



Rivista N°: 1/2021
DATA PUBBLICAZIONE: 15/03/2021

AUTORE: Felice Blando*

LA COSTITUZIONE MATERIALE E I COMPITI DEL GIUSPUBBLICISTA OGGI. GIUSEPPE GUARINO E IL “NUOVO” DIRITTO PUBBLICO ITALIANO

Sommario: 1. Premessa. Un grande interprete della Costituzione italiana. L’attuazione della Costituzione formale. Il «circuito virtuoso» tra libertà politica e libertà economica. – 2. La trilogia giovanile e il “nuovo” diritto pubblico: lo scioglimento delle assemblee parlamentari – potere giuridico e diritto soggettivo – il Presidente della Repubblica. – 3. La costituzione materiale nella teorizzazione di Guarino. La critica alla concezione di Mortati. Primi elementi di una dottrina democratica del diritto pubblico italiano. La validità della teoria della costituzione materiale nella dottrina contemporanea. – 4. Il modello dei regimi democratici e i fattori della costituzione materiale. – 5. L’Europa ed i pericoli interni al sistema. Forza «materiale» dell’ordinamento europeo ed eclisse della sovranità statale. – 6. Diritto amministrativo, diritto pubblico dell’economia e la società industriale. La unità della scienza del diritto pubblico. – 6.1. Segue. Il giurista come un tecnico al servizio della società. – 7. Conclusioni. Su alcuni compiti del giuspubblicista oggi. La invincibile “fiducia” di Giuseppe Guarino.

*È fortunata la generazione che non è condannata al lavoro del giardiniere che ritocca per la millesima volta le aiuole alle quali dedica da anni la sua cura vigile e costante, ma piuttosto ha il privilegio di dovere trasformare in giardino una sterpaia; e così dovrà sconvolgere la terra, e duramente lavorare e faticare, prima di vedere compiuta la propria opera.
S. Pugliatti, La logica e i concetti giuridici, 1941.*

* Ricercatore di Istituzioni di Diritto Pubblico presso l’Università degli studi di Palermo.

1. Premessa. Un grande interprete della Costituzione italiana. L'attuazione della Costituzione formale. Il «circuito virtuoso» tra libertà politica e libertà economica.

L'opera di Giuseppe Guarino induce all'iperbole. Quasi tutto qui appare grandioso con l'Italia che da Stato periferico nei cinquanta anni della Costituzione repubblicana¹ si è trasformata in un Paese sano, dinamico, democratico, dove non vi è regione o aspetto della sua vita che sia rimasto nel bene o nel male eguale a qual era, uno Stato vitale, con peculiarità singolari, che non ha cessato e non cessa di sorprendere per i risultati, dove gli istituti di libertà sono saldi e radicati nonostante abbia conosciuto monarchia, oligarchia, assolutismo religioso e dittatura fascista.

Per Lui, che pure non nutriva troppe illusioni al riguardo, il progresso era rappresentato dalla Costituzione, che dal suo ingresso ci ha dato molteplici frutti: «vi è stata una progressione notevole nella omogeneizzazione politica della società; le elezioni, ai vari livelli, si sono svolte con costante periodicità e regolarità; i diritti civili si sono espansi in tutta la loro pienezza e la loro fruizione è entrata nei costumi: la sicurezza religiosa ed il laicismo sono assicurati; il reddito medio individuale è aumentato dal 1936, cioè negli ultimi cinquanta anni, di cinque volte; abbiamo goduto di una ininterrotta e salda pace nei rapporti internazionali»².

Fino agli anni Ottanta le rappresentazioni collettive del futuro che si basavano su una combinazione fra progresso sociale e modernizzazione, erano andate di pari passo con i processi di attuazione della Carta costituzionale.

Attuare la Costituzione equivaleva ad assicurare progresso sociale e modernizzazione³.

Nel suo pensiero l'economia di mercato – «Adamo Smith, è da lui che quasi sempre bisogna partire» – e la democrazia liberale, nella Costituzione repubblicana, si compenetrano, senza che sia possibile scinderle⁴.

La combinazione fra questi elementi nel pensiero di Guarino si presentava più stretta che altrove: illustrando in modo così preciso e lucido come il sistema costituzionale ha fatto

¹ Una parte dell'opera di Guarino è stata raccolta in cinque volumi editi da Jovene nel 1994 sotto il titolo *Dalla Costituzione all'Unione Europea (del fare diritto per cinquant'anni)*. «Del fare diritto per cinquant'anni», appunto, a richiamare non soltanto il concorso di Guarino al dibattito delle idee, ma anche in sede pratica, nell'esercizio di responsabilità pubbliche e dell'avvocatura. Il filo che unisce i cinque volumi è tutto e solo giuridico: filo, che certo tesse risonanze morali, sociologiche, economiche, ma volto a misurare compatibilità e contrasti tra l'ordinamento italiano ed europeo rispetto alle forme volute dalla Costituzione. Nella raccolta non vi sono inclusi *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, Napoli, 1948; *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, pp. 238-323; i saggi già pubblicati sotto i titoli *Scritti di diritto pubblico dell'economia e dell'energia*, 1962 e *Scritti di diritto pubblico dell'economia. Il serie*, 1970, entrambi pubblicati da Giuffrè; *Lezioni di diritto pubblico*, Milano, 1967; *L'organizzazione pubblica. Parte prima*, Milano, 1977; *Quale Costituzione? Saggio sulla classe politica*, Milano, 1980; *Atti e poteri amministrativi*, in *Id.* (a cura di), *Dizionario amministrativo*, II ed., Milano, 1983, vol. I, p. 101 ss.; *Quale amministrazione*, Milano, 1985.

² G. GUARINO, *Politici, ideologie, società* (1987), in ora *Id.*, *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, cit., vol. IV, p. 120.

³ Un campione significativo di questa visione è costituito dai saggi di P. Farneti, A. Baldassare, A.A. Cervati, S.P. Panunzio, G. Amato, M.S. Giannini, L. Paladin, F. Galgano, C. Mezzanotte, V. Denti, G. Conso, P. Rescigno e A. Malintoppi, raccolti nel volume AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma-Bari, 1979.

⁴ Questa confessione è in *Relazione per convegno LUISS 21.6.2013*, 2013, § 3, reperibile nel sito www.giusepeguarino.it. Un altro punto di riferimento del nostro A., è Alexis de Tocqueville, la cui incisiva influenza si scorge in special modo nei saggi giovanili.

progredire l'economia della nazione, spiegando in modo così eloquente che la libertà economica è da presupposto e da stimolo per tutti gli altri diritti di libertà e allo sviluppo complessivo del sistema democratico⁵.

Questa democrazia italiana, stabile e matura, è vanto della società italiana, ma è opera in gran parte della sua «classe politica» – oggetto di continue e ininterrotte riflessioni da parte di Guarino⁶ – questa istituzione ha contribuito a plasmare un edificio democratico «in modo pacifico» e «senza scosse»: «pochi sistemi possono vantare, nella storia, un successo paragonabile»⁷.

Di questa Italia, nella “nuova” scienza del diritto pubblico, Guarino ha precorso e seguito molti passaggi⁸.

2. La trilogia giovanile e il ‘nuovo’ diritto pubblico: lo scioglimento delle assemblee parlamentari – diritto soggettivo e potere giuridico – il Presidente della Repubblica.

La Sua opera è disseminata di anticipazioni eccezionali e di intuizioni felici.

Basterà porre un cenno dei temi trattati nei suoi primi lavori, comparandone le novità.

Un giovanissimo Guarino nel 1948 diede alla stampa il volume dal titolo “Lo scioglimento delle assemblee parlamentari”, uno dei libri di diritto costituzionale più fecondo e arricchente del novecento giuridico⁹.

Notevole per la varietà dei temi trattati, monumento alla cultura del suo tempo, testimonianza di ciò che significava nella metà del XX secolo la conoscenza della filosofia politica e delle dottrine sulla Costituzione, della storia costituzionale e del diritto costituzionale, l'apporto più notevole e duraturo è rappresentato dalla intuizione che il diritto costituzionale non ci è tramandato dalla tradizione conchiuso e perfetto, “scienza dommatica” e “indirizzo positivo” diventano termini insufficienti, esprimono non più di un minimo denominatore.

Riflettendo sul confine che separa il diritto privato dal diritto costituzionale, Guarino scoprì un'idea che avrebbe sviluppato fino a trasformarla in una spina dorsale della sua teoria: «Se per il diritto privato la tecnica può accontentarsi di apportare ritocchi e modifiche ad un'esperienza ricca di millenni e che sembra talora tutta svelata [...] in diritto costituzionale il

⁵ Tra mercato e diritti di libertà esiste, per Guarino, un legame profondo, non casuale, caratterizzato da interrelazioni e influenze reciproche. Grazie a questa azione reciproca che si svolge su due piani paralleli, mercato e libertà si rinforzano e si consolidano l'un l'altro, tanto da produrre un «circuito virtuoso». Su tale processo cfr., per tutti, R. DAHL, *Sulla democrazia* (1998), trad. it. di C. Paternò, Roma-Bari, III ed. 2010, p. 167: «non possiamo non giungere alla conclusione che l'economia di mercato, la società che essa produce e la crescita economica che tende a generare, prese nel loro complesso, costituiscono delle condizioni estremamente favorevoli alla nascita e al consolidamento delle istituzioni politiche democratiche».

⁶ Secondo Guarino il modello costituzionale italiano si caratterizzerebbe per la presenza di un'istituzione di potere – «la classe politica» – formata dal coacervo di tutte le componenti partitiche, la quale sarebbe riuscita a rendersi totalmente autonoma da qualsiasi altra forza. Al riguardo v. le osservazioni di C. PINELLI, *Sulla nozione di classe politica: implicazioni e raffronti* (1998) ora in ID., *Nel lungo andare. Una costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti 1985-2011*, Napoli, 2012, pp. 545-555.

⁷ G. GUARINO, *La “classe politica” come istituzione (traendo spunti dalla esperienza italiana)* (1990), ora in ID., *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, cit., vol. IV, p. 276.

⁸ La bibliografia di Guarino è raccolta da Francesca Rossi, in F. LANCHESTER, *Il diritto pubblico negli ultimi 70 anni. In ricordo di Giuseppe Guarino*, Milano, 2020, p. 101 e ss.

⁹ G. GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari* (1948), rist. inalterata Napoli, 1990.

compito è tutto particolare perché consiste nell'indagare in una esperienza, che non solo è nuova, ma si presenta ogni volta con caratteri assolutamente originali. In materia costituzionale, pertanto, non è sufficiente che la scienza come tecnica viva nell'indagine dommatica sotto spoglie mentite, nelle ricerche sull'origine storica degli istituti, in interpretazioni, che portano ad una alterazione cosciente delle norme»¹⁰.

È molto importante, ai fini del prosieguo del discorso, sottolineare come per Guarino in materia costituzionale la complessità delle situazioni «fa sì che nemmeno del senso acuto degli uomini politici preposti alla formulazione delle norme ci si possa fidare e sono infiniti gli esempi di norme con le quali si credeva di raggiungere un determinato fine e che hanno prodotto, invece, risultati completamente opposti»¹¹.

Ma se così è, osserva Guarino, «a questi fallimenti, ed ai gravi danni da essi provocati, la scienza non è estranea; essa, anzi, ne è pienamente responsabile se nulla ha fatto per evitarli, perché essa soltanto poteva offrire al legislatore riferimenti precisi sulla reale portata delle norme emanate [...] La scienza del diritto costituzionale deve, dunque, sottoporre il fatto ad un'indagine sistematica per trarne delle norme»¹². Questa, è nelle conclusioni di Guarino, «la funzione più alta e più piena di responsabilità della scienza», qui essa, «ricostituisce giuridicamente la natura iuxta propria principia; fa della alta giurisprudenza, della giurisprudenza costruttiva; e tutto ciò in modestia, avendo coscienza di non formulare verità eterne o principi universali, e che anzi i frutti del suo paziente lavoro hanno vita breve, sono destinati a cadere con il mutare della struttura sociale o delle forze politiche»¹³.

Questo modo di procedere poneva Guarino oltre il cosiddetto “metodo giuridico” nello studio della Costituzione, il metodo che, per merito di Vittorio Emanuele Orlando era stato importato in Italia dalla scienza tedesca della seconda metà dell'Ottocento, al di fuori del quale non ci sarebbe potuta essere scientificità¹⁴.

¹⁰ GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, cit., p. 24.

¹¹ GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, cit., p. 269.

¹² GUARINO, *op. loc. cit.*

¹³ GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, cit., p. 273.

¹⁴ Con perfetta sintesi è stato detto che metodo giuridico senza alcuna specificazione consiste «nella depurazione dell'indagine [...] da tutti gli elementi ritenuti estranei, e cioè gli elementi etici, psicologici, economici, etnologici, sociologici, politici, ideologici, [...] e da ogni considerazione moralistica, finalistica, utilitaria, ecc., ossia valorativa. Questi elementi e queste considerazioni, si dice, possono formare oggetto di altre ricerche, ma debbono rimanere fuori del cerchio della scienza del diritto, la quale, per svolgere un'indagine che possa dirsi scientifica, dovrebbe rivolgersi esclusivamente all'interpretazione e sistemazione del diritto nella sua positività»: cfr. così R. ORESTANO, *Voce da una enciclopedia: 'Formalismo giuridico'* (1961), in Id., *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, p. 383 e ss., spec. pp. 388-389. Alcune precisazioni in ordine a quanto detto nel testo. In primo luogo, è importante sottolineare che per Guarino l'opera di Orlando è lontana dalla stessa scuola cosiddetta giuridica, che pure da lui prendeva le mosse. Guarino contesta i facili attributi di astratto concettualismo giuridico o di positivismo legislativo rivolti a Orlando. Quali fossero i principi presupposti da Orlando risulta in modo evidente da: «*I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, Archivio Giuridico 1889: “Una delle principali qualità tecniche, che nel giurista si richiedono, consiste nell'attitudine a considerare le varie nozioni ed i vari istituti giuridici, come delle entità reali, esistenti, viventi”, pag. 13; “Questa dichiarazione sovrana e testuale del diritto, che chiamiamo legge, non ha, per i fini scientifici, che un'importanza accessoria e subordinata”, pag. 16; e *Studi giuridici sul Governo Parlamentare*, in Archivio Giuridico 1886: “Lo sviluppo di esso (del diritto) appare necessario ed i principi giuridici effetto di forze poderose e cospiranti, la radice delle quali va ricercata in quel procedimento complicatissimo dell'evoluzione storica della società umana”, pag. 353; “(Il diritto) si svolge nella sfera dell'osservazione dei fenomeni naturali e giuridici e dalla induzione e coordinazione dei principi che li regolano”, pag. 355; “Da ciò

Tanto è vero che, tra l'altro, Guarino elabora con vigore – ed anche questo è un punto del suo discorso di particolare rilievo – la distinzione tra società omogenee e società non omogenee, dalla quale ricava un criterio d'interpretazione utile per risolvere le contraddizioni, altrimenti forse insuperabili, e per ricostruire gli istituti costituzionali nel loro reale significato¹⁵.

L'ordinamento italiano del secondo dopoguerra era individuato con i caratteri tipici della «non omogeneità»: cioè un ordinamento che è espressione di una società nella quale i gruppi politici sono gli uni con gli altri radicalmente contrapposti, fra essi non esiste consenso essenziale sui fini fondamentali da perseguirsi nello Stato. In un sistema «non omogeneo» i gruppi politici tendono a superarsi definitivamente a vicenda ed – al limite – l'uno a sopprimere l'altro: è quindi necessariamente problematico il rispetto delle regole del *fair play*¹⁶.

Altra importante valutazione è che «ogni istituto della costituzione in una società non omogenea è rispettato in quanto strumento: ognuno di essi è pronto ad essere utilizzato come arma d'attacco» dalle forze in lotta. D'altra parte, anche se esse si impegnano a rispettare le norme costituzionali «non si può mai essere sicuri che esse non esiteranno a violarle se riteranno ciò utile al loro interesse»¹⁷.

Appunto perciò in un ordinamento non omogeneo «il fine della durata della costituzione» e ancora più della conservazione della democraticità dell'ordinamento «si traduce nel fine del *controllo della maggioranza* e quindi della garanzia delle minoranze, la cui esistenza e libertà assicuri che la maggioranza eserciti i suoi poteri, come vuole il sistema». «E rispetto

segue chiaramente che il legislatore trova, non crea», pag. 376; «I parlamenti intervengono... a rivestire dell'autorità esterna e permanente del più elevato potere dello Stato la regola di diritto già formatasi nella coscienza popolare, avvertita dalla pubblica opinione, espressa in forma positiva dalla scienza», pag. 388; «Caratteristica dell'istituto di diritto è la necessità, l'imprescindibilità per cui date *quelle* condizioni, non può essere altrimenti che in *quella* data maniera», pag. 382 [...]. ORLANDO sottopone anche a critica l'indirizzo esegetico di Laband [...] ed in più posti pone in luce i suoi legami con la scuola storica»: GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, cit., p. 274 nota 24 (corsivo nel testo). Su Orlando giurista «realista» si v. più di recente C. DE FIORES, *Ascesa e declino del metodo orlandiano*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, p. 1 e ss., che aggiunge: «Vi è però, soprattutto, un ambito in cui la propensione orlandiana al realismo tende ad assumere risvolti precisi e quanto mai stringenti. È Orlando studioso di diritto amministrativo» (*ibidem*, p. 22). Una seconda precisazione ha a che vedere con la circostanza che ancora oggi la personalità di Orlando è oggetto di giudizi molto diversi, anzi radicalmente opposti, apparendo ad alcuni uno studioso il cui «metodo» sia da abbandonare sotto più aspetti (v. S. CASSESE, *Il futuro del diritto pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/2017, p. 176 e ss.) e da altri «un grande liberale, aperto alla democrazia e alle questioni sociali, un grande giurista ed un grande uomo di Stato, e che, considerando cumulativamente l'insieme straordinario di tutte le sue qualità [...], non vi è forse alcun altro personaggio a lui comparabile per grandezza in tutta la storia d'Italia tra il XIX e il XXI secolo» (v. M. MAZZAMUTO, *Vittorio Emanuele Orlando giuspubblicista alla prova della grande guerra*, in *Dir. soc.*, n. 3/2017, p. 279 e ss., spec. p. 417 ed *ivi* letteratura citata; nonché T.E. FROSINI, *Vittorio Emanuele Orlando costituzionalista e teorico del diritto pubblico*, *Rivista AIC*, n. 3/2016, spec. § 2, che rievoca le radici siciliane del costituzionalismo italiano, che si sviluppa nella seconda metà dell'ottocento per il tramite di studiosi quali Vittorio Emanuele Orlando, Gaetano Mosca, Giorgio Arcoleo, Emerico Amari, Gaetano Arangio Ruiz, Carmelo Caristia, Angelo Maiorana e più avanti Santi Romano). Infine, più in generale Guarino osserva che forse, almeno sino ai primi anni cinquanta, una «scuola italiana di diritto pubblico» non sia esistita, essendovi stati Maestri tanto diversi quanto autonomi (G. GUARINO, *Recensione a Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, ora in *Id.*, *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, cit., vol. V, p. 90 e ss., in part. p. 91).

¹⁵ Per trovare un livello di consapevolezza metodologica paragonabile a quello attinto da Guarino è necessario volgere alle opere di Costantino Mortati. Al riguardo vedi l'utilizzo della categoria dell'omogeneità fatta in C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, 1973, p. 65 e ss., p. 157 e ss.; p. 427 e ss.

¹⁶ GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, cit., p. 136.

¹⁷ GUARINO, *op. loc. cit.*

ad ogni altro fine questo della garanzia della durata del sistema o della garanzia delle minoranze sembra occupare, senza ombra di dubbio, il primo posto»¹⁸.

In questa sede è sufficiente rilevare che, a differenza di altre nozioni giuridiche di base (basti ricordare le nozioni di popolo, di sovranità, ecc.), la categoria dell'omogeneità non ebbe, né ancora oggi possiede, una propria connotazione giuridicamente precisabile¹⁹. Si ha, in fondo, una nozione di natura e di carattere politologico, tale sempre rimasta, ossia al di là del giuridico.

Quasi contemporaneamente al primo lavoro monografico sulla rivista *Rassegna di diritto pubblico* del 1949 è pubblicato lo scritto dal titolo "Potere giuridico e diritto soggettivo"²⁰. Leggendo questo saggio, che conduce senza sosta in temi e sottotemi, si ha l'impressione che neppure lo stesso Autore fosse consapevole di quanto erano importanti le sue intuizioni.

Il lavoro propone griglie concettuali che inquadrano, in un sistema coerente e autonomo, le figure minime che costituiscono il campo delle situazioni giuridiche soggettive: il diritto soggettivo, la pretesa e l'interesse legittimo (situazioni favorevoli), il dovere e la soggezione (situazioni sfavorevoli)²¹.

Guarino concorre al dibattito del superamento del dogma del diritto soggettivo come signoria del volere secondo la definizione dettata dalla pandettistica tedesca²². Da un punto di vista prettamente tecnico-giuridico, il superamento delle teorie fondate sull'elemento della volontà è un significativo guadagno, perché ha contribuito a ricondurre la categoria del diritto soggettivo ad uno schema essenziale, espungendo da essa elementi che ne offuscavano la comprensione: la volontà, a rigore, è estranea al contenuto del diritto soggettivo, e assume rilievo solo sul piano del suo esercizio. Così, il diritto soggettivo è *agere licere* per il soddisfacimento di un interesse ritenuto dall'ordinamento meritevole di protezione. E' uno spazio di libertà, ma non di arbitrio: l'interesse, che costituisce la *ratio* del suo riconoscimento, conforma tale libertà, ne segna i confini, di là della quale l'azione del soggetto cessa di essere esercizio

¹⁸ GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, cit., pp. 140-141.

¹⁹ La categoria è ampiamente utilizzata nella letteratura giuridica: di recente v. A. MORRONE, *Articolo 1*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, a cura di F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI, vol. I, Bologna, 2018, p. 13 e ss., in part. p. 15.

²⁰ G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, p. 238 e ss.

²¹ G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit., p. 301. Ora, facoltà e potere non sono situazioni giuridiche soggettive, ma rappresentano il contenuto che il diritto soggettivo può assumere, a seconda che, il comportamento in cui consiste l'*agere licere* descritto dalla fattispecie astratta, sia un'attività materiale o giuridica. «Il potere – per usare le stesse parole dell'A. – è fattispecie dinamica che contempla un comportamento, mentre il diritto è una situazione giuridica, nella quale la stessa fattispecie dinamica entra come termine di un rapporto». E' noto che la dottrina dominante considera invece diritto soggettivo e potere come due figure distinte sotto molteplici aspetti: cfr. *ex multis* V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019, p. 78 (per l'A. il diritto soggettivo è diretto al perseguimento di un interesse proprio del soggetto, mentre il potere è inerente alla titolarità di un ufficio che attribuisce una funzione per la tutela di un interesse altrui).

²² G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit., p. 283. E' noto che la prima matrice filosofica della concezione pandettistica del diritto soggettivo è nel giusnaturalismo, per quanto occorre avvertire (così G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. II. L'età moderna*, Roma-Bari, 2001, p. 89) che i pensatori riconducibili a questa corrente filosofica «sono lungi dal formare un complesso organico tra l'uno e l'altro» (basti considerare gli esiti antitetici del pensiero di Hobbes e Locke, entrambi tradizionalmente ascritti a questa scuola).

del diritto²³. Nel descrivere il modo e la misura della rilevanza si afferma icasticamente che gli interessi legittimi «sorgono in relazione a norme che per definizione non si occupano di essi»²⁴.

Nello stesso tempo Guarino indicava e affinava gli strumenti metodologici per la comprensione della nuova realtà costituzionale: basti ricordare il saggio sul Presidente della Repubblica che ha gettato le basi di ogni successiva riflessione sul tema²⁵.

In tale saggio si indagano l'origine e la funzione del ruolo presidenziale nel regime parlamentare, si qualifica il Capo dello Stato come potere neutro nel senso di «controllore imparziale» della Costituzione, egli può restare imparziale ad una sola condizione: che non governi²⁶.

In definitiva, «è un organo che rinuncia ad una parte della sua libertà per servire alla libertà di tutti gli altri»²⁷.

Sono poi svolte importanti considerazioni sul principio di irresponsabilità e responsabilità come criterio di organizzazione dei poteri pubblici nella vigente Costituzione. Le garanzie previste per i parlamentari (artt. 67, 68 cost.), per il Presidente della Repubblica (art. 90 cost.), per i Ministri e il Presidente del Consiglio dei Ministri (art. 96), per i Consiglieri regionali (art. 122 cost.), spettano perché così è richiesto in un sistema caratterizzato in senso pluralistico, in quanto fondato su una pluralità di organi posti in grado di funzionare con soddisfacente autonomia e tutti rappresentativi in senso ampio, e anche in senso fortemente ideologizzante²⁸.

L'irresponsabilità giuridica, come prevista dall'art. 90 cost., è una prerogativa che garantisce che il principio della irresponsabilità politica non sia violato in forma mascherata²⁹.

Al contempo, più in generale, si descrive il carattere meramente «esistenziale» della funzione di indirizzo politico mancando di una propria forma e non può quindi avere una inerente efficacia giuridica e si espone la differenza tra *politicità* e *discrezionalità* attribuita ad atti di diritto pubblico, che consiste nell'essere il potere politico libero nel fine, mentre quello discrezionale è vincolato ad uno scopo.

Del resto, come ammonisce Sergio Bartole: «se Guarino, Barile e Crisafulli si fossero attardati nelle piatte pratiche ermeneutiche che ancor oggi vengono talvolta proposte in materia, difficilmente avremmo assistito a quella maturazione del ruolo del Presidente della

²³ Il diritto soggettivo ha ad oggetto: «[...] un comportamento futuro, che è già individuato e che, nello Stato moderno, è sempre limitato dalla norma. Diritto soggettivo, di conseguenza, non è liceità di assumere un comportamento arbitrario, ma liceità di assumere un comportamento previsto dalla norma [...]» (*ibidem*, p. 259 nota 41).

²⁴ G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit., p. 278. Nel 1983, in *Atti e poteri amministrativi*, cit., p. 112, Guarino svolge nuove riflessioni sull'interesse legittimo e afferma che esso è «l'interesse all'osservanza di una norma posta nell'interesse generale di una categoria che rispetto alla stessa si trovi in una posizione specifica», modificando la precedente posizione.

²⁵ G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica Italiana (note preliminari)* (1951), ora in Id., *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, cit., vol. I, p. 307 e ss.

²⁶ GUARINO, *Il Presidente della Repubblica Italiana*, cit., p. 318 e ss., p. 364, p. 369.

²⁷ GUARINO, *Il Presidente della Repubblica Italiana*, cit., p. 371.

²⁸ GUARINO, *Il Presidente della Repubblica Italiana*, cit., p. 323 e ss.

²⁹ GUARINO, *Il Presidente della Repubblica Italiana*, cit., p. 324 nota 12.

Repubblica che ha trovato sanzione anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenze n. 200/2006, n. 1/2013)»³⁰.

3. La costituzione materiale nella teorizzazione di Guarino. La critica alla concezione di Mortati. Primi elementi di una dottrina democratica del diritto pubblico italiano. La validità della teoria della costituzione materiale nella dottrina contemporanea.

Dal resoconto offerto nel paragrafo precedente dovrebbe emergere una inequivocabile conferma di quanto già osservato a proposito della prima sistemazione guariniana e dell'opera di schiarimento concettuale, che ad essa presiede, di figure sin lì avvolte, in misura maggiore o minore, da un'aura di opacità.

L'ampiezza e la nobiltà degli interessi coltivati da Guarino nella sua attività di ricerca giovanile, in uno con la densità e la coerenza della prospettiva entro cui quell'attività sempre si è collocata, è testimoniata anche dal saggio sul tema della costituzione materiale, dove la riflessione subisce, in ragione della peculiare complessità dell'oggetto, un geometrico incremento di consistenza³¹.

La ricostruzione elaborata da Guarino per illustrare il significato di costituzione materiale prende le mosse da quella avviata da Mortati all'inizio degli anni '40 con il suo celebre saggio su la costituzione in senso materiale³², nel senso che entrambe sono accomunate dalla consapevolezza che per cogliere la caratterizzazione di un ordinamento giuridico, per afferrarne lo spirito animatore sia necessario andare al di là del testo di legge, e risalire agli equilibri che di fatto si compongono fra gli attori politici e le componenti sociali e politiche di cui quegli attori sono espressione.

Per Guarino, la costituzione materiale in Mortati è intesa «in una forza, risultante dalla organizzazione di un gruppo sociale che si differenzia dagli altri, e che riesca, trionfando sui gruppi antagonisti, portatori di interessi diversi e orientati verso un diverso modo di intendere l'unità politica, a far valere effettivamente la forma particolare di ordine, da essa affermata»³³. La funzione prima della costituzione materiale è, pertanto, quella di costituire la fonte suprema ed originaria dell'ordinamento, fonte cogente per le fonti formali, ma che non si esaurisce in queste ed opera anche in modo immediato e diretto. Lo sforzo della costruzione mortatiana è, come è noto, diretto a dimostrare che il fine fondamentale espresso dalla volontà delle forze

³⁰ S. BARTOLE, *Attuazione e attualità della Costituzione, il ruolo dell'interpretazione*, in *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, a cura di G. BRUNELLI e G. CAZZETTA, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 103, Milano, 2013, p. 403. Ovvio il riferimento al citato saggio di GUARINO, *Il Presidente della Repubblica Italiana (note preliminari)* oltre che ai due saggi di P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, e di V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del governo parlamentare in Italia*, in *Studi in onore di E. Crosa*, I, Milano, Giuffrè, 1960.

³¹ G. GUARINO, *I decreti legislativi luogotenenziali sulla normatività della costituzione materiale* (1947), ora in ID., *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, cit., vol. I, pp. 127-148; cui adde, G. GUARINO, *Materia costituzionale, costituzione materiale, leggi costituzionali* (1948), *ivi*, pp. 171-182.

³² C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale* (1940), rist. inalterata con una *Premessa* di G. Zagrebelsky, Milano, 1988.

³³ G. GUARINO, *I decreti legislativi luogotenenziali*, cit., p. 131.

politiche dominanti contiene in sé gli elementi che consentono ad esso di porsi immediatamente e direttamente come norma.

è importante sottolineare come questa messa a punto della categoria della costituzione materiale operata da Mortati offra a Guarino il destro per una presa di distanza in ordine al modo di incidenza di quest'ultima la quale, a suo avviso, resta una categoria «esistenziale» e in tal modo priva di efficacia normativa, come invece sostenuto da Mortati.

Conviene far parlare direttamente Lui, che riesce, in poche battute, a impartire una lezione di teoria generale, chiarendo che il contenuto di costituzione materiale: «[...] nulla aggiunge alla conoscenza dell'ordinamento giuridico, che si può ricavare dalle fonti. Se qualche volta si è creduto il contrario, ciò è avvenuto sotto l'influenza di teorie che limitavano il campo delle fonti alle due tradizionali, la legge e la consuetudine [...]. La difficoltà, che resta da chiarire, e che la scienza dimostra di non ignorare con il ripetersi delle ricerche sulla necessità [...] e sulle altre fonti, consiste nel determinare i rapporti tra le fonti formali, che consentono una regolamentazione preventiva della fattispecie, e gli altri fatti, ugualmente produttivi di diritto, che sono, però giuridici solo per essersi realizzati. Al di fuori delle une e degli altri, la vita giuridica non ha altri mezzi [...] di realizzarsi»³⁴.

Beninteso bisogna distinguere tra ciò che il concetto di costituzione materiale non riesce a risolvere in un ordinamento positivo (ossia la regolamentazione delle fonti) e ciò che invece è nel suo concetto fondamentale, e infatti il suo significato profondo è nel valore «polemico» contro le «antiche concezioni» che rifiutavano che la realtà giuridica si potesse spandere al di fuori delle norme espresse³⁵.

Infine, non mancherà a Guarino di criticare il modo limitato di intendere la forza complessiva dell'ordinamento nell'opera di Mortati, concepita come una forza, che, in virtù dello scopo in essa insito, resta necessariamente stabile, e come la forza di un gruppo politico parziale (il partito). Lo scopo dell'ordinamento che, appunto, in Mortati, si trasfigura nel fine del gruppo politico dominante (in quel momento unico e monopolizzante). Dinanzi a questa prospettiva, Guarino contrappone una nozione di realtà giuridica intesa come processo circolare in cui tanto le forze di maggioranza, quanto quelle dell'opposizione concorrono, sia pure con funzioni, intensità e modi differenti, alla sua determinazione³⁶.

Il contributo di Guarino sulla definizione costituzione materiale, iniziato nel 1947 con il saggio esaminato, sarà ampliato con evidenti finalità di inquadramento sistematico in lavori successivi, nei quali lo strumento della costituzione materiale è messo al servizio di un consapevole progetto di rilettura di taluni fondamentali istituti dei regimi democratici.

³⁴ G. GUARINO, *I decreti legislativi luogotenenziali*, cit., p. 146-147.

³⁵ G. GUARINO, *I decreti legislativi luogotenenziali*, cit., p. 146. Il valore del concetto di costituzione materiale è «nel principio da esso affermato». Diversamente «il suo contenuto nulla aggiunge alla conoscenza dell'ordinamento giuridico, che si può ricavare dalle fonti. Se qualche volta si è creduto il contrario, ciò è avvenuto sotto l'influenza delle teorie che limitavano il campo delle fonti alle due tradizionali, la legge e la consuetudine. Superate queste, è stato possibile intendere il significato che può avere per la produzione del diritto ogni fatto, portato ad effettivo compimento» (*ibidem*, p. 146).

³⁶ «La forza complessiva dell'ordinamento, che sostiene l'intero sistema di norme e ne costituisce il fondamento, è la risultante di tutte le forze agenti nell'ordinamento stesso, quali esse si estrinsecano nelle infinite azioni degli uomini»: G. GUARINO, *I decreti legislativi luogotenenziali*, cit., p. 146.

In forma diversa, la ricostruzione di Mortati sarà oggetto da parte dello stesso Autore non solo di continue rielaborazioni entro la nuova Costituzione del 1948, ma di vera autoanalisi critica sintomo di un'inquietudine metodologica e di un'esigenza di revisione critica dei paradigmi elaborati prima del nuovo ordine democratico³⁷.

Si tratta indubbiamente di un magistero che resterà segnato da una forte ambiguità e in grado, più o meno pronunciato, di imprimere evoluzioni o involuzioni alla scienza del diritto pubblico³⁸.

Si spiega in tal modo come la teoria della costituzione materiale, anche nella più tarda teorizzazione di Mortati³⁹, sarà declassata da Vezio Crisafulli come teoria concettualmente schematica e incompleta, confondendo: «[...] politica e diritto, e nel modo peggiore, poiché non c'è politologo accorto che scambi, all'atto pratico, i sistemi politici e i corrispondenti programmi e ideologie, che formano l'oggetto delle sue indagini, con la costituzione, nell'ambito della quale quei sistemi si enucleano e vanno svolgendosi»⁴⁰. Ma si spiega anche come il rinnovamento degli studi costituzionalistici negli anni settanta e ottanta, per opera di studiosi

³⁷ Un'esemplare ricostruzione delle varie nozioni di costituzione in senso materiale sviluppate da Mortati sia nelle opere maggiori che in quelle minori è condotta da Maurizio Fioravanti, di cui si veda almeno M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione – Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. GALIZIA e P. GROSSI, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 33, Milano, 1990, pp. 45-185 e dello stesso A., *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, 1993, p. 105 e ss., p. 185 e ss., p. 215 e ss.

³⁸ Ma non solo a essa. Sul concetto di «costituzione materiale», e sui condizionamenti ideologici di alcuni suoi impieghi, si è misurata tutta la nostra cultura giuridica. Di recente, particolarmente indicativi L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, con pref. di N. Bobbio, VII ed., Roma-Bari, 2002, p. 908, pp. 938-939 e M. LIBERTINI, *La Costituzione economica. Libertà di impresa ed economia sociale di mercato*, in S. Licciardello (a cura di), *Il Governo dell'economia. In ricordo di Vittorio Ottaviano nel centenario della nascita* (Atti di Convegno del 9/10 settembre – Università di Catania), Torino, 2018, p. 6 e ss.

³⁹ V. la definizione che ne dà l'Autore nella voce *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. del dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 164, «[...] la società da cui emerge ed a cui si collega ogni particolare formazione statale possiede una sua intrinseca normatività quale è appunto data dal suo ordinarsi intorno a forze ed a fini politici. Tale normatività si differenzia da quella propria del sistema delle norme derivate per la mancanza di forme precostituite [...], ed altresì per la diversità del contenuto: ciò perché essa non opera una specifica determinazione di comportamenti, ma si limita ad enucleare interessi associativi, che si impongono come scopi dell'azione statale [...]».

⁴⁰ V. CRISAFULLI, *Costituzione*, in *Enc. del Novecento*, vol. I, Roma, 1975, § 6. Critica – preme avvertire – rivolta unitamente alle dottrine di F. Lassalle, M. Hauriou, C. Schmitt, R. Smend, accomunate da uno "stile" risultante da un insieme di valori che esaltano «la vita nelle sue forme elementari e spontanee». Tali dottrine, in Crisafulli, suscitano preoccupazioni perché propongono una concezione di costituzione opposta all'indirizzo metodologico solidale con la filosofia razionalistica, e ricorda, le medesime preoccupazioni espresse da G. Burdeau: «*Édifice rationnel élevé pour êtres de raison, elle ne serait plus qu'un temple allégorique habité par des ombres*» (G. BURDEAU, *Une survivance. La notion de constitution*, in *L'évolution du droit public. ÉtudesMestre*, Paris, 1956, pp. 53-62). Ma, dopo la voce di Crisafulli, il medesimo volume ospita una voce firmata da A.M. SANDULLI, *Costituzione italiana*, *ivi*. Sta di fatto che Sandulli, pur non accogliendo molti risultati della dottrina mortatiana, cede d'un tratto alla sincerità del giudizio personale riconoscendo in Mortati «il maggiore dei costituzionalisti italiani» (*op. cit.*, § 1). Vi è in Sandulli, ancora una volta, una lezione di misura e di equilibrio.

come Augusto Barbera⁴¹, Sergio Bartole⁴², Mario Dogliani⁴³, Giancarlo Rolla⁴⁴ e altri, avverrà con il recupero in chiave critica del paradigma della costituzione materiale.

Il rinnovamento scientifico di quegli anni non è un rinnovamento che si esaurirà in quella stagione, ma questi studiosi hanno lavorato, scritto e riflettuto sulla costituzione materiale così come si veniva configurando. Testimonianza esemplare di questo continuo impegno sono le splendide voci di enciclopedia consegnate negli ultimi anni da Barbera⁴⁵, Dogliani⁴⁶ e Bartole⁴⁷.

E tra i manuali più prestigiosi e continuamente aggiornati, si trovano approfondimenti sulla costituzione materiale e la esposizione delle varie teorie seguite in dottrina, il che riassume la validità di metodo del concetto. Dalle dense e vivaci *Conversazioni* di Lorenza Carlassare⁴⁸; al diffuso volume di Temistocle Martines, che sul vecchio telaio accoglie i limpidi e nuovi innesti di Gaetano Silvestri, dove la costituzione materiale è ora intesa come quell'insieme di valori e principi condivisi che costituiscono il sostrato assiologico delle norme costituzionali formali e ne orientano l'interpretazione⁴⁹; a quello di Giuseppe De Vergottini che, dopo un'ampia esposizione dello stato della dottrina italiana e straniera, pone in rilievo che la dottrina della costituzione materiale «rimane essenziale al fine di comprendere il significato ultimo della costituzione»⁵⁰.

La concezione della costituzione materiale non ha certo lo slancio generoso e consolatorio di altre dottrine: e tuttavia, anche se presenta origini scomode e sviluppi eterogenei, è «in essa che vanno rintracciati, nel bene e nel male, i primi germi del nostro costituzionalismo e i primi, confusi elementi di una dottrina democratica del diritto pubblico»⁵¹.

4. Il modello dei regimi democratici e i fattori della costituzione materiale.

Riunendo le diverse considerazioni fin qui fatte attorno al tema della costituzione materiale, c'è da osservare che la scienza pubblicistica italiana mantiene forte coscienza della

⁴¹ A. BARBERA, *Art. 2*, in *Principi fondamentali. Art. 1-12. Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, p. 85 e ss.

⁴² S. BARTOLE, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Dir. soc.*, 1982, p. 605 ss.; ID., *Metodo giuridico e realtà politico-costituzionale*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1985, 3, p. 9 e ss.

⁴³ M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, Milano, 1982, p. 43 e ss., p. 62 e ss. nonché, dello stesso A., *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, p. 332 e ss.

⁴⁴ G. ROLLA, *Riforma delle istituzioni e costituzione materiale. Appunti per un dibattito*, Milano, 1980, p. 65 e ss.

⁴⁵ A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, vol. VIII *Annali*, Milano, 2016 (la voce è riprodotta anche nel volume autonomo *La costituzione della repubblica italiana*, Milano, 2016, e per un riepilogo del pensiero di Mortati v. pp. 1-8).

⁴⁶ M. DOGLIANI, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Il diritto. Enc. giur. del Sole 24 ore*, vol. 4, Milano, 2007, pp. 527-543.

⁴⁷ S. BARTOLE, *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, 1989, pp. 288-321. A questo Autore va anche ascritta un'esemplare, quanto poderosa, rilettura del problema dell'interpretazione costituzionale alla luce della dottrina della costituzione materiale, cfr. S. BARTOLE, *La Costituzione è di tutti*, Bologna, 2012, pp. 69-117.

⁴⁸ L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, IV ed., Milano, 2020, p. 21 e ss., p. 84 e ss.

⁴⁹ T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XV ed. interamente riveduta da G. Silvestri, Milano, 2020, p. 18 ss.

⁵⁰ G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, X ed. interamente rivista, Milano, 2019, p. 232.

⁵¹ Per questa conclusione vedi L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, p. 48.

centralità del problema del rapporto fra fondazione materiale dell'ordinamento e costituzione formale.

Nel pensiero di Guarino la metodologia della costituzione materiale è proficua perché la si rintraccia nella realtà, ma l'inquadramento offerto dal lavoro pionieristico di Mortati gli sembrava tuttavia sufficiente: lo snodo capitale stava, nella sua prospettiva, nel fissare correttamente il punto di incidenza della norma e del fatto, di rapportare materialmente l'organizzazione giuridica del potere con la strutturazione sociale del medesimo, evitando nel contempo sia deviazioni formalistiche che deviazioni relativistiche.

Questo lavoro di ripulitura concettuale si conclude, mi pare di poter dire, nello scritto intitolato "Riflessioni sui regimi democratici" apparso su *Politica del diritto* nel 1991⁵², dove la sua concezione della costituzione materiale è ricapitolata.

Nel saggio Guarino esordisce tracciando gli elementi indefettibili di un regime democratico, sintetizzati nei diritti di libertà, nell'eguaglianza sostanziale, nella pluralità degli organi costituzionali e nella loro derivazione diretta o indiretta dal corpo elettorale e nel principio dello Stato di diritto⁵³.

Guarino, tuttavia, chiarisce subito – e si tratta con ogni probabilità dello snodo cruciale dell'intero suo discorso – che «tra gli elementi di base e gli istituti della democrazia si inseriscono molteplici e complessi ulteriori elementi sostanziali ed istituzioni intermedie che talvolta singolarmente, ma sempre attraverso l'insieme delle loro relazioni e nel gioco degli influssi e delle reazioni che si esercitano sugli elementi di base e sugli istituti in cui si risolve il concetto giuridico della democrazia, condizionano il funzionamento del sistema e lo caratterizzano nel suo insieme», da qui la conseguenza che «i regimi storici sono necessariamente «unici», perché sono tali e tanti i possibili elementi che esplicano una influenza sulla formula democratica di base, caratterizzandone il funzionamento e condizionandone il rendimento, che è quasi impossibile che due regimi, anche in una medesima epoca ed in una medesima fascia di cultura, di dimensioni, di sviluppo, risultino fundamentalmente identici»⁵⁴.

Da qui parte l'ampia indagine, con ricchissimi riferimenti comparatistici, volta a individuare i fattori rilevanti che nel loro dinamico intrecciarsi compongano la costituzione materiale⁵⁵.

Orbene, gli elementi che nella costruzione guariniana entrano a comporre la costituzione materiale sono: la stampa e la televisione; i blocchi di potere economico; la

⁵² G. GUARINO, *Riflessioni sui regimi democratici* (1991), pp. 3-48, ora in Id., *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, cit., vol. IV, p. 375 e ss. Il saggio è stato recensito da Giuseppe Pera sulla Rivista italiana del diritto del lavoro del 1991 come uno scritto «fondamentale»: la recensione è ora riprodotta in G. PERA, *Noterelle. Diario di un ventennio*, a cura di V.A. Poso, intr. di P. Ichino, Milano, 2004, pp. 132-133. «Ho letto – annota Giuseppe Pera – con molta malinconia».

⁵³ G. GUARINO, *Riflessioni sui regimi democratici*, cit., p. 4 e ss. Credo che sia opportuno aggiungere che le costituzioni del secondo dopoguerra mettono in primo piano questi principi e valori che vengono tutti positivizzati, sperimentando una fortuna che da allora non ha in pratica conosciuto pause.

⁵⁴ G. GUARINO, *Riflessioni sui regimi democratici*, cit., pp. 10-11.

⁵⁵ Fin dal volume sullo scioglimento delle assemblee parlamentari, domina in Guarino l'esigenza che il giurista si apra alla comparazione giuridica, allo scopo di valutare il «rendimento» degli istituti negli ordinamenti in cui sono accolti, e di calare i risultati di tale esame nelle sue ricerche (v. G. Guarino, *Introduzione a Lo scioglimento delle assemblee parlamentare*, p. 1 e ss.).

conformazione della classe politica; i sindacati; la burocrazia; le relazioni internazionali tra Stati; la omogeneità politica e sociale; le caratteristiche del territorio e le ricchezze minerali e naturali.

Il peso di questi fattori – secondo un argomento tipico della costituzione materiale – non è sempre uguale, né tutti sono necessariamente presenti nello stesso modo, di conseguenza la costituzione materiale riferita alla singola esperienza, sottolinea Guarino «si risolve in un continuo *farsi*»⁵⁶.

Ora, la rilevanza della costituzione materiale spiega come «in un Paese possa aversi la successione di più tipi di regimi democratici nonostante la formula di base e la costituzione formale rimangano invariate», e in che modo un sistema possa perdere il carattere della democrazia «in conseguenza di fenomeni degenerativi od anche per una dislocazione nella rilevanza o nei rapporti di forza intercorrenti tra i vari elementi che entrano a comporre la costituzione materiale»⁵⁷.

La garanzia dei presupposti formali, pur essenziale, nella riflessione guariniana, deve comporsi in equilibri regolati da fatti costituzionali materiali dotati di valenza intrinsecamente giuridica.

Se ne ha la prova considerando che un «impoverimento repentino (possibile specie nei Paesi a monocultura industriale), conflitti etnici, il diffondersi di ideologie di rottura, l'abnorme crescita di istituzioni settoriali (es. esercito), possono determinare situazioni di pericolo e trasformarsi in una causa di crollo»⁵⁸.

Le medesime conclusioni sono valide anche per i regimi autoritari, con la sola differenza che in questi sistemi «gli elementi della costituzione materiale sono pesantemente condizionati, quando non interamente conformati, dal sistema giuridico»⁵⁹.

Lo scritto si conclude con la vigorosa sottolineatura della necessità, imposta proprio dalla complessità dei regimi democratici, di elaborare «attente riflessioni specie per quanto concerne il coordinamento tra i poteri costituzionali e tra questi e gli elementi della costituzione materiale, nella conformazione che quest'ultimi assumeranno in concreto», e mettendo in rilievo che la permanenza nel tempo della formula democratica di convivenza «non è un fatto necessario ed automatico, ma il frutto di una conquista continua, e richiede una perenne capacità di adattamento in coerenza con l'evoluzione dei fattori della costituzione materiale»⁶⁰.

⁵⁶ G. GUARINO, *Riflessioni sui regimi democratici*, cit., p. 38.

⁵⁷ *Ibidem*, *Riflessioni sui regimi democratici*, cit., p. 48.

⁵⁸ *Ibidem*, *Riflessioni sui regimi democratici*, cit., p. 41.

⁵⁹ *Ibidem*, *Riflessioni sui regimi democratici*, cit., pp. 38-39. L'indicazione richiamata sembra in grado di superare l'obiezione che la teoria della costituzione in senso materiale divenga una teoria identificabile con una concezione autoritaria dello Stato. Sono note le dispute sulla possibilità di enucleare una teoria autoritaria dello Stato nella riflessione costituzionalistica del primo Mortati e di farne un giurista fascista che si è poi convertito alla democrazia. Tuttavia, com'è stato acutamente osservato (G. ZAGREBELSKY, *Premessa a La costituzione in senso materiale di C. Mortati*, Milano, 1988, cit., pp. XII-XIII), quella del primo Mortati «non è una concezione fascista dello Stato ma una concezione dello Stato applicabile (e applicata) a quello fascista». Piuttosto si mette in evidenza che il passo risolutivo, e rispetto al costituzionalismo ottocentesco, «rivoluzionario» compiuto da Mortati è stato quello di attribuire una funzione costituzionale alle forze politiche, cioè «a quelle forze nella quali la dottrina legata alle visioni dello Stato liberale, vedeva annidarsi le cause del disfacimento e alle quali imputava quindi una funzione anticostituzionale» (*ibidem*, p. XVII).

⁶⁰ G. GUARINO, *op. loc. cit.*

5. L'Europa ed i pericoli interni al sistema. Forza «materiale» dell'ordinamento europeo ed eclisse della sovranità statale.

è interessante costatare come in Guarino, il saggio sui regimi democratici del 1991, raccolga l'ultima visione consolidata e compatta dei ragionamenti tratti dall'esperienza italiana in un arco di tempo che copre quasi cinquant'anni (prendendo come punto di avvio lo scritto del 1946 su *Due anni di esperienza costituzionale italiana*, in cui, chiusa la pagina dolorosa del secondo conflitto mondiale, la convocazione dell'Assemblea Costituente è vista come l'atto finale diretto a dare «vita e senso a tutto lo svolgimento storico attuale»⁶¹).

Volto lo sguardo alle epocali trasformazioni dei Paesi dell'Est con la caduta del muro, senza dubbio sembrava realizzarsi una condizione di fondo per una unificazione politica dell'Italia, prendendo corpo quella categoria della «omogeneità» della società italiana cui aveva spesso fatto ricorso Guarino⁶².

Tuttavia il consolidamento della democrazia sembrava presupporre insieme la continuità e il rinnovamento della Comunità Europea, cioè di quell'ordinamento che nel nostro continente superava il legame tra Nazione e potere politico⁶³.

Guarino sostiene in più fasi la tesi che l'attuazione dell'ordinamento europeo rappresenterebbe un «grandioso disegno politico», che la sua realizzazione comporterà il miglioramento della vita economica degli Stati aderenti, e che l'Italia, potrebbe essere ulteriormente favorita dal processo di integrazione, dal fatto di avere «una struttura molto diversificata», per questo motivo «sono più elevate le probabilità che le difficoltà di alcuni settori siano compensate dai benefici che contemporaneamente potranno conseguirsi in altri campi»⁶⁴.

Potremmo descrivere la costruzione europea di Guarino come il salire sulle pendici di una montagna. Giunti al dorsale, si vede più chiaro. Dietro si estende il panorama di quel che abbiamo dovuto percorrere e davanti a noi si spalanca lo spazio che ci attende. E ciò che ci

⁶¹ G. GUARINO, *Due anni di esperienza costituzionale italiana* (1946), ora in Id., *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, cit., vol. I, pp. 9-24, spec. p. 13.

⁶² V. *supra*, nota 15 e testo corrispondente.

⁶³ Basta al proposito rileggere alcuni dei 'consideranti' del preambolo del primo Trattato europeo (Comunità del Carbone e dell'Acciaio, sottoscritto a Parigi il 18 aprile 1951): «la pace mondiale può essere salvaguardata soltanto con sforzi creatori adeguati ai pericoli che la minacciano», «il contributo che un'Europa organizzata e viva può apportare alla civiltà è indispensabile per il mantenimento di relazioni pacifiche», «sostituire alle rivalità secolari [...] una più vasta e più profonda comunità fra popoli per lungo tempo contrapposti da sanguinose scissioni e gettare le basi di istituzioni capaci di orientare il destino ormai comune».

⁶⁴ G. GUARINO, *L'atto unico europeo e la dinamica del processo di integrazione comunitaria* (1989), ora in Id., *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, cit., vol. IV, p. 238, il primo virgolettato del periodo si trova a p. 234. Per una recente, aggiornata e fortemente critica ricostruzione storica del «progetto europeo» v. T. JUDET, *Dopoguerra. Come è cambiata l'Europa dal 1945 a oggi* (2005), trad. it. di A. Piccato, Milano, 2007, p. 372 e ss., ove il rilievo che alla base della CEE stava la debolezza, non la forza: «Come si sottolineava nel rapporto preparato da Spaak nel 1956, "l'Europa, che un tempo aveva il monopolio dell'industria manifatturiera e otteneva importanti risorse dai suoi possedimenti oltremare, oggi vede indebolirsi la sua posizione internazionale, declinare la sua influenza e arrestarsi la sua capacità di progresso per colpa delle proprie divisioni interne". Appunto perché non interpretavano ancora la loro situazione in questi termini, gli inglesi avevano deciso di non aderire alla CEE. L'idea che il Mercato comune facesse parte di una calcolata strategia per sfidare la crescente potenza degli USA [...] è quindi del tutto assurda: la CEE dipendeva completamente dalla sicurezza garantita dagli americani, senza la quale i membri non avrebbero mai potuto permettersi di realizzare un'integrazione economica, trascurando al contempo ogni preoccupazione di difesa comune» (*ibidem*, p. 374).

attende è tutt'altro che un percorso corrivo: ma se ne siamo avvertiti lo dobbiamo proprio alla acuta interpretazione apprestata da Giuseppe Guarino.

La posizione che Guarino assume al riguardo dell'evoluzione dell'integrazione europea è tanto netta, quanto coraggiosa, nel senso che egli denuncerà l'illegittimità delle incisive deroghe arrecate nell'applicazione dei Trattati da norme di grado inferiore nella gerarchia delle fonti, quali innanzitutto quelle regolamentari contenute nel Patto di Stabilità e Crescita (PSC) di cui al regolamento comunitario n. 1466 del 1997, poi superato dal regolamento n. 1175 del 2011.

Sul punto egli è categorico nel ritenere che il PSC, assoggettando tutti i Paesi membri allo stesso obbligo di parità di bilancio, avrebbe invalidato il fondamentale principio di diversità, e cioè il principio che costituisce una condizione necessaria per una leale concorrenza e per una comune crescita, ed avrebbe, nei fatti, favorito illegittimamente gli Stati che potevano contare su un pareggio strutturato in attivo rispetto a quelli, come l'Italia, che non sono nelle condizioni sistemiche di poterlo realizzare⁶⁵.

Qui la proposta interpretativa portata avanti da Guarino si fa ancora più complessa e densa di implicazioni politiche più generali.

In altri termini Guarino non è principalmente interessato alla denuncia dell'incompetenza assoluta dell'impianto regolamentare del PSC, essendo molto più preoccupato della razionalità complessiva dell'opera di concretizzazione dell'ordinamento dell'Unione Europea, sempre più incapace nel porsi l'obiettivo della creazione di un modello sociale europeo.

è la stessa destrutturazione delle forme consolidate dei diritti sociali riconosciuti dalla nostra Costituzione a esigere in Guarino una difesa estrema del bene ritenuto più a repentaglio da questa evoluzione: la *sovranità*, che «[...] rinunciata in favore del mercato, è nella realtà trasferita ai Paesi membri più forti»⁶⁶.

Il che è quanto dire, contrariamente a quanto potrebbe ritenersi dalla produzione esclusivamente europeista dai primi degli anni novanta del secolo scorso del Maestro, che i suoi lavori sono proiettati – diversa è la questione se riesca a raggiungere il fine – alla difesa della Costituzione formale italiana e di sostenerla contro la forza «materiale» dell'ordinamento europeo⁶⁷.

⁶⁵ Qui, addirittura, per via del regolamento n. 1466/1997, si sarebbe proceduto alla sostituzione dell'euro «autentico» con quello «falso», realizzando un «aliud pro alio» (cfr. *Salvare l'euro, salvare l'Europa. Una intervista immaginaria*, 2013, reperibile nel sito www.giuseppeguarino.it).

⁶⁶ G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie* (1991), ora in *Id.*, *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, cit., vol. IV, p. 347 (corsivo nel testo). Su questo delicatissimo problema cfr. S. MAZZAMUTO, *Il diritto post-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, in *Europa e dir. priv.*, n. 3/2018, pp. 853-854, secondo il quale la mancanza di statualità forte ha favorito nell'Unione Europea l'egemonia dell'economico sul sociale, il che trova conferma nell'insegnamento ormai dominante, «che vuole gli individui unicamente concentrati alla massimizzazione dei propri desideri individuali [...], trova [...] il suo riconoscimento nel diritto europeo, il cui unico orizzonte di senso sembra il mercato e la efficienza e, per altro verso, l'interlocutore più prossimo nel giudice, incaricato di assecondare le istanze di libertà. Ciò che manca in questa dialettica è lo Stato e con esso quei diritti sociali concepibili solo all'interno di una statualità forte».

⁶⁷ Guarino, in tutti i suoi scritti maggiori, specifica dettagliatamente i luoghi del conflitto tra costituzione formale e gli obiettivi dell'UE. Elenca e cita le norme della Costituzione che vincolano i pubblici poteri ad assicurare il diritto al lavoro (art. 4); a promuovere lo sviluppo della cultura e della ricerca

6. Diritto amministrativo, diritto pubblico dell'economia e la società industriale. La unità della scienza del diritto pubblico.

Giuseppe Guarino è per vocazione un costituzionalista, per la sua spigliata tendenza a risalire, anche nella analisi dei temi amministrativi più svariati, alle linee di insieme⁶⁸.

L'interesse di Guarino per il diritto amministrativo e il diritto pubblico dell'economia diventa prevalente all'inizio degli anni '60 e nei primi anni '70⁶⁹.

Da questo punto di vista, mi sembra si possa affermare che, in Guarino, l'opzione amministrativistica, per i modi in cui è realizzata, risponde ad una insopprimibile esigenza scientifica e giuspolitica di modernizzazione dell'amministrazione pubblica italiana⁷⁰.

Una modernizzazione che – nel pensiero di Guarino – si impone perché al centro di irraggiamento dello sviluppo del sistema del governo del Paese⁷¹.

L'arretratezza dell'apparato amministrativo, chiamato a prestare servizi e a soddisfare bisogni nel modo più rapido ed efficace, si rannoda all'irreversibile processo di pieno sviluppo economico di un Paese dove la civiltà industriale aveva messo radici.

scientifico (art. 9); a tutelare anche con misure economiche la famiglia (art. 31); a tutelare la salute e garantire cure gratuite agli indigenti (art. 32); ad impartire l'istruzione gratuita per tutti per almeno otto anni e ai capaci e meritevoli l'intero corso di studi (art. 34); assicurare al lavoratore e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa (art. 36); a dare assistenza sociale e ad assicurare mezzi adeguati alle esigenze di vita in caso di infortunio sul lavoro, invalidità e disoccupazione involontaria (art. 38). Denuncia gli effetti sconvolgenti che le misure europee sono destinate a produrre sulle norme costituzionali appena elencate: cfr. G. Guarino, *Verso l'Europa, ovvero la fine della politica*, Milano, 1997, p. 87 e ss. Bisogna dare atto a Guarino di avere colto sin dalle prime fasi dell'adesione dell'Italia alla CEE che tale fatto sarebbe stato idoneo ad incidere sulla Costituzione formale, e nel volume appena citato la sua convinzione si evolve al punto di ritenere che lo «studio della nostra Costituzione deve prendere le mosse non più dal testo del 1948 ma da quello dei trattati» (*ibidem*, p. 179).

⁶⁸ Secondo Paolo Ridola, Guarino è stato: «insieme a Aldo M. Sandulli e a Massimo Severo Giannini, uno degli ultimi maestri della scienza giuridica italiana che hanno coltivato la tradizione illustre, rappresentata da Vittorio Emanuele Orlando e Santi Romano, della unità della scienza del diritto pubblico, senza conoscere divisioni disciplinari tra diritto costituzionale e diritto amministrativo che, sebbene con importanti eccezioni, avrebbe caratterizzato, nelle generazioni di studiosi più giovani, il panorama degli studi giuspubblicisti del nostro paese» (P. RIDOLA, *Ricordo di Giuseppe Guarino*, in *federalismi.it*, paper, 18 aprile 2020, p. 3). Sul processo di separazione fra costituzionalisti e amministrativisti, e le relative implicazioni metodologiche, cfr. le ampie considerazioni svolte da C. PINELLI, *Lo studio del diritto pubblico dal punto di vista del costituzionalista*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2013, p. 319 e ss.

⁶⁹ Come rammenta P. RIDOLA, *Ricordo di Giuseppe Guarino*, cit., p. 4: «Guarino può essere considerato il fondatore del diritto pubblico dell'economia nel nostro paese».

⁷⁰ G. GUARINO, *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi* (1970), ora in *Id.*, *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, cit., vol. III, p. 139 e ss.

⁷¹ Una forte analogia si può scorgere tra questa operazione avviata da Guarino all'inizio degli anni '70 e quella di recente proposta da Cerulli Irelli con il suo saggio su la responsabilità del giuspubblicista (V. CERULLI IRELLI, *La responsabilità del giuspubblicista. Spunti critici*, in *federalismi.it*, editoriale, 4 novembre, n. 30/2020), nel senso che entrambe sono accomunate dalla consapevolezza del problema pratico dell'amministrazione e della sua disfunzionalità: la riflessione dei due illustri scrittori è pervasa dalla lucida consapevolezza di questo fenomeno e della sua «drammaticità» e in questo senso va inteso il sobrio, ma fermo richiamo, alla necessità da parte dei giuristi di riacquistare «la veste di giuristi politici e farsi riformatori, con oggetto lo studio delle disfunzioni del sistema e dei correttivi, delle riforme necessarie per correggere le disfunzioni, per ridare al sistema la sua funzionalità, ritengo sia questo un dovere ineliminabile della nostra scienza» (V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, p. VIII). E non è per un caso che le battaglie di Guarino e di Cerulli Irelli, pur essendo svolte in due momenti diversi, hanno come obiettivo quello di porre argine a persistenti perversioni della pubblica amministrazione italiana (dimensioni e qualità del contenzioso, le forme di esercizio del potere amministrativo, e così via) e sarebbe davvero interessante esplorarne le reciproche assonanze: un compito che non può svolgersi in questa sede.

L'impulso dato da Guarino allo studio dell'organizzazione amministrativa e dei modelli organizzativi dell'attività economica non è più rivolto solo al problema di applicare una o altra norma, uno o altro istituto giuridico, ma è tutto rivolto all'indagine di tecniche regolative di cui si stimano costi e benefici⁷².

Da questo punto di vista, i due volumi di scritti guariniani "Scritti di diritto pubblico dell'economia e dell'energia" e "Scritti di diritto pubblico dell'economia. Seconda serie", contengono molto di più che non la pure definitiva messa a fuoco delle nozioni della disciplina, giacché essi offrono, in pari tempo, l'elaborazione più compiuta del diritto pubblico dell'economia di una società evoluta e industriale.

Guarino, in queste opere, scandaglia il tema dei modelli differenziali nell'organizzazione amministrativa e rielabora in termini nuovi la stessa distinzione tra interessi pubblici e privati⁷³, perché il problema nella Sua costruzione è di individuare la sfera dei rapporti, che – già nella struttura economica e nell'esperienza sociale – sono definiti e sentiti come pubblici⁷⁴.

Il modello tradizionale della pubblica amministrazione, come quello riguardante gli enti, appare a Guarino come inidoneo nei confronti di quelle concentrazioni di potere economico che potrebbero svolgere la loro attività a svantaggio dello Stato: concentrazioni che sono considerate, indipendentemente dalla loro qualificazione formale, titolari di interessi e di funzioni proprie dei pubblici poteri⁷⁵.

Lo studioso sente molto il grave problema della compatibilità delle misure autoritative di tutela dell'interesse pubblico nell'economia, di cui all'art. 43 Cost., con il principio dell'iniziativa privata che riceve riconoscimento esplicito nel primo comma dell'articolo 41 Cost.: problema che per lui trova soluzione in una rilettura dell'art. 43, nel senso che la norma si occuperebbe solo del modo di gestione delle imprese, non proponendosi di modificare la loro sostanza; il significato della norma non potrebbe stare nella trasformazione in pubblici di enti precedentemente privati.

Ciò significa che, se pur si legittimano costituzionalmente le misure autoritative che incidano sulle imprese, il costituente ha avuto consapevolezza che le imprese aventi posizioni dominanti in settori nevralgici o che detengano carattere di monopolio o che, per la loro stessa

⁷² V. G. GUARINO, *Qualche riflessione sul diritto amministrativo*, cit., p. 158, dove è chiaramente delineato un modello di indagine in cui gli aspetti organizzatori siano da considerare non in sé e per sé, ma in quanto «rilevanti per la efficienza e la funzionalità dello Stato».

⁷³ Cfr., tra i maggiori contributi in argomento, G. GUARINO, *Sulla utilizzazione di modelli differenziati nella organizzazione pubblica*, (1968), in Id., *Scritti di diritto pubblico dell'economia. Seconda serie*, Milano, 1970, pp. 1-58.

⁷⁴ V. G. GUARINO, *Stato ed energia nucleare* (1959), in Id., *Scritti di diritto pubblico dell'economia e dell'energia*, Milano, 1962, p. 340: «Diciamo pubblico, dal punto di vista sostanziale, ogni ente che sia in grado di esercitare in modo istituzionale un'autorità di fatto, che eserciti poteri liberi, abbia carattere necessario ed operi in regime di irresponsabilità. La pubblicità sostanziale è indipendente dalla forma, e può rivestirsi sia della forma di ente pubblico, sia di quella di società privata».

⁷⁵ Da qui il forte richiamo che le imprese abbiano la «coscienza del potere», che esercitino cioè le loro scelte «avendo presenti gli interessi della intera collettività [...], ed in vista di questi interessi sappiano sopportare anche dei sacrifici, che probabilmente però ridonderanno a loro vantaggio maggiore in futuro» (G. GUARINO, *Stato ed energia nucleare*, cit., pp. 345-346). A distanza di tanti anni - di fronte alle problematiche erotte dalla produzione e distribuzione da parte dell'industria farmaceutica dei vaccini per far fronte alla lotta alla pandemia da coronavirus - si può oggi affermare che quei ragionamenti di Guarino siano dotati di un vasto respiro culturale nella costruzione di un modello razionale del ruolo dello Stato in una economia a base capitalistica.

ampiezza abbiano assunto un carattere di necessità, presentano un sostanziale carattere pubblico, anche se gestite in forma privata⁷⁶.

La costruzione di Guarino, nonostante tutte le possibili interpretazioni tendenziose⁷⁷, si ispira alla nobile idea che il controllo statale deve costituire un elemento propulsivo del sistema economico in genere, oltre che ad impedire, per quanto possibile, che fattori quali la cultura, la morale, il pensiero scientifico ed il progresso tecnico, assumano «la sola strutturazione che sia imposta dalle esigenze della produzione»⁷⁸.

Guarino invita i giuristi ad essere consapevoli che gli obiettivi che le organizzazioni giuridiche devono realizzare non sono mai di esclusivo carattere giuridico, di conseguenza «è indispensabile che il giurista abbia una sufficiente “informazione” socio-economica, tecnica e politica. Quella che altre volte è stata considerata una qualità del giurista, l’incapsularsi all’interno del sistema da applicare, è una mentalità che va corretta. Il giurista deve uscire dal suo guscio, ma deve uscirvi, si badi bene, non per abbandonare la sua tipizzazione, ma per acquisire elementi indispensabili ai fini del lavoro tecnico che esso è chiamato a compiere e per affermare la rilevanza della sua specializzazione»⁷⁹.

Il discorso tocca ormai la posizione del diritto nella società e il ruolo del giurista.

6.1. Segue. Il giurista come un tecnico al servizio della società.

Giuseppe Guarino, come è noto, impersona la figura del giurista consigliere del principe, che radica la sua attività nella realtà economica e politica⁸⁰.

Nel suo pensiero, come si è visto, il diritto, l’economia e la politica cooperano insieme per scopi umani.

Con uno sguardo d’insieme, si può dire che nel suo magistero la lettura della norma è immersa nel tessuto economico, nei valori sociali e nei disegni ideologici dell’interprete⁸¹.

⁷⁶ G. GUARINO, *Stato ed energia nucleare*, cit., pp. 338-339.

⁷⁷ V. soprattutto G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L’esperienza italiana dopo la Costituzione*, Milano, Il ed. 1972, p. 136, il quale imputa ai giuspubblicisti la tendenza ad accentuare il carattere «pubblico» degli interessi ispiratori della disciplina giuridica dei meccanismi della struttura economica, al fine di accentuare i controlli dello Stato. Ma anche in una riflessione colta e fine, come quella dell’A. citato, l’approccio al ruolo dei giuspubblicisti rimane molto riduttivo: nell’interpretazione di Guarino – che viene espressamente richiamato da Tarello, insieme a V. Spagnuolo-Vigorita, A. Predieri, P.G. Grasso – il ruolo che la grande impresa dà allo sviluppo economico complessivo e alla efficienza dinamica dei mercati è tenuto in massima considerazione e manca qualsiasi tentativo di “funzionalizzazione” del suo ruolo.

⁷⁸ GUARINO, *Qualche riflessione sul diritto amministrativo*, cit., p. 184.

⁷⁹ *Ibidem*, *Qualche riflessione sul diritto amministrativo*, cit., p. 181.

⁸⁰ Per una lettura unitaria della poliedricità guariniana, v. i saggi ospitati in *Nomos-leattualitaneldiritto.it*, n. 1-2020, F. LANCHESTER (a cura di), *Intervista a Giuseppe Guarino – Il diritto pubblico negli ultimi 70 anni: dallo Stato nazionale accentratore alla globalizzazione*; G. AMATO, *Ricordo di Giuseppe Guarino*; V. ATRIPALDI, *Giuseppe Guarino: il giurista “predittivo”* (ora pubblicati nel volume di F. LANCHESTER, *Il diritto pubblico negli ultimi 70 anni*, cit.); e in *Lo Stato*, fasc. 14/2020, pp. 467-484, A. VIGNUDELLI, *Era un “omarino” dalla grande statura*; G. FERRARA, *Guarino, costituzionalista sempre*; M. SCUDIERO, *In ricordo di Giuseppe Guarino*; G. TESAURO, *Un ricordo*. V. anche T.E. FROSINI, *Il lascito del maestro Giuseppe Guarino giurista interprete degli eventi sociali*, in «Il dubbio», del 18 aprile 2020; G. AZZARITI, *Giuseppe Guarino, maestro di diritto divenuto critico dell’eurosistema*, in «Il manifesto» del 18 aprile 2020.

⁸¹ Sul nesso tra diritto e ideologia, società, politica e sul compito che al primo spetta di tenere sotto controllo e di influenzare le seconde v. S. CASSESE, *Il futuro del diritto pubblico*, cit., p. 177. Una diversa impostazione è

Nei contributi di Guarino il giurista non dirige la comunità politica in cui vive e opera, tale funzione è della politica. La prestazione giuridica mira solo a rendere più consapevole la decisione del politico, ma non può ad essa sostituirsi⁸².

Una figura di giurista che gode attualmente di grande considerazione, come dimostra la recente proposta di Libertini che vede il giurista di oggi come un “funzionario pubblico”, in senso lato, «avente il compito di sviluppare e integrare l'insieme di norme effettivamente applicate, in una prospettiva di continuità assiologica con le scelte del legislatore»⁸³.

La competenza tecnica, nel pensiero di Guarino, impone al giurista una precisa responsabilità, che consiste nel mettere il legislatore a conoscenza della «vera sostanza giuridica che si cela sotto la veste formale», di svelare che «sotto le spoglie di un istituto si cela la realtà di un istituto del tutto diverso»⁸⁴.

Il giurista deve poi mantenere una posizione duttile e aperta con l'economia, deve conoscere la struttura e i modi organizzativi dell'economia, deve essere consapevole che, in una società industriale, il suo non è un ruolo ancillare a quello dell'economista, perché: «ogni discorso degli economisti non può prescindere da una esatta identificazione degli istituti giuridici applicati e delle loro interconnessioni»⁸⁵.

Il divario tra diritto ed economia, per converso, sradica il giurista dalla realtà economica, e abbandona lo Stato ed il mercato a forme di «rifeudalizzazione», o «regressione premoderna»⁸⁶.

7. Conclusioni. Su alcuni compiti del giuspubblicista oggi. La invincibile “fiducia” di Giuseppe Guarino.

Questo saggio è stato redatto nel periodo di isolamento imposto dalla terribile pandemia di inizio secolo: quella del Covid-19.

espressa da A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, 2018, p. 198, per il quale è bene che diritto, politica, economia e le altre scienze sociali procedano in una sorta di platonico equilibrio tra loro, perché nel momento in cui il «rapporto tra queste scienze diventa asimmetrico [...], si indeboliscono le difese e i contrappesi del sistema e gli ordinamenti collassano, con le conseguenze nefaste che la storia ci ha indicato».

⁸² Tuttavia, si segnala la recente robusta evidenziazione di Vincenzo Cerulli Irelli, per cui: «Laddove necessario il giurista si trasforma in giurista politico» (V. CERULLI IRELLI, *La responsabilità del giuspubblicista. Spunti critici*, cit., p. xv). Di un «obbligo del giurista di denunciare e protestare, se egli vuol rimanere fedele al suo ministero di ordinatore del mondo del diritto», del resto, parla lo stesso Massimo Severo Giannini (M.S. GIANNINI, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954), richiamato da Cerulli Irelli (*op. loc. cit.*).

⁸³ M. LIBERTINI, *La Costituzione economica*, cit., p. 28.

⁸⁴ G. GUARINO, *Stato ed energia nucleare*, cit., p. 329.

⁸⁵ G. GUARINO, *Qualche riflessione sul diritto amministrativo*, cit., p. 182.

⁸⁶ Cfr. C. SALVI, *Diritto postmoderno o regressione premoderna?*, in *Europa e dir. priv.*, n. 3/2018, p. 880, il quale contrassegna l'epoca attuale con il doppio passaggio da una «dimensione sociale dell'ordoliberalismo [...] in larga misura evaporata» a «l'ossessione del continuo intervento normativo per rendere ottimale il mercato concorrenziale». Per una più ampia discussione sulla questione richiamata v. F. GALLO, *Il futuro non è un vicolo cieco. Lo Stato tra globalizzazione, decentramento ed economia digitale*, pref. di G. Puglisi, Palermo, 2019, *passim*, ma part. p. 46 e ss., anche per una acuta indagine sullo spostamento dell'equilibrio tra i diritti sociali in favore dei diritti proprietari nello Stato postindustriale e quanto questa oscillazione sia adeguata ai caratteri della vigente Costituzione.

Forse mai, come in un periodo di questo genere, l'opera dei giuristi è socialmente utile ed indispensabile.

Giurista sta qui per cittadino del proprio tempo, che non si lasci trascinare dall'esperienza, ma su di essa rifletta.

L'impegno del giurista di oggi risiede, non già nell'esasperare la problematicità determinata dall'intensa e assidua produzione normativa dell'emergenza, ma nel ristabilire gli esatti termini delle questioni e nel separare, con serietà analitica e rigore di linguaggio, i veri dai falsi problemi⁸⁷.

In questa materia, pertanto, le ipotesi e la validità delle soluzioni giuridiche del giurista acquistano un senso concreto solo se siano indicati i fini che sono considerati come imposti, e quali le condizioni che si ipotizzano come presenti: ipotesi sui fini e sulle condizioni che devono essere formulate dalla scienza e dalla politica⁸⁸.

L'indirizzo politico determinato dagli organi costituzionali dovrebbe corrispondere alla soluzione che comporta la massimizzazione della necessità di salvare le vite umane, di circoscrivere ed estinguere la pandemia.

Il diritto eccezionale e temporaneo prodotto dalla pandemia ha causato in molti giuristi uno *shock* da interruzione delle libertà, giungendo, come avrebbe detto Leopoldo Elia, a recidere anche il rapporto fiduciario con la Costituzione.

Non avrebbe potuto esservi, ahimè, una circostanza più tragica per evidenziare, al contrario, quanto siano forti i meccanismi di governo della libertà del nostro sistema costituzionale, e quanto irta di difficoltà la strada da percorrere per poterli sovvertire da tentativi di derive autoritarie⁸⁹.

⁸⁷ Per la responsabilità che ha oggi il giurista di fronte all'emergenza da coronavirus possono utilmente essere richiamate le considerazioni di U. DE SERVIO, *Emergenza covid e sistema delle fonti: prime riflessioni*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. speciale/2020, p. 299 e ss., spec. pp. 300-301, il quale, tra l'altro, osserva che «molte critiche sono naturali ed anzi doverose su ciò che è stato fatto, spesso in modo frettoloso (qualche volta anche in modo improvvisato), soprattutto nel merito delle molteplici e mutevoli normative e disposizioni adottate, ma non mancano purtroppo anche superficiali giudizi liquidatori, non poche volte espressi anche da parte di giuristi, su tutto ciò che è intervenuto sul versante del sistema normativo utilizzato. Ciò perché alcuni commentatori sembrano aver ricercato in queste vicende la riprova delle loro critiche valutazioni della nostra Carta costituzionale, mentre altri hanno espresso una generale valutazione di illegittimità di tutte le fonti utilizzate e prescrizioni adottate, senza peraltro fondare i loro giudizi su analitiche letture dei documenti ed adeguate argomentazioni».

⁸⁸ Non è mancato chi (S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 531 e ss., spec. 545) ha criticato l'atteggiamento politico di non includere i giuristi «nei folli e non pochi collegi» di cui il decisore politico si è avvalso per la formulazione dei precetti di diritto positivo. Perciò, come precisa Staiano, il «processo di integrazione politica», si è «incagliato in compromessi imperfetti e in composizioni deboli o solo apparenti» (*ibidem*, p. 545).

⁸⁹ Del tutto superate appaiono le critiche rivolte contro il Governo e il Presidente del Consiglio dei Ministri per il timore che queste istituzioni – nelle circostanze di inizio pandemia, quando sono stati concepiti i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri quali strumenti di contrasto al diffondersi del virus – rafforzassero la loro posizione per una possibile involuzione autoritaria del sistema istituzionale. Per le ragioni che escludono involuzioni autoritarie nell'attuale realtà costituzionale italiana v. almeno F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. I/2020, p. 130 e ss.; A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta Online*, fasc. I/2020, p. 203 e ss., spec. pp. 213-214; U. DE SERVIO, *Emergenza covid e sistema delle fonti: prime riflessioni*, cit., pp. 311-312; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta Online*, 11 aprile 2020, pp. 25-26.

Se la presenza della costituzione materiale sembra talvolta attenuarsi, essa torna sempre, prepotentemente, al centro del dibattito: la distinzione tra costituzione formale e costituzione materiale, emendata da tutti gli usi polemici e retorici, è dimostrazione dell'idea tutt'ora valida che tutto ciò che accade sotto il cielo di un ordinamento giuridico non coincide con ciò che è possibile ricavare dai testi costituzionali.

Guarino parte da qui, dalla consapevolezza che ogni collettività dà vita ad un ordinamento che si esprime in un sistema di norme ed insieme in un sistema di rapporti, ma che non bisogna fermarsi ai soli dati formali⁹⁰. Tutta la riflessione guariniana in punto di metodo è pervasa dalla lucida consapevolezza di questo fenomeno e, bisogna aggiungere, anche dei rischi che esso comporta per la effettiva possibilità di pervenire alla formulazione di concetti dogmatici e di significati normativi dotati di un adeguato grado di stabilità.

D'altronde il Suo discorso parte, in un certo senso, quando ormai tutto è da costruire: ossia all'indomani della gigantesca tragedia della seconda guerra mondiale. Il «postwar»⁹¹, infatti, porta dentro il discorso del diritto, svolto nelle sue cadenze più impegnative, quelle costituzionali, la sede dei valori morali ereditata dalla tradizione giusnaturalistica ed arricchita degli apporti delle più moderne tendenze democratiche ed egualitarie, in tal modo compromettendo irreversibilmente la possibilità di costruire il discorso sul diritto solo secondo la tradizione positivista⁹².

Si potrebbe ripetere, a questo proposito, quanto già osservato in precedenza circa il modello di scienza giuridica elaborato nel libro sul potere di scioglimento delle assemblee parlamentari, e cioè che il primo, e fondamentale, apporto di Guarino sta nella definitiva messa a fuoco che in «una norma costituzionale può essere talora la rovina di un ordinamento, come in una norma la sua salvezza, e l'interprete, quando anche non lo dica espressamente, ha perfetta coscienza che il suo compito non è marginale e che egli tocca il cuore dello Stato»⁹³.

⁹⁰ Guarino, nella sua ricostruzione demitizzante delle ideologie formaliste, ha certo potuto giovare dell'azione di rottura compiuta da Mortati. Sotto questo profilo, il metodo di Guarino si apparenta al metodo di Mortati, il cui realismo si è formato anch'esso in contrasto con il positivismo o il Kelsenismo e, soprattutto, entrambi gli Autori collocano al centro dell'interesse del loro pensiero i problemi della Costituzione e del rapporto di questa con le idealità e i programmi delle forze politiche (v. *supra*, § 3). E' stato ben detto (MARIO G. LOSANO, *Dottrina pura del diritto*, Dig. disc. priv., sez. civ., vol. VII, Torino, 1991, p. 218), che «La dottrina pura del diritto si propone di studiare nella sua specificità il solo diritto esistente, quello cioè statuito, «posto» dallo Stato (cui viene ricondotto anche il diritto internazionale come ordinamento coercitivo analogo all'ordinamento statale). Per questo la dottrina pura del diritto viene indicata anche con i termini «positivismo giuridico» o «normativismo».

⁹¹ Per riprendere il titolo dell'edizione originale dell'importante volume di T. JUDT citato *supra* alla nota 68.

⁹² Nella sterminata letteratura in argomento v., per una sintesi equilibrata, M.A. CATTANEO, *Positivismo giuridico*, in Dig. disc. priv., sez. civ., vol. XIV, Torino, 1996, p. 1, il quale ricorda che «a seconda del modo in cui si concepisce il "diritto positivo" si possono elaborare concezioni giuridiche assai diverse e talora reciprocamente contrastanti; si è perciò in presenza di molti e diversi "positivismi giuridici"». Un quadro generale delle dottrine del giuspositivismo contemporaneo è in A. SCHIAVELLO – V. VELLUZZI, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, con pref. di M. Jori, Torino, 2005, p. 3 e ss.

⁹³ G. GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, cit., p. 268. Lo stesso livello di consapevolezza metodologica si trova oggi in V. CERULLI IRELLI, *La responsabilità del giuspubblicista*, cit., p. VII, ove osserva che la «scienza del diritto amministrativo, nello studio del fenomeno amministrativo, ha un onere maggiore rispetto ad altre scienze giuridiche (penso a quelle privatistiche) nello studio del loro oggetto [...] il cui svolgersi, il cui (buono o cattivo) funzionamento, dipende in misura preponderante dall'autonomia individuale o collettiva (cioè non dal sistema normativo)».

In definitiva, mi sembra si possa affermare che, in Guarino, lo sviluppo della scelta metodologica di stampo realista⁹⁴ è tutta intrecciata con un tessuto assiologico informato al positivismo e cioè con l'idea che, affinché qualcosa valga per il diritto, come diritto e nello specifico modo di valere del diritto, è necessario che essa venga appropriata dal diritto nelle forme proprie di quest'ultimo⁹⁵.

Per chiudere questa breve incursione nei territori, invece vasti e ricchi, della riflessione guariniana in punto di metodo e del ruolo del giurista prenderei congedo da un episodio contenuto nel libro *La virtù del dubbio* di Gustavo Zagrebelsky, a proposito della sua discussione dei titoli nell'esame per il conseguimento della libera docenza nel 1969⁹⁶.

Zagrebelsky ricorda che, a un certo punto della sua discussione, avvertì imbarazzo perché le sue tesi non erano kelsenianamente ortodosse, così da sentire il bisogno di doversi giustificare per la libertà che si era preso e «il professore Guarino, Giuseppe Guarino dal largo sorriso, mi sorprese con: "E allora? Che male c'è?"».

Questo episodio svela come nel pensare di Guarino la via che solidamente radica la figura del giurista nella società e nella storia umane sta nella capacità di allungarsi sulla realtà e di considerarsi partecipe della costruzione dell'ordinamento.

Non è difficile vedere che un raggio di luce del largo sorriso di Guarino si sia depresso in molte sue pagine, e serva a rischiarare il cammino delle generazioni successive di giuristi: ai quali spetta di raccogliere non soltanto un lascito culturale di straordinaria ricchezza, ma anche, e direi più di tutto, l'esempio di una figura di giurista informata al senso della fiducia nelle istituzioni e nell'uomo⁹⁷.

⁹⁴ Un realismo nel senso di un atteggiamento metodologico in cui «la conoscenza del diritto va oltre la meccanica applicazione di preesistenti prescrizioni»: per questa precisa definizione di tale atteggiamento scientifico cfr., da ultimo, S. BARTOLE, R. BIN, *Veziò Crisafulli*, in *Lo Stato*, n. 10/2018, p. 503 e ss., spec. p. 514.

⁹⁵ L'idea che lo Stato è l'ente maggiormente responsabile dello sviluppo dell'intera collettività, e, a sua volta, è il maggior produttore del diritto, viene espressa da Guarino in diversi lavori. Beninteso, per Guarino, il carattere ineliminabile della «macchina dello Stato» trova la sua fondazione ultima nel fatto che le parti che la compongono sono, in definitiva, gli stessi uomini per i quali la macchina lavora: «di questa macchina non si può fare meno, essa deve funzionare ventiquattro ore su ventiquattro, dodici mesi su dodici mesi, cento anni su cento anni per ogni secolo»: v. GUARINO, *Qualche riflessione sul diritto amministrativo*, cit., p. 161 cit., Sotto questo profilo Guarino è genuinamente un pensatore postmoderno – se, almeno per quel che riguarda il diritto, assumiamo il positivismo legalista come paradigma della modernità –, ma è tutt'altro che un pensatore che ripudia il metodo orlandiano, avendolo anzi incorporato nel suo modello. Rispetto al modello del «metodo giuridico», Guarino è veramente oltre, essendosi misurato, con un vigore e un acume che, non hanno paragoni almeno nel panorama italiano, con il problema rappresentato dalla necessità di riorientare la comprensione dei sistemi costituzionali in modo coerente con le radicali trasformazioni che essi avevano subito a partire dal secondo dopoguerra. Sui «guasti» prodotti dalla contrapposizione tra «formalismo» e «realismo», risalente all'epoca dello *Staatrecht*, cfr. C. PINELLI, *Lo studio del diritto pubblico*, cit., pp. 320-321, «se la prima posizione porta a chiudere gli occhi di fronte a realtà scomode per una dogmatica immobile, l'altra pretende però di spiegare i fatti come se parlassero da soli: la disputa metodologica nasconde una comune povertà epistemologica, da cui uno sviluppo scientifico ormai secolare dovrebbe aver guarito anche i giuristi. Nello stesso tempo ambedue le posizioni inducono a distogliere lo sguardo dai principi di convivenza, che sono la prima posta in palio».

⁹⁶ G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, a cura di G. Preterossi, Roma-Bari, 2007, pp. 21-22.

⁹⁷ Ma su questo aspetto vogliamo ancora una volta far parlare Guarino: «Le collettività, come gli uomini singoli, non possono svilupparsi senza ideologie. L'ideologia è la flebile luce che, come si legge negli antichi racconti, dà fiducia e tranquillità al viaggiatore che attraversa il bosco nel fondo buio della notte. L'umanità vive nella notte, tutto intorno ad essa è notte: e non solo perché, come gli scienziati ci dicono, l'universo è un buco oscurissimo (nel quale l'azzurro del cielo che circonda la terra non è che una frazione, infinitesimamente piccola), ma perché

sono ignote – e tali resteranno – le ragioni ed il significato della vita. Più si scoprono i meccanismi della vita, più il mistero del vivere appare insondabile ed oscuro. Di qui il bisogno di quella flebile luce, che dia animo al viaggiatore solitario qual'è l'umanità nel suo insieme, che si chiami mito, ideologia, inconscio per dare speranza e voglia e fiducia di proseguire. Le ideologie non sono, né possono essere sempre le stesse. Non solo perché, come nel caso del mondo occidentale, siano in larga misura soddisfatte, ma perché le condizioni mutano e con esse mutano le collettività e gli uomini» (G. GUARINO, *Politici, ideologie, società*, cit., p. 120).

L'Associazione Italiana Costituzionalisti è iscritta al Registro Operatori della Comunicazione dal 9.10.2013 col n. 23897
La Rivista AIC è registrata presso il Tribunale di Roma col n. 339 del 5.8.2010 — Codice ISSN: 2039-8298 (on-line)
Rivista sottoposta a referaggio — Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche
Direttore Responsabile: Prof. Gaetano Silvestri — Direttori: Prof. Felice Giuffrè, Prof.ssa Elisabetta Lamarque, Prof. Alberto Lucarelli, Prof. Giovanni Tarli Barbieri