacato sui presupposti del decreto-legge, trattandosi di scrutinio circoscritto ad ipotesi di «assoluto difetto della condizione» di fatto³⁴. Ciò che con il linguaggio di oggi definiremmo come “evidenza del vizio”³⁵. E siamo alla fine degli anni 50 dello scorso secolo.

Sintomatica di quanto si va qui dicendo è anche l'affermazione che si legge nella Memoria depositata in occasione dell'incidente di costituzionalità avente ad oggetto la legge n. 851 del 1938 in materia di impianto e funzionamento delle Centrali del latte – che portò all'adozione della sentenza n. 11 del 1960 di infondatezza della relativa questione – là ove,

³³ Per un totale di 16 pagine su 25.

³⁴ «Il problema che qui si prospetta è però ben diverso, incentrandosi sul punto: se sia consentito dichiarare violato l'art. 3 allorché elementi obiettivi, sottratti ad ogni apprezzamento da parte del giudice, rivelino l'inesistenza di ogni differenza fra le situazioni di fatto, che tuttavia vengono diversamente disciplinate dal legislatore. Come, nel caso di un decreto legge, non si viola il divieto fatto al giudice di sindacare l'effettiva sussistenza del presupposto dell'urgente necessità allorché dallo stesso testo del provvedimento *si possa escludere che il presupposto medesimo si verifichi*, analogamente non può ritenersi precluso, nella specie considerata, di dichiarare *l'assoluto difetto* della condizione che, a tenore dell'art. 3, è la sola suscettibile di consentire l'imposizione, a carico di alcuni cittadini, di pesi o di limiti ai quali gli altri sono sottratti» (Memoria “per Foglia Vincenzina in Grauso contro Modesto Raimondo”, p. 5 *corsivo mio*).

³⁵ Per qualche considerazione a riguardo sia consentito rinviare a P. CARNEVALE, *Il controllo di costituzionalità limitato alla evidenza del vizio ovvero sia del come la Corte può aggredire spazi politicamente sensibili senza fare politica*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Torino, 2017, 53.

nell'affrontare il problema della compatibilità dell'ivi previsto diritto esclusivo di vendita del latte in favore delle centrali con la previsione dell'art. 43 Cost., si dice esser più grave dell'assenza del ricorrere delle fattispecie giustificative della riserva ai Comuni il fatto che la normativa impugnata non rispetti i requisiti formali richiesti ed, in particolare, non osservi «la riserva assoluta di legge singolare» che l'art. 43 prevede³⁶.

Così che, fra violazione della forma richiesta e *vulnus* sostanziale del parametro costituzionale è la prima a vantare un maggior peso specifico.

In conclusione, quanto sin qui rilevato autorizza a dire che quel che si è autorevolmente affermato per le sentenze della Corte in cui Mortati fu giudice relatore – che, cioè, la motivazione redatta dal Nostro spesso subì uno sfrondamento della sua parte “dotta” e più tipicamente professorale³⁷ – non credo proprio possa ripetersi per gli atti difensivi sottoscritti come avvocato nell'ambito dei giudizi di costituzionalità.

4. Confronto fra le tesi sostenute nelle memorie e nella produzione scientifica

Se, in base a quanto sin qui osservato, nella impostazione di memorie e deduzioni la mano del Mortati-professore si è largamente impossessata della penna del Mortati-avvocato, si tratta ora di mutare la prospettiva, sostituendo al punto di vista stilistico-argomentativo quello contenutistico, di modo da verificare il grado di assonanza fra le tesi e le posizioni espresse in quegli atti e quelle sostenute nella produzione scientifica del professor Mortati.

Partirei ancora una volta dalla Memoria in tema di sindacato sulle leggi anteriori a Costituzione riguardante la causa decisa con la sentenza n. 1 del 1956.

Pur nella tessitura dialettica e tendenzialmente gregaria dell'argomentazione, il cui andamento risponde all'esigenza di replicare alle eccezioni mosse dall'Avvocatura di Stato, il testo vede confluire in esso temi e questioni largamente affrontati e approfonditi in scritti più o meno coevi. Dal problema della qualificazione del vizio delle leggi anteriori contrastanti, alla stessa ridefinizione dei concetti di anteriorità-posteriorità della legislazione rispetto ad una costituzione (e quindi ad un ordinamento) sopravveniente; dalla disamina circa la differenza fra abrogazione e invalidazione delle leggi pre-costituzionali, alla definizione di norma programmatica e del suo ruolo parametrico nel caso del conflitto con la legge.

La sponda offerta dagli studi condotti in sede scientifica è copiosa.

Non mi riferisco tanto al celeberrimo scritto riguardante il *Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione*, comparso sulle pagine della neonata Rivista *Giurisprudenza costituzionale*, il quale raccoglie le opinioni espresse, oltre che dal Nostro, da Vezio Crisafulli, Carlo Esposito, Massimo severo Giannini, Carlo Lavagna e Giuliano Vassalli³⁸. E ciò, non già per la pluralità delle posizioni che vi rifluiscono, quanto

³⁶ Memoria “per Salvatore Villari”, cit., p. 10.

³⁷ Vedi V. CARUSI-A. PIZZORUSSO, *Mortati e la Corte costituzionale*, cit., 209.

³⁸ Vedilo in *Giur. Cost.*, 1956, 261 ss.

soprattutto per la natura adespota delle tesi esposte, oggetto di imputazione collettiva al gruppo dei convenuti inteso come un tutto, invece che ai singoli Autori.

Penso, semmai, ad una serie di contributi più o meno contemporanei, a partire dalla Terza edizione delle *Istituzioni*, edita nel 1955, che, rispetto alla precedente edizione, contiene in proposito una rapida ed assai vigorosa aggiunta, cui si aggiunge lo scritto *Competenza esclusiva della Corte costituzionale a dichiarare l'invalidità delle leggi anteriori alla Costituzione* del 1958 e il di poco successivo *Ancora su incostituzionalità e abrogazione* del 1959, ambo in *Giurisprudenza costituzionale*³⁹. Per arrivare, infine, al più compiuto ed organico coevo lavoro intitolato *Abrogazione legislativa e instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale*, destinato alla raccolta di *Scritti in memoria di Calamandrei*⁴⁰, in cui le tesi esposte nella Memoria vengono supportate da un'ampia disamina dei tratti di affinità e di differenza fra l'istituto dell'abrogazione e quello della invalidità, entrambi ritenuti esplicazione di una valutazione di idoneità dell'atto normativo a regolare determinati fenomeni (sia pur limitatamente al profilo temporale, nel primo caso), ma non per ciò da confondersi reciprocamente quando vi sia una novazione della fonte di legittimazione e, in particolare, quando entri in vigore una nuova costituzione, che si propone come rinnovato «sostegno dell'intero ordine dei rapporti associativi, di fonte suprema esclusiva di giuridificazione»⁴¹; sostegno che deve pertanto intendersi come autonomo rispetto al sistema costituzionale preesistente. A partire di qui, Mortati fa discendere che «il giudizio relativo alla permanenza in vita delle leggi anteriori non può compiersi sulla base del confronto con singole norme della costituzione, e neanche con principi che presiedono a particolari settori normativi, occorrendo invece risalire al sistema considerato nel complesso dei fini che lo ispirano»⁴².

Sul medesimo fronte tematico – quello, cioè, della sindacabilità delle leggi pre-costituzionali, che costituisce una sorta di fiume carsico nei primi anni di attività della Corte costituzionale, passando, via via, dalla problematica iniziale della esperibilità a quella relativa al dimensionamento – è interessante rilevare quanto si legge nella Memoria in tema di monopolio della vendita del latte nel già ricordato passo che sottolinea la maggior gravità della violazione formale dell'art. 43 rispetto a quella sostanziale. Ebbene, in chiusura di questo passo Mortati si autorappresenta l'obiezione per cui «le leggi emanate prima dell'entrata in vigore della costituzione sono soggette ai requisiti formali richiesti al momento della loro formazione, sicché non si rendono possibili eccezioni di incostituzionalità basate sulla difformità dalle forme richieste dalla costituzione sopravvenuta»⁴³. Ebbene, il rilievo viene superato affermando il carattere non formale, bensì sostanziale del vizio di incompetenza, in quanto esso incide non su «una modalità che attenga al procedimento di formazione degli atti», ledendo piuttosto «una suprema garanzia

³⁹ Vedili rispettivamente in *Giur. cost.*, 1958, 526 ss. e *ivi*, 1959, 1 ss., tutt'e due convogliati in C. MORTATI, *Raccolta di scritti*, III, *Problemi di diritto pubblico*, cit., 823 e 836.

⁴⁰ AA.vv., *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, V, Padova, 1958, 103 poi in C. MORTATI, *Raccolta di scritti*, II, *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, cit., 45.

⁴¹ C. MORTATI, *Raccolta di scritti*, II, cit., 69-70.

⁴² *Ivi*, 72.

⁴³ Memoria “per Salvatore Villari contro Centrale del Latte di Messina”, 10-11.

dei diritti fondamentali dei cittadini»⁴⁴. Se ne ricava l'assoluta irrilevanza dell'«epoca di [...] emanazione della legge» ai fini del sindacato di costituzionalità⁴⁵.

Qui è abbastanza facile rilevare la convergenza con quanto sostenuto in sede scientifica, risultando Mortati fra i non molti studiosi schierati decisamente a favore della qualificazione in termini materiali del vizio di incompetenza che, accanto a quello di violazione di legge (costituzionale), «rientra senza dubbio nella formula» dei «vizi sostanziali di incostituzionalità» della legge. Anzi nell'impostazione del Nostro ne costituisce la prima rappresentazione, posto che nell'altra classe di vizi – *i.e.* violazione di legge/costituzione – rientrano residualmente tutti quelli «diversi dal precedente»⁴⁶.

Piena assonanza si riscontra, pure, nella Memoria redatta per la causa decisa dalla sentenza n. 53 del 1958, là ove si sostiene l'illegittimità costituzionale del potere prefettizio di ordinanza di cui all'art. 2 T.U.L.P.S., in quanto sostanzialmente espressivo di potestà normativa primaria. In tal caso, peraltro, visto ciò che si è già rilevato, trattasi di corrispondenza risultante *per tabulas* perché dichiarata esplicitamente attraverso il richiamo a quanto sostenuto sul punto nella terza edizione delle *Istituzioni* che ravvisa a riguardo «ragione di gravi dubbi»⁴⁷.

Corrispondenza prospettica, ma disallineamento argomentativo è, invece, ciò che emerge dal confronto fra quanto asserito nella Memoria “per Rosa Oliva” e poi sostenuto in sede scientifica in punto di incostituzionalità del divieto di accesso alle donne agli impieghi pubblici implicanti “l'esercizio dei diritti e potestà politiche”.

S'è già detto del carattere un po' sorprendente dell'impianto espositivo di quella Memoria. Qui va però aggiunto un ulteriore elemento: la coeva pubblicazione (1960), nella Rivista *Democrazia e diritto*, di un saggio intitolato *L'accesso alle donne ai pubblici uffici*⁴⁸, tutto incentrato, a differenza della Memoria, sulla corretta lettura da dare all'*incipit* dell'art. 51 Cost. (e alla solo apparente ridondanza dell'espressione “tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso” che vi si registra), inserito nel contesto delle previsioni «particolari della Costituzione che contengono applicazioni specifiche del principio di uguaglianza con riferimento al sesso»⁴⁹. Poche pagine, ma assai ficcanti circa l'insostenibilità costituzionale della limitazione dell'accesso alle donne ai pubblici uffici sulla scorta di una pretesa generica inidoneità, in cui solo rapido accenno si dedica al problema della riserva di legge *ex art.* 51 Cost.

Simile giustapposizione, rende ancor più singolare la Memoria, dando a chi legge sinotticamente i due testi la sensazione ch'essi costituiscano una sorta di dittico, le cui tavole sembrano spartirsi equamente le ragioni del rispetto della forma e quelle dell'ossequio alla sostanza della Costituzione in tema di parità di accesso agli uffici pubblici da parte di ambo i sessi.

⁴⁴ *Ivi*, 11.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1953, 645.

⁴⁷ *Ivi*, 423.

⁴⁸ Vedila ora in C. MORTATI, *Raccolta di scritti*, III, cit. 425.

⁴⁹ *Ivi*, 425.

Voglio chiudere, invece, con un episodio di vera e propria contraddizione e debbo per questo tornare, ancora per un'ultima volta, al caso della sentenza n. 1 del 1956 e alla Memoria scritta per l'occasione, il cui testo si apre con una netta presa di posizione sulla natura da riconoscere all'esordiente organo di giustizia costituzionale. Vi si leggono asserzioni assai risolte circa il suo carattere prevalentemente politico, non trattandosi di «organo del potere giudiziario, ma [... di] supremo organo di controllo di tutti i poteri dello Stato»⁵⁰, seguite da un'ampia citazione di uno scritto di Gerhard Leibholz, comparso in quegli anni sulla *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*⁵¹, in cui si afferma recisamente che «le questioni costituzionali, a differenza delle altre, hanno un preciso accento politico, conseguenze politiche, efficacia politica», in quanto «dietro ogni lite costituzionale c'è in fondo una questione politica, che può trasformarsi in una questione di potenza»⁵². Certo, si tratta di una tesi formulata allo scopo, da un verso, di respingere la richiesta dell'Avvocatura dello Stato affinché la Corte costituzionale si dichiarasse incompetente a sindacare le leggi anteriori a Costituzione, la cui rimozione è semmai compito che attiene, per l'appunto, alla politica attraverso l'azione propria del legislatore, cui bisogna riconoscere tempo e modo per svolgerlo; dall'altro, di sottolineare la caratura di «decisione politica di estrema importanza» della pronunzia rimessa alla Corte.

Nondimeno, non può non colpire, anche per i toni assai decisi della Memoria, il contrasto con quanto asserito dal Mortati-professore, sia nella vesti di costituente, che in quelle di studioso che, pur riconoscendo le peculiarità dell'organo – il cui ruolo richiede di rifiutare una configurazione troppo restrittiva, che intendesse limitare il suo operato all'esercizio di «un sindacato che si suole qualificare come “rigorosamente giudiziario”, nell'intento di escluderlo nei confronti delle norme costituzionali che siano formulate in modo non assolutamente rigido»⁵³ – nondimeno ha decisamente abbracciato la tesi della natura «giurisdizionale della Corte e delle sue funzioni»⁵⁴, da intendersi come approdo su cui si «può convenire facilmente»⁵⁵.

Sembra qui che la mano dell'avvocato si sia d'un tratto rimpossessata della penna strappata al professore, anche se quello spossessamento sia in qualche modo attenuato – oltre che da quanto prima rilevato – dal fatto della “comune” preoccupazione – dell'avvocato come del professore – non (sol)tanto di assicurare la concreta possibilità di una “pulizia” dell'ordinamento dalle norme ereditate dal regime, ma soprattutto di salvaguardare futuro e destino al neonato giudice costituzionale, la cui fragilità – per riprendere un celebre passo del Mortati studioso – porta a rappresentarlo come «un tenero virgulto che inesperti agricoltori si propongono di trapiantare in un terreno impreparato a

⁵⁰ Vedi p. 4 della Memoria.

⁵¹ G. LEIBHOLZ, *La giurisdizione costituzionale nello Stato democratico secondo la Costituzione di Bonn*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1955, 149-167.

⁵² Vedi ancora p. 4 della Memoria.

⁵³ C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti della sua vitalità*, cit., 700.

⁵⁴ Riprendo qui testualmente A. PIZZORUSSO, *La giurisdizione costituzionale secondo Mortati*, in M. Galizia e P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano 1990, 537.

⁵⁵ C. MORTATI, *La Corte costituzionale*, cit., 699.

riceverlo, e destinato a vivere in un'atmosfera o ostile, o indifferente, o ingenuamente fiduciosa nelle magiche proprietà della pianta di prosperare per virtù propria»⁵⁶.

5. Conclusioni

Vorrei concludere queste notazioni, richiamando la vicenda cui è indissolubilmente legato il nome di Costantino Mortati come avvocato nei giudizi innanzi alla Corte costituzionale. Mi riferisco ovviamente al già più volte richiamato incidente di costituzionalità avente riguardo alla questione di costituzionalità concernente la normativa – si trattava dell'art. 7, l. n. 1176 del 1919 in combinazione con l'art. 4 del r.d. 4 gennaio 1920 n. 39 – che allora escludeva le donne dall'accesso a determinati uffici pubblici. Incidente che portò alla storica sentenza n. 33 del 1960, destinata ad aprire la strada al riconoscimento della parità fra i sessi nella partecipazione ai pubblici concorsi raggiunto poi con l'adozione della l. n. 66 del 1963.

L'episodio che originò il tutto è abbastanza noto⁵⁷.

Racconta la stessa Rosa Oliva che, avendo ricevuto comunicazione scritta della esclusione dal concorso per consigliere di prefettura “in quanto donna”, si recò dal suo relatore di tesi prof. Costantino Mortati, il quale lesse il foglietto e chiese alla giovane dottoressa: «Ma lei viene da me come professore o come avvocato?». La risposta fu: come avvocato. E iniziò così la vicissitudine giudiziaria che avrebbe portato al memorabile pronunciamento della Corte.

Alla luce di quanto ho qui rilevato, credo che quell'episodio e la stringata interlocuzione riportata assumano un significato un po' diverso. La dottoressa Rosa Oliva, al pari delle altre parti che nelle diverse cause costituzionali ebbero il patrocinio del Nostro, nel chiedere di essere difesa da Costantino Mortati pensò di scegliere l'avvocato, ma in realtà finì per optare per il professore che dell'avvocato rimase, in certo qual senso, il vero *dominus*.

⁵⁶ *Ivi*, 690.

⁵⁷ A rammentarlo, oltre che la stessa Rosa Oliva in diverse occasioni, è di recente S. SCIARRA, “Effetto farfalla”. *La sentenza n. 33 del 1960*, in *OsservatorioAIC*, 5/2021, 50.