

Massimiliano Gregorio

La costituzione in senso materiale di Costantino Mortati

(doi: 10.1416/106671)

Filosofia politica (ISSN 0394-7297)

Fascicolo 1, aprile 2023

Ente di afferenza:

Università di Firenze (unifi)

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

Massimiliano Gregorio

LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE DI COSTANTINO MORTATI

Costantino Mortati and the Theory of Material Constitution

Costantino Mortati's theory of material constitution is undoubtedly a fundamental work for Italian public law doctrine. The essay aims to reconstruct its genesis, through the analysis of the doctrinal context in which it was written, to show how Mortati's work represented a real turning point in the history of theories of the constitution of the European twentieth century.

Keywords: Mortati, material Constitution, public Law, Italy

1. Introduzione

Sono passati esattamente 25 anni dalla ripubblicazione, nella collana «Per la storia del pensiero giuridico moderno», del volume *La costituzione in senso materiale* di Costantino Mortati. Gustavo Zagrebelsky, chiamato ad introdurre il volume, nella sua *Premessa* scelse di prendere le mosse dalla constatazione della crisi del concetto o, per meglio dire, dalla denuncia del suo abbandono da parte di una scienza del diritto costituzionale sempre più desiderosa, allora, di volgere lo sguardo altrove. Non saprei dire se in questo lasso di tempo, la nozione mortatiana di costituzione in senso materiale abbia recuperato o meno parte del suo credito, ma certo non ha perduto – e questo numero monografico lo sta a dimostrare – la sua capacità «di disturbare la quiete», di interrogare la «radici» e i «fondamenti» della scienza costituzionalistica¹. Perché aveva colto nel segno Zagrebelsky quando, nell'indicare il valore del legato di Mortati,

Massimiliano Gregorio, Università di Firenze, Dipartimento di Scienze Giuridiche, via delle Pandette 35, 50127 Firenze – massimiliano.gregorio@unifi.it, <https://orcid.org/0000-0001-9129-7927>

¹ G. Zagrebelsky, *Premessa*, in C. Mortati, *La costituzione in senso materiale* (1940), Milano, Giuffrè, 1998, p. IX.

invitava a ricercarlo non tanto nella attualità delle risposte, quanto piuttosto nel percorso che il grande Maestro calabrese aveva compiuto per giungere ad offrirle. E proprio da qui vorrei ripartire nello svolgere la presente riflessione. Perché se è vero che il concetto mortatiano di costituzione in senso materiale è stato spesso oggetto di fraintendimenti, quando non addirittura di letture travisanti, ciò può essere attribuito, paradossalmente, proprio alla sua assoluta centralità, che spinge talvolta ad interpretarlo, isolato dal contesto storico, come una creazione estemporanea, da ascrivere unicamente alla geniale intuizione del suo autore. Ma in realtà il saggio mortatiano del 1940 si lascia apprezzare soprattutto per la sua capacità di sintesi sistemica, per il fatto di aver saputo – cioè – portare a coronamento intuizioni pregresse e domande risalenti, in una prospettiva di teoria generale che, nel pensiero di Mortati, lungi dal rifugiarsi nell’empireo dei concetti astratti, è al contrario profondamente ancorata al divenire storico. Nelle pagine seguenti, si cercherà dunque di ricostruire il percorso che innervò la teoria della costituzione in senso materiale di Mortati, che fu certo un fiume poderoso, ma alimentato, come vedremo, da una notevole quantità di affluenti.

2. La ricerca di un «ordine materiale» tra Otto e Novecento

La paternità dell’espressione «Verfassung im materiellen Sinne» è risalente e, per certi versi, nient’affatto mortatiana; va attribuita infatti ad uno dei campioni del positivismo giuridico tedesco, Georg Jellinek², che inaugurò – per dirla con Riccobono – una nozione «formale di “costituzione in senso materiale”»³. Per quanto ossimorica, l’espressione risulta efficace. Per costituzione in senso materiale, il celebre docente di Heidelberg intendeva infatti quelle fondamentali norme costituzionali che «costituiscono l’ossatura e l’organizzazione fondamentale dello Stato»⁴, ma che possono anche non essere esplicitate in uno specifico documento costituzionale, il quale incarnava – va da sé – la costituzione in senso formale. A prima vista, sembrerebbe dunque che – al di là della coincidenza lessicale – la *Verfassung im materiellen Sinne* di Jellinek nulla abbia a che spartire con la successiva elaborazione culminata poi nelle tesi mortatiane. Jellinek si muove certamente in un’ottica marcatamente statocentrica, per cui la *Verfassung* (in senso materiale o meno) è sempre da considerarsi *Staatsverfassung* e dunque è la «costituzione a dover presupporre lo Stato e non

² Cfr. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (1900), Erster Band, Berlin, Verlag von Julius Springer, 3. Aufl., 1920. E, ancora prima, cfr. Id., *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Freiburg, Mohr, 1887. Sul punto si veda l’interessante saggio di F. Riccobono, *Appunti per una storia di «costituzione in senso materiale»*, in *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un’idea*, a cura di A. Catelani e S. Labriola, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 159 ss.

³ F. Riccobono, *Appunti per una storia*, cit., p. 161.

⁴ *Ibidem*.

viceversa»⁵. Sotto questo profilo Jellinek porta a compimento quella riflessione *rechtsstaatlich* che, in area tedesca, aveva proceduto sul sentiero aperto da Gerber e poi consolidato da Laband; ma in quella tradizione, egli innesta anche significativi elementi di novità. Adirittura, secondo l'interpretazione di Olivier Jouanjan, la riflessione di Jellinek avrebbe permesso di superare un'aporia strutturale che affliggeva quella tradizione e che le impediva persino di rendere pensabile lo stesso diritto pubblico⁶. Quanto è certo è che il positivismo giuridico di Jellinek non lo inchioda ad una visione monocorde della statualità la cui essenza, secondo la celeberrima definizione di Treitschke, era definibile dalla formula «Macht, Macht und wieder Macht»⁷. La chiave di volta è ovviamente rappresentata dai diritti, che l'autore risolve con la celeberrima tesi dalla *Selbstverpflichtung* statuale la quale, tuttavia, se ben spiegava la *ratio* in base alla quale lo Stato riconosceva diritti, nulla diceva invece sul perché lo Stato dovesse scegliere di autolimitarsi. Per dare garanzie di stabilità al godimento delle libertà occorre allora un ancoraggio esterno allo Stato e, non potendo per ovvie ragioni ricorrere alla narrazione giusnaturalistica, l'unica altra alternativa praticabile rimaneva quella della legittimazione storica. Lo dimostra lo stesso punto di vista che Jellinek adotta in quegli anni per riflettere sul tema dei diritti: perché è sulle grandi dichiarazioni storiche – la francese, la statunitense, quelle inglesi⁸ – che egli sceglie di indagare. Se è «dunque lo stesso positivismo giuridico di stampo statualistico, proprio al culmine della sua parabola, ad aver bisogno di un fondamento storicistico», da ciò ne consegue però la necessità di

⁵ M. Fioravanti, *Le dottrine della costituzione in senso materiale*, in «Historia constitucional», 2011, n. 12, p. 22.

⁶ Secondo Jouanjan, a causa della statolatria liberale «le “face-à-face” entre l'État et l'individu ne serait juridiquement ni pensable ni possible. Dans le droit public il n'y aurait qu'une seule personne, isolée, celle de l'État, en face de quoi il n'y aurait que des objets, les Untertanen. Or, un objet juridique n'a aucune prétention à faire valoir face à un Sujet de droit, l'État, et l'idée même d'un rapport de droit public n'est pas imaginable. Mais si le “rapport de droit” est une catégorie fondamentale du droit, alors c'est le droit public lui-même qui n'est ni imaginable ni possible». Cfr. O. Jouanjan, *Les droits publics subjectifs et la dialectique de la reconnaissance. Georg Jellinek et la construction juridique de l'État moderne*, in «Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande», 2014, n. 1, p. 56.

⁷ H. von Treitschke, *Bundesstaat und Einheitsstaat* (1864), ora in Id., *Historische und politische Aufsätze, vornehmlich zur neusten deutschen Geschichte*, Leipzig, Hirzel, 1886, vol. III, p. 71.

⁸ Il riferimento è ovviamente a G. Jellinek, *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1895), a cura di D. Nocilla, Milano, Giuffrè, 2002. Quando il saggio venne tradotto in francese, suscitò – come noto – una reazione assai critica ad opera di Émile Boutmy (cfr. E. Boutmy, *La Déclaration des droits de l'homme e du citoyen et M. Jellinek*, in «Annales des Sciences politiques», 1902, n. XVII), alla quale Jellinek rispose con G. Jellinek, *La Déclaration des droits de l'homme e du citoyen (Response de M. Jellinek à M. Boutmy)*, in «Revue de Droit public et de la Science politique en France et à l'étranger», 1902. Sulla polemica tra Jellinek e Boutmy si vedano, a mero titolo di esempio: D. Kelly, *Revisiting the Rights of Man. Georg Jellinek on Rights and the State*, in «Law and History Review», 2004, n. 3, pp. 493 e ss. e S. Lagi, *La “rivoluzione moderata”. L'America nel pensiero giuspolitico di Georg Jellinek*, in «Il pensiero politico», 2005, n. 2, pp. 189 ss.

riconoscere che quest'ultimo portava con sé la «presupposizione di un ordine giuridico in qualche modo più ampio, ed anche più risalente, rispetto all'ordine determinato dalle leggi dello Stato»⁹.

Per ricostruire il terreno sul quale Mortati innestò la sua dottrina della costituzione in senso materiale, infatti, non si può prescindere dalla questione della ricerca di un *ordine materiale*, dall'indagine cioè di quei filoni di pensiero che hanno storicamente messo al centro il tema della legittimazione dell'ordine positivo, ricercandone le radici nell'esistenza presupposta di un ordine più profondo e, per certi versi, più autentico rispetto a quello formalmente vigente. Neppure il positivismo giuridico poté, come visto, ignorare questa esigenza, che si era dimostrata centrale per la tradizione britannica, per la scuola storica tedesca, e anche per la scuola giuridica nazionale fondata da V.E. Orlando. Su un punto, tuttavia, occorre fare chiarezza: ricercare un ordine al di fuori del recinto della statualità obbligava a volgere lo sguardo verso la dimensione sociale. Era quest'ultima, depurata da ogni velleità contrattualistica, ad essere ammantata di storicità. Il *Volk* di Savigny, il Popolo di Orlando, la Nazione di Carré de Malberg o della tradizione risorgimentale italiana condividevano questa caratteristica: erano tutte entità non volontaristiche, a loro modo oggettivizzate; erano contenitori che accoglievano e custodivano i lasciti delle rispettive tradizioni. Ma per poterli pensare a questo modo, occorreva muovere da un assioma necessario e imprescindibile: tutte queste entità collettive andavano presupposte come monoliticamente unitarie, omogenee e dunque pacificate. Nel contesto ottocentesco, pertanto, la ricerca di un ordine materiale non poteva rappresentare una questione problematica, rispondendo invero ad un'esigenza differente, di natura schiettamente speculativa: quella di rafforzare le fondamenta di un ordinamento positivo che, lungi dal dover essere messo in discussione, andava al contrario legittimato e protetto.

È col Novecento che la questione si complica, almeno a partire dal momento in cui – anche nelle algeide terre della riflessione giuspubblicistica – irrompe, con tutta la sua prepotente fattualità, il pluralismo sociale. La pietra miliare che possiamo prendere come riferimento è ovviamente la prolusione pisana di Santi Romano del 1909 su *Lo Stato moderno e la sua crisi*¹⁰. Con essa Romano introduce almeno due fondamentali elementi di novità, utili alla ricostruzione del nostro tema. Il primo, più ovvio, è il riconoscimento della società novecentesca per quello che effettivamente era: ossia un coacervo di interessi differenti, costantemente moltiplicantisi, in contrasto gli uni con gli altri. Il secondo, sviluppato poi più distesamente in *L'ordinamento giuridico*¹¹, si riferiva invece al problema della nascita del diritto. Perché anche Romano, in linea con il pensiero del suo Maestro V.E. Orlando, ritiene che il diritto nasca dalla società; ma mentre Orlando si appellava al necessario intervento della scienza giuridica che, giocando un ruolo schiettamente savigniano, fungeva

⁹ M. Fioravanti, *Le dottrine della costituzione in senso materiale*, cit., p. 22

¹⁰ S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909), Milano, Giuffrè, 1969.

¹¹ S. Romano, *L'ordinamento giuridico* (1918), Firenze, Sansoni, 1946.

da levatrice del diritto, per Romano la società creava il diritto in proprio, auto-organizzandosi. Poco importa, in questa sede, che l'istituzionalismo romano non abbia alcuna pretesa di rimettere in discussione l'autorità dello Stato, muovendosi invece in perfetta continuità con lo statualismo *rechtsstaatlich*. Del resto, il pluralismo che Romano vede con le sue lenti è solo quello economico, mai quello politico¹²; e dunque è normale non rinvenire nel suo ragionamento significative novità sotto il profilo del fondamento di legittimità dello Stato.

Ciò nonostante un enorme masso era ormai stato lanciato nelle quiete acque della *Rechtsstaatslehre* ottocentesca e queste, ormai increspate per sempre, non potevano più consentire interpretazioni tranquillizzanti e pacificate della realtà sociale sottostante. E a sancire la totale impossibilità di un ritorno al passato, giunse infine la Grande guerra. Le masse popolari, protagoniste assolute dello sforzo bellico, al termine di quell'inutile carneficina presentarono il conto ai propri governanti, rivendicando in tempo di pace il medesimo ruolo da protagoniste che avevano giocato, pagandolo a caro prezzo col sangue, in tempo di guerra. Nei paesi usciti sconfitti dal conflitto si ebbero ovviamente i risultati più clamorosi, con le prime costituzioni democratiche del Novecento (Weimar 1919 e Vienna 1920 su tutte), ma le richieste di democratizzazione degli ordinamenti dilagarono ovunque. Fu in questo quadro di grandi stravolgimenti e di rimessa in discussione di molti fondamentali della scienza del diritto pubblico¹³, che la questione della ricerca di un ordine materiale sottostante a quello positivo divenne decisamente problematica.

Lo dimostra appieno la riflessione di Kelsen. Se in essa ritroviamo ancora, infatti, un «significato formale di “costituzione in senso materiale”»¹⁴, perfettamente in linea con la tradizione di pensiero Gerber-Laband-Jellinek, accanto ad esso emergono tuttavia gigantesche deviazioni da quella linea teorica. L'arretramento che lo Stato subisce nel positivismo kelseniano, finendo per coincidere con l'ordinamento giuridico, e la raffinata rarefazione logica della *Stufenbautheorie* si saldano in un punto di contatto rappresentato dall'accoglimento – privo di ogni filtro o infingimento – di un concetto di realtà sociale vista come luogo abitato da gruppi di interesse in perenne conflitto tra di loro. Dietro l'apparente cedimento logico che si cela nella *Grundnorm*, infatti, sta nient'altro che la pacifica accettazione dell'idea che il fondamento primo dell'ordine giuridico sia il conflitto sociale o, per meglio dire, una qualunque situazione di supremazia storicamente fondata, nella quale determinati interessi di parte «in un qualche modo, guadagnano a sé il potere statale, la volontà dello Stato»¹⁵. Di questo al giurista, e soprattutto al diritto, non restava che prendere atto.

¹² Cfr. sul punto M. Fioravanti, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano* in Id., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, tomo I, pp. 405 ss.

¹³ Sul punto sia consentito rimandare a M. Gregorio, 1919, *l'anno in cui tutto cambiò. Il primo dopoguerra nelle interpretazioni della giuspubblicistica italiana*, in «Forum di Quaderni costituzionali», 2021, n. 3, pp. 356 ss.

¹⁴ F. Riccobono, *Appunti per una storia*, cit., p. 162.

¹⁵ H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911), Aalen, Scientia, 1960, p. 479.

Con Kelsen il problema della legittimazione dell'ordine positivo non si pone, perché non si può porre. Nella *Reine Rechtslehre* egli lo dice chiaramente: «la dottrina pura del diritto si rifiuta di legittimare lo stato per mezzo del diritto [...] perché nega che la scienza giuridica sia in grado di dare una giustificazione dello stato a mezzo del diritto, oppure, ciò che è lo stesso, del diritto a mezzo dello stato. Ed essa afferma particolarmente che non può essere compito della scienza del diritto quello di dare una qualsiasi giustificazione. Giustificazione significa giudizio di valore e i giudizi di valore, per il loro carattere soggettivo, spettano all'etica e alla politica, non già alla conoscenza oggettiva»¹⁶.

Va da sé che questa soluzione non poteva bastare alla *Kampfgemeinschaft*¹⁷ anti-formalista che si sviluppò nella Germania weimariana e che si propose – come primario obiettivo dottrinale – quello della ricerca e della salvaguardia di un principio di unità politica. È nelle pagine di questi autori che la ricerca di un ordine materiale sottostante quello positivo riprende con vigore ma, al tempo stesso, con grande problematicità, alla luce del nuovo pluralismo sociale e della esasperata frammentazione politica. Gli scritti giovanili di Schmitt, ad esempio, a partire da *Gesetz und Urteil*, passando per *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, per finire con *Die Diktatur*, si fondano esattamente sull'antitesi tra l'autentico ordine giuridico, radicato nel profondo della società tedesca, e l'ordine positivo, sempre più frammentato e casuale, prodotto da un Parlamento fagocitato da una miriade di interessi confliggenti, che finivano per combinarsi secondo accordi al ribasso, imprevedibili e contingenti. Se le premesse erano savignyane, con Schmitt, per la prima volta, la tesi dell'esistenza di un ordine costituzionale vero ed autentico viene utilizzata non più per fondare l'ordinamento positivo, ma per delegittimarlo o addirittura – è questa la tesi sostenuta in *Die Diktatur* – per giustificarne la sospensione (nel caso della dittatura commissaria) o l'abbattimento (nel caso della dittatura sovrana).

La ricerca di un ordine materiale, agli inizi del Novecento, sembra dunque arrivare ad un punto morto, sospeso tra due soluzioni estreme, ossia tra la negazione kelseniana che si rifugiava in un'idea di costituzione meramente procedurale e rinunciava così «alla dimensione stessa del fondamento» e l'affermazione schmittiana, nella quale tuttavia «la medesima ricerca del fondamento rischiava ad ogni momento di essere giocata contro la democrazia parlamentare e rappresentativa»¹⁸, contro cioè l'ordine costituito.

¹⁶ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Torino, Einaudi, 2000, p. 148.

¹⁷ La celebre definizione è di Rudolf Smend. Cfr. R. Smend, *Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und der Richtungstreit*, in *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, hrsg. von H. Ehmke – J.H. Kaiser – W.A. Kewenig – K.M. Meessen – W. Rüfner, Berlin, Duncker & Humblot, 1973, p. 579.

¹⁸ M. Fioravanti, *Le dottrine della costituzione in senso materiale*, cit., pp. 27-28.

3. La riflessione italiana degli anni Trenta: la costituzione in senso materiale come frutto di un'elaborazione collettiva? La questione dell'indirizzo politico

Per uscire dall'impasse occorre «un'opera di mediazione» e la tesi sostenuta da Maurizio Fioravanti, ossia che «il più efficace tentativo di mediazione, e di sintesi, fu quello di Costantino Mortati»¹⁹ è, a mio parere, assolutamente condivisibile. Si tratta semmai di interrogarsi, come accennato nel paragrafo introduttivo, sul perché quella proposta di mediazione si rivelò così efficace e, soprattutto, perché fiorì proprio in Italia e quale humus culturale ne agevolò la nascita.

Io credo che, innanzi tutto, in Italia vi fossero condizioni politiche favorevoli allo sviluppo della riflessione. Se messa a confronto con la fragilissima Repubblica di Weimar, minata dalla pervicace polemica antiparlamentare della dottrina e, soprattutto, dall'esplosiva frammentazione politica che la condannava ad una perenne instabilità, l'affermazione del regime fascista in Italia rappresentava – al contrario – una soluzione di stabilità²⁰ (schiettamente novecentesca) a quel problema (non meno novecentesco) che andava ammorbando le democrazie parlamentari: la difficoltà cioè di coniugare pluralismo e principio di unità. Naturalmente si trattava di una soluzione perversa, fondata sulla sostanziale negazione del pluralismo²¹, ma giustificata teoricamente sulla base di un misurato equilibrio di tradizione e rivoluzione: da un lato, la riproposizione della supremazia dell'interesse nazionale (del quale il fascismo si arrogò il diritto di accreditarsi come unico interprete) e la riaffermazione dell'autorità dello Stato; dall'altro il rafforzamento dell'esecutivo e la fondazione di un nuovo ordine sociale organizzato da un partito di massa.

In quel perfetto laboratorio novecentesco che fu l'Italia fascista, si confrontarono inoltre una molteplicità di correnti di pensiero, che conferirono al dibattito italiano degli anni Venti e Trenta una straordinaria ricchezza. Il *Methodenstreit* che vide confrontarsi gli epigoni della scuola orlandiana con i giuristi di regime offrì ad una nuova generazione di costituzionalisti²² (Mortati, Crisafulli, Esposito, Lavagna, Pierandrei, Chiarelli, Zangara, Gueli, M.S. Gianini, solo per citarne alcuni) gli strumenti indispensabili per aprire una terza

¹⁹ Ivi, p. 28.

²⁰ Peraltro il fascismo pose violentemente fine ad un triennio (1919-1922) di profonda instabilità politica e sociale, di sostanziale paralisi delle istituzioni parlamentari, che molto ricordava la Germania di Weimar.

²¹ Certamente di quello politico, mentre sopravviveva – almeno apparentemente – la possibilità di pensare il pluralismo degli interessi economici, la cui composizione il fascismo affidò come noto all'ordinamento corporativo. Della vasta letteratura in merito, vale la pena richiamare quanto meno I. Stolzi, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007.

²² Si veda, tra gli altri, F. Lanchester, *Pensare lo Stato. I giuspubblicistici nell'Italia unitaria*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

via: dalla scuola giuridica nazionale i giovani giuspubblicisti cresciuti negli anni Trenta recuperarono il valore della dogmatica giuridica; dai giuristi *engagé* i temi di ricerca, tipici del secolo XX²³. È grazie a questi nuovi protagonisti che il dibattito sui fondamenti dell'ordinamento poté riprendere, incanalandosi su rinnovati e promettenti sentieri.

Uno dei filoni di riflessione più significativi fu certamente quello che si concentrò sul tema dell'indirizzo politico. Anche grazie alle riflessioni prodotte dalla dottrina weimariana, il preteso agnosticismo del *Rechtsstaat* liberale poteva dirsi ormai alle spalle e dunque, una volta acclarata la politicità dell'agire dello Stato, il modo più efficace di legittimarlo passava inevitabilmente dalla genesi del suo indirizzo politico: occorreva comprendere come questo si formasse e, soprattutto, in che modo si trasmettesse dalla sfera sociale alle istituzioni. La rilevanza del tema è tale da aver spinto Mario Dogliani ad affermare che nel pensiero di Mortati «il concetto veramente centrale non è – come forse comunemente si pensa – quello di costituzione in senso materiale, ma è (o meglio, è restato, essendo la sua prima formulazione anteriore di circa dieci anni a quella del concetto di costituzione in senso materiale) quello di indirizzo politico»²⁴. L'affermazione è, con alcune precisazioni sulle quali tornerò più avanti, sostanzialmente condivisibile. Il tema dell'indirizzo politico, infatti, non solo è stato il primo interesse scientifico di Mortati, affrontato nel saggio del 1931 su *L'ordinamento del governo*²⁵, sulla scorta delle pregresse riflessioni del suo maestro Sergio Panunzio²⁶; ma è stato soprattutto un fondamentale banco di prova sul quale si misurarono i più autorevoli esponenti della dottrina costituzionalistica cresciuta negli anni Trenta (Crisafulli e Lavagna su tutti²⁷). Non è ovviamente questa la sede idonea ad approfondire le diverse ricostruzioni dei vari autori, come ad esempio la distinzione tra indirizzo politico come quarta e preminente funzione dello Stato (funzione corporativa per Panunzio; funzione di governo per Mortati) o come mera attività (di Stato per Crisafulli; di governo per Lavagna)²⁸. Quanto in questa sede preme evidenziare è che l'at-

²³ Sul punto sia consentito rimandare a M. Gregorio, *La cesura dottrinale di fine anni Trenta. Itinerari della giuspubblicistica italiana tra fascismo e Repubblica*, in *I mille volti del regime Opposizione e consenso nella cultura giuridica, economica e politica italiana tra le due guerre*, a cura di P. Barucci – P. Bini – L. Conigliello, Firenze, Firenze University Press, 2021.

²⁴ M. Dogliani, *Costituzione materiale e indirizzo politico*, in *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, cit., p. 171.

²⁵ C. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931), Milano, Giuffrè, 2000.

²⁶ Cfr. S. Panunzio, *Il sentimento dello Stato*, Roma, Libreria del Littorio, 1929, nonché Id., *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, Cedam, 1937.

²⁷ Cfr. V. Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in «Studi Urbinati», 1939, nn. 1-2, pp. 53-171 e C. Lavagna, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici tra Capo del Governo e Ministri*, Roma, Edizioni Universitarie, 1942.

²⁸ Sul punto si veda la recente ricostruzione di C. Tripodina, *L'indirizzo politico' nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, in «Rivista AIC», 2018, n. 1, pp. 1 ss., mentre per un più ampio inquadramento si rimanda ad alcuni classici della letteratura sul tema: E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961; M. Dogliani, *Indirizzo*

tenzione verso il tema dell'indirizzo politico rispondeva alla necessità di uscire da quell'impasse che aveva paralizzato la questione della ricerca di un ordine materiale, cristallizzandola nell'irrisolvibile antinomia Kelsen vs. Schmitt. E da quell'impasse, va detto, era assolutamente necessario uscire, perché quella ricerca rispondeva ad un'esigenza fondamentale: ossia garantire alle costruzioni dogmatiche di diritto pubblico un ancoraggio che, se negato (e una negazione era in fondo quella che operava anche Kelsen che, prendendo meramente atto del conflitto politico e sociale, lo relegava all'esterno della costruzione giuridica), rischiava di trasformare queste ultime in astratte architetture speculative. Ma d'altro canto, neppure identificare il contenuto della *Verfassung* nella mera «decisione politica fondamentale del titolare del potere costituente»²⁹ risolveva il problema. Perché in quest'ultimo caso l'ancoraggio era certamente garantito, ma senza filtro alcuno, aprendo così la strada al rischio costante che le ragioni della politica finissero per fagocitare l'ordinamento, facendo venire meno quella condizione di stabilità che è coesistente a quest'ultimo. Tra la mera presa d'atto della incomprimibile caoticità della politica e il tentativo di politicizzare il diritto pubblico, la riflessione svolta dai giovani costituzionalisti italiani imboccò un sentiero diverso: quello che tentava di *giuridicizzare il politico* o, per essere più esatti, di accogliere all'interno delle elaborazioni sistematiche della scienza costituzionalistica, almeno quelle manifestazioni della sfera politica capaci di incidere e di produrre effetti sul diritto pubblico.

Si trattava insomma, di estendere l'area del giuridicamente rilevante per assicurare al diritto una migliore comprensione del reale, forti di una nuova consapevolezza, storica e dogmatica al tempo stesso. Le trasformazioni dello Stato novecentesco avevano infatti mostrato, in tutta evidenza, che «gli Stati esistono in funzione di fini politici diversi, in funzione di diversi modelli di società da realizzare e da mantenere»³⁰. E questo aveva permesso alla dottrina di rileggere la storia della modernità giuridica – *sub specie constitutionis* – con nuovi occhiali. Non solo apparve chiaro, per usare le parole di un osservatore attento come Giacomo Perticone, che «non vi è interpretazione o considerazione di un sistema d'imperativi giuridici che non riposi su un principio politico»; ma risultava ormai palese che anche «l'agnosticismo liberale [era] tutt'altro che agnostico in tema di limiti dell'attività statale»³¹.

politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale, Napoli, Jovene, 1985; P. Ciarlo, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Napoli, Liguori, 1988.

²⁹ C. Schmitt, *Il custode della costituzione* (1931), a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1981, p. 96.

³⁰ M. Dogliani, *Costituzione materiale e indirizzo politico*, cit., p. 179.

³¹ G. Perticone, *Questioni di principio: Stato e Diritto-Stato e Partito*, in «Lo Stato», 1933, p. 326.

3.1. Alla ricerca di una sintesi sistematica: dal regime alla costituzione in senso materiale

L'indirizzo politico, pertanto, apparve come il terreno più promettente da indagare non solo per assicurare all'ordinamento positivo una rispondenza con la società ad esso sottostante; ma anche, e soprattutto, per leggere – con nuove lenti – un tratto caratterizzante della statualità moderna che era stato, per lungo tempo, ignorato. Non fu però l'unico tema ad emergere, perché all'indirizzo politico erano strettamente collegate altre nodali questioni problematiche, anch'esse squisitamente novecentesche, come quella della collocazione, del ruolo e della natura del partito politico³²; o come quella relativa al ripensamento del concetto di rappresentanza³³. Si trattava, come è evidente, di provvedere ad una sistematizzazione dogmatica di un'intera catena procedurale, chiamata a garantire la rispondenza dell'agire statale con i bisogni, gli interessi e i progetti della comunità politica da quel medesimo Stato rappresentata. Va da sé, quindi, che indagare unicamente la questione dell'indirizzo politico non fosse sufficiente e che occorresse, invece, una ricostruzione sistematica in grado di tenere assieme in modo coerente tutte le varie questioni ad esso collegate.

Il pregio di Mortati fu quello di aver saputo e voluto imboccare decisamente questa strada, ma non fu l'unico a muoversi in tale direzione. In precedenza, altri autori avevano effettuato tentativi in questo senso, tentativi dei quali Mortati era perfettamente consapevole³⁴ e dai quali, con ogni probabilità, mosse per giungere alla tematizzazione del concetto di costituzione in senso materiale. I più significativi si concentrarono sul concetto di regime, che era però un concetto scomodo, caratterizzato da pesanti ambiguità. I giuristi più allineati al regime ne fornivano infatti definizioni indissolubilmente legate alla rivoluzione fascista³⁵ e ai principi da essa propugnati, facendo ricorso a definizioni immaginifiche come quelle di Costamagna (incaricato peraltro di redigerne la voce per il *Dizionario di Politica* curato dal PNF), che individuava l'essenza del concetto in un «significato filosofico e politico»³⁶, quando non addirittura in un «valore [...] spirituale»³⁷. Tuttavia, nella messe di variegata e fantasiose definizioni, se ne rinvennero alcune dalla prospettiva decisamente più interessante. Fu il caso di Giuseppe Chiarelli e di Vincenzo Zangara, ma anche di Vincenzo Gueli. Il primo intervenne nel dibattito con un saggio pubblicato nel 1932 sull'«Archivio giuridico Filippo Serafini», dal titolo *Il concetto di 'Regime' nel diritto pubblico*,

³² Sul punto si rimanda a M. Gregorio, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013.

³³ Sul punto cfr. il sempre valido L. Paladini, *Il problema della rappresentanza nello Stato fascista*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, vol. II, Padova, Cedam, 1972.

³⁴ Vedi, *infra*, nota 41.

³⁵ Cfr. ad esempio C. Curcio, *Che cosa è il regime?*, in «Lo Stato», 1930.

³⁶ C. Costamagna, *Elementi di diritto costituzionale corporativo fascista*, Firenze, Bemporad, 1926, p. 26.

³⁷ C. Costamagna, *Elementi di diritto pubblico fascista*, Torino, Utet, 1934, p. 91.

mostrando di aver perfettamente intuito le potenzialità del concetto medesimo. «Può dirsi opinione dominante», così esordiva l'autore, che la nozione di regime «corrisponda ad un concetto esclusivamente politico». E proprio per questo, a suo avviso, si rendeva necessaria una sua «considerazione *sub specie iuris*»: non solo per «pervenire ad una determinazione di esso che serva a dare una più completa comprensione», ma anche – e soprattutto – per trasformarlo in un «utile strumento di tecnica giuridica»³⁸. L'obiettivo di Chiarelli era quello di riportare il dibattito sul concetto di regime dentro i confini della riflessione giuspubblicistica perché, come aveva ben compreso, «sono le istituzioni giuridiche che caratterizzano un regime»³⁹. Per quanto alla base di questo vi fosse una determinata idea politica, era sul piano della sua realizzazione concreta che occorreva portare la discussione; perché qualsiasi progetto politico (o filosofico, o spirituale), per poter essere realizzato, abbisogna delle istituzioni giuridiche. E così Chiarelli perveniva alla seguente definizione di regime, considerato come «l'insieme degli istituti giuridici coordinati allo scopo dell'attuazione di una determinata concezione politica dello Stato e della società»⁴⁰. Tre anni più tardi anche Vincenzo Zangara si soffermò sul tema e, come Chiarelli, anch'egli lo interpretò come quel terreno concettuale più idoneo alla «trasformazione di elementi estragiuridici in elementi giuridici». E del resto interamente giuridica sembra essere la definizione di Zangara, per il quale il regime è «il sistema giuridico che considera la struttura e l'attività funzionale di un ordinamento giuridico statale, che si attua secondo una regola, una legge [...] che sono i principi giuridici del sistema stesso»⁴¹. Meno chiara appare invece la definizione che ne dette, quattro anni dopo, Vincenzo Gueli, per il quale il regime consisteva nella «realizzazione del principio politico, che informa il rapporto fondamentale di una organizzazione statale, nel principio giuridico costituzionale di essa»⁴².

Pur tuttavia, le riflessioni di questi tre autori dimostrano in modo piuttosto chiaro come, nel corso degli anni Trenta, si fosse sviluppato un filone di riflessione, portato avanti dai costituzionalisti più giovani, votato non solo all'indagine dei temi di ricerca imposti dal secolo nuovo, ma anche al reperimento di un concetto di sintesi in grado di tenerli assieme. E se fu attorno alla nozione di regime che buona parte di queste riflessioni si concentrarono, è altrettanto vero che nel loro svolgimento è possibile registrare un utilizzo piuttosto disinvolto di una molteplicità di lemmi, adoperati quasi come sinonimi. Lo rileva lo

³⁸ G. Chiarelli, *Il concetto di 'Regime' nel diritto pubblico*, in «Archivio giuridico Filippo Serafini», 1932, CVII, fasc. 2, p. 203.

³⁹ Ivi, p. 212.

⁴⁰ *Ibidem*. In corsivo nel testo.

⁴¹ V. Zangara, *Il Partito e lo Stato*, Catania, Sem, p. 33.

⁴² V. Gueli, *Il regime politico* (1939), in Id., *Scritti vari*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 1976, p. 409. Lo scritto in questione risale, come detto, al 1939, essendo la rielaborazione della tesi di laurea in Scienze politiche (come Mortati anche Gueli si laureò prima in Giurisprudenza e poi in Scienze politiche), discussa nell'ottobre dell'anno precedente. Significativamente, però, Gueli scelse di darlo nuovamente alle stampe dieci anni dopo (Id., *Il regime politico*, Roma, Editrice La Scienza, 1949).

stesso Mortati quando, in *La costituzione in senso materiale*, afferma: «Forma di stato, regime, sistema possono ritenersi espressioni equivalenti, valide a designare il contenuto della costituzione nel senso qui assunto»⁴³. Del resto, anche Gueli l'anno precedente aveva affermato che «l'organizzazione del rapporto politico fondamentale secondo un dato principio giuridico è la *costituzione* (in senso materiale) dello Stato»⁴⁴, trasportando quindi quest'ultima nozione lontano dalla originaria formulazione di Jellinek e anticipando quasi gli esiti mortatiani. Siamo evidentemente di fronte ad un laboratorio vivace e plurale, caratterizzato da un fittissimo dialogo tra i suoi protagonisti⁴⁵, che contribuì in modo determinante a innervare la riflessione di Mortati; ma che riuscì anche, e soprattutto, ad offrire significativi elementi di novità rispetto sia alla consolidata tradizione *rechtsstaatlich*, sia ai tentativi dei giuristi *engagés* di fascistizzare il diritto pubblico. Il fermo ancoraggio al metodo giuridico, così come la scelta di abbandonare i lidi usati dell'esegesi dell'ordinamento fascista per sposare l'obiettivo più ambizioso di approdare alle «teorie generali del diritto pubblico»⁴⁶, erano scelte che accomunavano tutti gli scritti della nuova gene-

⁴³ C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 196. Il saggio mortatiano del 1940 è diviso in quattro parti. Dopo aver affrontato le differenti teorie elaborate attorno al concetto di costituzione materiale, Mortati procede prima ad illustrarne natura e concetto ma poi, nella terza parte del lavoro – che è anche significativamente la più lunga – si dedica a spiegare la funzione della costituzione in senso materiale. La citazione riportata nel testo si trova nella parte in cui l'autore spiega il ruolo giocato dal concetto di costituzione in senso materiale nella verifica sulla continuità o meno dello Stato.

⁴⁴ V. Gueli, *Il regime politico*, cit., p. 406. In corsivo nel testo. Per meglio comprendere le affermazioni di Gueli, si consideri che per «rapporto politico fondamentale» egli intende quel rapporto che collega lo Stato sovrano ai suoi sudditi, mentre il principio giuridico che sta alla base della costituzione in senso materiale è da lui identificato con l'unitario *Staatprinzip* o «principio costituzionale».

⁴⁵ Il dialogo che i giovani costituzionalisti degli anni Trenta intesero tra loro (oltre che con il resto della dottrina) è testimoniato non solo dalla rete fittissima di richiami bibliografici rinvenibile nelle loro opere, ma anche dal confronto – a volte anche aspro – che essi ebbero su questioni squisitamente dottrinali. Solo per citare alcuni esempi, possiamo ricordare la polemica tra Crisafulli e Maranini sul metodo nello studio del diritto costituzionale, ospitata sulle colonne di «Stato e diritto» nel 1940 o la disputa, che Mortati ed Esposito animarono sulla stessa rivista, tra il 1941 e il 1942, attorno alla qualificazione giuridica del concetto di nazione e, conseguentemente, attorno al concetto di rappresentanza. Ma elementi ancora più indicativi per ricostruire i rapporti che questa nuova generazione di giuristi coltivavano possono giungere dall'analisi del fondo documentale – recentemente acquisito presso la Fondazione Paolo Galizia – Storia e Libertà – lasciato proprio da Costantino Mortati. Interessantissimi scambi epistolari con Esposito e Crisafulli sono riportati ad esempio da R. D'Orazio, *L'archivio Mortati: prime considerazioni*, in *Costantino Mortati. Potere costituyente e limiti alla revisione costituzionale*, Atti del convegno, Roma 14 dicembre 2015, a cura di F. Lanchester, Milano-Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, rispettivamente a pp. 252-253 e pp. 274-275.

⁴⁶ Ivi, p. 389.

razione di giuspubblicisti⁴⁷; i quali, evidentemente, giunsero ad una collettiva presa di coscienza circa la necessità di dover mettere a punto nuovi strumenti e nuove ricostruzioni generali per inquadrare quello «Stato di tipo nuovo»⁴⁸, che era lo Stato novecentesco, del quale il regime fascista aveva offerto una possibile declinazione, ma non certamente l'unica⁴⁹.

4. L'originalità di Mortati

Appurato dunque il ricco lavoro collettivo che la generazione cresciuta negli anni Trenta realizzò durante tutto quel decennio, resta da capire perché – tra i tanti contributi – a spiccare come naturale coronamento di quella riflessione fu proprio il saggio mortatiano del 1940. In fin dei conti, la risposta è semplice: *La costituzione in senso materiale* rappresenta il punto più alto di quel percorso teorico perché ne offrì la sintesi sistematica più convincente e dai tratti di originalità più marcati. La stessa scelta di incardinare l'analisi non su un concetto scivoloso e polisemico come quello di regime, ma su quello – ben più pregnante – di costituzione, valeva a proiettare la riflessione di Mortati su orizzonti culturalmente più ampi e, più precisamente ancora, ad incardinarla nel panorama della *Verfassungslehre* europea. Non si trattava di un esito estemporaneo, ma di un preciso obiettivo del giurista calabrese. Lo dimostra, a mio avviso, il modo col quale Mortati cerca di mettere a frutto alcune importanti eredità culturali come, ad esempio, le tesi istituzionalistiche di Santi Romano⁵⁰. Che queste innervassero buona parte delle analisi dei costituzionalisti degli anni Trenta è cosa evidente. Lo riconosce apertamente Gueli⁵¹ e lo dimostra ancor più chiaramente Zangara quando individua – come elementi fondanti il concetto di regime – oltre alla «struttura dell'ordinamento giuridico statale» – anche «il modo di essere e di funzionare degli organi e delle istituzioni dell'ordinamento

⁴⁷ Questi due elementi di rottura caratterizzano i principali cardini di quella svolta che altrove ho definito «cesura dottrinale di fine anni Trenta». Per approfondimenti sul tema si rimanda a M. Gregorio, *La cesura dottrinale di fine anni Trenta*, cit., o – più distesamente – a Id., *Parte totale*, cit.

⁴⁸ L'espressione è di Mortati e si rinviene già nel suo saggio *Note sul potere discrezionale* del 1936 (C. Mortati, *Note sul potere discrezionale*, in Id., *Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, 1972, vol. III, pp. 999 ss.). Sul significato di questa opera nel pensiero di Mortati e per un più ampio approfondimento della questione, si rimanda a M. Fioravanti, *Costantino Mortati: uno Stato «di tipo nuovo»*, in «Nomos», 2013, n. 3.

⁴⁹ È proprio questa consapevolezza che spinge a leggere con inevitabile scetticismo, le tesi – diffuse soprattutto nella letteratura anglofona – che ascriverebbero Mortati ad un presupposto filone di pensiero definibile come 'costituzionalismo autoritario'. Cfr., ad esempio, O. Scarcello, *Authoritarian Constitutionalism: An Oxymoron? The Case of Costantino Mortati's Early Writings (1931-1940)*, J. Monnet Working Paper, 2021, n. 3.

⁵⁰ Sull'istituzionalismo di Mortati si veda anche M. Croce – M. Goldoni, *The legacy of pluralism. The continentale jurisprudence of Santi Romano, Carl Schmitt and Costantino Mortati*, Stanford, Stanford University Press, 2020.

⁵¹ V. Gueli, *Il Regime politico*, cit., p. 403.

giuridico medesimo»⁵², mettendo così l'accento sul profilo della concreta organizzazione istituzionale. Ma Mortati si spinge ancora più in là quando, nel primo capitolo del suo saggio, in cui passa in rassegna *Le principali teorie sulla costituzione materiale*, dedica un paragrafo proprio a Santi Romano. L'iscrizione di Romano al novero dei teorici della costituzione in senso materiale appare una decisa forzatura del pensiero del Maestro siciliano che, a onor del vero, continuò a muoversi – almeno sul piano del diritto costituzionale – in un orizzonte marcatamente statualistico⁵³; ma si trattava di una forzatura consapevole. Perché quel riconoscimento, operato da Romano, de «l'entità sottostante alle norme [...] non come mero sostrato sociale» ma come entità di «natura giuridica», addirittura «costituente»⁵⁴, reclamava a gran voce una sua traduzione sul terreno costituzionalistico. Per farlo, tuttavia, occorreva riconoscere un ordine in quel «potere sociale» che operasse «non solo nella struttura di questo potere [...] ma, ancora prima, nella finalità, negli interessi di cui questo potere è espressione [...]; poiché è l'orientamento il fine dell'istituzione che informa di sé la struttura che questa assume»⁵⁵. Occorreva insomma «postulare una norma e intendere questa non come meramente strumentale ma soprattutto in senso materiale»⁵⁶, superando così le tesi romane che guardavano allo Stato prevalentemente sotto quel profilo «strumentale, in cui lo Stato non si manifesta nei suoi rapporti con altri soggetti, ma nella posizione di sé stesso»⁵⁷. Mortati dunque trasla le intuizioni di Santi Romano e le trasporta in un terreno nuovo, che era il terreno della legittimazione giuridica dell'ordine politico, il terreno insomma della costituzione.

La frattura che egli inaugura col pensiero romaniano ha soprattutto a che fare con lo Stato; uno Stato che Mortati non pretende di rifondare misticamente sulla roboante retorica della rivoluzione in camicia nera (il che gli valse peraltro una solenne stroncatura della sua opera sulle colonne de «Lo Stato»⁵⁸), ma che egli non intende nemmeno più accettare come mera neces-

⁵² V. Zangara, *Il Partito e lo Stato*, cit., p. 33.

⁵³ In tal senso anche M. Fioravanti: cfr. Id., *'Stato giuridico' e diritto costituzionale negli scritti giovanili di Santi Romano*, nonché *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, entrambi raccolti in Id., *La scienza del diritto pubblico*, cit. A fronte della indubitabile ambivalenza del pensiero romaniano, in cui convivono innovazione e tradizione, tra le analisi che, in passato, ne avevano sottolineato i forti profili di continuità con lo statualismo della *Rechtsstaatslehre* liberale vanno segnalati anche N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1963, n. 3, e G. Tarello, *Prospetto per la voce 'Ordinamento giuridico' di un'enciclopedia*, in «Politica del diritto», 1975, n. VI-I.

⁵⁴ C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 46.

⁵⁵ Ivi, pp. 48-49.

⁵⁶ Ivi, p. 48.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ L'anonimo recensore non mancò di rammaricarsi del fatto che «l'A. non [avesse] creduto di procedere alla revisione della nozione strumentale di Stato posta dalla dogmatica del secolo scorso». Non solo. Egli rimproverava a Mortati di aver soprattutto «conferma[to] il suo ossequio alla impostazione formalistica della scienza del diritto» (sic!), il che aveva ine-

sità, tentando, al contrario, di giustificarne giuridicamente l'esistenza (oltre che l'azione), sulla base della capacità di autoorganizzazione della società politica, capace di porre quella norma fondamentale che poi era la costituzione in senso materiale. In questo senso possiamo finalmente apprezzare quale posizione Mortati riesca a conquistare nel panorama della *Verfassungslehre* europea. Rispetto alle tesi di Kelsen, il giurista calabrese accede ad un'idea assai più ricca e avanzata della società novecentesca. Il rifiuto kelseniano di ricercare un qualsiasi principio di unità politica, in nome di una accettazione supina della frammentarietà conflittuale della dimensione sociale, non solo aveva il sapore amaro della rinuncia, ma in fin dei conti non fotografava neppure con grande fedeltà la società novecentesca che, sebbene conflittuale fosse certamente, continuava tuttavia pervicacemente a mettere in atto tentativi – più o meno riusciti – di costruzione di un principio di unità. Mortati, sotto questo profilo, si dimostra invece certamente più lungimirante, riuscendo a intuire, nel crepuscolo del primo, gli esiti del secondo Novecento. Riconosce cioè, di quella straordinaria creatura tipicamente novecentesca che era il partito politico, l'attitudine ordinante, la capacità insomma di trasformare la massa disordinata in soggetto politico, portatore di un determinato progetto normativo e dunque costruttore di statualità⁵⁹. Ma è soprattutto rispetto alle tesi dell'altro grande teorico della costituzione, Carl Schmitt, che si misura maggiormente il valore della sintesi mortatiana. Perché questa – pur muovendo dalla medesima opzione di fondo (ossia l'idea che gli scopi dello Stato siano determinati dalla politica) – disinnesci gli esiti più pericolosi delle tesi schmittiane. Quando Dogliani infatti afferma che la costituzione in senso materiale «è il concetto con cui Mortati reagisce alle conseguenze che derivano dalla necessità (posta dalla osservazione empirica) di dover porre al centro della definizione dello stato la funzione di indirizzo politico» assume certamente un punto di vista particolare; ma ha perfettamente ragione quando prosegue: «è il concetto con cui egli non solo limita la portata pervasiva dell'indirizzo politico, ma stabilisce il presupposto affinché la forma di stato novecentesca (che ruota attorno al concetto di indirizzo politico) possa essere considerata *sub specie constitutionis*»⁶⁰. Perché muovere da un'idea schmittiana di costituzione, intesa come decisione politica fondamentale, comportava il rischio esiziale di «identifica[re] e risol[verla] nell'atto in cui il potere e il diritto si convertono l'uno nell'altro [...] senza che il secondo assuma mai una consistenza normativa»⁶¹. Procedendo per questa china, «politica, co-

⁵⁹ Sull'importanza della «introduzione nel processo discorsivo di Mortati dei concetti di differenziazione e specificazione», si veda, M. Fioravanti, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in Id., *La scienza del diritto pubblico*, cit., p. 767.

⁶⁰ Dogliani, *La costituzione del sovrano e la democrazia politica*, cit. in Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico*, cit., p. 767.

⁶¹ Dogliani, *La costituzione in senso materiale*, in «Lo Stato», 1940, pp. 239-240.

stituzione e diritto si sarebbero fusi in un tutto indistinto»⁶². L'operazione che compie Mortati consente dunque di mantenere il carattere teleologico dell'agire statale, ma preservando «l'autonomia del concetto di costituzione rispetto alla sua dissoluzione nel concetto di politica»⁶³.

Il paradosso, peraltro solo apparente, della costituzione in senso materiale è dunque quello di una norma giuridica posta dalla politica che contiene i principi fondamentali e irrinunciabili di un determinato ordinamento costituzionale i quali, proprio in virtù della loro forza normativa, non si limitano a fondare il nucleo essenziale della costituzione positiva, ma promettono di svolgere un ruolo assai più pregnante. È proprio la normatività della costituzione la chiave che ci permette di comprendere l'originalità dell'operazione teorica mortatiana, perché da questo assunto, il giurista calabrese non esita a trarre tutte le conseguenze del caso. Da quello che Fioravanti definisce «il recupero della vocazione prescrittiva della costituzione»⁶⁴ scaturivano infatti almeno due corollari fondamentali. Il primo si sostanzia nella capacità della costituzione in senso materiale di porsi come vincolo all'attività contingente del decisore politico, disvelando così un esito schiettamente anti-decisionistico⁶⁵ che permetteva di riscoprire – in tempi non propriamente abituati ad apprezzarla – quella funzione di garanzia che è propria del diritto. La seconda era invece rappresentata dalla capacità vincolante che la costituzione in senso materiale esercitava sull'attività interpretativa del giurista. A questa seconda conseguenza, Mortati dedica infatti l'intero capitolo terzo della sua opera, peraltro il più denso, che rivela come egli avesse operato un ulteriore scarto in avanti rispetto alla riflessione a lui coeva, descritta nelle pagine precedenti. Perché Mortati, svelando una caratteristica del suo pensiero destinata a divenirne una costante, non si limita all'analisi della costituzione in senso materiale quale mero concetto teorico, ma si adopera per utilizzarla come un vero e proprio «criterio ermeneutico»⁶⁶, ponendosi cioè, oltre al problema della definizione del concetto, il problema – decisamente più pregnante – di quale fosse la sua funzione⁶⁷. Per concludere, quindi, se Mortati riuscì nel 1940 ad immaginare un'idea di costituzione capace di vincolare a tutti i livelli l'azione dell'apparato statale, di strutturare i rapporti tra i privati⁶⁸, nonché di indirizzare le interpretazioni dei giuristi (nell'interpretazione della legge, nel completamento delle lacune, nella determinazione della forma di Stato, solo per citare alcuni dei temi affrontati dall'autore nel capitolo III del saggio), ecco che la portata della sua riflessione appare chiarissima. Essa chiude

⁶² Ivi, p.181.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ M. Fioravanti, *Dottrina dello Stato-persona*, cit., p. 750. In corsivo nel testo.

⁶⁵ Nello stesso senso anche M. Dogliani, *Costituzione materiale e indirizzo politico*, cit., in particolare pp. 181-182.

⁶⁶ F. Riccobono, *Appunti per una storia*, cit., p. 165.

⁶⁷ «La funzione della costituzione in senso materiale» è esattamente il titolo del terzo capitolo del saggio del 1940. Cfr. C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., pp. 115 ss.

⁶⁸ Come emerge chiaramente da C. Mortati, *Note sul potere discrezionale*, cit.

infatti definitivamente la stagione della *Verfassungslehre* primo-novecentesca. Fa tesoro di quei risultati, ne risolve alcune aporie, ma soprattutto la supera, gettando i presupposti necessari ad inaugurare una stagione completamente nuova che, come sappiamo, è la stagione delle teorie della costituzione democratica del secondo Novecento.

