

7 gennaio 2008

## Il metodo di Carlo Esposito\*

di Alessandro Pace

Sommario: 1. *Premessa.* - 2. *Due miei ricordi.* - 3. *Continuità e coerenza di pensiero.* - 4. *Il metodo: realismo vs. giuspositivismo?* - 5. *Conclusione.*

### **1. *Premessa.***

Tema della mia relazione è il metodo di Carlo Esposito. Ciò significa che, a differenza delle altre relazioni, la mia non dovrà ripercorrere criticamente la Sua produzione scientifica su un dato tema per ricordarne l'impostazione, lo svolgimento, le conclusioni e il contributo reso allo sviluppo della giurisprudenza e della dottrina, ma dovrebbe - se ci riesco - desumere dalla complessiva Sua produzione quelle ricorrenti indicazioni che consentano di precisare quale fosse il Suo approccio al diritto costituzionale.

Poiché però nei cinque anni in cui ho avuto la fortuna e il privilegio di essere Suo assistente, il prof. Esposito rivolse a me - come ritengo abbia fatto con tutti quelli che collaborarono con Lui - suggerimenti di metodo e fece trapelare dai suoi discorsi e dal Suo comportamento quello che per Lui significava essere «costituzionalista», mi permetterò di condividere con voi quei miei ricordi, ritenendoli utili ai fini del tema assegnatomi.

### **2. *Due miei ricordi.***

Ed appunto da due di questi ricordi intendo iniziare: ricordi che però non riguardano il metodo, ma la «qualità» del prodotto scientifico che l'adesione a quel metodo presupponeva, perché - e ciò dovrebbe essere intuitivo - anche sotto questo profilo, «mezzi» (e quindi metodologie) e «contenuti» sono interdipendenti.

Il primo ricordo relativo alla «qualità» del prodotto scientifico che l'adesione a quel metodo presupponeva, si collega ad una circostanza fortuita: ero per caso nella Sua stanza di studio dell'allora Istituto di diritto pubblico della Facoltà romana di giurisprudenza, quando il prof. Esposito fu chiamato al telefono da un editore - non dico chi -, il quale probabilmente Gli chiedeva, forse con soverchia insistenza, di abbreviare i tempi della consegna di un qualche Suo lavoro; ed io lo sentii recisamente e

con veemenza replicare, che Egli non faceva della «bassa cucina». Una brusca affermazione che però fa comprendere, con immediatezza, quale importanza avesse per Lui che il Suo prodotto scientifico si mantenesse sempre ad un livello di eccellenza per l'eleganza della forma espressiva[1]; per la «linearità e chiarezza nella impostazione e nelle soluzioni dei molteplici problemi giuridici»[2]; per l'attenzione ai minimi dettagli[3]; per la completezza dell'informazione e delle indicazioni bibliografiche; per l'acume giuridico[4]; per l'inesausta capacità dialettica[5]; per la Sua capacità di criticare le altrui tesi «dall'interno, mettendo in luce l'erroneità delle premesse attraverso la verifica dei risultati e delle applicazioni cui avrebbero dovuto - secondo logica - condurre»[6]; per il periodare incalzante; per la Sua «visione unitaria dei temi del diritto costituzionale»[7]; per il Suo grande respiro nell'operare le sue «ricostruzioni» del sistema costituzionale.

A quest'ultimo riguardo mi si consenta incidentalmente di sottolineare che è significativo del Suo approccio metodologico tutt'altro che meramente testualistico - come purtroppo anche autorevolmente si è talvolta ritenuto - che Esposito, nei Suoi scritti, qualifica i Suoi contributi interpretativamente più complessi come «ricostruzioni» e che mai da Lui ho sentito pronunciare, anche una sola volta, la parola «dogmatica», tanta era la consapevolezza che Egli aveva del continuo fluire e rinnovarsi dell'esperienza giuridica[8], specialmente nel diritto pubblico (dove «*tutto è ballerino*», come una volta mi disse).

Il secondo ricordo - connesso oggettivamente al primo - si collega a quel che Egli mi disse, forse proprio nei primi mesi del Suo ultimo anno di vita, il 1964, nella Sua abitazione di viale Ippocrate. Occasione del colloquio erano i Suoi rilievi critici ad uno dei miei primi scritti che avevo sottoposto al Suo esame. All'esito Egli mi guardò e mi disse: «*Pace, si ricordi, Lei scrive soltanto per quelle cinque o sei persone che la possono capire...*». Compresi subito che Esposito non parlava di me come autore, ma del Suo travaglio di appassionato studioso, che si curava del solo giudizio rigoroso di pochi autorevoli colleghi.

Assai bene, sotto questo profilo, Lo ha descritto Sandulli: «*Incurante e quasi sprezzante di qualsiasi esteriorità, capace di vivere come un francescano, non era disposto a riconoscere se non i valori sostanziali, e soprattutto quelli intellettuali, culturali e morali, dei quali fu giudice severo, ma puntuale e probo come pochi*»[9].

Le cinque o sei persone della cui stima, in quell'occasione, Egli mi disse di preoccuparmi, me le sono sempre immaginate così.

### **3. Continuità e coerenza di pensiero.**

Ho già detto all'inizio che la mia relazione, proprio perché concerne il metodo e non singoli temi di ricerca, non prende in considerazione la complessiva produzione scientifica del prof. Esposito. Che si caratterizza - non sono certo il primo a notarlo - per straordinaria continuità di stile[10], per coerenza e per continuità di pensiero[11] tali da consentire la considerazione unitaria di tutta la Sua produzione scientifica[12]. Coerenza di pensiero che deriva però anche da un altro fattore. Già nei primi lavori - abitualmente considerati filosofico-giuridici - si «sente» che Esposito era intimamente attratto dalle problematiche costituzionalistiche.

Così è a dire del saggio *Delitto e pena secondo Pestalozzi* (1927), nel quale Egli affronta il problema, ancora oggi attualissimo, della funzione della pena, evidenziando gli insuperabili ostacoli che la funzione rieducatrice del condannato incontra, se lasciata sola[13]. E così è a dire pure del Suo secondo articolo - *Il valore dello Stato in Aristotele* (anch'esso del 1927) - nel quale Egli discute il problema, tutt'oggi teoricamente importante - ma addirittura cruciale in pieno regime fascista -, se lo Stato assuma il valore di fine o il valore di mezzo. E la conclusione - con l'indipendenza di pensiero che caratterizzerà sempre la Sua opera anche durante il periodo fascista (si pensi alle tesi da Lui sostenute ne *Lo Stato e la Nazione italiana* e nella prolusione patavina su *Lo Stato fascista*)[14] - è che Aristotele «*ricosce che lo Stato è una necessità e lo giustifica, ma non gli attribuisce mai un valore assoluto ed indipendente da*

quello che esso può prestare per il singolo e per la sua moralità e felicità»[\[15\]](#). Ciò Esposito affermava consapevolmente e tranquillamente - pur sapendo di andare contro le dottrine politicamente imperanti[\[16\]](#) - con quell'indipendenza di pensiero il cui valore per la persona umana Egli celebrerà trent'anni più tardi nella Sua prolusione romana su *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano* (1957). Opera ancora oggi attuale, nella quale Egli sottolinea che il diritto di liberamente manifestare è «garantito al singolo come tale, indipendentemente dai vantaggi o dagli svantaggi che possano derivarne allo Stato (...), perché l'uomo possa unirsi all'altro uomo nel pensiero e col pensiero ed eventualmente insieme operare: i vivi con i vivi ed i morti con i vivi e non per le utilità sociali delle unioni di pensiero»[\[17\]](#).

Quanto alla monografia *Lineamenti di una dottrina del diritto* (1930) è indubbio che si tratti di un lavoro di filosofia del diritto. Tuttavia i problemi ivi affrontati (in cosa consista la norma giuridica e cosa sia il diritto) costituiscono abitualmente l'oggetto dei primi insegnamenti nei corsi di diritto pubblico e di diritto costituzionale (basterebbe pensare all'ampiezza di trattazione riservata ad essi da Vezio Crisafulli nel primo volume delle *Lezioni di diritto costituzionale*).

Ma c'è di più. In favore della tesi secondo la quale Esposito, anche in tale opera, dimostrava grande attenzione per le opere costituzionalistiche è dimostrato già dalla prima nota a pie' di pagina dei *Lineamenti*, nella quale si ricordano l'*Allgemeine Staatslehre* di Georg Jellinek e *L'ordinamento giuridico* di Santi Romano e, soprattutto, dalla parte decisiva e finale del lavoro, allorché, rifiutata la statualità del diritto, Egli accede alla teoria istituzionista, non essendo «ammissibile società senza diritto»[\[18\]](#).

E si può infine sottolineare, diversamente da quello che solitamente si dice - e cioè che Esposito si sarebbe «convertito» al diritto costituzionale a seguito del mancato successo nel concorso di filosofia del diritto (1934) -, che già dal 1930 Egli insegnava a Camerino, per incarico, anche il diritto costituzionale e che *Organo, ufficio e soggettività dell'ufficio* (1932), unanimamente ritenuta la sua prima opera costituzionalistica, si colloca in una fase della Sua carriera accademica nella quale generalmente viene considerato mero filosofo.

Il vero è che Esposito, come prima del 1934 era *in nuce* già costituzionalista, dopo tale data ha continuato ad essere filosofo e teorico del diritto[\[19\]](#).

Di qui, ancora una volta, la doverosa considerazione unitaria della Sua opera[\[20\]](#), che a maggior ragione impedisce di distinguere, dal punto di vista metodologico, la produzione anteriore alla Costituzione repubblicana da quella anteriore[\[21\]](#).

#### **4. Il metodo: realismo vs. giuspositivismo?**

Vezio Crisafulli ha assai bene caratterizzato la personalità di Esposito con queste parole: «*La singolarità della Sua figura di studioso si ribella ad ogni tentativo di inquadramento definitivo nell'uno o nell'altro indirizzo di pensiero, è in un certo qual modo sfuggente: può sembrare eclettica, ma quando la interroghi più a fondo ti si rivela sostanzialmente unitaria, saldamente coerente con se stessa, sempre fortemente caratterizzata*»[\[22\]](#).

Ed è proprio questa compattezza e coerenza metodologica, da tutti riconosciuta e nella quale il realismo gioca un ruolo predominante[\[23\]](#), ciò che mi porta a ripercorrere criticamente, in questa mia relazione, la qualificazione di Esposito come giuspositivista effettuata da Crisafulli[\[24\]](#), Zagrebelsky[\[25\]](#), Modugno[\[26\]](#) e Nocilla[\[27\]](#).

Ho infatti il dubbio che i quattro studiosi, parlando del giuspositivismo di Esposito, non avessero tutti presente lo stesso concetto, essendo noto che il positivismo giuridico non è una singola teoria della

natura del diritto, ma un'intera tradizione di pensiero, che copre più di due secoli e comprende un gran numero di teorie spesso tra loro confliggenti anche su questioni centrali[28].

Nè può passarsi sotto silenzio che, negli anni di Esposito, era pacifico, quanto meno tra i maggiori costituzionalisti dell'epoca, l'avvenuto superamento delle premesse storiche su cui si basava il giuspositivismo ideologico (statalista) del XIX secolo e della prima metà del XX[29]. Ciò non di meno il giuspositivismo era comunemente accettato come «il metodo» per definizione. Il che, se da un lato dimostra che tra i due giuspositivismi c'era - e c'è - un abisso (tanto più evidente in quanto, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, i giuristi, già da subito, non potevano non confrontarsi con una legge fondamentale densa di valori antitetici a quell'ideologia); dall'altro, sta a significare che tacciare come giuspositivista uno studioso di quell'epoca o lascia il tempo che trova (perché non lo caratterizza in alcun senso) oppure sottende un'implicita valutazione negativa della sua opera da parte di chi, oggi, ritiene errata o comunque storicamente superata l'applicabilità al discorso giuridico - quanto meno a quello costituzionalistico - della coppia «vero-falso» e del «sillogismo sussuntivo» che, secondo i suoi critici, caratterizzerebbe il giuspositivismo e solo il giuspositivismo [30].

4.1. Mi sembra perciò addirittura intuitivo che Crisafulli - le cui raffinate ricostruzioni sistematiche muovono dalla positiva considerazione dell'ordine, dell'eguaglianza formale e della certezza [31], nonché da un'attenzione per i disposti normativi certamente non minore di quella di Esposito [32] - non alludesse certo, parlando del positivismo di Esposito, a quelle stesse caratteristiche di metodo a cui Zagrebelsky, Modugno e Nocilla si sarebbero riferiti molti anni dopo, e cioè dopo che il concetto di giuspositivismo avrebbe assunto dei connotati epistemologicamente meno marcati del giuspositivismo statalista[33].

Sta di fatto che per Crisafulli, l'Esposito giuspositivista emergerebbe innanzi tutto dal Suo intervento al Convegno dell'UGCI del 1949 sul tema *Diritto naturale vigente*, nel quale Esposito aveva affermato - come Crisafulli esattamente ricorda[34] - che il magistrato, qualora fosse chiamato, nel caso a lui sottoposto, ad applicare una norma ingiusta (ad es. quella nazista che imponeva l'evirazione degli ebrei), dovrebbe in primo luogo verificare la effettiva riconducibilità di tale norma non alla legge ma al sistema[35], e ciò per verificarne la coerenza e quindi la compatibilità con quest'ultimo. In caso di esito positivo di tale verifica - afferma Esposito - «al giurista come tale non rimane che accettare la norma ingiusta e accettarla come diritto»[36].

Dopo essersi chiesto, incidentalmente, «...in che modo potremmo osare di negare come regola una residua realtà normativa che vorremmo affermare come eccezione?», così Esposito conclude: «Il giudice, se potrà, si muoverà - come uomo, come cittadino, come individuo - con la rivoluzione: ed il cattolico, in specie, di fronte a certe circostanze dovrà spogliarsi delle sue qualità di giurista, per mantenere quelle di cattolico. Ma il giudice, come giurista, non avrà più niente da fare che disporre il provvedimento di evirazione».

Mi chiedo: ma se Esposito era quel giurista realista che tutti riconoscono (ivi incluso lo stesso Crisafulli), cosa mai avrebbe potuto Egli dire, ad una platea di giuristi cattolici, se non che il giudice cattolico, in un siffatto frangente, dovrebbe «spogliarsi delle sue qualità di giurista, per mantenere quelle di cattolico»? E cioè abbandonare il suo ufficio magistratuale e operare, se del caso, anche con la violenza, per porre fine a quel regime disumano?

Se, altrettanto realisticamente, si ammette (e i fatti erano allora, come oggi, sotto gli occhi di tutti) che anche le comunità politiche che presuppongono un'ideologia razzista sono ordinamenti giuridici a tutti gli effetti (così come «una società di ladri, pur riprovevole che essa sia, ha il suo diritto non meno di una società di uomini timorosi e rispettosi della legge dello Stato»)[37], una risposta diversa era ed è impossibile[38], quand'anche si acceda a teorie neogiusnaturalistiche o valoriali. E' infatti macroscopicamente evidente che un ordinamento che prevede la generale evirazione per ragioni di

razza, come quello nazista, non potrebbe mai consentire ai giudici di argomentare in forme paragiuridiche[39]. Tanto meno, in un tale ordinamento, il diritto naturale potrebbe affermarsi «*come diritto vigente*», come si sarebbe voluto da alcuni in tale famoso Convegno [40].

Ad altre manifestazioni di giuspositivismo Crisafulli non allude, se non che Esposito avrebbe avuto, anche nella fase precostituzionale, una tendenza all'esegesi «*magari (e sono le pagine meno felici) spinta sino al punto di forzare il dato letterale di una qualche disposizione di legge costituzionale o ordinaria per trarne argomento a favore della tesi contraria*»[41].

In effetti nella produzione scientifica di Esposito vi sono pagine, nelle quali traspare un certo compiacimento dell'autore per le sue capacità dialettiche che lo portavano a giocare con il suo contraddittore come il gatto con il topolino, dimostrando, ad es., nelle note su *Giurisprudenza costituzionale*, che se in una data decisione la Corte voleva davvero sostenere una certa tesi, non avrebbe dovuto utilizzare l'argomento X, ma l'argomento Y [42].

Tuttavia, per quanto io abbia riletto le Sue note a sentenza, in esse non ho trovato, a tal fine, indebite forzature. Inoltre, quando Esposito indicava alla Corte quale sarebbe stato l'argomento esatto che la Corte avrebbe fatto bene ad utilizzare, ponendolo a fondamento della propria decisione, c'era, sì, un certo compiacimento intellettuale (posso testimoniare che, talvolta, la redazione di un'osservazione ed una decisione della Corte da pubblicare sulla Sua amata *Giurisprudenza costituzionale*, costituiva per Lui, un *divertissement!*). Non si trattava però di un gratuito compiacimento, che sarebbe stato in contrasto col rigore dell'uomo.

In effetti, se Esposito si impegnava a suggerire una motivazione diversa, ma in linea con la giurisprudenza della stessa Corte (questo è un motivo ricorrente!), ciò Egli faceva perché la Sua preoccupazione per la certezza del diritto Gli faceva ritenere che «*al giurista ancor più che la giustizia casuale della decisione rispetto al caso passato - sono parole Sue - interessa la verità del modo della decisione o degli orientamenti della Corte, non solo per ciò che essi possano rappresentare in sé, ma per il rilievo che essi possono assumere per la decisione di casi futuri*»[43].

La migliore risposta alla perplessità dianzi manifestata viene da Mortati: «*Qualcuno ha creduto di poter rilevare nelle Sue annotazioni un atteggiamento eccessivamente critico, ma un'accurata analisi che se ne facesse mostrerebbe come esso, anche quando sia rilevabile, è stato promosso o dalla deficienza delle motivazioni che urtavano contro la tendenza del Suo spirito alla completezza e all'approfondimento, o dai dispositivi e, in particolar modo, da quelli che conducevano ad attribuire al sindacato di costituzionalità un'estensione ch'Egli riteneva pericolosa*»[44].

Nei suoi rilievi critici al giuspositivismo espositiano, Crisafulli si riferisce però anche alla fase precostituzionale, e allora il pensiero potrebbe andare o alla lunghissima e minuziosissima nota critica all'ordinanza del 18 giugno 1946 della Corte di cassazione che aveva respinto il reclamo di una sezione monarchica contro la proclamazione provvisoria della Repubblica a seguito del referendum istituzionale del 2 giugno 1946[45] oppure al saggio su *Lo Stato e la Nazione italiana* (1937), nel quale Esposito dedica una buona metà delle 75 pagine dello scritto all'illustrazione del contenuto di disposizioni legislative sia vigenti che abrogate.

E' indubbio che la nota all'ordinanza della Cassazione sia eccessivamente insistita anche perché - Esposito lo ammette - i giochi, per così dire, erano fatti, essendosi il popolo italiano espresso a grande maggioranza per la Repubblica. Tuttavia, ad Esposito premeva di porre in chiaro - anche qui, per esigenze di certezza per il futuro - che la locuzione «votanti» di cui all'art. 2, commi 1 e 5 del d.lgs.lgt. n. 98 del 1946 [i quali recitavano: «*Qualora la maggioranza degli elettori votanti si pronunci in favore della Repubblica (...o della Monarchia)...*»] non poteva non individuare, alla luce di precedenti legislativi e di cospicui autorevolissimi riferimenti dottrinali italiani e stranieri... non poteva che

individuare «tutti coloro che abbiano esercitato il diritto di voto deponendo materialmente una scheda nell'urna» e non - come invece ritenuto dalla Corte di cassazione - «solo coloro che avevano compiuto una positiva manifestazione di volontà»[46]. Per cui il Suo suggerimento - poi accolto dal Costituente negli artt. 75 e 138 Cost. - era che non si alludesse più ai votanti, ma ai voti validi.

Se invece Crisafulli, col Suo rilievo critico, si riferiva alle trenta pagine di citazioni di normative che introducono il saggio *Lo Stato e la Nazione italiana*, dovrebbe invece obiettarsi, ancora una volta con Mortati, che «...è da contestare che una qualche costruzione dell'Esposito sia stata ricavata da interpretazioni meramente letterali. Anche nello scritto "Lo Stato e la Nazione italiana" la diffusa esposizione della terminologia legislativa ha palesemente avuto l'intento di fornire la riprova dell'esistenza di una certa struttura reale dell'ordinamento giuridico, di mostrare come la costante adozione, nonché degli stessi termini da parte del legislatore corrispondesse alla distinzione, che esso teneva presente, dei due diversi modi di essere dello Stato, quale ente di fatto e quale persona giuridica»[47].

La lettura del paragrafo finale di quel saggio[48] (la cui elencazione di dati inizia significativamente con i proclami di Carlo Alberto del 23 marzo e dell'11 aprile 1848 nei quali si dava atto della modifica della bandiera nazionale, con la sostituzione del tricolore all'azzurro sabauda) [49] - ciò che dimostra l'interesse di Esposito per l'indagine storico-sociologica del diritto - offre anzi una delle migliori dimostrazioni della concretezza del giurista Esposito, il quale, per così dire, non «si basava» sul dato normativo, ma «si serviva» del dato normativo per trovare in esso, in quanto storicamente vivente, la conferma delle sue intuizioni ricostruttive.

«Il risultato di tale ricerca - dice infatti Esposito nella pagina conclusiva di quel saggio - permette ora di dire che quella dichiarazione (e cioè la dichiarazione I della Carta del Lavoro) né crea, né impone ex novo di identificare Stato e Nazione, ma solo riconferma tale identità già riconosciuta nel nostro diritto»[50].

4.2. Differenti dai profili del giuspositivismo evidenziati da Crisafulli sono quelli a cui criticamente allude Zagrebelsky esaminando i contributi di Esposito alla giustizia costituzionale.

Partendo dai rilievi iniziali della notissima relazione al Congresso fiorentino dei processualisti del 1950 - nella quale Esposito, dopo aver sottolineato che la «predisposizione di un controllo giurisdizionale di costituzionalità (...) non può escludere che anche regole contrastanti (nella sostanza o nella forma) con le disposizioni dell'ordinamento precostituito entrino a far parte dell'ordinamento ...», contrapponeva il compito dell'interprete di quegli anni («dare una fredda ricostruzione concettuale delle astratte formule della Costituzione») a quello che avrebbe potuto essere tale compito una volta che «le fredde parole e le formule del testo costituzionale» si fossero animate e fossero entrate «nella viva storia del popolo italiano»[51] (nel qual caso avrebbe potuto «dare una viva ricostruzione della vivente Costituzione italiana») - Zagrebelsky dapprima esattamente riconosce che il «positivismo giuridico di Esposito si dimostra» essere «un realismo (nel senso dello storicismo, non del sociologismo) della dogmatica giuridica»[52]; subito dopo però aggiunge che se «uno studio sull'interpretazione giudiziale della Costituzione verrà fatto, Esposito apparirà certamente, negli scritti sulla giustizia costituzionale (non saprei dire se anche in generale), tra i più rigorosi sostenitori dell'unità dell'interpretazione giuridica e della riconduzione ad essa dell'interpretazione costituzionale. Probabilmente, solo al prezzo di questo rigore e di questa consapevole autolimitazione, Esposito pensava di porsi su di un terreno comune nel quale il compito dei commentatori della giurisprudenza costituzionale sarebbe stato adempiuto»[53].

Ma - aggiunge lo stesso Zagrebelsky - «questo carattere rigorosamente logico del ragionamento giuridico era certamente reso possibile dal tipo di attività che la Corte costituzionale andava svolgendo in quegli anni (il ringiovanimento postfascista)»: carattere rigorosamente logico che «sarebbe stato

*messo duramente alla prova nei decenni successivi quando si sarebbero richieste alla Costituzione altre prestazioni in vista della sua attualizzazione attraverso l'emersione delle componenti di valore e il loro necessario bilanciamento. Il pluralismo e le sue esigenze costituzionali non premevano ancora alla porta della giustizia costituzionale e questo consentiva di tenere ferme le categorie tradizionali dell'interpretazione»[54].*

Ma se così è, proprio movendo dai giusti rilievi iniziali di Zagrebelsky, mi sembrerebbe assai discutibile concludere che il metodo di Esposito si riduca al «*ben noto e caratteristico modo di procedere come macchina trituratrice di argomenti logici basati tutti sul dato positivo: l'interpretazione prima di tutto letterale, l'attenzione ai dettagli, il gusto per le questioni nascoste che nessuno ha ancora visto, la ricostruzione dell'insieme a partire dai particolari, la riduzione, attraverso passaggi concretizzatori, dei principi a regole, l'estraneità a qualunque suggestione dell'interpretazione come attività orientata e condizionata a valori e, meno che mai, come attività di "scienza dello spirito" (geisteswissenschaftlich, nel senso di R. Smend) o ermeneutica in senso stretto»[55].*

Innanzitutto, avrei dei fondati dubbi che un giurista, non diversamente da un artista (pittore, musicista ecc.), possa, in un dato momento storico, seguire nel contempo due diversi metodi o due diverse scuole. Egli potrà bensì fare contemporaneamente, in taluni limitati periodi della propria esperienza scientifica o artistica, dei tentativi in un senso o nell'altro (come appunto mi è accaduto di verificare nel Picasso degli inizi del secolo XX), ma poi o si è realisti o formalisti; o figurativi o astratti; o espressionisti o impressionisti; o tonali o atonali. E quindi, se si ammette, in via di ipotesi, con Zagrebelsky, che Esposito debba considerarsi, in materia di giustizia costituzionale, «*tra i più rigorosi sostenitori dell'unità dell'interpretazione giuridica e della riconduzione ad essa dell'interpretazione costituzionale»* (con tutto quel che segue: «*argomenti logici basati tutti sul dato positivo: l'interpretazione prima di tutto letterale, l'attenzione ai dettagli ecc. ecc.*»), allora non si potrebbe convenire con lo stesso Zagrebelsky, che Esposito dovrebbe invece essere considerato, per la restante Sua produzione scientifica, un giuspositivista realista.

Una conclusione siffatta sarebbe inesatta e va quindi rovesciata. E' infatti lo stesso Zagrebelsky, per ciò che attiene al metodo usato da Esposito nelle osservazioni critiche alle decisioni della Corte costituzionale, a riconoscere - come ho già sopra ricordato - che «*questo carattere rigorosamente logico del ragionamento giuridico era certamente reso possibile dal tipo di attività che la Corte costituzionale andava svolgendo in quegli anni (il ringiovanimento postfascista)*».

Affermare, conseguentemente, che il metodo di Esposito si caratterizza essenzialmente per il suo realismo storicista non significa però che, fin quando i concreti fatti normativi non avessero dimostrato il contrario, non dovessero essere «*le fredde parole e le formule del testo costituzionale*» a costituire il primo punto di riferimento di Esposito.

Esemplari, in questo senso, sono le parole con le quali Egli prendeva atto della decisione della Corte costituzionale di affermare la propria competenza a penetrare nell'interno delle Camere per sindacare la regolarità dei procedimenti seguiti nella deliberazione delle leggi e per accertare la verità delle attestazioni dei Presidenti delle Camere sui fatti in esse intervenuti[56].

Scriva infatti Esposito, commentando la famosa sentenza n. 9 del 1959: «*La Corte costituzionale, con la sua immotivata negazione del principio, non ha certo dimostrato che quella tradizionale fosse contraria al nuovo ordinamento costituzionale e perciò da eliminare, ma ha dimostrato coi fatti (ed in base ad una esatta previsione degli eventi che sarebbero susseguiti alla sua pronuncia) che quella tradizione era ormai finita e perciò poteva essere negata. La nessuna reazione o emozione in Parlamento o nel Paese per la decisione della Corte (lì dove in altri ordinamenti affermazioni simili di altre Corti hanno dato luogo a gravissime crisi costituzionali) costituisce la miglior prova della esattezza del deciso e che la prerogativa della insindacabilità delle Camere, fondata sulla posizione tradizionale delle Camere*

*stesse, non faceva più parte del diritto costituzionale italiano vigente ed era morta di morte naturale...»*[57].

Concordo invece con Zagrebelsky sulla «*estraneità* (di Esposito) *a qualunque suggestione dell'interpretazione come attività orientata e condizionata a valori*». E' di tutta evidenza che quelle metodologie (che di lì a poco sarebbero state caldegiate prima da Baldassarre con l'approccio interpretativo normativo-sostanziale[58] e poi da lui medesimo con un neogiusnaturalismo *light* conseguente ad un'arbitraria trasformazione delle regole costituzionali in principi[59], e cioè tutto il contrario di ciò che aveva tentato di fare Esposito in nome della certezza del diritto) difficilmente avrebbero potuto essere condivise da Esposito, e ciò proprio in conseguenza del Suo approccio realista, in forza del quale «*...alla fin fine qualsiasi teorizzazione, per quanto corretta e coerente, per Esposito cedeva il passo di fronte alla realtà delle cose*»[60].

A mio parere sono infatti il Suo realismo, la Sua attenzione per le conseguenze pratiche delle tesi e la Sua fedeltà nei confronti degli enunciati costituzionali asseverati dalla storia, ciò che lo portava a rifiutare metodi interpretativi che potessero comunque essere «sfruttati»[61] per accrescere surrettiziamente i poteri delle pubbliche autorità e, quindi, i relativi arbitrii. «*Crederne nel valore-diritto significava (...) per Lui, il netto rifiuto di degradarlo a mero docile strumento al servizio del potere per il conseguimento di qualsiasi fine. Al contrario il diritto positivo gli appariva limite ed argine al manifestarsi del potere, sia questo il potere del legislatore (...), sia questo il potere del popolo sovrano*»[62].

Quanto infine all'ermeneutica in senso stretto, certamente non ne traspare l'utilizzo, da parte di Esposito, né nelle note di giurisprudenza, per le ragioni esattamente ricordate da Zagrebelsky, né in taluni dei saggi che compongono la raccolta del 1954[63], nei quali Esposito perseguiva soprattutto lo scopo di offrire le prime coordinate interpretative (e quindi soprattutto testuali) della nuova Costituzione, dando quindi un senso alle «*fredde parole e (...) formule del testo costituzionale*». Non direi però che dell'ermeneutica Esposito non faccia buon uso nelle opere di più vasto respiro. Penso, ma non solo, a *La validità delle leggi*, alla citata relazione del 1950 sul controllo giurisdizionale di costituzionalità, alla prolusione romana su *La libertà di manifestazione del pensiero*, alla voce *Capo dello Stato* e, soprattutto, a *La consuetudine costituzionale*.

Di quest'ultima merita anzi di essere ricordato che essa fu pensata e redatta da Esposito come contributo agli studi in onore di Emilio Betti. Il quale, a conclusione della sua splendida prolusione romana del 1948 su *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*[64], dopo aver riportato il piano dettagliato della preannunciata *Teoria generale dell'interpretazione*, informava il lettore che tale schema era stato «*elaborato nel giugno 1947 e comunicato al compianto amico Adelchi Baratono e al collega Carlo Esposito*».

Il che costituisce la più autorevole testimonianza, da parte del maggiore studioso italiano di ermeneutica, della specifica sensibilità dei due colleghi per le problematiche ivi trattate: una stima che Betti successivamente avrebbe confermato nella stesura di tale Sua opera, nella quale i contributi scientifici di entrambi i consegnatari dello schema vengono ripetutamente presi in considerazione[65].

4.3. Ulteriormente diversi sono gli aspetti del Suo giuspositivismo cui allude Damiano Nocilla nella sua bella e approfondita *Presentazione* alla silloge di scritti di Esposito significativamente intitolata *Diritto costituzionale vivente*.

Per la verità Nocilla esordisce nel suo saggio con l'accostamento di Esposito alla dogmatica di Paul Laband (per il tramite di V.E. Orlando e di Donato Donati), che è, a dir poco, sconvolgente e doppiamente inappropriato[66]: sia per lo statalismo che caratterizza intrinsecamente l'opera del grande giurista tedesco (rifiutato da Esposito già nei *Lineamenti*[67]), sia soprattutto per quanto appena

ricordato sul ruolo che Esposito riteneva che dovesse essere quello del costituzionalista.

Ma, tolta questa pecca, la *Presentazione* di Nocilla è ineccepibile e soprattutto ha il grande merito di aver posto in evidenza, già nel titolo della raccolta, un aspetto, quello del «diritto costituzionale vivente», che comprova il realismo storicista di Esposito, già sopra rilevato. Dice infatti persuasivamente Nocilla che - in conseguenza di tale aspetto del pensiero di Esposito - «*la scienza giuridica assume come dato il diritto vivente nella storia di una certa comunità e trae dalla realtà stessa i propri concetti, che sono così storicamente determinati*»[68].

Ritengo infatti che sia stata la sensibilità di Esposito per il diritto vivente, ancor più di quanto specificamente ritenuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 10 del 1957, a farGli cambiare idea, alla prima occasione, a proposito dell'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale; e a portare Esposito - che nel 1950, nella sua famosa relazione sul sindacato di costituzionalità, aveva sostenuto che il giudizio della Corte concernesse le «norme»[69] - a ritenere che «*compito della Corte è di statuire sulla costituzionalità di "disposizioni giuridiche" o di "proposizioni normative" secondo il loro "espresso", o per lo meno "individuato" ed "essenziale" significato storicamente mutevole ed accertabile o determinabile solo nel complesso dell'ordinamento, ma tuttavia puntualmente proprio di ciascuna proposizione normativa o di una pluralità determinata di esse*»[70].

La nota *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione* dalla quale Nocilla ha, con notevole intuito, ricavato il titolo per la raccolta, attiene, del resto, ad una decisione della Corte costituzionale, importante proprio per il problema dell'oggetto delle questioni di legittimità costituzionale[71]. La questione concerneva infatti una norma di legge *per come* concretamente attuata dalla relativa disposizione del regolamento d'esecuzione.

Se la Corte, da un lato, aveva respinto la questione (per infondatezza)[72] sulla premessa che essa fosse sostanzialmente rivolta a censurare la disposizione del regolamento d'esecuzione; dall'altro lato, Esposito, in linea con quanto precedentemente affermato relativamente all'oggetto dei giudizi di legittimità costituzionale, osserva che la Corte avrebbe potuto entrare nel merito della questione. Infatti, «*se la Corte costituzionale deve giudicare della costituzionalità delle disposizioni legislative nella significazione che esse assumono, oltre che nel complesso delle disposizioni di legge o di atti con forza di legge, anche in quella che esse possano aver assunto nella concreta totalità dell'ordinamento (che non consta solo di leggi ma del complesso degli atti di autorità che danno disciplina alla comunità statale), non è consentito, in sede di controllo della legittimità costituzionale della legge, porre le disposizioni regolamentari di esecuzione (purché "secundum", "praeter" e non "contra legem") fuori dalla legge cui accedono e di cui abbiano determinato o specificato l'effettiva significazione*».

Ma andiamo oltre. Oltre ai perspicui rilievi relativi al diritto vivente, notevoli e rilevanti, come già detto, sono i ripetuti accenni di Nocilla al realismo di Esposito[73].

Ed è altresì condivisibile il rilievo di Nocilla, secondo il quale, sia ne *La validità delle leggi* che ne *La consuetudine costituzionale*, è Esposito e non Mortati ad essere più lontano da Kelsen: «*Fatto e diritto - dice Nocilla - vengono a coincidere in questa visione degli equilibri costituzionali, essendo superati i residui di normativismo insiti, invece, in altre ricostruzioni della costituzione materiale che, come quella di Mortati, si richiamano, in un primo approccio, a Schmitt, ma si accostano, in definitiva, a Kelsen*»[74].

Ma allora, se si conviene con Nocilla sull'importanza, nel pensiero di Esposito, da un lato, del rifiuto della statualità del diritto e del normativismo e, dall'altro, dell'accettazione sia del diritto vivente (una cartina di tornasole dell'antipositivismo)[75] sia del realismo, mi chiedo: cosa resta di giuspositivista nel pensiero di Esposito? Lascio, per il momento, la mia risposta in sospenso...

4.4. Nella sua densa *Presentazione degli Scritti giuridici scelti di Carlo Esposito*, Franco Modugno parte dal rilievo di Nocilla a proposito dell'autonomia del momento giuridico nel pensiero di Esposito[76], e rileva che «*se, da un lato, Esposito non confonde il diritto con una qualsiasi valutazione legalistica, dall'altro mantiene per ferma l'autonomia della scienza giuridica anzi l'esalta. L'oggetto, la realtà, che il giurista indaga (deve indagare) è diversa da quella cui si rivolge l'attenzione del politico, del sociologo, dell'economista: è un momento essenziale e distinto della vita dello spirito. Il primato non è, crocianamente, del momento economico, né schmittianamente, di quello politico, e neppure quello sociologico, bensì proprio kelsenianamente, del giuridico, del "valore-diritto", ossia del "valore del diritto positivo". E' qui il fondamento del positivismo giuridico di Carlo Esposito. Eppure -sottolinea Modugno - non si tratta di un positivismo strettamente legalistico*»[77].

Che non si tratti di positivismo legalistico Modugno lo dimostra ampiamente con una fitta serie di passaggi che testimoniano, ancora una volta, il realismo di Esposito, di cui, in questa sede, mi limito a riprodurne in nota solo alcuni, rispettivamente tratti da *La validità delle leggi* [78], da *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia* (già sopra ricordato)[79] e da *La consuetudine costituzionale*[80].

Dico subito che, di questa prima parte dell'analisi di Modugno non mi convincono due affermazioni.

La prima è che trovo ultroneo il richiamo al «valore-diritto» in senso kelseniano, per comprovare che Esposito credeva nell'autonomia del giuridico. E' infatti sufficiente ricordare - come Modugno sa meglio di me - che, per Esposito, la formula «*ubi societas ibi jus*» non è reversibile, in quanto, per Lui, «*la considerazione giuridica degli accadimenti non (è) relativa alla sola coscienza sociale*»[81]. Oserei quindi dire che l'accenno a Kelsen è addirittura fuorviante[82].

La seconda affermazione attiene allo «schietto positivismo» che contraddistinguerebbe la determinazione dei limiti della revisione costituzionale. A questo riguardo, anche se può sembrare ovvio, mi sembra di dover sottolineare che il saggio su «*Costituzione, legge di revisione della Costituzione e "altre" leggi costituzionali*» del 1962 non può non essere letto alla luce delle riflessioni di Esposito contenute ne *La consuetudine costituzionale* dell'anno precedente. Conseguentemente non può essere trascurato che, per Esposito, l'effettività, in questo saggio, oltre ad essere risolutiva nelle crisi degli ordinamenti e a stabilizzare i principi generali dell'ordinamento, *condiziona la validità delle sole norme «sulla» produzione giuridica*[83]. Con la conseguenza che se, da un lato, una costituzione flessibile può trasformarsi in rigida (ipotesi divisata da Esposito ne *La validità delle leggi* con riferimento al regime flessibile allora vigente), dall'altro, anche una costituzione rigida può perdere la sua «superiorità» e trasformarsi in flessibile. Nell'uno come nell'altro caso ciò che viene in gioco è infatti l'effettività delle norme «sulla» produzione: o perché queste non consentono più, come in precedenza, modifiche «costituzionali» da parte del legislatore ordinario ovvero perché (ipotesi opposta) le norme «sulla» produzione ormai consentono modifiche costituzionali da parte del legislatore ordinario. Il che è appunto accaduto sia con la Costituzione prussiana del 1850 sia con lo Statuto albertino[84].

Per la migliore comprensione del metodo di Esposito, mi sembra però opportuno riportare due ulteriori passaggi dell'eccellente *Presentazione* di Modugno.

Nel primo passaggio Modugno spiega, con parole davvero illuminanti, il diverso fondamento che il principio di competenza ha rispettivamente nel pensiero di Crisafulli e nel pensiero di Esposito. Mentre, per Crisafulli, il fondamento andrebbe individuato nella Costituzione che, essendo «superiore», dà ordine alle fonti, per Esposito il fondamento starebbe in ciò, che «*non sono le norme sulla produzione a rendere normativi gli atti e i comportamenti umani, ma sono questi ultimi dotati di per sé, di "naturale" capacità, sia pure tendenziale, normogena, per cui le norme sulla normazione si limitano a indirizzare, regolare, delimitare la produzione normativa, ma non a renderla giuridicamente possibile*»[85]. Il che

dimostra, in tutta evidenza, che, sotto questo aspetto, Crisafulli è, per così dire, più... giuspositivista di Esposito perché, mentre Crisafulli individua nella fonte superiore (la Costituzione) il fondamento del fenomeno, Esposito la rinviene nella naturale capacità normogena delle fonti. Il che è importante anche per un'altra ragione. Così argomentando Esposito spiega come negli anni '30 potesse operare il principio di competenza, pur nella vigenza di un sistema costituzionale flessibile.

Al contrario del primo, il secondo passaggio di Modugno non mi convince. Nell'analizzare la voce *Controfirma ministeriale*, Modugno sostiene che in tale scritto, a proposito del significato da dare all'art. 89 Cost., Esposito sarebbe caduto in contraddizione con la Sua tesi secondo la quale le disposizioni costituzionali, essendo legate a condizioni di fatto, valgono nella loro effettiva significazione. Rileva infatti Modugno che in tale saggio Esposito mostrerebbe una «"resistenza" positivistica» all'accoglimento della tesi che la controfirma «*possa assumere vario significato a seconda degli atti cui è apposta*», pur essendo questa interpretazione ormai accolta nella prassi [86].

A parte la considerazione che anche il giurista che sia sensibile all'importanza normativa dei fatti, non può limitarsi a registrarli pramente e semplicemente, come se tutto ciò che accade possa essere giuridicamente ritenuto valido ed efficace[87], mi sembra opportuno rilevare - per riportare il discorso su un piano più generale - che Modugno, così dicendo, non ha presente (pur ovviamente conoscendola) la significativa evoluzione del pensiero di Esposito intercorsa tra *La validità delle leggi* del 1934 e *La consuetudine costituzionale* del 1961, a proposito dell'ambito di incidenza del «fatto» sul «diritto costituzionale». Un'evoluzione di grande rilievo e pienamente rispondente al diverso contesto storico nel quale furono da Lui pensate le due opere: quella del 1934 e quella - giustamente definita da Paladin come «la più geniale» e «più affascinante»[88] - del 1961. Il che conferma, ancora una volta, se ce ne fosse bisogno, il realismo storicista di Esposito.

Mentre ne *La validità delle leggi*, vigendo l'allora flessibilissimo Statuto albertino, Esposito scriveva che «*le disposizioni costituzionali, a differenza di ogni altra disposizione giuridica, non sono legate solo a condizioni giuridiche di validità, ma anche a condizioni di fatto di efficacia*» - e questa Sua affermazione, che concerneva sia le norme «sulla» produzione che le norme «di» produzione, si spiegava in ciò, che la superiorità sia delle une che delle altre, non provenendo formalmente da una fonte differenziata, sarebbe dovuta necessariamente conseguire dalla loro *efficacia in fatto* (o *effettività*) - le cose radicalmente cambiano in regime di costituzione rigida.

Nel saggio su *La consuetudine costituzionale* Esposito infatti restringe la rilevanza della consuetudine costituzionale (e quindi del requisito dell'*effettività*) in primo luogo alle situazioni di crisi degli ordinamenti (per confermare il «vecchio» regime politico o per accertare l'avvenuta instaurazione del «nuovo»). In secondo luogo la rilevanza della consuetudine costituzionale (e quindi del requisito dell'*effettività*) è ritenuta determinante a fini confermativi delle regole sulla produzione del diritto. Infine il ruolo della consuetudine costituzionale è ritenuto significativo al fine dell'eliminazione delle lacune costituzionali (funzione che si riconnette anch'essa alle regole scritte «sulla» produzione)[89] nonché per la stabilizzazione dei principi dell'ordinamento[90].

Qualora Esposito avesse esteso il requisito dell'*effettività*, condizionante la validità delle norme «sulla» produzione giuridica, a tutte, indiscriminatamente, le norme costituzionali (e quindi anche a quelle «di» produzione giuridica), Egli avrebbe finito per porre in dubbio la stessa rigidità dell'intera Costituzione. Tale estensione avrebbe infatti significato che, per invocare l'applicazione di una *qualsiasi* regola di condotta prevista in Costituzione[91], non basterebbe richiamarla presupponendone la validità, ma se ne dovrebbe altresì dimostrare, di volta in volta, l'*effettività*. E ciò contro il tradizionale insegnamento secondo il quale l'*effettività* deve caratterizzare l'ordinamento nel suo complesso, e non le singole norme[92] tranne evidentemente quelle sulla produzione giuridica[93].

Di qui, l'esattezza metodologica delle riserve di Esposito alla prassi che allora si andava instaurando in

senso contrario al significato dell'art. 89 Cost. che Egli riteneva il più corretto sotto il profilo sistematico e «ricostruttivo». Fermo restando che quella prassi - come osserva Esposito - non si era ancora trasformata in consuetudine (perché i relativi fatti «*sono ancora troppo legati agli uomini ed ai temperamenti degli uomini che li hanno posti in essere*»), non sfuggiva certo ad Esposito che l'art. 89 Cost. è una norma «di» produzione non dissimile da quelle che disciplinano i diritti costituzionali.

Ammettere che, per poter pretendere l'applicazione di una norma «di» produzione, ci si debba dar carico di provarne anche la sua *efficacia in fatto*, - o, il che è lo stesso, presupporre che solo le norme costituzionali *effettive* siano *valide* - implicherebbe, da un lato, impedire concettualmente e *a priori*, qualsiasi mutamento interpretativo del significato di una data norma costituzionale; dall'altro, significherebbe - come già detto - la fine della rigidità della Costituzione in quanto le consuetudini *contra constitutionem* potrebbero valere anche al di là di quanto ritenuto da Esposito.

4.5. Anche se ritengo che il realismo di Esposito faccia premio sul suo positivismo, per cui, per riprendere la nota distinzione di Bobbio tra positivismo ideologico, positivismo teorico e positivismo metodologico[94], direi che il «positivismo realista» di Esposito è solo un mero positivismo metodologico - l'essenza del quale è «*descrivere il diritto com'è, e non discettare del diritto come dovrebbe essere*»[95] -, non posso, con altrettanta obiettività, giunti a questo punto, non rilevare che c'è un aspetto della produzione scientifica di Esposito che potrebbe apparire tipicamente e nettamente giuspositivista in senso forte.

Se infatti si dà per scontato che al giuspositivista teorico ripugna di avere a che fare con formule che rinviano a valori senza precisarne il contenuto, perché ne teme gli abusi a cui esse possano dar luogo[96], e se, d'altra parte, si ricorda con quanta ostinazione Esposito si è battuto in favore dell'interpretazione restrittiva del principio d'eguaglianza[97], potrebbe, a prima vista, concludersi che, sotto questo profilo, Esposito va ben oltre il giuspositivismo metodologico.

Una conclusione del genere urterebbe tuttavia contro altre indicazioni dell'opera di Esposito. Ad es. l'importanza da Lui riconosciuta ad un altri valori indeterminati, quale la dignità sociale, come fondamento dell'onore individuale e come limite costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero[98], e quali l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità umana, quali limiti costituzionali della libertà d'iniziativa economica privata immediatamente operativi «*indipendentemente da leggi che diano maggiore precisione o concretizzazione alle formule*»[99].

Un siffatto rilievo, nel mentre fa tornare alla mente le parole di Crisafulli, sulla difficoltà di «*ogni tentativo di inquadramento definitivo (di Esposito) nell'uno o nell'altro indirizzo di pensiero*» [100], spinge a ritenere che l'atteggiamento critico di Esposito nei confronti dell'interpretazione lata del principio d'eguaglianza e del sindacato sulla non arbitrarietà delle leggi[101], non è tanto dovuto ad un preteso pregiudizio giuspositivistico contro le formule che rinviano a valori senza precisarne il contenuto, quanto alla Sua fede nell'essenzialità del Parlamento per l'equilibrato progresso della società e alle Sue conseguenti perplessità nei confronti di un organo dotato di «*potere incontrollabile*», che giudica «*infallibilmente le leggi del Parlamento*»[102].

Erano infatti queste - ha osservato, al riguardo, Crisafulli - «*le Sue intime convinzioni di liberale di "stampo ottocentesco" (...) che aveva ancora molta fiducia negli istituti parlamentari; era un liberal-democratico, istintivamente indotto a preferire che il centro del potere politico fosse nelle mani di maggioranze politicamente responsabili e rinnovabili attraverso libere elezioni, paventando per contro la rottura degli equilibri costituzionali tradizionalmente propri degli ordinamenti di tipo parlamentare a vantaggio di un organo politicamente irresponsabile, quale la Corte costituzionale*»[103].

Al fondo delle perplessità di Esposito nei confronti di una lata interpretazione del principio

d'eguaglianza non vi sono allora pregiudiziali legate al giuspositivismo teorico, bensì convinzioni d'ordine politico-istituzionale. Il che oltretutto comprova quanto già ripetutamente detto a proposito dell'attenzione che Esposito aveva sulle ricadute pratiche dei concetti e della sua sensibilità per la storia e per la politica.

## 5. *Conclusioni.*

In definitiva, mi sembra di poter ritenere - in un'epoca nella quale l'ignoranza degli aspetti positivi del giuspositivismo, o comunque la loro sottovalutazione, ha addirittura trasformato l'etichetta di «giuspositivista» in un insulto rivolto a chi ne utilizza il metodo - che sia sbagliato sottolineare che il realista Esposito possa essere considerato giuspositivista in considerazione di taluni aspetti marginali della Sua opera scientifica, in quanto impedisce la effettiva comprensione delle peculiarità del Suo metodo.

Non a caso Costantino Mortati, che più di tutti avrebbe avuto titolo per sottolineare la propria diversità metodologica, non accenna mai, nel ricordo dedicato all'amico fraterno<sup>[104]</sup>, al giuspositivismo di Esposito.

Scrive infatti Mortati:

*«Linearità e chiarezza nell'impostazione e nelle soluzioni dei molteplici problemi giuridici, visione unitaria dei temi del diritto costituzionale furono indicati dall'Esposito, nelle parole introduttive alla prolusione romana del 1957, come gli obiettivi cui egli si ispirava, seguendo l'insegnamento di Santi Romano. La visione unitaria voluta raggiungere doveva significare anche comprensione dei fenomeni costituzionalistici in ogni loro momento ed espressione e, quindi, anche di quelli che non risultano dall'interpretazione sistematica dei testi di legge, ma emergono dalla realtà dei fatti. Alla pari di Romano, Esposito ebbe viva sensibilità per l'esigenza di slargare in questo senso la visuale del giurista, ma, come lui, fu tormentato dalla preoccupazione di non compromettere per tale via i valori della certezza del diritto, la cui tutela costituisce il compito più alto del giurista. Sembra potersi osservare che, mentre il Romano ha più largamente e più profondamente indagato il fattore istituzionale del diritto ma è stato poi trattenuto dall'utilizzarlo nell'interpretazione del diritto positivo, l'Esposito, pur senza dirigere ex professo l'indagine a quel fattore, e presupponendolo, ne ha fatto un impiego più ampio, sia pur sempre contenuto nei limiti fissati al giurista dalla sua specifica competenza.*

*Tale ispirazione realistica del pensiero di Esposito, che si accoppia e non vuole contraddire al rigore del ragionamento dommatico, assume molteplici e varie manifestazioni. La ricerca della realtà sociale è a volte promossa dal proposito di accertare la rispondenza ad essa dei testi positivi, o anche derivarne il criterio per la risoluzione di problemi i quali, contrariamente a quanto comunemente ritenuto, non possono porsi in termini di teoria generale, dovendo invece essere valutati e risolti con riferimento alle particolarità dei singoli ordinamenti»<sup>[105]</sup>.*

Sinceramente, non si potrebbe descrivere meglio la lezione di metodo trasmessaci da Carlo Esposito.

\* Relazione al Convegno organizzato dal Dipartimento di Scienze giuridiche e politiche della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Camerino, sul tema «*Gli scritti camerti di Carlo Esposito*», tenuto a Camerino il 12 ottobre 2007.

[1] Cfr. C. Esposito, *Premessa a La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954: «Riunisco in

volume saggi, in parte già editi, sulla nuova Costituzione italiana. Incertezze e dubbi (riguardanti soprattutto la forma della esposizione) mi trattengono dal pubblicare per ora i risultati di ricerche su altre disposizioni del testo costituzionale, anche se esse sono state già effettuate da qualche anno...».

[2] Così si esprime lo stesso **C. Esposito**, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 1, nota, per ricordare l'insegnamento a Lui impartito da Santi Romano.

[3] Un «miniaturista» lo definì **A.M. Sandulli**, *In memoria di Carlo Esposito*. Intervento in occasione della consegna ai familiari degli Studi in Sua memoria (15 aprile 1972), in *Giur. cost.*, 1971, p. VI).

[4] Alla domanda, da me rivoltaGli nei primissimi tempi del mio assistentato, su quale fosse il giurista che più Egli ammirava, Esposito mi rispose: «Gierke per la completezza dell'informazione, Cammeo per l'acume».

[5] E' diffusa la voce - ma la ritengo solo un infondato pettegolezzo - che **Santi Romano**, nel redigere l'articolo «*Glissez, mortels, n'appuyez pas*» per il volume *Frammenti di un dizionario giuridico*, rist., Giuffrè, Milano, 1953, p. 117, pensasse, tra gli altri, anche a Lui. Ma poiché Esposito qualifica più volte Santi Romano come Suo maestro (sia nella presentazione de *La Costituzione italiana. Saggi*, cit., sia nella nota introduttiva alla prolusione romana su *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., p. 1), mi sembra impossibile che Santi Romano potesse alludere anche ad Esposito, suo discepolo, allorché affermava che l'invito a scivolar via (*glisser*) potrebbe essere rivolto non solo ai pattinatori, ma anche a «certi giuristi (...), e non sono pochi, che, quando sono alle prese con qualche concetto, che talvolta è un loro concettuzzo, insistono instancabilmente su di esso, per mettere in rilievo tutti i punti di vista da cui si può esaminarlo, tutti i suoi aspetti, tutti i suoi lati, tutte le conseguenze logiche che se ne possono trarre, credendo con ciò di meglio definirlo».

[6] **V. Crisafulli**, *In memoria di Carlo Esposito*, in *Giur. cost.*, 1971, p. XIV.

[7] Sottolinea questo doveroso aspetto della ricerca scientifica lo stesso **C. Esposito**, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., p. 1, in nota.

[8] Si pensi alla Sua intuizione del diritto «vivente», a cui accennerò *infra* al § n. 4.3.

[9] **A.M. Sandulli**, *In memoria di Carlo Esposito*, cit., p. VI.

[10] Come esattamente rileva **F. Modugno**, *Il pensiero filosofico-giuridico*, in **Aa. Vv.**, *Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito*. Convegno di Macerata nei giorni 5 e 6 aprile 1991, Giuffrè, Milano, 1993, p. 7.

[11] Cfr. la puntuale analisi di **L. Paladin**, *Le fonti del diritto*, in **Aa. Vv.**, *Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito*, cit., pp. 42 ss., 51 ss.

[12] Così, giustamente, **F. Modugno**, *Il pensiero filosofico-giuridico*, cit., p. 6 ss.; **Id.**, *Presentazione degli "Scritti giuridici scelti" di Carlo Esposito*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 30 (2001), tomo II, Giuffrè, Milano, 2001, p. 815 ss.

[13] Ora in **C. Esposito**, *Scritti giuridici scelti*, cit., vol. I, spec. 21 ss.

[14] Com'è noto, ne *Lo Stato e la Nazione italiana* (ora in *Scritti giuridici scelti*, cit., vol. II, p. 205 ss.), Esposito costruisce il rapporto tra Stato e Nazione come rappresentanza istituzionale (su cui tornerà, come tutti sanno, in altri importanti scritti), ma ciò al fine di sostenere che «Non diversamente dal

popolo e dal territorio, la potestà di imperio, contro la opinione oggi dominante, non può riferirsi e non appartiene allo Stato come persona giuridica ma come ente di fatto, e perciò in Italia allo Stato-Nazione» (*ivi*, p. 254): concetto, quest'ultimo, che identifica non «la persona giuridica ma l'ente sociale, e la appartenenza indica la interiore adesione dei cittadini alla Nazione, per cui le opere, l'attività, il bene o il male che essi facciano o ricevano sono opere, attività, bene o male della Nazione» (*ivi*, p. 253).

E se già questa Sua tesi era in antitesi con la dottrina e con le idee politiche ufficiali del fascismo, non meno in contrasto con esse è la tesi di fondo della Sua prolusione patavina (1940) *Lo Stato fascista* (ora in *Scritti giuridici scelti*, cit., vol. II, p. 395 ss.), secondo la quale il P.N.F. rappresenterebbe non la Nazione in generale («perpetua nel mutare delle generazioni, identica malgrado il prevalere successivo delle opinioni, comprensiva delle opposte tendenze») ma, riduttivamente, il Movimento fascista esistente nella Nazione (*ivi*, p. 416); e il Duce del Fascismo, per quanto grande fosse la sua autorità e molti i poteri a lui attribuito, era pur sempre «semplicemente» il «Capo del Governo del Re (...) mezzo e strumento attraverso cui il Capo della Nazione esercita il potere di governo» (*ivi*, p. 410).

Con riferimento alla prolusione patavina molti anni fa mi fu riferito, dalle figliole Paola e Carla Esposito (e di recente confermato), che il Federale del P.N.F., a queste parole, si allontanò dall'Aula Magna. Resta però il dubbio se il Federale avesse capito troppo o avesse capito poco e avesse altro da fare. Comunque sia, come commenta **C. Mortati**, *Carlo Esposito*, cit., p. 982: «Appare chiara in tale impostazione l'anticipazione e la premessa teorica degli eventi del 25 luglio».

[15] Ora in *Scritti giuridici scelti*, vol. I, spec. p. 48.

[16] «In tempi di mortificazione dello spirito, quando per fiaccare le voci dei ribelli, si assevera dai dominatori la unanimità del consenso interno, necessaria affinché la patria vigoreggi e sia rispettata dallo straniero, giova rileggere i grandi libri sulla libertà...». Con queste parole **L. Einaudi** apriva la sua *Prefazione* a **J.S. Mill**, *La libertà*, trad. it., Gobetti, Torino, 1925. Si v. anche, pur esso edito da Piero Gobetti, il volumetto di **F. Ruffini**, *Diritti di libertà*, Torino, 1926, ed *ivi* a p. 98, il «fondamentale discorso» - così qualificato da Mussolini -, di **A. Rocco**, *La dottrina del Fascismo e il suo posto nel pensiero politico*, in *Biblioteca dell'Istituto fascista di cultura*, n. 10, Milano, 1925, nel quale Rocco sottolineava, sulle orme di Gerber, che le pubbliche libertà fossero concessioni graziose dello Stato e quindi solo «riflessi» del diritto sovrano spettante allo Stato.

[17] **C. Esposito**, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., p. 9.

[18] Ora in *Scritti giuridici scelti*, vol. I, spec. pp. 218 ss., spec. 236 ss..

[19] In questo senso, con specifico riferimento al saggio e alla voce sulla consuetudine costituzionale, v. **L. Paladin**, *Le fonti del diritto*, cit., p. 52 ss.

[20] Nel medesimo senso v. **C. Mortati**, *Carlo Esposito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, p. 981; **V. Crisafulli**, *Presentazione degli Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. I, Cedam, Padova, 1972, p. IX; **Id.**, *In memoria di Carlo Esposito*, cit., p. VIII ss.; **F. Modugno**, *Il pensiero filosofico-giuridico*, cit., p. 6 ss.; **Id.**, *Presentazione degli "Scritti giuridici scelti" di Carlo Esposito*, cit., p. 815 ss.

[21] **V. Crisafulli**, *Presentazione*, cit., p. X; **Id.**, *In memoria di Carlo Esposito*, cit., p. IX.

[22] **V. Crisafulli**, *Presentazione*, cit., p. IX.

[23] In tal senso, oltre agli autori specificamente citati (Crisafulli, Mortati, Modugno, Nocilla e

Rescigno), v. **A.C. Jemolo**, *Carlo Esposito*, in *Arch. giur.*, 1964, vol. CLXVI, p. 1 ss. e **A.M Sandulli**, *In memoria di Carlo Esposito*, cit., p. V

[24] **V. Crisafulli**, *In memoria di Carlo Esposito*, cit., rispettivamente pp. XII e XIV, dove però sottolinea che l'equivoco di Esposito «arido formalista» è già superato per merito di C. Mortati, nel citato necrologio, p. 981 ss.

[25] **G. Zagrebelsky**, *La giurisdizione costituzionale*, in **Aa. Vv.**, *Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito.*, cit., pp. 60 e 62.

[26] **F. Modugno**, *Presentazione degli "Scritti giuridici scelti" di Carlo Esposito*, cit., p. 815.

[27] **D. Nocilla**, *Presentazione a C. Esposito, Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. VII ss., XV ss.

[28] Lo ha di recente ricordato **S. Civitarese Matteucci**, *Miseria del positivismo giuridico? Giuspositivismo e scienza del diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.* 2006, p. 703, che si richiama in tal senso a **J. Raz**, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, 1979, p. 37. Nello stesso senso, già assai prima, v. **N. Bobbio**, *Il positivismo giuridico* (1961), Giappichelli, Torino, 1996, e, più di recente **R. Guastini**, *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 1373, nonché nel sito web [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)

[29] **A. Baldassarre**, in *Miseria del positivismo giuridico*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, Giappichelli, Torino, 2005, vol. I, p. 202 lo descrive come «l'incarnazione stessa della "scienza del diritto"», come «la "scienza rivelata", che seppure con un linguaggio elementare e primitivo, si nutre di "misteri" e di "dogmi", come si conviene a un'autentica rivelazione: l'onniscienza del legislatore, la completezza dell'ordinamento giuridico, l'onnipotenza della legge, l'irresistibilità dell'atto sovrano e così via. Attributi che un tempo sarebbero apparsi proporzionati alla grandezza di quel "dio mortale" che nel XIX° secolo appariva "l'eterno fattore della storia umana"... ».

Di questa esatta descrizione dei caratteri del giuspositivismo statalista del XIX secolo, Baldassarre fa però una «falsa applicazione» - per usare l'usuale lessico processualistico - al «positivismo giuridico dei costituzionalisti italiani» dei «nostri giorni». Dico «falsa applicazione» perché mi riesce difficile identificare un solo costituzionalista italiano dei «nostri giorni», ancorché modesto, a cui si attagli questo figurino. Men che meno tale figurino potrebbe attagliarsi ad Esposito.

[30] **G. Zagrebelsky**, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 147 ss.; **A. Baldassarre**, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, nel sito web [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), §1; **C. Mezzanotte**, *Tecniche argomentative e diritti fondamentali*, in **S.P. Panunzio**, *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee*, Cedam, Padova, 2007, p. 658 ss.

[31] **N. Bobbio**, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 248 li considera tipici del positivismo etico moderato.

[32] ...salvo che per il rifiuto «viscerale» delle interpretazioni letterali!

[33] V. ad es. **U. Scarpelli**, *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965, che sottolinea l'abbandono, da parte dei giuspositivisti, della concezione del diritto quale comando (p. 109) e la dilatazione del concetto di volontà nella posizione delle norme (p. 110 s.). Scarpelli sottolinea invece come la *coerenza dell'ordinamento* non costituisca una «esclusiva del positivismo giuridico», osservando in proposito come il più volontarista dei filosofi, e cioè Guglielmo di Occam, «nel riconoscere alla volontà più alta, la volontà divina, il potere più pieno di comandare, mette alla potenza di Dio come unico limite il principio di non contraddizione, poiché Dio non può rivolgere contemporaneamente due

comandi contraddittori allo stesso uomo» (p. 118); e come la *completezza* del medesimo discenda dalle stesse categorie fondamentali del pensiero giuridico, «sulle quali può essere costruito il discorso giuridico», e cioè il dovere e la validità (p. 120). Ma sottolinea Scarpelli: «Rompe con il positivismo giuridico chi ammette che il diritto positivo possa presentare e di fatto presenti delle lacune, sì che una parte dei comportamenti rientranti nel suo campo di regolazione non vi trovino le loro qualifiche e debbano riceverle dal di fuori, dal diritto naturale, da norme e da valori sociali» (p. 122).

Di qui, allora, la conseguenza che non si dovrebbe più parlare di giuspositivismo (oppure se ne potrebbe parlare solo in senso «temperato» o «critico»: v. da ultimo, in questo senso, il mio *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in **G. Azzariti** (cur.), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 83 ss.), quando sia lo stesso ordinamento positivo a richiamarsi al diritto naturale oppure - come fa la nostra Costituzione - a valori sociali.

Contro questa possibile conclusione vi è però chi sostiene che ci si muoverebbe ancora in un'ottica giuspositivista qualora, pur aprendosi ai valori, l'interpretazione normativa continui ad essere «inscritta entro la dialettica “astratto-concreto” (= sussunzione)» (così **A. Baldassarre**, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, cit., §1). Il che costituisce un'ulteriore dimostrazione dell'ulteriore estensione concettuale della nozione di giuspositivismo.

Ciò non di meno mi trovo perfettamente d'accordo con Baldassarre, allorché nel medesimo scritto, al § 4, afferma che «(i)n una democrazia pluralista la “sovranità” si esprime, innanzi tutto, nella “costituzione”, i cui valori e principi portanti sono, perciò, la base ultima della legalità e il fondamento stesso della legittimità. E, in tanto la costituzione è sovrana e si conserva tale, in quanto l'interpretazione/applicazione della stessa sia rispettosa delle gerarchie di valore stabilite dalle norme costituzionali e, perciò sia configurata come un'operazione che presuppone come propria base la *legalità costituzionale*. Che, poi, la ricerca delle soluzioni interpretative sulla base di un metodo fondato sulla legalità debba conciliarsi il più possibile con le esigenze della *legittimità* (= accettabilità sociale) è, più semplicemente, la conseguenza del fatto che le costituzioni non sono doni divini, ma atti degli uomini destinati agli uomini, vale a dire dipende dal fatto che le costituzioni (moderne) sono il frutto della “secolarizzazione” del fondamento del potere politico e, perciò, vivono nella società, e traggono da questa la loro linfa vitale. Tuttavia, la giurisdizione costituzionale, quale peculiarissima forma di giurisdizionalizzazione dello Stato (“Stato giurisdizionale”), resta compatibile con la democrazia pluralista o, almeno, si rivela “razionale” - è ancora Schmitt a ricordarcelo - “finché *diritto e giustizia* mantengono un contenuto univoco”, vale a dire nella misura in cui legalità e legittimità non sono poste in conflitto fra loro».

E' però da sottolineare che le operazioni sopra descritte intese a conservare la sovranità della Costituzione, rispettose delle gerarchie di valore stabilite dalle norme costituzionali possono essere effettuate anche col sillogismo sussuntivo. E ciò soprattutto se si consideri - come la pratica professionale insegna - che al sillogismo sussuntivo si perviene - per quanto possa sembrare contraddittorio - partendo dalla premessa minore, ancorché muovendo dall'interpretazione di tipo tradizionale. E' infatti l'approfondita analisi delle caratteristiche fattuali del caso a condizionare la ricerca della premessa maggiore rilevante e la conseguente estrazione da essa (regola o principio costituzionale) delle significazioni normative utilizzabili nella specie. Sui punti di contatto dell'interpretazione c.d. testualistica e di quella c.d. creativa v. **C. Mezzanotte**, *Tecniche argomentative e diritti fondamentali*, cit., p. 659 s. e il successivo mio intervento nello stesso seminario.

[34] **V. Crisafulli**, *In memoria di Carlo Esposito*, cit., p. XII.

[35] **F. Modugno**, *Il pensiero filosofico-giuridico*, cit., p. 36, giustamente evidenzia siffatta peculiarità dell'impostazione espositiva, risalente ai *Lineamenti*. E' evidente l'importanza strettamente giuridica di

tale impostazione, in conseguenza della quale, se la legge non fosse integrabile nel sistema, il magistrato dovrebbe disapplicarla.

[36] Qualifica questa affermazione di Esposito «rigurgito di positivismo», senz'altro riportare gli ulteriori passaggi dell'intervento di Esposito (quelli successivi alla "chiamata" di questa nota), **P. Grossi**, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 282 nota 26. E' di tutta evidenza che il pensiero di Esposito ne viene indebitamente stravolto.

[37] **C. Esposito**, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, ora in *Scritti giuridici scelti*, cit., vol. I, p. 236 s.

[38] **F. Modugno**, *Il pensiero filosofico-giuridico*, cit., p. 10; **Id.**, *Presentazione*, cit. p. 815, sottolinea la visibilità, in Esposito, dello sfondo teoretico della separazione tra morale e diritto di ascendenza kantiana. Va peraltro aggiunto che il giuspositivismo contemporaneo si divide, sotto questo profilo, in due correnti: una che postula una separazione necessaria tra diritto e morale (c.d. *Exclusive Legal Positivism*), l'altra che ammette una separazione contingente ma non necessaria (c.d. *Inclusive Legal Positivism*). Sul punto v. le indicazioni di **S. Civitarese Matteucci**, *Miseria del positivismo giuridico? Giuspositivismo e scienza del diritto pubblico*, cit., p. 705 s. E' evidente che, posta questa distinzione, Esposito, per quanto detto, dovrebbe essere annoverato tra gli *Exclusive Legal Positivists*.

Può tuttavia essere interessante sottolineare che questa distinzione, tra gli *Exclusive Legal Positivists* e gli *Inclusive Legal Positivists*, potrebbe essere riproposta, a proposito del concetto di costituzione, per differenziare gli studiosi che postulano un concetto descrittivo di costituzione (e quindi prescindono dal fatto che essa riconosca i diritti dell'uomo e preveda la separazione dei poteri) e gli studiosi che, conformandosi al modello ideologico dell'art. 16 della *Déclaration* del 1789, postulano un concetto assiologico di costituzione, con la conseguenza che, mancando tali previsioni, ritengono che non si sarebbe in presenza di una costituzione, ancorché questa sia dotata di effettività. Sul punto, per indicazioni, v. il mio *La sfida del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 894 s.

[39] **G. Zagrebelsky**, *Il diritto mite*, cit., pp. 156 s, 163; **L. Mengoni**, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 115 s.

[40] Era infatti questo il problema posto in discussione dal relatore Giuseppe Capograssi nel Convegno dell'UGCI tenuto a Gazzada l'11 e il 12 giugno 1949, così come si intuisce dal'intervento conclusivo di **F. Santoro-Passarelli**, in **Aa.Vv.**, *Diritto naturale vigente*, Quaderno di Iustitia, n. 1, Studium, Roma, 1951, p. 223. Nel volume mancano purtroppo i testi sia della relazione introduttiva di Capograssi che del successivo Suo intervento.

Giustamente, proprio a tal proposito, **A. Buratti**, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 249, nota 38, sottolinea come le preoccupazioni espresse da Esposito in quel Convegno «reagivano al già accennato reflusso giusnaturalistico che segnò la fine del dopoguerra», così «rinnovando la responsabilità democratica di salvaguardare la conquista della modernità giuridica, ovvero la separazione tra diritto e morale».

[41] **V. Crisafulli**, *Presentazione*, cit., p. X.

[42] V. ad es., nel vol. IV degli *Scritti giuridici scelti*, cit., appunto dedicato alle «Note di giurisprudenza», le osservazioni di Esposito riportate a pp. 5 ss., 97 ss., 155 ss., 167 s, 273, 364 s.

[43] **C. Esposito**, *Invalidità della legge e disposizioni di legge. Invalidità della promulgazione e correzione della promulgazione*, in *Giur. cost.*, 1957, p. 658 ss., nonché negli *Scritti giuridici scelti*, cit., vol. IV, p. 8.

[44] **C. Mortati**, *Carlo Esposito*, cit., p. 984 s.

[45] Cass., ord. 18 giugno 1946, in *Giur. it.*, 1946, I, 1, c. 385 ss. con nota di **C. Esposito**, *La maggioranza nel referendum*, pubblicata anche in *Scritti giuridici scelti*, cit., vol. III, p. 3 ss.

[46] Il punto è ripreso da **C. Esposito** nel *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in **Id.**, *La Costituzione italiana. Saggi*, cit., p. 6, allorché incidentalmente afferma: «...quali che siano stati gli errori in cui si è incorsi nella proclamazione dell'esito del referendum del 2 giugno, sta in fatto che in Italia si addivenne al referendum perché si volle che la questione istituzionale fosse sottratta alla decisione dell'assemblea costituente».

[47] **C. Mortati**, *Carlo Esposito*, cit., p. 983.

[48] **C. Esposito**, *Lo Stato e la Nazione italiana*, ora in *Scritti giuridici scelti*, cit., vol. II, p. 279 ss.

[49] **C. Esposito**, *Lo Stato e la Nazione italiana*, cit., p. 207 s.

[50] **C. Esposito**, *Lo Stato e la Nazione italiana*, cit., p. 280.

[51] **C. Esposito**, *Il controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi in Italia*, in **Id.**, *La Costituzione italiana. Saggi*, cit., p. 264 ss.

[52] **G. Zagrebelsky**, *La giurisdizione costituzionale*, cit., p. 60. Analogamente v. **G.U. Rescigno**, *Capo dello Stato e forma di governo*, in **Aa. Vv.**, *Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito*, cit., p. 135 s.

[53] **G. Zagrebelsky**, *La giurisdizione costituzionale*, cit., p. 60.

[54] **G. Zagrebelsky**, *La giurisdizione costituzionale*, cit., p. 62.

[55] **G. Zagrebelsky**, *La giurisdizione costituzionale*, cit., p. 61.

[56] **C. Esposito**, *La Corte costituzionale in Parlamento*, in *Giur. cost.*, 1959, p. 622 ss.

[57] **C. Esposito**, *La Corte costituzionale*, cit., p. 625 s.

[58] **A. Baldassarre**, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 654 ss.; **Id.**, *Il problema del metodo nel diritto costituzionale*, in **Aa.Vv.**, *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1997, 90 ss.; **Id.**, *Replica*, ivi, p. 138 s.

[59] **G. Zagrebelsky**, *Il diritto mite*, cit., pp. 148 e 156.

[60] **G.U. Rescigno**, *Capo dello Stato e forma di governo*, cit., p. 135.

[61] Così Egli motivava il Suo rifiuto delle c.d. concezioni mistiche del Capo dello Stato che potevano essere utilizzate per accrescere il numero e la portata delle funzioni del Presidente della Repubblica (v. **C. Esposito**, voce *Capo dello Stato*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960, p. 233 s.).

[62] Così **V. Crisafulli**, *In memoria di Carlo Esposito*, cit., p. XIII.

[63] *La Costituzione italiana. Saggi*, cit.

[64] **E. Betti**, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1948.

[65] **E. Betti**, *Teoria generale della interpretazione*, edizione corretta e ampliata da G. Crifò, vol. II, Giuffrè, Milano, 1990, cita adesivamente *La validità delle leggi* e taluni dei saggi de *La Costituzione italiana* a pp. 811, 832, 847, 848 e 852.

[66] **D. Nocilla**, *Presentazione* a **C. Esposito**, *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, cit., p. VIII.

[67] *Lineamenti di una dottrina del diritto*, cit., p. 230 ss.

[68] **D. Nocilla**, *Presentazione*, cit., p. XXVI.

[69] *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia* »(1950), in **Id.**, *La Costituzione italiana. Saggi*, cit., p. 276.

[70] *In tema di giudizio di costituzionalità delle norme o delle disposizioni?*, in *Giur. cost.*, 1957, p. 72 ss., nonché in *Scritti giuridici scelti*, cit., vol. IV, p. 279.

[71] Corte cost., sent. n. 49 del 1962, in *Giur. cost.*, 1962, p. 603 ss. con osservazione di **C. Esposito**, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, ripubblicata in **Id.**, *Diritto costituzionale vivente*, cit., p. 343 ss.

[72] Oggigiorno la Corte costituzionale sarebbe certamente ricorsa ad una decisione di inammissibilità.

[73] **D. Nocilla**, *Presentazione*, cit., p. XXV.

[74] **D. Nocilla**, *Presentazione*, cit., p. XXX.

[75] In questo senso v. un forte e coerente critico del giuspositivismo come **N. Lipari**, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Studium, Roma, 2004, passim, ma spec. pp. 39, 60, 70.

[76] **D. Nocilla**, *Presentazione*, cit., p. XXIV.

[77] **F. Modugno**, *Presentazione*, cit., p. 817.

[78] Cfr. *La validità delle leggi* (1934), rist., Giuffrè, Milano, 1964, p. 206 ss. ed ivi la sottolineatura che «le disposizioni costituzionali, a differenza di ogni altra disposizione giuridica, non sono legate solo a condizioni giuridiche di validità, ma anche a condizioni di fatto di efficacia, e non vigono solo che siano imposte giuridicamente nelle forme di legge, ma se siano anche in grado di farsi valere concretamente come regola sugli organi supremi dello Stato; se determinino la forma effettiva di governo dello Stato stabilendone il regime; precisino il fine, la estensione e i limiti reali del potere statale e in genere quegli elementi che valgono a caratterizzare e a distinguere le varie forme di Stato».

[79] Cfr. altresì *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, cit., p. 264 s.: «La predisposizione di un controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi dà luogo ad un meccanismo attraverso cui il diritto preconstituito cerca di dare una maggiore, una più sicura “effettività” alle regole sulla produzione del diritto; ma non può escludere che anche regole contrastanti (nella sostanza o nella forma) con le disposizioni dell’ordinamento preconstituito entrino a far parte dell’ordinamento stesso e non può dare luogo ad un radicale mutamento di natura dell’attività creatrice del diritto. In verità, come sfugge al diritto positivo di definire che “cosa sia” il diritto, così anche di fissare in maniera incontrovertibile “quando” questo diritto ci sia, in che modo possa nascere e che cosa esso possa stabilire».

[80] Cfr. infine (ma gli esempi potrebbero continuare) *La consuetudine costituzionale*, in *Studi in onore di E. Betti*, Giuffrè, Milano, 1961: «Le disposizioni sulle fonti (ciascuna singolarmente presa) per il loro contenuto, e per i loro caratteri concettuali, in ogni tempo, quando siano radicalmente trasgredite sia pure nel singolo caso, non risultano solo inefficaci in fatto, ma invalide, poiché le trasgressioni seguite dall'evento cui tendeva la intenzione del trasgressore (che era di creare "diritto" senza rispetto delle regole sulla produzione del diritto) non si concretano in un torto o in un illecito, ma in creazione del diritto» (ivi, p. 617). «(C)ome si è già spiegato altrove (v. il brano sopra riportato de *La validità delle leggi* cit.) la forza degli atti e dei comportamenti normativi non è derivata o estrinseca, ma interiore, e le disposizioni sulle fonti non danno forza agli atti o ai comportamenti normativi, ma solo ne disciplinano la forza, la regolano ed eventualmente la eliminano» (ivi, p. 622). La ragione «per cui atti e comportamenti umani raggiungono forza normativa» consiste nell'«attitudine degli uomini a creare come le opere di arte e di scienza che trascendono l'atto o l'attimo di loro creazione, così anche le norme di diritto che vigono oltre l'atto di loro imposizione» (ivi, p. p. 622, nota 64). Conseguentemente, «la tesi che la forza degli atti di creazione del diritto obiettivo si commisura alla loro origine non dovrebbe portare alla conseguenza che la forza degli atti normativi sia varia, ma unica ed identica. E in realtà gli atti e i comportamenti tendenti alla creazione del diritto quando raggiungono l'effetto normativo sono in ciò tutti pari e parimenti vincolanti» (ivi, p. 622).

[81] **C. Esposito**, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, cit., p. 238, ed ivi il richiamo adesivo alla *Filosofia della pratica* di Benedetto Croce.

[82] Scriveva **S. Satta**, rileggendo i *Lineamenti di una dottrina del diritto*, nei *Quaderni del diritto e del processo civile*, vol. IV, Cedam, Padova, 1970, p. 129: «Cosa mirabile è che quarant'anni fa un giovane sia giunto a questa verità (e cioè che il diritto sia un valore: n.d.r.) con le sue sole forze; e sulla base di pure deduzioni logiche sia pervenuto alla conoscenza metalogica del diritto...».

[83] V. *infra* l'indicazione delle altre ipotesi nelle quali, per Esposito, sarebbe rilevante la consuetudine. Dichiaratamente, anche la funzione integrativa delle lacune del diritto costituzionale vigente si riconetterebbe «al generale significato delle consuetudini come confermatrice della normatività delle regole di diritto scritto sulla produzione del diritto». V. sul punto **C. Esposito**, *La consuetudine costituzionale*, cit., p. 625.

[84] Applicando tale tesi, ho infatti cercato di dimostrare che lo Statuto albertino, originariamente rigido, divenne flessibile proprio perché si creò una consuetudine che riteneva applicabile allo Statuto le norme sull'abrogazione delle leggi ordinarie. In questo senso v. i vari saggi contenuti in *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Cedam, Padova, 2002, e soprattutto, il saggio *Costituzioni rigide e costituzioni flessibili*, ivi, p. 285 s.

[85] **F. Modugno**, *Presentazione*, cit., p. 824 s.

[86] **C. Esposito**, voce *Controfirma ministeriale*, in *Enc. dir.*, vol. X, Giuffrè, Milano, 1962, p. 297, nonché in **Id.**, *Diritto costituzionale vivente*, cit., p. 106.

[87] V. in tal senso i rilievi di Antonio Baldassarre riportati *supra* alla nota 33.

[88] **L. Paladin**, *Le fonti del diritto*, cit., p. 52.

[89] V. *supra* la nota 83.

[90] Ciò è bene evidenziato già dallo stesso sommario che precede *La consuetudine costituzionale*.

[91] V. il mio *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, cit., p. 86 ss., per la dimostrazione che nella nostra Costituzione sono prevalenti le regole e non i principi.

[92] Per tutti, in tal senso, v. **V. Crisafulli**, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, Cedam, Padova, 1970, 35 s. La presunzione di generale effettività della costituzione deriva, in prima battuta, dalla legittimazione popolare di cui essa ha goduto nell'immediatezza della sua emanazione e, successivamente, dalla stessa effettività dell'ordinamento generale cui essa accede (sul punto v. il mio *L'instaurazione di una nuova costituzione*, in *Potere costituente*, cit., p. 162).

[93] ...nonché le altre due ipotesi sottolineate da Esposito: l'individuazione dell'ordine costituzionale prevalente a seguito di una crisi dell'ordinamento e la stabilizzazione dei principi dell'ordinamento. Perché tutti tali fatti siano giuridicamente rilevanti devono essere efficaci in fatto..

[94] **N. Bobbio**, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 233 ss.

[95] Così **R. Guastini**, *Sostiene Baldassarre*, cit., p. 1373.

[96] Per tutti, v. **H. Kelsen**, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La garantie jurisdictionelle de la Constitution, 1928)* e *Il custode della costituzione (Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, 1931)*, entrambi in **Id.**, *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Guffrè, Milano, 1981, rispettivamente pp. 189 e 254.

In questo senso vanno altresì interpretate le preoccupazioni espresse da Piero Calamandrei in seno all'Assemblea costituente, nella discussione sul progetto di Costituzione, perché «nel testo della Costituzione, come suprema legge della Repubblica, debbano trovare posto non definizioni e proclamazioni di idealità etico-sociali, ma soltanto norme giuridiche aventi efficacia pratica». Sul punto, per una dettagliata ricostruzione v. il mio *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei*, in **P. Barile** (cur.), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 328 ss., nonché in *Pol. dir.*, 1988, p. 699 ss.

[97] **C. Esposito**, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in **Id.**, *La Costituzione italiana*, cit., p. 39 ss.; **Id.**, *Osservazione alla sent. n. 28 del 1957*, in *Giur. cost.*, 1957, p. 398; **Id.**, *L'art. 3 della Costituzione e il controllo della ingiustizia delle leggi*, ivi, 1958, p. 604. **Id.**, *Gli articoli 3, 41 e 43 della Costituzione e le misure amministrative in materia economica*, ivi, 1962, p. 48 ss.; **Id.**, *La Corte costituzionale come giudice della «non arbitrarietà» delle leggi*, ivi, 1962, p. 78 ss.; **Id.**, *Osservazione alla sentenza n. 48 del 1962*, ivi, 1962, p. 599.

[98] **C. Esposito**, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., p. 44 s.; **Id.**, *Libertà di esercizio del potere spirituale*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 1172 ss.

[99] **C. Esposito**, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 33 ss.

[100] V. *supra* il § n. 4, all'inizio.

[101] V. talune, non complete indicazioni *supra* alla nota 97.

[102] **C. Esposito**, *Il controllo giurisdizionale di costituzionalità*, cit., p. 281.

[103] **V. Crisafulli**, *In memoria di Carlo Esposito*, cit., p. XVI.

[104] Nell'intervento al Convegno di studio dell'UGCI del 1957 sul tema «*Persona, società intermedie*

*e Stato», in Scritti giuridici scelti, cit., vol. III, p. 163, Esposito disse infatti di Mortati: «Da anni Mortati ed io siamo legati da un'amicizia direi fraterna, abbiamo spesso lottato insieme e lui, a volte, si è generosamente sacrificato per me... Tuttavia le soluzioni che noi diamo ai problemi del diritto costituzionale non sempre coincidono; anzi direi che in genere non coincidono...».*

[105] **C. Mortati**, *Carlo Esposito*, cit., p. 981.