

«UN LIBRO CHE
NON HA MAI FINITO
DI DIRE QUELLO
CHE HA DA DIRE»:
LA COSTITUENTE DI
COSTANTINO MORTATI

GIOVANNI **BISOGNI**



«Un libro che non ha mai finito di dire quello che ha da dire»:
La Costituente di Costantino Mortati

«A book which has never exhausted all it has to say».
Costantino Mortati's La Costituente

GIOVANNI BISOGNI

Professore associato, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli studi di Salerno.
E-mail: gbisogni@unisa.it

ABSTRACT

Costantino Mortati è un classico e – nelle parole di Italo Calvino – un classico «non ha mai finito di dire quello che ha da dire». Scopo dell'articolo è soffermarsi, in particolare, sulla sua concezione del potere costituente che, per quanto datata, non ha ancora «finito di dire quello che ha da dire». Tale concezione giace su un equilibrio che, per Mortati, è essenziale affinché un ordinamento giuridico possa dirsi democratico e aspirare alla stabilità e alla durata: l'equilibrio fra ciò che è “formale” (nel senso di “procedurale”) e ciò che attiene al contenuto degli atti giuridici nonché fra ciò che è “formale” (nel senso di “ufficiale”) e ciò che è “materiale” (nel significato ben noto che Mortati attribuisce a questo termine). Tale equilibrio verrà illustrato in tre passaggi: 1. la posizione di Mortati nell'alternativa fra formalismo e sostanzialismo; 2. il raffronto con Carl Schmitt; 3. il sostanzialismo di Mortati e il suo rapporto con il diritto naturale.

Costantino Mortati is a classic and – in Italo Calvino's words – a classic «has never exhausted all it has to say to its readers». The present paper focuses, in particular, on his conception of constituent power that, albeit old-fashioned, has not yet «exhausted all it has to say». This conception lies on a balance that, in Mortati's view, is essential if any legal system may be said to be democratic and may aim to be stable and long-lasting: the balance between what is “formal” (in the sense of “procedural”) and what has to do with to the content of legal acts, as well as between what is “formal” (in the sense of “official”) and what is “material” (in Mortati's well-known significance). Such an interpretation will be shown through three steps: 1. Mortati between formalism and substantivism; 2. the comparison with Carl Schmitt; 3. Mortati's substantivism and its relationship to natural law.

KEYWORDS

Mortati (Costantino), potere costituente, formalismo, sostanzialismo, Schmitt (Carl)

Mortati (Costantino), constituent power, formalism, substantivism, Schmitt (Carl)

«Un libro che non ha mai finito di dire
quello che ha da dire»:

La Costituente di Costantino Mortati

GIOVANNI BISOGNI

1. *Mortati fra formalismo e sostanzialismo* – 2. *Mortati e Schmitt* – 3. *Sostanzialismo giusnaturalistico?*

Da un certo punto di vista ristampare *La Costituente* sarebbe d'interesse solo per gli storici del diritto, ma non per i teorici né tantomeno per i giuristi di diritto positivo.

La ragione è semplice. Con la caduta del Muro di Berlino e l'adesione dei paesi facenti parte del Patto di Varsavia all'UE è finita l'epoca in cui un popolo possa perseguire – per adoperare un sintagma tipicamente mortatiano – un «fine politico fondamentale» completamente diverso rispetto al passato. È iniziata, invece, l'epoca in cui thatcherianamente «there is no alternative» rispetto al «fine politico fondamentale» proprio dell'UE, che tollera solo adeguamenti dell'ordinamento costituzionale ad esso, ma non contrapposizioni radicali – se non al prezzo non certo di rivoluzionare l'Unione, ma semplicemente di abbandonarla.

A ciò si aggiunga che sin dal 1998 ovvero quando il *Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno* decise di ripubblicare *La costituzione in senso materiale*, Mortati non andava per la maggiore. Gustavo Zagrebelsky proprio in apertura della sua premessa alla ristampa riportò un episodio accaduto al congresso dei costituzionalisti italiani del 1994 che, a suo dire, testimoniava dello scarso seguito di cui ormai godeva il costituzionalista calabrese: in una delle sue sessioni l'oratore, nel dichiarare espressamente l'opportunità di metter da parte quella dottrina, «fu applaudito a scena aperta e quell'applauso, di fronte a una notazione che, in altri tempi, avrebbe almeno fatto discutere, è rappresentativo di uno stato d'animo diffuso»¹.

Certo, rimarrebbe la consolazione di poterlo usare in termini critici, un po' come si fa oggi con Carl Schmitt. Un autore inutilizzabile sotto il profilo propositivo a causa della natura eccessivamente verticale e monistica delle soluzioni offerte, ma ancora valido «come matrice critica rispetto alla quale non si può che essere oltre ma mai del tutto affrancati» – «un tramonto senza fine», come è stato giustamente detto².

In questo scritto si cercherà di argomentare il contrario. La convinzione che lo sorregge è che Mortati sia un «classico» ovvero – per dirla con le parole di Italo Calvino – «non ha mai finito di dire quello che ha da dire»³. Fuor di metafora, Mortati non serve solo a svelare le aporie, le incongruenze, i semplicismi teorici di coloro i quali vorrebbero porsi alle spalle un modo di fare giurisprudenza e filosofia politica legato a termini come «sovranità», «partito», «indirizzo politico». Non v'è dubbio che in tempi liquidi come quelli attuali questo lessico mostri un po' l'età, ma è altrettanto indubbio che è il medesimo lessico – se si vuole, proprio il potere costituente e la sua «logica» – ad essere implicito, sempre per rifarsi allo scenario europeo, al «tormento» costituzional-costituente da cui è afflitta una UE politicamente e giuridicamente sempre più ingombrante e Stati membri che, a sentire il tribunale costituzionale di Karlsruhe, rimangono ancora «die Herren der Verträge»⁴.

¹ ZAGREBELSKY 1998, VII.

² PRETEROSSO 2004, 5 ss.

³ CALVINO 1995, 7.

⁴ BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08, cd. Lissabon Urteil.

Scopo delle brevi note che seguono è soffermarsi su questa “logica” e afferrarne l’*ubi consistam*. Esso, come vedremo, riposa su un equilibrio che è assolutamente imprescindibile se un dato ordinamento intenda definirsi democratico ed aspirare alla stabilità e alla durata: l’equilibrio fra ciò che è formale (nel senso di procedurale) e ciò che attiene al contenuto degli atti giuridici nonché fra ciò che è formale (nel senso della sua ufficialità) e ciò che è materiale (nel senso ben noto che Mortati attribuisce a questo termine). Tale equilibrio verrà illustrato in tre passaggi: 1. la posizione di Mortati nell’alternativa fra formalismo e sostanzialismo; 2. il raffronto con Carl Schmitt; 3. il sostanzialismo di Mortati e il suo rapporto con il diritto naturale.

1. *Mortati fra formalismo e sostanzialismo*

Quando Mortati si oppone al formalismo, è figlio del proprio tempo. All’epoca il formalismo consisteva nell’uso di forme giuridiche elaborate sotto lo Stato liberale di diritto ma per contenuti ben diversi, e molto spesso incompatibili, rispetto a quelli che fino a poco tempo prima le caratterizzavano ordinariamente: ad esempio, un parlamento pensato per e vissuto sulla base di un suffragio censitario, ma popolato da forti partiti di massa; una pubblica amministrazione che si rapportava ai cittadini tendenzialmente solo con atti d’imperio e che ora svolge anche attività imprenditoriale; contratti di lavoro subordinati concepiti per parti individuali e che ora pretendono di essere “collettivi”... Se in passato tali istituzioni e tali concetti erano stati studiati in maniera “formale” ovvero indipendentemente dal contenuto che poteva avere una legge, un atto amministrativo, un contratto, lo si doveva ad un non-detto: la convinzione in base alla quale la legge non sarebbe mai stata il prodotto degli interessi di una classe sociale a dispetto di un’altra; gli atti amministrativi sarebbero stati espressione dell’autorità dello Stato e non certo atti aventi scopo di lucro; il contratto sarebbe stata la manifestazione dell’autonomia morale di ciascun individuo e non certo l’accomodamento negoziato di interessi di gruppo...

Dinanzi a tale quadro le opzioni erano due. La prima consisteva nel separare la forma dal contenuto. Quest’ultimo è ormai soggetto a contestazione sia politica che culturale e si è tramutato in “politeismo”, ragion per cui l’unica istanza che può offrire un barlume di certezza e neutralità è solo la “forma”. È questa – come noto – la pista battuta consapevolmente da Hans Kelsen⁵. Il diritto non solo non è “realtà” – appartiene al dover-essere –, ma soprattutto può avere qualsiasi contenuto. Non si dà contenuto che la legge, l’atto amministrativo, il contratto non possano avere: basta che siano proceduralmente validi ovvero che siano stati prodotti conformemente al procedimento prescritto dal diritto positivo per la loro esistenza (normativa). Ovviamente, se legge, atto amministrativo, contratto possono avere qualsiasi contenuto, possono averne anche di palesemente contraddittori, ma questo, per Kelsen, non rappresenta un serio problema: l’importante è essere autorizzati da una norma di diritto positivo a produrre quel contenuto, con buona pace della coerenza e dell’unità dell’ordinamento, che a questo punto non può che essere solo “dinamica” – in breve, l’unitarietà della catena di comando, non di ciò che è comandato.

Non è questa l’opzione prescelta da Mortati. La forma non va separata dal contenuto e non per ragioni giusfilosofiche particolarmente sofisticate – ragioni che comunque si percepiscono in tutta la riflessione di Mortati⁶ –, ma non foss’altro perché

«può accadere che la forma prevista per la revisione sia impiegata allo scopo di procedere ad una radicale trasformazione dell’assetto preesistente, e, viceversa, che si adottino procedimenti più o meno di-

⁵ E rinnovata oggi da Natalino Irti: IRTI 2007.

⁶ Sulla filosofia del diritto di Mortati, per quanto egli non si sia mai voluto cimentare in ricerche propriamente giusfilosofiche, vd. almeno BRIGAGLIA 2006. Per una introduzione generale al pensiero mortatiano valgono ancora oggi LANCHESTER 1989 e GALIZIA, GROSSI 1990.

vergenti da quello regolato nella costituzione per apportare a questa modifiche, le quali non ne alterino l'essenza»⁷.

Se si vuole cogliere questa “essenza”, se si vuole accertare qual è il contenuto appropriato ad una data procedura – nel caso di specie, una revisione costituzionale –, occorre andare al di là della “forma”, (intesa stavolta come sinonimo di ufficialità). Se invece si rimane attestati al diritto consacrato nei testi dotati di autorità, se non si fa lo sforzo di coglierne il principio generatore, il suo fondamento materiale di validità, una revisione proceduralmente corretta ma sostanzialmente eversiva della costituzione e, viceversa, una revisione *extra ordinem* ma sostanzialmente costituzionale risulteranno indecifrabili. Non si tratta di rilevare, sociologicamente, che senza determinati presupposti il diritto “ufficiale” non potrebbe funzionare; oppure – più polemicamente – che esso non è l'unico diritto, ma ne esiste un altro accanto al primo. Per Mortati occorre andare oltre queste pur condivisibili posizioni e comprendere che, se esiste una costituzione formale, è perché essa rimanda ad una costituzione materiale che l'ha creata, ad un “contesto”, inteso non in senso generico e vago, ma strutturato e articolato in «forze materiali e principi politici», di soggetti decidenti e di contenuti da attuare, per così dire, di attori e copioni da interpretare, che rappresentano gli «elementi direttivi, precedenti e trascendenti quell'ordine [formale]»⁸.

Mortati aveva già effettuato questa scelta prima del secondo conflitto mondiale e la ricerca aveva condotto a quella “costituzione in senso materiale” che costituisce l'oggetto del suo *opus magnum*. Lo scritto dedicato al potere costituente coglie questa nozione nel suo momento genetico e mostra forse in maniera più efficace del testo del 1940 l'essenzialità del partito politico quale elemento – «quello strumentale»⁹ – della costituzione in senso materiale.

L'approccio di Mortati al tema del potere costituente non è astratto. È ovvio che ogni ordinamento ha una propria costituzione in senso materiale ed ha avuto un potere, per così dire, costituente semplicemente perché ha generato la costituzione in senso materiale, ma Mortati sa che ricerche del genere finirebbero con l'essere troppo vaghe per un'indole come la sua, molto attratta della determinatezza e dalla concretezza¹⁰. Perciò la storia conta in Mortati; e la storia di cui si occupa è quella dello Stato moderno¹¹. Lo Stato moderno è un aggregato politico che storicamente ha mostrato due regolarità: la prima consiste nel monismo ovvero nel costituire un «centro unico di autorità»¹² su un dato territorio, accompagnato dalla «coercibilità del comando statale»¹³; la seconda sta nella partecipazione ovvero «nell'attribuzione alla persona umana di un suo autonomo ed insopprimibile valore»¹⁴, il che postula che qualsiasi potere politico debba direttamente o indirettamente legittimarsi in base a questo valore. Ovviamente, queste due regolarità si sono manifestate in misura quantitativamente diversa sotto il profilo sia sincronico che diacronico, ma, per Mortati, non v'è dubbio che a partire dagli inizi del Novecento si debba registrare «una influenza sempre maggiore del corpo elettorale sugli eletti»¹⁵. Il portato di questa

⁷ MORTATI 2020 [1945], 45.

⁸ MORTATI 2020 [1945], 40.

⁹ MORTATI 1998 [1940], 74. Da un punto di vista teorico *La costituente* può considerarsi una sorta di spin-off de *La costituzione in senso materiale*: per uno studioso desideroso di porsi giuridicamente al di là dello Stato sarebbe stato inevitabile confrontarsi prima o poi con la sorgente della sua costituzione, la cui trattazione in effetti è quasi del tutto assente nel saggio del '40 (il termine “costituente” spesso si riferisce al potere di revisione costituzionale). Sul potere costituente in Mortati cfr. da ultimo LANCHESTER 2017; un'eco in lingua inglese si ha in COLÓN-RÍOS 2020, 216 ss., e più diffusamente sul pensiero mortatiano CROCE, GOLDONI 2020.

¹⁰ È quello che Mortati chiama il potere costituente in un senso assoluto su cui – non a caso – Mortati espressamente non intende soffermarsi (cfr. MORTATI 2020 [1945], 41-43).

¹¹ Sull'importanza della storia in Mortati cfr. ZAGREBELSKY 1989, 51 ss.

¹² MORTATI 2020 [1945], 32.

¹³ MORTATI 2020 [1945], 32.

¹⁴ MORTATI 2020 [1945], 87.

¹⁵ MORTATI 2020 [1945], III.

tendenza sta nell'emersione del partito politico che, sulla base di una più o meno circostanziata ideologia, si fa protagonista decisivo nell'esercizio del potere costituente e, dunque, anche del quotidiano funzionamento della costituzione in senso materiale. È questa la "materia" che Mortati vede al di là della costituzione in senso formale. Ed è molto più visibile in sede costituente perché in tal caso la costituzione formale non esiste ancora, e in un'epoca caratterizzata da un crescente coinvolgimento politico degli individui

«non sembra controvertibile che al funzionamento degli ordinamenti statali basati sulla partecipazione attiva di larghe masse di cittadini sia necessaria l'esistenza, di raggruppamenti, che soddisfino nel campo politico quello stesso bisogno associativo, che è nel fondo della natura umana e condizione necessaria per la soddisfazione di interessi collettivi»¹⁶.

Certo, è una "materia" che oggi può considerarsi, se non proprio dissolta, quantomeno molto ridimensionata. Il partito di massa che era ciò cui Mortati aveva dinanzi dagli anni '30 in poi quasi non esiste più¹⁷ – e si potrebbe discutere se ciò rappresenti un vantaggio in termini di maggiore partecipazione politica. Anche lo Stato è molto meno monista di quanto Mortati pretendesse e lo testimoniano già le *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*¹⁸, ove il fenomeno di pluralizzazione sociale e politica è giudicato da Mortati così spinto da fargli pensare «ad un ricorso storico di reviviscenza dello Stato feudale di ceti, a sovranità frazionata, con una connessa pluralità di lealismi e conflitti di lealtà»¹⁹. Sul piano dei contenuti, poi, occorrerebbe aggiungere il diritto dell'Unione europea che certo non è nato da un potere costituente, ma di fatto è divenuto un diritto costituzionale, in parte consonante, ma in parte anche dissonante – si pensi, ad esempio, ai diritti sociali – rispetto alla nostra Costituzione.

Sembrerebbe, allora, che avesse ragione Kelsen. Come anni fa aveva acutamente rilevato Maurizio Fioravanti, il giurista oggi o è "un politico del diritto" – non un interprete, ma quasi un mediatore di interessi attraverso la forma giuridica – o è un "tecnico del diritto" – un interprete che si limita e deve limitarsi a certificare il *pedigree* delle norme che deve applicare²⁰. Dinanzi ad un quadro del genere usare ancora la nozione di costituzione in senso materiale può risultare quasi fuori moda – se non addirittura indizio di sospetto sovranismo. Al giurista contemporaneo si chiede di essere fedele più che ad un – ormai presunto – «fine politico fondamentale», a qualcosa che si vuole sia molto meno politico e molto più giuridico ovvero a principi i quali, proprio perché svincolati da forze politiche nazionali, possono essere ricavati dalle «tradizioni costituzionali comuni» (art. 6 TUE).

Eppure, per Mortati l'equilibrio fra procedura e contenuto, fra chi decide e che cosa si decide, fra diritto formale e diritto materiale, rappresenta la normalità del giurista. In effetti, se si prescinde dal profondo disincanto kelseniano – che non a caso non ha avuto seguito sul piano interpretativo – il formalismo, inteso come attenzione esclusiva sia alle procedure che alla sola legalità, è un lusso e ce lo si può permettere solo in periodi storici – come il XIX secolo – decisamente

¹⁶ MORTATI 2020 [1945], 112.

¹⁷ Cfr. per tutti IGNAZI 2012, e soprattutto IGNAZI 2019 [2017].

¹⁸ Pubblicata nel 1973, ora in MORTATI 2020, 129 ss.

¹⁹ MORTATI 2020, 145. In effetti, il limite maggiore di Mortati sta proprio nell'eccessivo monismo. Già ne *La Costituente*, infatti, egli ritiene che «il regime democratico è basato sulla discussione e sulla persuasione, sull'alternativa al potere di partiti diversi, e questa evidentemente non potrebbe avere luogo se i partiti fossero portatori di concezioni politiche in così radicale contrasto fra di loro da non potere coesistere» (MORTATI 2020 [1945], 93). E in effetti, a titolo confermativo, Mortati si rifiuterà sempre di attribuire alla Corte costituzionale alcun ruolo politico, anche solamente nella forma della funzione di indirizzo politico-costituzionale (proposta avanzata, ad es., da BARILE 1967 (1962, ma in realtà 1960), 444 ss., sulla base dell'idea che il pluralismo sociale va composto politicamente in parlamento e non articolato sul piano istituzionale (cfr. MORTATI 1972b [1962], 79 ss.).

²⁰ FIORAVANTI 2001 [1987], 605 ss.

stabili sotto il profilo sociale ed economico, alimentando l'idea di poter distogliere lo sguardo dalla realtà sulla quale il diritto viene calato. Ma al di fuori di questa ipotesi è fisiologico assumere le forme giuridiche anche in rapporto al contesto in seno al quale sono destinate ad operare, alle finalità obbiettivamente perseguite con il loro uso e ai contenuti di cui possono essere normalmente – e vengono contingentemente – munite.

Si badi: questo equilibrio fra forma e sostanza non rappresenta uno dei tanti criteri cui il giurista può ricorrere in quel gioco di guardie e ladri che è l'interpretazione fra legislatore e interpreti. Sotto il profilo teorico-interpretativo il “sostanzialismo” di Mortati si pone a monte degli svariati strumenti a disposizione del giurista e magari contribuisce a definirne il perimetro di agibilità²¹. Potrebbe essere approssimato, ad esempio, a quell'«accordo generale circa l'applicabilità dei termini classificatori» che, secondo Hart, prescinde dai «canoni interpretativi» e che permette di individuare i cd. «casi normali, in cui i termini generali sembrano non avere bisogno di alcuna interpretazione e in cui il riconoscimento degli esempi appare non problematico o “automatico”»²². Oppure, forse con maggiore appropriatezza, a quelli che Alf Ross chiama «fattori pragmatici dell'interpretazione» – fattori che non mancano mai nell'interpretazione, foss'anche solo nella forma del «senso comune», e che, quando sono «più alti» prendono la «veste di deliberazioni circa le conseguenze di una interpretazione, valutate e reciprocamente misurate alla luce dei valori fondamentali»²³.

Certo, questi «fattori pragmatici» non sono gli stessi che Mortati divisava tra gli anni '30 e gli anni '40. E si può anche essere d'accordo sul fatto che non sia facile oggi per un interprete individuare i nuovi con la stessa sicurezza di Mortati. Ciò di cui non si può dubitare è, però, la loro rilevanza: al giurista europeo sarà richiesto di prendere le distanze dalla propria costituzione in senso materiale, e tuttavia deve essere sufficientemente attento a cogliere quei «fattori pragmatici» posti al di là della legalità del diritto europeo e che si condensano in quell'ordoliberalismo che ha rappresentato fino ad oggi la filosofia del diritto europeo quantomeno da Maastricht in poi²⁴. Ma, poi, una nozione come quella di costituzione materiale, con tutta la sua “densità” politica, è davvero da archiviare alla storia allorquando la Corte costituzionale italiana nella ben nota ordinanza n. 24 del 2017 si è trovata ad opporre alla altrettanto nota decisione sul cd. caso Taricco della Corte di Giustizia dell'Ue l'«identità costituzionale della Repubblica italiana», fino al punto da affermare espressamente che «se l'applicazione dell'art. 325 del TFUE comportasse

²¹ Non si dimentichi, infatti, che ne *La costituzione in senso materiale* la «funzione del fine politico nell'interpretazione della legge» (come pure in caso di lacune) rappresenta solo una delle funzioni di «unificazione del sistema giuridico» svolte dalla nozione di costituzione in senso materiale (cfr. MORTATI 1998 [1940], 164 ss.).

²² HART 1991 [1961], 149. Del resto, può aggiungersi che la costituzione in senso materiale, al pari della norma di riconoscimento, sia essenzialmente una “pratica sociale”: al pari della prima, «nella maggior parte dei casi la norma di riconoscimento non viene dichiarata, ma la sua esistenza si manifesta nel modo in cui vengono individuate le norme particolari, da parte dei tribunali o di altri funzionari o dei privati o dei loro consiglieri» (HART 1991 [1961], 120, sebbene vada riconosciuto che la nozione mortatiana ha il pregio di essere molto più precisa e soprattutto più “contenutistica” rispetto alla versione da pedigree offerta da Hart).

²³ ROSS 1990 [1958], 137-139. L'analogia risulta tanto più appropriata quanto più si tiene presente che, come in Mortati la costituzione materiale non è affatto riducibile ad uno dei tanti criteri interpretativi a disposizione (e soprattutto all'interpretazione teleologica), così anche in Ross la «interpretazione pragmatica non può essere identificata con l'interpretazione dal punto di vista dello scopo o dell'indirizzo politico» (ROSS 1990 [1958], 138). Detto in altri termini, e guardato dalla prospettiva della teoria dell'interpretazione giuridica, il “sostanzialismo” di Mortati vuole far luce su quelli che sono definiti «argomenti di secondo livello», che «servono esattamente a stabilire, o a enunciare, i criteri di selezione, di utilizzazione e di gerarchizzazione degli argomenti interpretativi astrattamente disponibili» – argomenti che, non a caso, «sembra appropriato compendiare nella nozione di “ideologia giuridica”» (PINO 2021, 316 s.).

²⁴ Non v'è dubbio che i «fattori pragmatici» nell'interpretazione del diritto europeo siano variati nel corso del tempo e che certo sono più articolati di quanto il mero riferimento nel testo all'ordoliberalismo lasci presumere (per una ricostruzione del genere cfr. almeno ITZCOVICH 2006); ma è altrettanto indubbio quanto quella interpretazione non sia stata mai – per dirla con Ross – solo secondo «l'uso linguistico» e sia sempre stata condizionata da «considerazioni pragmatiche».

l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale (...), questa Corte avrebbe il dovere di impedirlo?»

2. Mortati e Schmitt

Questo modo di concepire procedure e contenuti come pure legalità e legittimità rappresenta una buona prospettiva per soffermarsi sul rapporto fra Mortati e il pensiero di Schmitt. Le distanze fra i due derivano, infatti, proprio dal peso che il primo dà ai “contenuti” della decisione costituente – il che conferisce alla concezione mortatiana del potere costituente una forza esplicativa e un nitore concettuale incomparabilmente superiori²⁵.

Anche in tal caso il testo del '45 è largamente debitore del testo del '40; ma anche in tal caso la prospettiva costituente evidenzia più efficacemente di quel testo la critica che Mortati muove Schmitt. Si tratta di una critica nota: Schmitt fa bene a non attestarsi al solo diritto “formale”, ma ciò che Schmitt vi vede al di là è troppo indeterminato per un giurista. In particolare, non è chiaro chi prenda la decisione che rappresenterebbe il fondamento di tutto l'ordinamento giuridico, né come essa si strutturi proprio allo scopo di svolgere questa funzione fondativa.

Per Schmitt la decisione costituente – il «soggetto del potere costituente»²⁶ – può essere o il re o il popolo²⁷.

Di questi due, poi, a ben vedere quello “autentico” è il popolo e non il re. Il potere costituente, per Schmitt, crea un ordine dal nulla e, se vuole rimanere costituente, non deve costituirsi, ma rimanere come una sorta di fonte di energia politica cui ricorrere in caso di bisogno. Invece, un monarca, soprattutto quello ereditario (e non elettivo), è intrinsecamente un potere costituito: esso solo in maniera traslata può essere definito come potere costituente e, in effetti, per Schmitt questo costruito nasce storicamente durante la Restaurazione allo scopo di replicare al successo di quella che è la formula originaria del potere costituente: il potere costituente del popolo²⁸.

Ora, sia per Schmitt che per Mortati il popolo è concetto politico, non sociologico. Fino a quando non è capace di agire politicamente un aggregato di individui è – per usare un termine hobbesiano, autore caro ad entrambi – moltitudine. Lo scarto fra i due è rappresentato dai requisiti necessari affinché una moltitudine diventi popolo. Per Schmitt tale passaggio si ha quando emerge la nazione: il potere costituente è il potere della nazione di dare forma alla propria esistenza politica e tale forma sarà la propria *Verfassung* ovvero quella che in termini mortatiani è la costituzione in senso materiale.

Ma come fa una nazione ad esercitare il potere costituente? Per Schmitt, essa è unità politica: è, come detto, un insieme di essere umani che è, però, soggetto dotato di autocoscienza politica. E per Schmitt vi sono solo due «principi di forma politica contrapposti, dalla cui realizzazione ogni unità politica assume la sua forma concreta»: “identità” e “rappresentanza”²⁹. Il principio

²⁵ Non è casuale, infatti, che nelle *Brevi note* Mortati, del pensiero di Carl Schmitt, apprezzi senza riserve solo la sua concezione del diritto come ordinamento concreto in quanto «è proprio l'asserita isolabilità, o della norma, o della decisione, che si rende impossibile, come impossibile è intendere queste ultime senza un sostrato concreto, che è l'ordinamento» (MORTATI 2020 [1973], 131 s. in nota). Del resto, la teoria del diritto come ordinamento concreto è espressamente appaiata da Schmitt all'istituzionalismo di Santi Romano, al quale almeno in parte si deve quella maggiore robustezza teorica del potere costituente che nel testo è attribuita a Mortati rispetto a Schmitt. Sul rapporto fra Schmitt e Mortati e fra Mortati e Romano ancora utili sono rispettivamente CATANIA 2013a [2001], nonché CATANIA 2013b [2002], 97 ss. e 117 ss.

²⁶ SCHMITT 1984 [1928], 112.

²⁷ In realtà, Schmitt aggiunge anche una terza possibilità – evidentemente ricalcata sulla tradizionale tripartizione in monarchia, aristocrazia, democrazia – ovvero una «minoranza» (SCHMITT 1984 [1928], 117), ma è un'ipotesi alla quale, come si vedrà meglio infra, egli non attribuisce pari dignità rispetto agli altri due soggetti.

²⁸ Cfr. SCHMITT 1984 [1928], 116 s.

²⁹ SCHMITT 1984 [1928], 270.

di “identità” è schiettamente democratico: risponde all’ideale dell’autogoverno e mira a realizzare una unità politica in cui ogni membro obbedisce solo a sé stesso. Questo ideale nella sua purezza è, tuttavia, irrealizzabile. Innanzitutto, occorrerebbe stabilire chi siano i suoi membri (per sesso, per religione, per lingua etc.), ma, essendo soggetto costituente, non può esservi una norma previa che indichi chi faccia parte della nazione. A ciò si aggiungano due effetti paradossali: una piena attuazione del principio di “identità” conduce all’anarchia ovvero all’eliminazione della distinzione fra governanti e governati e – secondo effetto –, se idealmente tutti possono essere governanti di sé stessi, allora non esisterà una nazione, ma solo il genere umano senza distinzione (politica) fra popoli. Pertanto, per Schmitt, una certa dose, anche di minima, di “rappresentanza” è inevitabile: la nazione esiste solo se vi sia una persona o un gruppo ristretto di persone (leggi: un’assemblea) che la rappresenti. In altri termini, la nazione non esiste come entità empirica, ma solo nel riflesso che ne dà il rappresentante. Anche in tal caso, come non si dà una norma previa che definisca i membri della nazione, così non può darsi criterio *ex ante* che individui chi sia il rappresentante. L’unico criterio è l’effettività: è la capacità del rappresentante di saper rendere l’unità politica della nazione e tale capacità ha la sua prova nella «acclamazione»³⁰ che quest’ultima fa dell’operato del rappresentante.

Orbene, per Mortati, questa ricostruzione del potere costituente del popolo, pur essendo per certi aspetti condivisibile, è affetta da due limiti.

Il primo consiste nell’intravedere continuità dello Stato anche dinanzi a macroscopiche discontinuità politiche. Per Schmitt, se la nazione non viene meno ovvero se la rappresentanza funziona, è irrilevante se il rappresentante sia un parlamento borghese oppure un soviet supremo: «L’unità politica come intero può continuare ad esistere nonostante le modifiche ed i cambiamenti della costituzione»³¹. E a questa tesi, per Mortati, si giunge a causa del secondo limite cui va incontro la nozione schmittiana del potere costituente del popolo ovvero l’indeterminatezza. Ed infatti, Schmitt può permettersi di argomentare la perfetta continuità dello Stato perché, una volta certificata l’effettività del meccanismo rappresentativo, diventa del tutto irrilevante come la nazione sia riuscita a dotarsi di una costituzione oppure, in caso di potere costituente «derivato», come abbia potuto disfarsi della precedente e produrne una nuova e opposta a quest’ultima.

Per Mortati, invece, data l’inaccettabilità del primo limite, occorre porre rimedio al secondo. Detto altrimenti, se non si vuole giungere all’assurdo di qualificare come revisione costituzionale «ogni variazione nell’ordinamento dei poteri supremi o nella posizione dei fini, per quanto radicale»³², giocoforza si deve penetrare nel mistero della rappresentanza ed indagare come si passi dalla nazione alla costituzione: più precisamente, occorre portare alla luce quel

«principio organizzativo specifico, che introduca certi rapporti di dominio e di soggezione fra gli appartenenti ad esso, e cioè il predominio di certe forze, le quali riescono ad imporre una propria concezione dell’ordine associativo ed a coordinare intorno ad essa tutta la serie delle relazioni sociali»³³.

Per Mortati non basta che un potere agisca al di fuori delle norme giuridiche ufficiali e sia effettivo per potersi dire costituente: un potere del genere potrebbe muoversi al di fuori dell’ordinamento formale anche al solo scopo di salvaguardarlo. È solo la considerazione della sua «conce-

³⁰ SCHMITT 1984 [1928], 120.

³¹ SCHMITT 1984 [1928], 132. E poco più in là, dinanzi al quesito se l’esecuzione di Luigi XVI abbia interrotto la continuità dello Stato francese oppure se la rivoluzione bolscevica abbia infranto o meno la continuità dello Stato russo, si risponde che «corrisponde proprio alla logica democratica l’accettazione della continuità anche in questi casi. Infatti, la teoria democratica conseguente non conosce nessuna altra costituzione legittima se non quella che su basa sul potere costituente del popolo» (SCHMITT 1984 [1928], 134).

³² MORTATI 2020 [1945], 50.

³³ MORTATI 2020 [1945], 51.

zione dell'ordine associativo»³⁴, è solo dando rilievo al “contenuto” della sua azione che è possibile accertare la compatibilità con la costituzione materiale esistente o la volontà di sostituirla. Tutt'al contrario per Schmitt, per il quale ciò che conta è l'unità politica di un popolo ovvero lo Stato, a discapito della sua «specie» e della sua «forma» – la sua costituzione –: se l'unità politica si raggiunge solo nel riflesso che ne offre il rappresentante, per Schmitt è sufficiente che il riflesso funzioni indipendentemente da ciò che lo “specchio” restituisca³⁵. In altri termini, a Schmitt non interessa che tipo di spettacolo il rappresentante stia mettendo in scena, ma più semplicemente che lo spettacolo funzioni e solo l'applauso del pubblico lo decreterà³⁶.

A ben vedere questo scetticismo schmittiano sui contenuti è fondamentalmente parallelo a quello kelseniano. Anche in Schmitt, al pari che in Kelsen, agisce un'antropologia politica pessimista e, quindi, non crede alla possibilità di rinvenire un “contenuto” che possa fondare un *in idem sentire de constitutione*. Entrambi, pertanto, sono, ciascuno a proprio modo, formalisti, con la differenza – certo, non di poco momento – per cui la “forma” kelseniana è normativa, quella schmittiana è esistenziale. Mortati non intende accondiscendere a queste visioni del diritto così disincantate, ma non perché – lo si vedrà tra un istante – possieda una filosofia del diritto così forte da individuare il contenuto che il diritto non potrebbe non avere; né semplicemente perché avrebbe vissuto un'esperienza costituzionale – quella del regime fascista – più stabile e di gran lunga meno traumatica di quella weimariana. Mortati si discosta da entrambi perché è perfettamente consapevole del prezzo giusteorico che si paga con un formalismo particolarmente spinto: se il contenuto è irrilevante, non si può garantire unità dell'ordinamento; non si può giudicare della continuità/discontinuità fra regimi diversi; l'organo supremo è per definizione illimitato e, di conseguenza, non gli si può far valere alcuna responsabilità, se non proprio giuridica, almeno politica; infine, nel caso in cui una norma attribuisca discrezionalità, essa sarebbe priva di criteri orientativi, assimilandosi in ultima analisi all'arbitrio. In altri termini, anche Mortati, come Schmitt, è alla ricerca della legittimità oltre la legalità, ma la sua vuole essere una legittimità sostanziale e non solo formale: non è solo la legittimità del decisore – il partito politico nel suo caso –, ma vuole essere una legittimità anche razionalistica ovvero anche del contenuto³⁷.

³⁴ MORTATI 2020 [1945], 51.

³⁵ Ecco perché fra nazione e popolo quale titolare del potere costituente Mortati preferisce nettamente quest'ultimo (mentre Schmitt, invece, considera popolo e nazione come sinonimi, anzi con una preferenza per quest'ultima formula perché «più pregnante e meno equivoca», SCHMITT 1984 [1928], 114). La teoria del potere costituente (e della sovranità) della nazione «potrebbe avere un senso solo se fossero determinati il modo e le forme dell'agire della nazione. Ma l'equivoco sta proprio in questo: nel presentare la nazione come entità già formata e capace di azione, mentre si ammette che essa è insuscettibile di manifestare una sua volontà, sicché il risultato della costruzione è che la volontà nazionale è quella che di volta in volta viene formulata dalle forze politiche che riescono a prevalere, e che non mutano la loro natura per il fatto di chiamarsi organi o rappresentanti della nazione» (MORTATI 2020 [1945], 101 s.) – un esito, per Mortati, del tutto inaccettabile con le costituzioni contemporanee che, al contrario di quelle ottocentesche, si basano molto più sulla diretta partecipazione popolare e molto meno sulla rappresentanza nazionale (cfr. MORTATI 2020 [1945], 114-116).

³⁶ In ciò gioca anche il diverso peso che in Mortati e in Schmitt ha la teologia politica quale dispositivo concettuale esplicativo del funzionamento del potere costituente. In entrambi essa è all'opera perché il rappresentante del popolo costituente non è individuato ed individuabile *ex ante* da una previa norma, ma lo si “riconosce” un po' come il fedele riconosce il proprio dio; tuttavia, in Mortati il ruolo del partito politico riduce notevolmente questa componente “fideistica” e provvede a razionalizzarlo non poco, in quanto «l'identità del sentire politico che sta alla base del rapporto fra elettore ed eletto determina un vincolo, che costringe quest'ultimo a riflettere nella sua azione le concezioni e gli orientamenti intorno a cui si è formato il rapporto (così da dar luogo a quello che si è chiamato il *Parlament-miroir*) e ciò con tanta maggiore aderenza quanto più determinati sono gli orientamenti stessi e quanto più rigida la disciplina dell'associazione, fino a giungere alla riproduzione di forme, più o meno larvate, di quel mandato imperativo che le costituzioni liberali dell'800 proibiscono espressamente» (MORTATI 2020 [1945], 114).

³⁷ Ciò spiega perché Schmitt non includa anche le minoranze come possibili soggetti titolari del potere costituente, minoranze che in età contemporanea sono esemplificate soprattutto dai partiti politici (cfr. SCHMITT 1984 [1928], 117). Come è noto, Schmitt è attratto dalla figura del partito, in virtù della sua potente capacità mobilitante in politica, ma al tempo stesso essa è considerata con diffidenza a causa della sua “naturale” parzialità, che mal si concilia

Tutto questo probabilmente conferisce alla concezione mortatiana del potere costituente meno *appeal* rispetto alla vaghezza della concezione schmittiana – quasi una prospettiva freddamente da giurista. Ma non v'è dubbio che ne guadagni notevolmente in termini di forza esplicativa. E – si potrebbe aggiungere – di utilità tecnica. *La Costituente* può essere anche letta come una sorta di vademecum per produrre stabili e duraturi ordinamenti costituzionali (e magari non costituzioni sempre aperte sull'abisso della guerra civile e sempre bisognose di un custode). Seguirne le indicazioni potrebbe essere d'aiuto per conferire un «principio organizzativo specifico» a movimenti politici che non vogliono limitarsi a «rappresentare» un popolo contrapposto all'ordine costituito; e in tal modo si potrebbe andare anche al di là di quell'effetto solamente «irritante» alla quale la compartimentazione stagna dei sistemi autopoietici condanna il «costituzionalismo sociale»³⁸.

Certo, la grammatica mortatiana del potere costituente è molto esigente. E forse troppo moderna. In effetti, se la cd. postmodernità giuridica ridimensiona i confini nazionali e rifugge dalle organizzazioni gerarchiche e dagli ampi programmi di rinnovamento sociale ed economico, Mortati pretende prestazioni difficili da adempiere e forse nemmeno richieste dalla prassi politico-costituzionale contemporanea. Da un lato, un insieme di «fini fondamentali dell'ordinamento concreto»³⁹, che accompagna «come la sua prima e fondamentale legge di vita, lo Stato, dal suo sorgere al suo estinguersi»⁴⁰; dall'altro lato, «una distribuzione di forze (...), tale da consentire ad alcune di esse di esprimere una propria volontà, la quale appaia capace di farsi valere e di essere sentita come obbligatoria, in modo supremo e incondizionato, almeno entro certi termini di media obbedienza»⁴¹. Per di più, con l'affermazione contemporanea della sovranità popolare quella «distribuzione di forze» ha preso le forme del partito politico: una tipologia di partecipazione politica che, se non è data per tramontata, è considerata piuttosto recessiva attualmente. Se a questo quadro si aggiunge – e in tal caso la stabilità del regime fascista aveva, per così dire, abituato bene – la scarsa familiarità di Mortati con la conflittualità politica e sociale con tutte le difficoltà di elaborare «fini fondamentali» suscettibili di armonizzazione, si comprende perché la sua concezione del potere costituente possa apparire a qualcuno poco attuale e molto da storicizzare.

E tuttavia, l'equivalenza “Mortati-partito politico” è un errore. Ha ragione Zagrebelsky quando afferma che «che il partito, inteso quale formazione politica storicamente nota con questo nome, non è affatto ingrediente essenziale della dottrina della costituzione materiale»⁴². E non c'è bisogno di fare una ricostruzione puntuale nelle pieghe della produzione mortatiana per averne conferma: già ne *La costituzione in senso materiale* è precisato che quel «minimo di elementi organizzativi per poterla [la comunità sottostante allo Stato] pensare capace di attività» è integrato «al momento del formarsi nel seno della comunità di una forza politica»⁴³ e che solo a partire dalla Rivoluzione francese in poi questa «forza politica» prende il nome e la sostanza del «partito politico»⁴⁴. A Mortati interessa non la causa, ma l'effetto: non il partito politico in sé, ma quella «differenziazione di valori e di posizioni fra i membri di essa, una sopra e sottordinazione di voleri, [che] instauri rapporti di comando e di obbedienza»⁴⁵.

con il monismo intrinseco del concetto di potere costituente. Altrettanto “naturalmente” il partito postula una ideologia per la propria riconoscibilità e per la propria distinguibilità rispetto ad altre forze politiche: postula, in altri termini un contenuto che sposterebbe Schmitt su un terreno, quello della legittimità materiale, cui egli non è disposto a scendere, stante quella antropologia politica pessimistica cui si è accennato nel testo.

³⁸ Il riferimento va ovviamente a TEUBNER 2012.

³⁹ MORTATI 2020 [1945], 33.

⁴⁰ MORTATI 2020 [1945], 33.

⁴¹ MORTATI 2020 [1945], 36.

⁴² ZAGREBELSKY 1998, XXX.

⁴³ MORTATI 1998 [1940], 61 s.

⁴⁴ Cfr. MORTATI 2020 [1945], 70-74.

⁴⁵ MORTATI 2020 [1945], 37.

Non v'è dubbio che la cd. postmodernità abbia reso questi rapporti sempre più pulviscolari e frammentati, ma che cosa è la democrazia se non – sono parole di Mortati – «l'attribuzione ad ogni singolo di una quota parte della sovranità e quindi del diritto di intervento diretto nella determinazione della forma di Stato»⁴⁶? La sovranità popolare, si potrebbe dire, costitutivamente è aperta a declinazioni teoriche e pratiche atomistiche⁴⁷; il partito politico può essere considerato come la modalità di espressione di questo principio adatta ai tempi di un'economia di tipo fordista ed industriale; in un'economia come quella attuale, ove le organizzazioni sono molto meno gerarchiche e decisamente più reticolari e condivise, quel «diritto di intervento diretto» richiederà pur sempre una «distribuzione di forze», ma stavolta molto più diffusa ed elastica, difficilmente approssimabile al partito politico di stampo novecentesco.

Ci si sbaglia, allora, se si ritiene che (non la crisi, ma più opportunamente) la trasformazione dei partiti dia vita ad una stagione di disintermediazione che renda del tutto irrilevante il contenuto del potere costituente, magari proprio in versione schmittiana⁴⁸. Mortati è molto esplicito nell'affermare che la democrazia, che quel «diritto di intervento» non è una tecnica decisionale come le altre, indifferente alla sostanza della decisione presa⁴⁹: essa, se proprio non implica un preciso e ben determinato indirizzo, quantomeno richiede politiche che rispondano al suo presupposto fondamentale ovvero il «valore della persona» e con esso «la sua partecipazione ai beni della vita, in posizione di sostanziale eguaglianza»⁵⁰. In caso contrario – con parole che oggi possono sembrare profetiche –, «se si trascurasse di mettere in moto un processo di avviamento verso un nuovo ordine socio-economico, la democrazia, come è stato detto, apparirebbe come la maschera della preesistente oligarchia economica»⁵¹.

Semmai è il contrario, allora. Con la stagione della disintermediazione emerge ancor più chiaramente del passato il «valore della persona» – che invece partiti politici ben organizzati e radicati nel territorio tendevano a diluire, se non proprio a sacrificare, in virtù della scala dimensionale al cui livello opera(va)no. Emerge, in altri termini, ancor più urgentemente l'esigenza di considerare le costituzioni non solo per la loro Parte II – relativa all'organizzazione dei poteri pubblici –, ma anche per la loro Parte I – i diritti fondamentali e il progetto di convivenza associata ivi vagheggiato –, tacciando di colpevole miopia, se non di dolosa lucidità, tutti quei progetti di riforma istituzionale che ritengono di lasciare intatta quest'ultima Parte, pur stravolgendo del tutto la Parte II.

⁴⁶ MORTATI 2020 [1945], 93.

⁴⁷ Lo testimonia l'exkursus storico condotto da Mortati sulle fonti di «giustificazione» del potere costituente: cfr. MORTATI 2020 [1945], 82-89.

⁴⁸ Un esempio di questa irrilevanza è fornito dal «significante vuoto» di LACLAU 2008 [2005].

⁴⁹ Mortati lo afferma esplicitamente nella prefazione – non ristampata nel 2020 – a *La Costituente. La teoria, la storia, il problema italiano*, MORTATI 1972a [1945], 3 ss. In essa Mortati dichiara di volersi occupare, del potere costituente, solo delle questioni «di struttura», «relative all'organizzazione ed al funzionamento dell'assemblea costituente» e non anche di quelle «di fondo», «attinenti al contenuto», ma aggiungendo che «non si è tuttavia ommesso di mettere in rilievo quelle esigenze generalissime dell'instaurazione costituzionale, che, per essere imposte in modo necessario dai presupposti intrinseci ad ogni forma di democrazia moderna, si pongono come limiti dell'opera affidata all'assemblea, o, più propriamente, come condizioni di una specifica categoria di validità, propria di ogni attività discrezionale data dalla rispondenza allo scopo ad essa prefissato».

⁵⁰ MORTATI 2020 [1973], 150. In ciò è difficile non intravedere assonanze con la tesi secondo cui «l'idea dei diritti dell'uomo – idea che ha trovato espressione nei diritti fondamentali delle costituzioni – non vada né imposta dall'esterno come una limitazione al legislatore sovrano né semplicemente strumentalizzata ai suoi illimitati obbiettivi. I due principi (diritti dell'uomo e sovranità popolare) sono invece “co-originari”» (HABERMAS 2013 [1992], VII).

⁵¹ MORTATI 2020 [1973], 150. Ecco perché non sarebbe una buona idea quella di “rilassare” la carica normativa del significato di termini come “Stato” o “costituente”, in modo da liberarsi dal “tormento” semantico della modernità e allo scopo di accomodarli ad una fattualità decisamente frammentaria, settaria ed autoreferenziale (gli esempi sono abbondanti; in riferimento al potere costituente fra i tanti cfr. TEUBNER 2012, 63 ss.; ARATO 2017, incentrato su un potere costituente post-sovrano e post-rivoluzionario, per non parlare di NEGRI 2002).

3. Sostanzialismo giusnaturalistico?

Giunti a questo punto, il “sostanzialismo” mortatiano potrebbe sollevare qualche sospetto di criptogiusnaturalismo.

Come detto, “procedura” e “contenuto” e “forma” e “materia” devono andare di pari passo. Pertanto, le costituzioni non possono avere qualsiasi contenuto, né possono limitarsi kelsenianamente a disciplinare «la produzione delle norme giuridiche generali»⁵². E questo contenuto non può essere incompatibile con quel «valore della persona» che l'emersione della sovranità popolare ha imposto sul potere costituente. Gli indizi, quindi, sembrerebbero convergere, tanto più poi che *La costituente* attribuisce un ruolo importante – come vedremo tra un istante – al diritto naturale rispetto al testo del '40.

Va detto che la posizione di Mortati sul diritto naturale è articolata e non squadrabile facilmente, anche perché Mortati, pur di fatto praticandola, ha sempre preferito evitare di affrontare di petto questioni di filosofia del diritto. In effetti, ciò che gli sta a cuore è il risultato ovvero l'equilibrio fra forma e contenuto: come non si può avere una forma senza contenuto – e, dunque, il diritto naturale ha una voce in capitolo nella strutturazione della prima –, così non si può avere un contenuto senza forma – e, quindi, il primo non vige se non c'è un diritto positivo a riceverla. E di conseguenza: come un diritto formale senza diritto materiale girerebbe solamente a vuoto, così un diritto materiale senza diritto formale avrebbe scarse chance di stabilità, durata ed effettività. Ne vien fuori un rapporto fra diritto positivo e diritto naturale che non ha nulla di prescrittivo, ma si potrebbe dire di coimplicazione teoretica, derivante dalla constatazione – insuperabile, per Mortati, quasi un truismo – secondo cui le costituzioni non possono avere qualsiasi contenuto, ma non ne hanno uno necessario ed immutabile – una posizione che, per certi aspetti, ricorda molto il «contenuto minimo del diritto naturale» di H.L.A. Hart.

Ciò comprova ulteriormente perché in Mortati la storia conti. Si potrebbe anche ammettere, infatti, che diritto naturale e diritto positivo si rimandano l'un l'altro, ma si potrebbe replicare che trattasi di un rimando storicamente variabile e contingente; posizione assolutamente lecita e fondata, per Mortati, ma tutto sommato banale e soprattutto conoscitivamente inutile, perché ignora che quella contingenza influisce sul potere costituente e sulla concezione della costituzione⁵³. Questo non significa cercare nelle pieghe della riflessione mortatiana una (micro-)filosofia della storia o addirittura un giusnaturalismo di tipo storico. Come detto, Mortati è alieno da prese di posizione così impegnative sul piano filosofico, anche perché della costituzione e dell'annesso potere costituente ha un'idea molto meno esigente: la sua vuole essere la prospettiva di un giurista storicamente “situato”, un giurista – per adottare un lessico più familiare ai filosofi del diritto – che assume il punto di vista interno della modernità giuspolitica occidentale, ma che non giunge ad assolutizzarlo in termini dworkiniani.

Ed infatti, non si dimentichi che, per Mortati, requisito necessario e anche sufficiente perché si dia potere costituente (e costituzione) è l'effettività. È una questione di «logica giuridica»⁵⁴ a suo avviso, dal momento che «in qualsiasi formazione statale è dato rintracciare un momento creativo, caratterizzato da un atto di decisione, diretto a dar vita ad un'organizzazione autorita-

⁵² KELSEN 1990 [1960], 252.

⁵³ Come rilevato in precedenza, Mortati non intende trattare del potere costituente «in senso assoluto» e qui può farsi cenno alla ragione, appunto, storica che giustifica questa sua posizione. In effetti, a suo avviso, il potere costituente, propriamente parlando, è solo moderno perché è espressione della nozione di sovranità popolare ovvero dell'idea – per Mortati, di lontane ascendenze cristiane – secondo cui «il vincolo con cui si costituisce lo Stato contrasterebbe alla natura di essere libero, propria dell'uomo; se non derivasse dallo stesso consenso di questo. Consenso, che, perché le esigenze esposte possano ritenersi soddisfatte, non può farsi consistere nella manifestazione passiva della volontà assoggettantesi ad un ordine esterno, bensì nella partecipazione consapevole alla formazione dell'ordine stesso» (MORTATI 2020 [1945], 84).

⁵⁴ MORTATI 2020 [1945], 42.

ria»⁵⁵. Ciò conferisce al potere costituente «legittimazione»⁵⁶ – termine che potrebbe essere ricondotto al punto di vista esterno hartiano nella misura in cui si basa sulla «pratica constatazione, della idoneità della medesima di porsi come effettivamente vincolante, con il grado e con l'efficacia che essa presume di avere di suprema legge regolativa di un ordinamento statale»⁵⁷.

E tuttavia, Mortati non è Kelsen: la sola effettività non basta. E, come detto in precedenza, Mortati non è nemmeno Schmitt: l'acclamazione è troppo indeterminata, giacché se non si indagano le ragioni dell'acclamazione non si dispone di alcun criterio per rilevare la transizione da uno Stato zarista ad uno Stato dei soviet. È questa la ragione per cui ne *La costituente*, accanto al tema della «legittimazione», trova (maggior) posto anche la trattazione concernente la «giustificazione»⁵⁸ del potere costituente. In questa prospettiva è del tutto scontato che ciò che potrebbe garantire «legittimazione» non vale come «giustificazione». Si tratta della mera forza: teorie che vi ruotano intorno sono solo «una pura e semplice esposizione dell'essere, del meccanismo attraverso il quale riesce ad operare l'apparato autoritario»⁵⁹. Un ordinamento del genere sarà anche in grado di funzionare, potrà anche essere certamente etichettato come giuridico, ma, per Mortati, non v'è dubbio che non possa avanzare la «pretesa alla stabilità e alla durata»: tale pretesa «importa che di norma l'ordinamento positivo tenda a realizzare l'ideale di giustizia prevalente nel gruppo sociale su cui domina, e si richiami ai valori corrispondenti, dei quali quindi si pone come organo di positivizzazione e di attuazione»⁶⁰. Anzi, il potere costituente in tanto si manifesta, in tanto esiste, in quanto non si limita affatto ad esercitare la coazione, ma agisce proprio su quell'«ideale di giustizia» che ormai risulta del tutto incompatibile con l'ordinamento vigente e con la sua capacità di adattamento e di risposta.

Mortati non si nasconde la circostanza per cui parlare di “giustizia” equivale a parlare di diritto naturale⁶¹. Il diritto positivo può anche fare a meno del diritto naturale e non perderà punti in termini di “legittimità” (nel senso mortatiano), ma certo, se vuole essere “giustificato”, se intende contare su una obbedienza convinta da parte dei suoi destinatari, non può che tendere verso ciò che storicamente viene individuato come il diritto naturale⁶². In effetti, se ci si pone in una prospettiva storica la straordinaria fecondità della giurisprudenza ottocentesca la si deve proprio ad un fortunato equilibrio fra una costituzione formale rappresentata dal diritto positivo vigente e una costituzione materiale incarnata dal diritto naturale sette-ottocentesco: in tanto la legge rappresentava la fonte suprema di diritto indipendentemente dal suo contenuto, in quanto non si aveva alcun dubbio che una società «in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione», come dispone l'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. Da questo punto di vista, anzi, *La costituzione in senso materiale* potrebbe essere anche letta addirittura come il tentativo, certamente assai impegnativo, di riscrittura dell'art. 16: il tentativo, cioè, di rinvenire una nuova costituzione materiale novecentesca capace di evitare il formalismo insito nell'uso di “forme” giuridiche ancora legate alla costituzione formale ottocentesca.

Da questa angolatura l'inclinazione giusnaturalistica di Mortati sembrerebbe, allora, difficile da mettere in dubbio. Posto in termini giusteorici contemporanei, la sua posizione non sarebbe

⁵⁵ MORTATI 2020 [1945], 41 s.

⁵⁶ MORTATI 2020 [1945], 71.

⁵⁷ MORTATI 2020 [1945], 76.

⁵⁸ MORTATI 2020 [1945], 77.

⁵⁹ MORTATI 2020 [1945], 82 (in nota).

⁶⁰ MORTATI 2020 [1945], 78.

⁶¹ Cfr. MORTATI 2020 [1945], 79.

⁶² In fin dei conti, non diversamente da quanto sostiene anche Hart per il quale un ordinamento giuridico può anche esistere sulla base dell'accettazione dei «criteri di validità giuridica dell'ordinamento», ma «la società in cui accadesse questo sarebbe deplorabilmente formata da pecoroni: e le pecore possono finire dal macellaio» (HART 1991 [1961], 138).

poi così tanto diversa da coloro i quali – e sono tanti oggi – sostengono che, se il diritto non può che costituire una ragione per agire, ebbene la migliore, la più genuina e autentica ragione per agire è la morale. Pertanto, il potere costituente è il potere di rendere operativo a livello giuridico i principi fondamentali della moralità moderna ovvero l'«attribuzione alla persona umana di un suo autonomo ed insopprimibile valore», in virtù della quale «sola spiegazione razionale della fonte del potere sociale appare quella che la ripone nella volontà degli stessi associati»⁶³.

Trattasi, però, di un sospetto infondato, e per più di una ragione. In primo luogo, già nel saggio del '40 la ricerca della costituzione in senso materiale chiaramente è condotta allo scopo di sottrarla alle teorie del diritto naturale⁶⁴ ed essa stessa esprime una «superlegalità costituzionale, fondata non su basi giusnaturalistiche, né sociologiche, ma connessa con l'ideologia sostenuta dalle forze politiche dominanti»⁶⁵. Questa «superlegalità» può essere rovesciata solo dal potere costituente, che è nozione *intrinsecamente* non giusnaturalistica: esso è «volontà», una «volontà assolutamente primaria, la quale desume solo da sé stessa, e non mai da altra fonte, il suo limite e la norma del suo operare»⁶⁶, è una trascendenza che è, però, ancorata alla sfera mondana e in essa trova il proprio contenuto, la propria struttura e soprattutto il proprio limite. Non si dimentichi, infatti, che per Mortati – e da questo punto di vista non c'è soluzione di continuità fra lo scritto del '40 e quello del '45 – per trovare un limite, un limite giuridico, agli organi supremi non c'è affatto bisogno di scomodare l'idea di un diritto naturale che, da posizione sovraordinata, indichi chi e che cosa si possa disporre giuridicamente. E potrà sembrare paradossale, ma ciò emerge con maggior nitidezza proprio in sede costituente ovvero proprio in quella sede che apparentemente sembra essere dotata di potenzialità sconfinite: se un potere vuole essere costituente, se cioè vuole produrre una costituzione che valga come norma per l'avvenire, non può che assoggettarsi allo stesso assetto che intende realizzare e questo vincolo non ha origini morali o giusnaturalistiche, bensì «non può da altro derivare che dalla speciale distribuzione interna delle forze sociali, dall'intreccio dei bisogni ed interessi, di cui esse sono portatrici, e che, per potere essere soddisfatti, richiedono l'osservanza della legge costituzionale posta»⁶⁷.

Certo, dopo il secondo conflitto mondiale l'ostracismo verso il diritto naturale non era più prorogabile e, anzi, la tragedia dell'olocausto rendeva di nuovo viva l'esigenza di riattingere alla sorgente mai esauribile del diritto naturale. Anche in Mortati è ravvisabile l'eco di questa tempe e proprio ne *La costituente*; e tuttavia è sempre il medesimo testo a negare chiaramente che il rapporto fra diritto naturale e diritto positivo sia inteso nei termini di un nesso di subordinazione concettuale del secondo al primo⁶⁸. Per Mortati, infatti, quel rapporto va inteso attraverso una nozione molto familiare ai giuristi: quella del rinvio. Più precisamente, trattasi di «rinvio ad una fonte materiale»⁶⁹, la quale vige solo in virtù della volontà dell'organo supremo operante il

⁶³ MORTATI 2020 [1945], 87.

⁶⁴ Cfr. MORTATI 1998 [1940], soprattutto 6 (in nota), ove chiaramente Mortati contesta coloro i quali sostenevano che la ricerca di una nozione materiale di costituzione fosse possibile solo aderendo ad un qualche tipo di giusnaturalismo.

⁶⁵ MORTATI 1998 [1940], 121.

⁶⁶ MORTATI 2020 [1945], 35.

⁶⁷ MORTATI 2020 [1945], 33.

⁶⁸ Ciò che può dirsi anche del Mortati costituente il quale, dinanzi alla proposta di inserire in Costituzione un articolo dedicato al diritto di resistenza, affermò che «circa la sostanziale esattezza e, vorrei dire, la santità di questo principio, nessuno potrebbe sollevare delle obiezioni, e tanto meno noi cattolici, poiché è tradizionale nel pensiero cattolico l'ammissione del diritto naturale alla ribellione contro il tiranno [...]. Quindi non è al principio che noi ci opponiamo, ma alla inserzione nella Costituzione di esso, è ciò perché a nostro avviso il principio stesso riveste carattere metagiuridico, e mancano, nel congegno costituzionale, i mezzi e le possibilità di accertare quando il cittadino eserciti una legittima ribellione al diritto e quando invece questa sia da ritenere illegittima» (Camera dei Deputati, Segretariato Generale, *La Costituzione repubblicana nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, 8 voll., Roma 1971 vol. V, 4408).

⁶⁹ MORTATI 2020 [1945], 79.

rinvio, realizzando «una novazione della fonte»⁷⁰. In tal modo il razionalismo del diritto naturale permette di alimentare il diritto positivo senza per questo negare il carattere volontaristico di quest'ultimo: «La ragione così non è direttamente legislatrice, ma si pone come motivo del comando (e corrispondentemente dell'obbedienza), mentre la causa risiede nella volontà dell'autorità che dispone il rinvio»⁷¹. Dal che consegue non solo che il diritto naturale recepito non può essere interpretato «se non in armonia con i principi fondamentali propri dell'ordinamento stesso»⁷², ma soprattutto che questa interpretazione non può che essere fornita che dall'«organo supremo dello Stato la cui pronuncia deve essere circondata da una presunzione assoluta di verità»⁷³, giungendo ad affermare che «la legittimazione si deve trovare nella volontà stessa dell'organo supremo (*stat pro ratione voluntas*)»⁷⁴.

È, quindi, in questo senso che per Mortati va inteso il rapporto fra “procedura” e “contenuto”, fra “diritto formale” e “diritto materiale”. Un ordinamento giuridico – e il connesso potere costituente che lo crea – non è riducibile all'insieme dei suoi poteri pubblici perché questo insieme, la sua conformazione, non è affatto indifferente al «fine politico fondamentale» perseguito. Questo «fine politico fondamentale» in un modo o in un altro rimanda al diritto materiale ovvero alla giustizia, a quel diritto naturale che in età moderna pone al centro dell'universo giuspolitico l'individuo; pertanto, la costituzione dello Stato moderno ha il compito di declinare, sotto il profilo sia sostantivo che procedurale, sia nella sua Parte I che nella sua Parte II, la rilevanza dell'individuo dettata dall'avvento del principio di eguaglianza. Ciò non comporta una “forma” ben precisa, una organizzazione dei poteri già delineata e precostituita, ma quantomeno porta con sé quella «forza politica» – che in età contemporanea prende il nome di “partito politico” – che ha il compito di strutturare e veicolare il «diritto di intervento diretto nella determinazione della forma di Stato»; e, al tempo stesso, non implica un contenuto costituzionale circostanziato, ma la formulazione ed attuazione di una ideologia che almeno non sia incoerente con il «valore della persona umana» in quanto attore della sovranità popolare.

Forse ora è chiara la ragione per la quale si è parlato, in analogia con il «contenuto minimo del diritto naturale», di una sorta di «contenuto minimo» del potere costituente. Certo, Hart è molto esplicito nel ricordare che il «né il diritto né la moralità accettata nelle società hanno bisogno di estendere la loro protezione e i loro benefici minimi a tutti coloro che stanno nell'ambito della loro portata, e spesso non l'hanno fatto»⁷⁵ – ciò che la sovranità popolare come radice del potere costituente non tollererebbe. Tuttavia, il modo in cui Hart connette diritto positivo e diritto naturale è molto prossimo al peso che Mortati attribuisce al diritto naturale nella strutturazione del moderno potere costituente. Esso può molto e solo la sua volontà è fonte di legittimazione dell'ordinamento. Tuttavia, non può tutto: per esser tale non può che dischiudersi al «nucleo di buon senso della dottrina giusnaturalistica»⁷⁶, un nucleo che a partire dall'età moderna fonda il potere politico legittimo dal basso, dall'individuo; e, se non intende cadere in contraddizione con se stesso, se non vuole smentire la sua natura costituente, deve essere il prodotto della sovranità popolare e deve alimentarsi di una ideologia che permetta in un modo o in un altro la partecipazione politica dell'individuo.

⁷⁰ MORTATI 2020 [1945], 80.

⁷¹ MORTATI 2020 [1945], 80.

⁷² MORTATI 2020 [1945], 80.

⁷³ MORTATI 2020 [1945], 80.

⁷⁴ MORTATI 2020 [1945], 80. Con un meccanismo non diverso da quello divisato dalla teoria kelseniana dell'interpretazione giuridica, nel caso in cui «il diritto positivo stesso deleghi una qualche norma metagiuridica, come la morale, la giustizia ecc.»: la delega a tali norme non produce una “giusnaturalizzazione” del diritto positivo, ma – al contrario – «le si trasformerebbe in norme di diritto positivo» (KELSEN 1990 [1960], 387), il che significa, per Kelsen, sottoporle alla dinamica volontaristica di quest'ultimo.

⁷⁵ HART 1991 [1961], 233.

⁷⁶ HART 1991 [1961], 231.

Riferimenti bibliografici

- ARATO A. 2017. *The Adventures of the Constituent Power. Beyond Revolutions?*, Cambridge University Press.
- BARILE P. 1967. *Legami fra la Corte Costituzionale e le funzioni esecutiva e legislativa e influenza di queste su quella*, in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, Cedam, 444 ss.
- BRIGAGLIA M. 2006. *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, Giuffrè, 2006.
- CALVINO I. 1995. *Perché leggere i classici*, Mondadori.
- CATANIA A. 2013a [2001]. *Mortati e Schmitt*, in ID., *Effettività e modelli normativi. Studi di filosofia del diritto*, Giappichelli, 99 ss.
- CATANIA A. 2013b [2002]. *Santi Romano e Costantino Mortati*, in ID., *Effettività e modelli normativi. Studi di filosofia del diritto*, Giappichelli, 119 ss.
- COLÓN-RÍOS J. 2020. *Constituent Power and the Law*, Oxford University Press.
- CROCE M., GOLDONI M. 2020. *The legacy of pluralism. The continental jurisprudence of Santi Romano, Carl Schmitt and Costantino Mortati*, Stanford University Press.
- FIORAVANTI M. 2001 [1987]. *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Giuffrè, vol. II, XX ss.
- GALIZIA M., GROSSI P. (eds.) 1990. *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè.
- HABERMAS J. 2013 [1992]. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Laterza.
- HART H.L.A. 1991 [1961]. *Il concetto di diritto*, Einaudi.
- IGNAZI P. 2012. *Forza senza legittimità. Il vicolo cieco dei partiti*, Laterza.
- IGNAZI P. 2019 [2017]. *Partito e democrazia. L'incerto percorso della legittimazione dei partiti*, Mulino.
- IRTI N. 2007. *Il salvagente della forma*, Laterza.
- ITZCOVICH G. 2006. *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Giappichelli.
- KELSEN H. 1990 [1960]. *Dottrina pura del diritto*, Einaudi.
- LACLAU E. 2008 [2005]. *La ragione populista*, Laterza.
- LANCHESTER F. (ed.) 1989. *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Esi.
- LANCHESTER F. (ed.) 2017. *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Cedam.
- MORTATI C. 1972a [1945]. *La Costituente. La teoria, la storia, il problema italiano*, in ID., *Raccolta di scritti*, Giuffrè, vol. I.
- MORTATI C. 1972b [1962]. *Costituzione (dottrine generali)*, in ID., *Raccolta di scritti*, Giuffrè, vol. II, 79 ss.
- MORTATI C. 1998 [1940]. *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè.
- MORTATI C. 2020 [1945]. *La teoria del potere costituente*, Quodlibet.
- MORTATI C. 2020 [1973]. *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 2, 1, 1973, 511 ss.
- NEGRI A. 2002. *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Manifestolibri.
- PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli.

- PRETEROSSO G. 2004. *Tramonto senza fine. L'Occidente politico di Hegel e Schmitt*, in «Filosofia politica», 1, 2004, 5 ss.
- ROSS A. 1990 [1958]. *Diritto e giustizia*, Einaudi.
- SCHMITT C. 1984 [1928]. *Dottrina della costituzione*, Giuffrè.
- TEUBNER G. 2012. *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press.
- ZAGREBELSKY G. 1989. *Il metodo di Mortati*, in LANCHESTER F. (ed.), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Cedam.
- ZAGREBELSKY G. 1998. *Premessa*, in MORTATI C., *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè.