

VERSO  
LA COSTITUENTE:  
IL PENSIERO  
DI MORTATI  
NELLA LETTURA  
DI UNO STORICO

ITALO **BIROCCHI**



Verso la Costituente:  
il pensiero di Mortati nella lettura di uno storico

Towards the Constitutional Assembly:  
a Historian's Reading of Mortati's Thought

ITALO BIROCCHI

“Sapienza” Università di Roma.  
E-mail: [italo.birocchi@uniroma1.it](mailto:italo.birocchi@uniroma1.it)

#### ABSTRACT

Premesse alcune considerazioni sull'opera iniziale di Mortati (1931-1940), il saggio analizza le sue posizioni sul potere costituente nell'arco temporale compreso tra il 1943 e il 1945. Contro le tesi “continuiste”, Mortati ritiene che il fascismo abbia dato vita a una duplice rottura istituzionale, al momento del suo avvento (1922) e alla sua caduta (1943-45) e che l'Assemblea Costituente debba essere il centro del processo di transizione verso la democrazia.

Beginning with some considerations on Mortati's early work (1931-1940), the paper assesses his stands on the constituent power within the stretch of time between 1943 and 1945. As against the “continuity” thesis, Mortati believed that fascism gave rise to a double institutional disruption: the first one at its arrival (1922), and the second one at its demise (1943-45). He also believed that the Constitutional Assembly should be the centerpiece of the political process transitioning towards democracy.

#### KEYWORDS

Potere costituente (composizione, funzioni); transizione; fascismo

Constituent power (composition, functions); transition; fascism

# Verso la Costituente: il pensiero di Mortati nella lettura di uno storico

ITALO BIROCCHI

1. *Senza il senno di poi: l'interesse dello storico per la riflessione di Mortati sulla Costituente* – 2. *Guardando al primo Mortati* – 3. *Nel difficile passaggio tra il 1943 e il 1945* – 4. *Il potere costituente: presa sul serio, la discontinuità si raddoppia (lo Statuto stracciato dal fascismo)* – 5. *La Costituente come centro del processo di transizione: i nodi del governo provvisorio e dei partiti* – 6. *Concludendo*.

## 1. *Senza il senno di poi: l'interesse dello storico per la riflessione di Mortati sulla Costituente*

Nell'accostamento al pensiero dei giuristi dell'età contemporanea è diffuso l'abito di comprenderlo alla luce di quel che avvenne *dopo*, forse per sfruttare il privilegio dell'interprete di mettere a frutto la conoscenza degli avvenimenti successivi o forse per una tendenza storicista, più o meno consapevole. È una metodologia frequente tra i giuristi positivi – non è però raro che essa sia fatta propria anche dallo storico – ed è pienamente legittima, essendo libera l'angolazione da cui osservare l'oggetto della ricerca, a patto, tuttavia, di essere consapevoli della sua più usuale conseguenza: una sorta di precomprensione unilaterale (il cosiddetto *senno di poi*) che rischia di collocare non appropriatamente le cose del passato.

Un tale pericolo grava sugli studi riguardanti Mortati<sup>1</sup>; gioca in questo senso la meritata fama derivante dall'appartenenza alla ristretta cerchia di quanti furono tra i padri della Costituzione e però anche tra i suoi più autorevoli commentatori, che induce a leggere i lavori precedenti come prodromi del suo pensiero successivo. Il fatto è, però, che l'attività del giurista calabrese comprende due periodi evidentemente discontinui tra loro, caratterizzati dalla dittatura e, rispettivamente, dalla democrazia. E poiché il pensiero costituzionale di Mortati, anche quando svolto sul piano prettamente teoretico, deve la sua fertilità alla messa in discussione del rapporto di separazione tra diritto e politica – tra i pochi allora a lavorare su questo punto cruciale<sup>2</sup> –, appare plausibile ipotizzare che la discontinuità tra regime a partito unico e ordine democratico-pluralista abbia inciso sulle sue costruzioni, da sempre qualificate come “realiste”.

In sostanza, se il tema da studiare riguarda il pensiero di Mortati sulla Costituente, il problema storico appare quello di vedere il rapporto intercorrente tra l'opera-principe da lui pubblicata nel 1945 e i lavori editi prima della caduta del fascismo<sup>3</sup>; si tratta allora di analizzare come egli abbia vissuto la fase di transizione ordinamentale – uso il termine in senso specifico, per alludere alla situazione giuridico-istituzionale avviata con la caduta del fascismo (25 luglio 1943) e culminata con la promulgazione della Costituzione – al cui centro, per la prima volta in Italia, si poneva *la decisione costituente*<sup>4</sup>. È lui stesso ad invitarci a un tale problema, posto che considerò i

<sup>1</sup> Fra quanti si sono sottratti a questo pericolo spiccano gli innumerevoli saggi di Fulco Lanchester e di Ugo de Siervo: v. in particolare il fondamentale studio di LANCHESTER 1994a sulla formazione e i primi lavori di Mortati, e quello di DE SIERVO 2017, con importanti notazioni di metodo (spec. 215-219 e 248 nt. 90). In un altro lavoro dedicato pure alla Costituente quest'ultimo autore ha criticato i giudizi formulati col *senno di poi* (DE SIERVO 1980, 579 s.). Nella letteratura su Mortati si distingue, utilissima anche per lo storico, la monografia di BRIGAGLIA 2006, che decostruisce l'opera complessiva del giurista per ricomporla sotto l'angolazione della teoria del diritto: un lavoro solo apparentemente lontano dalla storia, che in realtà si confronta con la storia vissuta grazie alla sensibilità critica dell'autore (56 e spec. 255 ss.).

<sup>2</sup> FIORAVANTI 2019, VIII nt. 3.

<sup>3</sup> È il problema esattamente posto da LANCHESTER 2017, 19 e v. già prima LANCHESTER 1989, 90.

<sup>4</sup> È l'arco temporale che riguarda essenzialmente anche la *giustizia di transizione* (FORNASARI 2013 e ID., 2015).

fatti del 25 luglio come un colpo di Stato segnante una cesura ordinamentale<sup>5</sup>.

Qui dunque si rifletterà sul Mortati attivo *in vista della* Costituente, non *alla* Costituente. La questione da indagare si può formulare così: come si rifletté una tale frattura nel pensiero costituzionale del giurista calabrese? Ovvero: ci fu in esso continuità o discontinuità? La domanda è semplice, la risposta, invece, sembra tutt'altro che piana. Più in generale l'opera sulla *Costituente* offre la possibilità di riscontrare come le elaborazioni giuridiche siano legate agli avvenimenti storici e, viceversa, come esse tentino di indirizzarli.

## 2. Guardando al primo Mortati

Nella nuova situazione degli anni Trenta, nel campo teorico pubblicistico si diffusero le tendenze antiformalistiche dei *novatores*, spesso attratti dalle elaborazioni degli omologhi tedeschi della decade precedente (Smend, Schmitt) e ormai emancipati dall'uso, frequente in tempi passati, delle categorie privatistiche ed anzi addirittura donatori di paradigmi propri ai cultori delle scienze civilistiche<sup>6</sup>. Vi si annoverano i giuristi di regime spesso concentrati in alcuni ambienti considerati fucina di quadri e pensatoi per la costruzione delle istituzioni fasciste; ma le teorie *realiste* attraevano anche personalità convinte che i rapporti socio-economici dovessero tradursi in strutture giuridiche di nuovo conio<sup>7</sup>.

Su questo terreno crebbe la vocazione accademica di Mortati, giunta molto tardi, dopo la terza laurea (in Scienze politiche, nel laboratorio romano dei Rossi, Maraviglia, Panunzio) e mentre ancora operava come funzionario presso la Corte dei conti<sup>8</sup>: e fu il percorso che alla fine dei Trenta portò alla teoria della costituzione in senso materiale, tentativo originale che si districava tra l'ortodossia dei novatori entro lo Stato totalitario (ruolo del partito unico; la politica come direttrice del diritto; il regime) e la ricerca di una via nuova (la costituzione come funzione dello Stato e fondamento dell'ordine positivo).

Non sembra una pura coincidenza che il libro d'esordio del giurista calabrese (1931) venisse immediatamente recensito da Jemolo<sup>9</sup>. Esso era dedicato al Governo quale organo di una funzione nuova – una quarta, oltre alle tre tradizionali – che appariva importante come caratteristica dello *Stato moderno* (così nell'espressione di Mortati) e specificamente dell'ordinamento italiano vigente<sup>10</sup>: quella di direzione politica, situata in posizione di supremazia rispetto agli altri organi, che pure, secondo la lettura mortatiana, godevano di una sfera di autonomia nello svol-

<sup>5</sup> MORTATI 1945a, 137.

<sup>6</sup> Lo ha notato GROSSI 1999, 1036 nt. 148, in uno scritto pionieristico; l'osservazione è stata ampiamente confermata dagli studi successivi.

<sup>7</sup> GIANNINI 1990, 8, ha osservato che il carattere fondamentale accomunante inizialmente gli esponenti della nuova giuspubblicistica italiana era la critica verso l'astrattismo dei maestri.

<sup>8</sup> Per la formazione di Mortati è d'obbligo il rinvio a LANCHESTER 1994a, 49-92. Impropiamente per gli anni Trenta in letteratura si parla del "giovane" Mortati, inserito tra la leva di giuristi, quali Chiarelli o Crisafulli, che avevano rispettivamente una dozzina o addirittura quasi una ventina d'anni in meno (mentre Mortati, vicino ai quarant'anni, conseguiva la terza laurea alla Sapienza, Crisafulli, allora giovanissima matricola, cominciava la sua formazione a Giurisprudenza: documento impressionante della carica ideologica dell'insegnamento di quegli anni sono i resoconti delle esercitazioni tenute in seno ai corsi della cattedra di Filosofia del diritto nel 1928-29, sotto la supervisione di un assistente d'eccezione come Capograssi: v. CAPOGRASSI 1990, 401, per l'esercizio preparato da Crisafulli). Nell'equivoco è caduto anche Jemolo che recensendone l'opera del 1931 (v. nt. seguente) lo chiamava "giovane": era sì il primo libro di Mortati, ma questi era esattamente suo coetaneo (classe 1891).

<sup>9</sup> JEMOLO 1932, 177-179.

<sup>10</sup> Diversamente da BRIGAGLIA 2006, 188, non credo che Mortati intenda per "Stato moderno" quel tipo di Stato che sorge dopo la rivoluzione francese; intende invece la forma-Stato contemporanea, che andava strutturandosi in contrasto col modello ottocentesco scaturito dall'esperienza dell'Ottantanove.

gimento dei propri compiti<sup>11</sup>. Nei suoi tormenti di giurista “conservatore”, l’ecclesiasticista aveva infatti già riflettuto su quel profilo tematico emerso nel corso dell’esperienza giolittiana e ora non nascondeva il giudizio positivo per un libro che storicisticamente prendeva atto dell’ormai obsoleto sistema statutario e che, anche con sguardo comparatistico, cercava di dare espressione giuridica alle esigenze di unitarietà e accentramento della direzione politica<sup>12</sup>.

Il tentativo di Mortati era quello di sistematizzare il fenomeno del rafforzamento dell’Esecutivo nella crisi del parlamentarismo, nonché di accreditare il regime come un’evoluzione perfezionata dello Stato di diritto (idea che il giurista non dismise fino alla caduta del fascismo)<sup>13</sup>. Come indica la prosa faticosa – caratteristica del resto del giurista calabrese<sup>14</sup> – il libro era tuttavia ambiguo nel voler riflettere e ordinare la realtà nuova. Per un verso questa veniva spiegata attraverso l’uso di una nomenclatura (almeno parzialmente) tradizionale, dando l’impressione che essa fosse una semplice evoluzione storica; per un altro però veniva assolutizzata, come se le strutture fattualmente a sostegno della funzione del Capo del governo (l’organizzazione corporativa e il partito unico) fossero imprescindibilmente proprie dello *Stato moderno* e non categorie storiche e specificamente proprie dello Stato forte mussoliniano<sup>15</sup>. Insomma, da un lato l’autore asseriva di aver dato alla trattazione un’impostazione di carattere giuridico – così esplicitamente la prefazione – su un tema che si collocava tuttavia in una zona grigia tra politica e diritto, dall’altro il realismo affiorava continuamente nel corso dell’esposizione che piegava infine sulla giustificazione del presente<sup>16</sup>: alla ricerca dei presupposti di fatto e delle finalità politiche, in fin dei conti quell’organizzazione partitica, quell’organizzazione corporativa (che era struttura e insieme ideologia) spiegavano e sorreggevano una forma istituzionale – la funzione di direzione politica del Capo del governo – che poteva essere chiamata più chiaramente, come Mortati scriveva, “regime fascista”<sup>17</sup>.

Sulla stessa scia, ma con assai maggiore maturità, dell’ormai cattedratico calabrese apparve nel 1940 *La costituzione in senso materiale*, della quale qui si parlerà solo per quel tanto che serve a

<sup>11</sup> MORTATI 2000 [1931], 10-11 e *passim*. Nel suo affresco pressoché contemporaneo sulle istituzioni del regime TRENIN 1929 non faticava troppo ad essere più realista del realista Mortati togliendo il velo della pseudoautonomia dei ministeri rispetto al duce e degli altri poteri rispetto all’Esecutivo (è noto che l’amministrativista veneto preferì l’esilio alla sottomissione all’ideologia fascista imposta dalla legislazione del 1925; il solo, con Presutti, che perciò abbandonò la cattedra).

<sup>12</sup> Giusto alla vigilia della marcia su Roma Jemolo aveva pubblicato un volume dedicato a Crispi, che non era semplicemente una riflessione sulla biografia dell’uomo politico, ma si confrontava piuttosto col problema della direzione della politica (JEMOLO 1922; cfr. FANTAPPIÈ 2015, 173-175 e BIROCCHI 2015, 38 s.). Si sa che rimarrà viva nel Mortati operante alla vigilia della Costituente la preoccupazione per l’indirizzo unitario e per un governo stabile e che si tradurrà in una complessa proposta coinvolgente gli equilibri tra presidente della Repubblica, Esecutivo e Parlamento (cfr. DE SIERVO 2017, 239).

<sup>13</sup> LANCHESTER 1989, 96-98 e 101 e LANCHESTER 1994a, 73. Tuttora utile, anche per la lettura in contrappunto dell’opera di Crisafulli sullo stesso tema pubblicata nel 1939, CIANFEROTTI 1980, 280-284.

<sup>14</sup> Un’indiretta allusione all’espressione faticosa delle prime opere pare di cogliere in GIANNINI 1990, 8; esplicitamente ZAGREBELSKY 1989, 87.

<sup>15</sup> Su questo aspetto v. la critica di Jemolo nella recensione citata. CHELI 2000, X, ha espresso l’idea che il libro di Mortati fosse un estremo tentativo di spiegare entro lo schema dello Stato di diritto l’esperienza istituzionale del regime, in una fase in cui questo non aveva ancora manifestato irreversibilmente la sua tendenza totalitaria.

<sup>16</sup> Nel parlare di “zona grigia” MORTATI 2000 [1931], 4, si rifaceva a un saggio di un pubblicista antiformalista come Manfredi Siotto Pintor (il rilievo è in LANCHESTER 1994a, 65 nt. 41).

<sup>17</sup> MORTATI 2000 [1931], 224 (non occorre in questa sede evocare il dibattito di quegli anni sul tema del “regime”). Le considerazioni riportate nel testo si ricavano dall’ultimo capitolo del libro (spec. 221-226). Sul partito unico ivi, 188-193 (e cfr. LANCHESTER 1994a, 71). Sulla «assunzione del fatto economico da parte dello Stato, nel concetto fascista» e dunque sul corporativismo e le sue strutture in mano alla politica del Capo del governo v. ancora MORTATI 2000 [1931], 171 ss. («il principio etico e politico, che permea di sé tutto l’ordinamento sindacale corporativo e consente di potere utilizzare ai fini generali dello Stato il complesso delle forze del lavoro e della produzione» non aveva semplice valore programmatico, bensì giuridico ed era contemporaneamente il perno della politica del fascismo in campo economico: 172-173).

comprendere il Mortati degli anni immediatamente successivi. Era una pubblicazione d'autore, resa possibile evidentemente da una lunga meditazione della letteratura pubblicistica tedesca e francese – ma con vigile attenzione anche per quella anglosassone<sup>18</sup> – che si direbbe eclettica e però certo originale ed anzi assai innovativa nel radicalizzare univocamente posizioni emergenti. La filosofia di Maritain, le varie declinazioni (italiane e francesi) dell'istituzionalismo, l'agguerrita *nouvelle vague* giuspubblicistica italiana, Kelsen, Smend, Schmitt e tanti altri esponenti della scienza giuridica tedesca erano ripresi (e spesso criticati) in una costruzione incentrata sul fine politico fondamentale, quale molla che animava il partito dei dominanti e che rappresentava anche l'essenza della costituzione materiale<sup>19</sup>. Il modello ordinamentale era prettamente di marca volontarista ed esprimeva gli interessi stabili (nonché i valori e le ideologie collegate) di uno strato di uomini in grado di imporli col potere<sup>20</sup>.

La novità era proprio questa: di contro all'asettica tecnicità sbandierata dai giuristi tradizionalisti che guardavano semplicemente all'essere della costituzione, occorreva indagare sulla sua *causa*, inscindibile dal dato formale<sup>21</sup>. Mortati proclamava l'insufficienza se non la miseria del positivismo, incapace di spiegare i fondamenti dell'ordinamento e di cogliere i meccanismi con cui esso veniva gestito, a cominciare dai procedimenti di interpretazione delle norme e dai processi di trasformazione subiti dalle costituzioni nel tempo. Prima dello Stato, ma già giuridicizzato, stava un assetto sociale con i suoi valori espressi da un partito capace di imporre i propri indirizzi politici<sup>22</sup>: non dunque una generica comunità, o nazione, o istituzione, bensì una forza sociale capace di esprimersi unitariamente come classe dominante e di imporre (con la coercizione e con la propaganda dell'ideologia) i propri interessi ai governati<sup>23</sup>.

«Questa forza, risultante dall'organizzazione di un gruppo sociale che si differenzi dagli altri, in quanto riesca trionfando su gruppi antagonisti portatori di interessi diversi e orientati verso un diverso modo di intendere l'unità politica, a far valere effettivamente la forma particolare di ordine, da essa affermata, offre il contenuto della costituzione originaria, fondamentale»<sup>24</sup>.

Si ripete; era una situazione già giuridica – una costituzione materiale fondata su ideologie, valori, capacità di imporsi, «fonte suprema dell'ordinamento»<sup>25</sup> – la quale entrava poi in dialettica

<sup>18</sup> GALLI 1979, 102, ha messo in luce la sterminata conoscenza dottrinale di Mortati; tra l'altro il giurista aveva introitato l'intera opera schmittiana, cosa allora inusuale (notazioni su legami e distanze tra l'opera del professore calabrese e le costruzioni del giurista tedesco ivi, 102-105).

<sup>19</sup> A testimonianza dell'ampio complesso di letture sottostanti alla proposta basti osservare la conoscenza del dibattito sui rapporti tra dogmatica, teoria generale e filosofia del diritto, in corso negli anni precedenti in una dottrina vivace e trasversale: MORTATI 1998a [1940], 12-14 nt. 10. Con ragione GREGORIO 2013, 230-231, ha affermato che il libro dell'allora professore di Macerata non fu fenomeno isolato e ha indagato sull'*humus* da cui emerse; importanti notazioni anche in DE SIERVO 1990, 333-343.

<sup>20</sup> BRIGAGLIA 2006, 5 ss. (sul carattere volontaristico) e 93 ss. (sul significato di "interessi"). Non è il caso in questa sede di soffermarsi sull'importante esigenza di stabilità e certezza.

<sup>21</sup> MORTATI 1998a [1940], 9.

<sup>22</sup> MORTATI 1998a [1940], 70 ss.; sul rapporto tra politica e diritto (e in particolare sui fini politici del partito dominante quale causa dell'attività dello Stato), 105-113. Mortati arrivava a scrivere che «pel completamento delle dichiarazioni consacrate nel testo costituzionale» la fonte di conoscenza dei principi poteva essere tratta «da atti o documenti direttamente emananti dal partito» (141).

<sup>23</sup> Nessun valore giuridico era perciò insito nella proclamazione che il diritto o la sovranità emanano dal popolo (MORTATI 1998a [1940], 61) o, analogamente, dal *Führerprinzip* (MORTATI 1998a [1940], 60; ma quest'ultimo, forse contraddittoriamente, per Mortati era un principio di carattere sostanziale, 103 nt. 28).

<sup>24</sup> I MORTATI 1998a [1940], 63. Contro «l'ideologia liberale che riconosce[va] a ogni suddito la qualità di cittadino», Mortati affermava che lo Stato non era strumento di conciliazione di interessi, sicché l'eventuale concessione di diritti politici al di fuori del partito dominante «non potrebbe essere spinta fino a dar luogo a partecipazione all'esercizio del potere sovrano» (65-66 e nt. 21).

<sup>25</sup> MORTATI 1998a [1940], 121 e 124.

con la costituzione formale, strumento di quella materiale e, nella concezione di Mortati, di «carattere necessariamente incompiuto ed elastico» perché formulata attraverso principi generici e direttive di massima in vista del loro adattamento alle mutevoli esigenze dello Stato<sup>26</sup>.

A poco più di un ventennio dall'opera principale di Romano, Mortati proponeva un disegno generale dell'ordinamento dal punto di vista pubblicistico, spogliando i privatisti dell'antica supremazia<sup>27</sup>. Proprio in quegli anni il suo maestro Luigi Rossi aveva riconosciuto che rispetto al diritto privato le lacune ordinamentali nel campo del diritto pubblico erano ben maggiori, sicché occorreva fare uso abbondante della comparazione per risalire ai principi generali del diritto e ricavare le analogie; con sano realismo aveva poi aggiunto che il diritto pubblico era fortemente condizionato dalla politica<sup>28</sup>. Dal canto suo Mortati rovesciava le dottrine consolidate in tema di interpretazione trovando proprio nell'insieme della costituzione materiale il criterio di unitarietà che legava in un sistema i principi generali del diritto e l'interpretazione: contro le tesi dei positivisti, tendenti a ricavare dalle norme vigenti il principio informatore del sistema, egli riconosceva il valore giuridico autonomo dei principi della costituzione materiale, che influivano sia sul legislatore, sia sugli interpreti<sup>29</sup>. Per la sua rilevanza in proposito e per il fatto che la storiografia costituzionalistica di solito sorvola su questo risvolto della teoria di Mortati, conviene riportare il lungo brano:

«è illusorio che l'adeguazione della regolamentazione giuridica ai nuovi bisogni, che incessantemente si producono e la invocano in modo improrogabile, possa avvenire per opera dello stesso sistema legale, attraverso i mezzi di completamento, dai quali si ritiene risultare la c.d. chiusura dell'ordinamento normativo. Il sistema legale si muove meno rapidamente dei rapporti sociali; la legge, come è stato detto, è necessariamente in ritardo sui fatti, sicché dai criteri ispiratori di essa possono non risultare soddisfatte le nuove esigenze di cui si parla. Infatti queste possono essere così eterogenee rispetto ai casi previsti, così imparagonabili ad essi da non potersene trarre la disciplina che esse richiedono, né con il ricorso all'argomento a contrario, né con quello all'analogia, o ai principi generali, ove questi si intendano come principi desunti per via di successiva generalizzazione dalle singole norme»<sup>30</sup>.

Si intende che nel suo procedere Mortati non disdegnasse l'uso di strumenti civilistici; in particolare, e qui il pensiero va immediatamente a Betti ma anche ad Ascarelli, quello della "tipicità", utilizzato per intendere la variabile realtà sociale attraverso «schemi ottenuti in virtù dell'astrazione [dai comportamenti umani] di caratteri comuni, presentantisi con aspetto di regolarità e di costanza». Ebbene, mediante la tipicità «[era] possibile considerare ordinata sotto regole obbiettivamente rilevabili l'attività di attuazione del fine politico»<sup>31</sup>.

Al centro comunque rimaneva lo Stato, soggetto verso cui già tendeva la costituzione mate-

<sup>26</sup> Così, quasi testualmente, MORTATI 1998a [1940], 117. Sembrano evidenti le suggestioni sulle clausole generali tratte dalle scuole tedesche che muovevano dagli sforzi di Hedemann per la fondazione del *Wirtschaftsrecht* negli anni Dieci e che si incrociarono poi con i teorici del diritto libero e con gli indirizzi sociologici (cfr. ZACHER 2002, 320-321 per il riconoscimento da parte di Hedemann della stupefacente penetrazione delle clausole generali). Ovviamente Mortati utilizzava questo retroterra entro le direttrici del proprio disegno costruttivo.

<sup>27</sup> Risale comunque a Santi Romano la celebre definizione del diritto costituzionale come *tronco* dell'ordinamento, da cui si dipartono i vari rami (v. ROMANO 1926, 9 e ancora ROMANO 1945, 26).

<sup>28</sup> ROSSI 1940, 40 e cfr. LANCHESTER 1994b, spec. 23 (ma l'intero saggio è ricco di spunti sul rapporto tra gli insegnamenti di Luigi Rossi e la dottrina di Mortati negli anni Trenta).

<sup>29</sup> MORTATI 1998a [1940], 132-136 e 161 ss. In particolare il giurista si interrogava sulla distinzione tra principi generali giuridici e principi politici e, escludendo che per riconoscerli valessero criteri formali, individuava come criterio «la considerazione della posizione costituzionale delle persone o dei corpi da cui emanano e dell'intenzione avuta da costoro nell'emetterli»; in definitiva era una questione di effettività (161).

<sup>30</sup> MORTATI 1998a [1940], 135 s.

<sup>31</sup> MORTATI 1998a [1940], 96 s. Betti veniva citato alcune volte nel libro di Mortati, ma, salvo errore, sempre in relazione a tesi concernenti l'ordinamento romano (130 nt. 26 e 148 nt. 60).

riale e poi chiamato a gestire quella formale<sup>32</sup>. Riportando una nozione comunemente accolta, Mortati affermava che «lo Stato, in conseguenza dell'assoluta supremazia rispetto a tutti i soggetti fisici o giuridici nel suo territorio, dalla quale è contrassegnato, ha come suoi caratteri ineliminabili di essere: stabile, autoritario, coattivo, necessario e totale»<sup>33</sup>. La costituzione era considerata come una funzione dello Stato, «la prima e la più rilevante», nell'ambito di una visione che, per quanto riguardava le funzioni statuali, lo studioso riteneva bisognosa di una radicale rimeditazione rispetto alle concezioni ottocentesche dello Stato di diritto<sup>34</sup>.

Ha ragione chi ha sostenuto che la teoria mortatiana non fosse una banale proclamazione del fatto brutto che si faceva diritto<sup>35</sup>. Come pure ha colto nel segno chi ha rigettato le interpretazioni che vedono nel rapporto tra politica e diritto tracciato dal giurista calabrese una semplice espressione di compromissione politica. È vero infatti che Mortati non può essere considerato un giurista di regime come invece il suo maestro Panunzio<sup>36</sup>. La stessa tendenza verso il modello del partito politico unico era racchiusa in una teoria formalizzata che guardava comparatisticamente all'esperienza dello *Stato moderno*<sup>37</sup>; essa prevedeva che nel modello ci potesse essere anche un pluralismo di partiti (purché però confluenti su valori molto simili, altrimenti occorreva ipotizzare che la lotta tra le élites partitiche sarebbe sfociata comunque nella vittoria di uno dei contendenti, finendo eventualmente con il fondare un nuovo Stato)<sup>38</sup>. Era genuino lo sforzo per apprestare un impianto che spiegasse il perché e il come della genesi delle costituzioni e le accompagnasse poi in tutto il loro cammino, penetrando nei meandri dell'ordinamento in funzione. Il che non toglie che Mortati rimanesse ben ancorato all'esperienza del diritto positivo – impossibile per un “realista” farne a meno – sicché la formalizzazione presentava più di qualche falla<sup>39</sup>: di certo egli non rinunciava a portare a dimostrazione di giuridicità degli atti della giustizia materiale eventi tratti dall'esperienza dei partiti totalitari, in Italia o in Germania<sup>40</sup>.

<sup>32</sup> Se da un lato è vero che, con forte distacco dalle impostazioni del costituzionalismo ottocentesco, nella teoria mortatiana il centro d'interesse non è più lo Stato bensì la costituzione (ZAGREBELSKY 1998, XXVI-XXVII), dall'altro, se non si focalizza tutta l'attenzione sulla costituzione materiale dimenticando quella formale, il fulcro operativo rimane lo Stato, *causato* dalla politica e perciò sua espressione. Come scrive l'eminente costituzionalista, «per il costituzionalismo ottocentesco, lo Stato era la forza costitutiva della costituzione e della politica [...]. Per la nuova concezione [di Mortati], la politica produce lo Stato, il quale produce diritto politicizzato» (ZAGREBELSKY 1998, 27). In altre parole, la parte vincente, i cui valori politici si manifestavano nella costituzione materiale, organizzava pure lo Stato, centrale nella incessante attività di produzione del diritto. Coerentemente Mortati concepiva quale fondamento della consuetudine la volontà dello Stato (MORTATI 1998a [1940], 180). Sulla centralità dello Stato nella sua teoria della costituzione v. anche FIORAVANTI 2001, 762 s., 770 e *passim* e AMATO 1990, 233, il quale in proposito, in un orizzonte temporale più ampio, mette in luce la diversità della posizione di Mortati rispetto al pensiero di La Pira e di Dossetti, nonostante la comune matrice cattolica. Dovuto alle letture della pubblicistica tedesca o al clima culturale respirato sotto il fascismo, di certo nelle opere mortatiane del periodo qui considerato balza evidente la «costruzione organicistica della società che sale allo Stato e all'interesse generale, attraverso i gradini delle comunità intermedie» (AMATO 1990, 243).

<sup>33</sup> MORTATI 1998a [1940], 54 s.

<sup>34</sup> MORTATI 1998a [1940], 10 s. L'autore rimandava ad altra sede lo studio aggiornato delle funzioni dello Stato.

<sup>35</sup> ZAGREBELSKY 1998, XXXII. Proprio il pericolo di banalizzazione ha suggerito di limitare o addirittura eliminare l'uso del sintagma “costituzione materiale” per evitare i fraintendimenti del linguaggio corrente (cfr. BARBERA 2007, 12 e ID. 2015, 266 e nt. 8).

<sup>36</sup> FIORAVANTI 2001, 773 s. e FIORAVANTI 2013, 1386.

<sup>37</sup> FIORAVANTI 2001, 773 e BONFIGLIO 2021, 61.

<sup>38</sup> MORTATI 1998a [1940], 101 s. e 199 nt. 167. Sul punto un'analisi critica, con notazioni riguardanti la (parziale) revisione di Mortati dopo la caduta del fascismo, è in DOGLIANI 1994, 336 s. (con osservazioni ulteriori sul sostanziale “ritorno alle origini” del Mortati degli anni Sessanta, 340 ss.).

<sup>39</sup> Lo riconosce ZAGREBELSKY 1998, X s.

<sup>40</sup> È il caso del rovesciamento del principio *nullum crimen sine lege* in Germania (MORTATI 1998a [1940], 168). Tutta la letteratura comunque riconosce che la teorizzazione del partito in funzione della costituzione matura in Mortati nelle condizioni storiche dello Stato totalitario fascista: per tutti v. CIANFEROTTI 1980, 286 ss., COSTA 1986, 355 («Certo, il partito a cui Mortati fa riferimento è il partito dell'esperienza politico-ideologica del fascismo: totalitario, incompatibile con una pluralità di partiti concorrenti») e GREGORIO 2013, 244 nt. 79 («[Mortati] non esce dall'ottica totalitaria del-

Nella prospettazione complessiva dell'opera anche la teoria delle forme di Stato con le sue distinzioni classiche (Stato patrimoniale, di polizia, di diritto) doveva essere rivista non con un semplice aggiornamento al presente, bensì con lo smantellamento di quei paradigmi che sapevano di storia passata: doveva considerarsi fundamentalmente l'ispirazione politica del partito al potere<sup>41</sup>. Posizione realista forte e coerentemente applicata da Mortati. La riproporrà, in forma specifica, in un saggio scritto nell'estate del 1941 e dedicato al PNF come organo dello Stato<sup>42</sup>. Richiamatosi all'idea che il partito il quale avesse ottenuto la maggioranza dei voti avrebbe avuto il diritto di introdurre le proprie concezioni nella vita dello Stato, Mortati aggiungeva che tale funzione «non muta[va] per il fatto che in un determinato momento la legge [desse] ai rappresentanti di una sola delle forze in contrasto il diritto di farla valere e vederla realizzata nell'azione statale»<sup>43</sup>. Di nuovo, come nel libro sulla costituzione materiale la teorizzazione non escludeva situazioni diverse dal partito unico<sup>44</sup>; ma tutto il saggio si muoveva entro il recinto italiano del momento: rifletteva su un *qui e ora* ben definiti dalla legislazione vigente, che così comprovava la teoria. Le norme mostravano l'indissolubile penetrazione degli interessi del partito fascista con quelli dello Stato<sup>45</sup>.

Forse può dirsi che Mortati non aveva la tempra del giurista “contro”, peraltro difficilmente manifestabile in tempi di dittatura. Il suo spirito critico si esprimeva entro le maglie del diritto positivo: nuotava nella scuola giuspubblicistica italiana<sup>46</sup> e aveva preso la tessera del PNF sin dal 1927, ben prima dell'ondata delle iscrizioni che tra professori e intellettuali avvenne verso il 1932-33. Ma non lo potevano seguire i pasdaran del fascismo, perché troppo asciutta era la raffigurazione dei due pilastri del regime, il partito unico e il governo; niente affatto attraente era la sua visione corporativa, che nella galassia del corporativismo del regime mostrava caratteri organicisti più legati al mondo sociale che all'economia e al lavoro<sup>47</sup>. Men che meno erano disposti a rilanciare le sue tesi i giuristi positivi tradizionalisti che, fossero o no sinceramente vicini alla politica di regime, non intendevano abbandonare le collaudate forme della dogmatica e le categorie correnti dell'interpretazione.

In effetti il discorso di Mortati era spesso spiazzante per la tendenza a considerare gli elementi “sociali” normalmente espunti dall'orizzonte del giurista; s'intende, li considerava per immetterli nel sistema giuridico. Si può in proposito assumere come esempio un breve intervento del giurista sulla rivista *Stato e diritto* che, diretta da due pubblicisti/corporativisti come Giuseppe Chiarelli e Riccardo Del Giudice – entrambi usciti in origine dalla fucina gentiliana: l'impronta era data soprattutto dal primo, futuro giudice costituzionale – in quei primi anni Quaranta ospitava non di rado saggi eterodossi e critici<sup>48</sup>. Lo spunto era dato dalla pubblicazione di un volume di Codacci Pisanelli, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, e si trattava del problema dell'efficacia di criteri o principi desunti dall'esperienza sociale e comunque, come precisava Mortati, da discipline o da ordinamenti diversi da quello dello Stato: criteri e precetti che potevano essere assunti a scopo interpretativo o integrativo di disposizioni, ma che comunque ponevano il problema della «posizione che essi vengono ad assumere allorché penetrano nel mondo del diritto»<sup>49</sup>. La loro utilizza-

la necessità del partito unico, pur probabilmente ponendo le basi teoriche per un suo superamento»).

<sup>41</sup> MORTATI 1998a [1940], 196-200.

<sup>42</sup> MORTATI 1941a: il giurista citava (295) il “recentissimo” r.d. 27 giugno 1941 n. 600 sulle attribuzioni del segretario del partito fascista e dunque il saggio si può collocare nell'estate di quell'anno. Il saggio apparve nella rivista *Stato e diritto*, su cui si dirà *infra*.

<sup>43</sup> MORTATI 1941a, 290.

<sup>44</sup> Lo sottolinea GREGORIO 2013, 246.

<sup>45</sup> MORTATI 1941a, 293; a riprova il giurista citava l'art. 3 dello statuto del PNF sul compito fondamentale di agire per il potenziamento della rivoluzione fascista, che diventava perciò anche compito dello Stato, nonché l'art. 2 del decreto 27 giugno 1941 per il quale il duce doveva curare, quale capo del governo, che lo Stato agisse in conformità delle esigenze politiche del partito (294 s.).

<sup>46</sup> Precisazioni in LANCHESTER 2017, 17.

<sup>47</sup> DE SIERVO 1990, 303-309 e 324 ha criticato la generica ascrizione del pensiero di Mortati al corporativismo.

<sup>48</sup> Sulla rivista si rinvia a LANCHESTER 2004, 102.

<sup>49</sup> MORTATI 1941b, 131.

zione nel diritto pratico ne faceva delle fonti giuridiche? Il giurista non utilizzava il termine “fonte”, ma si soffermava a spiegare il disinteresse degli studiosi per la questione risalente:

«da una parte [per la] concezione, dominante per un certo tempo, della natura esclusivamente statutale del diritto, dall'altra [per la] tendenza, anch'essa prevalente finora, che conduceva a considerare come sottratto alla conoscenza del giurista, o per lo meno non suscettibile di una proficua indagine scientifica, ogni valutazione al di là delle norme legislative capaci di svolgimento e di attuazione attraverso una deduzione sillogistica»<sup>50</sup>.

Il problema posto era teorico, ma con ricadute eminentemente pratiche. E sempre più gli effetti della modernizzazione portavano a riproporlo. Come scriveva il giurista:

«La complessità che è venuta a rivestire la regolamentazione giuridica nel mondo moderno in seguito all'ampliarsi dell'azione dello Stato ed al complicarsi dei rapporti sociali, con la correlativa difficoltà di una precisa regolamentazione preventiva da parte del legislatore, ha avuto come conseguenza di dare un'enorme estensione ai casi di rinvio a norme sociali, e di conferire perciò un più appassionante interesse all'interpretazione giuridica di tale fenomeno, sicché uno scrittore tedesco, l'Hedemann, ha potuto indicare tale problema come il più importante che si presenti ai giuristi nel XX secolo»<sup>51</sup>.

Il giurista formulava così una denuncia precisa dell'arretratezza della dottrina di fronte al sistema delle norme aperte e delle clausole generali, sempre più diffuse per la regolazione di una società di massa. Molti i segni di una crisi che la guerra certamente contribuiva ad ampliare e che le coeve sistemazioni codicistiche, pur celebrando il “trionfo” del regime per la chiusura del cerchio dei codici, potevano appena rappazzare. Nello stesso 1941 l'eccentrico Mossa – certamente il più affine giurista italiano a quel diritto dell'economia che un paio di decenni prima era stato lanciato in Germania dallo stesso Hedemann evocato da Mortati – proponeva una panoramica storica della dottrina commercialistica che esprimeva le sue simpatie per gli indirizzi antiformalistici maturati in Germania (teorie del diritto libero, correnti sociologiche alla Ehrlich, giurisprudenza degli interessi, e, come detto, *Wirtschaftsrecht*)<sup>52</sup>. E nello stesso torno d'anni maturava il dibattito sui principi generali del diritto che, trasversale fra le varie discipline e tutt'altro che riducibile a semplice scontro interno tra giuristi di regime e studiosi attestati a difesa dell'autonomia della scienza giuridica, esprimeva nel suo complesso l'esigenza di riorganizzazione dell'ordinamento all'apice di un ventennio di cambiamenti profondi<sup>53</sup>.

Il conflitto bellico alle porte (il convegno pisano nel quale culminarono le discussioni sui principi generali si tenne pochi giorni prima dell'entrata in guerra dell'Italia) travolse gli assetti politico-istituzionali. Si tratta ora di vedere come la personalità e le idee di Mortati operarono nella temperie politica e culturale successiva allo sfacelo della dittatura.

<sup>50</sup> MORTATI 1941b, 132.

<sup>51</sup> MORTATI 1941b, 131 s.

<sup>52</sup> MOSSA 1941; per un commento BIRCOCCHI 2022b. Su Hedemann v. la monografia di WEGERICH 2004.

<sup>53</sup> Per le posizioni di Mortati sui principi generali si rinvia a SCIUMÈ 2002, 237-241. È paradossale che il dibattito sui principi generali, marcatamente sviluppatosi a seguito della prolusione romana di Del Vecchio e al quale dette largo spazio la *Rivista internazionale di filosofia del diritto* da lui stesso fondata, non poté vedere la partecipazione del filosofo del diritto (pur fascista della prima ora), epurato a seguito delle leggi razziali. È ben noto che, ormai in piena guerra e mentre si promulgava la legge sull'ordinamento giudiziario e volgeva al termine la preparazione degli ultimi tre codici, la discussione sui principi generali si concluse con la decisione, tutta politica, di considerarli espressi nella Carta del lavoro, a cui si dava esplicitamente valore di legge (l. 30 gennaio 1941 n. 14: la norma, entrata in vigore il 29 aprile 1942, fu implicitamente abrogata dal decr. legisl. luogot. 28 novembre 1944, n. 369).

### 3. Nel difficile passaggio tra il 1943 e il 1945

Probabilmente la coscienza che il regime fosse da configurare come una “tirannia” – così ne parlò Mortati subito dopo la Liberazione<sup>54</sup> – giunse in lui solo con la rovina della guerra. Se davvero egli percepì la caduta del fascismo come uno “choc”<sup>55</sup>, ciò può essere interpretato nel senso che lo sconvolgimento bellico e il precipitare della sconfitta giunsero inattesi e lo indussero a riesaminare con altra prospettiva il corso degli avvenimenti precedenti. Che la guerra – annunciata come breve e inevitabilmente vittoriosa e comunque vantaggiosa e rivelatasi tremenda nelle sofferenze e nell’esito – sia stata per molti giuristi il motivo scatenante che invece ha fatto pensare alla miseria e nudità del fascismo è un dato certo<sup>56</sup>. Lo stesso Mortati nel 1945 insistette nel rilevare che uno dei capisaldi della responsabilità da imputare a Mussolini e al monarca era appunto la disfatta della guerra<sup>57</sup>.

Sta di fatto che il giurista si inserì prestissimo nel variegato dibattito scaturito a seguito della *decisione costituente* contenuta nel r.d.l. del 25 giugno 1944 n. 151<sup>58</sup>. Vi prese parte in molteplici forme e dunque anche con testi che generalmente vengono detti “militanti”, al pari, per esempio, di quanto fecero Calamandrei e Crisafulli, Astuti e Lavagna nelle rispettive aree di riferimento politico; ma non c’è dubbio che *La costituente* di Mortati (agosto 1945) ebbe l’effetto di una irruzione nella discussione<sup>59</sup>. Il libro infatti inquadrava la realtà politico-istituzionale del presente entro le linee architettoniche di un sistema che, ragionando sul passato, tracciava nel contempo il disegno del futuro. Da poco il professore calabrese aveva aderito al partito democristiano e, per competenza e capacità, non poteva che esserne uno degli uomini di punta sulle questioni istituzionali<sup>60</sup>. In effetti fu certamente un personaggio di spicco (designato nella seconda commissione Forti per la preparazione della Costituente, impegnato nella elaborazione della legge elettorale per l’elezione della Costituente, membro poi della Costituente inserito tra i “75” e specificamente al lavoro nella II sottocommissione); e tuttavia fu solo uno fra i protagonisti sul palcoscenico di quel partito che, unico tra i raggruppamenti politici di massa, contava molto sull’effetto ordinante del diritto per stabilizzare su un programma democratico moderato la vita sociale del Paese<sup>61</sup>; basti ricordare che la DC già dal 1943 si avvaleva dell’impegno attivo di molti giuristi di varie generazioni, da Segni a Tupini, da Tosato ad Amorth, da Ambrosini a Gonella, da Pergolesi a Balladore Pallieri, da Leone a La Pira, da Caristia a Dossetti e al giovane Aldo Moro. Rispetto a diversi di costoro, tuttavia, Mortati non vantava né l’esperienza né i legami che solitamente si instauravano nella rete delle organizzazioni e più in generale del movimento

<sup>54</sup> MORTATI 1945b, 645.

<sup>55</sup> Così afferma LANCHESTER 2004, 212 nt. 15, il quale attesta anche il perdurare di rapporti di collaborazione con intellettuali fascisti e di legami col maestro Panunzio, che provvidenzialmente Mortati aiutò nel 1944 nella Roma liberata.

<sup>56</sup> Per tutti DE SIERVO 2017, 222.

<sup>57</sup> Ben fondato LANCHESTER 1989, 108: «nel periodo cruciale tra il 1943 e il 1945 Mortati modificò profondamente le sue coordinate politico-culturali e si impegnò fortemente nella rifondazione del sistema».

<sup>58</sup> Sul contesto storico-politico in cui si inseriva quel dettato normativo del governo Bonomi v. MALGERI 2017, 20 ss.

<sup>59</sup> Se è concesso un rilievo critico che non vuol essere il solito brontolio dello storico interessato al passato, spiace dover rilevare che la recente e peraltro meritoria riedizione dell’opera (MORTATI 2020) comprenda solo la parte teorica e siano state perciò tralasciate le altre due (la sezione propriamente storica e quella della situazione italiana postfascista). Il fatto è che le teorizzazioni del giurista calabrese sono strettamente connesse con l’osservazione storica delle architetture istituzionali; questa è sempre presupposta in lui ma in questo caso è addirittura espressa con una lunga esposizione. A maggior ragione dunque tali parti appaiono utilissime per comprendere il suo pensiero.

<sup>60</sup> Sull’iscrizione alla DC fa fede una lettera di Mario Scelba (26 dicembre 1944) che lo invitava a chiarire i punti di contatto con le ideologie fasciste rinvenibili in sue precedenti opere: Mortati rispose puntigliosamente con un *memorandum* su cui v. D’ORAZIO 2017, 246-250.

<sup>61</sup> Cfr. DE SIERVO 2021, 5-7; lo stesso autore (DE SIERVO 2017, 224 nt. 16) ricorda che già nella clandestinità del 1943 la DC aveva reso operativa una Commissione per studiare «i lineamenti di un nuovo ordinamento costituzionale del paese».

cattolico; i suoi orientamenti sociali, del resto, erano indipendenti dal programma del vecchio Partito popolare, essendo invece frutto della sua personale sensibilità cristiana e della cultura pubblicistica dei *novatores* antiformalisti.

In effetti Mortati non era uomo dallo spirito correntizio, posto che nemmeno l'amicizia con Dossetti, il quale lo spinse alla militanza nella DC dopo le iniziali simpatie per la Democrazia del lavoro, si tradusse in una adesione alla corrente del futuro sacerdote nonostante i rapporti di collaborazione sempre mantenuti<sup>62</sup>. Di certo le idee di Mortati ebbero minor ascolto rispetto a quelle di tanti altri meno blasonati costituenti<sup>63</sup>. A spiegare questo esito non vale osservare che, mentre da un lato Mortati non dispense affatto l'abito giuridico, dall'altro il testo costituzionale non poteva essere solo opera fatta a tavolino da tecnici, ma esprimeva necessariamente un confronto tra le correnti politiche. Il Mortati giurista, infatti, scontava nella propria formazione l'osmosi continua tra politica e diritto, sicché disponeva di quella "naturale" predisposizione a proiettare le teorie giuridiche nel mondo della pratica politica. Si può solo concedere che, una volta messo il tema della Costituente all'ordine del giorno, la ragione politica prevalse, sicché le diverse idee da lui coltivate rispetto agli indirizzi prevalenti nella DC spiegano un certo suo isolamento<sup>64</sup>.

Lo si vedrà analizzandone l'opera. È sintomatico che Mortati non figurò tra i relatori che tennero una lezione in seno alla *Settimana sociale dei cattolici d'Italia* tenutasi nell'ottobre del 1945 e dedicata a *Costituzione e Costituente*, che annoverava un insieme sapientemente costruito di interventi, sia di ecclesiastici sia di laici legati al partito<sup>65</sup>. Egli anzi non figurava nemmeno nella rosa più larga di relatori stilata inizialmente<sup>66</sup>. E *pour cause*: negli ambienti ecclesiastici e politici del partito le posizioni mortatiane erano criticate o addirittura avversate<sup>67</sup>. In quella sede, in particolare, la trattazione del tema della Costituente fu affidata a un colto gesuita, padre Antonio Messineo, ben saldo nel suo giusnaturalismo tomistico e fiero avversario del positivismo. Davvero conservatrici le sue posizioni, i cui punti forti erano la distinzione tra costituzione sostanziale (di natura giusnaturalistica) e scritta e l'appartenenza del potere costituente allo Stato (concepito pure come istituzione naturale) e in ultima analisi al popolo organicamente inteso. Egli manifestò complessivamente una visione istituzionale di tipo continuista (con la critica alla natura "creativista" della Costituente imputata evidentemente a Mortati)<sup>68</sup> e sottolineò che la Costituzione avrebbe dovuto essere approvata per referendum; sulla forma istituzionale ovviamente non si pronunciava. Erano tutti punti di forte distanziamento da Mortati, di cui evitava la citazione per qualche concordanza di pensiero (per esempio l'affermazione che il titolare ultimo del potere costituente agiva attraverso i partiti politici)<sup>69</sup>, salvo un riferimento duramente critico, che per la verità travisava gravemente la teoria del giurista calabrese: che cioè la Costituente sarebbe un fatto "agiuridico"<sup>70</sup>.

<sup>62</sup> POMBENI 1979, 428 nt. 7 e 432 nt. 15; cfr. LANCHESTER 2004, 103 e LANCHESTER 2012.

<sup>63</sup> Cfr. DE SIERVO 1990, spec. 331 nt. 74.

<sup>64</sup> LANCHESTER 2004, 103 (per il "non semplice" rapporto anche con le gerarchie ecclesiastiche, oltre che con la DC) e D'ORAZIO 2017, 257-259. È noto del resto lo scacco elettorale subito da Mortati nel 1948, nonostante la vittoria elettorale del suo partito.

<sup>65</sup> *Costituzione e Costituente. Atti della XIX Settimana sociale dei cattolici d'Italia. Firenze 22-28 ottobre 1945*, Edizioni Icas A.R.C.E., 1946. Le nove lezioni furono tenute da mons. Giuseppe Graneris, Guido Gonella, Ferruccio Pergolesi, Camillo Corsanego, Amintore Fanfani, Egidio Tosato, Antonio Amorth, prof. mons. Antonio Messineo, mons. Antonio Lanza.

<sup>66</sup> MALGERI 2017, 122-128 (sui lavori della *Settimana*) e 123 (sulla rosa iniziale); v. anche DE SIERVO 1980, 568-576.

<sup>67</sup> Indicazioni bibliografiche in DE SIERVO 2017, 226 nt. 23 e 228 nt. 28. Più tardi (1958) – ma non sembra azzardato ritenere che le sue riflessioni già appartenessero al periodo che qui interessa – Mortati espresse recisamente l'idea che la Chiesa non solo non possedesse le conoscenze necessarie per valutare le situazioni politiche, ma se anche le avesse possedute la loro esternazione sarebbe stata in contrasto con la propria missione (D'ORAZIO 2017, 259 nt. 37).

<sup>68</sup> ANTONIETTI 1998, 161-164. E verso i "continuisti" in effetti Mortati aveva un atteggiamento di aperta contrapposizione (cfr. LANCHESTER 2017, 21).

<sup>69</sup> MESSINEO 1946, 199.

<sup>70</sup> MESSINEO 1946, 194.

Sulla stessa falsariga, e per intere pagine, attacchi non meno diretti alle tesi del costituzionalista calabrese furono portati nella relazione di mons. Lanza, dedicata alle estensioni e ai limiti del potere costituente<sup>71</sup>. Tutto questo mostra quanto stretti fossero gli spazi entro cui nell'area cattolica operava Mortati.

In effetti sin dal gennaio 1945 questi era intervenuto con un articolo sulla situazione politico-istituzionale in corso a seguito della *decisione costituente*. Pubblicato su un quindicinale della corrente romana della Dc, di tendenza repubblicana e di sinistra<sup>72</sup>, esso esibiva la nota acribia dell'autore – qui condensata per la natura della rivista ospitante – e si faceva carico di interpretazioni dirette a incidere sugli indirizzi politici in discussione. Due le idee centrali, tra loro legate.

a) Innanzi tutto, sul piano istituzionale, la discontinuità dell'ordinamento che si era avviato con quella *decisione* rispetto al regime statutario;

«[Tale decisione costituente] presuppone l'avvenuto spostamento del rapporto di forze politiche, che, com'è ben noto, sta sotto ad ogni costituzione, o, in altri termini, il verificarsi di una modificazione dell'assetto istituzionale che reggeva l'ordine formale preesistente»<sup>73</sup>.

b) In secondo luogo l'apertura di un processo costituente, già in atto con misure provvisorie ma irreversibili, che sottendeva la rottura del vecchio ordine costituzionale e preparava le nuove basi. Scriveva Mortati:

«Se ora si tenga presente che una costituzione non è un coacervo di disposizioni giustapposte, bensì un insieme sistematico di principi alimentati da uno stesso spirito, si presenta non ingiustificata l'opinione espressa secondo la quale lo Statuto scosso nel suo fondamento, inapplicabile nelle sue disposizioni più caratteristiche, sia venuto meno come totalità unitaria, come sistema organico di rapporti fra i poteri supremi, ed abbia ceduto il passo ad una costituzione provvisoria che non deriva dall'antica, ma da se stessa, la sua validità»<sup>74</sup>.

Vi era dunque una discontinuità dello Stato, anche se – attentissimo lo rilevava subito dopo il giurista – non tutto il vecchio ordinamento decadeva *ipso iure*, rimanendo in vigore le norme compatibili col nuovo ordine. La posizione era dunque radicale e non solo per la sottesa simpatia repubblicana dell'autore, che certamente era in contrasto con i prudenti atteggiamenti del partito democristiano, ma anche per la recisa affermazione di discontinuità dello Stato: lo storicismo mortatiano, nutrito di quel sano sociologismo che ammetteva nel discorso costituzionale il potere delle forze sociali dominanti, non era gradualista e di stampo conservatore, ma appunto accettava le cesure. E se una tale impostazione, a parte qualche voce discordante in quello stesso 1945, fu generalmente respinta dal ceto dei giuristi, era estremamente difficile che essa potesse coagulare l'indirizzo politico del partito in cui Mortati aveva scelto di militare.

#### 4. *Il potere costituente: presa sul serio, la discontinuità si raddoppia (lo Statuto stracciato dal fascismo)*

Sulla stessa scia, ma in forma ovviamente articolata, si colloca il libro sulla Costituente pubbli-

<sup>71</sup> LANZA 1946, 203-237 *passim*. DE SIERVO 1997, 430 ha riconosciuto che le relazioni dei due ecclesiastici avessero «come fondamentale bersaglio polemico» le tesi di Mortati; v. anche MORO 1979, 232 s.

<sup>72</sup> MORTATI 1998b [1945], 421-428. La rivista, diretta da Domenico Ravaioli, ambiva a costruire un ponte tra l'est sovietico e l'Occidente, evitando di appiattare l'Italia quale appendice della potenza americana e mirando a costruire una sorta di federazione tra i Paesi latini del Mediterraneo nel solco di una civiltà condivisa.

<sup>73</sup> MORTATI 1998b [1945], 422.

<sup>74</sup> MORTATI 1998b [1945], 427.

cato qualche mese dopo. Esso conferma che l'elaborazione teorica di Mortati viveva entro l'ordinamento vissuto; impensabile senza l'esperienza politica, mirava d'altra parte a influire su di essa. Come giustamente è stato detto, l'opera si presenta come «contributo intellettuale e pratico, destinato ad un pubblico non specialista»<sup>75</sup>; e ciononostante quell'impianto così vasto, dedicato nelle sue tre parti alla teoria, alla storia e al problema italiano, ne faceva con evidenza un prodotto intellettuale alto – molto distante dalle pubblicazioni divulgative o acerbe che erano state date alle stampe tra il 1944 e il 1945<sup>76</sup> –, ma anche più ampio e approfondito rispetto ad opere di affermati giuristi uscite tra il 1946 e 1947<sup>77</sup>. Il realismo dei lavori iniziali si riaffermava e veniva ora applicato al processo costituente in atto attraverso un metodo induttivo che traeva norme e principi da una conoscenza della storia istituzionale comparata, opportunamente tipizzata e quindi giuridicamente utilizzata.

Il giurista non rinnegava nulla delle posizioni precedentemente espresse e in effetti non ne aveva bisogno. Il discorso dello Stato e della sua costituzione, sempre mosso nella dialettica tra costituzione materiale e formale, funzionava bene se solo si precisava che il momento presente era quello della discontinuità sicché si era avviato il processo che aveva al centro il (futuro) organo costituente, necessariamente espressione di forze politiche in grado di imporre il proprio potere sovrano<sup>78</sup>. L'origine puramente fattuale di tale organo non toglieva che il processo potesse essere studiato in modo sistematico sia sotto il profilo teorico (da qui la ricerca delle forme logiche e delle regole da applicare al procedimento innescato), sia storico (perché le diverse manifestazioni osservabili erano riconducibili a “tipi”)<sup>79</sup>.

Quelle forze che nella riflessione precedente davano vita alla costituzione materiale ora diventavano l'anima specifica della Costituente: cambiava solo l'angolo di osservazione in relazione alla fase storica, sicché il giurista spostava l'attenzione sulla fase costruttiva e sugli attori, adesso partecipi di una realtà pluralistica, mentre la precedente riflessione si misurava con (e prevalentemente teneva conto del)l'esistenza del partito unico.

L'impianto mortatiano possedeva una sua elasticità naturale, che viveva nella dialettica tra costituzione materiale, come insieme di principi in grado di essere imposti dai nuovi ceti al potere, e formale, tra documento che registrava un certo assetto dei rapporti di forza (momento statico) e documento che esprimeva anche un progetto e aveva dunque una proiezione espansiva nell'avvenire (e a tal fine doveva essere precisa ma anche generica e potenzialmente dinamica per adattarsi alle esigenze future)<sup>80</sup>. Ma se il modello interpretativo della realtà istituzionale non mutava, tutto ciò che brulicava al suo interno – gli snodi, gli ingranaggi – veniva passato al setaccio dal giurista, che sembra appropriarsi veramente della funzione di intellettuale. Era un lavoro che, mentre implicava la riconsiderazione delle vicende trascorse, inevitabilmente faceva emergere silenzi e omissioni precedenti: riacquistata la libertà, il giurista si schierava, sfruttando il più possibile l'impianto delle proprie costruzioni, specialmente quello condensato nell'opera del 1940. Se infatti si riconosceva il momento costituente – che pure si doveva studiare nelle possibili forme teoriche in cui poteva innescarsi e svolgersi<sup>81</sup> – si doveva per forza riconoscere che c'era stata una cesura istituzionale e politica: quello che Mortati considerò il colpo di Stato del 25 luglio<sup>82</sup>. Dun-

<sup>75</sup> GOLDONI 2020, 27.

<sup>76</sup> Ad esempio, quelle di DE DONNO 1944, RUINI 1945, JANNACONE 1945, del giovane BARILE 1946 (gennaio, ma licenziato nel 1945). Come opportunamente hanno sottolineato BURATTI, FIORAVANTI 2010, 25 nt. 30, dietro le opere giuridiche più citate e note ci fu un pullulare di saggi in riviste (non solo giuridiche) che andrebbero considerati.

<sup>77</sup> Il rilievo, con precise indicazioni, è in LANCHESTER 2017, 19 e nt. 17.

<sup>78</sup> Ha ragione BONFIGLIO 2021, 59-60 e 63, nel rilevare che gli interventi di Mortati negli anni di costruzione della Repubblica possono essere disposti unitariamente attorno al concetto di costituzione materiale.

<sup>79</sup> MORTATI 1945a, 5-6.

<sup>80</sup> MORTATI 1945a, 3 s.

<sup>81</sup> È il tema della prima parte del libro, che qui si tralascia.

<sup>82</sup> V. sopra, § 1, in fine.

que, e più che mai scrivendo in coincidenza con la Liberazione, il giurista ribadiva che il nuovo Stato nasceva dalle ceneri dello Stato fascista, in discontinuità; e precisamente si fondava sulla costituzione (ovviamente temporanea) posta dal governo provvisorio<sup>83</sup>. Non solo ma, procedendo all'esame delle "cause" e andando a ritroso, individuava un'altra cesura: la marcia su Roma e la conseguente ascesa di Mussolini al potere. Come notava il giurista, quest'ultima

«avvenne sotto la minaccia dell'impiego di forza armata, e all'infuori dell'usuale congegno di voti, di consultazioni, di designazioni degli organi ad esse abilitati, secondo l'ordinamento allora in vigore»<sup>84</sup>.

La ricerca delle *cause* è eloquente, perché significava rintracciare le origini politiche della costituzione vissuta, con le conseguenti responsabilità. Il tema era spinoso tra le forze antifasciste e addirittura un tabù tra i giuristi, come al solito inclini, al di là delle proprie simpatie, ad accreditarsi come operatori neutri nella propria attività. Sull'avvenuto rovesciamento dello Statuto il giurista calabrese invece si pronunciò nettamente. La responsabilità della monarchia si riscontrava su un triplice piano: giuridico – egli smontava in particolare l'argomento della presunta irresponsabilità regia per gli atti del governo –, morale e politico<sup>85</sup>. D'altra parte Mortati negava che i comportamenti del monarca, a cominciare dall'affidamento del governo a Mussolini e poi nel tollerare le successive azioni dell'Esecutivo, rientrassero nel normale esercizio dei poteri regi. Vi contrastava, innanzi tutto, «la proclamazione, consacrata anche in numerosi atti ufficiali, del carattere rivoluzionario del mutamento operato con la conquista del potere per opera del partito fascista»<sup>86</sup>. Inoltre vi ostava

«il modo stesso in cui tale conquista avvenne (anche se essa venne ratificata successivamente nelle forme legali) [...e] la serie numerosa delle disposizioni, le quali in parte hanno abrogato espressamente alcune essenziali disposizioni statutarie, in parte hanno fatto venir meno istituti e condizioni necessarie per il regolare funzionamento dei poteri costituzionali, con il risultato di conferire anche agli istituti rimasti in vigore della carta albertina un significato diverso da quello che possedevano in origine»<sup>87</sup>.

In particolare la funzione regia non poteva essere separata dall'operatività delle istituzioni parlamentari, stravolte invece dall'affermazione del partito unico (qui ancora Mortati si allontanava dalle posizioni espresse negli anni Trenta). Né per sostenere la compatibilità di tali mutamenti con lo Statuto valeva invocarne l'elasticità, giacché «la capacità di adattamento delle norme costituzionali non può andare oltre certi limiti, che servono come criterio per l'individuazione e l'identificazione di ogni singolo ordinamento positivo»<sup>88</sup>.

Insomma, la carta del 1848 era stata fatta a brandelli, nello spirito, nelle istituzioni e in molte sue disposizioni. Nella teorizzazione di Mortati non c'era più spazio per le dottrine continuiste dei vecchi maestri<sup>89</sup>; non ce ne era nemmeno per quegli orientamenti politici che, mettendo tra parentesi il ventennio mussoliniano, prospettavano un ritorno all'ordinamento prefascista. Solo

<sup>83</sup> MORTATI 1945a, 101.

<sup>84</sup> MORTATI 1945a, 153.

<sup>85</sup> MORTATI 1945a, 140 ss.

<sup>86</sup> MORTATI 1945a, 136.

<sup>87</sup> MORTATI 1945a. Così scrivendo Mortati rettificava implicitamente posizioni precedentemente assunte (nel 1931 inquadrava il regime entro il modello di Stato di diritto...) e prendeva del resto sul serio quel che Mussolini stesso aveva dichiarato ai tempi d'oro (discorso al Senato, 12 maggio 1928): «Lo Statuto non c'è più» (cfr. DE CRISTOFARO 2016, 27).

<sup>88</sup> MORTATI 1945a, 136 s. Qui Mortati si confrontava col saggio di chiusura del suo maestro (ROSSI 1940, spec. 39) sull'elasticità dello Statuto, divertente *pastiche* d'autore, ma idealmente "interfaccia" (così LANCHESTER 2013, 1740) della costituzione in senso materiale.

<sup>89</sup> In particolare per l'atteggiamento di Orlando dopo la marcia su Roma v. BIROCCHI 2015, 36 s.

per un breve lasso di tempo, tra il 25 luglio e l'8 settembre 1943, la situazione era stata in bilico, con il tentativo della monarchia di ritornare all'ordine del primo dopoguerra<sup>90</sup>; ma da quell'ultima data aveva preso avvio un complesso di decisioni e di avvenimenti culminato nel citato decreto del 25 giugno 1944, a seguito del quale era cessata l'efficacia dello Statuto ed era stato instaurato un ordinamento costituzionale provvisorio<sup>91</sup>.

Di quest'ultimo, a più riprese, il giurista sottolineava un certo *carattere dittatoriale*<sup>92</sup>. Da un lato, infatti, era necessario che l'insieme delle forze alla guida del processo di transizione verso la Costituzione fosse abbastanza coeso e comunque trovasse la linea di compromesso necessaria per arrivare alla meta, sicché la decisione costituente era, «per la sua stessa indole, espressione di un procedimento democratico»<sup>93</sup>; dall'altro, tuttavia, l'origine fattuale del governo provvisorio, il suo nascere *contro* (altre forze, espressive della Costituzione precedente), il bisogno di operare efficacemente e con urgenza – la transitorietà produceva incertezza e per definizione mal tollerava le lungaggini che avrebbero affossato gli obiettivi – rendevano inevitabile quel certo tratto dittatoriale. La stessa necessità di procedere in modo tempestivo e unitario obbligava a semplificare l'articolazione dei centri di potere assommando nel governo provvisorio funzioni che, nell'ordinamento stabilizzato, sarebbero state esercitate da organi diversi. Occorreva comunque evitare che l'ineliminabile carattere dittatoriale dell'azione degenerasse in terrore e cioè, come tipico dello schema mortatiano, bisognava *giuridicizzare* per quanto possibile l'itinerario di formazione del nuovo Stato<sup>94</sup>.

Come è facile intendere, il problema riguardava in primo luogo il trattamento da riservare ai sostenitori del passato regime. Era il tema dell'epurazione, affrontato da Mortati in modo esplicito anche se non nei dettagli. Politicamente esso era in ballo sin dal tardo 1943 – come egli stesso ricordava, l'epurazione rientrava tra le condizioni dettate nell'armistizio dagli alleati – e si era tradotto in norme, il cui perno era contenuto nel d.l.l. 27 luglio 1944 n. 159 che aveva dato luogo a procedimenti sia di natura amministrativa, sia penale. Mortati lo trattava sotto il profilo teorico ed era perfettamente coerente con la propria esposizione. L'epurazione era un passaggio necessario, che doveva essere svolto secondo direttrici di legalità, ma non quella desunta dall'ordinamento fascista, bensì la nuova legalità allora provvisoriamente in corso. Qui sta il nodo del dibattito allora in atto. In contemporanea con l'opera di Mortati si assistette, sulle pagine de *Il ponte*, al confronto pubblico tra Jemolo e Calamandrei<sup>95</sup>. Il primo, che un anno prima in coincidenza con il varo del decreto legge luogotenenziale ora citato aveva già organizzato il *manifesto dei diciannove* criticando alcuni profili di irretroattività della normativa, ribadiva la tesi di stretta legalità, almeno per le norme penali, mentre il secondo apriva a margini di retroattività sottolineando che entrava in gioco quel criterio della *necessità* che nelle situazioni eccezionali, come quelle presenti, autorizzava la deroga ai principi ordinari<sup>96</sup>.

Mortati dichiarava che, in attuazione del nuovo rapporto di forze determinatosi, spettava al governo provvisorio sostituirsi agli organi «diventati inidonei [...] per la corresponsabilità nella

<sup>90</sup> MORTATI 1945a, 137 ss.

<sup>91</sup> MORTATI 1945a 145.

<sup>92</sup> MORTATI 1945a, 78-79, 157 e 166.

<sup>93</sup> MORTATI 1945a, 80.

<sup>94</sup> MORTATI 1945a, p. 160, quasi testualmente. Anche l'espressione "giuridicizzare" appartiene a Mortati (161).

<sup>95</sup> I due interventi (JEMOLO 1945 e CALAMANDREI 1945) furono pubblicati nel fascicolo del luglio 1945; del libro di Mortati, aggiornato a provvedimenti emanati alle soglie dell'estate di quell'anno, fu terminata la stampa il 28 agosto 1945. Nel corso degli stessi mesi ebbe vasta risonanza una serie di articoli di un uomo di punta del movimento cattolico conservatore, il gesuita Salvatore Lener, di impostazione strettamente legalitaria (vennero poi raccolti in un'opera unica: LENER 1946).

<sup>96</sup> Dettagli sul *manifesto* e sul dibattito intercorso nel 1945 sull'epurazione in BIROCCHI 2022a. Per l'interpretazione tendenzialmente "rivoluzionaria" del decreto del 27 luglio 1944 in quei mesi del 1945 da parte di Calamandrei v. LANCHESTER 1994c, 142.

politica contro la quale bisognava rivolgersi» e nel contempo occorreva «eliminare dai posti occupati tutti coloro che avevano compiuto opera di collaborazione con il fascismo»<sup>97</sup>. Più generalmente, anzi, oltre che dei titolari di uffici pubblici compromessi col regime, bisognava provvedere all'«esclusione di altri che, con mutata etichetta, o in diversa direzione, perpetuino il comportamento partigiano dei primi e pieghino l'azione dello Stato ad interessi personali o di partito»<sup>98</sup>. Ovviamente, inoltre, doveva essere stabilita la proibizione di ricostituire il partito fascista, anche sotto altro nome e comunque di raggruppamenti con programma affine<sup>99</sup>.

Di nuovo, l'azione del governo provvisorio non poteva che manifestarsi con un certo sapore dittatoriale, ma doveva mantenersi entro i binari della (nuova) legalità; il che comportava un provvedimento che, se politicamente veniva sentito come il contraltare dell'epurazione, era il necessario corollario del processo di giuridicizzazione della lotta politica: quello per il disarmo generalizzato della popolazione<sup>100</sup>. Sin dalla fase provvisoria il monopolio della forza doveva passare allo Stato.

##### 5. *La Costituente come centro del processo di transizione: i nodi del governo provvisorio e dei partiti*

Nel discorso di Mortati la Costituente era l'attore decisivo del processo di transizione, pur con i vincoli di ordine internazionale e interno che opportunamente il giurista segnalava; ma per apprezzare la collocazione storica del suo pensiero nel 1945 sono importanti anche i dintorni dell'organismo che si andava a eleggere. Due in particolare, tra loro legati: il Comitato di Liberazione Nazionale, come coagulo delle forze costituenti, che pertanto doveva assumere le redini del governo provvisorio, e i partiti. Per il CLN il giurista non esitava a parlare di organo dello Stato, con una puntigliosa spiegazione che mostra come l'idea di legalità andasse allargata agli atti di volontà emersi negli avvenimenti della fase costituente; e i partiti erano a loro volta soggetti costitutivi dell'ordinamento democratico<sup>101</sup>. Secondo le sue parole:

«Da un punto di vista rigidamente formalistico si potrebbe [...] sostenere che l'attività del comitato, non apparendo formalmente consacrata in alcun atto attribuibile allo Stato, non sia da considerare come attività di organo, e che invece appartenga alla sfera del pregiuridico. Senonché tale punto di vista, che muove da una concezione ristretta e puramente legalistica della giuridicità la quale impedisce sempre di cogliere nella loro pienezza e di interpretare nel loro esatto valore i fenomeni del mondo del diritto, è soprattutto da evitare quando si debbano cogliere gli elementi di un'instaurazione di fatto. [...] Nei moderni regimi democratici i partiti, siano o no formalmente riconosciuti, entrano a formare un elemento costitutivo dell'ordine giuridico. Sicché il comitato di liberazione, che è appunto espressione delle più rilevanti correnti di opinioni politiche, avrebbe per questo solo titolo una valida pretesa di riconoscimento della qualità di organo»<sup>102</sup>.

Il giurista rifletteva sugli avvicendamenti di governo avvenuti a partire dal primo incarico affidato a Badoglio ed era troppo pragmatico per non rendersi conto delle asperità della politica democratica, attraversata in particolare dalle rivalità più o meno accese anche tra i partiti della coalizione; ma esprimeva altresì alcune tendenze ideali che reputava razionali e come tali cercava di farle trapassare

<sup>97</sup> MORTATI 1945a, 138.

<sup>98</sup> MORTATI 1945a, 161.

<sup>99</sup> MORTATI 1945a, 174.

<sup>100</sup> MORTATI 1945a, 161.

<sup>101</sup> Sul CLN nel pensiero di Mortati v. BONFIGLIO 2021, 63-64; più tardi, in adesione a Mortati, v. LAVAGNA 1960, 784-785.

<sup>102</sup> MORTATI 1945a, 155 nt. 1.

dal campo della politica a quello del diritto. Ancora una volta, il momento costituente, nato fattualmente ma provvisto di una volizione capace di imporsi come potere seppur provvisorio, non poteva che incanalarsi immediatamente entro i canoni giuridici. Perciò organismi come il CLN e i partiti, emersi dal niente o dalla clandestinità, al momento precari o precarissimi nelle strutture e nelle adesioni, nella visione di Mortati diventavano protagonisti come soggetti portanti del nuovo Stato (temporaneamente il primo, stabilmente i secondi). Ed ecco allora la distinzione tra i governi badoqliani, espressione del tentativo di mantenere in piedi la struttura del vecchio ordinamento, e quelli successivi. Ecco la critica alla proposta di un governo di tecnici, che evidentemente tentava di esorcizzare le divisioni tra i partiti, fingendo che esse non fossero politiche, mentre al contrario si trattava di prendere decisioni politiche, incanalate però entro regole giuridiche. Ecco ancora il rifiuto di procedere scindendo le forze antifasciste in un gruppo di maggioranza che avrebbe dovuto governare, e in un gruppo di minoranza, all'opposizione: pur nella dialettica delle visioni partitiche, per Mortati era vitale che nella transizione si mantenesse la coesione di governo<sup>103</sup>.

Mortati delineava un percorso secondo il quale i partiti antifascisti, consapevoli dei compiti di costruzione del nuovo Stato avrebbero dovuto svolgere un ruolo doppio: di parte dell'unità coesa che si esprimeva nel governo provvisorio e, nella società civile, di parte portatrice di ideali e programmi politici su cui il popolo come corpo elettorale sarebbe stato chiamato democraticamente a pronunciarsi. Dunque per loro contemplava due ruoli distinguendo la veste istituzionale, che prevedeva un'attività imparziale, da quella partitica, consistente nel raccogliere e guidare istanze sociali legate al sentire dei propri seguaci<sup>104</sup>. In progresso di tempo, e cioè dopo l'entrata in vigore della Costituzione, sarebbe rimasta solo la seconda funzione, che comunque comportava la dimensione pubblicistica dei partiti e la necessità di una loro regolamentazione giuridica, di contro al lungo disinteresse del diritto nella loro ormai non breve vita<sup>105</sup>.

Questo sarà, come è noto, un tema o anzi un assillo costante per Mortati ancora fino al decennio successivo al 1948<sup>106</sup>; ma intanto è importante cogliere il germogliare dell'idea della centralità dei partiti per il loro ruolo costituzionale. Essi diventavano elementi fondamentali della democrazia e il loro operare presupponeva evidentemente il pluralismo. Questa realtà si inseriva nel vecchio schema mortatiano; ora, in un mondo brulicante di aggregazioni intermedie che complessivamente si connotava come società industriale di massa, sin dal *momento costituente*, ma poi anche a regime, si trattava di far coesistere teoricamente l'esigenza del pluralismo con quella della stabilità attorno ai principi e agli interessi portanti del nuovo Stato.

Nell'ottica di Mortati voci e istanze diverse dovevano essere incanalate nelle maglie del diritto; e nella sua panoramica ricostruttiva il giurista dimostrava una sorta di efficientismo geometrico (vedi i suggerimenti sui congegni elettorali). Ovviamente si affidava alla ricetta positivista, necessaria per formalizzare le varie situazioni entro direttrici di legge<sup>107</sup>. In particolare riteneva necessaria una

<sup>103</sup> MORTATI 1945a, 158-160. La posizione del giurista calabrese si può accostare a quella del Partito d'Azione, che lottò intransigentemente, ma invano, per la «trasformazione del CLN in organismo depositario di una nuova coscienza statuale» (DE ROSA 1955, 133); specificamente per il pensiero dell'azionista Calamandrei nel 1945 v. DE LU-NA 2021, 264 e 434 nt. 52.

<sup>104</sup> MORTATI 1945a, 160-161.

<sup>105</sup> MORTATI 1945a, 172.

<sup>106</sup> Una sintesi delle sue posizioni all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione è in MORTATI [1949], succoso opuscolo preparato come lezione agli studenti della Federazione Universitaria Cattolica Italiana. In esso erano ripresi i capisaldi concernenti le funzioni dei partiti negli ordinamenti democratici già messi in evidenza in precedenza; coerentemente il giurista usava ancora la categoria di "parte totale", da intendere «nel senso di parte capace di farsi interprete e di attuare l'interesse generale dell'intera collettività» (MORTATI [1949], 4). Il testo – qui citato nell'edizione originale – è stato ripubblicato in "Nomos. Le attualità nel diritto", 2015, n. 2, con importante *Nota introduttiva* di LANCHESTER 2015 (disponibile in [http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2015/10/Mortati\\_Nomos-2\\_2015.pdf](http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2015/10/Mortati_Nomos-2_2015.pdf)). Nella medesima rivista (2015, n. 3) è stata edita una serie di saggi su *Concetto e funzioni dei partiti politici* nel pensiero di Mortati.

<sup>107</sup> Una bella pagina su Mortati «positivista ma non legalista» è in ZAGREBELSKY 1989, 65.

«disciplina preventiva» che condizionasse il riconoscimento dei partiti, specialmente in vista della competizione elettorale per la formazione della Costituente: per promuovere il formarsi degli «indirizzi fondamentali da imprimere al nuovo Stato» occorreva evitare l'occasionalità dei raggruppamenti partitici, la loro personalizzazione, la caratterizzazione localistica, la ristrettezza del seguito. Per legge, dunque, si sarebbe dovuto condizionare il loro riconoscimento ai fini della presentazione delle liste elettorali al possesso di requisiti quali il numero minimo degli iscritti e la diffusione degli aderenti in almeno la metà delle circoscrizioni elettorali<sup>108</sup>. Mortati aggiungeva che ai partiti doveva essere in generale assicurata ampia libertà di formazione e di propaganda, ma è evidente che intanto, sul punto che contava, le condizioni richieste erano pesanti<sup>109</sup>.

Lo spirito complessivo dell'architettura delineata da Mortati si può così compendiare:

- la presenza di una base democratica formata innanzi tutto dai partiti come organismi di aggregazione necessari «per ordinare le manifestazioni del sentimento politico del popolo» e per l'indiretto controllo sui poteri; quella base doveva essere interiormente vivificata mediante il collegamento con una rete di organismi intermedi espressivi del mondo sociale;
- l'attuazione di una democrazia del lavoro attraverso una partecipazione del lavoratore alla vita dell'azienda (il giurista parlava ambigualmente di «eliminazione del regime salariato» e di impulso «per un ampio margine a forme di produzione senza impiego di salariato»);
- l'instaurazione di un ordinamento, imperniato sull'equilibrio tra la tutela della personalità umana e del suo necessario agire entro la socialità; esso era considerato storicamente mobile perché espressivo di forze, mentalità e interessi sottostanti alle strutture istituzionali e però racchiusi nelle forme dello Stato (e perciò «regolarizzazione» pubblicistica dei partiti e degli organismi intermedi; decentramento e non autonomia delle regioni)<sup>110</sup>.

## 6. Concludendo

Montato in poco tempo, il libro sulla Costituente è un esempio d'uso del diritto comparato e della storia disposto entro un filo conduttore di teoria del diritto, che era un ideale politico; un precipitato del bagaglio culturale dell'autore in relazione ai compiti fondamentali del momento. Nessuna esibizione di erudizione, ma simbiosi di teoria e pratica. Nel merito conteneva un programma interno alla sinistra sociale della Democrazia Cristiana, in quel delicato crinale (il 1945, nei mesi successivi alla Liberazione) in cui si combatte per stabilire gli assetti del Paese.

Rispetto alle proprie elaborazioni degli anni Trenta è evidente la continuità dell'impianto; le acute considerazioni, stese pochi mesi dopo l'opera sulla *Costituente*, sulle nuove condizioni delle società uscite dalla prima guerra mondiale si ricollegavano appunto a bisogni di riconfigurazione degli assetti istituzionali da allora sempre più vivi<sup>111</sup>. E però dopo la caduta del fascismo c'è anche la capacità del giurista di rimodellare l'impostazione con le opportune modifiche in senso democratico. Così la personalità umana, la cui tutela era posta al centro del *Codice sociale* della dottrina cattolica e che però in precedenza tra i giuristi (compreso Mortati) restava in uno sfondo remoto probabilmente per il pericolo che la sua evocazione venisse scambiata per la difesa dall'atomismo ottocentesco, era ora postulata come perno dell'ordinamento insieme ai *luoghi* di aggregazione in cui essa si esprimeva<sup>112</sup>.

<sup>108</sup> MORTATI 1945a, 173.

<sup>109</sup> Mortati si spingeva fino al punto di suggerire meccanismi per indurre i partiti allo svolgimento dei propri compiti «costituzionali», nel duplice obiettivo di evitare che essi imponessero agli iscritti una disciplina inaridente e coatta e di favorire i legami con aggregazioni omogenee di interessi in campo economico, storico, ecc. (MORTATI 1945a, 175).

<sup>110</sup> MORTATI 1945a, 199-201 e 214-218.

<sup>111</sup> MORTATI 2019 [1946], 52-55.

<sup>112</sup> Si allude al *Codice sociale. Schema d'una sintesi sociale cattolica* o *Codice di Malines* (1927), che aveva avuto vari rimaneggiamenti anche in versione italiana e che era stato ristampato ancora nel 1944 per le Edizioni «La civiltà cattolica»; il *Codice di Camaldoli* (stampato nell'aprile 1945) lo aveva rinnovato grazie a importanti riflessioni di intellettuali cattolici (tra cui

Traboccante di storicismo – la costituzione non era una somma di articoli, né un puro affare di invenzione, bensì un organismo vivente<sup>113</sup> – il disegno non poteva che essere quello di una democrazia salda ma moderata. I principi della costituzione, positivizzati ma di per sé di natura programmatica, avrebbero potuto affermarsi gradualmente attraverso l'interpretazione<sup>114</sup>.

Rispetto alle proposte correnti, e specificamente quelle del suo partito, le posizioni di Mortati si connotavano per la coerenza e l'assenza di tatticismi: caratteri che, nel panorama politico-ideale del tempo, addirittura danno l'impressione che la moderazione si colorasse di tinte radicalizzanti secondo un giudizio ricorrente tra i suoi avversari<sup>115</sup>. È un profilo che si coglie particolarmente in uno scritto del tutto coevo all'opera qui principalmente commentata, dal momento che apparve nelle stesse settimane in una sede "militante" interna alla DC<sup>116</sup>. Mortati insisteva sul dovere etico di sfuggire alle lusinghe della facile popolarità camuffando le proprie posizioni o non assumendo coraggiosamente le proprie responsabilità di fronte all'opinione pubblica. Alle analisi doveva corrispondere un insieme di proposte coerenti e non contingenti. Da qui la strigliata contro l'attendismo sulla forma di governo, mentre lo schieramento del partito a favore della repubblica doveva essere convinto, spiegando senza remore all'elettorato il coinvolgimento della monarchia nel disastro e la necessità di voltare pagina. Ma il discorso si allargava e il giurista invitava a operare conseguentemente muovendo dalle cause che avevano dato luogo alla crisi sfociata nell'attuale *momento costituente*. Ne individuava due:

«da una parte, la insufficienza del senso civico, dall'altra, l'indifferenza e la tendenza di aspettare dall'altro o dal di fuori, o di ricercare bell'e fatte le soluzioni dei problemi proposti dalle esigenze di vita associata»<sup>117</sup>.

Di conseguenza non si doveva alimentare la tendenza a confidare sugli interventi provvidenziali: al contrario, occorreva instillare la convinzione che a ciascuno competesse «l'iniziativa per la tutela degli interessi comuni e la difesa della libertà»<sup>118</sup>. Qui si rivelava la concezione *forte e laica* di repubblicanesimo coltivata da Mortati. Conviene riprodurre i passi essenziali:

«dovendo nella repubblica tutto il popolo intervenire con funzione direttiva nella gestione dello Stato, quest'intervento non può riuscire proficuo [...] se non ove sussista una sostanziale affinità di interessi e dove i privilegi non siano eliminati: dove cioè il popolo trovi nel comune interesse alla conservazione dell'assetto posto a garanzia degli interessi stessi le energie sufficienti per la loro difesa»<sup>119</sup>.

Capograssi: v. CIERVO 2010, 286-289). In campo cattolico dai primi anni Quaranta la rivista *Jus* divenne un centro di aggregazione di energie di rinnovamento teorico/pubblicistico (LANCHESTER 2004, 102); e occorre inoltre ricordare il famoso libro di LOPEZ DE OÑATE 1968 [1942] che, tra le rovine della guerra, muovendo dalla cerchia capograssiana pose con forza la tutela della persona umana quale perno dell'ordinamento. Erano segni evidenti di un antifascismo latente, ma, allora, senza sbocchi politici (cfr. MORO 1979, 177). Dal 1943, invece, nel programma costituzionale del movimento cattolico diventò aperta la centralità della personalità umana (spicca il pensiero dell'allievo di Betti e futuro sindaco fiorentino, Giorgio La Pira). Singolarmente pessimistiche e quasi disperate (ma in sintonia con le sue posizioni sullo Stato e sull'esperienza giuridica) appaiono gli interventi di Capograssi nel 1945, alcuni dedicati specificamente alla costituzione, che a suo dire non interessava quasi nessuno (pubblicati tra il febbraio e il novembre di quell'anno su vari fascicoli del *Meridiano*, sono stati riediti in CAPOGRASSI 1959, 83-113; notazioni in ANTONETTI 2017, 184-187, MORO 1979, 205 e *passim* e CIERVO 2010, 281-291). Per quanto riguarda Mortati, si può ipotizzare che avesse introitato il personalismo di Mounier attraverso i contatti con il circolo dossettiano (LANCHESTER 1989, 90 e 108 nt. 54).

<sup>113</sup> Così, quasi testualmente, MORTATI 1945a, 198. Come è stato detto, per Mortati esiste «un progresso dell'esperienza costituzionale» (ZAGREBELSKY 1989, 57).

<sup>114</sup> MORTATI 1945a, 212.

<sup>115</sup> Per tutti di recente DE SIERVO 2021, 10 nt. 33.

<sup>116</sup> MORTATI 1945b: il mese ufficiale di pubblicazione (agosto 1945) collima con quello del libro sulla *Costituente*.

<sup>117</sup> MORTATI 1945b, 644. Evidente il legame con le posizioni dossettiane (ANTONETTI 2017, 207).

<sup>118</sup> MORTATI 1945b, 645.

<sup>119</sup> MORTATI 1945b, 646.

Ecco allora il disegno di una democrazia partecipata, a partire dal comparto economico, eliminando le posizioni di vantaggio provenienti dalle rendite familiari o comunque tutti i vantaggi che non derivassero dall'attività del singolo e prevedendo la «partecipazione di ognuno all'attività produttiva in modo da assicurargli in essa una posizione corrispondente alla dignità umana, di fatto responsabile e non di solo strumento passivo»<sup>120</sup>. In definitiva, non una folla amorfa, bensì una «società saldamente organizzata in una molteplicità di gruppi sociali» (partiti, categorie professionali, enti territoriali): era la via da percorrere per «mantenere ferma l'unicità della fonte del potere, formata dal popolo, centro motore di tutto l'apparato statale»<sup>121</sup>.

Evidente l'afflato etico per affermare che la politica non doveva essere materia da politicanti<sup>122</sup>. E ci si può chiedere, come talvolta è stato fatto, se il disegno fosse utopico o, piuttosto, realista e, guardando ai risultati, se il giurista sia da annoverare tra i vincenti o i perdenti<sup>123</sup>. Qui importa rilevare che Mortati era un indagatore acuto, capace di riflettere sui dati, di interrogarsi sul loro *perché* (scolasticamente, la causa) e sul loro funzionamento e, conseguentemente, di proporre anche una visione di prospettiva. Nel periodo di transizione, in cui lo abbiamo osservato in particolare guardando al suo impegno *in vista della* Costituente e non *nella* Costituente, quest'ultimo aspetto saliva evidentemente in primo piano determinando l'impegno politico diretto del giurista. E non meno chiaro, a questo punto, è che il gran libro del 1945 si configura come uno snodo tra il primo Mortati e quello che poi agì nell'Italia repubblicana<sup>124</sup>.

Si può concludere con una osservazione che riguarda il nucleo della sua riflessione, ovvero la problematica relazione tra politica e diritto. Un rapporto osmotico pacificamente operativo? Da una parte lo sforzo era teso a giuridicizzare le linee fondamentali della politica, sicché queste, calate in modo cosciente ed equilibrato nelle forme del diritto, poi non venissero disattese come semplice enunciazione programmatica: il diritto costituito, insomma, doveva essere preso sul serio e non solo proclamato. Dall'altra parte l'impianto storicistico implicava il mutare degli indirizzi politici, che dunque facevano pressione sul testo costituito reclamando la prevalenza della politica sul diritto. Bastava l'accortezza di una strumentazione elastica nell'espressione della costituzione e nella sua interpretazione per risolvere questo nodo?

Nella vicenda di Mortati, che poi in gran parte è anche la nostra, il momento costituente non poteva che essere (relativamente) breve, denso di speranza, faticoso nella ricerca di un equilibrio fra i partiti antifascisti. Non meno faticoso e però protratto per il resto dell'esistenza fu il poi, che per quanto riguarda la concezione costituzionale del giurista calabrese si tradusse in una metamorfosi: quella per cui la costituzione materiale da *causa* del testo formale si volse a «progetto di trasformazione della società e dello Stato ispirato dalla costituzione formale». Un progetto, comunque, niente affatto campato sulle speranze bensì fondato sul presupposto dell'immediata precettività di quest'ultima a cui «nessuno è autorizzato a rinunciare»<sup>125</sup>.

<sup>120</sup> MORTATI 1945b, 646. Non si pensi a un programma economico troppo avanzato: nello stesso 1945 e nell'ambito delle proposte democristiane si segnalano posizioni non meno radicalmente riformatrici come quella di Balladore Pallieri (segnalata da BARUCCI 1980, 687).

<sup>121</sup> MORTATI 1945b, 647 e più complessivamente 647-653.

<sup>122</sup> In due occasioni nell'opera sulla *Costituente* il giurista usava criticamente questa espressione (MORTATI 1945a, 181 e 217); più tardi, in occasione della sua nomina a giudice costituzionale, Francesco De Martino diede calorosamente atto di questa dimensione antipoliticante di Mortati (D'ORAZIO 2017, 264 nt. 49).

<sup>123</sup> È la domanda che circola nell'ammirevole saggio di ROMAGNOLI 2005 (testo che, riferito all'impegno specifico di Mortati nel campo lavoristico, ha però valenza generale).

<sup>124</sup> Periodo che plausibilmente ZAGREBELSKY 1989, 82 s., ha suddiviso in tre fasi, intese però entro una sorta di continuità dinamica (v. anche 53).

<sup>125</sup> ROMAGNOLI 2005, 123; un'acuta conclusione è in BRIGAGLIA 2006, 259.

### Riferimenti bibliografici

- AMATO G. 1990. *Costantino Mortati e la Costituzione italiana. Dalla Costituente all'aspettativa mai appagata dell'attuazione costituzionale*, in GALIZIA M., GROSSI P. (eds.), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, 231 ss.
- ANTONETTI N. 2017. *I cattolici democratici e i problemi costituzionali (1943-1946)*, in ANTONETTI N., DE SIERVO U., MALGERI F., *I cattolici democratici e la Costituzione*, Rubbettino, 151 ss.
- BARBERA A. 2007. *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*, in "una e indivisibile", Giuffrè, 9 ss.
- BARBERA A. 2015. *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, VIII, Giuffrè, 263 ss.
- BARILE P. 1946. *Orientamenti per la Costituente*, La Nuova Italia.
- BARUCCI P. 1980. *Il dibattito sulla «costituzione economica»*, in ROSSINI G. (ed.), *Democrazia cristiana e Costituente nella società del dopoguerra. II. Il progetto democratico cristiano e le altre proposte*, Edizioni cinque lune, 673 ss.
- BIROCCHI I. 2015. *Il giurista intellettuale e il regime*, in BIROCCHI I., LOSCHIAVO L. (eds.), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma TrE-Press, 9 ss.
- BIROCCHI I. 2022a. *Le opposte vicende militanti di Candian e Betti nella crisi del diritto e il reincontro nell'ordinamento di transizione*, in BIROCCHI I., MURA E., *Il diritto come sistema e il ruolo del giurista. L'itinerario parallelo di Emilio Betti e di Aurelio Candian*, Edizioni ETS, in corso di pubblicazione.
- BIROCCHI I., 2022b. *Lorenzo Mossa tra il diritto vivente e le teorie del diritto libero*, in *Studi in onore di José Reinaldo de Lima Lopes*, in corso di pubblicazione.
- BONFIGLIO S. 2021. *Il contributo di Mortati nella fase costituente attraverso la prospettiva teorica e storica della costituzione in senso materiale*, in LANCHESTER F., D'ORAZIO R., *I costituenti della Sapienza*, Wolters Kluwer - Cedam, 59 ss.
- BRIGAGLIA M. 2006. *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, Giuffrè.
- BURATTI A., FIORAVANTI M. 2010. *Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana nella stagione della Costituente*, in BURATTI A., FIORAVANTI M. (eds.), *Costituenti ombra*, Carocci, 18 ss.
- CALAMANDREI P. 1945. *Postilla*, in «Il ponte», I, n. 4, 285 s.
- CAPOGRASSI G. 1959. *Opere*, VI, Giuffrè.
- CAPOGRASSI G. 1990. *Le esercitazioni di Filosofia del diritto (1928-1929)*, in ID., *Opere*, VII, Giuffrè, 391 ss.
- CHELI E. 2000. *Prefazione*, in MORTATI C. 2000. *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Giuffrè, V-X.
- CIANFEROTTI G. 1980. *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè.
- CIERVO A. 2010. *Giuseppe Capograssi. Dubbi sulla Costituente*, in BURATTI A., FIORAVANTI M. (eds.), *Costituenti ombra*, Carocci, 281 ss.
- COSTA P. 1986. *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè.
- DE CRISTOFARO E. 2016. *Guarentigie legali e resistenza politica: letture dello Statuto durante il ventennio fascista*, in CORTESE F. (ed.), *Resistenza e diritto pubblico*, Firenze University Press, 27 ss.
- DE DONNO A. 1944. *La Costituente*, Edizioni Roma.
- DE LUNA G. 2021. *Il partito della Resistenza. Storia del Partito d'Azione 1942-1947*, Utet.

- DE ROSA G. 1955. *I partiti politici dopo la Resistenza*, in BATTAGLIA A. et al. *Dieci anni dopo 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Laterza, 113 ss.
- DE SIERVO U. 1980. *Il progetto democratico cristiano e le altre proposte: scelte e confronti costituzionali*, in ROSSINI G. (ed.), *Democrazia cristiana e Costituente nella società del dopoguerra. II. Il progetto democratico cristiano e le altre proposte*, Edizioni Cinque lune, 557 ss.
- DE SIERVO U. 1990. *Parlamento, partiti e popolo nella progettazione costituzionale di Mortati*, in GALIZIA M., GROSSI P. (eds.), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, 301 ss.
- DE SIERVO U. 1997. *Rifondazione dello Stato ed idea di Costituente*, in FRANCESCHINI C., GUERRIERI S., MONINA G., (eds.), *Le idee costituzionali per la Resistenza*, Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 417 ss.
- DE SIERVO U. 2017. *I cattolici democratici e le scelte della Costituente*, in ANTONETTI N., DE SIERVO U., MALGERI F., *I cattolici democratici e la Costituzione*, Rubbettino, 215 ss.
- DE SIERVO U. 2021. *Il ruolo dei giuristi alla Costituente*, in LANCHESTER F., D'ORAZIO R., *I costituenti della Sapienza*, Wolters Kluwer - Cedam, 1 ss.
- DOGLIANI M. 1994. *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino.
- D'ORAZIO R. 2017. *L'Archivio Mortati: prime considerazioni*, in LANCHESTER F. (ed.), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Wolters Kluwer - Cedam, 243 ss.
- FANTAPPIÈ C. 2015. *Il conflitto delle fedeltà. Arturo Carlo Jemolo e il fascismo*, in BIROCCHI I., LOSCHIAVO L. (eds.), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma TrE-Press, 159 ss.
- FIORAVANTI M. 2001. *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (1990)*, in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, II, Giuffrè, 657 ss.
- FIORAVANTI M. 2013. *Mortati Costantino*, in BIROCCHI I., CORTESE E., MATTONE A., MILETTI M.N. (dir.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, II, il Mulino, 1386 ss.
- FIORAVANTI M. 2019. *Mortati a Weimar. Saggio introduttivo*, in MORTATI C. 2019 [1946], *La costituzione di Weimar*, Giuffrè, V-XXII.
- FORNASARI G. 2013. *Giustizia di transizione e giustizia penale*, Giappichelli.
- FORNASARI G. 2015. *Giustizia di transizione*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, VIII, Giuffrè, 547 ss.
- GALLI C. 1979. *Carl Schmitt nella cultura italiana (1924-1978). Storia, bilancio, prospettive di una presenza problematica*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», IX, 81 ss.
- GIANNINI M.S. 1990. *Scienza giuridica e teoria generale in Costantino Mortati*, in GALIZIA M., GROSSI P. (eds.), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, 7 ss.
- GOLDONI M. 2020. *Il momento ordinante: la costituzione e la genesi dell'ordine*, in MORTATI C. 2020. *La teoria del potere costituente*, a cura di Goldoni M., Quodlibet, 9 ss.
- GREGORIO M. 2013. *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*, Giuffrè.
- GROSSI P. 1999. *Itinerari dell'impresa*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 28, t. II, 999 ss.
- JANNACONE C. 1945. *La Costituente dello Stato democratico*, Vallerini.
- JEMOLO A.C. 1922. *Crispi*, Vallecchi.
- JEMOLO A.C. 1932. *Recensione a C. MORTATI, L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, in «Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione», XXIV, pt. I, 177 ss.
- JEMOLO A.C. 1945. *Le sanzioni contro il fascismo e la legalità*, in «Il ponte», I, n. 4, 277 ss.

- LANCHESTER F. 1989. *Costantino Mortati e la «dottrina» degli anni Trenta*, in ID. (ed.), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Edizioni Scientifiche Italiane, 89 ss.
- LANCHESTER F. 1994a. *Il periodo formativo di Costantino Mortati (1990)*, in ID., *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Giuffrè, 49 ss.
- LANCHESTER F. 1994b. *Il metodo nel diritto costituzionale comparato: Luigi Rossi e i suoi successori (1993)*, in ID., *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Giuffrè, 3 ss.
- LANCHESTER F. 1994c. *Partiti e sistema elettorale in Piero Calamandrei (1990)*, in ID., *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Giuffrè, 139 ss.
- LANCHESTER F. 2004. *Pensare lo Stato. I giuspubblicisti nell'Italia unitaria*, Laterza.
- LANCHESTER F. 2012. *Mortati Costantino Napoleone*, in *Dizionario biografico degli italiani*, LXXVII, disponibile in [https://www.treccani.it/enciclopedia/costantino-napoleone-mortati\\_%28Dizionario-Biografico%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/costantino-napoleone-mortati_%28Dizionario-Biografico%29/) (consultato il 10 aprile 2022).
- LANCHESTER F. 2015. *Nota introduttiva*, in «Nomos. Le attualità nel diritto», n. 2.
- LANCHESTER F. 2017. *Mortati e la “legislatura costituente”*, in LANCHESTER F. (ed.), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Wolters Kluwer/Cedam, 15 ss.
- LANZA A. 1946. *Estensioni e limiti del potere costituente*, in *Costituzione e Costituente. Atti della XIX Settimana sociale dei cattolici d'Italia. Firenze 22- 28 ottobre 1945*, Edizioni Icas A.R.C.E., 203 ss.
- LAVAGNA C. 1960. *Comitati di liberazione*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Giuffrè, 778 ss.
- LENER S. 1946. *Diritto e politica nelle sanzioni contro il fascismo e nella epurazione dell'amministrazione*, Edizioni “La civiltà cattolica”.
- LOPEZ DE OÑATE F. 1968 [1942]. *La certezza del diritto*, Giuffrè.
- MALGERI F. 2017. *Il contesto politico*, in ANTONETTI N., DE SIERVO U., MALGERI F., *I cattolici democratici e la Costituzione*, Rubbettino, 19 ss.
- MESSINEO A. 1946. *Fonte del potere costituente*, in *Costituzione e Costituente. Atti della XIX Settimana sociale dei cattolici d'Italia. Firenze 22-28 ottobre 1945*, Edizioni Icas A.R.C.E., 175 ss.
- MORO R. 1979. *I movimenti intellettuali cattolici*, in RUFFILLI R. (ed.), *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente*, I, Il Mulino, 159 ss.
- MORTATI C. 1941a. *Sulla posizione del partito nello Stato*, in «Stato e diritto», II, n. 4-5 (luglio-ottobre), 279 ss.
- MORTATI C. 1941b. *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, in «Stato e diritto», II, 131 ss.
- MORTATI C. 1945a. *La Costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano*, Darsena.
- MORTATI C. 1945b. *Perché siamo repubblicani*, in ANTONETTI N., DE SIERVO U., MALGERI F., *I cattolici democratici e la Costituzione*, II, 641-653.
- MORTATI C. [1949]. *Concetto e funzione dei partiti politici*, “Quaderni di ricerca” [senza data, ma 1949].
- MORTATI C. 1998a [1940]. *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè.
- MORTATI C. 1998b [1945]. *Decisione costituente e continuità dello Stato*, in *Politica d'oggi*, I, n. 1, 15 gennaio 1945, riprodotto in ANTONETTI N., DE SIERVO U., MALGERI F. (eds.), *I cattolici democratici e la Costituzione. Ricerca dell'Istituto Luigi Sturzo*, II, il Mulino, 421 ss.
- MORTATI C. 2000 [1931]. *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Giuffrè.
- MORTATI C. 2019 [1946]. *La Costituzione di Weimar*, Giuffrè Francis Lefebvre.
- MORTATI C. 2020. *La teoria del potere costituente*, a cura di Goldoni M., Quodlibet.

- MOSSA L. 1941. *Scienza e metodi del diritto commerciale*, in «Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni», XXXIX, pt. I, 97 ss.
- POMBENI P. 1979. *Il gruppo dossettiano*, in RUFFILLI R. (ed.), *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente*, I, il Mulino, 425 ss.
- ROMAGNOLI U. 2005. *Costantino Mortati*, in GAETA L. (ed.), *Costantino Mortati. "Il lavoro nella Costituzione": una rilettura*, Giuffrè, 105 ss.
- ROMANO S. 1926. *Corso di diritto costituzionale*, Cedam.
- ROMANO S. 1945. *Principii di diritto costituzionale generale*, Giuffrè.
- ROSSI L. 1940. *La "elasticità" dello Statuto italiano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Cedam, 25 ss.
- RUINI M. 1945. *Verso la Costituente. Problemi della Costituzione*, Edizioni Europa.
- SCIUMÈ A. 2002. *I principî generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Giappichelli.
- TRENTIN S. 1929. *Les transformations récentes du droit public italien. De la charte de Charles-Albert à la création de l'Etat fasciste*, Giard.
- WEGERICH Ch. 2004. *Die Flucht in die Grenzenlosigkeit. Justus Wilhelm Hedemann [1878-1963]*, Mohr Siebeck.
- ZACHER C. 2002. *Die Entstehung der Wirtschaftsrechts in Deutschland*, Duncker & Humblot.
- ZAGREBELSKY G. 1989. *Il metodo di Mortati*, in LANCHESTER F. (ed.), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Edizioni Scientifiche Italiane, 51 ss.
- ZAGREBELSKY G. 1998. *Premessa*, in MORTATI C., *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè.