



MARCO RUOTOLO*

GIUSTIZIA COSTITUZIONALE E COSCIENZA SOCIALE. L'INSEGNAMENTO DI COSTANTINO MORTATI**

SOMMARIO: 1. La disciplina costituzionale della Corte, «cenerentola della Carta repubblicana». – 2. Il pensiero di Mortati sulla giustizia costituzionale. Le due premesse fondamentali della sua riflessione: superiorità della Costituzione e peculiarità del ruolo della Corte. – 3. La capacità di esprimere lo stato della “coscienza sociale” come dote fondamentale di una Corte costituzionale. – 4. Le declinazioni delle due premesse fondamentali della sua riflessione, nella prospettiva di un’interpretazione giurisprudenziale aderente alla coscienza sociale. – 5. Il soddisfacimento della coscienza collettiva e il *favor* per l’introduzione dell’opinione dissenziente. Cenni. – 6. Costituzione, coscienza collettiva e Corte costituzionale. Una breve conclusione.

1. La disciplina costituzionale della Corte, «cenerentola della Carta repubblicana»

Quando la dottrina si richiama ai lavori dell’Assemblea costituente tende a proporne un elogio che talora può apparire l’esito di una comparazione, per quanto implicita, con la pochezza culturale dell’attuale dibattito parlamentare. Ciò accade anche per «la parte della costituzione che disciplina la Corte costituzionale e la connessa materia della revisione» (la parte, insomma, dedicata alle «garanzie costituzionali»), che Mortati considera, invece, esplicitamente, «la cenerentola della Carta repubblicana», «sottoposta ad esame affrettato e superficiale»¹.

È una considerazione di partenza che non va sottovalutata, se si vuole ricostruire il suo pensiero, articolato e problematico, sulla giustizia costituzionale, specie alcune scettiche affermazioni contenute nei lavori antecedenti l’entrata in funzione della Corte. Ed è riflessione che deve essere subito integrata da due premesse fondamentali, che sempre si traggono da suoi scritti immediatamente successivi all’entrata in vigore della Costituzione.

* 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.

¹ C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità* (in *Iustitia*, 1949), ora in ID., *Problemi di diritto pubblico nell’attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 681.

2. Il pensiero di Mortati sulla giustizia costituzionale. Le due premesse fondamentali della sua riflessione: superiorità della Costituzione e peculiarità del ruolo della Corte

La prima premessa sta nella considerazione della superiorità formale e della precettività della Carta. Condizioni, queste ultime, che si pongono alla base dell'affidamento ai giudici comuni del compito di sindacare la costituzionalità delle leggi sino all'entrata in funzione della Corte costituzionale (VII disposizione transitoria e finale). Al riguardo, Mortati esprime una posizione chiarissima in un suo saggio del 1948, ancorando il potere/dovere del giudice di non applicare la legge in contrasto con la Costituzione all'assenza «di quei requisiti di validità che la fanno essere legge». Con l'importante precisazione per cui «in regime di costituzione, la cui rigidità sia garantita dal controllo giurisdizionale, devono farsi rientrare in tali requisiti tanto quelli della conformità formale che quelli della sostanziale»².

La seconda premessa sta nel riconoscimento della peculiarità del ruolo che la Corte andrà ad assumere e nella consapevolezza che non sarà un «giudice» come gli altri. Non solo e non tanto per l'«oggetto» delle sue decisioni³, quanto per il «parametro» che andrà a utilizzare. È un punto forse non messo troppo in evidenza nelle ricostruzioni del pensiero di Mortati, del quale si ricorda la considerazione per cui la Corte è «un giudice» e deve «operare come un giudice», pur temperata dall'ammissione per cui tale idea non gli avrebbe «impedito di apprezzare tutte quelle particolarità del processo costituzionale che fanno di esso un'attività di grande rilevanza politica e di mettere in evidenza i riflessi politici di questa attività tutte le volte in cui ciò appariva necessario ed opportuno»⁴.

In verità, Mortati affermava chiaramente che «l'attuazione delle norme costituzionali ai casi concreti» non potesse seguire «quello stesso procedimento sillogistico proprio di ogni attività giurisdizionale». Questa consapevolezza si legava proprio al «parametro» che la Corte avrebbe utilizzato, alla «estrema genericità» di molte norme costituzionali, che «importa per l'interprete la necessità di rintracciare e di formulare le premesse maggiori del sillogismo o della serie di sillogismi secondari, ordinati nella forma del sorite, indispensabili

² ID., *Questioni sul controllo di costituzionalità sostanziale della legge* (in *Foro amm.*, 1948), ora in ID., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, III, cit., 668.

³ Con riguardo al tema dell'«oggetto», mi limito qui a ricordare, senza poter approfondire, il noto invito di ID., *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, 110, a considerare la «primarietà sostanziale» dell'atto normativo ai fini della sua possibile sottoposizione al controllo di legittimità costituzionale (tanto più che l'art. 134 Cost. non fornisce alcun elemento per definire il concetto di forza di legge). L'assunzione di un criterio nominalistico – per sottrarre al controllo della Corte costituzionale ogni specie di atto normativo contrassegnato con il nome di regolamento – appare «tanto meno convincente quando si ritenga (...) che debbano viceversa rimanere assoggettati al sindacato stesso atti che provengono dalle stesse autorità di governo dalle quali emanano i regolamenti, assumono un contenuto non diverso dal loro, esplicano i medesimi effetti normativi, distinguendosi pertanto solo per il nome».

⁴ A. PIZZORUSSO, *La giurisdizione costituzionale secondo Mortati*, in M. GALIZIA - P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, 1990, 565. Di rilievo, sempre per la propensione a considerare prevalente il carattere giurisdizionale dell'organo, è l'intervento di Mortati in Assemblea Costituente, seduta antimeridiana del 28 novembre 1947, nel quale sostenne che il controllo della Corte dovesse limitarsi ai vizi di violazione di legge costituzionale, escludendo «ogni sindacato di merito di quelle leggi che importino un apprezzamento discrezionale» (lo si può leggere nella sezione dedicata agli *Interventi alla Costituente* in C. MORTATI, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato. Raccolta di scritti*, I, Milano, 1972, 815).

per poter giungere alla soluzione». Insomma, significa attribuire al giudice costituzionale «un potere di valutazione assai ampio, che riesce tanto più delicato e difficile quanto più quelle norme attengono ai principi supremi della vita associata»⁵.

Non siamo lontani dalla consapevolezza che persino Kelsen aveva mostrato rispetto alle critiche schmittiane sulla scelta di attribuire a un Tribunale costituzionale il compito di giudicare sulle leggi⁶, alla nota considerazione sul possibile incremento del tasso di politicità delle decisioni giudiziarie ove i parametri, in specie le disposizioni costituzionali sui diritti, avessero peccato di vaghezza⁷. Di qui anche le preoccupazioni espresse in Assemblea costituente con riguardo all'istituto del conflitto di attribuzione, sul pericolo di un'estensione della competenza della Corte ai «conflitti di carattere politico», la cui soluzione dovrebbe essere affidata alle «resistenze spontanee della pubblica opinione», alle «reazioni politiche che sono le sole veramente idonee a contenere i tentativi di usurpazione di potere degli organi costituzionali». Per Mortati, «estendere la competenza di un organo costituzionale al caso di conflitti che hanno carattere politico e che sono espressione di un'alterazione del rapporto delle forze politiche» sarebbe «non solo non utile, ma pericoloso, e, quindi, da escludere. L'insufficienza della Corte al compito che le si vorrebbe attribuire, finirebbe con l'ingenerare il discredito nella sua opera, discredito destinato a ripercuotersi anche sulla parte dell'attività ad essa più propria»⁸.

3. La capacità di esprimere lo stato della “coscienza sociale” come dote fondamentale di una Corte costituzionale

Su queste premesse si innesta la riflessione mortatiana circa le peculiari «doti» che dovranno avere i giudici di una Corte costituzionale: «profondità di cultura giuridica», «conoscenza della storia e delle istituzioni costituzionali dei paesi di civiltà europea», «piena indipendenza dalle parti politiche in contrasto», accompagnata, però, dalla «informazione precisa della posizione di ogni formazione politica, della loro ragion d'essere, dei loro

⁵ Tutte le citazioni riportate nel testo tra virgolette sono tratte da ID., *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, cit., 683. In modo non troppo dissimile, molti anni dopo, nella nona edizione delle *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1470 ss., Mortati ribadirà il carattere giurisdizionale dell'organo, precisando, però, la funzione «creativa» della sua giurisprudenza, «resa necessaria dall'esigenza di adeguare gli schemi normativi generali e astratti alla complessità e all'infinita varietà delle situazioni concrete che sono oggetto del suo giudizio»; si tratta di organo che, pur non essendo di «decisione politica», influisce sull'indirizzo politico, «dato il suo potere di arrestare quegli svolgimenti del medesimo contrastanti con i valori costituzionali di cui essa è custode» (1474).

⁶ Che, come noto, riteneva che il Tribunale costituzionale si sarebbe potuto trasformare in una sorta di seconda (o terza) camera: C. SCHMITT, *Il custode della costituzione* (1931), Milano 1981, 236.

⁷ H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione* (1928), in ID., *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 189, si riferiva, in particolare, al possibile impiego da parte dei Tribunali costituzionali di concetti ampi quali giustizia, equità ed eguaglianza, che oggi ritroviamo nelle forme della razionalità, della ragionevolezza e della proporzionalità.

⁸ Intervento nella seduta antimeridiana del 28 novembre 1947, pubblicato anche in C. MORTATI, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, cit., 818. Come sostenuto da Mortati poco prima rispetto ai passi riportati nel testo, «v'è l'opinione pubblica, vi sono i partiti, e tutto quel complesso di istituzioni che in una democrazia devono suscitare le manifestazioni di volontà collettive che determinano le esatte valutazioni sull'attività degli organi costituzionali, e provocano le reazioni necessarie a ristabilire l'ordine. I casi sono due: o queste reazioni vi sono, ed allora non v'è bisogno di una pronuncia da parte dell'organo giurisdizionale, o non vi sono ed allora la pronuncia rimane lettera morta» (817).

programmi, del loro peso». A queste caratteristiche si aggiunge, significativamente, la richiesta «consapevolezza delle aspirazioni popolari, dei termini dei problemi sociali che vanno elaborandosi nella coscienza delle moltitudini»⁹.

È su quest'ultima dote o caratteristica che vorrei soffermare l'attenzione, perché mi pare sia un punto particolarmente qualificante del pensiero mortatiano, tradotto poi nel riferimento al concreto evolversi della giurisprudenza costituzionale¹⁰, la quale, se capace di «esprimere esattamente lo stato della coscienza sociale», renderebbe persino «vane o almeno assai rare le revisioni costituzionali»¹¹. Di più: le pronunce della Corte dovrebbero saper «distinguere fra ciò che risponde ad un'esigenza già maturata» nella coscienza sociale «dalla improvvisazione di un'occasionale e contingente maggioranza parlamentare»; se questo accadrà, «si renderà inutile, nella maggior parte dei casi, ricorrere contro la pronuncia di incostituzionalità di una legge alla procedura di emendamento, perché fondata si presenterà la previsione della mancanza dell'adesione popolare a tale iniziativa»¹².

Il Mortati del 1949, al quale sono da riferire la maggior parte delle riflessioni sin qui riportate, appare preoccupato delle sorti della futura Corte, che gli sembra come «un tenero virgulto che inesperti agricoltori si propongono di trapiantare in un terreno impreparato a riceverlo, e destinato a vivere in una atmosfera ostile, o indifferente, o ingenuamente fiduciosa nelle magiche proprietà della pianta di prosperare per virtù propria»¹³. Occorre, allora, «preoccuparsi di creare le premesse perché il controllo di costituzionalità riesca proficuo»¹⁴, potendo fare affidamento «sull'altezza morale ed intellettuale dei suoi componenti» e, affinché le sue pronunce non siano «facilmente eluse» o non rimangano «prive di efficacia», sul «sostegno di un prestigio e di un'intima adesione dell'opinione pubblica», su un vero e proprio «rapporto di fiducia con essa», derivante «dall'intima consonanza con lo spirito popolare»¹⁵.

Le stesse norme organizzative che riguardano la Corte rifletterebbero questa esigenza, specialmente nella parte attinente alla «diversa provenienza dei componenti il collegio e alla loro rinnovazione periodica», che – come scriverà nelle *Istituzioni di diritto pubblico* – sono «indirizzate a realizzare una maggiore consonanza delle pronunzie con la coscienza sociale, ed a più facilmente rifletterne l'evoluzione»¹⁶.

⁹ ID., *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, cit., 683 s.

¹⁰ Si tratta di un aspetto del pensiero di Mortati che sembra piuttosto trascurato nelle più recenti riflessioni sulla possibile incidenza della “coscienza sociale” nella giurisprudenza costituzionale. Mancano, infatti, riferimenti ai suoi studi in argomento nei lavori di N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 1 ss., di A. CIERVO, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Pol. Dir.*, n. 4/2019, 523 ss., di V. MARCENÒ, *Il giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. Cost.*, n. 2/2021, 377 ss., e di A. SPADARO, *I confini della Corte: dal “triangolo delle Bermude” al “quadrilatero costituzionale”*, in *Consulta OnLine*, n. I/2024, 469 ss., specie 476 ss.

¹¹ C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, cit., 686.

¹² *Ibidem*.

¹³ C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, cit., 690.

¹⁴ *Ivi*, 692.

¹⁵ *Ivi*, 690 ss.

¹⁶ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, cit., 1474.

Adesione dell'opinione pubblica, consonanza con lo spirito popolare, capacità di esprimere lo stato della coscienza sociale: tutti elementi che Mortati considera essenziali affinché la Corte sia organo "vitale" e che trovano persino riscontro nelle motivazioni di decisioni di cui è stato relatore¹⁷. L'auspicata «vitalità» potrà incontrare, in particolare, tre nemici: «l'ostilità, l'indifferenza, la cieca fiducia». Ed è quest'ultimo nemico che egli considera il più pericoloso, vista l'attitudine degli italiani «a cercare in presidi esterni, la monarchia costituzionale ieri, la Corte costituzionale oggi, quelle difese che invece devono trovare il loro fondamento nel cuore di ogni cittadino»¹⁸.

4. Le declinazioni delle due premesse fondamentali della sua riflessione, nella prospettiva di un'interpretazione giurisprudenziale aderente alla coscienza sociale

A questo punto della sua riflessione, tornano utili le due premesse dalle quali siamo partiti che vengono finalmente declinate con riguardo al peso che nella giurisprudenza costituzionale dovrebbe avere la capacità di esprimere la coscienza sociale e alle sue implicazioni tanto formali quanto sostanziali.

In particolare, Mortati si interroga sui due pericoli che possono legarsi ai diversi modi di intendere il compito assegnato alla Corte.

Se lo si considera in modo troppo restrittivo, limitandolo a un «sindacato che si suole qualificare come "rigorosamente giuridico", nell'intento di escluderlo nei confronti delle norme costituzionali che siano formulate in modo non assolutamente rigido», l'effetto sarebbe di «precludere l'intervento della corte nella maggior parte dei casi, dato il carattere prevalentemente elastico delle norme stesse».

¹⁷ Possono essere citate almeno cinque decisioni in cui compare l'espressione «coscienza sociale» o «coscienza comune»: la sent. n. 92 del 1966, di rigetto di una questione riguardante la prevista esclusione del diritto alla pensione di guerra in favore dei figli adulterini di genitori morti a causa di eventi bellici, ritenuta non arbitraria e rispondente alla «comune coscienza sociale»; la sent. n. 109 del 1968, riguardante la questione circa la diversità delle sanzioni previste per i casi di offesa all'onore o al decoro della persona, a seconda che sia o meno pubblico ufficiale, ritenuta infondata poiché, a fronte di fattispecie eterogenee e salvo che si tratti di una sperequazione del tutto ingiustificata, la valutazione della congruenza fra reato e pena compete esclusivamente al legislatore, al quale spetta, dunque, anche decidere circa l'eventuale modifica di una disciplina che troppo risente dell'ideologia del regime dal quale ebbe origine e che potrebbe essere considerata non corrispondente all'«attuale stato della coscienza sociale ed allo spirito informatore della Costituzione repubblicana»; la sent. n. 175 del 1971, in tema di concessione dell'amnistia e dell'indulto, ove si afferma che il sindacato della Corte non potrebbe spingersi sino a vagliare l'ampiezza dell'uso fatto dal Parlamento della sua discrezionalità, pur rilevando l'esigenza di contenere l'esercizio di tale potere nei limiti più ristretti, in ragione del suo carattere del tutto eccezionale che potrebbe giustificare l'impiego rispetto a reati «legati ad un momento storico ormai superato, non più offensivi della coscienza sociale»; la sent. n. 202 del 1971, nella quale si afferma che, nel caso di prescrizione, l'interesse del prevenuto ad ottenere dal giudice una sentenza di piena assoluzione, da cui risulti l'insussistenza o la non commissione del fatto-reato, non può non cedere dinanzi all'interesse generale di non perseguire reati dei quali il lungo tempo decorso dalla loro commissione abbia fatto venir meno, o notevolmente attenuato, «insieme al loro ricordo, anche l'allarme della coscienza comune»; la sent. n. 199 del 1972, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 112 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza nella parte relativa al divieto di pubblicazioni contrarie agli ordinamenti dello Stato o al prestigio delle autorità e lesive del sentimento nazionale, rilevandosi il contrasto di tale potere assolutamente discrezionale con l'art. 21 Cost., «in uno Stato democratico, che non solo consente la critica alle istituzioni vigenti, ma anzi da essa trae alimento per assicurare, in una libera dialettica delle idee, l'adeguamento delle medesime ai mutamenti intervenuti nella coscienza sociale».

¹⁸ C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, cit., 691.

Se invece lo si intende in maniera eccessivamente ampia, «così da invadere la sfera dell'opportunità», si finirebbe per «conferire all'organo giudicante una funzione di sostanziale decisione politica»¹⁹.

Come attenuare questi rischi? Avendo la capacità di «estrarre dalla più profonda coscienza sociale le interpretazioni necessarie per giungere ad un'interpretazione del testo che si mostri più aderente ad essa», così, tra l'altro, rendendo «vano l'intervento dell'organo di revisione»²⁰.

Su quest'ultima considerazione si innesta facilmente anche la riflessione sulla prima delle due premesse del pensiero mortatiano che abbiamo considerato, quella, cioè, riferita alla superiorità formale della Costituzione, estesa anche all'esercizio del potere di revisione. Vero è che la Corte potrebbe renderne vano l'intervento, qualora si riveli capace di interpretare il testo costituzionale in modo aderente alla coscienza sociale, ma non potrebbe sindacarne l'esercizio, salvo che per questioni di carattere formale. Secondo Mortati, «la posizione di supremazia rivestita dall'organo di revisione» conduce a «escludere qualsiasi controllo, anche se riferito a norme, come, per esempio, quella dell'art. 139, che esclude tassativamente dalla revisione la forma repubblicana». «Sembra evidente – prosegue Mortati – che quando il popolo, con una pronuncia diretta, o indirettamente con l'acquiescenza alla deliberazione del Parlamento presa nelle forme solenni dell'art. 138, avesse deliberato il mutamento della forma di governo (...), rimarrebbe praticamente ininfluente ogni dichiarazione di incostituzionalità che partisse da un organo sprovvisto di eguale immediatezza ed efficienza di potere»²¹.

A venire in rilievo non è solo il dato formale, richiamato nella prima delle due premesse, ma anche l'aspetto sostanziale, legato alla considerazione per cui l'organo di revisione, dotato per definizione di capacità politica e formato con criteri politici, è l'unico a essere «congegnato in modo da godere dell'estrema sensibilità necessaria per cogliere le aspirazioni popolari»²². Torna il riferimento all'opinione pubblica o meglio, qui, alle aspirazioni popolari. La Corte può cercare di interpretarle, in questo modo prevenendo, sostanzialmente, l'esercizio del potere di revisione; ma se quest'ultimo decide di inverarle, la loro traduzione normativa non può essere censurata nemmeno dal Tribunale costituzionale, proprio in quanto organo non formato con criteri politici. Ove si ammettesse ciò – cosa invero poi accaduta con la nota sent. n. 1146 del 1988 –, «nell'illusione di potenziare l'organo» si finirebbe «con il diminuirne il prestigio, rendendone palese l'impotenza, e con il risultato finale di indebolirne l'azione anche nel campo che può ritenersi veramente suo»²³.

¹⁹ *Ivi*, 700 (la citazione, ancorché riguardante un passo contenuto in appendice allo scritto riedito nella *Raccolta* e avente il titolo riportato, è comunque da riferire alla originaria nota *La Corte costituzionale*, pubblicata in *Civitas*, 1950; la medesima avvertenza vale per la citazione immediatamente successiva contenuta nel nostro testo).

²⁰ C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, cit., 701.

²¹ C. MORTATI, *Sul controllo di costituzionalità delle leggi costituzionali* (in *Foro pad.*, 1949), ora in ID., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*. *Raccolta di scritti*, III, cit., 715.

²² ID., *Sul controllo di costituzionalità delle leggi costituzionali*, cit., 712.

²³ *Ivi*, 715 s.

Ancora alla premessa della superiorità formale della Costituzione si legano le considerazioni riguardanti le “omissioni delle leggi”, successive all’entrata in funzione della Corte e svolte nel periodo del suo mandato di giudice costituzionale, nel quale non mancò di impiegare dispositivi di tipo “additivo” o “manipolativo”²⁴. «La funzione della Corte – scrive il costituzionalista calabrese –, correttiva di violazioni della Costituzione, non può incontrare ostacoli nella maggiore o minore difficoltà del rinvenimento da parte dell’interprete della norma sostitutiva di quella venuta meno, né nel grado dell’innovazione ad essa conseguente». Si cadrebbe, altrimenti, nel «pregiudizio proprio del legalismo positivista, ligio al dogma dell’assoluta sovranità del Parlamento, superato ormai dalla sovranità della Costituzione e dal principio che ne discende del dovere della legittimità costituzionale»²⁵. È un passo di grande rilievo, accompagnato dalla consapevolezza che «quando oggetto della dichiarazione d’incostituzionalità sia l’omissione, l’effetto è necessariamente d’integrazione, creativo pertanto in grado maggiore o minore di nuove norme»²⁶. Qui la prima premessa si lega alla seconda, che attiene alla specificità del ruolo della Corte, arricchita dalla precisazione per cui la giurisdizione esercitata all’esito della rilevazione dell’incostituzionalità dell’omissione «non sconfinava dalla competenza sua propria, né si sostituisce al legislatore se fa applicazione del diritto vigente ai casi concreti secondo l’ordine gerarchico delle fonti, dando quindi preferenza alla Costituzione rispetto alla legge, tutte le volte che la prima, interpretata in armonia con l’intero sistema normativo, appare idonea a orientare la decisione. E questa non assume carattere politico più di quello inerente ad ogni specie di attuazione del diritto»²⁷.

5. Il soddisfacimento della coscienza collettiva e il favor per l’introduzione dell’opinione dissenziente. Cenni

È di nuovo la necessità di assicurare l’aderenza della Carta repubblicana alla «coscienza sociale» a trovare largo spazio nella riflessione mortatiana sulla possibile introduzione dell’opinione dissenziente nelle pronunce della Corte costituzionale. La predetta esigenza giustifica l’esercizio di una «funzione creativa di esplicazione e di adattamento dei principi costituzionali» da parte della Corte, che così contribuisce a rendere la Costituzione

²⁴ Come ricordano V. CARUSI - A. PIZZORUSSO, *Mortati e la Corte costituzionale*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Napoli, 1989, 205, nel corso del dodicennio iniziato il 20 dicembre 1960, Mortati ha svolto le funzioni di relatore (all’epoca nei provvedimenti non era indicato il nome del redattore) in giudizi che portarono alla pronuncia di centocinquanta decisioni, senza rifuggire «dal ricorso a soluzioni che, a prima vista almeno, potevano apparire poco ortodosse, quando ciò risultasse utile al funzionamento della Corte e al reperimento di soluzioni valide dei problemi sostanziali». Gli autori ricordano come «egli non ricorresse mai agli strumenti processuali come ad un mezzo per evitare di affrontare i problemi sostanziali», utilizzando di frequente «dispositivi di tipo “additivo” o “manipolativo”», mediante i quali «riteneva possibile realizzare addirittura quel sindacato sulle “omissioni” del legislatore di cui, specialmente a quel tempo, si faceva molto sentire la necessità» (235 s.).

²⁵ C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore* (in *Il Foro it.*, 1970), ora in ID., *Problemi di diritto pubblico nell’attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, III, cit., 992.

²⁶ ID., *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, cit., 946.

²⁷ C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, cit., 993.

«organismo vivente»²⁸. Ebbene, nell'esercizio di tale funzione, l'eventuale «precisa indicazione dell'articolarsi delle varie argomentazioni attraverso cui si è sviluppato il procedimento logico che ha portato ad una determinata soluzione», con «espressa formulazione delle medesime divergenze che accompagnano la soluzione accolta», soddisferebbe meglio la «coscienza collettiva»²⁹, corrispondendo anche alle «speciali caratteristiche dei giudizi affidati alla Corte costituzionale»³⁰, organo, quest'ultimo, «non inquadrabile negli schemi dell'ordinaria organizzazione giurisdizionale»³¹.

Per Mortati l'introduzione dell'opinione dissenziente rafforzerebbe il prestigio della Corte, consentendo un'«esteriorizzazione della dialettica interna» attraverso l'approfondimento dei «motivi che alimentano le diverse interpretazioni», dai quali potrebbero «trarsi elementi, rafforzarsi convinzioni, suscitarsi iniziative capaci di far meglio collaborare gli altri giudici, la dottrina, il legislatore, ceti più o meno vasti della pubblica opinione nella stessa opera di adattamento delle norme ai principi. Collaborazione tanto più necessaria quando, come nel nostro caso, ci si trovi di fronte ad una costituzione anticipatrice e ad una realtà ritardatrice»³². Sarebbe, tra l'altro, un modo per far emergere «quanta parte di attività creativa si celi nella formazione apparentemente logico-deduttiva del giudizio»³³, rendendo più chiaro il «procedimento mentale seguito per estrarre la regola fatta valere dal complesso della normazione costituzionale»³⁴.

Sono argomenti noti, peraltro ripresi anche in recenti contributi³⁵, cui si contrappongono visioni diverse, oggi condizionate anche dal differente quadro storico-politico nel quale la Corte si trova ad operare³⁶. In Mortati, però, c'è un elemento qualificante che rinvengo nella sua avvertita necessità che l'organo di giustizia costituzionale sappia interpretare la coscienza sociale rendendo palesi le eventuali diverse soluzioni che potrebbero assicurare la migliore aderenza a essa da parte del testo costituzionale, non solo nella prospettiva di mutamenti giurisprudenziali o di interventi legislativi, ma persino per sollecitare il contributo della pubblica opinione. Egli ha piena consapevolezza dei rischi, a mio giudizio

²⁸ ID., *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali* (in *Quaderni della giurisprudenza costituzionale*, 1964), ora in ID., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, III, cit., 857.

²⁹ ID., *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, cit., 856.

³⁰ *Ivi*, 859 (ancorché pubblicata nello scritto avente il titolo riportato, la citazione è da riferire all'intervento di Mortati pubblicato in A. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale. Atti della Tavola rotonda*, 1966; anche le successive citazioni, recanti il medesimo titolo, riguardano gli Atti della richiamata Tavola rotonda del 1966).

³¹ C. MORTATI, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, cit., 874.

³² *Ivi*, 882 ss.

³³ C. MORTATI, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, cit., 880.

³⁴ *Ivi*, 884. Com'è noto, Mortati, da giudice costituzionale, si fece portatore, senza successo, della proposta di introduzione dell'opinione dissenziente. A quanto risulta, in un solo caso, nel 1972, egli rifiutò di assolvere al compito di redattore, ma in diverse occasioni svolse tale funzione pur essendo «rimasto in tutto o in parte in minoranza». Così scrivono V. CARUSI - A. PIZZORUSSO, *Mortati e la Corte costituzionale*, cit., 206, che in *Appendice* al loro contributo riportano la lettera indirizzata al Presidente della Corte nella quale esponeva le ragioni del rifiuto della redazione di una specifica decisione. Come scrivono ancora gli Autori appena citati, è degno di nota «l'inserimento nelle motivazioni [da lui redatte] di *obiter dicta* tendenti ad aprire possibilità di sviluppo future della giurisprudenza, proprio come avrebbero potuto fare le opinioni dissenzienti, se gli fosse stato consentito esprimerle» (236).

³⁵ Ad esempio, da B. CARAVITA, *Ai margini della dissenting opinion. Lo "strano caso" della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale*, Torino, 2021, e da N. ZANON, *Le opinioni dissenzienti in Corte costituzionale. Dieci casi*, Bologna, 2024.

³⁶ Sia consentito rinviare a M. RUOTOLO, *Brevi note sulla dissenting opinion. A partire da un libro di Beniamino Caravita*, in *Scritti in memoria di Beniamino Caravita di Toritto*, 2024, 1025 ss., nonché ID., *L'opinione dissenziente*, in *Il Filangieri*, Quaderno 2024, 89 ss.

oggi prevalenti, che potrebbero derivare dall'introduzione di un istituto che, se mal impiegato, potrebbe nuocere al prestigio della Corte, al punto da precisare che «l'innovazione patrocinata verrebbe ad assumere carattere sperimentale, rimanendo in ogni momento aperta la via della sua eliminazione, ove la pratica dovesse dimostrarla non vantaggiosa»³⁷. Una soluzione, dunque, di mera opportunità, il favore per la quale ben si colloca entro la visione complessiva della giustizia costituzionale offerta da Costantino Mortati, ma che forse appare meno rispondente alle evoluzioni della forma di governo e del sistema politico realizzatesi dopo la scomparsa di questo grande costituzionalista.

6. Costituzione, coscienza collettiva e Corte costituzionale. Una breve conclusione

Quanto sin qui sinteticamente rilevato rispetto agli studi di Mortati sulla giustizia costituzionale meriterebbe di essere collocato, per essere effettivamente compreso, entro la visione più ampia che egli aveva maturato attraverso una raffigurazione della costituzione capace di collegare strettamente in sé la società e lo stato³⁸. Non se ne può far altro che un cenno, ricordando la asserita necessità di una compenetrazione tra costituzione formale e costituzione materiale che, nella sua elaborazione originaria, aveva come perno i partiti politici, strumenti essenziali (ma non esclusivi³⁹) per stabilizzare e perseguire le finalità costituzionali⁴⁰. La visione politica a essa sottesa deve essere sostenuta da un insieme di forze collettive che ne siano portatrici, dando vita ad un assetto fondamentale che egli chiama, com'è noto, «costituzione materiale», per distinguerla dalla «costituzione formale». È proprio nell'effettivo rapporto di queste forze che si trova il «vero supporto dell'ordine legale», in quello che Mortati definisce «processo circolare in cui la minoranza interviene o con l'obbedienza o con la resistenza», nello «spiegamento di una realtà sociale» alla cui formazione partecipano «tutte le classi e tendenze attraverso una progressiva espansione di

³⁷ C. MORTATI, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, cit., 885.

³⁸ Il richiamo è, ovviamente, a C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale* (1940), ristampa inalterata con una premessa di Gustavo Zagrebelsky, Milano, 1998.

³⁹ Si veda, al riguardo, la recente riflessione di D. PICCIONE, *Effettività costituzionale e coscienza collettiva*, Modena, 2021, 47, che, guardando all'ampia indagine di Mortati sul fondamento dei meccanismi che assicurano la vitalità delle Costituzioni nelle forme sociali organizzate, rileva il «reiterato accennare al termine “coscienza”» e il «tentativo di impiegare questo concetto per concretizzare lo sforzo di descrivere la dinamica attraverso cui la Costituzione mantiene il rapporto con le forze vive della società, senza che questo problema possa riferirsi riduttivamente ai soli partiti».

⁴⁰ Come sottolineato in più occasioni da P. RIDOLA, da ultimo in *Costantino Mortati, la “costituzione in senso materiale”, la Costituzione repubblicana. Spunti di riflessione*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2023, 5, «nell'impianto teorico di Mortati, invero, il partito non è soltanto “la struttura destinata a rendere efficiente l'attività dell'elemento sociale nella vita dello stato”. Esso esprime soprattutto la stabilizzazione di rapporti di sovra – e di sottoordinazione e l'emersione di forze politiche dominanti, che identificano il sostrato reale della costituzione e conferiscono a questa forza giuridica. Mortati distingue pertanto dai partiti che assolvono al compito più limitato di assicurare la dialettica del parlamentarismo, i quali esprimono una fase solo interlocutoria nella stabilizzazione di un assetto di dominio, quelle forze politiche dominanti che consentono di “riconoscere e rendere consapevole una vocazione esistente nel popolo”, e che uniscono “in un'unità più alta maggioranza e minoranza” e formano il presupposto “per l'esistenza di una volontà coerente e armonica dello Stato”». I passi tra virgolette riportati all'interno della parte del citato contributo di Ridola sono tratti da C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., 73.

principi e sentimenti solidaristici»⁴¹. È una forza «materiale» che dovrebbe avere, insomma, come fine proprio quello di sostenere la forza della costituzione formale⁴² e in particolare quel «nucleo dei valori più essenziali» che ruota attorno all' «esigenza della tutela e del potenziamento della persona»⁴³.

Anche il ruolo della Corte costituzionale deve essere inteso in questo quadro più ampio che pone al centro, quale fattore costitutivo della stessa costituzione materiale, le dinamiche delle relazioni fra le componenti della società politica⁴⁴. È certo che le stesse debbano trovare principale espressione nell'esercizio delle funzioni del Parlamento, ma quest' ultimo non è, evidentemente, l'unico luogo per l'inveramento della democrazia e per la realizzazione degli obiettivi costituzionali. Può ben esserlo anche la Corte, se capace, con la sua giurisprudenza, di esprimere lo stato della coscienza sociale ovvero – come il Maestro calabrese scriverà nella voce *Costituzione italiana* – di «suscitare nel Paese quella coscienza e sensibilità costituzionale di cui esso è scarsamente dotato, e che pure costituisce il primo e più saldo fondamento di ogni libero regime», non ostacolando, ma anzi dando impulso, «nella misura ad essa possibile, (...) alla progressiva attuazione dello spirito innovatore latente nella Costituzione»⁴⁵. È significativa, al riguardo, la denuncia che egli formulò in un articolo apparso nel 1970 sul *Corriere della Sera*, quando era ancora giudice costituzionale, lamentando non solo il ritardo del legislatore nell'adeguamento delle norme del Codice penale del 1930 ai principi della nuova Costituzione, ma anche la cautela della Corte costituzionale nello scrutinare disposizioni «in tal modo permeate dallo spirito informatore del regime autocratico che le originò da non apparire suscettibili di adattamento ad un altro radicalmente innovatore dei fini e degli interessi fondamentali voluti tutelare». Scriveva di una «situazione di immobilismo e di stasi» che «non può non essere più particolarmente avvertita dalla coscienza sociale quando si manifesta nel campo penalistico» sia perché il codice vigente riflette, più di quanto non avvenga in altri settori, «l'ideologia del regime da cui trasse vita» sia in quanto tocca la libertà personale, «il supremo dei beni garantiti al cittadino». E aggiungeva – con una lungimiranza che evidentemente non trovò allora seguito, ma che oggi sta avendo piena realizzazione almeno nella giurisprudenza – che per le figure di reato «da conservare» si sarebbe dovuto procedere ad una «adeguazione (...) delle pene prima previste alla mutata visione della quantità di lesione sociale loro inerente,

⁴¹ Le citazioni sono tratte da ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I (1975), nella X ed. rielaborata e aggiornata da F. Modugno, A. Baldassare e C. Mezzanotte, Padova, 1991, 31 s.

⁴² È una notazione di G. ZAGREBELSKY, *Premessa* alla ristampa di C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit. XXXV.

⁴³ Così ID., *Costituzione italiana* (1962), voce dell'*Enciclopedia del diritto* riprodotta nel volume *Una e indivisibile*, Milano, 2007, 153, il quale conclude il suo contributo ricordando come la «vitalità della Costituzione» poggi «sulla corrispondenza del nucleo fondamentale dei suoi principi allo spirito dei tempi, sulla sua consonanza con il moto suscitato in tutti i continenti da un irresistibile impulso di liberazione dai vincoli che tolgono all'uomo di essere pienamente se stesso; sicché non è a dubitare che forze sempre meglio agguerrite sapranno eliminare gli ostacoli sinora opposti al suo pieno svolgimento» (275). Si tratta di passi opportunamente valorizzati nello stesso volume da A. BARBERA, *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*, 9 ss., specie 19 ss.

⁴⁴ Al riguardo M. GREGORIO, *La giustizia costituzionale nella fase costituente. Mortati e l'eredità di Carl Schmitt*, in G.P. DOLSO - D. ROSSI (a cura di), *1920-2020. Un secolo di giustizia costituzionale*, Napoli, 2022, 98.

⁴⁵ Il riferimento è alla già citata voce *La Costituzione italiana* nella versione riprodotta nel volume *Una e indivisibile*, cit., 270.

in relazione alla nuova posizione attribuita alla persona nello Stato, al diverso rapporto autorità-libertà instaurato, e soprattutto a quella istanza di rinnovamento delle strutture sociali che l'articolo 3, secondo comma, della Costituzione ha imposto allo Stato»⁴⁶⁴⁷.

Probabilmente Mortati pensava alla Corte anche quando si oppose alla proposta di Calamandrei rivolta a collocare i principi in un preambolo della nostra Carta, sostenendo che tale soluzione avrebbe potuto ostacolare l'evoluzione di «future correnti interpretative che potrebbero, in aderenza con lo svolgersi della coscienza sociale, ampliare, anche all'infuori di espliciti interventi del legislatore, l'efficacia presupposta dal costituente»⁴⁸. Il che sembra vero tanto più oggi, in una fase, ormai lunga, contrassegnata dalla incapacità dei partiti di farsi veri interpreti della coscienza sociale e di svolgere un ruolo di guida nelle dinamiche delle relazioni tra le variegate componenti della società politica.

⁴⁶ L'articolo dal quale sono tratte le citazioni ha come titolo *In ritardo* ed è apparso sul *Corriere della Sera* del 18 marzo 1970, data in cui Mortati, come si è già sottolineato, era ancora giudice costituzionale. Oltre a ricordare che le iniziative riformatrici in materia penalistica non erano giunte a compimento, l'Autore sottolineava che «da maggior parte delle questioni sollevate non hanno trovato accoglimento» nella giurisprudenza costituzionale, anche se a volte è stata segnalata al legislatore l'opportunità di «modificare una disciplina legislativa che troppo risente dell'ideologia dalla quale ebbe origine». Tale «orientamento conservatore» era per lo più sostenuto «dalla considerazione che l'origine e la "ratio" di una disposizione legislativa non sono decisive per giungere alla sua esatta interpretazione, dovendosi questa invece effettuare guardando alla struttura obiettiva della medesima e alla sua capacità di trovare posto nell'ambito del nuovo ordinamento costituzionale». Ma proprio questa considerazione, riferita allo specifico ambito oggetto di trattazione, è ritenuta da Mortati di dubbia fondatezza, in quanto, come si è riportato nel testo, molte delle norme del codice penale erano talmente intrise dalla ideologia del regime da cui trassero origine da non poter essere adattate ai sopravvenuti principi costituzionali.

⁴⁷ Quanto al richiamo all'istanza di rinnovamento delle strutture sociali non può essere questa la sede per un approfondimento del pensiero del costituzionalista calabrese. Mi limito a richiamare alcune efficaci e sintetiche considerazioni contenute in C. MORTATI, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, 10, che si riferiscono alla radicale trasformazione dell'intero sistema dei rapporti costitutivi dell'ordine precedente voluta dalla nostra Costituzione: dall'astratta figura del «cittadino indifferenziato» all'«essere reale, visto nella concretezza dei bisogni che cercano nuovi mezzi di soddisfazione», in una prospettiva di mutamento della «conformazione della società» e della «concezione dei fini e della funzione dello Stato, non più solo garante delle libertà, chiamato com'è a intervenire nella disciplina dei rapporti sociali per contrastare da una parte le prevaricazioni del potere economico e promuovere dall'altra una più equa distribuzione tra le classi dei beni della vita».

⁴⁸ C. MORTATI, *Intervento* nella seduta del 28 novembre 1946 dell'Adunanza plenaria della Commissione per la Costituzione, pubblicato in ID., *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, cit., 682. Nello stesso intervento, Mortati aveva sostenuto che «in realtà quelli che si chiamano principi sono anche essi normativi, se non altro perché vincolano quanti debbono applicare le leggi, sia nell'attività interpretativa, che in quella di completamento delle lacune», aggiungendo, significativamente, che, «in quanto sia ammesso un controllo di costituzionalità sostanziale delle leggi, possono avere per effetto di invalidare quelle fra esse che contrastino con i principi».