

LA PROGRESSIVA
FORMAZIONE
DELL'ORDINE
COSTITUZIONALE
POTERE E PROCESSO
COSTITUENTE NELLA TEORIA
DI MORTATI

CHIARA VALENTINI



La progressiva formazione dell'ordine costituzionale.
Potere e processo costituente nella teoria di Mortati

Establishing the Constitutional Order over Time.
Mortati's View of Constituent Power and Constituent Process

CHIARA VALENTINI

Professoressa associata di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Scienze giuridiche e CIRSIFID-Alma Human AI, Università di Bologna.

E-mail: c.valentini@unibo.it

ABSTRACT

L'articolo ricostruisce e presenta la concezione del potere costituente elaborata da Mortati ne *La teoria del potere costituente*, come *interattiva e dinamica*. In primo luogo, essa inquadra il potere costituente come un insieme di elementi – soggetti ed attività – che assumono una propria connotazione in virtù delle interazioni tra loro, entro un più ampio ordine che li unifica. In secondo luogo, essa valorizza la natura progressiva dell'integrazione tra questi elementi, che prende forma attraverso un processo costituente che si articola nel tempo, per tenere insieme più stadi costituenti.

The article presents Mortati's account of the constituent power – emerging from *La teoria del potere costituente* – as *interactive and dynamic*. First, it presents constituent power as combining different elements – entities and activities – that define their constituent status in light of their integration into a broader, unifying, order. Second, Mortati's account points out the dynamics of such integration, resulting from a constituent process that unfolds over time, through different stages.

KEYWORDS

Mortati, costituzione, potere costituente, processo costituente, teoria costituzionale

Mortati, constitution, constituent power, constituent process, constitutional theory

La progressiva formazione dell'ordine costituzionale. Potere e processo costituente nella teoria di Mortati

CHIARA VALENTINI

1. *Introduzione* – 2. *Il potere costituente, dalla costituzione materiale alla costituzione formale* – 3. *Potere costituente e accoppiamento strutturale* – 4. *Potere e processo costituente: l'interazione tra elementi e la progressione nel tempo.*

1. *Introduzione*

La teoria del potere costituente¹ di Costantino Mortati offre un contributo fondamentale alla riflessione sulla fondazione degli ordinamenti costituzionali, sotto aspetti di cruciale rilievo. Mi soffermerò innanzitutto sulla complessità del potere costituente, che prende forma attraverso un processo – un fatto normativo – in cui elementi diversi – soggetti ed attività – sono tra loro connessi ed interdipendenti. Cercherò di mettere in evidenza, poi, la rilevanza di questa complessità sul piano temporale, dato lo svolgersi del processo costituente in più stadi che integrano quei soggetti e quelle attività progressivamente.

Sotto il primo aspetto, emerge una concezione del potere costituente che può dirsi “interattiva”, per la quale esso è un insieme di elementi che assumono una propria connotazione in virtù delle interazioni tra loro, entro un più ampio ordine che li unifica. Sotto il secondo aspetto, tale concezione può dirsi “dinamica”, nel senso che l'integrazione tra questi elementi prende forma nel tempo e, pur stabilizzandosi nell'ordine costituzionale, resta soggetta alla possibilità di mutamenti. In quest'ottica farò leva su alcune idee del costituzionalismo sociale d'impronta sistemica. La mia analisi si svilupperà in tre passaggi. In primo luogo, illustrerò la visione del potere costituente che emerge da questa fondamentale opera di Mortati, soffermandomi sul processo costituente e il rapporto tra costituzione materiale e costituzione formale. In secondo luogo, approfondirò questa visione alla luce del costituzionalismo sistemico e dell'idea di accoppiamento strutturale. In terzo luogo, presenterò la concezione del potere costituente di Mortati come *interattiva e dinamica*.

2. *Il potere costituente, dalla costituzione materiale alla costituzione formale*

Costantino Mortati ha elaborato una teoria del potere costituente che pone in primo piano il processo reale attraverso cui quel potere si svolge integrando attività, enti, e fasi costituenti di varia natura. Questo processo è la chiave di lettura del potere costituente: è il *fatto normativo*² attraverso il quale quel potere prende forma per creare lo Stato e il suo ordine costituzionale, integrando l'ordine giuridico con un più articolato ordine sociale e politico. Per questa via, il costituzionalismo di Mortati contribuisce alla nostra comprensione del potere costituente come un potere che potremmo definire *complesso* sotto due aspetti. In primo luogo, si risolve in una com-

¹ MORTATI 2020.

² Come evidenzia GOLDONI 2020, 14 s., l'idea di fatto normativo non va confusa con quella più recente di fatto istituzionale. Nella visione di MORTATI 2020, 38, questa idea tiene insieme fattualità e normatività. Il fatto normativo è già di per sé produttivo di ordine: «il fenomeno considerato potrebbe essere designato con l'espressione di “fatto normativo”, quando questo si intenda nell'esatto significato di fatto che ha in sé la sua legge e le garanzie della sua persistenza anche nell'avvenire».

binazione di elementi che rinviano ad attività ed entità di varia natura. In secondo luogo, questa combinazione prende forma nel tempo, attraverso una sequenza di stadi costituenti che, integrandosi, istituiscono gradualmente l'ordine costituzionale.

Questa visione si contrappone alle teorie formaliste del potere costituente, che inquadrano i processi formativi dello Stato come pregiuridici e non danno rilievo ad essi³. Essa ci spinge, in chiave realista, a guardare all'ordine costituzionale a partire dai fattori materiali che lo producono, congiuntamente, per inquadrare anche l'ordine giuridico per quello che “realmente è”: la componente «di un *sistema* più vasto, nel quale forze materiali e principi politici entrano quali elementi direttivi, precedenti e trascendenti quell'ordine»⁴. Per cogliere il fondamento di questo sistema e del suo ordine costituzionale, dunque, occorre risalire dalla costituzione alla *istituzione* intesa come il fatto normativo che crea il sistema giuridico integrandolo con altri. Quella costituente si differenzia dalle altre istituzioni, nella teoria di Mortati, perché la volontà che la muove è originaria, avendo ad oggetto la formazione di un nuovo ordinamento. Sotto questo aspetto, si tratta di una teoria che valorizza la “co-essenzialità” di due momenti, il “momento ordinante del diritto” e il “momento organizzativo del sociale”, che costituiscono “un'unica identità”⁵.

Essa, così, si discosta anche dal paradigma costituzionalistico, tradizionalmente dominante, che identifica il soggetto costituente con il popolo o la nazione. In essa, questo soggetto è un composito insieme di forze sociali e la sua determinazione:

«non può farsi risalendo alla presunta costituzione originaria, e quindi riferendosi al popolo o alla nazione quali entità indifferenziate politicamente, ma sempre con riferimento a gruppi più o meno ampi della popolazione ispirati ad orientamenti che riflettono e sono espressione di una data struttura e distribuzione di forze ed interessi»⁶.

Occorre, cioè, fare riferimento alle forze materiali che interagiscono nel processo di formazione dell'ordine costituzionale, concorrendo nella espressione del fine politico che conferisce unità a quell'ordine⁷. Dalla “configurazione sociale e politica” di queste forze emerge lo Stato⁸: la visione di Mortati mette in evidenza come, proprio in queste forze, risiedano le origini fattuali e concrete dell'ordine costituzionale. Per questa via, essa restituisce l'immagine di un potere costituente che è situato in una “zona grigia” e agisce in essa⁹. Questa è la zona in cui politica e diritto si integrano, per costituire la base dell'ordine costituzionale. Su questo terreno assume rilevanza lo scarto tra costituzione formale e costituzione materiale, che è il fulcro del costituzionalismo di Mortati. La costituzione formale è intesa come l'insieme delle norme che regolano il funzionamento dell'assetto istituzionale, ma si limita a descrivere il modo d'essere del sistema costituzionale senza determinarlo né conferire ad esso carattere normativo¹⁰. Questo carattere deriva, piuttosto, dalla dimensione materiale della costituzione, che è politica nel suo contenuto ed ha una esistenza giuridica¹¹. Tale contenuto infatti consiste in una combinazione di elementi

³ MORTATI 2020, 40.

⁴ MORTATI 2020, 40.

⁵ GOLDONI 2020, 18.

⁶ GOLDONI 2020, 52.

⁷ RUBINELLI 2019, 523.

⁸ RUBINELLI 2019, 533.

⁹ RUBINELLI 2019, 537.

¹⁰ RUBINELLI 2019, 537.

¹¹ Secondo l'efficace definizione di BRIGAGLIA 2006, 179 s., essa è «(i) politica, per quanto riguarda il suo contenuto [...] Il suo contenuto (che Mortati chiama “fine politico”) è infatti la realizzazione storica, in una porzione del modo, di una determinata forma o ordine generale dell'esistenza umana, denominati “forma politica” o “regime politico”», ma è anche «(ii) giuridica, per quanto riguarda la sua modalità di esistenza. Si tratta, cioè, di una volontà politica efficace».

normativi materiali, tenuti insieme dal “fine politico”¹². Più precisamente, quest’ultimo unifica quegli elementi per tenere insieme le diverse componenti dell’ordine costituzionale senza renderlo, però, del tutto omogeneo¹³. L’ordine giuridico prende forma entro questa ampia e complessa compagine di elementi interconnessi – un *sistema* appunto – trovando nelle forze materiali i propri “principi direttivi”¹⁴.

Così connotata, la costituzione in senso materiale gode di una relativa stabilità e continuità. Eventuali cambiamenti, infatti, richiedono dei mutamenti profondi – nelle relazioni sociali e in particolare nella “distribuzione del potere nella società” – che possono realizzarsi solo gradualmente, nel tempo¹⁵. Una funzione della costituzione materiale dunque è quella di garantire «al di sopra del mutamento di singoli istituti, o di particolari indirizzi, il mantenimento del fine essenziale, che serve ad identificare un tipo di stato di fronte ad altri»¹⁶. Più in generale, la costituzione materiale ha per Mortati la funzione di stabilizzare la “forma” dello Stato, esprimendo un compromesso che trova un concreto riscontro, ed una garanzia, nella previsione di meccanismi di revisione aggravati¹⁷. In quest’ottica, eventuali revisioni costituzionali non provano la “mutevolezza” del potere costituente ma sono, al contrario, la prova che esso può diventare stabile attraverso un processo di adattamento¹⁸.

Nei termini illustrati, il divario tra costituzione formale e costituzione materiale svolge una duplice funzione teorica. Per un verso, cattura in chiave descrittiva la distinzione tra la base materiale della costituzione ed il testo costituzionale; per altro verso, consente di dar conto della “zona grigia” in cui politica e diritto si incontrano per dare visibilità, come si è accennato, agli elementi extra-giuridici – politici e sociali – che in definitiva determinano la validità dei sistemi costituzionali¹⁹.

Questo scarto tra costituzione materiale e costituzione formale trova un riscontro in quello tra potere costituente e sovranità²⁰. Infatti, il concetto di potere costituente si riferisce – così come il concetto di costituzione materiale – ai fattori sociali e politici che, dall’esterno, determinano l’esistenza del sistema giuridico e ad esso conferiscono validità normativa. In questi termini il concetto di potere costituente rinvia alla costituzione materiale in un duplice senso²¹. Da un lato, esprime la matrice della costituzione formale come “esterna e superiore” rispetto al testo della costituzione, quale potere extra-giuridico. Dall’altro lato, rinvia alle relazioni sociali da cui emerge il contenuto di tale potere – e in virtù delle quali si impone il fine politico dell’ordine costituzionale – servendo da base della costituzione materiale. Il concetto di sovranità si riferisce – così come il concetto di costituzione formale – ad elementi “interni” alla sfera del diritto per catturare, più precisamente, la fonte dell’autorità entro il sistema giuridico senza, però, identificarne il fondamento ultimo²². Questo divario tra potere costituente e sovranità assume anch’esso una duplice valenza, descrittiva e normativa. Per un verso, consente a Mortati di dar conto delle radici sociali della costituzione e, per altro verso, costituisce l’elemento su cui far leva per promuovere un modello di politica democratica incentrato sulla partecipazione attiva dei membri della comunità politica²³.

¹² RUBINELLI 2019, 525.

¹³ A differenza di Schmitt, Heller ecc.

¹⁴ MORTATI 2020, 40.

¹⁵ RUBINELLI 2019, 529 parla di mutamenti “strutturali” nella organizzazione e distribuzione del potere nella società.

¹⁶ MORTATI 1998, 183.

¹⁷ MORTATI 1998, 11.

¹⁸ RUBINELLI 2019, 540.

¹⁹ RUBINELLI 2019, 524.

²⁰ Qui si segue la ricostruzione di RUBINELLI 2019, 524 ss.

²¹ RUBINELLI 2019, 536.

²² Come sottolinea RUBINELLI 2019, 533, con il concetto di potere costituente Mortati «si riferisce alla configurazione sociale e politica delle forze da cui emerge l’ordine giuridico statale, mentre l’idea di sovranità descrive le fonti dell’autorità interne all’ordine giuridico».

²³ RUBINELLI 2019, 533.

3. *Potere costituente e accoppiamento strutturale*

Come evidenzia Marco Goldoni nel saggio con cui introduce “La teoria del potere costituente”, la visione del processo costituente come fatto normativo che integra ordini diversi – politico, sociale, legale – è vicina all’idea di “accoppiamento strutturale” promossa dalle concezioni sistemiche dell’ordine costituzionale²⁴. Secondo tali concezioni, la costituzione tiene insieme il processo – sociale – di produzione di strutture fondamentali che «informano il diritto e da esso sono, a loro volta, regolate» ed il processo – giuridico – di produzione di norme secondarie che, appunto, organizzano quelle strutture sociali²⁵. In questa prospettiva esse attribuiscono un ruolo centrale all’idea della costituzione come strumento di accoppiamento strutturale, cioè di una combinazione tra sistemi che non ne comporta l’assimilazione, ma l’interconnessione.

Nel paradigma costituzionalistico che si ispira a questa visione, la costituzione è, più precisamente, l’apparato di norme che prende forma all’intersezione tra sistema politico e sistema giuridico per consentire che si stabiliscano, e si consolidino, i rapporti tra essi come articolazioni di un più vasto sistema sociale. La costituzione così contribuisce alla legittimazione del potere politico come soggetto al diritto e, quindi, giustificato e meritevole di obbedienza²⁶.

Due aspetti della concezione “sistemica” sembrano particolarmente rilevanti per questa analisi della “teoria del potere costituente”. In primo luogo, l’idea che i diversi elementi che compongono i sistemi, e si integrano attraverso la costituzione, esistono gli uni in relazione agli altri. Più precisamente essi assumono il proprio status ontologico – e lo mantengono – in virtù dell’appartenenza al sistema e delle relazioni che stabiliscono con gli altri elementi di esso: sono proprio le connessioni tra i diversi elementi che danno unità al loro insieme, un’unità che non precede quelle connessioni ma ne è il prodotto²⁷.

In secondo luogo, l’idea per cui le componenti dei diversi sistemi sono inquadrare come non durevoli e vi è una costante tensione alla loro riproduzione²⁸. Questa “temporaneità” trova nella costituzione, quale strumento di accoppiamento strutturale, un fattore di stabilizzazione intesa come proiezione nel lungo periodo della integrazione tra sistema politico e sistema giuridico.

Entrambi gli aspetti sembrano ricorrere nella «teoria del potere costituente», come mi accingo a sottolineare. Per quanto riguarda il primo aspetto, le diverse entità e attività che si integrano nell’ordine costituzionale assumono la propria connotazione le une in relazione alle altre, alla luce del fine politico fondamentale che le tiene insieme. Per quanto concerne il secondo aspetto, questa integrazione configura un accoppiamento strutturale tra ordine politico ed ordine giuridico, che li tiene insieme pur senza assimilarli, consentendo di fondare un ordine costituzionale e renderlo relativamente stabile. Come sottolinea Goldoni, il punto non è inquadrare il nesso tra sociale e giuridico come un «compromesso anfibio fra politica e diritto», ma intenderlo come una «co-implicazione di costituzione sociale e giuridica»²⁹. Nella visione di Mortati:

²⁴ GOLDONI 2020, 17 ss. Il rinvio è, in particolare, alla concezione della costituzione, e al costituzionalismo, di LUHMANN 2004 e TEUBNER 2012.

²⁵ GOLDONI 2020, 18-20, secondo il quale vi sarebbero, comunque, rilevanti aspetti sotto i quali la teoria di Mortati si allontana dalle concezioni sistemiche della costituzione. In primo luogo, in essa si valorizza la presenza di una volontà politica fondamentale che in quelle concezioni, invece, è assente. In secondo luogo, essa attribuisce un ruolo fondamentale al partito politico, mentre nel costituzionalismo sistemico non vi è tale riferimento al partito. Alla base, vi è uno scarto tra la visione del costituzionalismo sociale, secondo cui l’accoppiamento strutturale tra diritto e politica consente di evitare paradossi di auto-fondazione, e la visione di Mortati in cui esso consente di rendere stabile – dando continuità – l’organizzazione che realizza i fini fondamentali.

²⁶ THORNHILL 2010, 326.

²⁷ THORNHILL 2010, 326.

²⁸ THORNHILL 2010, 326.

²⁹ GOLDONI 2020, 18.

«per intendere il nesso che si asserisce (ordine giuridico/ordine sociale) occorre configurare la società sottostante all'ordine legale come caratterizzata da una propria struttura interna in cui confluiscono, accanto ad un sistema di rapporti economici, fattori vari di aggregazione, d'indole oltre che naturale, religiosa, culturale, ecc., che determinano differenziazioni di posizioni inter-subietive, nel senso di far sorgere relazioni di sovra e sotto-ordinazione»³⁰.

La forza materiale non è di per sé sufficiente a far sorgere lo Stato giacché questo è una «struttura ordinata intorno ad un sistema di principi politici fissati in modo stabile»³¹. Per divenire Stato, tale forza deve farsi capace di:

«obiettare la sua volontà, di sottrarla all'arbitrio, di sottoporla ad una norma, suscettibile di raccogliere in unità tutta l'infinita serie di rapporti sociali, determinando la rilevanza o il grado di rilevanza dei vari interessi della consociazione, quali sono intesi dai portatori della potestà dominatrice»³².

Pertanto, il diritto non è “successivo allo Stato”³³ ma nasce insieme ad esso. Il principio della differenziazione – e quello della specificazione – sono presenti già nel processo costituente e consentono al potere costituente di operare come fatto normativo, produttivo di ordine³⁴. Emergono, così, i due aspetti della visione di Mortati che voglio mettere in evidenza. In primo luogo, la concezione “interattiva” del potere costituente – come insieme di elementi che si integrano e assumono il proprio status nell'ordine costituzionale in virtù della loro integrazione. In secondo luogo, le ricadute di questa concezione sul piano temporale, per cui quell'integrazione prende forma in chiave “dinamica”, nel tempo.

4. *Potere e processo costituente: l'interazione tra elementi e la progressione nel tempo*

L'esercizio del potere costituente, secondo la ricostruzione delineata finora, è il risultato di una *interazione* tra attività svolte da attori diversi. Si potrebbe dire che esso emerge da una “pratica” il cui fine politico tiene insieme – unifica – soggetti ed attività diversi³⁵.

In questa prospettiva il processo costituente si svolge nel segno dell'interazione tra entità ascrivibili ai vari ordini tra cui la costituzione realizza un accoppiamento strutturale, stabilendo un nesso stabile tra essi. Il soggetto che porta avanti questo processo non è un'entità indistinta – il popolo o la nazione – ma l'insieme di forze materiali che in vario modo prendono parte a quel processo: l'autore del “fatto” costituente quale fatto normativo è, per Mortati, un'entità composta, fatta di gruppi sociali differenti³⁶. In chiave istituzionalista, e realista, questa entità deve essere identificata «in base alla sua capacità di organizzazione, la quale a sua volta presuppone un

³⁰ MORTATI 2020, 134.

³¹ MORTATI 2020, 37.

³² MORTATI 2020, 37.

³³ MORTATI 2020, 39.

³⁴ GOLDONI 2020, 15.

³⁵ Nel dibattito contemporaneo sul potere costituente a questa visione può dirsi vicina al paradigma della “post-sovrantà” proposto da ARATO 2017, che inquadra il processo costituente come una sequenza di stadi che vedono operare diversi soggetti che, in vario modo, contribuiscono a quel processo e lo portano, gradualmente, a compimento. Come evidenzio in VALENTINI 2020 questo paradigma rompe il nesso di identificazione tra potere costituente e sovranità popolare. In sede costituente, la sovranità è “condivisa” da diversi soggetti che, interagendo, prendono parte ad un processo costituente complesso, che si svolge attraverso un *continuum* di attività costituenti.

³⁶ Come evidenzia anche RUBINELLI 2019, 538, MORTATI 1972, 26 ss., chiarisce come si tratti di una entità che tiene insieme diverse componenti di una comunità politica, guidate da idee che riflettono l'assetto di forze ed interessi che la caratterizza.

processo di differenziazione»³⁷ tra elementi tenuti insieme da un fine politico che, come già detto, li unifica sebbene non renda del tutto omogeneo l'ordine che prende forma a partire da essi.

Da questo punto di vista l'idea di costituzione materiale, e la visione "interattiva" del potere costituente che la sottende, vanno oltre il partito politico e la sua forza per adattarsi anche a contesti pluralisti, in cui il processo costituente coinvolge anche altri soggetti e forze materiali. È centrale, in tal senso, l'idea di differenziazione per cui il soggetto costituente, sebbene non possa comprendere tutta la società, è articolato. Nel costituzionalismo di Mortati, la "forza dinamica"³⁸ che "porta" la costituzione rimanda a un insieme di soggetti politici dominanti, la cui identificazione, nel tempo, va sempre più oltre i partiti politici per riferirsi alla "classe governante" in senso ampio³⁹. Quest'ultima è

«una nozione dai confini storicamente variabili», che si riferisce alla classe dirigente e alla classe politica, così da tenere insieme tutti i soggetti che possono trovarsi in una posizione di sovra-ordinazione ricorrendo a mezzi politici o, anche, ai mezzi «offerti dal predominio economico, religioso, culturale»⁴⁰.

Il partito politico viene sostituito da una combinazione di elementi, e rapporti tra essi, che nel complesso - *insieme* - costituiscono la forza materiale. Questa è la forza che crea lo Stato «nel momento in cui si ordina», quello in cui essa:

«dal fondo di una consociazione più o meno omogenea, più o meno contraddistinta da una tendenza di vita comune, da bisogni unitari, faccia emergere una volontà politica, determini una differenziazione di valori e di posizioni fra i membri di essa, una sopra e sottordinazione di voleri, instauri rapporti di comando e di obbedienza»⁴¹.

L'ordine legale quindi non è isolato, né isolabile, rispetto al più ampio sistema in cui tale esso prende forma e si costituisce, giacché «l'organizzazione sociale contiene fin dal suo primo formarsi una o più norme al suo interno che godono di carattere giuridico»⁴². E le componenti di natura giuridica assumono il proprio status, e la propria validità normativa, *insieme* alle componenti extra-giuridiche con cui si integrano *nel corso* del processo di formazione dello Stato.

Sotto quest'ultimo profilo emerge il secondo aspetto della concezione del potere costituente di Mortati che vorrei evidenziare. Si tratta di una visione "dinamica" della fondazione dell'ordine costituzionale, come esito di un *processo* che tiene insieme più stadi costituenti di cui proverò a delineare la scansione temporale.

A tal fine, assume rilevanza la distinzione di Mortati tra concetto sostanziale e concetto formale di potere costituente. Secondo il primo, «indipendentemente dai modi e forme del concretarsi» di tale potere, qualsiasi formazione statale viene ad esistenza in virtù di un momento creativo «caratterizzato da un atto di decisione diretto a dar vita ad un'organizzazione autoritaria»⁴³. Questo atto si produce in due momenti, distinguibili solo in termini logici. Un primo momento è quello in cui si pone la "volontà di far sorgere lo stato". Un secondo momento è quello in cui si pone la volontà di "imprimergli certe caratteristiche"⁴⁴. Come detto, questi due momenti sono distinguibili dal punto di vista logico, ma sono concretamente compenetrati. Già nella "Costituzione in senso materiale" Mortati sottolineava questo aspetto, evidenziando come

³⁷ GOLDONI 2020, 13.

³⁸ ZAGREBELSKY 1998, XIX.

³⁹ ZAGREBELSKY 1998, XXIX.

⁴⁰ ZAGREBELSKY 1998, XXX.

⁴¹ MORTATI 2020, 37.

⁴² GOLDONI 2020, 18.

⁴³ MORTATI 2020, 42.

⁴⁴ MORTATI 2020, 42.

la costituzione originaria consti di due parti. Una prima parte è quella in cui una certa comunità politica si prefigge lo “scopo generico” della convivenza; la seconda parte è quella in cui essa specifica lo scopo di questa convivenza, imprimendo ad essa una particolare direzione verso la realizzazione di “una specie particolare di ordine pubblico”⁴⁵.

“Accanto” a questo concetto sostanziale, secondo Mortati, se ne pone uno formale che cattura la situazione in cui la creazione di un nuovo ordine costituzionale passa attraverso un procedimento complesso, articolato in più fasi diverse coinvolgono vari organi.

Tale procedimento, più precisamente, si articola in due fasi che – distinte formalmente – configurano stadi costituenti diversi. Il primo stadio ha carattere temporaneo e strumentale rispetto al secondo che, invece, ha carattere definitivo. Tra essi vi è una continuità data da un “principio organizzativo” che li accomuna, quale espressione «del pensiero delle stesse classi politiche e svolgimento di una medesima idea direttiva»⁴⁶.

L’idea di uno stadio costituente temporaneo, che prepara quello in cui la costituzione diviene permanente, è di centrale importanza poiché cattura la formazione progressiva dell’ordine costituzionale attraverso un processo che coinvolge più soggetti, in modi diversi, per tenerli insieme entro un quadro unitario.

Nel primo stadio, peraltro, il processo di formazione dello stato è anch’esso articolato in più momenti. Vi è innanzitutto il momento della decisione costituente, in cui si pone la volontà di formare uno stato e modificare il principio organizzativo dell’ordine pre-esistente. A questo momento segue quello in cui si crea un organo avente il compito di introdurre la legge costituzionale. Segue, poi, il momento in cui si creano i dispositivi necessari per gestire lo Stato provvisoriamente⁴⁷.

Tra questi momenti vi è continuità, data da un nesso che si basa su una duplice serie di rapporti. In primo luogo, rapporti tra i diversi organi che agiscono nei diversi momenti e più precisamente tra organi del governo provvisorio ed organi costituenti. In secondo luogo, rapporti tra le diverse organizzazioni che operano nei diversi momenti. Sotto questo aspetto la differenziazione dipende dai compiti che, in base al momento in cui sono svolti, conferiscono all’organo cui sono affidati carattere di “organo di preparazione” di un ordine in via di formazione o di un “organo attivo di un ordinamento sovrano”, costituito⁴⁸. L’ordinamento che prende forma in questo primo stadio, provvisorio e strumentale rispetto al secondo, è comunque già sovrano – “vero Stato” – sia in virtù della continuità tra il primo ed il secondo stadio di cui si è detto sia perché, se così non fosse, non sarebbe possibile realizzare il fine “ultimo” di quell’ordinamento⁴⁹.

La rilevanza di questa sequenza di stadi costituenti, e dei rapporti tra essi, concerne soprattutto la legittimazione del potere costituente. Questa è connotata in chiave progressiva, come esito di un succedersi di momenti che concorrono, tutti, a legittimare il potere costituente e l’ordinamento che questo crea. In questo senso, «La teoria del potere costituente» è di particolare interesse. Fin dall’inizio, il processo costituente configura un ordine che, come si è detto, è legittimo seppur provvisorio. La formazione dell’ordine definitivo consolida questa legittimità, perfezionando il processo costituente. Il nesso tra i due ordini – e le fasi costituenti in cui prendono forma – viene ricondotto alla sfera applicativa di un principio generale di retro-datazione⁵⁰

⁴⁵ MORTATI 1998, 191.

⁴⁶ MORTATI 2020, 42.

⁴⁷ MORTATI 2020, 70.

⁴⁸ MORTATI 2020, 70.

⁴⁹ MORTATI 2020, 71.

⁵⁰ Questo il passaggio in MORTATI 2020, 72, cui si fa riferimento: «Il principio generale che regola questa materia è quello che consiste, come comunemente si afferma, nella retrodatazione del nuovo ordinamento al momento di inizio del procedimento che ad esso ha dato luogo. Il principio è da ritenere sostanzialmente esatto, se anche bisognevole di chiarimento. Anzitutto è da escludere che la retrodatazione possa interpretarsi come legittimazione dell’ordinamento provvisorio, nel senso del conferimento ad esso di validità, perché, come si è detto, l’ordinamento provvisorio in tanto

del nuovo ordinamento, al momento di inizio del processo costituente. Rispetto a questo principio, Mortati sottolinea alcuni aspetti di cruciale importanza.

In primo luogo, la legittimità dell'ordinamento provvisorio, nel primo stadio del processo costituente, non è retta da questo principio: essa cioè non viene conferita *ex post* in quanto l'ordinamento provvisorio è legittimo già nel momento in cui prende forma. Piuttosto, questa legittimità viene riconosciuta, "dichiarata", alla stregua del diritto prodotto nell'ordinamento definitivo. Si tratta, in altri termini, di una legittimazione che sussiste già nel primo stadio costituente, ma nel secondo stadio viene convalidata alla luce dell'ordine costituzionale definitivo che esso stabilisce.

In secondo luogo, Mortati precisa esplicitamente che l'opportunità di formulare questo riconoscimento *ex post* dipende da come si configura, in concreto, il rapporto tra ordinamento provvisorio ed ordinamento definitivo. Se vi è un elevato grado di omogeneità nella classe politica di cui l'ordine provvisorio è espressione, in continuità con quello definitivo, non occorre un riconoscimento esplicito. Vale, in tal caso, il principio per cui si riconoscono tacitamente gli atti compiuti dall'apparato dell'ordine provvisorio, dovendosi escludere una discontinuità tra quest'ordine e quello definitivo alla luce di una discontinuità tra le volontà politiche che li guidano.

Diversamente, il riconoscimento diviene necessario ove l'ordine provvisorio sia espressione di una classe politica non omogenea sul piano ideologico, che è unita più dall'esigenza di rompere con l'ordine pre-esistente che da un accordo, in positivo, sulle idee politiche da realizzare⁵¹.

Ove questo accordo sussista, le due fasi costituenti si saldano tacitamente. Ove manchi, occorre esplicitare il nesso tra la legittimazione dell'ordine costituzionale definitivo e quella dell'ordine provvisorio, in quanto si rende necessario qualificare come «ancora sussistente il fondamento politico» degli atti compiuti in quest'ultimo⁵². Lo scarto tra questo fondamento politico e quello dell'ordine definitivo, comunque, non può superare la misura che consente di mantenere tra essi quel legame che ne consente la "compenetrazione".

La connessione tra le due fasi in definitiva è *politica*, nel senso che dipende dalla continuità sul piano ideologico tra l'ordine provvisorio e l'ordine definitivo. Il fine politico – sia in chiave prospettiva, sia in chiave retrospettiva – determina il modo in cui l'ordine definitivo si rapporta con quello provvisorio che lo precede, per acquisire la propria legittimità *progressivamente*.

può assolvere il compito costituente in quanto già possieda questa validità, cioè abbia consistenza di vero e proprio Stato, da valutare alla stregua del diritto da esso stesso prodotto. Legittimazione può perciò intendersi solo come valutazione degli atti compiuti dal governo provvisorio non più alla stregua del diritto da esso posto nel periodo di preparazione, ma a quello stabilito successivamente alla instaurazione dell'ordine ritenuto definitivo».

⁵¹ MORTATI 2020, 72 ss.

⁵² MORTATI 2020, 73.

Riferimenti bibliografici

- ARATO A. 2017. *The Adventures of The Constituent Power: Beyond Revolutions?*, Cambridge University Press.
- BRIGAGLIA M. 2006. *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, Giuffrè.
- GOLDONI M. 2020. *Il momento ordinante: la costituzione e la genesi dell'ordine*, in MORTATI C., *La teoria del potere costituente*, Quodlibet, 11 ss.
- LUHMANN N. 2004. *Law as a Social System*, Oxford University Press.
- MORTATI C. 1972. *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Giuffrè.
- MORTATI C. 1998. *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè.
- MORTATI C. 2020. *La teoria del potere costituente*, Quodlibet.
- RUBINELLI L. 2019. *Costantino Mortati and the Idea of Material Constitution*, in «History of Political Thought», 40, 2019, 515 ss.
- TEUBNER G. 2012. *Nuovi conflitti costituzionali*, Mondadori.
- THORNHILL C. 2010. *Niklas Luhmann and the Sociology of the Constitution*, in «Journal of Classical Sociology», 10, 2010, 315 ss.
- VALENTINI C. 2020. *Post-Sovereign Constitution-Making and Stages of Representation. The Representative Continuum*, in «Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law», 41, 2020.
- ZAGREBELSKY G. 1998. *Premessa*, in MORTATI C., *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, VII ss.